

Alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler

- En analyse af de tegningsretlige begrænsninger som omstødelsesalternativ

Forfattet af:

Kristian Harbo Andersen (20195593)

Kandidatafhandling ved Juridisk Institut AAU

Vejleder: Anders Ørgaard

Afleveret den 21. marts 2024

Abstract

The role of the trustee is to investigate and avoid the debtor's unjustified transactions leading up to a bankruptcy. The Danish Bankruptcy Act's avoidance provisions are specifically designed for this purpose. However, there are cases where the Danish bankruptcy avoidance provisions are insufficient to achieve this goal, necessitating the trustee to seek alternatives.

Initially, this thesis examines the general limitations of the Danish Bankruptcy Act. The thesis finds that the trustee can face difficulties in the Danish avoidance provisions because they contain temporal limitations. The trustee can also face difficulties when attempting to prove that the debtor is insolvent, since there may be missing accounts and bookkeeping.

Next the thesis analyzes The Danish Corporate Law to uncover potential alternatives to the Danish Bankruptcy Act and its avoidance provisions. More specifically the thesis analyses the situation where the board or management exceeds their competence and in which cases the exceeding competence can constitute an alternative to the avoidance provisions in the Danish Bankruptcy Act. This is done first by analyzing the situation, where a formal exceeding of competence occurs. The thesis concludes that the board or management's exceeding of their formal competence constitutes a less suitable alternative to the Danish bankruptcy avoidance provisions, as their application scope is narrow. This is supported by the fact that the exceeding of formal competence pertains to internal rules, which are mostly irrelevant to third parties.

This thesis concludes that the board or management's exceeding the material competence is a more suitable alternative to the Danish Bankruptcy Act's avoidance provisions. This is supported by the fact that the Danish Bankruptcy Act's avoidance provisions do not cover dispositions in the case of a subsidiary's third-party pledge for collateral for its parent or subsidiary's debt obligations, as the third party providing the loan cannot be considered the beneficiary.

The thesis concludes that third-party collateral can generally be covered by the company's purpose clause, even if not specifically mentioned therein. Whether or not the collateral is covered depends on several factors, including whether the collateral occurs at the expense of minority owners. Furthermore, it also matters whether parent or subsidiary companies themselves cannot pay their debt obligations, as this creates a presumption that the subsidiary does not receive a quid pro quo for the collateral, suggesting that the collateral may not be covered by the company's purpose clause.

Finally, the thesis concludes that the trustee can only to a limited extent invoke the financial institution's duty of investigation under the Danish Anti-Money Laundering Act and the best practice provisions to support the bank's bad faith in dispositions contrary to the company's purpose and interest. The invocation of the Danish anti-money laundering rules to support third party's bad faith must, however, occur under the following

conditions: 1) The trustee must demonstrate a situation where illegal dispositions have occurred as part of money laundering or terrorist financing; 2) the trustee must make it probable that the financial institution would have been in bad faith had it not neglected its duty of investigation.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	6
1.1 Problemformulering	6
1.2 Metode.....	7
1.3 Kilder.....	7
2. Begrænsningerne i de konkursretlige omstødsesregler	9
2.1 Overtagelsen af skyldnerens retspositioner	9
2.2 De konkursretlige omstødsesregler og deres begrænsninger.....	9
2.2.1 De tidsmæssige begrænsninger	9
2.2.2 Bevismæssige udfordringer ved insolvenskravet	12
2.2.3 Opsamling.....	15
3. Selskabets aktører	16
3.1 Kapitalejernes beføjelser	16
3.2 Selskabsformuen og den begrænsede hæftelse.....	17
3.2.1 Egenkapitalen og den begrænsede hæftelse	17
3.2.2 Fremmedkapitalen og kreditorerne.....	18
3.2.3 Selskabsformuen.....	18
3.2.4 Ledelsens varetagelse af kreditorinteressen.....	19
3.3 Selskabets interessesubjekter og selskabsinteressen	20
3.3.1 Identifikation af interessesubjekter og den indbyrdes rangorden	20
3.3.2 Kreditorinteressen.....	21
3.3.3 Minoritetsejerne.....	23
3.3.4 Øvrige interessesubjekter	23
4. Det retlige grundlag for at binde selskabet.....	25
4.1 Grundlæggende omkring fuldmagtsreglerne	26
4.1.1 Dispositioner omfattet af tegningsretten – sammenhængen med fuldmagtsreglerne	27
5. Begrænsningerne i tegningsretten	28
5.1 De formelle kompetenceoverskridelser	29
5.1.1 Ledelsesmodeller	29
5.1.2 Generelt om kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen.....	30
5.1.3 Kompetenceoverskridelser mellem direktion og bestyrelse	31
5.1.4 Kompetenceoverskridelser overfor generalforsamlingen	32
5.1.5 Kurators muligheder for omstødelse ved de formelle kompetenceoverskridelser.....	33
5.2 De materielle kompetenceoverskridelser.....	34

5.2.1 Overførsler i strid med selskabets formål.....	34
5.2.2 Særligt pantsætninger i koncernforhold.....	38
5.2.3 Opsamling - de materielle kompetenceoverskridelser.....	48
6. Pengeinstituttets undersøgelsespligt.....	49
6.1 Reguleringen.....	49
6.2 Påberåbelse af reglerne i civilretlige søgsmål	51
6.3 Betydning for kurator	52
7. Konklusion	55
8. Litteraturliste	57

1. Indledning

Når et kapitalselskab går konkurs, skal kurator varetage kreditorernes interesser. Dette indebærer i praksis, at kurator som en naturlig del af bobehandlingen undersøger, om der er sket omstødelige dispositioner. De konkursretlige omstødelsesregler er specifikt indrettet til at forfølge dette mål, hvorfor kurator oftest vil afsøge mulighederne for omstødelse i dette regelsæt. Kurators muligheder for omstødelse stopper imidlertid ikke ved de konkursretlige omstødelsesregler. Kurator kan drage fordel af at anskue omstødelse af uberettigede dispositioner i et bredere perspektiv, idet kurator principielt har adgang til alle de formueretlige ugyldighedsregler, som alternativer til konkurslovens omstødelsesregler.

Formålet med denne afhandling er derfor at identificere alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler i selskabslovens regler. I selskabsloven eksisterer en række regler, som er indført med det formål at sikre et selskab imod uberettigede dispositioner til skade for både kreditorer og minoritetsejere. Kurator må i denne henseende vurdere hvilket regelsæt, der i forhold til den konkrete disposition, giver ham den bedste mulighed for at tilbageføre den uberettigede disposition.

Nærmere bestemt tager afhandlingen sit afsæt i tegningsretten, som overordnet regulerer de tegningsberettigedes adgang til at forpligte selskabet. Særligt begrænsningerne i selskabers tegningsret er aktuelle for kurator, idet disse kan medføre, at tredjemand ikke kan støtte ret på en aftale indgået med selskabet.

Afhandlingen vil indledningsvist redegøre grundlæggende for de konkursretlige omstødelsesregler og begrænsningerne ved disse. Denne redegørelse danner grundlaget for den efterfølgende undersøgelse af begrænsningerne i tegningsretten, og om disse kan siges at udgøre velegnede alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler.

Afhandlingens mål er at sammenligne reglernes overordnede anvendelsesområde og på den baggrund klarlægge generelle tilfælde, hvor det ene regelsæt kan foretrækkes frem for det andet.

1.1 Problemformulering

Med afsæt i ovenstående betragtninger er formålet med denne afhandling at besvare problemformuleringen:

I hvilket omfang udgør de selskabsretlige begrænsninger i tegningsretten et alternativ til de konkursretlige omstødelsesregler?

1.2 Metode

I afhandlingen anvendes den retsdogmatiske metode til at beskrive og analysere gældende ret.¹ Gennem brugen af den retsdogmatiske metode vil afhandlingen beskrive gældende ret ved inddragelse relevante retskilder og herefter foretage en systematisering af disse. Formålet med systematiseringen er at identificere relevante ligheder og forskelle mellem forskellige retsområder for herigennem at udlede gældende ret på tværs af retsområderne. Den retsdogmatiske metode anvendes ikke til løsning af konkrete tvister, men søger, i modsætning til den juridiske metode, at systematisere retsreglerne, analysere deres indhold og rækkevidde samt beskrive usikkerhederne.²

1.3 Kilder

Retskilderne benyttes overordnet til at beskrive gældende ret. Retskilderne kan overordnet opdeles i de fire følgende hovedgrupper: 1) lovgivning og andre generelle regler, 2) retspraksis, 3) sædvaner og 4) forholdets natur.³ Retskilderne fremtræder forskelligt indenfor forskellige retsområder, og det er derfor vanskeligt at udpege en enkelt retskilde som værende vigtigere end de øvrige.

I afhandlingen er loven anvendt som retskilde gennem en sammenligning af bestemmelser i konkursloven og selskabsloven. Loven er øverst i retskildehierarkiet og har således forrang over andre retskilder. Loven giver en umiddelbar ret, pligt og status for både fysiske og juridiske personer.⁴ Til fortolkning af loven har afhandlingen primært benyttet en ordlydsfortolkning af lovbestemmelserne. I tilfælde hvor bestemmelsens ordlyd efterlader usikkerhed om retstilstanden, har afhandlingen, hvor relevant, anvendt den subjektive fortolkningsmetode. Den subjektive fortolkningsmetode indebærer en analyse af formålet med loven og den givne lovbestemmelse, ved at undersøge, hvad der er angivet i lovens forarbejder.⁵ Afhandlingen har i væsentlig grad brugt Betænkning nr. 1498/2008 til fortolkning af selskabslovens bestemmelser. I en form for underkategori under loven, er retskilden bekendtgørelser, som i mindre omfang har været benyttet i afhandlingen. Bekendtgørelser udstedes med hjemmel i loven, og har retskildemæssig vægt lige under loven. Bekendtgørelser er umiddelbart bindende med det forbehold, at en bekendtgørelse udstedt i strid med loven eller uden tilstrækkelig hjemmel, ikke er bindende for borgeren.⁶

I afhandlingen har retspraksis været brugt som retskilde til at beskrive gældende ret. Retsspraksis har været særligt relevant ved fastlæggelse af retstilstanden, hvor hverken loven eller forarbejderne tager eksplicit stilling til et givent spørgsmål. Eksempelvis havde lovgiver hverken i loven eller forarbejderne direkte taget stilling til, hvad der skulle forstås ved begrebet "*selskabets formål*", hvorfor svaret på dette delvist måtte

¹ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 74.

² Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 204-205.

³ Ibid., s. 34-35.

⁴ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 263.

⁵ Ibid., s. 312.

⁶ Ibid., s. 281.

findes i retspraksis. I analysen af retspraksis, er der særligt lagt vægt på, hvilken instans der har afsagt dommen. En lavere instans, er som udgangspunkt bundet af en dom afsagt af en højere instans, hvorfor afhandlingen fortrinsvist har inddraget landsrets- og højesteretsafgørelser.⁷ En doms præjudikativ virkning har betydning for hvilken instans, der har afsagt dommen. Der er ikke noget til hinder for, at en byretsdom kan have præjudikativ virkning, men man må gøre sig klart, at Højesteret senere vil kunne ændre den praksis.⁸

I afhandlingen er benyttet en enkelt dom afsagt med dissens. En dom afsagt med dissens kan betyde flere ting. En dom med dissens kan skabe en formodning for, at den pådømte sag angår reglens yderste udstrækning. Omvendt kan en dom afsagt med dissens udtrykke usikkerhed om den tidligere retstilstand. Spørgsmålet er dog, om en dom afsagt med dissens svækker dommens præjudikativ værdi. Dommens præjudikativ værdi afhænger af de konkrete omstændigheder, men såfremt dommen efterfølgende bliver fulgt igen i en senere dom, har dommen afsagt med dissens formentlig værdi.⁹ Selvom mindretallets resultat i princippet er forkert, er de hensyn og den begrundelse mindretallet har lagt til grund ikke nødvendigvis forkert eller irrelevant. Mindretallets begrundelse kan principielt være gældende ret, selvom den i den konkrete sag ikke medførte det korrekte resultat.

Afhandlingens mål er at sammenligne reglernes overordnede anvendelsesområde, og på den baggrund klarlægge generelle tilfælde, hvor enten konkurslovens omstødsregler eller de selskabsretlige begrænsninger i tegningsretten er mest velegnet for kurator. Afhandlingen vil ikke foretage analyser af retspraksis, hvor der opstilles hypotetiske scenarier omkring hvorvidt påberåbelse af det andet regelsæt teoretisk kunne have givet et bedre resultat. En sådan analysemodel ville teoretisk være optimal, såfremt alt sagens faktum var oplyst, idet det herved kunne give et konkret billede af, hvilket regelsæt der havde været bedst i den konkrete situation. I praksis er denne analysemodel dog ikke farbar, idet retspraksis oftest kun indeholder det udvalgte faktum, som er relevant for den regel, som afgørelsen er baseret på. Retsspraksis er begrænset af forhandlingsmaksimen, hvilket indebærer, at dommerens afgørelse i civile sager alene træffes på grundlag af de oplysninger, som parterne lægger frem. Hvis parterne kun har påberåbt sig konkurslovens bestemmelser, har parterne nødvendigvis kun fremlagt det faktum, som er relevant for den påberåbte retsregel. Dette udelukker ikke, at en anden mere anvendelig retsregel kunne være påberåbt.

I afhandlingen er juridisk litteratur blevet anvendt. Der er enighed om, at juridisk litteratur ikke kan udgøre en retskilde, idet forfatteren savner legitimitet til at fastlægge gældende ret.¹⁰ Den juridiske litteratur kan udgøre et værktøj til at identificere de hensynsafvejninger, som følger af enten loven eller en dom. I nærværende afhandling har den juridiske litteratur været brugt til dette. I afhandlingen er der sat et særligt fokus på en kritisk tilgang af afsagte domme. Dette med den anerkendelse, at selvom domme, i modsætning

⁷ Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, s. 241.

⁸ Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, s. 124.

⁹ Ibid., s. 345.

¹⁰ Ibid., s. 397.

til juridisk litteratur, har retskildemæssig værdi, er de ikke nødvendigvis altid korrekte. Inddragelsen af den juridiske litteratur er sket med en kritisk tilgang, hvorfor den juridiske litteratur, som er inddraget, i et vist omfang må have grundlag i andre retskilder, som kan understøtte forfatterens holdning.

2. Begrænsningerne i de konkursretlige omstødelsesregler

Dette afsnit har til formål at belyse de overordnede begrænsninger i de konkursretlige omstødelsesregler.

Dette med henblik på at identificere generelle situationer, som giver kurator anledning til at søge alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler.

2.1 Overtagelsen af skyldnerens retspositioner

Når konkursdekretet afsiges, overtager konkursboet skyldnerens retspositioner, herunder skyldnerens indsigelser i dennes retsforhold. Konkursboet kan i denne forbindelse gøre ugyldighed gældende, som kan betegnes som subsidiære i forhold til de konkursretlige omstødelsesregler, idet et ugyldigt løfte altid vil være uforbindende, uanset om der er tale om en konkurssituation eller ej. Retsvirkningen af ugyldighed er at ydelsesudvekslingen falder bort. Hvis parterne har udvekslet ydelserne i retsforholdet, må parterne tilbagelevere ydelserne, jf. købelovens § 57, stk. 1 analogt.¹¹ Tilsvarende aftalelovens ugyldighedsregler, indeholder selskabsloven en række regler, hvis retsvirkning ligeledes er ugyldighed. På den måde er omstødelse blot ét af kurators våben, når han skal gøre indsigelse imod uberettigede dispositioner. Omstødelsesreglerne kan siges at være mere vidtgående end de øvrige formueretlige ugyldighedsregler, idet omstødelsesreglerne kan ramme dispositioner, som normalt er gyldige imod skyldneren.¹²

2.2 De konkursretlige omstødelsesregler og deres begrænsninger

De konkursretlige omstødelsesregler er reguleret i konkurslovens kapitel 8, og giver kurator mulighed for at kræve, at den begunstigede skal fralægge sig den berigelse han har vundet ved den pågældende omstødelige disposition, jf. konkurslovens § 75. Omstødelsesreglerne skal tilgodese det overordnede formål med konkursen; at sikre skyldnerens midler anvendes til ligelig fyldestgørelse af hans kreditorer.¹³ De konkursretlige omstødelsesregler er særlige ved, at det er lovregulerede regler, som kun kan benyttes i konkurssammenhæng.¹⁴

2.2.1 De tidsmæssige begrænsninger

Fælles for de objektive omstødelsesreglerne er, at de er underlagt en tidsmæssig begrænsning, som er forbundet med fristdagen. Fristdagen etableres ved indleveringen af konkursbegæring, jf. konkurslovens § 1, stk. 1, nr. 1. Omstødelsesreglerne kan herefter benyttes til at omstøde dispositioner i varierende længde

¹¹ Andersen, Lennart Lyng og Madsen, Palle Bo: *Aftaler og mellemænd*, s. 124.

¹² Ørgaard, Anders: *Konkursret*: s. 97.

¹³ Betænkning 1971/606, s. 89.

¹⁴ Rammeskov, Højlund Christensen og Sommer: *Konkurs*, s. 384

tilbage i tid fra fristdagen. Omstødelsesfristen gælden kun for de objektive omstødelsesregler, som udgør konkurslovens §§ 64-71. I konkurslovens §§ 64-66 kan dispositioner foretaget senere end 6 måneder før fristdagen, omstødes. I konkurslovens §§ 67-71 kan dispositioner foretaget senere end 3 måneder før fristdagen, omstødes. Ved omstødelse overfor skyldnerens nærtstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 1-4 forlænges omstødelsesfristen til 2 år, hvilket er under forudsætning af, at skyldneren var insolvent på tidspunktet for den pågældende disposition, jf. konkurslovens §§ 64, stk. 2, 2. pkt., 67, stk. 2, 70, stk. 2.

Kurator kan derfor stå i en situation, hvor han udelukkende har mulighed for at omstøde inden for 3 eller 6 måneder før fristdagen, såfremt overførslen ikke var til skyldnerens nærtstående, eller skyldneren ikke var beviseligt insolvent på tidspunktet for dispositionens foretagelse. Denne tidsmæssige begrænsning kan være en væsentlig ulempe ved de objektive omstødelsesregler. Dette kan være en af de situationer, hvor kurator har anledning til at overveje alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler.

Når der er tale om en disposition, som er sket tidligere end 3 måneder før fristdagen, kan kurator tillige benytte sig af de subjektive omstødelsesregler, som omfatter dispositioner, der ikke ligger inden for 3 måneder før fristdagen. De subjektive omstødelsesregler fremgår af konkurslovens §§ 72 og 74.

Den væsentlige forskel mellem de subjektive og objektive omstødelsesregler ligger i, at kurator med de objektive regler kan omstøde, hvis bestemmelsens indhold er opfyldt, uafhængigt af den begunstigedes gode eller onde tro. I modsætning hertil, er den begunstigedes gode eller onde tro relevant ved de subjektive omstødelsesregler. Selvom kurator ved valget af de subjektive omstødelsesregler undgår at skulle bekymre sig om det tidsmæssige perspektiv, skal han nu kunne bevise, at den begunstige var i ond tro. Det letter derfor ikke nødvendigvis kurators bevisbyrde at gå fra de objektive til de subjektive omstødelsesregler.

2.2.1.1 Fristen for anlæg af omstødelsessager

Udover de tidsmæssige begrænsninger ved de objektive omstødelsesregler, er kurator ligeledes begrænset tidsmæssigt i konkurslovens § 81, som udgør fristen for anlæg af omstødelsessager. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Retssag til gennemførelse af omstødelse kan anlægges indtil 12 måneder efter, at konkursdekret er afsagt. Sag kan endvidere anlægges inden seks måneder efter, at boets bestyrelse må antages at være blevet i stand til at gøre kravet gældende.”

I begyndelsen af konkursbehandlingen opstår en lang række spørgsmål, som kuratoren skal tage stilling til. Det kan derfor tage betydelig tid, inden kuratoren får mulighed for at gennemgå regnskabet og bogføringen, som potentielt kan danne grundlaget for en omstødelsessag. Konkursboet kan have dokumenter eller andet materiale i dets varetægt, som kunne danne grundlag for en omstødelsessag, uden at dette nødvendigvis bliver gennemgået af kurator før lang tid efter konkursens begyndelse.

Før konkurslovens § 81 havde dens nuværende form, gjaldt en 6 måneders frist for anlæg af omstødelssager. Konkurslovens § 81 blev dog ændret ved L 1996 382, idet man havde erfaret, at den tidligere frist på 6 måneder, ikke sjældent medførte, at kurator blev tvunget til at anlægge omstødelssagen uden at have det fornødne grundlag.¹⁵ I bestemmelsens nuværende form er der to led: 1) En absolut frist på 12 måneder og 2) en yderligere frist på 6 måneder, som har betydning, såfremt tidspunktet for hvornår boet bliver i stand til at gøre et krav gældende, ligger senere end 6 måneder efter dekretsdagen.¹⁶ Det sidste led tager sigte på situationer, hvor konkursboet meget sent får kendskab til de omstændigheder, der danner grundlag for omstødelsskravet, fordi den begunstigede har fortiet væsentlige oplysninger for boet.¹⁷

Konkurslovens § 81 har betydning for kurator, idet den giver kurator en tidsmæssig begrænsning for anlæggelse af en omstødelssag. Fristen kan afbrydes ved indlevering af stævning, jf. retsplejelovens § 348, stk. 1. Retsvirkningen af overskridelse af fristen i § 81 er afvisning, hvorefter retsmidlet er kære, som det er fastslået af Højesteret i U.1988.1059 H. I dommen havde Landsretten afsagt frifindelsesdom, hvorefter sagen blev anket til Højesteret. Højesteret tiltrådte, at sagen ikke var anlagt rettidigt, men at sagen skulle være afvist i Landsretten, hvorfor frifindelse var det forkerte resultat.

For at undgå problemer med fristoverskridelsen kan kurator være fristet til blot at anlægge en omstødelssag, når han umiddelbart kan konstatere, at der er grundlag for blot at rette ét omstødelsskrav imod den begunstigede, hvorefter han kan tilføje de resterende krav efterfølgende i takt med omstødelssundersøgelserne. Dette er imidlertid ikke en mulighed, som det sås i dommen U.2003.2523 H, hvor en forhøjelse af påstanden under anken blev afvist, da forhøjelsen var begrundet i omstødelss af endnu en betaling, hvorfor den var nedlagt efter udløbet af fristerne for anlæg af omstødelssag, jf. konkurslovens § 81. Dommen medfører imidlertid ikke, at kurator er afskåret fra enhver ændring i påstanden. Tilretninger, som følge af beløbsmæssige justeringer uden inddragelse af nye krav, anses ikke i strid med konkurslovens § 81.¹⁸

I tilfælde af fristoverskridelse, kan undskyldende omstændigheder have betydning, hvilket ses i U.1996.1532 Ø, hvor Landsretten afviste en sag, idet kurator udeblev fra et retsmøde på grund af fejl i hans fremnoteringssystem. Efterfølgende anlagde kurator for sent en ny og identisk sag, hvor stævningspåstanden var identisk med den nyligt, afviste sag. Byretten og senere Landsretten afviste ikke sagen, eftersom at *”sagsøger ikke har givet sagsøgte grundlag for at antage, at sagsøger havde opgivet sin vilje til at gennemføre den oprindeligt anlagte sag”*, og at *”sagsøger straks har taget initiativ til at anlægge ny sag, må betragtes som en helhed”*.

¹⁵ LFF L 79, s. 2186.

¹⁶ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 754

¹⁷ LFF, L 79, s. 2186

¹⁸ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 755.

Fristen i konkurslovens § 81 gælder udelukkende for anlæggelse af omstødelsskrav efter konkurslovens regler, men gælder ikke for krav i medfør af forsikringsaftalelovens § 117, som det sås i dommen U.2007.2342 H. I dommen fandt Højesteret, at der ikke er grundlag for at antage, at konkurslovens § 81 fandt analog anvendelse på krav fremsat i medfør af forsikringsaftalelovens § 117. Selvom dommen vedrører krav fremsat efter forsikringsaftalelovens § 117, må det antages at fristen i § 81 ikke finder anvendelse for krav fremsat efter anden lovgivning herunder krav fremsat i medfør af de selskabsretlige regler.¹⁹

Når det kommer til kurators overholdelse af fristen i konkurslovens § 81, er det ikke usandsynligt, at kuratoren kan støde på udfordringer med den 12-måneders frist, selvom den tidligere frist blev udvidet fra 6 måneder. Dette vil især være tilfældet i større konkurser, hvor mængden af information medfører, at omstødelssundersøgelserne tager betydelig tid.

Da fristen i konkurslovens § 81 kun gælder for omstødelse i henhold til konkurslovens omstødelssregler, bør kuratoren overveje alternativer til de konkursretlige omstødelssregler, hvis det bliver klart for kurator, at det ikke er muligt at overholde fristen i konkurslovens § 81.

2.2.2 Bevismæssige udfordringer ved insolvenskravet

Udover de tidsmæssige udfordringer kan kurator stå over for bevismæssige problemer, når han anvender konkurslovens omstødelssregler. Nærmere bestemt kan kravet om insolvens være vanskeligt at bevise. Insolvenskravet er særligt for de konkursretlige omstødelssregler, idet kravet om insolvens særligt gælder i de konkursretlige omstødelssregler.

Insolvensbetingelsen i omstødelssreglerne er den samme som i konkurslovens § 17, stk. 2, som har følgende ordlyd:

”En skyldner er insolvent, hvis han ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående.”

Det skal hertil bemærkes, at insolvensbetingelsen i konkurslovens § 64, stk. 2, ikke er identisk med insolvensbegrebet i konkurslovens § 17, stk. 2, som de øvrige omstødelssregler er baseret på. Insolvensbegrebet i konkurslovens § 64 blev ændret ved L 2017 nr. 550, hvorefter man tilføjede ”og *utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser.*” Formålet med lovændringen var at undgå den såkaldte ægtefællefinte, hvor en ægtefælle, som forventer at blive mødt med krav, som vedkommende ikke kan betale, overdrager sine aktiver til ægtefællen. Tilføjelsen betød, at der nu også skulle lægges vægt på insufficiensvurderingen, hvilket skulle modvirke muligheden for at afværge omstødelse, blot fordi skyldneren fortsat opretholdt indtægter, der var høje nok til at dække dennes løbende forpligtelser.²⁰ Lovændringen må siges, at have gjort det sværere for den begunstigede at afværge omstødelse efter

¹⁹ Rammeskov, Højlund Christensen og Sommer: *Konkurs*, s. 395

²⁰ LFF nr. 179 – 2006, s. 14.

konkurslovens § 64, stk. 2, idet den begunstigede nu, tillige skal bevise sufficiens, altså en positiv egenkapital.²¹

Udover at være betingelse for omstødelse, er insolvens en betingelse for, at skyldneren kan tages under konkursbehandling, jf. konkurslovens § 17, stk. 1. I relation til insolvensbegrebet i konkurslovens § 17, stk. 2., har det tidligere været omtvistet, om man var insolvent ved illikviditet eller insufficiens.

Ved begrebet *insufficiens* forstås at skyldnerens passiver overstiger værdien af hans aktiver. Ved begrebet *illikviditet* forstås at skyldneren ikke er i stand til at dække sine forpligtelser efterhånden som de forfalder.

Problemet ved at lægge insufficiens til grund for insolvensvurdering er, at det kan være vanskeligt at vurdere skyldnerens aktiver. Dette kan være tilfælde, hvor en væsentlig del af skyldnerens aktiver beror på immaterielle aktiver som f.eks. goodwill.

Et eksempel på dette forelå i U.1960.380 H, hvor skyldneren havde fastsat værdien af sin advokatforretnings goodwill til 25.000 kr. En efterfølgende sagkyndig vurdering fastslog værdien af denne goodwill til højest 15.000 kr. Under hensyn til, at advokaten ikke kunne betale kreditors fordring på 487 kr., og at skyldneren ikke ejede yderligere aktiver til genstand for udlæg samt at de øvrige eksigible krav imod ham udgjorde 36.500 kr., fandt Højesteret, at skyldneren ikke kunne henvise til værdien af en mulig goodwill i sin advokatforretning til grundlag for sin solvens.

Et andet problem ved vurdering af skyldnerens aktiver er, at værdien kan variere afhængigt af, om aktiverne sælges separat til skrapværdien eller samlet som køb af hele virksomheden som going concern. Insufficiens er tilmed kun et udtryk for virksomheden nuværende situation, og om denne på nuværende tidspunkt har aktiver nok til at dække sine gældsforpligtelser. Det er imidlertid ikke sikkert, at fordi et selskab lige nu er insufficient, ikke kan overleve, under hensyntagen til fremtidige indtægter og udgifter.

Ved illikviditet tages ikke kun skyldnerens nuværende økonomiske situation i betragtning, og om han har realisable aktiver nok til at dække sine gældsforpligtelser lige nu. Fremtiden tages også i betragtning, hvilket medfører inddragelse af uforfalden gæld og fremtidige indtægter. Vurderingen af illikviditet medfører en prognose af virksomhedens fremtidige drift. Om denne prognose anførte Gomard:

”Ud fra virksomhedens øjeblikkelige stilling, markedssituationen, forventningerne om fremtidige afsætningsmuligheder, muligheden for kapitaltilførsel, for kredit og besparelser og eventuelt nedlæggelse af tabsgivende dele af produktionen må opstilles en prognose for, hvilke midler der senere vil være til rådighed for betaling både af den allerede eksisterende og den i mellemtiden tilkomne gæld.”²²

²¹ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 654

²² Gomard, Bernard: *Skifteret*, s. 88.

Henset til, at illikviditet i højere grad medfører et mere retvisende billede af, om virksomheden fremover kan overleve, må det anses for afklaret, at der skal være tale om illikviditet, som ikke må være forbigående, jf. konkurslovens § 17, stk. 2.²³

2.2.2.1 Bevis for insolvensen

Bevisbyrden for insolvensen i konkurslovens §§ 64-67, 70 og 71 er pålagt den begunstigede ved følgende formulering: ”*medmindre det godtgøres, at skyldneren hverken var eller ved afkaldet blev insolvent*”.²⁴ Det skal dog bemærkes, at bevis for insolvensen kun er aktuel, såfremt den objektive frist på 3 måneder i konkurslovens §§ 67-71 eller på 6 måneder i §§ 64-66 er overskredet.

I konkurslovens § 74 er det derimod konkursboet, der skal løfte bevisbyrden for den manglende betalingsevne, imens den begunstigede skal føre bevis for, at den manglende betalingsevne, må antages at være midlertidig.²⁵

Selvom den begunstigede er pålagt bevisbyrden for insolvensen konkurslovens §§ 64-67, 70 og 71, er der i praksis eksempler på, at denne bevisbyrde er løftet.

I U.2010.316 Ø havde den begunstigede løftet bevisbyrden for skyldnerens solvens et år før fristdagen, idet skyldneren blev sikret ved yderligere likviditet i form af lån fra aktionærerne samt yderligere driftskreditter. Tilsvarende fandt Højesteret det i U.1997.444 H ikke godtgjort, at skyldner havde været eller blev insolvent ved dispositionernes foretagelse, hvorfor der ikke skete omstødelse efter konkurslovens §§ 64 og 74. I stedet fandt Højesteret, at der var sket en uddeling af selskabets midler i strid med ASL § 109 (nugældende SL § 179, stk. 1). Angående solvensvurderingen lagde Landsretten til grund, at selskabets aktiver oversteg dets passiver med 10 mio. kr., og at revisorpåtegningen ikke indeholdt nogen kritiske anmærkninger, hvorfor selskabet ikke var insolvent.

Selvom retspraksis også indeholder tilfælde, hvor den begunstigede ikke har formået at løfte bevisbyrden for solvensen, illustrerer ovenstående domme, at solvensbeviset ikke er en umulig opgave for den begunstigede at løfte. Det faktum, at de omstødelige dispositioner er sket så lang tid inden fristdagen, og det dermed er lykkedes skyldner at drive virksomheden i over et år efter dispositionerne, kan i sig selv tale for, at skyldneren ikke på daværende tidspunkt var insolvent.²⁶ Dermed kan kravet om insolvens være et problem for kurator, selvom bevisbyrden er pålagt den begunstigede. Det vil i dette tilfælde være oplagt for kurator at søge alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler, som ikke indeholder et krav om insolvens.

²³ Paulsen, Jens: 2010, *Insolvensret – Konkurs*: s. 183 og Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 16.

²⁴ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 114

²⁵ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 731.

²⁶ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 655 og Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 113

2.2.2.2 Bevismæssige usikkerheder - årsrapporten

Som bevis for skyldneren insolvens kan inddrages selskabets årsrapporter, som kan give et billede af, om selskabet blev insolvent ved de pågældende dispositioner. Problemet ved årsrapporter kan være, at de kan give et forkert billede af selskabets økonomi, idet indtægter og udgifter kan være henført til en forkert periode.²⁷ Selskabets aktiver kan i visse tilfælde have misvisende værdiansættelser, ligesom grundlaget for aktiverne kan være baseret på en usikker fremtidig indtjening. Det har i denne relation stor betydning, om årsrapporten er revideret af en revisor. Mindre virksomheder, som ikke opfylder kravene i årsregnskabslovens § 135, har ikke pligt til at lade deres regnskab revidere af en revisor. Dette kan have betydning, idet en revideret årsrapport indeholder en revisorpåtegning, hvori revisor gør opmærksom på eventuelle fejl og mangler ved angivelserne i årsrapporten. Selskabets interessenter har derfor ikke samme sikkerhed for årsrapportens rigtighed ved årsrapporter, som ikke er revideret af en revisor.

Årsrapporten kan sjældent stå alene, og i praksis vil denne skulle suppleres med internt bogførings- og bilagsmateriale fra virksomheden.²⁸ Årsrapporten skal repræsentere selskabets økonomi over et år. Dette placerer endnu en begrænsning i årsrapportens bevismæssige værdi, idet kurator sjældent vil kunne bevise, *hvornår* skyldneren blev insolvent i det pågældende år. Kurators arbejdsbetingelser forringes yderligere i tilfælde af, at bogføringen kan være mangelfuld eller ikke-eksisterende. Selvom den manglende bogføring er sanktioneret med konkurskarantæne, hjælper et pålæg af konkurskarantæne for den ansvarlige ledelse, ikke kurator med at bevise, at selskabet var insolvent i forbindelse med omstødelseskrav overfor tredjemand.²⁹ Betydningen af årsrapporten samt revisorens udtalelser kan ses i U.2014.318 V, hvor landsretten lagde årsrapporten og revisorens udtalelser til grund for insolvensvurderingen. I U.1997.444 H henvises der til årsrapporten og revisorpåtegningen i Landsrettens bemærkninger, som efterfølgende blev stadfæstet af Højesteret.

Årsrapporten er et vigtigt bevismiddel, når der skal føres bevis for solvensen. Kurator kan i denne henseende få problemer, såfremt der enten er manglende bogføring til at understøtte indholdet i årsrapporten eller årsrapporten ikke er revideret af en revisor. Denne bevismæssige usikkerhed vedrørende solvensbeviset kan kurator undgå, såfremt han bevæger sig uden for de konkursretlige omstødelsesregler.

2.2.3 Opsamling

De konkursretlige omstødelsesregler har en række begrænsninger, som er unikke for disse regler. Kurator er begrænset tidsmæssigt i forhold til tidspunktet for de omstødelige dispositioners foretagelse i de objektive omstødelsesregler. Hvis dispositionerne er sket udenfor disse frister, må kurator benytte de subjektive

²⁷ Ørgaard og Lindencrone: *Konkursloven med kommentarer*, s. 405

²⁸ Ibid., s. 405

²⁹ Konkurslovens § 157 samt LFF nr. 131, s. 10, afsnit 4.1.2.1

omstødelsesregler eller søge alternativer udenfor de konkursretlige omstødelsesregler. Kurator er tilsvarende begrænset tidsmæssigt efter afsigelse af dekretet, idet kurator inden for visse frister skal anlægge omstødelsessagen, jf. konkurslovens § 81. Denne frist er tillige en tidsmæssig begrænsning, som udelukkende gælder for de konkursretlige omstødelsesregler, hvorfor en fristoverskridelse giver kurator anledning til at søge alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler.

I flere af de konkursretlige regler eksisterer et krav om, at der kun kan omstødes, såfremt skyldneren var insolvent ved tidspunktet for de omstødelige dispositioner. Insolvenskravet kan være et uoverkommeligt krav for kurator. I denne sammenhæng indgår selskabets årsrapport og bogføringsmateriale som et væsentligt bevismiddel. Kurator kan dermed få problemer med at løfte bevisbyrden for skyldnerens insolvens, såfremt årsrapporten og bogføringsmaterialet er behæftet med mangler. Denne situation giver derfor kurator anledning til at søge alternativer udenfor de konkursretlige omstødelsesregler.

3. Selskabets aktører

Hensigten med dette afsnit er at identificere og beskrive de selskabsretlige aktører samt beskrive formålet bag de selskabsretlige regler, som regulerer uberettigede dispositioner.

3.1 Kapitalejernes beføjelser

Ordet ”kapitalejer” er i selskabsloven defineret som enhver ejer af en eller flere kapitalandele, jf. selskabslovens § 5, nr. 16. Der findes flere synonymer for ordet f.eks. selskabsdeltager, aktionær og anpartshaver m.fl., men de dækker over det samme.

De fleste opfatter en kapitalejer som ejeren af et selskab, hvilket for de fleste forekommer helt åbenlyst. En kapitalejer har ejendomsret over sin kapitalandel, og denne ejendomsret giver kapitalejeren en række beføjelser. Disse beføjelser kan opdeles i tre hovedgrupper: De forvaltningsmæssige beføjelser, de dispositionsmæssige beføjelser og de økonomiske beføjelser. Den forvaltningsmæssige beføjelse giver kapitalejeren ret til at møde og stemme selskabets generalforsamling, jf. selskabslovens § 76, stk. 1. Det skal hertil bemærkes, at der kun er tale om en ret, men ikke en pligt for kapitalejeren til at afgive en stemme. Den dispositionsmæssige beføjelse indebærer muligheden for retligt at disponere over sin kapitalandel som formuegode ved salg, pantsætning eller testamentering. Kapitalejerens økonomiske beføjelse indebærer kapitalejerens ret til selskabsformuen gennem uddeling af selskabets midler. Mulighederne herfor er udtømmende oplistet i selskabslovens § 179, stk. 1, nr. 1-4, idet der efter bestemmelsens ordlyd, kun kan ske uddeling i de anførte situationer.

Adgangen til udbytte er nærmere reguleret i selskabslovens § 181 vedrørende ordinært udbytte samt i selskabslovens § 182 vedrørende ekstraordinært udbytte. Det er i første omgang kapitalejerne selv, der træffer beslutning om udbetaling af udbytte på selskabets generalforsamling, men beslutningen om

udbetaling af udbytte skal tiltrædes af selskabets centrale ledelsesorgan, jf. selskabslovens § 180, stk. 1, 2. pkt. Dette hænger sammen med ledelsens pligt til enhver tid at sikre selskabets kapitalberedskab, jf. selskabslovens § 115, nr. 5. Denne pligt skal ses i sammenhæng med det grundlæggende princip om den begrænsede hæftelse, som er kendetegnet ved et kapitalselskab.

Selvom der efter selskabslovens § 45 gælder et lighedsprincip mellem kapitalejerne, er der mulighed for at fravige princippet i selskabets vedtægter. Lighedsprincippet skal ikke ses som et princip om lighed mellem de enkelte kapitalejere, men derimod et lighedsprincip for de enkelte kapitalandele med samme beløbsmæssig størrelse.³⁰ Fravigelse af dette kan ske ved opdeling af kapitalandele i kapitalklasser, hvor én klasse har mindre stemmewægt end den anden eller mindre ret til udbytte. Forskydninger i kapitalejernes beføjelser kan ligeledes ske i en ejeraftale, men en ejeraftale binder dog ikke selskabet, jf. selskabslovens § 82.

3.2 Selskabsformuen og den begrænsede hæftelse

3.2.1 Egenkapitalen og den begrænsede hæftelse

Princippet om kapitalejernes begrænsede hæftelse indebærer, at kapitalejerne ikke hæfter personligt for kapitalselskabets forpligtelser, men alene med deres indskud, jf. selskabsloven § 1, stk. 2. Det er kun selskabsformuen, som hæfter for selskabets forpligtelser, og kapitalejeren kan principielt højst tabe værdien af hans kapitalandel.³¹ Kapitalejeren kan derfor erhverve en kapitalandel uden at skulle bekymre sig om at tabe mere end det han betalte for sin kapitalandel.³² Kapitalejernes indbetaling af deres indskud betegnes som selskabskapitalen, som kapitalejerne skal indbetale ved selskabets stiftelse, jf. selskabslovens §§ 33 og 34. Efter kapitalejernes indbetaling af sit indskud, består der ikke nogen pligt for kapitalejeren til at tilføre selskabet yderligere kapital.³³ Selskabskapitalen kan løbende reguleres ved kapitalforhøjelse eller nedsættelse, jf. selskabslovens kapitel 10 og 11 om forhøjelse og afgang af selskabskapitalen. Disse regler regulerer overordnet set selskabets mulighed for egenfinansiering, hvor finansieringskilden ved egenfinansiering er selskabets kapitalejere. Selskabskapitalen eller egenkapitalen vil sjældent udgøre et tilstrækkeligt middel for at mætte selskabets behov for likviditet. Selskabskapitalen skal dermed ses som en form for mindstesikkerhed for den begrænsede hæftelse.³⁴ Det er her den anden form for finansiering kommer ind i billedet: Fremmedfinansiering.

³⁰ Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik: *Selskabsret*, s. 388

³¹ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 276.

³² Kure, Henrik: *Finansieringsret*, s. 37.

³³ *Ibid.*, s. 39.

³⁴ *Ibid.*, s. 21.

3.2.2 Fremmedkapitalen og kreditorerne

Fremmedfinansiering er kendetegnet ved, at det typisk er eksterne långivere som pengeinstitutter eller andre finansielle aktører, der yder selskabet lån eller kredit. Udover traditionel långivning, har selskabet en række andre muligheder for at skaffe sig selv fremmedfinansiering. Andre muligheder for fremmedfinansiering kan være en leverandør, der indrømmer selskabet kredit eller en kunde der forudbetaler for en vare. Den eneste forskel på traditionel långivning, kreditgivning og forudbetalinger, er den modydelse, som selskabet senere skal yde. Ved traditionel långivning er selskabets modydelse tilbagebetalingen af hovedstolen plus den aftale kreditrente, hvorimod modydelsen ved en forudbetaling for en vare, er den senere levering af den pågældende vare. Disse kan dog alle betegnes som forskellige typer fremmedfinansiering, hvorfor de anføres samme sted i selskabets årsrapport, jf. årsregnskabslovens bilag 2, skema 2. Personerne, som yder fremmedfinansiering betegnes som kreditorer, idet de alle enten er real- eller pengekreditorer, som har erlagt deres ydelse i retsforholdet.

Ved fremmedfinansiering sker der ikke umiddelbart nogen risikoforøgelse for kapitalejerne, idet de ikke selv tilfører selskabet kapital. Kreditorerne er allerede advaret omkring den begrænsede hæftelse, idet selskabet er forpligtet til at benytte betegnelserne ”aktieselskab” og ”anpartsselskab”, jf. selskabslovens § 2, stk. 1. En kreditor vil sjældent anse selskabskapitalen, som tilstrækkelig sikkerhed, hvorfor en kreditor har interesse i at få yderligere sikkerhed i selskabets aktiver eller en kaution fra en eller flere kapitalejere.

Samlet set udgøres selskabsformuen af egenkapitalen og fremmedkapitalen. Fremmedkapitalen opdeles regnskabsmæssigt i kortfristet og langfristet gæld, afhængigt af, om gælden forfalder inden for et år, jf. årsregnskabslovens § 26. I modsætning til egenkapitalen, skal fremmedkapitalen tilbagebetales til kreditor i overensstemmelse med aftalen, hvorfor kreditorens afkast på forhånd er givet. Kapitalejerens afkast udgøres af selskabets overskud efter betaling af kreditorerne, og kapitalejerens afkast er dermed ikke fastsat på forhånd, men svinger i takt med selskabets resultater.

3.2.3 Selskabsformuen

Den samlede finansieringskilde for selskabsformuen eller selskabets aktiver udgøres samlet af fremmedkapitalen og egenkapitalen, som samlet kan betegnes som selskabets passiver. Begrebet selskabsformuen eller selskabets aktiver dækker over det samme. Kapitalejerens ejendomsret over sin kapitalandel medfører ikke en ejendomsret over selskabets aktiver. Ejendomsretten over en kapitalandel medfører dermed ikke en ejendomsret over en forholdsmæssig del af selskabsformuen eller aktiverne, som hans ejerandel svarer til. Selskabsformuen ejes af selskabet, og selskabsformuen kan være genstand for

kreditorernes fyldestgørelse af deres krav.³⁵ En grundlæggende forudsætning for den begrænsede hæftelse er dermed, at kapitalejerne må anerkende, at selskabets og dets kapital udgør en selvstændig retlig enhed.³⁶

3.2.4 Ledelsens varetagelse af kreditorinteressen

Kreditorerne har af gode grunde interesse i bevarelse og beskyttelse af selskabsformuen, idet kreditorerne må søge sig fyldestgjort i denne, såfremt selskabets misligholder dets forpligtelser. Kreditorerne kan ikke fyldestgøre sig direkte ved den enkelte kapitalejer, hvorfor den begrænsede hæftelse kommer med en omfattende regulering i selskabsloven, som er sat i verden for at beskytte kreditorernes interesser. Den selskabsretlige regulering beskytter selskabsformuen, så kreditorerne ikke forhindres i at få fyldestgjort deres krav:

”Kreditorbeskyttelse skal særligt sikre mod, at dispositioner alligevel medfører, at midler ledes over til aktionærer, eller at midler ledes over til andre med den konsekvens, at kreditorernes krav ikke kan opfyldes.”³⁷

Endnu en årsag til reguleringen er, at kreditorerne, i modsætning til kapitalejerne, ikke har nogen nævneværdig indflydelse på selskabets drift. I den selskabsretlige regulering er der taget hensyn til dette, idet ledelsen i selskabet skal varetage kreditorernes interesser. Direktionen har pligt til, at sikre formueforvaltningen foregår på betryggende måde, jf. Selskabslovens § 118, stk. 1. Direktionen skal endvidere sikre, at kapitalelskabets kapitalberedskab er forsvarligt, og at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde kapitalelskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Direktionen er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation, og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt, jf. Selskabslovens § 118, stk. 2. Bestemmelsen har tæt sammenhæng med konkurslovens § 17, stk. 2, idet selskabet reelt er insolvent, hvis selskabet ikke har tilstrækkelig likviditet til at opfylde sine forpligtelser efterhånden som de forfalder. Direktionen har derfor en indirekte pligt til at sikre den fornødne likviditet, som gør at selskabet ikke bliver insolvent.

Direktionen er til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt. Betydning af begrebet ”*kapitalberedskab*” er ikke fastlagt i forarbejderne til selskabsloven, men begrebet betyder antageligt, at der skal sikres tilfredsstillende dækning af selskabets likviditetsbehov, i form af både egen- og fremmedkapital.³⁸ Der er i selskabslovens § 115, nr. 5 en tilsvarende pligt for bestyrelsen, som skal sikre selskabets kapitalberedskab. Manglende sikring af kapitalberedskabet er sanktioneret i selskabsloven § 361, stk. 1, som er en kodificering af ledelsesansvaret i selskabsloven.

³⁵ Kure, Henrik: *Finansieringsret*, s. 35.

³⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 62.

³⁷ Betænkning nr. 1498/2008, s. 68.

³⁸ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 883.

Ledelsen kan dermed betegnes som ”kreditorenes mand” i kapitalselskabet, idet ledelsen principielt skal varetage kreditorenes interesser i form af sikring af selskabets kapitalberedskab.

3.3 Selskabets interessesubjekter og selskabsinteressen

Formålet med dette afsnit er at identificere hvilke interessesubjekter selskabets ledelse skal tage hensyn til, når ledelsen foretager dispositioner på vegne af selskabet. Identifikation af selskabets interesse er relevant, idet selskabsinteressen i flere af de selskabsretlige regler, fungerer som en rettesnor for hvilke dispositioner, kapitalejerne og ledelsen har adgang til at træffe.

Selskabsinteressen har særligt betydning for generalklausulerne i selskabslovens § 127, stk. 1 og selskabslovens § 108.³⁹ Selskabslovens § 108 vedrører beslutninger på generalforsamlingen, hvor selskabslovens § 127 vedrører beslutninger foretaget af selskabets ledelse. Begge bestemmelser nævner, at dispositionen ikke må ske på ”*kapitalselskabets bekostning*”, hvilket synes at forudsætte, at disposition ikke må stride imod selskabets interesse.⁴⁰ Selskabsinteressen har ligeledes betydning i relation til ansvarsreglen i selskabslovens § 361, idet handlingsnormen for et ledelsesorgan er at varetage selskabsinteressen efter bedste skøn.⁴¹

På selskabets vej fra vugge til grav bliver en lang række aktører involveret i selskabets forhold. Nogle aktører vil være mere faste bestanddele af selskabet, mens andres involvering er mere kortvarig. Fælles for dem alle er, at de hver især har en given interesse i selskabets forhold samt hvilken retning selskabet tages i. Aktørernes interesser kan være overlappende, og i andre tilfælde, vil der ikke forekomme et interessesammenfald. Det tidspunkt i selskabets levetid, som er relevant for denne afhandling, er det tidspunkt, hvor selskabet er tættest på graven, nemlig i konkurssituationen. Kurator skal i kraft af hans rolle primært varetage kreditorenes interesser. Det er dog ikke givet, at de øvrige interessenters interesser nødvendigvis er identiske med kreditorenes interesse.

3.3.1 Identifikation af interessesubjekter og den indbyrdes rangorden

Et selskab er ikke født med en egeninteresse, hvorfor selskabsinteressen er et resultat af en afvejning af interessesubjekternes interesser.⁴² I dansk lovgivning findes ikke nogen definition af selskabets interesse, og der findes derfor heller ikke en liste eller rangorden over selskabets interessesubjekter. Den selskabsretlige lovgivning indeholder dog visse bestemmelser, som forudsætter bestemte interessesubjekter.⁴³

³⁹ Bunch, Lars og Christensen, Jan Schans: *U.2011B.1*, s. 2.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 3.

⁴¹ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 860.

⁴² Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 244.

⁴³ Bunch, Lars og Christensen, Jan Schans: *U.2011B.1*, s. 2.

Werlauf har i sin doktordisputats fastlagt følgende rangorden for interessesubjekterne: ”*selskabsdeltagerne, selskabskreditorerne, medarbejderne, potentielle medkontrahenter og samfundet.*”⁴⁴ Werlauff fastsatte rangordenen med den modifikation, at konkrete omstændigheder kan medføre, at kapitalejerne må acceptere at deres interesser tilsidesættes til fordel for de øvrige interessesubjekter. Selvom der i litteraturen ikke kan konstateres bred enighed omkring én bestemt rangorden, er der efterhånden enighed om, at selskabets interessen ikke kun kan være udtryk for kapitalejernes eksklusive interesse.⁴⁵ I litteraturen sondres mellem ”*stakeholder value*” og ”*shareholder value*”, hvor førstnævnte indebærer, at selskabet skal skabe værdi for selskabets interessenter, imens sidstnævnte indebærer en værdiskabelse til fordel for kapitalejerne.⁴⁶ I Danmark var opfattelsen tidligere:

“For lovgivningen helt op til 1973-reformen gjaldt, at de selskabsretlige mål var begrænset til varetagelse af de skitserede kreditor- og aktionærinteresser. Aktieselskabslovens regler kunne sorteres i to kasser. Selskaberne var aktionærernes ejendom og undergivet deres rådighed med respekt af kreditorinteresserne.”⁴⁷

Dette rejser spørgsmålet: Hvilke interessesubjekter der i dag kan identificeres i den selskabsretlige regulering.

3.3.2 Kreditorinteressen

Kreditorerne kan af flere grunde betragtes som det vigtigste interessesubjekt udover kapitalejerne. Årsagen hertil, er tæt forbundet med den begrænsede hæftelse, hvilket medfører, at kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort hos kapitalejerne, men må nøjes med at søge fyldestgørelse i selskabets aktiver. I forbindelse med konkurs, fyldestgøres selskabets kreditorer som udgangspunkt efter konkurslovens § 97, hvorimod kapitalejernes indskud i form af egenkapitalen altid vil være efterstillet kreditorernes krav.⁴⁸ Denne omstændighed, sammenholdt med det faktum, at fremmedkapitalen i mange tilfælde vil udgøre en større procentdel af den samlede kapital end egenkapitalen, medfører at kapitalejernes interesser må vige for kreditorernes interesser i en konkurssituation.⁴⁹ Netop kapitalejernes stilling blev fastlagt i dommen U.2021.139 H. I dommen tog Højesteret stilling til, om en kapitalejer kunne rette et krav imod selskabet (konkursboet), som et § 97-krav, for sit tab ved tegning af kapitalandele. Højesteret udtalte følgende omkring kapitalejernes retsstilling i konkurs:

⁴⁴ Werlauf, Erik: *Selskabsmasken*, s. 69.

⁴⁵ Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik, *Selskabsret*, s. 44, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 62, Bunch, Lars og Christensen, Jan Schans: U.2011B.1, Schaumburg-Müller og Lindencrone, *Selskabsloven med kommentarer*, s. 862 og Werlauf, Erik: *Selskabsmasken*, s. 69.

⁴⁶ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 140 og Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 62.

⁴⁷ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 62f.

⁴⁸ Kure, Henrik: *Finansieringsret*, s. 98.

⁴⁹ Bunch, Lars og Christensen, Jan Schans: U.2011B.1, s. 2.

”Som anført af landsretten indebærer en anerkendelse af, at en aktionær kan rette krav mod selskabet i anledning af beslutninger truffet af selskabets ledelse som led i dets almindelige drift, at der i strid med selskabsretlige principper om kapitalbeskyttelse tilbageføres kapital fra selskabet til aktionæren. Som ligeledes anført af landsretten er en sådan tilbageførsel heller ikke i overensstemmelse med børsretlige principper om ligebehandling af aktionærer, ligesom anerkendelse som simpelt krav efter konkurslovens § 97 vil indebære, at en aktionær i strid med konkursretlige principper kan omdanne sit kapitalindskud til et krav mod selskabets konkursbo til skade for boets almindelige kreditorer.” – (mine understregninger).

Højesteret tog forbehold for, at kapitalejeren kan rette et krav imod selskabet for tegning af en kapitalandel, såfremt det sker i forbindelse med en aktieemission. Dette med henvisning til U.2002.2067 H (Hafnia-sagen) og U.2013.1107 H (Bank Trelleborg-sagen), hvorefter det kan udledes, at et mangelfuldt prospekt kan give kapitalejeren adgang til at rette et krav imod selskabet på linje med de øvrige kreditorer, idet tegning af kapitalandele er udtryk for en aftalerelation mellem selskab og aktietegner.

Det er ikke alene, når selskabet går konkurs eller bliver insolvent, at kreditorernes interesser trumfer kapitalejernes. Et konkret eksempel, hvor kreditorernes interesser ikke længere er sammenfaldende med kapitalejernes interesser, er ved ledelsens drift efter håbløshedstidspunktet. Den fortsatte drift forøger ikke kapitalejerenes tab, idet de på dette tidspunkt har tabt deres indskud. Ledelsen må derfor løbende vurdere, hvornår kapitalejerenes interesser skal erstattes med kreditorernes interesser. Det afgørende for fastlæggelse af håbløshedstidspunktet er, om ledelsen måtte indse, at videreførelse var håbløs, og måtte indse, at selskabet befandt sig i en så vanskelig økonomisk situation, at der ikke var realistisk mulighed for at fortsætte selskabets drift, og at långiveren derfor ville lide tab ved at yde lånet.⁵⁰ Håbløshedstidspunktet er ikke nødvendigvis sammenfaldende med tidspunktet for selskabets insolvens, jf. konkurslovens § 17, stk. 2. Insolvenstidspunktet vil som regel ligge forud for håbløshedstidspunktet, men kan ligge efter håbløshedstidspunktet, hvis kreditorerne fortsat stiller likviditet til rådighed for selskabet. Som eksempel herpå kan henvises til U 2007.497 H, hvor Højesteret fandt, at håbløshedstidspunktet indtrådte i sommeren 1996, selvom selskabet på dette tidspunkt ikke var insolvent.

Kreditorinteressen kan dermed allerede komme i spil før selskabets konkurs eller insolvens. Det er på denne baggrund ikke vanskeligt at forestille sig, at en kapitalejer i en konkurssituation på baggrund af hans efterstillede krav, vil gå mindre op i beskyttelse af selskabskapitalen.

⁵⁰ Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik: *Selskabsret*, s. 645.

3.3.3 Minoritetsejerne

I et kapitalselskab træffes beslutninger ud fra et flertalsprincip, jf. selskabslovens § 105. Dette medfører, at flertallet af kapitalejerne i vidt omfang kan træffe beslutninger for selskabet udenom minoriteten. Flertallets mulighed for at træffe beslutninger er begrænset for at gøre ejerskabet attraktivt for minoritetsejere.

Begreberne minoritetsejer, minoritetskapitalejer eller minoriteten dækker over de kapitalejere, som udgør mindretallet i selskabet. På linje med kreditorerne, nyder minoritetsejerne ligeledes beskyttelse i den selskabsretlige regulering.⁵¹ På visse punkter er minoritetsejernes interesser sammenfaldende med kreditorernes, hvorfor begge interessesubjekter nyder beskyttelse imod misbrug fra majoriteten af kapitalejerne.⁵² Den sammenfaldende interesse for både minoritetsejerne og kreditorerne er ønsket om et afkast. Minoritetsejeren har tilmed et yderligere ønske om indflydelse i selskabet, som en kreditor oftest ikke har. Minoritetsejeren har derfor opnået en række forvaltningsmæssige beføjelser, som skal sikre imod majoritetens misbrug.

Reglerne i selskabsloven, som regulerer kapitalejernes rettigheder, kan opdeles i individualrettigheder og mindretalsrettigheder. Selvom begge typer rettigheder beskytter minoritetsejerne, tilkommer individualrettighederne alle kapitalejere, hvorimod mindretalsrettighederne kun tilkommer minoritetsejerne. Reglerne kan videre opdeles i positive og negative rettigheder, hvoraf de positive rettigheder knytter sig til kapitalejerens mulighed for at udnytte sine forvaltningsmæssige beføjelser til at vedtage en beslutning. De negative rettigheder omfatter modsætningsvist mulighederne for at modsætte sig en beslutning.⁵³

De positive individualrettigheder, som tilkommer alle kapitalejere, omfatter retten til møde og tage ordet på generalforsamlingen, ret til på generalforsamlingen at få et emne optaget på dagsordenen samt retten til at stemme på generalforsamlingen, jf. selskabslovens §§ 78, 90 og 104. For så vidt gælder de negative individualrettigheder, kan der nævnes kravet om kapitalejernes samtykke i medfør af selskabslovens § 107, stk. 1, lighedsgrundsætningen i selskabslovens § 45 og generalklausulen i selskabslovens § 108. Mindretalsrettighederne omfatter indløsningsretten i selskabslovens § 110 og retten for aktionærer, der ejer 5 % af selskabskapitalen, til at forlange ekstraordinær generalforsamling indkaldt, jf. SL § 89, stk. 3.

3.3.4 Øvrige interessesubjekter

Udover kreditorerne og kapitalejerne synes den selskabsretlige regulering at indrømme yderligere interessesubjekter en vis indflydelse på selskabet. Werlauf forudsætter i selskabsmasken, at selskabets interesser rækker udover kreditorernes og kapitalejernes interesser, og at selskabets interesse tillige er et udtryk for medarbejdernes og samfundets interesse.⁵⁴ Niels Pontoppidan anførte tillige i sin kommentar til

⁵¹ Betænkning nr. 1498/2008, s. 67

⁵² Werlauf, Erik: *Selskabsmasken*, s. 18.

⁵³ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 200.

⁵⁴ Werlauf, Erik: *Selskabsmasken*, s. 69.

højesteretsdommen U 1991.133 H, at der blandt højesteretsdommerne var enighed om, at der er "[...] andre selskabsinteressenter end aktionærerne: selskabskreditorerne, arbejdstagerne, forbrugerne, samfundet" og at det i den forbindelse måtte tillægges vægt, at "[...] de sagsøgte dispositioner havde skabt uro omkring selskabet til skade for selskabet - og dermed for de foran nævnte interessegrupper, ikke mindst indehaverne af de børsnoterede B-aktier [...]".⁵⁵

Disse interessesubjekter har også vundet indpas i den selskabsretlige regulering. Medarbejderne har de seneste år vundet indpas i den selskabsretlige regulering med regler om medarbejderrepræsentation i bestyrelsen ved selskaber med mere end 35 medarbejdere, jf. selskabslovens § 140 og reglerne om medarbejderaktier i selskabslovens § 162, stk. 4. Reglerne giver medarbejderne indflydelse på ledelses- og aktionærniveau, og medarbejderne har dermed i nogle tilfælde en tilsvarende vigtighed som interessesubjekt.⁵⁶

Samfundet som interessesubjekt er blevet mere signifikant i de senere år. Samfundets interesse medfører i højere grad et krav om åbenhed vedrørende selskabets drift og at selskabets drift tilrettelægges af hensyn til samfundet. Dette har en tæt sammenhæng med, at målet med selskabets drift skal ske til fordel for selskabets stakeholders, og ikke kun selskabets shareholders.⁵⁷ Udgangspunktet er fortsat, at det er selskabets kapitalejere, som på generalforsamlingen fastsætter, hvad målet med selskabets drift er, og dermed i hvilket omfang driften skal tilgodese selskabets shareholders eller stakeholders. Indførslen af CSR (Corporate Social Responsibility) i årsregnskabslovens § 99 a, har ikke fjernet kapitalejernes magt i forhold til fastsættelse af selskabets mål, men har indført krav til, at store selskaber i regnskabsklasse C og D skal supplere deres ledelsesberetning med en ikke-finansiell redegørelse om samfundsansvar. Der er tale om en "comply or explain" regel, hvorfor den ikke indfører en handlepligt for selskabet, men en pligt til at redegøre for forholdene, jf. ÅRL § 99 a, stk. 2.

I lyset af udbytteskandalen og Højesterets dom over advokatfirmaet Bech-Bruun i U.2024.746 H, er det nærliggende at overveje, om skattemyndighederne skal indregnes som et særskilt interessesubjekt i selskabets interesse. Som argument imod dette synspunkt, kan det anføres, at selskabet jo uanset hvad, altid skal overholde skattelovgivningen, ligesom selskabet skal overholde al anden lovgivning. Omvendt er overholdelsen af skattelovgivningen næppe altid sort/hvid, idet der i mange henseende består en usikkerhed og risiko i, hvor langt et selskab kan gå i dets indretning af sine skattemæssige forhold. Med andre ord, er det det ikke altid åbenlyst, hvor aggressivt selskabets skatteplanlægning kan være. De samme argumenter kan i princippet anføres omkring selskabets miljøretnlige forpligtelser, hvilket ses i sagen omkring Nordic Waste.

⁵⁵ Pontoppidan, Niels: *U.1991B.255*, s. 258.

⁵⁶ Andersen, Paul Krüger: *Aktie- og anpartsselskabsret*, s. 63.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 74.

Det grundlæggende spørgsmål er derfor, i hvilket omfang samfundsinteressen herunder statens interesser i skatte- og miljømæssige forhold kan anses for værende selskabets interesse. Svaret må være, at samfundsinteressen principielt er identisk med selskabets interesse i at overholde den gældende lovgivning. Det kan dog anføres, at selskabets opmærksomhed omkring disse forhold formentlig er steget i lyset af de ovenfor nævnte sager.

Samlet set kan det anføres, at medarbejderne og samfundet kan betegnes som subsidiære interessesubjekter i forhold til kapitalejerne og kreditorerne.

4. Det retlige grundlag for at binde selskabet

Selskabet er en juridisk person og kan derfor ikke disponere selv. Selskabet er afhængig af fysiske personer, som på forskellig vis er blevet udpeget til at kunne disponere på selskabets vegne.

Det retlige grundlag for hvem der kan tegne selskabet med bindende virkning overfor tredjemand er reguleret i selskabslovens §§ 135-137. Bestemmelserne indfører det første selskabsdirektivs (publicitetsdirektivet) artikel 7-9, hvorefter det var et krav til medlemsstaterne, at der skete en samordning af deres respektive bestemmelser om gyldigheden og ugyldigheden af et selskabs forpligtelser med henblik på at beskytte tredjemand i dennes kontrahering med selskabet.⁵⁸ Beskyttelseshensynet er til selskabets medkontrahenter, som ved indgåelse af aftaler med selskabet, skal kunne handle i tillid til, at en indgået aftale med selskabet ikke er eller bliver ugyldig. Dette har direkte sammenhæng til den begrænsede hæftelse, idet den kontraherende tredjemand er begrænset til at fyldestgøre sig i selskabsformuen.⁵⁹

I relation til de retsvirkninger, som skal tillægges handlinger udført af tegningsberettigede ledelsesmedlemmer, hvor den tegningsberettigede har en interessekonflikt med det selskab, vedkommende repræsenterer, er det i EU-domstolens dom *Rabobank v Minderhoud*, C-104/96 fastlagt, at regulering af dette henhører under den nationale lovgivers kompetence, jf. dommens præmis 24. Muligheden herfor er udnyttet i selskabslovens § 136, som gælder på linje med de almindelige fuldmagtsregler.⁶⁰

Tegningsretten følger af selskabslovens § 135, stk. 2, som har følgende ordlyd:

“Kapitalselskabet forpligtes ved aftaler, som indgås på kapitalselskabets vegne af det samlede centrale ledelsesorgan, af et medlem af bestyrelsen eller af en direktør.”

Det kan i vedtægterne bestemmes, at tegningsretten kun kan udøves af flere medlemmer i forening eller af et eller flere bestemte medlemmer hver for sig eller i forening. Anden begrænsning i tegningsretten kan ikke registreres, jf. selskabslovens § 135, stk. 3. Dette indebærer, at vedtægter, der begrænser tegningsretten til en

⁵⁸ Direktiv 68/151/EØF af 9. marts 1968.

⁵⁹ Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer: *Tegning og fuldmagt*, s. 55.

⁶⁰ Betænkning nr. 1498/2008, s. 925

bestemt type af dispositioner, ikke skal respekteres af tredjemand og er ham principielt uvedkommende. Tegningsretten kan derfor kun begrænses personelt.⁶¹

4.1 Grundlæggende omkring fuldmagtsreglerne

En forudsætning for forståelse af tegningsretten, er en forståelse af fuldmagtslærens grundlæggende begreber om den fuldmægtiges bemyndigelse og legitimation. Fuldmagtslæren har i denne henseende relevans, idet spørgsmålet i tegningsretligt sammenhæng er, i hvilket omfang den person, der tegner selskabet (den fuldmægtige) kan binde selskabet (fuldmagtsgiver) overfor medkontrahenten (tredjemand). Ligesom i traditionelle fuldmagtsforhold, er den tegningsberettigede underlagt en vis bemyndigelse og legitimation. Begrebet bemyndigelse (den interne instruks) benyttes om den beføjelse, som fuldmagtsgiver tillægger den fuldmægtige i forhold til sig, til at indgå retshandler med tredjemand, således at de har retsvirkning for fuldmagtsgiveren.⁶² Aftaleloven bruger ordet ”beføjelse” i stedet for bemyndigelse, men det dækker over samme begreb. Legitimationen eller fuldmagten udgør herefter grænserne for, hvornår hovedmanden ved den fuldmægtiges retshandler kan blive berettiget og forpligtet i forhold til tredjemand.⁶³

Der består to grupper fuldmagter; fuldmagter med særlig tilværelse overfor tredjemand og uden særlig tilværelse. En fuldmagt uden særlig tilværelse er en opdragsfuldmagt, jf. aftalelovens § 18. Kendetegnet ved denne form for fuldmagter er, at fuldmagten alene hviler på fuldmagtsgiverens erklæring til den fuldmægtige, og den har således ikke nogen særlig tilværelse overfor tredjemand.⁶⁴ Ved en fuldmagt uden særlig tilstedeværelse svarer legitimationen og bemyndigelsen til hinanden, idet fuldmagten beror på selve bemyndigelseserklæringen. Hvis denne er overtrådt, kan tredjemand ikke støtte ret på aftalen, jf. aftalelovens § 11, stk. 2.⁶⁵ Ved fuldmagter med særlig tilværelse, er det relevant at sondre mellem bemyndigelsen og legitimationen. Ved dispositioner foretaget af den tegningsberettigede, er der tale om en fuldmagt med særlig tilværelse, idet den tegningsberettigede i kraft af hans funktion, indtager en given legitimation overfor tredjemand, som kan række udover hans interne bemyndigelse. Hovedreglen i aftalelovens § 10, stk. 1 fastlægger udgangspunktet om, at fuldmagtsgiveren bindes ved de retshandler den fuldmægtige indgår med tredjemand. Undtagelsen til dette udgangspunkt er tredjemands gode og onde tro, såfremt den fuldmægtige har overskredet sin bemyndigelse. Hvis tredjemand er i ond tro, og bemyndigelsen er overskredet, er fuldmagtsgiveren ikke bundet af aftalen, jf. aftalelovens § 11, stk. 1. Hvis tredjemand omvendt er i god tro omkring den fuldmægtiges overskridelse af bemyndigelsen, bliver legitimationen eller fuldmagten afgørende. Aftalelovens §§ 10, stk. 2, 13-16 og 18 indeholder en ikke-udtømmende list over måder hvorpå en

⁶¹ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 947

⁶² Ussing, Henry: *Aftaler paa formuerettens omraade*, s. 287.

⁶³ Andersen, Lennart Lyng: *Aftaleloven med kommentarer*, s. 143.

⁶⁴ Ibid., s. 144.

⁶⁵ Ussing, Henry: *Aftaler paa formuerettens omraade*, s. 290.

fuldmagt kan stiftes på. Som eksempel på fuldmagter, som ikke nævnes i aftaleloven kan nævnes adfærdsfuldmagten og tolerancefuldmagten.

4.1.1 Dispositioner omfattet af tegningsretten – sammenhængen med fuldmagtsreglerne

Tegningsreglerne suppleres af fuldmagtsreglerne, men der forekommer dog tilfælde, hvor fuldmagtsreglerne kan have mindre betydning i forhold til de specifikke regler omkring tegningsretten.⁶⁶ Dette afhænger af *hvem* der foretager den givne disposition, og *hvilken* disposition der er tale om. I forståelse af sammenhængen mellem tegningsretten og fuldmagtsreglerne opdelt Werlauf selskabets dispositioner i tre dele, som samlet omtales som stillingssøjlen:⁶⁷

1) Tegningsretten

Tegningsretten er den øverste del af stillingssøjlen, og omfatter alle dem, der har tegningsret, og som dermed – inden for rammerne af bestyrelsens og direktionens lovmæssige beføjelser – kan binde selskabet i enhver henseende.

2) Daglig drift

Den midterste del af stillingssøjlen er den daglige drift, og omfatter de personer, som efter deres stilling, kan binde selskabet i alle forhold angående den daglige drift. I denne kategori findes enedirektøren, som ikke er registreret som tegningsberettiget. Direktøren mulighed for at binde selskabet afgøres herefter af stillingsfuldmagten i aftalelovens § 10, stk. 2 samt adfærdsfuldmagten og tolerancefuldmagten.⁶⁸

3) Dele af den daglige drift

Den nederste del af stillingssøjlen er dele af den daglige drift, og denne omfatter de personer, som efter deres stilling kan binde selskabet i særskilte dele af den daglige drift. I denne findes personer som salgschef, indkøbschef og økonomichef. Disse personers adgang til at binde selskabet afgrænses af deres stillingsbetegnelse og den lov og sædvane der følger med denne stilling, jf. aftalelovens § 10, stk. 2.

Det øverste niveau, tegningsretten eller tegningsbeføjelsen, er et begreb der udspringer af selskabsretten, og formålet med denne er at øge sikkerheden for tredjemand i omsætningens interesse. Tegningsretten er en formaliseret overbygning af den aftaleretlige stillingsfuldmagt, og de selskabsretlige regler omkring tegningsretten gælder således sideordnet med den aftaleretlige stillingsfuldmagt.⁶⁹ Det skal hertil bemærkes, at det ikke kun er stillingsfuldmagten, som er relevant. Udover stillingsfuldmagten kan adfærdsfuldmagten

⁶⁶ Betænkning nr. 1498/2008, s. 925.

⁶⁷ Werlauf, Erik: *U.2017B.267*, s. 3

⁶⁸ Andersen, Lennart Lynge og Schaumburg-Müller, Peer: *Tegning og fuldmagt*, s. 141.

⁶⁹ Werlauf, Erik: *U.2017B.267*, s. 3.

(selskabets optræden over for tredjemand), tolerancefuldmagten (selskabet tolererer tegning ud over de formelle tegningsregler) og passivitetsbetragtninger få betydning.⁷⁰

Overordnet vil det tale for anvendelse af tegningsreglerne, jo mere generel og omfattende bemyndigelsen er. I stillingsøjlen vil dispositioner i den midterste og nederste del omfattes af fuldmagtsreglerne, imens dispositioner af helt omfattende og generel karakter kun kan træffes af de tegningsberettigede personer. Grænsen mellem fuldmagtsreglerne og tegningsreglerne er dog ikke skarp, hvorfor begge regelsæt bør tages i betragtning.

5. Begrænsningerne i tegningsretten

Nærværende kapitel vil beskrive begrænsningerne i tegningsretten og den kompetence der gælder for de personer, som tegner selskabet. I den efterfølgende gennemgang vil der løbende sammenlignes med de konkursretlige omstødelsesregler med henblik på at klarlægge om begrænsningerne i tegningsretten kan udgøre et alternativ til de konkursretlige omstødelsesregler.

Det er derfor relevant overordnet at kortlægge, hvilke forskellige tilfælde, som kan medføre at en given disposition ikke er bindende for selskabet. Der er først og fremmest de kompetenceoverskridelser, som sker i strid med legitimationen eller fuldmagten, og som har følgende hjemmelsmuligheder: Repræsentationsmagt, tegningsbeføjelse, fuldmagt og prokura. Herefter forekommer de tilfælde, hvor den interne bemyndigelse er mindre end den ydre legitimation, hvilket kan opdeles i følgende tilfælde:

De formelle kompetenceoverskridelser omfatter (1) beslutningen skulle være truffet af et trindhøjere selskabsorgan, eksempelvis bestyrelsen i stedet for direktionen. (2) Der mangler en beslutning i det relevante selskabsorgan. Eksempelvis har bestyrelsen slet ikke behandlet sagen endnu. (3) Selskabsorganet sagde direkte nej, og alligevel handler fx hovedaktionæren eksternt.

De materielle kompetenceoverskridelser omfatter (4) selskabets formålsbestemmelse kan ikke rumme den pågældende disposition. (5) Dispositionen strider mod selskabets interesse.⁷¹

⁷⁰ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 951.

⁷¹ Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, afsnit 4.

5.1 De formelle kompetenceoverskridelser

Dette afsnit vil behandle de tilfælde, hvor der er sket en formel kompetenceoverskridelse. Fælles for de formelle kompetenceoverskridelser er, at de udgør en begrænsning i tegningsretten, jf. Selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1.

De formelle kompetenceoverskridelser kan potentielt udgøre et værktøj for kurator, når han skal rette krav imod tredjemand. Det er dog væsentligt at bemærke, at interne kompetenceoverskridelser som udgangspunkt er tredjemand uvedkommende:

“Alle disse interne forskrifter er, uanset deres offentliggørelse, principielt tredjemand uvedkommende, og også selv om tredjemand konkret måtte have mistanke om, at den interne beslutningsproces ikke var (korrekt) iagttaget, er dette forhold ham –ifølge direktivet –stadig uvedkommende, jf. den ganske kategoriske tekst i direktivets (publicitetsdirektivet) artikel 9, stk. 2, sammenholdt med den foran angivne formålsbestemte fortolkning af direktivbestemmelserne.”⁷²

Dette udgangspunkt bekræftes tillige i forarbejderne, som nævner, at der ikke kan tillægges en egentlig undersøgelsespligt for tredjemand.⁷³ På trods af dette udgangspunkt, kan tredjemand i konkrete tilfælde bringes i ond tro, hvilket belyses i de efterfølgende afsnit. Her handles der ud over den ydre legitimation, normalt fordi den handlende overskrider de lovmæssige beføjelser, der tilkommer bestyrelse og direktion.

5.1.1 Ledelsesmodeller

I kraft af selskabslovens § 111 har kapitalejerne mulighed for at vælge imellem forskellige ledelsesstrukturer dog således, at der altid er en direktør. Generalforsamlingen udgør selskabets øverste myndighed, og står for at ansætte bestyrelsen, hvorefter bestyrelsen ansætter direktøren, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 1. I selskaber hvor der ikke er en bestyrelse, er det generalforsamlingen der ansætter en direktør, jf. selskabslovens § 111, stk. 1, nr. 2. Uanset hvilken ledelsesstruktur selskabet har valgt, er fuldmagtsgiver i aktieselskaber reelt generalforsamlingen, idet generalforsamlingen vælger bestyrelsen, jf. selskabslovens § 120, stk. 1. I anpartsselskaber er det stifterne i forbindelse med stiftelsen, som vælger bestyrelsen.⁷⁴ I selskaber med en bestyrelse, er det denne som ansætter en direktør, jf. Selskabslovens § 111, stk. 1, 2. pkt. Generalforsamlingen vil kunne gøre sin indflydelse gældende i valget af en direktør, idet generalforsamlingen kan udskifte en bestyrelse, som har valgt en direktør generalforsamlingen er utilfreds med.

Det er først og fremmest selskabets ledelsesmodel, som er afgørende for, hvem der kan indgå visse aftaler på vegne af selskabet. Hvis selskabet alene har en direktion, har denne ansvaret for den daglige drift samt den

⁷² Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, s. 3

⁷³ Betænkning nr. 1498/2008, s. 347

⁷⁴ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 887.

overordnede og strategiske ledelse, jf. selskabslovens § 117, stk. 2. Dette medfører, at direktionen som udgangspunkt kan indgå aftaler i enhver henseende. I den efterfølgende gennemgang af kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen er udgangspunktet, at der er valgt en ledelsesmodel, hvor der både er en bestyrelse og direktion.

5.1.2 Generelt om kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen

I selskaber som har en direktion og en bestyrelse, er direktionens adgang til at indgå aftaler begrænset. Kompetencefordelingen mellem direktionen og bestyrelse er struktureret således, at bestyrelsen i medfør af selskabslovens § 115, stk. 1 skal varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af kapitalselskabets virksomhed. Bestyrelsen fastsætter herefter de retningslinjer, som direktionen skal følge, jf. § 115, stk. 1, nr. 4. Direktionens opgave er at efterkomme disse retningslinjer samt varetage den daglige ledelse, jf. selskabslovens § 117, stk. 1. Det afgørende for om en disposition er underlagt bestyrelsens eller direktionens kompetence er, om dispositionen kan siges at være omfattet af den daglige drift. Direktionens kompetence er videre negativt afgrænset i selskabslovens § 117, stk. 1, 2. pkt., hvorefter dispositioner af "*usædvanlig art eller af stor betydning*" for selskabet, ikke er omfattet af den daglige ledelse.

Det ligger ikke klart hvilke dispositioner, som kan betegnes af usædvanlig art eller stor betydning. I forarbejderne til selskabslovens § 117 er det angivet, at begreberne "*usædvanlig art*" eller "*stor betydning*" varierer fra selskab til selskab.⁷⁵ Dette har ligeledes været gældende i retspraksis, idet det beror på kutymen/praksis i det enkelte selskab, om en given disposition kan siges at være et anliggende for bestyrelsen eller direktionen.

I U.2012.2533 H (Rheoscience) blev en direktør ikke ansvarlig for at have foretaget bonusudbetalinger til selskabets medarbejdere. I dommen lagde Højesteret særligt vægt på, at der eksisterede en praksis i selskabet for, at direktøren foretog lønforhandlinger, hvilket måtte omfatte udbetaling af bonusser til medarbejderne. Højesteret anførte, at en etableret praksis internt i selskabet har betydning for kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen. Højesteret fremhævede desuden, at *varigheden* af en given praksis, har betydning for kompetencefordelingen mellem direktionen og bestyrelsen. Hvis en praksis har eksisteret i længere tid, skal dette tillægges vægt i vurderingen af kompetencefordelingen mellem bestyrelse og direktion.⁷⁶

I U.1981.973 H (Røde Vejmølle) var en direktør ikke ansvarlig for at have givet betydelige prisnedsættelser til et selskab, hvori direktøren selv var hovedaktionær. Det fremgik af direktørkontrakten, at der skulle "*stiles*" efter et dækningsbidrag på mellem 6,31 – 8 pct, men dækningsbidraget ved salget var under 1 pct. Landsretten lagde imidlertid vægt på, at prisnedsættelsen

⁷⁵ LFF 2009 03 25 nr. 170, bemærkninger til § 117.

⁷⁶ Schaumburg-Müller, Morten: *ET.2013.199*, afsnit 4.1.1

var sket af hensyn til hård konkurrence på markedet, og at direktøren havde informeret bestyrelsen herom, hvorfor direktøren ikke var erstatningsansvarlig. Højesteret tilføjede endvidere, at prisfastsættelsen var sket ud fra et loyalt forretningsmæssigt skøn, hvori der er tillagt direktøren en vis skønsmæssig vurdering.

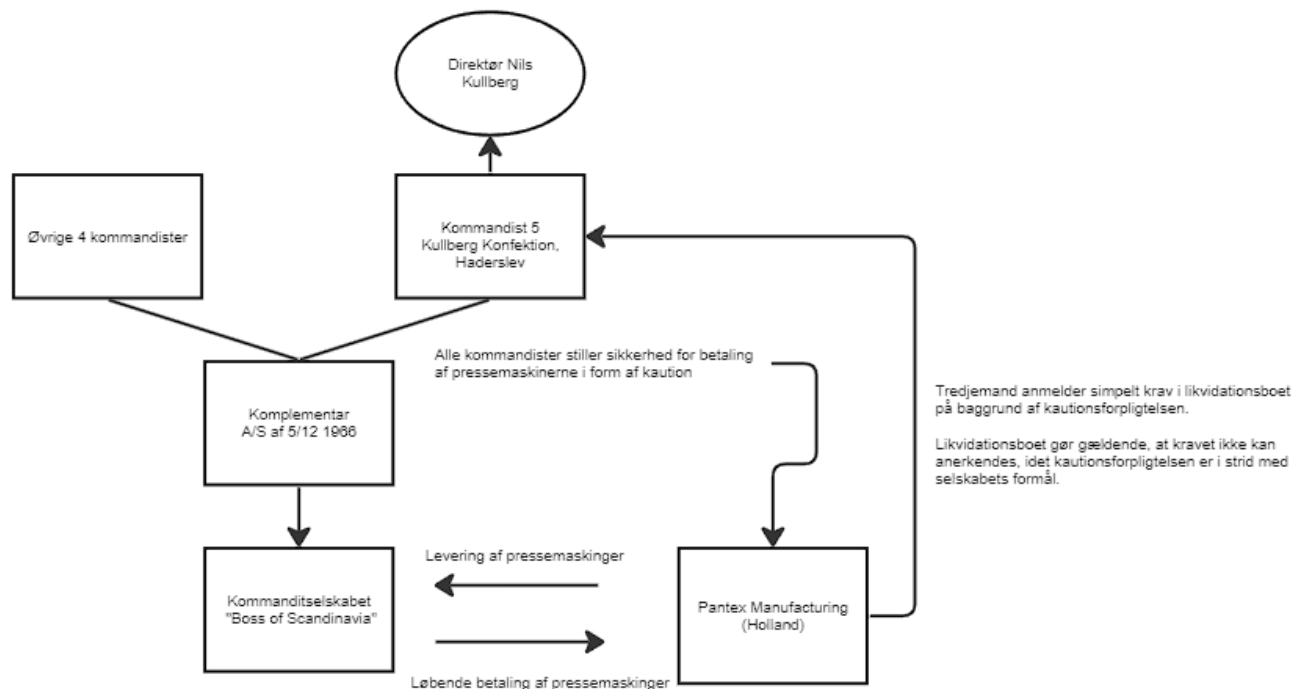
Dommene bekræfter forarbejderne i det omfang, at der vanskeligt kan siges at være bestemte dispositioner, som helt sikkert er et anliggende for enten bestyrelsen eller direktionen, men at det beror på det enkelte selskab og den interne praksis i dette.

5.1.3 Kompetenceoverskridelser mellem direktion og bestyrelse

En grundig undersøgelse af den interne praksis i selskabet omkring kompetencefordelingen mellem direktion og bestyrelse vil i nogle tilfælde kunne give et klart billede af kompetencefordelingen mellem direktion og bestyrelse. Det skal hertil bemærkes, at tredjemand ikke har en sådan undersøgelsespligt, hvorfor han sjældent vil være i ond tro omkring overskridelse af den interne kompetencefordeling.⁷⁷

Et eksempel herpå ses i U.1970.803 H (Haderslev Konfektionsfabrik A/S), hvor direktøren, Nils Kulberg, skrev under på en kautionserklæring på vegne af selskabet Kulberg Konfektion i forbindelse med selskabets indtræden i et kommanditselskab, hvorefter selskabet kautionerede for kommanditselskabets gæld sammen med de øvrige kommanditister.

Konstruktionen kan illustreres i følgende oversigt:



⁷⁷ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 496 og Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik: *Selskabsret*, s. 592.

Kilde: Egen udarbejdelse.

Spørgsmålet var herefter om tredjemand, selskabet Pantex Manufacturing, kunne støtte ret på kautionserklæring imod selskabet Kulberg Konfektion. Til støtte for sin påstand om frifindelse gjorde selskabet, Kulberg Konfektion, gældende, at Pantex Manufacturing burde have undersøgt vedtægterne, hvorved man ville have konstateret, at direktørens underskrift på overenskomsten med sagsøgeren, var vedtægtsstridig. I selskabet Kulberg Konfektions vedtægter fremgik det, at selskabet tegnes, for så vidt angår sædvanlige, daglige forretninger af selskabets direktør og at den samlede bestyrelsen tegnede selskabet i alle dets forhold.

Hverken Landsretten eller Højesteret behandlede anbringendet omkring hvorvidt selskabet Pantex Manufacturing burde have undersøgt vedtægterne. Begge instanser lagde i stedet til grund, at kautionsforpligtelsen var bindende for selskabet Kulberg Konfektion, idet indgåelsen af kautionsforpligtelsen hverken fandtes at ligge udenfor selskabets formål eller direktøren beføjelser. Dommen bekræfter, at tredjemand ikke kan siges at have en undersøgelsespligt, selvom vedtægterne måtte fastlægge, at dispositionen er i strid med selskabets vedtægter og direktørens beføjelser. Dommen er i øvrigt i overensstemmelse med selskabslovens § 135, stk. 3, 2. pkt., hvorefter begrænsninger i tegningsretten ikke kan ske i henhold til konkrete typer dispositioner i selskabets vedtægter.

På denne baggrund vil kurator være begrænset til at rette et krav imod tredjemand, når direktionen “*utvivlsomt*” har overtrådt sine beføjelser. Hensynet er, at tredjemand som udgangspunkt skal kunne gå ud fra, at de personer der er legitimeret til at tegne selskabet, binder selskabet ved dennes underskrift.⁷⁸ Det vil sjældent være muligt at løfte bevisbyrden for tredjemands kendskab til, at en direktør har overskredet sin kompetence, idet hans kompetence, set fra tredjemands synsvinkel, i mange henseender kan flyde sammen med bestyrelsens. I praksis vil professionelle långivere formentlig kræve et uddrag af det bestyrelsesmødereferat, hvor låneaftalen er godkendt, hvilket kan skabe en sikkerhed for tredjemand om, at den interne bemyndigelse mellem bestyrelse og direktion ikke er overskredet.⁷⁹

5.1.4 Kompetenceoverskridelser overfor generalforsamlingen

Det kan være vanskeligt for tredjemand at kende til den interne kompetencefordeling mellem direktionen og bestyrelsen. Derimod er der bestemte dispositioner, hvor generalforsamlingen er enekompetent, hvorfor det i disse situationer, er mere åbenlyst for tredjemand, at bestyrelsen eller direktionen har truffet en beslutning, som er tillagt generalforsamlingen. Generalforsamlingen er enekompetent ved beslutning om erhvervelse af egne kapitalandele, jf. selskabslovens § 198, stk. 1, anlæg af erstatningssag på selskabets vegne mod selskabets ledelse, jf. selskabslovens § 364, stk. 1 og vedtægtsændringer, jf. selskabslovens § 106, stk. 1. Nogle beslutninger kan generalforsamlingen kun beslutte med godkendelse fra det centrale ledelsesorgan,

⁷⁸ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 496 og Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik: *Selskabsret*, s. 592.

⁷⁹ Kure, Henrik: *Finansieringsret*, s. 251.

hvilket omfatter udbytteudbetalinger, jf. Selskabslovens §§ 180 og 181 samt beslutning om kapitalnedsættelse, jf. Selskabslovens § 189, stk. 1. Baggrunden for kravet om godkendelsen fra det centrale ledelsesorgan har tæt sammenhæng med kreditor- og minoritetsbeskyttelsen samt ledelsens pligt til at sikre kapitalberedskabet i selskabet, når kapital forlader selskabet, jf. Selskabslovens § 115, nr. 5.⁸⁰

Eksempler på konkrete dispositioner, som den tegningsberettigede bestyrelse eller direktion ikke vil kunne foretage dispositionen uden godkendelse fra generalforsamlingen, vil være indgåelse af aftaler om lån, hvor långivers ret til rente er afhængig af det udbytte, som selskabets kapitalandele afkaster eller af årets overskud (udbyttegivende gældsbreve) eller hvor lånet kan konverteres til kapitalandele i låntagerselskabet (konvertible gældsbreve). Disse beslutninger vil almindeligvis være i strid med selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1.⁸¹ Peer Schaumburg og Lindencrone anfører, at anvendelsesområdet for selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1 er begrænset til tilfælde, hvor der sker kompetenceoverskridelser overfor generalforsamlingen:

“Hvis de tegningsberettigede har handlet i strid med deres lovmæssige beføjelser, er aftalen på objektivt grundlag uforbindende for selskabet. Dette gælder således, hvis de har lovet medkontrahenten noget, som helt åbenlyst ligger uden for deres kompetence – men anvendelsesområdet for denne bestemmelse er snævert, fordi medkontrahenten oftest må have lov at gå ud fra, at den interne beslutningsproces i selskabet, herunder generalforsamlingsgodkendelse, er bragt på plads, før der kontraheres med ham. Skal man derfor illustrere forholdet, må man gribe til teoretiske eksempler, såsom løfter om kapitalforhøjelse, nytægning, fondsaktier, om andel i overskud osv., hvor der helt klart skal foreligge en generalforsamlingsbeslutning, før et sådant tilsagn kan gives.”⁸² – (mine understregninger).

Det er vanskeligt at forestille sig, at en tredjemand vil indgå en aftale om et konvertibelt gældsbrev eller en aftale om udbytteafhængige gældsbreve uden at kræve godkendelse fra generalforsamlingen, idet kompetencen hertil helt åbenlyst ligger hos generalforsamlingen.

5.1.5 Kurators muligheder for omstødelse ved de formelle kompetenceoverskridelser

Den ovenstående gennemgang har opdelt de formelle kompetenceoverskridelser to tilfælde: 1) direktøren har handlet i strid med hans kompetencer og 2) direktionen eller bestyrelsen har handlet i strid med deres kompetencer overfor generalforsamlingen.

I relation til kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen, består en væsentlig usikkerhed omkring hvem der har beslutningskompetencen i det enkelte selskab, og denne usikkerhed kommer tredjemand til gode. Tredjemand har tilmed ikke nogen særlig undersøgelsespligt i forhold til at undersøge, om beslutningskompetencen er tillagt bestyrelsen eller direktionen i det enkelte selskab.

Kompetenceoverskridelser overfor generalforsamlingen er mere åbenlyse, idet generalforsamlingen på en

⁸⁰ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 503.

⁸¹ Kure, Henrik: *Finansieringsret*, s. 253 og Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, afsnit IV og Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 963.

række punkter har enekompetence, hvilket må antages at medføre, at tredjemand nemmere kan bringes i ond tro omkring en interne kompetenceoverskridelse i dette tilfælde. Kurators muligheder ved de formelle kompetenceoverskridelser må derfor i udgangspunktet være begrænset til tilfælde, hvor de pågældende dispositioner kræver godkendelse fra generalforsamlingen. Når der er tale om kompetenceoverskridelse mellem bestyrelsen og direktion er anvendelsesområdet for selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1 generelt ganske snævert, hvorfor bestemmelsen ikke udgør et velegnet alternativ til konkurslovens omstødelsesregler.⁸³

5.2 De materielle kompetenceoverskridelser

5.2.1 Overførsler i strid med selskabets formål

De materielle kompetenceoverskridelser omfatter dels overførsler i strid med selskabets formål samt overførsler i strid med selskabets interesse. Begge undtagelser til tegningsretten er reguleret i selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 2 og 3. Hvor selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1 og 2 indfører publicitetsdirektivets artikel 9, stk. 1 og 2, er formålet med indførslen af selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 3, at indføre almindelige aftaleretlige principper.⁸⁴

Bestemmelsen i selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 1 er udtryk for den såkaldte ultra-vires doktrin, hvor en juridisk person sætter sig udover sin eksistensberettigelse. Tankegangen er, at uanset om alle formalia er opfyldt (der foreligger ingen formel kompetenceoverskridelse), kan handlingen alligevel blive ugyldig i relation til tredjemand, såfremt det aldrig har været meningen med denne juridiske person at foretage denne type af dispositioner (der foreligger en materiel kompetenceoverskridelse).⁸⁵ En del af indholdet i et selskabs vedtægter er selskabets formål, jf. Selskabslovens § 28, nr. 2. Selskabets vedtægter kan overordnet betegnes som selskabets grundlov eller forfatning.⁸⁶ De er offentligt tilgængelige, hvilket gælder for vedtægterne i alle selskaber af aktie- og anpartsselskabstypen i enhver EU- og EØS-stat, jf. første selskabsdirektivs (publicitetsdirektivet) art. 3. Vedtægterne og de øvrige oplysninger, der registreres hos Erhvervsstyrelsen, anses for at være kommet tredjemand til kundskab, jf. Selskabslovens § 14, stk. 2. Selskabets formål er derfor altid kendeligt for tredjemand, idet selskabets formålsbestemmelse registreres sammen med selskabets vedtægter. Det skal dog bemærkes, at uanset at et kapitalselskabs formålsbestemmelse er registreret hos Erhvervsstyrelsen, er dette ikke tilstrækkeligt bevis for, at tredjemand efter selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 2, vidste eller burde vide, at den tegningsberettigede handlede uden for kapitalselskabets formål.

⁸³ Søgaard, Gitte og Werlauf, Erik: *Selskabsret*, s. 592, Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer: *Tegning og fuldmagt*, s. 84, Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 496 og Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 963.

⁸⁴ Betænkning nr. 1498/2008, s. 347

⁸⁵ Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, s. 5.

⁸⁶ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 432 og Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 218.

Ved ændring af selskabets formål, blev der tidligere sondret mellem væsentlige og ikke væsentlige formålsændringer, hvoraf væsentlige formålsændringer ikke kunne vedtages uden enstemmighed af generalforsamlingen, jf. aktieselskabsloven fra 1917 § 33. Dette blev senere ændret, idet man fandt, at *”minoriteten ikke bør kunne modsætte sig en af majoriteten ønsket naturlig udvikling og dermed følgende udvidelse af selskabets virksomhed.”*⁸⁷ Herved forsvandt sondringen mellem væsentlige og uvæsentlige ændringer i formålet, hvorfor enhver formålsændring nu kan ske ved 2/3 majoritet ligesom øvrige vedtægtsændringer, jf. selskabslovens § 106, stk. 1.

Begrebet “formål” er nødvendigvis ikke retvisende for, hvad der skal forstås ved formålsbestemmelsen i vedtægterne. Formålet med alle kapitalselskabet er i sidste ende at indvinde profit, men formålsbestemmelsen skal angive på hvilken måde selskabet skal indvinde denne profit.⁸⁸

Formålsbestemmelsen kan principielt være *”handel og anden dermed i forbindelse stående virksomhed”*, men særligt kapitalejerne kan have interesse i, at formålsbestemmelsen er tilstrækkelig præcis, idet en for bred formålsbestemmelse i princippet kan være en reel blankofuldmagt for bestyrelse og direktion.⁸⁹ Omvendt kan en præcis og specifik formålsbestemmelse være handlingslammende for både direktion og bestyrelse samt en kontraherende tredjemand. Formålsbestemmelsen rummer en mulighed for at begrænse de tegningsberettigede repræsentanternes mulighed for at indgå aftaler, som ikke kan anses for naturlige for den forretning som drives.⁹⁰

Når selskabet ønsker at påberåbe sig selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 2 er bevistemaet opdelt i to dele: 1) Det objektive krav, hvor selskabet må godtgøre, at den pågældende disposition på objektivet grundlag falder udenfor selskabets formål og 2) det subjektive krav, hvor selskabet må godtgøre, at den kontraherende tredjemand vidste eller burde vide, at den pågældende disposition lå udenfor selskabets formål. Muligheden for påberåbelsen af bestemmelsen er derfor afhængig af, om formålsbestemmelsen i vedtægterne er tilstrækkeligt præcist formuleret. Hvis dette ikke er tilfældet, vil det selvsagt være vanskeligt for selskabet at bevise, at en disposition er i strid med formålsbestemmelsen, hvis formålsbestemmelsen principielt kan rumme alt. Det skal hertil bemærkes, at såfremt den pågældende disposition er tiltrådt af selskabets ejere, bortfalder ultra-vires indsigelsen. Dette hænger sammen med, at det ville forekomme urimeligt at selskabet, til fordel for sig selv og sine ejere, kunne påberåbe sig, at der er disponeret ultra vires af et selskabsorgan, når selskabsorganets handlemåde var godkendt af ejerkredsen.⁹¹

Grundet det tostrengede bevistema har formålsbestemmelse en intern og ekstern funktion, hvoraf den interne funktion er at begrænse de dispositioner de tegningsberettigede kan foretage. Hertil en ekstern funktion, som

⁸⁷ Betænkning nr. 540/1969 side 111

⁸⁸ Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, s. 6 og Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 436

⁹⁰ Andersen, Lennart Lyng og Schaumburg-Müller, Peer: *Tegning og fuldmagt*, s. 89.

⁹¹ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 967.

skal sikre, at tredjemand ikke kan støtte ret på en formålsstridig disposition, som han er i ond tro omkring. Den interne funktion bliver særligt relevant, idet selskabets ledelse kan pådrage sig ansvar ved formålsstridige dispositioner, som er under forudsætning af, at den pågældende disposition er tabsgivende for selskabet. Særligt relevant for denne afhandling er den eksterne funktion for formålsbestemmelsen, idet kurator vil kunne omstøde en formålsstridig disposition, såfremt det kan bevises, at tredjemand er i ond tro. Det efterfølgende afsnit vil afdække den første del af bevistemaet, hvorfor det undersøges, hvornår formålsbestemmelsen objektivt set er overskredet.

5.2.1.1 Det objektive element: formålsbestemmelsen

Idet der ikke er noget specifikt krav til formålsbestemmelsens udformning herunder om, hvor konkret den skal være, har resultatet været, at de fleste formålsbestemmelser er meget generelle og brede uden nogen værdi for selskabets aftaleerhververe og offentligheden. En medkontrahent vil i sin undersøgelse af selskabets egentlige formål, oftest kunne få et bedre indblik i dette ved selskabets branchekode.

En del af udvalget bag betænkning 2008 nr. 1498 fandt, at det principielt ikke nødvendigt at stille krav til et selskabs formål skal fremgå af selskabets vedtægter og registreres. På trods af dette synspunkt, blev kravet om en formålsbestemmelse i selskabets vedtægter opretholdt. Formålsbestemmelsen vil kunne benyttes internt til at drage ledelsen til ansvar for formålsstridige dispositioner. Dette kan være vanskeligt, idet selskabets aktiviteter kan ændre sig, hvorfor formålsbestemmelsen også her kan miste sin værdi.⁹²

Formålsbestemmelsen kan udgøre en beskyttelse for aktionærerne, når ledelsen foretager formålsstridige dispositioner.

Et eksempel på dette forelå i dommen U.1966.31 H (Dampskibsselskabet Heimdal), hvor en B-aktionær søgte Aktieselskabet Dampskibsselskabet Heimdal. Aktionæren nedlagde påstand om, at selskabet skulle anerkende, at den på selskabets ordinære generalforsamling den 28. marts 1962 vedtagne godkendelse af beretning og regnskab for 1961, var ugyldig. Aktionærer anfægtede godkendelse af regnskabet på den omtalte generalforsamling, idet ledelsen forud for godkendelsen af regnskabet, havde foretaget fire dispositioner, som ifølge aktionærer var formålsstridige.

Dampskibsselskabet Heimdals formål var "*at drive fragtfart*". De fire formålsstridige dispositioner omhandlede overordnet set investering i det britiske charterflyselskab, Flying Enterprise A/S. Investeringerne skete på baggrund af en anbefaling fra en advokat, som sad i bestyrelsen i både Heimdal og Flying Enterprise A/S. Årsagen til de fortsatte investeringer var, at selskabet, Flying Enterprise A/S af flere omgang kom i likviditetsproblemer. Der var tale om følgende fire beslutninger:

- Den første beslutning blev truffet ved årsskiftet 1960–61. Der blev købt for 1 mio. kr. obligationer til pari kurs mod pant i nye fly fra England.

⁹² Betænkning nr. 1498/2008, s. 125.

- Den anden beslutning blev truffet i efteråret 1961. Der blev indskudt 0,5 mio. kr., hvor der på samme tidspunkt var der opstået tvist om ejendomsretten til de pantsatte fly.
- Den tredje beslutning blev truffet ved årsskiftet 1961 – 62. Nu blev der indskudt yderligere 0,7 mio. kr.
- Den fjerde og sidste beslutning blev truffet februar 1962. Nu opkøbte Heimdal en engelsk banks fordring på 0,8 mio. kr. mod Flying Enterprise og indskød yderligere 0,5 mio. Kr. I denne forbindelse blev flere af Heimdals bestyrelsesmedlemmer indsat i Flying Enterprises bestyrelse, hvorved engagementet skiftede karakter fra et midlertidigt foretagende, idet beslutningen reelt bandt Heimdal til at overtage driften af Flying Enterprise A/S på ubestemt tid.

Højesteret skulle tage stilling til, hvilke af de ovenstående beslutninger, som var formålsstridige. Alle dommerne i Højesteret var enige om, at de tre første beslutninger ikke kunne anses for formålsstridige beslutninger, idet der blot var tale om midlertidige kapitalanbringelser. I relation til den fjerde beslutning, var der dog ikke enighed om, hvorvidt denne udgjorde en formålsstridig beslutning. Mindretallet af dommerne (3) lagde til grund, at den fjerde beslutning, og overtagelsen af driften i Flying Enterprise A/S, var et udtryk for, at selskabet sikrede sig kontrollen over Flying Enterprise til varetagelse af sine kreditorinteresser, hvorfor beslutningen ikke var formålsstridig. Omvendt fandt flertallet (4), at den fjerde beslutning var formålsstridig, da den dels bandt Heimdal til reelt at overtage driften af flyselskabet for en længere, ubestemt periode, og dels fordi der var tale om et stort engagement, set i forhold til Heimdals nettoformue.

Først og fremmest viser dommen en usikkerhed omkring hvornår formålsbestemmelsen er overskredet, hvilket bestyrkes af det faktum, at det kun var et spinkelt flertal af højesteretsdommerne, der fandt den fjerde beslutning formålsstridig. I relation til de efterfølgende obligationskøb, var spørgsmålet herefter, hvor langt et selskab kan gå, når der skal foretages redningsforanstaltninger med henblik på at beskytte fejlslagne investeringer. Det var her flertallet i Højesteret trak grænsen ved Heimdals overtagelse af driften. Ud fra de hensyn flertallet i Højesteret fremhævede, må der i vurdering af redningsforanstaltninger lægges vægt på *størrelsen* af den yderligere investering, både absolut og i forholdet til selskabets øvrige kapital, på dens *varighed*, og på, om selskabet i forbindelse med investeringen sikrer sig kontrollen med den pågældende virksomhed.⁹³

5.2.1.2 Det subjektive element: ond-troskravet hos tredjemand

Når et krav rettes imod tredjemand, bliver den anden del af bevistemaet relevant, idet tredjemand skal være i ond tro omkring overskridelsen af selskabets formål. Udgangspunktet er, at offentliggørelsen af formålsbestemmelsen i selskabets vedtægter ikke er tilstrækkeligt for at bevise tredjemands onde tro, jf. Selskabslovens § 136, stk. 2. Spørgsmålet er herefter, hvilke tilfælde der kan medføre, at tredjemand var i

⁹³ Splenth, Poul: *U.1966B.129*, s. 132.

ond tro omkring overskridelsen af selskabets formål. I relation til vurderingen af den gode og onde tro, er positiv viden tilstrækkeligt. Den anden del af vurderingen omfatter de tilfælde, hvor tredjemand "*på det foreliggende grundlag ikke kunne være ubekendt dermed*". Med andre ord skal man om tredjemand kunne sige, at "*det kunne han sige sig selv*". Det er her væsentligt at fremhæve, at der ikke opstilles en agthedsnorm, hvorfor tredjemand ikke rammes af hans burde-viden. På dette punkt adskiller god/ond tro vurderingen sig fra den samme vurdering ved tilsidesættelse af selskabets interesse, idet tredjemand her rammes af hans burde-viden. Der skal derfor foreligge objektivt mistænkelige forhold, som skal vække tredjemands mistanke. Sondringen har særligt betydning i tilfælde, hvor der sker påberåbelse af både overførsler i strid med selskabsinteressen og overførsler i strid med formålet, idet det ikke er samme god/ond tro vurdering, der opstilles overfor tredjemand. Bevisbyrden for tredjemands gode og onde tro er pålagt selskabet selv, som dermed skal bevise, at tredjemand var i ond tro omkring den pågældende formålsstridige disposition.⁹⁴

5.2.2 Særligt pantsætninger i koncernforhold

Et element, som i væsentligt grad komplicerer vurderingen af, om en given dispositioner er i strid med selskabets formål eller interesse, er i det tilfælde, hvor selskabet foretager en pantsætning til fordel for et selskab, som det er koncernforbunden med. Spørgsmålet omkring koncernselskabers adgang til finansielle forretninger herunder tredjemandspantsætning til fordel for andre koncernselskaber har tiltrukket sig opmærksomhed i både den juridiske litteratur samt i retspraksis. Emnet har ligeledes relevans i konkursretlig kontekst, idet de konkursretlige omstødelsesregler kun i nogen grad omfatter disse dispositioner.

Selskabets formål vil ofte indeholde en beskrivelse af hvilken virksomhed der drives, hvilket ses i U.1966.31 H, hvor selskabets formål var "*at drive fragtfart*". Formålsbestemmelsen indeholder principielt ikke nogen angivelse af, hvordan selskabet tilvejebringer den nødvendige finansiering til driften af virksomheden herunder om selskabet kan stille sikkerhed til fordel for andre koncernselskaber. Det kan anføres, at det forekommer helt åbenlyst, at selskaber i almindelighed må have adgang til at skaffe fremmedfinansiering, selvom formålsbestemmelsen ikke eksplicit tager stilling til dette spørgsmål. Hvis adgangen til fremmedfinansiering ikke var mulig, ville ledelsens pligt til at sikre selskabets kapitalberedskab reelt kun rumme muligheden for egenfinansiering.

Nærværende afsnit vil derfor undersøge, om det er et krav at formålsbestemmelsen udtrykkeligt tager stilling til hvilke finansielle dispositioner ledelsen kan foretage, og om der eksisterer en ydre grænse for selskabets finansieringsmuligheder i form af fremmedfinansiering. Navnlig pantsætninger i koncernforhold undersøges, idet denne problemstilling ofte forekommer i praksis.

⁹⁴ Werlauf, Erik: *T.f.r.1995.780*, s. 5.

5.2.2.1 Generelt omkring tredjemandspantsætninger i en koncern

Ved et tredjemandspant, stilles pantet ikke for pantsætterens egne gældsforpligtelser, men til sikkerhed for tredjemands gældsforpligtelser. Nærværende afsnit har fokus på de tilfælde, hvor tredjemandspantet stilles af et koncernselskab til sikkerhed for et andet koncernselskabs gældsforpligtelser.

I en koncern kan der ofte forekomme betalinger og sikkerhedsstillelser på tværs af koncernselskaberne. En koncern består af et moderselskab og dets dattervirksomheder, jf. Selskabslovens §§ 5, nr. 18, og § 6. Selv om en koncern kan ses som en økonomisk enhed, består en koncern i juridisk forstand af flere selvstændige juridiske personer. Koncernen er ikke i sig selv en juridisk person, og har derfor ikke retsevne, herunder til at optage lån. Lån må derfor optages af et eller flere selskaber i koncernen. En koncern opstår, når et moderselskab yder faktisk bestemmende indflydelse på et datterselskab. Afgørende er ikke den formelle indflydelse, men nærmere den faktiske indflydelse.⁹⁵ Fordelen ved ét samlet lån for koncernen er, at koncernen herved kan spare omkostninger sammenlignet med at hvert enkelt selskab i koncernen skulle optage et lån.⁹⁶ Det er sædvanligt, at et moderselskab optager lånet (låneselskabet), imens eventuelle datterselskaber, som måske har væsentlige aktiver, står for sikkerhedsstillelsen i form af deres aktiver. Moderselskabet står herefter for at fordele lånekapitalen ned i koncernen. Problematikken opstår i det tilfælde, hvor moderselskabet ikke fordeler lånekapitalen ned i koncernen. Herved har det datterselskab, der kun har stillet sikkerhed, ikke opnået en modydelse i form af selve lånebeløbet, idet dette tilkommer moderselskabet (låneselskabet). Problemstillingen opstår særligt i tilfælde, hvor det datterselskab, der stiller sikkerhed for moderselskabet lån, ejes af en række minoritetsaktionærer, som ikke er medejer af moderselskabet (låneselskabet).

5.2.2.2 De konkursretlige problemstillinger ved tredjemandspantsætninger

De eneste konkursretlige omstødelserregler, der omfatter tredjemandspantsætninger er konkurslovens § 74 og 64. Konkurslovens § 70 omfatter ikke disse dispositioner, idet bestemmelsen ikke omfatter skyldnerens pantsætninger af tredjemands gæld. I relation til tredjemandspantsætninger er kurator nødsaget til enten at påberåbe sig konkurslovens § 74 eller § 64.⁹⁷

Ved omstødelse efter konkurslovens § 64, skal der foreligge en gave. Gavebegrebet er hverken fastsat i konkursloven eller dennes forarbejder. Højesteret udtrykte dog i U.2022.907 H, at fastlæggelsen af gavebegrebet må ske med udgangspunkt i det civilretlige gavebegreb, hvorefter der er tale om en gave, når der foreligger en vederlagsfri overførsel af et formuegode, der er udslag af gavmildhed. Udfordringen ved påberåbelse af konkurslovens § 64 er imidlertid, at der oftest ikke foreligger en gave overfor tredjemand, idet

⁹⁵ Christensen, Jan Schans: *Kapitalselskaber*, s. 653.

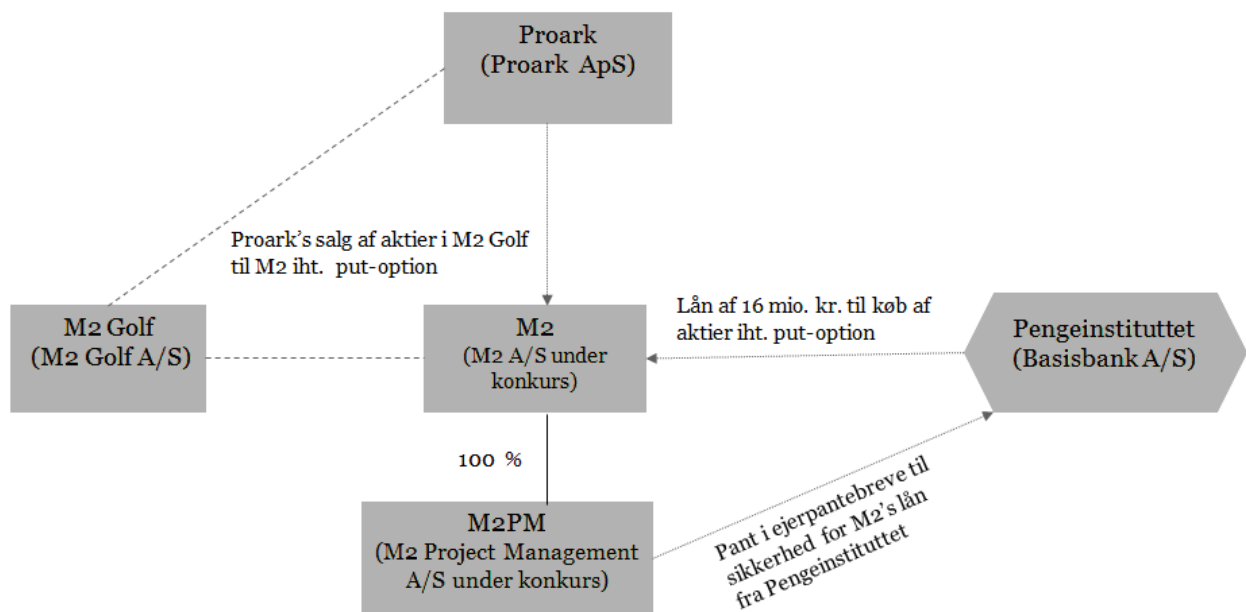
⁹⁶ Kure, Henrik: *U.2012B.139*, s. 3.

⁹⁷ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 126

tredjemand har erlagt sin ydelse i form af lånebeløbet overfor moder- eller søsterselskabet, som sikkerhedsstillelsen sker til fordel for.

I en utrykt afgørelse fra Københavns Byret (BS 12A-1349/2011) opretholdt Byretten en sikkerhedsstillelse til fordel for Basisbank A/S (Pengeinstitutet), som blev ydet af et datterselskab, M2 Project Management A/S under konkurs (M2PM), i forbindelse med dets moderselskab, M2 A/S under konkurs' (M2), låneoptagelse hos Pengeinstitutet. For en nærmere gennemgang af dommen henvises til afsnit 5.2.2.4.

Selskabsstrukturen kan illustreres i følgende oversigt:



Kilde: U.2017B.192

I dommen stillede et helejet datterselskab sikkerhed for sit modselskabs lån fra pengeinstitutet. Kurator i datterselskabet (M2PM) gjorde i sagen gældende, at sikkerhedsstillelsen var omstødelig efter konkurslovens § 64. Retten afviste omstødelse efter § 64 med henvisning til, at pengeinstitutet ikke havde modtaget en vederlagsfri ydelse, hvorfor der ikke var tale om en gave efter konkurslovens § 64. Tilsvarende fandt retten i relation til omstødelse efter konkurslovens § 74 ikke, at pengeinstitutet var begunstiget, idet pengeinstitutet havde ydet et lån som modydelse til sikkerhedsstillelsen.

Afvisningen af omstødelse efter konkurslovens §§ 64 og 74 hænger sammen med, at en grundlæggende forudsætning for omstødelse er, at der skal foreligge en begunstiging. En pantsætning til sikkerhed for et samtidigt ydet lån eller for fremtidig gæld, er ikke en kreditorbegunstiging, og kan derfor ikke omstødes. Tilsvarende kan opfyldelse af et kontantkøb ikke omstødes, idet ydelsesudvekslingen sker samtidigt.⁹⁸

⁹⁸ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 143

Konkurslovens regler er i denne sammenhæng begrænset, idet den tredjemand, som modtager sikkerhedsstillelsen, ikke kan siges at være begunstiget.

5.2.2.3 Finansielle forretninger og selskabets formål

I den netop gennemgaaede dom U.1966.31 H blev det af sagsøgeren gjort gældende, at investeringerne i obligationerne reelt kunne karakteriseres som finansieringsvirksomhed, hvilket ikke havde sammenhæng med selskabets formål. Dommerne i Højesteret var dog enige om, at et selskab med stor likviditet i almindelighed kan vælge at anbringe deres midler i obligationer med henblik på forrentning. Netop spørgsmålet omkring selskabers adgang til at indgå i finansielle forretninger herunder tredjemandspantsætninger har været genstand for diskussion i litteraturen.

Jørgen Permin argumenterede for en indskrænkende fortolkning af formålsbestemmelser, særligt med henblik på de tilfælde, hvor selskaber og andre juridiske personer indgår finansielle forretninger. Ifølge denne opfattelse, skulle det begrebsmæssigt ligge uden for en juridisk persons formålsbestemmelse at indgå sådanne kontrakter, medmindre muligheden for indgåelsen udtrykkeligt er nævnt i selskabets formålsbestemmelse.⁹⁹ Dette synspunkt er senere blevet afvist af flere forfattere, idet dette ville betyde, at kun virksomheder i finanssektoren ville kunne indgå sådanne kontrakter.¹⁰⁰ Der gælder formentligt en undtagelse ved juridiske personer under en vis størrelse og med et begrænset aktivitetsområde, fx den lille forening af ideel beskaffenhed eller det lille tømreranpartsselskab, som antagelig kan påberåbe sig ultra vires doktrinen i tilfælde af egentlige finansielle forretninger.¹⁰¹

Til belysning af denne problemstilling kan igen henvises til dommen U.1970.803 H. For yderligere gennemgang af selskabskonstruktionen henvises til afsnit 5.1.3.

I dommen skrev direktøren Nils Kullberg under på en kautionserklæring på vegne af selskabet Kullberg Konfektion i forbindelse med selskabets indtræden i et kommanditselskab, hvorefter selskabet Kullberg Konfektion kautionerede for kommanditselskabets gæld sammen med de øvrige kommanditister. Spørgsmålet var herefter om tredjemand, selskabet Pantex Manufacturing, kunne støtte ret på kautionserklæring imod selskabet Kullberg Konfektion. Kullberg Konfektions formål var *“at drive fabrikationsvirksomhed og handel i og uden for Danmark med alle inden for konfektionsbranchen til enhver tid faldende artikler”*. Som sikkerhed for betaling af pressemaskiner til kommanditselskabet, Boss of Scandinavia, påtog kommandisterne sig en kaution. Det var herefter spørgsmålet, om kautionsforpligtelsen, som Kullberg Konfektion stillede, var i strid med selskabets formål.

Højesteret synes kun at tage stilling til den først led af beviset, nemlig om påtagelse af kautionsforpligtelsen objektivt kunne anses for værende udenfor Kulberg Konfektions formål. Dette fandt

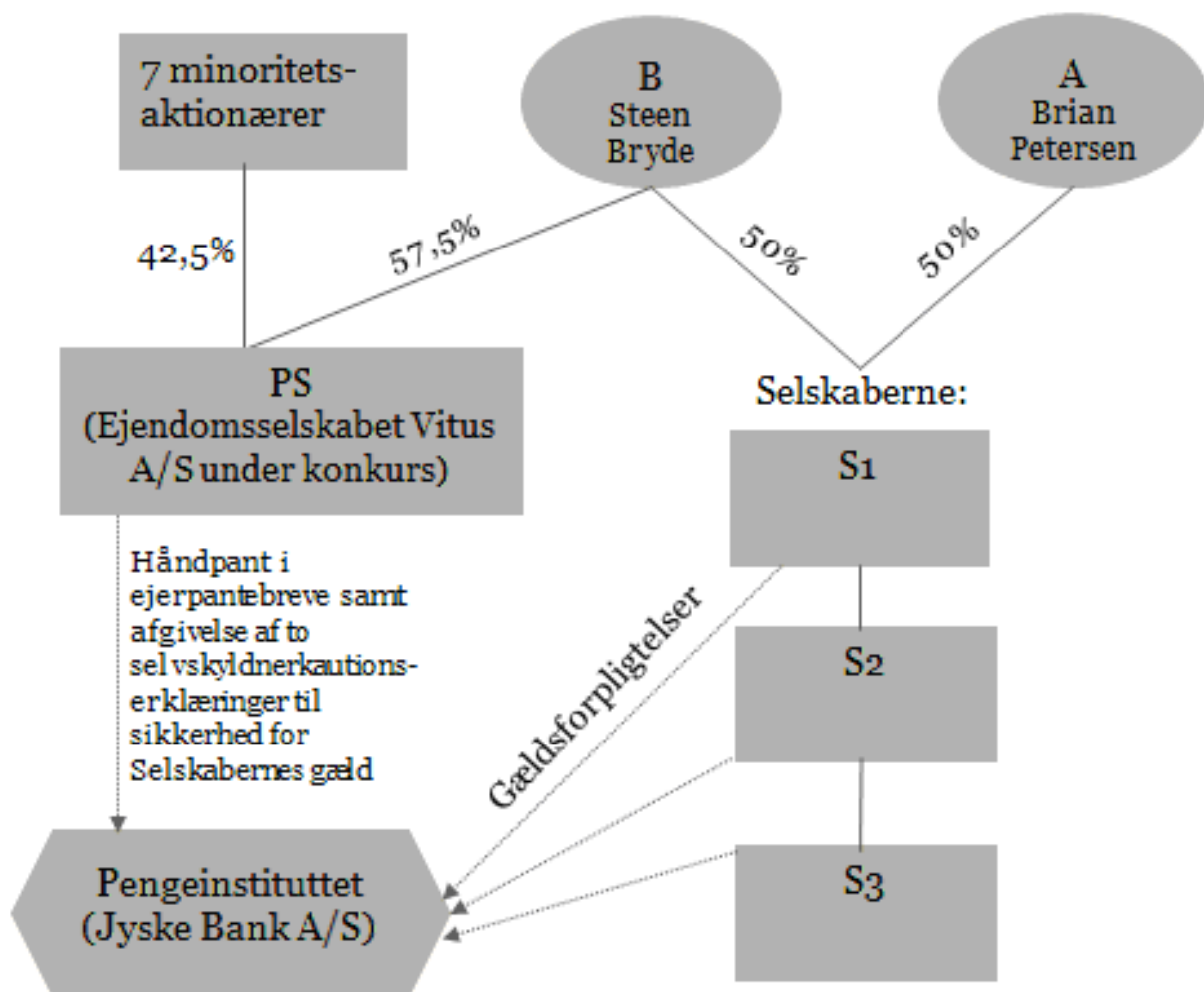
⁹⁹ Fermin, Jørgen: *RR.1994.27*

¹⁰⁰ Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*: s. 966, Werlauf, Erik: *ET.2006.189*, s. 4 og Tamasauskas, Andreas: *Erhvervslivets lånoptagelse*, s. 149.

Schaumburg-Müller og Lindencrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 967.

Højesteret ikke at være tilfældet, idet der var tale om kaution for et datterselskabs almindelige forretningsmæssige transaktioner. Dermed gik Højesteret ikke ind i den anden del af bevistemaet omkring hvorvidt Pantex Manufacturing havde handlet i ond tro i forhold til formålsoverskridelsen, idet formålsbestemmelsen på objektivt grundlag ikke var overskredet. Dommen er formentlig et udtryk for, at selskaber kan indgå i finansielle forretninger herunder sikkerhedsstillelse for koncernselskaber, selvom formålsbestemmelse ikke udtrykkeligt indeholder en sådan adgang.

I skærende kontrast til U.1970.803H kan henvises til den såkaldte “Bryde2-sag” (SH2013.P-76-10), som ligeledes omhandlede et tredjemands pant til sikkerhed for en række koncernselskabers gældsforpligtelser. Koncernstrukturen kan illustreres ved følgende oversigt:



Kilde: U.2017B.192

Ejendomsselskabets Vitus havde til formål at »*købe, eje, administrere, udleje og sælge fast ejendom, at udøve virksomhed i forbindelse hermed, at drive anden investeringsvirksomhed efter bestyrelsens bestemmelser*«. Ejendomsselskabet gik konkurs, hvorefter kurator gjorde indsigelser mod

pantsætningen. Kurator gjorde i denne forbindelse gældende, at dispositionerne var i strid med selskabets formål.

Vedrørende spørgsmålet omkring hvorvidt dispositionerne var i strid med ejendomsselskabets formål, gjorde Jyske Bank A/S følgende gældende:

“Formålsbestemmelsen er dog — objektivt set — ikke overskredet. Aftaler om finansielle instrumenter er bindende for selskabet, selvom dette ikke er i overensstemmelse med formålsbestemmelsen, og dette gælder tillige, hvor selskabet spekulerer i ugyldighedsmuligheden. På samme måde forholder det sig med de meget almindeligt forekommende krydskautitioner og gensidige sikkerhedsstillelser mellem koncernforbundne selskaber og andre nært forbundne selskaber. Disse sikkerhedsstillelser vil sjældent kunne rummes inden for formålsbestemmelsens ordlyd, men nok inden for dens forudsætninger og naturlige forståelse, og de må derfor opretholdes.” – (mine understregninger).

Sø- og handelsretten fandt, at pantsætningerne “*utvivlsomt*” faldt uden for selskabets formål, idet de blev ydet over for tredjemand og uden nogen reel modydelse, hvorfor pantsætningerne ikke var forretningsmæssigt begrundede.

Sø- og handelsrettens afgørelse er formentlig i tråd med det af Jørgen Permin anførte, hvorefter selskabets indgåelse i finansielle forretninger ikke kan indeholdes af selskabets formålsbestemmelse, medmindre det er udtrykkeligt angivet heri.¹⁰² Som anført i afsnit 5.2.2.3, er dette synspunkt dog blevet kritiseret af flere forfattere, som argumenterer for, at konsekvensen ville være, at næsten enhver indgåelse af finansielle kontrakter, bortset fra virksomheder i finanssektoren, ville indebære en formålsoverskridelse. Selskabet ville endog kunne spekulere i ugyldighedsmuligheden.¹⁰³ I tråd med dette standpunkt, anfører Morten Max Ibenfeldt ganske rammende:

I praksis er denne form for krydskautitioner og andre gensidige sikkerhedsstillelser almindeligt forekommende. Sikkerhederne vil ikke altid kunne rummes inden for selve ordlyden af formålsbestemmelsen, men formentlig indenfor dens forudsætninger og naturlige forståelse. Dertil kommer, at retslitteraturen over en bred kam har tilsluttet sig, at formålsbestemmelsen er et usikkert element til at bestemme et selskabs retsevne, da den er liberal i sin formulering og relativ nem at ændre. Samtidig er formålsbestemmelsen uegnet til at udgøre en begrænsning af den ydre legitimation for selskabsorganerne, hvorfor der i dag kun er begrænset mulighed for at tilsidesætte aftaler som stridende mod selskabets formålsbestemmelse efter sl § 136, stk. 1, nr. 2.¹⁰⁴

Set i lyset af de netop gennemgåede domme U.1966.31 H og U.1970.803H, som synes at give støtte til det i litteraturen synspunkt om, at selskabers indgåelse af finansielle forretninger herunder pantsætninger kan

¹⁰² Fermin, Jørgen: *RR.1994.27*

¹⁰³ Schaumburg-Müller og Lindenchrone: *Selskabsloven med kommentarer*, s. 966, Werlauf, Erik: *ET.2006.189*, s. 4 og Tamasauskas, Andreas: *Erhvervslivets lånoptagelse*, s. 149.

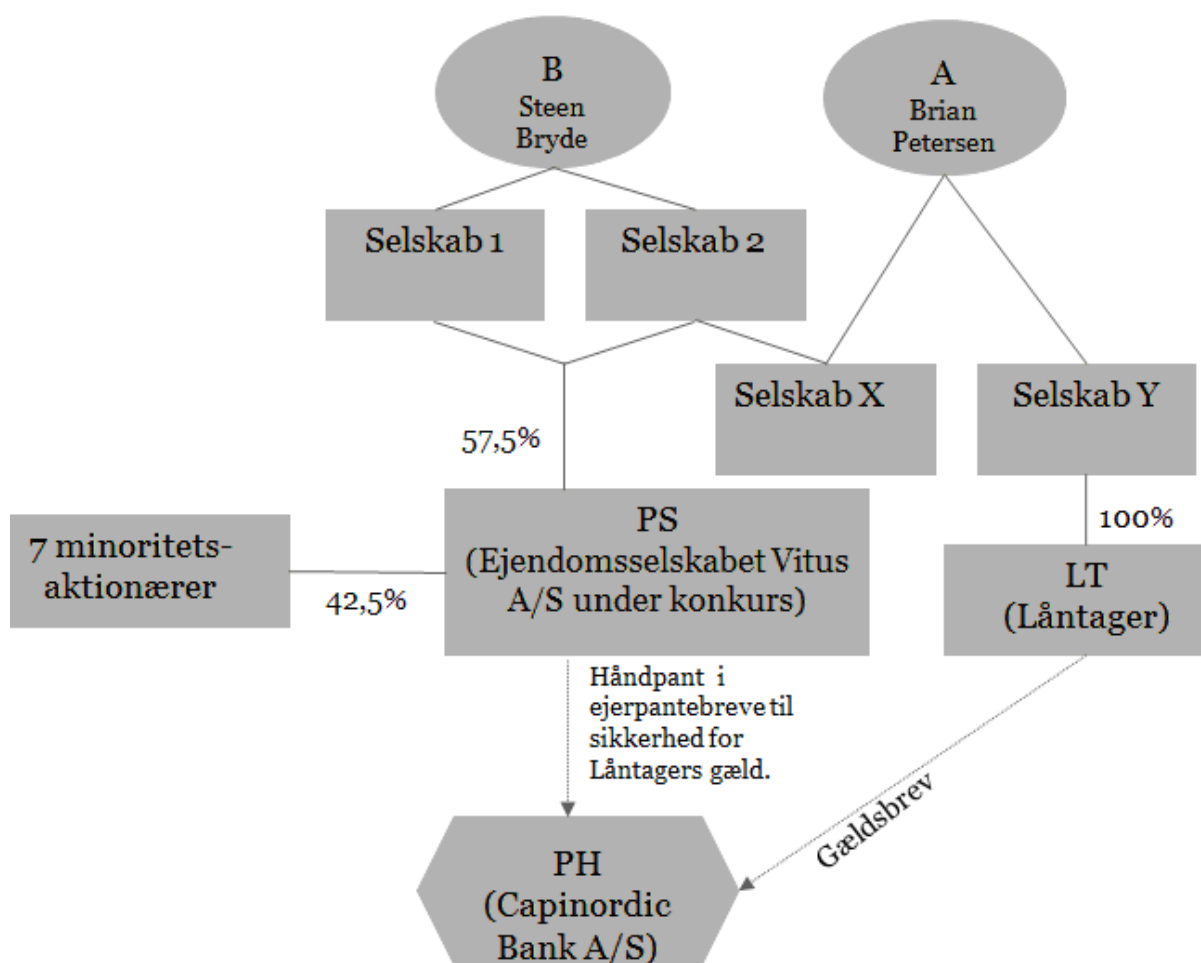
¹⁰⁴ Ibenfeldt, Morten Max: *U.2017B.192*, s. 4.

rummes inden for selskabets formål, forekommer Sø- og handelsrettens udtalelse omkring at pantsætningen ”*utvivlsomt*” faldt uden for selskabets formål, for modstridende med dette synspunkt.

En tilsvarende kritik kom af den næsten identiske dom omtalt Bryde1-sagen (SH2012.P-71-10).

I dommen tilsidesatte Sø- og handelsretten en tilsvarende håndpantssætning af fire ejerpantebreve, der var stillet af Ejendomsselskabet Vitus A/S under konkurs til sikkerhed for tredjemands gæld.

Koncernstrukturen var identisk med den i den ovenfor omtalte ”Bryde 2-sag”, dog med den undtagelse, at pantsætningen skete til fordel for en anden bank:



Kilde: U.2017B.192

I denne afgørelse kom Sø- og handelsretten ligeledes frem til, at pantsætningen var i strid med selskabets formål, hvorfor pantsætningen ikke kunne rummes inden for ejendomsselskabet Vitus' formål: ”*samt at drive anden investeringsvirksomhed efter bestyrelsens bestemmelse.*”

Bryde-sagerne er ligeledes blevet kritiseret for, at der skete en sammenblanding af selskabsinteressen og overførsler i strid med formålet, idet en formålsstridig disposition *ikke* er det samme som en disposition i

strid med selskabsinteressen.¹⁰⁵ Det havde formentlig været et mere korrekt resultat, at dispositioner alene blev kendt i strid med selskabsinteressen, jf. Selskabsloven § 136, stk. 1, nr. 3.¹⁰⁶

I relation til denne sontring anførte Softrud, at der ved fastlæggelse af selskabets interesse må tages hensyn til det vedtægtsbestemte formål, men selskabets interesse er ikke begrebsmæssigt identisk med formålet. Sontringen mellem selskabets formålsbestemmelse og selskabets interesse er ikke skarp, og de to begreber kan influere på hinanden.¹⁰⁷

Bryde2-sagen er formentlig et eksempel på, at sontringen mellem selskabets interesse og formålet kan sammenblandes, idet sontringen mellem begreberne ikke er skarp.

5.2.2.4 Særligt omkring sikkerhedsstillelse på bekostning af minoritetsejerne

Et punkt, som kan have haft afgørende betydning i de ovenfor omtalte Bryde-sager, er det faktum, at sikkerhedsstillelserne skete på bekostning af de syv minoritetsaktionærer, som var medejere af Ejendomsselskabet Vitus. Som anført i afsnittet 3.3.3 om selskabets interessesubjekter, er minoritetsejerne et beskyttelsesobjekt i den selskabsretlige regulering.

I den utrykte dom BS 12A-1349/2011 (Basisbank), som er kort gennemgået i afsnit 5.2.2.2 omkring de konkursretlige omstødesregler, forelå en sikkerhedsstillelse fra datterselskabet til fordel for dets moderselskab. I dommen stillede et helejet datterselskab sikkerhed for sit moderselskabs gældsforpligtelser overfor et pengeinstitut, som led i moderselskabets finansiering af et aktiekøb. Datterselskabets formål var, *“at drive handel med, udvikling af og investering i fast ejendom samt hermed beslægtet virksomhed.”* Retten fandt ikke, at sikkerhedsstillelsen var i strid med selskabets formål, og lagde til grund, at datterselskabets sikkerhedsstillelse for lånet til moderselskabet skulle anvendes til opfyldelse af den put-option, hvorved moderselskabet købte yderligere aktier i et selskab, som moderselskabet allerede var aktionær i. Selskabet havde derfor en forretningsmæssig interesse i sikkerhedsstillelsen. Dette sammenholdt med, at datterselskabet udførte aktiviteter inden for en branche, som var nært beslægtet med den, datter- og moderselskabet var beskæftiget i.

Netop det faktum, at sikkerhedsstillelse af datterselskabet i Basisbank-sagen ikke skete på bekostninger af en række minoritetsejere, kan have haft betydning. Det kan dog ikke siges med sikkerhed, at dette faktum spillede en rolle, eftersom retten ikke synes at lægge dette til grund for sit resultat. Hensynet til minoritetsaktionærerne kan være en af de faktorer, som kan forklare, hvorfor Sø- og handelsretten i Bryde-sagerne, kom frem til et andet resultat.

¹⁰⁵ Kure, Henrik og Hedegaard, Lars: ET.2017.210, Afsnit 3.

¹⁰⁶ Kritik i U.2017B.192 samt i ET.2017.210.

¹⁰⁷ Sofsrud, Thorbjørn: *Bestyrelsens beslutning og ansvar*, s. 243.

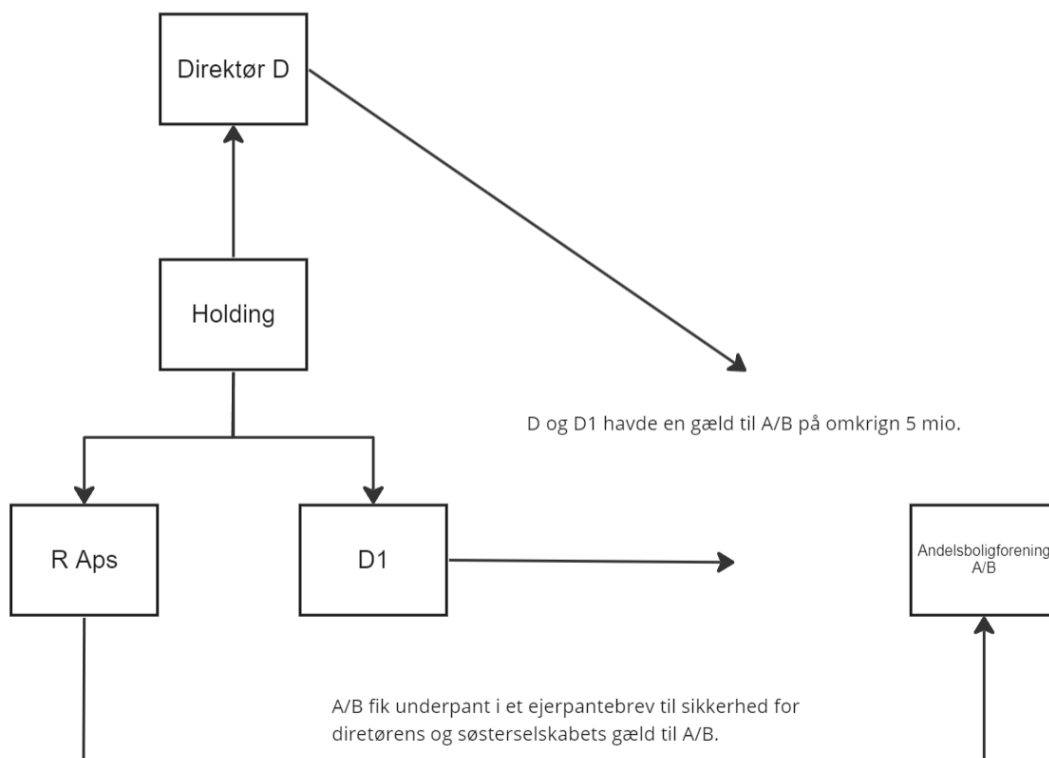
5.2.2.5 Særligt omkring tredjemands undersøgelsespligt

Kritikken af Bryde-sagerne er baseret på, at tredjemand har ringe muligheder for at få indsigt i, om en given disposition er formålsstridig, ligesom han som udgangspunkt heller ikke har en pligt til at undersøge dette.

Det skal dermed ikke være tredjemand der bærer risikoen for formålsbestemmelsens udformning, ligesom det ikke skal være tredjemands risiko at ledelsen handler i strid hermed.¹⁰⁸ Dette synes at være synspunktet i forarbejderne, som nævner, at der ikke gælder en undersøgelsespligt for tredjemand.¹⁰⁹

På trods af dette udgangspunkt, kan der foreligge tilfælde, hvor tredjemand bliver bekendt med visse forhold, som fremtvinger en undersøgelsespligt.

Dette var tilfældet i U.2020.3147 V, hvor et søsterselskab (R aps) stillede sikkerhed for sit søsterselskabs (D1) gæld til andelsboligforeningen A/B. Pantsætningen skete i forbindelse med, at søsterselskabet ikke kunne betale sin gæld til andelsboligforeningen, hvorfor der blev indgået en afviklingsaftale, hvor andelsboligforeningen fik underpant i et ejerpantebrev i en ejendom ejet af søsterselskabet (R Aps). Selskabskonstruktionen illustreres ved følgende oversigt:



Kilde: Egen udarbejdelse.

¹⁰⁸ Kure, Henrik og Hedegaard, Lars: ET.2017.210, s. 4.

¹⁰⁹ Betænkning nr. 1498/2008, s. 347

Landsretten fandt, at pantsætningen var sket i strid med selskabslovens § 127, stk. 1, idet pantsætningen var åbenbart egnet til at skaffe D1 A/S en utilbørlig fordel på R ApS' bekostning. Selskabet, R ApS, gik efterfølgende konkurs, i hvilken forbindelse kurator anlagde sag imod andelsboligforeningen med påstand om, at andelsboligforeningen skulle anerkende, at pantsætningen til søsterselskabet var sket i strid med selskabslovens § 127, stk. 1.

Selvom kurator ikke gjorde gældende, at pantsætningen var i strid med selskabets interesse eller formål, giver Landsrettens bemærkninger et indblik i nogle af de omstændigheder, som kan bringe tredjemand i ond tro. Landsretten lagde i dommen vægt på, at andelsboligforeningen var bekendt med, at søsterselskabet ikke var i stand til at betale gælden, idet årsrapporten fra søsterselskabet viste, at der ikke var nogen drift i søsterselskabet, og at andelsboligforening på denne baggrund burde have foretaget en nærmere undersøgelse af forholdene bag pantsætningen. Landsretten lagde endvidere vægt på, at selskabet R ApS ikke på noget tidspunkt havde haft et skyldforhold til hverken søsterselskabet eller andelsboligforeningen, hvorfor pantsætningen blev foretaget uden nogen reel modydelse. Dommen kan dermed tages til indtægt for, at tredjemands undersøgelsespligt kan komme i spil, når det er åbenbart for tredjemand, at de koncernselskaber, som pantsætningen sker til fordel for, ikke selv kan betale. Kurator procederede særligt på, at tredjemand ved gennemgang af årsrapporten for selskabet D1 kunne have konstateret, at D1 var uden drift og havde en betydelig negativ egenkapital. Dommen placerer dog ikke en generel undersøgelsespligt for tredjemand. En tredjemand, som ikke får særligt kendskab til de enkelte koncernselskabers økonomi samt motiverne bag en pantsætning, kan ikke siges at have en generel undersøgelsespligt.

Dommen rejser det spørgsmål, om det i princippet er en fordel for tredjemand at ”vende det blinde øje til”, og herved foretage minimale undersøgelser i forhold til de koncerner han kontraherer med. Risikoen ved omfattende undersøgelser er, at tredjemand herved lettere kan få viden, som dermed kan bringe ham i ond tro og derved skade hans retsstilling.

5.2.2.6 Tredjemandspantsætninger og konkurslovens omstødelsesregler

I de ovenfor gennemgåede Bryde-sager (Bryde1-sagen SH2012.P-71-10) og (Bryde2-sag SH2013.P-76-10) er det således bemærkelsesværdigt, at konkursboet efter det konkursramte Ejendomsselskab Vitus i begge tilfælde påberåbte sig konkurslovens § 74 på linje med de selskabsretlige regler. På trods af dette, tog Sø- og handelsretten ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt dispositionerne var omstødelige efter konkurslovens § 74.

Spørgsmålet er herefter, hvorfor retten ikke fandt sig nødsaget til at behandle spørgsmålet omkring omstødelse. Retten giver ikke selv et svar på dette spørgsmål i præmisserne. Det kan formentlig tænkes, at retten ikke så nogen grund til at forholde sig anbringendet, ud fra en tankegang om, at “allerede fordi” pantsætningerne blev foretaget i strid med de selskabsretlige regler, var der ingen grund til at gå ind i de omfattende betingelser i konkurslovens § 74. Retten skulle i så fald til at tage stilling til betingelserne i

konkurslovens § 74: 1) Kunne pantsætninger anses for utilbørlige, 2) var eller blev selskabet insolvent ved pantsætningerne og 3) var tredjemand i ond tro omkring insolvensen og de forhold der måtte gøre dispositionerne utilbørlige.

En prøvelse af konkurslovens § 74 havde formentlig ført til samme resultat som i BS 12A-1349/2011 (Basisbank), hvorefter pengeinstituttet ikke kunne anses for værende begunstiget.

5.2.3 Opsamling - de materielle kompetenceoverskridelser

I forbindelse med selskabets dispositioner i strid med selskabets formål, må den ydre grænse for disse være, når selskabet overtager driften af et andet selskab, hvis drift ikke har sammenhæng med den eksisterende drift. Dette ses i U.1966.31 H (Dampskibsselskabet Heimdal), hvor selskabet overtog et charterflyselskab, hvilket ikke kunne rummes indenfor formålet ”*at drive fragtfart*”.

Tredjemandspantsætninger i koncernforhold har særlig interesse for kurator, idet de konkursretlige omstødelsesregler findes at være vanskelig at benytte til at omstøde disse dispositioner. Dette begrundes med, at tredjemand ikke kan anses for begunstiget, hvilket er en grundlæggende forudsætning for omstødelse. Her kan de materielle kompetenceoverskridelser udgøre et alternativ til konkurslovens omstødelsesregler.

I relation til tredjemandspantsætninger i koncernforhold, må det bero på en konkret vurdering, om sikkerhedsstillelse kan ske i overensstemmelse med formålet. I almindelighed må det antages, at selskaber har adgang til at indgå i finansielle forretninger, selvom formålsbestemmelsen ikke direkte giver adgang hertil. Dette er et udgangspunkt med væsentligt modifikationer, hvilket ses særligt ved sikkerhedsstillelser i koncernforhold. I relation til et datterselskabs adgang til at stille sikkerhed til fordel for sit moder- og søsterselskaber, kan det have betydning, at sikkerhedsstillelsen sker på bekostning af minoritetsejere, hvorfor tredjemand må sikre sig tiltrædelse af disse. Hvis sikkerhedsstillelsen omvendt sker til et moderselskab, som ejer 100 % af datterselskabet, er der ikke samme beskyttelseshensyn at tage til minoritetsejerne.

Det har ligeledes betydning, om datterselskaber kan forvente at få en modydelse for sikkerhedsstillelsen, hvilket formentlig ikke er tilfældet, såfremt sikkerhedsstillelsen sker fordi moder- eller søsterselskabet ikke selv kan betale deres forpligtelser. Derfor må tredjemand orienterede sig om de øvrige selskabers økonomiske situation igennem koncernselskabernes årsrapporter for at sikre sig imod ugyldighed, jf. U.2020.3147 V.

6. Pengeinstitutts undersøgelsespligt

Set i lyset af Bryde-sagerne synes Sø- og handelsretten at åbne op for, at der gælder en skærpet undersøgelsespligt for pengeinstitutter. I forbindelse med lånoptagelse vil banken ofte stå på den ene side som långiver. I Bryde2-sagen (SH2013.P-0076-10) anførte Sø- og handelsretten, at der med baggrund i hvidvasklovgivningen, lov om finansiell virksomhed og en udtalelse fra Finansrådet, måtte gælde en sædvanlig bankpraksis om, at banken bør sikre sig, at minoritetsaktionærerne har tiltrådt en sådan pantsætning på generalforsamlingen. Spørgsmålet er dermed, om denne undersøgelsespligt kan komme kurator til gode, når han skal bevise tredjemands burde viden i forhold til de konkursretlige og selskabsretlige omstødesregler.

6.1 Reguleringen

Hvidvaskloven finder anvendelse på pengeinstitutter, jf. denne lovs § 1, stk. 1, nr. 1. Lovens overordnede formål er at forhindre hvidvask og terrorfinansiering. I hvidvaskloven er der pålagt pengeinstituttet en lang række forpligtelser i relation til at undersøge deres kunder. Kravene til pengeinstituttets undersøgelse af dets virksomhedskunder fremgår af hvidvasklovens § 11, stk. 1. Det følger endvidere af lovens § 11, stk. 1, nr. 3, at pengeinstituttet skal indhente oplysninger om virksomhedens ejer- og kontrolstruktur. Hvidvaskloven pålægger herved pengeinstitutterne en omfattende undersøgelsespligt, som kan have betydning for pengeinstituttets burde viden i relation til både kurators påberåbelse af de konkursretlige og selskabsretlige omstødesregler. Udover hvidvaskloven, er pengeinstituttet pålagt at handle i overensstemmelse med god skik inden for virksomhedsområdet, jf. lov om finansiell virksomheds § 43, stk. 1. Den nærmere regulering af god skik er fastsat i Bekendtgørelse 2016-04-07 nr. 330 om god skik for finansielle virksomheder.

God skik-reglerne i lov om finansiell virksomhed er offentligretlige regler, som ikke umiddelbart medfører, at den konkrete aftale mellem den finansielle virksomhed og kunden er ugyldig eller uvirksom. I

Pengeinstitutankenævnets (nu omlagt til Det Finansielle Ankenævn) årsberetning fra 2010 udtalte nævnet sig om emnet, og anførte, at de offentligretlige regler var “en rettesnor” for, hvorvidt pengeinstituttet havde levet op til det professionelle culpaansvar, og at ankenævnet i højere grad ville inddrage overskridelsen af offentligretlige regler ved afgørelse af civilretlige tvister mellem pengeinstituttet og deres kunder.¹¹⁰

I pengeinstitutankenævnets praksis er denne linje også fulgt, hvilken ses i Scandinos afgørelserne (PAK 529/2008 og PAK 500/2008). Sagerne vedrørte investeringer i risikable virksomhedsobligationer, som medførte tab for pengeinstituttets kunder. Ankenævnet kom i afgørelserne frem til, at pengeinstitutterne havde handlet ansvarspådragende ved tilsidesættelse af bekendtgørelse nr. 809 af 29. juni 2007 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel (Investorbekendtgørelsen).

¹¹⁰ Ankenævnets årsberetninger kan findes på: <https://fanke.dk/det-finansielle-ankenævn/%C3%A5rsberetninger/%C3%A5rsberetninger-fra- pengeinstitutankenævn/>

Det bemærkelsesværdige er, at pengeinstitutterne blev pålagt civilretligt ansvar på baggrund af tilsidesættelse af deres forpligtelser i medfør af investorbekendtgørelsen, som er offentligretlige regler.

I dommen U.2013.182 H (DIBA Bank) statuerede Højesteret erstatningsansvar for en kundes tab på virksomhedsobligationer i forbindelse med en formueplejeaftale. I dommen blev pengeinstituttet erstatningsansvarlig for at investere i den risikofyldte obligationsserie Scadinotes, hvilket var i strid med den med kunden aftalte risikoprofil. I relation til erstatningsansvaret henviste hverken Landsretten eller Højesteret til god-skik reglerne. Kun i spørgsmålet omkring pengeinstituttets interessekonflikt ved investering i obligationerne, henviste Højesteret til den dagældende god-skik bekendtgørelse nr. 1046 af 27. oktober 2004 § 9, som pålagde pengeinstituttet en pligt til at informere kunden omkring eventuelle interessekonflikter.

Udover god-skik reglerne foretager brancheorganisationen Finans Danmark (tidligere Finansrådet) løbende udtalelser om, hvad der kan anses for værende sædvanlig pengeinstitutpraksis. Udtalelserne har næppe stor retskildemæssig værdi, idet udtalelserne ikke kommer fra lovgiver, men en brancheorganisation. Alligevel ses udtalelserne at have en værdi i fastsættelsen af, hvilken handlingsnorm der gælder for pengeinstituttet. Synspunktet understreges i Bryde2-sagen (SH2013.P-76-10), hvor Sø- og handelsretten henviste til Finansrådets udtalelse i FR-1/07, hvor det er sædvanlig pengeinstitutpraksis, at pengeinstitutter foretager en vurdering af formålsbestemmelsen i vedtægterne i et aktieselskab, som stiller sikkerhed i form af pant og kaution for gæld påhvilende andre end selskabet selv. Udtalelsen har direkte betydning for problemstillingen vedrørende tredjemandspantsætninger i koncernforhold, idet der fastsættes en undersøgelsespligt for pengeinstituttet i forhold til at sikre sig, at sikkerhedsstillelser ikke sker i strid med selskabets formål og vedtægter.

Tilsvarende nævnte Sø- og handelsretten i Bryde2-sagen, hvidvasklovens § 12, stk. 3 (nugældende § 11, stk. 1, nr. 3), hvorefter der skal træffes rimelige foranstaltninger for at klarlægge virksomhedens ejer- og kontrolstruktur, og virksomhedens reelle ejere skal identificeres.

Kure og Hedegaard anfører, at det i Bryde1-dommen (SH 2012.P-71-10) – fejlagtigt – er antaget af Sø- og Handelsrettens skifteretsafdeling (på grundlag af en udtalelse fra Finansrådet), at *”det er helt sædvanlig bankpraksis at sikre sig, at minoritetsaktionærerne tiltræder en håndpantsætning, hvor denne ikke er godkendt på en generalforsamling, og navnlig hvor det ikke ganske kan udelukkes, at en sådan håndpantsætning falder uden for selskabets egentlige formålsbestemmelse.”*¹¹¹

En klarlæggelse af kontrolstrukturen indebærer, at der skal indhentes relevante oplysninger om kundens (og ejernes) vedtægter, ejeraftaler, pantsætningsaftaler samt om ledelsesmedlemmer og tegningsregler.¹¹² Denne undersøgelsespligt medfører reelt, at pengeinstituttet skal gøre sig bekendt med koncernstrukturen, hvilket

¹¹¹ Kure, Henrik og Hedegaard, Lars: ET.2017.210, s. 4.

¹¹² VEJ nr. 9864 af 28/10/2020, afsnit 9.6.4.

kan bidrage til, at pengeinstituttet nemmere kan få adgang til viden, som kan medføre ond tro i forbindelse med formålsstridige tredjemandspantsætninger.

6.2 Påberåbelse af reglerne i civilretlige søgsmål

Retspraksis er imidlertid ikke konsekvent i forhold til, om pengeinstituttets forpligtelser i medfør af hvidvasklovgivningen kan påberåbes i civile søgsmål til støtte for, at pengeinstituttet har handlet culpøst.

I dommen U.2013.2892Ø brød A ind i ind i virksomhed V's konto i Totalbanken og overførte ca. 400.000 kr. til sin egen konto i Danske Bank, hvorefter A i løbet af de næste ca. 3 døgn hævede beløbet på sin konto. Virksomheden V rettede herefter et krav imod Danske Bank, som gjorde gældende, at Danske Bank havde tilsidesat sine forpligtelser i medfør af hvidvasklovens § 7, hvorfor banken havde handlet uagtsomt, idet udbetalingerne burde have udløst en reaktion og en undersøgelse henset til beløbets størrelse og A's baggrund. Danske Bank gjorde gældende, at selvom banken ikke havde overholdt sine forpligtelser efter hvidvaskningslovens § 7 i den konkrete sag, kunne hvidvaskningsloven imidlertid ikke danne grundlag for et erstatningsansvar. Til støtte for sit anbringende anførte Danske Bank følgende:

“Det er en forudsætning for erstatning, at den individuelle interesse, der begrunder kravet, indgår blandt de interesser, som den pågældende lovgivning har til formål at varetage. Hverken hvidvaskningslovens § 7 - eller hvidvaskningslovens øvrige bestemmelser - har til formål at beskytte individer som Dan Gardin mod tab som følge af indbrud i bankkonti via netbank.”

Landsretten tiltrådte dette synspunkt, og fandt derfor ikke, at Danske Bank havde handlet ansvarspådragende.

I dommen U.2020.1293 H rettede A krav et erstatningskrav imod spiludbyderen U for sit tab i forbindelse med online spil. A gjorde i sagen gældende, at spiludbyderen havde handlet i strid med bekendtgørelsen om online casino, hvorfor spiludbyderen på denne baggrund havde handlet ansvarspådragende.¹¹³ Bekendtgørelsen indeholdt en pligt for spiludbyderen til at indhente oplysninger om formue- og indtægtskilderne, som var omfattet af spilleaktiviteten samt at overvåge, om de enkelte transaktioner er i overensstemmelse med det tilsigtede spilleomfang og hidtidige spillemønstre, jf. Bekendtgørelsens §§ 2 og 4. Højesteret bemærkede følgende:

“Højesteret bemærker, at formålet med de regler, U har overtrådt, er at forhindre hvidvask og finansiering af terrorisme og ikke at forhindre eller begrænse en spiller i at anvende sine lovlige midler til spil. Us overtrædelse af disse regler kan derfor ikke begrunde erstatningsansvar over for A.”

Den omtalte bekendtgørelse er udstedt med hjemmel i hvidvasklovgivningen, hvorfor formålet med bekendtgørelsen var den samme som hvidvasklovens; at forhindre hvidvask og finansiering af terror.

¹¹³ Bekendtgørelse nr. 1274 af 29/11/2019

Dommene er interessante, idet de synes at fastslå, at selvom pengeinstituttet kan have tilsidesat sin undersøgelsespligt i hvidvaskloven, kan dette ikke i sig selv medføre, at pengeinstituttet har handlet culpøst. En forklaring herpå kan formentlig begrundes i den såkaldte *Schutzzweck*-betragtning. For at overtrædelse af en forskrift skal have erstatningsretlig relevans, må det være det udelukkende – eller i alt fald delvis – formål med reglen at regulere, hvad der er forsvarlig optræden i den indtrådte skadesituation.¹¹⁴ *Schutzzweck* benævnes ikke i dommene, men dommene synes indirekte at indikere, at formålet med hvidvaskreglerne ikke var at pålægge pengeinstituttet en bestemt måde at handle på ved kundernes tab.

6.3 Betydning for kurator

Navnlig i konkursloven § 74 lægges vægt på den begunstigedes onde tro omkring både skyldnerens insolvens samt utilbørligheden af dispositionen.¹¹⁵ Tilsvarende har tredjemands viden eller burde viden betydning i formålsstridige dispositioner og overførsler i strid med selskabsinteressen, jf. Selskabslovens § 136, stk. 1, nr. 2 og 3. Reguleringen i hvidvaskloven og god-skik reglerne kan i princippet bidrage til pengeinstituttets burde viden, når kurator omstøder efter disse bestemmelser.

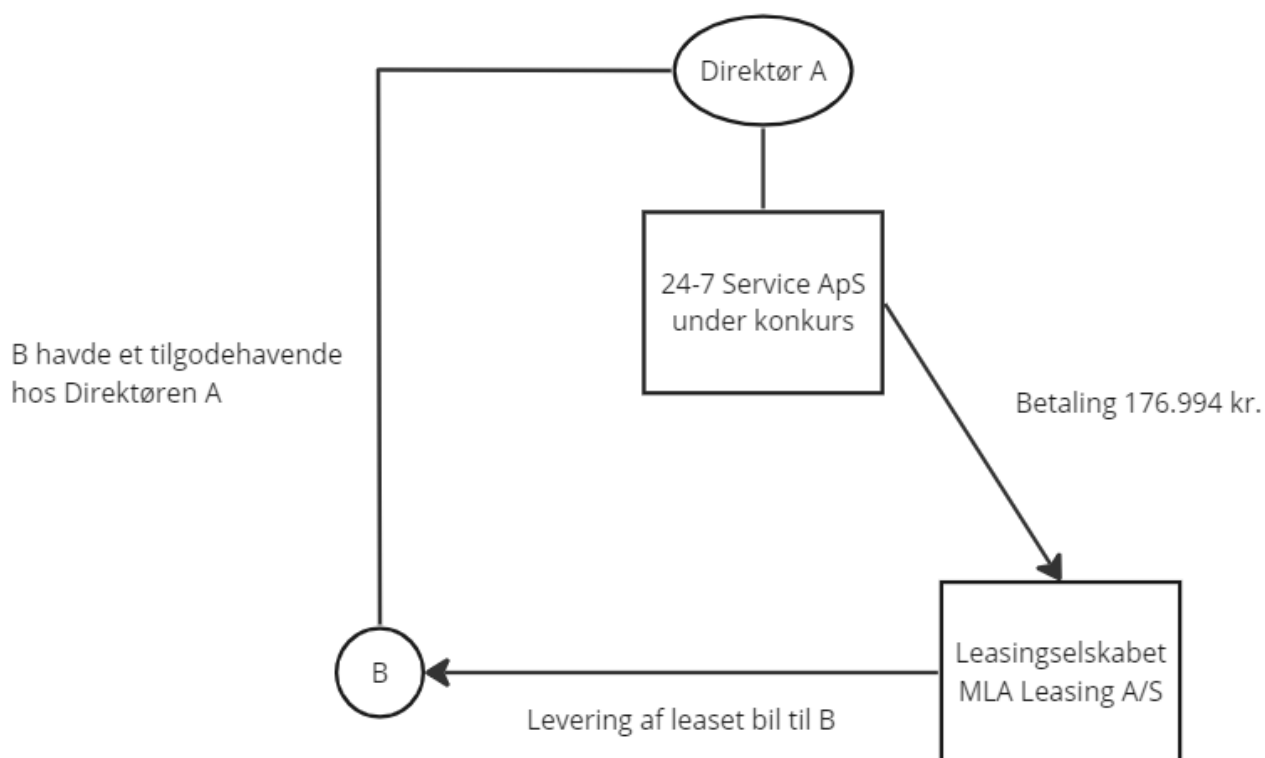
Ud fra Sø- og Handelsrettens begrundelse i Bryde2-sagen (SH2013.P-0076-10), er det nærliggende at få det indtryk, at hvidvasklovgivningen samt god-skik reglerne giver kurator adgang til at benytte denne regulering til støtte for, at pengeinstituttet har en generel undersøgelsespligt. I den foregående afsnit omkring hvidvaskreglernes anvendelse i civile søgsmål, må kurator være påpasselig, idet han i givet fald må godtgøre, at pengeinstituttet tilsidesættelse af sin undersøgelsespligt i den konkrete sag har sammenhæng med hvidvasklovens formål omkring forhindring af hvidvask og terrorfinansiering. Spørgsmålet er herefter, om kurator kan påberåbe sig hvidvaskreglerne, når de retsstridige dispositioner er sket i forbindelse med hvidvask. I et sådant tilfælde, vil formålet med hvidvaskreglerne principielt have sammenhæng med de retsstridige dispositioner, der har til formål at forhindre hvidvask.

I en utrykt dom afsagt af København Byret BS-50586/2020-KBH (24-7 Service ApS) påberåbte kurator i forbindelse med omstødelse hvidvasklovgivningen til støtte for tredjemands onde tro. Sagen vedrørte ikke en tredjemandspantsætning, men derimod en tredjemandsbetaling til fordel for selskabets direktør.

¹¹⁴ Von Eyben, Bo og Isager, Helle: *Lærebog i erstatningsret*, s. 104.

¹¹⁵ Ørgaard, Anders: *Konkursret*, s. 153

Selskabskonstruktionen kan illustreres i følgende oversigt:



Kilde: Egen udarbejdelse.

I dommen var A direktør i selskabet 24-7 Service ApS, som havde foretaget en betaling på 176.994 kr. til leasingselskabet MLA Leasing A/S. Betalingen vedrørte leasing af en bil, som blev leveret til personen B, som havde et tilgodehavende hos direktøren A. På denne måde benyttede direktøren A selskabets midler til at betale sin egen gæld til personen B. Af særlig betydning i sagen var en afgørelse fra SKAT, som fandt, *"at selskabet 24-7 Service ApS var en fiktiv virksomhed i momslovens forstand, hvis eneste formål var at skulle transportere penge og medvirke til sløring af reelle lønninger ved brug af fiktive fakturaer udstedt i 24-7 Service ApS' navn og CVR-nr."* Dette element synes at gøre sagen relevant i henhold til hvidvasklovgivningen, idet dette element var udtryk for, at selskabets reelt foretog aktiviteter, som kunne kategoriseres som hvidvask. Påberåbelse af hvidvaskreglerne var derfor i overensstemmelse med hvidvaskreglerne formål om at forhindre hvidvask.

Selskabet 24-7 Service ApS gik konkurs, hvorefter kurator rettede et krav imod MLA Leasing om tilbagebetaling af de 176.994 kr., som selskabet havde betalt for leasing af bilen til personen B. Kurator gjorde overordnet gældende, at overførslen reelt var udtryk for et ulovligt kapitalejerlån, jf. selskabslovens § 210, hvorfor pengene skulle tilbagebetales, idet leasingselskabet var i ond tro herom, jf. selskabslovens § 215, stk. 3. Til støtte for sit anbringende gjorde kurator gældende, at leasingselskabet havde været ond tro, idet leasingselskabet burde have gennemført kundekendingsprocedure i overensstemmelse med hvidvasklovens regler. Byretten afviste ikke, at

leasingselskabet havde en sådan pligt, men anførte at MLA Leasing A/S ikke herved ville være blevet bibragt ovennævnte oplysninger om sammenhængen mellem kontooverførslerne og SKATs efterfølgende vurdering af 24-7 Service ApS' virksomhed.

Selvom dommen ikke eksplicit tager stilling til, om der reelt var tale om hvidvask, må det formentlig lægges til grund, at formålet med selskabet 24-7 Service ApS reelt var hvidvask. Dommen kan formentlig tages til indtægt for, at ved lignende konstruktioner, hvor et selskabs eneste formål er at tilsløre betalinger ved udstedelse af fiktive fakturaer, kan være relevant for kurator at påberåbe hvidvaskreglerne, idet påberåbelse af hvidvaskreglerne i dette tilfælde, er i overensstemmelse med hvidvasklovens formål.

Set i lyset af U.2020.1293 H og U.2013.2892Ø betyder dette formentlig, at når der ikke er tale om hvidvask, kan reglerne i hvidvasklovgivningen ikke påberåbes til skade for pengeinstituttet, selvom pengeinstituttet ikke har levet op til den undersøgelsespligt, som det er pålagt i medfør af hvidvaskreglerne.

Det skal hertil bemærkes, at selv i det tilfælde, hvor der er tale om hvidvask, og hvor hvidvaskreglerne kan påberåbes, må kurator tilmed godtgøre, at 1) pengeinstituttet har tilsidesat sin undersøgelsespligt og 2) havde iagttaget sin undersøgelsespligt, ville det have bragt pengeinstituttet i ond tro omkring de retsstridige dispositioner. Der skal med andre ord være en årsagssammenhæng mellem pengeinstituttets tilsidesættelse af undersøgelsespligten og de uberettigede dispositioner.

På denne baggrund kan der opstilles følgende betingelser for, at kurator kan påberåbe sig pengeinstituttets undersøgelsespligt i medfør af hvidvaskreglerne:

- 1) Kurator må godtgøre, at der foreligger en situation, hvor de retsstridige dispositioner er sket som led i hvidvask eller terrorfinansiering.
- 2) Kurator må godtgøre, at pengeinstituttet har tilsidesat sin undersøgelsespligt.
- 3) Kurator må sandsynliggøre, at pengeinstituttet ville være bragt i ond tro, hvis pengeinstituttet havde iagttaget sin undersøgelsespligt.

7. Konklusion

Afhandlingen har haft til hensigt at belyse, i hvilket omfang de selskabsretlige begrænsninger i tegningsretten udgør et alternativ til de konkursretlige omstødelsesregler. For at besvare problemstillingen er der først foretaget en analyse af begrænsningerne i de konkursretlige omstødelsesregler for at afklare, hvornår kurator bør overveje alternativer. Herefter er der foretaget en analyse af begrænsningerne i tegningsretten med henblik på at klarlægge tilfælde, hvor disse kan udgøre et alternativ til de konkursretlige omstødelsesregler.

Det konkluderes, at de konkursretlige omstødelsesregler indeholder en række generelle begrænsninger, som i visse situationer kan give kurator anledning til at søge alternativer til disse regler. Dette understøttes af, at de konkursretlige regler pålægger en række tidsmæssige begrænsninger relateret til fristdagen. Når dispositionen er sket tidligere end 3 måneder før fristdagen (6 måneder i konkurslovens §§ 64-66), stilles der i de objektive omstødelsesregler krav til, at skyldneren må bevise, at han hverken var eller blev insolvent ved dispositionen. Selvom bevisbyrden er til fordel for kurator, ses bevisbyrden ikke at være umulig for skyldneren at løfte. Konkurslovens § 81 udgør en tidsmæssig begrænsning for kurator, hvorfor en fristoverskridelse af konkurslovens § 81 giver kurator anledning til at søge alternativer til de konkursretlige omstødelsesregler. I de subjektive omstødelsesregler er kurator pålagt bevisbyrden for skyldneren insolvens, og denne bevisbyrde kan udgøre en begrænsning for kurator, hvilket kan forekomme i tilfælde, hvor selskabets årsrapport er mangelfuld og den tilhørende bogføring er tillige er mangelfuld eller ikke-eksisterende.

Det konkluderes, at selskabets interesse er et resultat af en afvejning af interessesubjekternes interesser. De væsentligste interessesubjekter udgør kapitalejerne og kreditorerne, hvoraf særligt selskabets minoritets ejere udgør et særligt beskyttelsessubjekt i den selskabsretlige regulering. Henset til den begrænsede hæftelse, har kreditorerne en væsentlig interesse i beskyttelse af selskabets kapital, og kreditorernes interesse bliver i særlig grad aktualiseret, når selskabet nærmer sig konkurs. Ved siden af kreditorerne og kapitalejerne, er betydningen af medarbejderne og samfundet som interessesubjekter stigende, men må fortsat anses som subsidiaire interessesubjekter sammenlignet med kapitalejerne og kreditorerne.

Det konkluderes, at de formelle kompetenceoverskridelser udgør et mindre velegnet alternativ til de konkursretlige omstødelsesregler, idet anvendelsesområdet for de formelle kompetenceoverskridelser er snævert. Dette støttes på, at de formelle kompetenceoverskridelser principielt er interne kompetenceregler, hvorfor de i udgangspunktet er tredjemand uvedkommende. I kompetencefordelingen mellem bestyrelsen og direktionen består en usikkerhed, idet kompetencefordelingen beror på praksis i det enkelte selskab, hvorfor der vanskeligt kan siges at være bestemte dispositioner, som er henlagt til henholdsvis bestyrelsen eller direktionen. Denne usikkerhed kommer tredjemand til gode, idet tredjemand ikke har en undersøgelsespligt i forhold til at konstatere, om den interne kompetencefordeling er overskredet mellem bestyrelsen og

direktionen. Tredjemand kan omvendt bringes i ond tro, såfremt dispositionen sker på områder, hvor generalforsamlingen er enekompetent.

Det konkluderes, at de materielle kompetenceoverskridelser overordnet udgør et velegnet alternativ til konkurslovens omstødelsesregler. Dette støttes på, at konkurslovens omstødelsesregler, i tilfælde af datterselskabers tredjemandspantsætning til sikkerhed til fordel for dets moder- eller datterselskabs gældsforpligtelser, ikke omfatter disse dispositioner, idet tredjemand som yder lånet, ikke kan anses som begunstiget.

Det konkluderes, at tredjemandspantsætninger i almindelighed kan rummes inden for selskabets formålsbestemmelse, selvom formålsbestemmelsen ikke giver direkte adgang hertil. Adgangen hertil beror imidlertid på flere forhold, hvoraf det har betydning, om sikkerhedsstillelsen sker på bekostning af minoritetsejere, der ikke er medejere af det moderselskab, som sikkerhedsstillelsen sker til fordel for. Tredjemand har ikke en almindelig undersøgelsespligt, men må nødvendigvis indhente samtykke, såfremt han får kendskab til, at sikkerhedsstillelsen sker på bekostning af minoritetsejere. Det kan konkluderes, at det ligeledes har betydning, om moder- eller datterselskaber ikke selv kan betale sine gældsforpligtelser, idet dette skaber en formodning for, at datterselskabet ikke opnår en modydelse for sikkerhedsstillelsen. Tredjemand må i denne henseende orientere sig om koncernselskabernes økonomiske forhold for at sikre sig mod krav fra kurator.

Det konkluderes, at kurator kun i begrænset omfang kan påberåbe pengeinstituttets undersøgelsespligt i medfør af hvidvasklovgivningen til støtte for pengeinstituttets onde tro ved dispositioner i strid med selskabets formål og interesse. Kurators påberåbelse af hvidvaskreglerne til støtte for tredjemands onde tro må ske under følgende betingelser:

- 1) Kurator må godtgøre, at der foreligger en situation, hvor de retsstridige dispositioner er sket som led i hvidvask eller terrorfinansiering.
- 2) Kurator må godtgøre, at pengeinstituttet har tilsidesat sin undersøgelsespligt.
- 3) Kurator må sandsynliggøre, at pengeinstituttet ville være bragt i ond tro, hvis pengeinstituttet havde iagttaget sin undersøgelsespligt.

8. Litteraturliste

Bøger:

- Andersen, Lennart Lyng. (2014). *Aftaleloven med kommentarer*, 6. udgave. Djøf Forlag.
- Andersen, Poul Krüger. (2021). *Aktie- og anpartsselskabsret*, 15. udgave. Djøf Forlag.
- Christensen, Jan Schans. (2021). *Kapitalselskaber*, 6. udgave. Karnov Group.
- Evald, Jens. (2024). *Juridisk teori, metode og videnskab*, 3. udgave. Djøf Forlag.
- Kure, Henrik. (2021). *Finansieringsret*. Karnov Group.
- Andersen, Lennart Lyng, & Schaumburg-Müller, Peer. (2021). *Tegning og fuldmagt*. Karnov Group.
- Munch-Petersen, Erwin. (1956). *Skifteretten*. G.E.C. Gads Forlag.
- Munk-Hansen, Carsten. (2022). *Retsvidenskabsteori*, 3. udgave. Djøf Forlag.
- Ørgaard, Anders. (2022). *Konkursret*, 13. udgave. Djøf Forlag.
- Ørgaard, Anders., & Lindencrone, Lars. (2022). *Konkursloven med kommentarer*, 15. udgave. Karnov Group.
- Paulsen, Jens. (2010). *Insolvensret - Konkurs*, 1. udgave. Thomas Reuters.
- Rammeskov, Ulrik., Højlund Christensen, Lasse., & Sommer, Kim. (2023). *Konkurs*. Djøf Forlag.
- Schaumburg-Müller, Peer., & Lindencrone, Lars. (2023). *Selskabsloven med kommentarer*, 4. udgave. Djøf Forlag.
- Sofsrud, Thorbjørn. (1999). *Bestyrelsens beslutning og ansvar*. Greens Jura.
- Søgaard, Gitte., & Werlauf, Erik. (2023). *Selskabsret*, 12. udgave. Karnov Group.
- Tamasauskas, Andreas. (2006). *Erhvervslivets lånoptagelse*. Gjellerups Forlag.
- Ussing, Henry. (1950). *Aftaler paa formuerettens omraade*, 3. udgave. G.E.C Gads Forlag.
- Werlauf, Erik. (1991). *Selskabsmasken*. G.E.C. Gads Forlag.
- Von Eyben, Bo & Isager, Helle. (2024). *Lærebog i Erstatningsret*, 10. udgave. Djøf Forlag.
- Madsen, Palle Bo & Andersen, Lennart Lyng. (2022). *Aftaler og mellemænd*, 8. udgave. Karnov Group.

Love:

Hvidvaskloven, (LBKG 2022-03-11 nr. 316) *Lovbekendtgørelse om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme*, Erhvervsministeriet.

Konkursloven, (LBKG 2022-12-25 nr. 1600). *Bekendtgørelse af konkursloven*. Justitsministeriet.

Selskabsloven, (LBKG 2023-09-01 nr. 1168). *Lovbekendtgørelse 2023-09-01 nr. 1168 om aktie- og anpartsselskaber*. Erhvervsministeriet.

Lov om finansiel virksomhed, (LBKG 2023-12-05 nr. 1731). *Lovbekendtgørelse 2023-12-05 nr. 1731 om finansiel virksomhed*. Erhvervsministeriet.

Aftaleloven, (LBKG 2016-03-02 nr. 193). *Lovbekendtgørelse 2016-03-02 nr. 193 om aftaler og andre retshandler på formuerettens område*. Justitsministeriet.

Købeloven, (LBKG 2021-09-24 nr. 1853). *Lovbekendtgørelse 2021-09-24 nr. 1853 Købelov*. Justitsministeriet.

Årsregnskabsloven, (LBKG 2022-11-14 nr. 1441). *Lovbekendtgørelse 2022-11-14 nr. 1441 Årsregnskabsloven*. Erhvervsministeriet.

Forsikringsaftaleloven, (LBKG 2015-11-09 nr. 1237). *Lovbekendtgørelse 2015-11-09 nr. 1237 om forsikringsaftaler*. Justitsministeriet.

Bekendtgørelser:

Bekendtgørelse 2019-11-29 nr. 1274 om onlinekasino (BKG 2019-11-29 nr. 1274).

Bekendtgørelse 2022-01-31 nr. 191 om investorbeskyttelse ved værdipapirhandel (BKG 2022-01-31 nr. 191).

Bekendtgørelse 2016-04-07 nr. 330 om god skik for finansielle virksomheder (BKG 2016-04-07 nr. 330).

Forarbejder:

Betænkning 2008 nr. 1498 - *Modernisering af selskabsretten*

LFF 2009 03 25 nr. 170 - *Forslag til lov om aktie- og anpartsselskaber*, Udvalg: Erhvervsudvalget.

Betænkning nr. 606. (1971, KBET 1971 nr. 606). *Bekendtgørelse; 1971 nr. 606 konkurs og tvangsakkord*.

Det af Justitsministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg.

Betænkning 1969 nr. 540 – *En fællesnordisk aktieselskabslovgivning*. Det af Handelsministeriet den 6. november 1964 nedsatte udvalg.

Lovforslag nr. L 79, *Lov om ændring af konkursloven og visse andre love*. Fremsat den 22. november 1995 af justitsministeren.

Lovforslag nr. 131, *Forslag til lov om ændring af konkursloven, retsplejeloven og retsafgiftsloven*, Fremsat den 30. januar 2013 af justitsministeren.

Domme:

Trykte domme:

U.1988.1059 H

U.2003.2523 H

U.1996.1532

U.2007.2342

U.1960.380 H

I U.2010.316 Ø

U.1997.444 H

U.2014.318V

U.1997.444 H

U.2021.139 H

U.2002.2067

U.2013.1107 H

U 2007.497 H

U 1991.133 H

U.2012.2533 H

U.1981.973 H

U.1970.803 H

U.1978.760 Ø

U.2010.80 V

U.2006.1448 H

U.1973.417H

U.1966.31 H

U.2022.907 H

U.2020.3147 V

U.1970.803H

U.2013.182H

U.2013.2892Ø

U.2020.1293 H

Utrykte domme:

BS 12A-1349/2011 - Vedlagt som bilag.

BS-50586/2020-KBH – Vedlagt som bilag.

Bryde1-sagen (SH2012.P-71-10) – kan tilgås på: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000513114>

Bryde2-sagen (SH2013.P-76-10) kan tilgås på: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000535134>

EU-domme:

Rabobank v Minderhoud, C-104/96

Administrativ praksis:

Pengeinstitutankenævnets afgørelse den 18/09/2009 (Scandinotes) - 529/2008

Pengeinstitutankenævnets afgørelse den 22/09/2009 (Scandinotes) - 500/2008

Vejledninger:

Finanstilsynets 2020-10-28 nr. 9864 vejledning om lov om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (hvidvaskloven).

Artikler:

Fermin, Jørgen. (1994). *Finansielle instrumenter som spekulationsobjekter - formål og gyldighed*. Revision & Regnskabsvæsen, s. 27. RR.1994.27.

Kure, Henrik. (2012). *Kaution og sikkerhedsstillelse for koncernselskabers forpligtelser*. Ugeskrift for Retsvæsen, s. 139. U.2012B.139.

Kure, Henrik., & Hedegaard, Lars. (2017). *Den selskabsretlige tegningsret og pligten til at varetage selskabets interesse*. Erhvervsjuridisk Tidsskrift, s. 210. ET.2017.210

Schaumburg-Müller, Morten. (2013). *Kompetenceforholdet mellem bestyrelse og direktion*. Erhvervsjuridisk Tidsskrift, s. 199. ET.2013.199.

Spleth, Poul. (1966). *Kommentarer til danske Højesteretsdomme afsagt i tiden august-november 1965*. Ugeskrift for Retsvæsen, s. 129. U.1966B.129.

Werlauf, Erik. (1995). *Ultra-vires-doktrinen og publicitetsdirektivet*. Tidsskrift for rettsvitenskap, s. 780-811.

Werlauf, Erik. (2017). *Om stillingsfuldmagt og tegningsbeføjelse*. Ugeskrift for retsvæsen, s. 267. U.2017B.267.

Werlauf, Erik. (2006). *Formålsbestemmelser og finansielle forretninger*. Erhvervsjuridisk Tidsskrift, s. 189. ET.2006.189.

Bunch, Lars., & Schans Christensen, Jan. (2011). *Selskabets egeninteresse - navnlig set i lyset af selskabslovens generalklausuler*. Ugeskrift for retsvæsen, s. 1. U.2011B.1.

Ibenfeldt, Morten Max. (2017). *Selskabets interesse i relation til tredjemandspant – en analyse af nyere retspraksis*. Ugeskrift for Retsvæsen, s. 192. U.2017B.192.