Werlauffs kompendier

Erik Werlauff

Werlauffs kompendier

Ex Tuto
PUBLISHING
www.extuto.com

Erik Werlauff
Werlauffs kompendier
Fjerde udgave, første oplag

Denne bog er udgivet i august 2016 af Ex Tuto Publishing A/S. Grafisk tilrettelæggelse og sats af mere.info A/S, som har anvendt LibreOffice/Linux og skrifterne Minion og Cronos designet af Robert Slimbach i hhv. 1992 og 1996. Bogen er trykt på Munken Amber Graphic 90 g/m2 af Narayana Press, der ligger på Gyllingnæs syd for Odder. Indbindingen er udført af Buchbinderei S. R. Büge GmbH i Celle. Forlagsredaktion: Jan Trzaskowski.

Copyright © 2016 the author
Printed in Denmark 2016
ISBN 978-87-92598-44-8

Ex Tuto A/S
Toldbodgade 55, 1.
DK-1253 København K
www.extuto.com

FairPublishing

Indholdsoversigt

SELSKABSRET 31

KREDITRET 185

CIVILPROCES 287

OBLIGATIONSRETTEN 443

KONTRAKTUDARBEJDELSE 533

VEDTÆGT OG EJERAFTALE 617

LEDELSES- OG EJERANSVAR 695

MENNESKERETTIGHEDER 761

Indholdsfortegnelse

Indholdsoversigt 5

SELSKABSRET 31

1. Den juridiske person – kapitalselskaber og personselskaber 33
1.1. Hvad er "en juridisk person"? 33
1.2. "Kapitalselskaber" – lovens udtryk siden 2010 35

2. Kort historisk overblik, herunder selskabsreformen 2010 37
2.1. Udviklingen frem til selskabsreformerne 2010 og 2013 37
2.2. De ret specielle selskabsretlige udtryk fra SL – hvornår bør de bruges? 38
2.3. Selskabsreformen 2013 – herunder IVS 39

3. EU-regler for selskaber og andre virksomheder 41
3.1. Grundrettigheder (= frihedsrettigheder) – primær EU-ret 41
3.2. Direktiver – sekundær EU-ret 42
3.3. Forordninger – sekundær EU-ret 43
3.4. Europæiske firmagrupper 43
3.5. SE-selskabet 43

4. Forskellige retsformer 45
4.1. Enkeltmandsvirksomhed 45
4.2. Interessentskab 45
4.3. Joint venture 47
4.4. Europæisk firmagruppe 47
4.5. Kommanditselskab 48
4.6. Partnerselskaber 49
4.7. A.m.b.a 51
4.8. S.m.b.a. 52
4.9. Foreninger 52
4.10. Fonde 53
4.11. Filial i Danmark af et udenlandsk selskab 55

5. Beskatning af selskaber 57
5.1. Kapitalselskaber 57
5.2. Personselskaber 59

6. Virksomhed og virksomhedskøb og -salg 61
6.1. Virksomhed og selskab er ikke identiske 61
6.2. Virksomhedskøb og –salg, M&A 62

7. Stiftelse 63
7.1. Forenkling siden 2010 63
7.2. Stifteren eller stifterne 63
7.3. Stiftelsesdokumentet 63
7.4. Selskabets navn 64
7.5. Binavn 64
7.6. Manglende retsevne indtil registreringen 65
7.7. Tegning af selskabskapital 65
7.8. On-line-registrering af det nye selskab 66
7.9. Hvidvaskreglerne – kun advokater m.fl. må stifte selskaber for andre 66
7.10. Officiel ES-vejledning – med paradigmaer til A/S og ApS 67

8. Kapitaltilførsel 71
8.1. Ved stiftelsen 71
8.2. Apportindskud, dvs. indskud af andet end penge 72
8.3. Overblik over kapitalforhøjelser 74
8.4. Generalforsamlingens kompetence 74
8.5. Bemyndigelse til at forhøje selskabskapitalen m.v. 74
8.6. Udnyttelse af en bemyndigelse 75
8.7. Generalforsamlingens direkte beslutning om en konkret forhøjelse 75
8.8. Konvertering af gæld 76
8.9. Fortegningsret 76
8.10. Tegning 78
8.11. Fondskapitalandele 78
8.12. Konvertible gældsbreve, warrants 79
8.13. Udbyttegivende gældsbreve 81

9. Kapitalafgang 83
9.1. Overblik 83
9.2. Udbytte 83
9.3. Kapitalnedsættelse 86
9.4. Egne kapitalandele 87
9.5. Økonomisk bistand til ejere og ledelse 89
9.6. Sædvanlige forretningsmellemværender 90
9.7. Koncernlån 90
9.8. Medarbejderlån 91
9.9. Bank og realkredit 91
9.10. Sanktioner ved ulovlig "økonomisk bistand" 92
9.11. Reaktionspligt ved kapitaltab 92
9.12. Nedsættelse af selskabskapitalen 92
9.13. Tilbagebetaling af retsstridige udbetalinger 93
9.14. Gaver fra et selskab 94

10. Kapitalandele 95
10.1. Ejerbeviser 95
10.2. VP-registrerede kapitalandele 96

10.3. Ejerbogen 97
10.4. Indsigt i ejerbogen 97
10.5. Anmeldelse af ejerskifte eller pantsætning 97
10.6. Det Offentlige Ejerregister 97
10.7. Juridiske personers reelle ejere 98
10.8. Omsættelighedsindskrænkninger 102
10.9. Forkøbsret og køberet 103
10.10. Samtykke fra selskabet til overgang 103
10.11. Medsalgsklausuler 104
10.12. Indløsningsregler 104
10.13. Lighedsgrundsætningen 105
10.14. Opdeling i af selskabskapitalen i kapitalklasser 106

11. Vedtægter, forretningsorden, ejeraftaler 107
11.1. Vedtægterne 107
11.2. Forretningsorden for bestyrelse eller tilsynsråd 109
11.3. Ejeraftaler 109
11.3.1. Begreb og begrundelse 109
11.3.2. Vejledning fra ES samt ph.d.-afhandling om ejeraftaler 110
11.3.3. Dernæst: hvilken retsform skal bindingerne have? 111
11.3.4. Hvem bindes? 111
11.3.5. Skal vigtige bindinger stemmes ind i vedtægterne? 112
11.3.6. Hvad må der skrives i vedtægterne om "ejeraftaler"? 112

12. Selskabsorganerne – overblik 115
12.1. Generalforsamlingen 115
12.2. Terminologien – centrale øverste ledelsesorgan 116
12.3. Valg af ledelsesstruktur 116
12.4. Tilsynsråd i stedet for bestyrelse – hvornår relevant? 117
12.5. Valg af medlemmer til bestyrelse og tilsynsråd 117
12.6. Ansættelse af direktion 118
12.7. Bestyrelsens henholdsvis tilsynsrådets opgaver 118
12.8. Direktionens opgaver 118
12.9. Yderligere direktionsopgaver, uanset ledelsesstruktur 119
12.10. Repræsentantskab 119

13. Generalforsamlingen 121
13.1. Alternativer til almindelig fysisk generalforsamling 121
13.2. Elektronisk kommunikation mellem selskabet og ejerne 122
13.3. Møderet 123
13.4. Taleret 123
13.5. Stemmeret 124
13.6. Brevstemme 124
13.7. Fuldmagt 124
13.8. Rådgiver 125
13.9. Frister – registreringsdato og evt. anmeldelsesfrist 125
13.10. Tid og sted 126
13.11. Ordinær generalforsamling 126
13.12. Ekstraordinær generalforsamling 127
13.13. Dagsorden og "forslagsret" 127
13.14. Indkaldelse og fremlæggelser 128

13.15. Dansk eller fremmedsprog? 129
13.16. Dirigent og protokol 129
13.17. Spørgsmål og svar 129
13.18. Stemmeafgivningen 130
13.19. Flertalskravet 131
13.20. Majoritetsmisbrug 132
13.21. Retssag om beslutningers gyldighed 132
13.22. Udvidet (praktisk) minoritetsbeskyttelse efter selskabsreformen 133

14. Ledelsen – møder, beslutninger mv. 135
14.1. Formanden 135
14.2. Indkaldelse og afholdelse af møder 136
14.3. Skriftlige og elektroniske møder 136
14.4. Beslutningsdygtighed og flertalskrav 136
14.5. Dansk, fremmedsprog og "koncernsprog" 137
14.6. Inhabilitet 137
14.7. Protokollen 138
14.8. Revisionsprotokollen 138
14.9. Tavshedspligt 138
14.10. Vederlag 139
14.11. Incitamentsløn – børsnoterede selskaber 139
14.12. Spekulationsforbud 140
14.13. Majoritetsmisbrug 140

15. Tegning, repræsentation, fuldmagt, prokura og erstatning 141
15.1. Repræsentations- og tegningsret 141
15.2. Fuldmagts- og passivitetsprincipper 142
15.3. Ledelsens erstatningsansvar 144

16. Koncerner 151
16.1. Koncernbegrebet i dansk selskabsret 151
16.2. Ret og pligt mellem koncernselskaber 152
16.3. Identifikation mellem koncernselskaber 154
16.4. Holdingselskaber 155

17. Medarbejderne 157
17.1. Selskabsrepræsentation 157
17.2. Koncernrepræsentation 158
17.3. Medbestemmelse efter en grænseoverskridende fusion/spaltning 159

18. Erhvervsstyrelsen og Erhvervsankenævnet 161
18.1. Erhvervsstyrelsen 161
18.2. Afhjælpning og registreringsnægtelse/blokering 162
18.3. Krænkelse af tredjemands ret 162
18.4. Anmeldelsen og anmeldelsesfristen 163
18.5. Erhvervsankenævnet 163

19. Fusion, spaltning og omdannelse 165
19.1. Overtagelsesmetoder 165
19.2. Fusion mellem danske selskaber 166

19.3. Medarbejdernes retsstilling ved fusion 169
19.4. Spaltning mellem danske selskaber 169
19.5. Medarbejdernes retsstilling ved spaltningen 170
19.6. Fusion og spaltning med udenlandsk selskab 171
19.7. Anpartsselskab omdannes til aktieselskab 173
19.8. Aktieselskab omdannes til anpartsselskab 173
19.9. Aktieselskab omdannes til partnerselskab 173
19.10. Partnerselskab omdannes til aktieselskab 174
19.11. Andelsselskab omdannes til aktieselskab 174

20. Likvidation og opløsning ved erklæring 175
20.1. Likvidation 175
20.2. Opløsning ved erklæring 176

21. Tvangsopløsning, konkurs og rekonstruktion 179
21.1. Tvangsopløsning – hvornår og hvordan? 179
21.2. Tvangsopløsning – hvordan kan der ske genoptagelse? 180
21.3. Konkurs 180
21.4. Rekonstruktion – nogle selskabsretlige modeller 180
21.5. Rekonstruktion efter konkursloven 181

KREDITRET 185

1. Gældsbrevsloven 187
1.1. Begreber: gældsbrevet, negotiabilitet 187
1.2. Vigtigste område for gbl.: den aktuelle kreditors ret 187
1.3. Hvilken betydning har god tro? 188
1.4. Situationer, hvor god tro *ikke* beskytter 188
1.5. Situationer, hvor god tro *beskytter* 189
1.6. Ond tro skader *altid – mala fides semper nocet* 190
1.7. Der er ofte et regres-opgør at foretage 191
1.8. Hvis D er en forbruger – kreditaftaleloven 191

2. Kreditaftaleloven 195
2.1. Generelt om KAL's formål og funktion 195
2.2. Hvilke kreditter omfattes af KAL? 195
2.3. Lovmæssig fokus på D's ret (og K's pligt) 196
2.4. Andre vigtige snubletråde i KAL 196

3. Skuffede forventninger – får man godtgørelse? 199

4. IP: hvilket lands regler? 201

5. Tinglig sikkerhed – overblik 203
5.1. Overblik over fordringernes fyldestgørelses-rækkefølge 203

6. Intet pant, men "*covenants*" (klausuler i låneaftale) 205

7. Sikkerhed via ejendomsret 207

8. Sikkerhed i debitors formuegoder 209

9. Hvordan stiftes en panteret? 211

10. Pant i pantebreve – digital tinglysning 213
10.1. Siden september 2009: digital tinglysning 213
10.2. Pantebreve er dermed også digitale 213
10.3. Rettigheder over dem etableres derfor også kun digitalt 213
10.4. Debitorindsigelser kan fortsat fortabes pga. negotiabiliteten 213

11. Hvordan fyldestgøres kreditor? 215
11.1. Svag eller stærk panteret? 215
11.2. Svag panteret, dvs. underpant 215
11.3. Stærk panteret, dvs. håndpant 215
11.4. Stærkt/svagt pant? – Jyske Banks lastbiler 216
11.5. Panthavers loyalitetspligt over for pantsætters interesser 216

12. Rådighedsberøvelsen – etableres og opretholdes 217
12.1. Nøglepant – hvis noget "slipper ud" 217
12.2. Må panthaveren stille det pantsatte til pantsætterens rådighed? 217
12.3. Rådighedsberøvelse via tredjemand 218

13. IP-lovvalget – tinglig sikring 219

14. Ejendomsforbehold 221
14.1. Hvad er ejendomsforhold som begreb? 221
14.2. Hvem er ejer af det solgte? 221
14.3. Ejendomsforbehold i biler mv. – husk bilbogsregistrering 222
14.4. Hvad gør sælgeren i tilfælde af misligholdelse? 222
14.5. Forbrugerbeskyttelse – lejekøb mv. 222
14.6. Salg til erhvervsdrivende – holder ejendomsforbeholdet? 223
14.7. Kan fast ejendom også sælges med "ejendomsforbehold"? 223
14.8. Diskontering af købekontrakten 224
14.9. Køberens mangelindsigelser 225

15. Konsignationssalg 227
15.1. Ejendomsforbehold: konneksitet kræves 227
15.2. Konsignation: konneksitet fraviges 227
15.3. De tyske sager – og et par jugoslaviske 227
15.4. "Ophørende sikkerhedsret" – råvarer mv. 228

16. Confirming – en konsignations-variant 229

17. Digital tinglysning – introduktion 231
17.1. Digital tinglysning – grundbegreber 231

18. Fast ejendom – grundbegreberne 233
18.1. Hvad er en "fast ejendom"? 233
18.2. Matrikelsystemet 233
18.3. Enhedsprincippet 233
18.4. Omdisponering ("ejendomsdannelse") 234
18.5. Bygning på fremmed (lejet) grund, TL § 19 234
18.6. Ejerlejligheder 234
18.7. Andelslejligheder 235

19. Digital tinglysning i praksis – herunder dialogen med Tingbogen 237
19.1. "Dialogen" med Tingbogen 237
19.2. Hvordan gennemføres tinglysningen rent praktisk? 237
19.3. Professionelle brugere – bank, advokat, mægler 238
19.4. Skødet tinglyses 238
19.5. Købesum og omkostninger 238

20. Digital tinglysning – *hvad* skal tinglyses, og *hvordan* tinglyses det? 239
20.1. Hvad skal tinglyses? – fast ejendom 239
20.2. Transport af pantebreve og ejerpantebreve 240
20.3. Hvor i Tingbogen indføres det, der tinglyses? 240

21. Retsvirkninger af tinglysning – legitimation, prioritet og gyldighed 241
21.1. De tre vigtigste retsvirkninger af tinglysningen 241

22. Legitimationsvirkningen 243
22.1. Legitimationsvirkning medfører tingbogshjemmel 243
22.2. Tingbogshjemmel til hvad? 243
22.3. Digital signatur, fuldmagt mv. 243
22.4. Tinglysning uden ejerens samtykke 244
22.5. Nyerhvervet tingbogshjemmel kan straks bruges 244
22.6. Tinglysning af rådighedsindskrænkning 244
22.7. Legitimation til at modtage betaling 245

23. Prioritetsvirkningen 247
23.1. Prioritetsvirkning og "prioritetsorden" 247
23.2. Hvem kan ekstingvere, og hvem kan ikke ekstingvere? 248
23.3. Nærmere om god-tros-kravet 248
23.4. Et praktisk eksempel 249
23.5. Retsvirkninger – fra hvornår? 249

24. Gyldighedsvirkning 251
24.1. Baggrund og retsgrundlag 251
24.2. Svage indsigelser mod E's adkomst 251
24.3. Stærke indsigelser mod E's adkomst 251
24.4. P1's pantebrev på afveje 252
24.5. E's svage indsigelser mod gælden 252
24.6. E's stærke indsigelser mod gælden 252
24.7. Kan man gøre noget for at forebygge ekstinktion? 253

25. Underpant – nærmere om begrebet 255
25.1. Begrebsforskel fra håndpant 255
25.2. Hvad er genstanden for underpant? 255
25.3. Specifikationskravets konsekvenser 256

26. Virksomhedspant og fordringspant 259
26.1. Virksomheds- og fordringspant; pantsætningsforbud 259
26.2. Virksomhedspant kan omfatte følgende – TL § 47 c, stk. 3 259
26.3. Virksomhedspant kan ikke omfatte følgende – TL § 47 c, stk. 4 260
26.4. Virksomheds- og fordringspant – hvordan gøres det? 261
26.5. Fordringspant – § 47 d 261
26.6. Nærstående må ikke sikres – misbrugsrisiko 261
26.7. Udlæg kan få forrang for virksomhedspant 262
26.8. Konkurs mv. – virksomhedspanthaveren skal bidrage 262
26.9. Andre rettigheder i konflikt med virksomhedspant 263
26.10. Tinglig sikring gennem ejendomsret – leasing 263
26.11. Sale-and-lease-back 265
26.12. Misligholdelse 266
26.13. Diskontering af leasingkontrakten 267
26.14. Factoring – forskellige typer 268
26.15. Factoringkundens køber/debitor, D, har indsigelser eller modkrav 269
26.16. Kan D se bort fra (negligere) transporten? – også relevant ved fordringspant 270
26.17. Fremtidige fordringer (uproblematisk ved fordrings-/virksomhedspant) 271
26.18. Negativ moms og overskydende skat 272
26.19. Husk mulighederne i *fordrings*pant 272
26.20. Kaution – begreb og terminologi 272
26.21. Retsgrundlaget for kaution 273
26.22. Praktiske eksempler på kaution 273
26.23. Hvordan afgives et kautionsløfte? 274
26.24. Tre typer: simpel, selvskyldner- og tabskaution 275
26.25. Anfordringskaution og -garanti 276
26.26. Varianter af kaution – samkaution, efterkaution og kontrakaution 278
26.27. Hvordan kan kautionisten begrænse sin kaution? 279
26.28. Helt eller delvist bortfald af kautionistens forpligtelse 280
26.29. Forældelse af kaution 281
26.30. Husk forum-mulighederne – PAN-klage for privatkunder 282

27. Støtteerklæringer 283
27.1. Hvorfor bruges de? Hvad kaldes de? 283
27.2. Hvornår kan de blive juridisk bindende? 283
27.3. En formodning for bundethed? Andre landes syn på letters 284
27.4. Dansk praksis om letters 285
27.5. Sammenligning af teksten i Engesvang henholdsvis SCS 286

CIVILPROCES 287

1. Introduktion til civilprocessen 289
1.1. Behandler, hvordan man fastslår og gennemtvinger retskrav 289
1.2. Hvad skal man "kunne" inden for civilprocessen? 289

2. Terminologi **291**
2.1. Sagen anlægges 291
2.2. Flere kan inddrages 291
2.3. Processtoffet 292
2.4. Appel 293
2.5. I fogedretten 293

3. Nogle helt overordnede principper ("maksimer") **295**
3.1. Forhandlingsmaksimen – § 338 295
3.2. Dispositionsmaksimen – uskrevet 295

4. Andre vigtige maksimer **297**

5. Procesrettens vigtigste retskilder **299**
5.1. Grundloven 299
5.2. Retsplejeloven 299

6. EMRK – Den Europæiske Menneskeretskonvention **301**
6.1. Særligt artikel 6 – *fair trial*, retfærdig rettergang 301

7. EU-Retten **303**
7.1. Traktaten – etablering, varer, tjenesteydelser mv. 303
7.2. Konventioner og forordninger – sekundær EU-ret 304

8. De "almindelige" domstole – § 1, stk. 1 **305**
8.1. Generelt 305
8.2. Byretterne – grundlæggende domstolsopgaver 305
8.3. Byretterne – andre opgaver 305
8.4. Landsretterne 307
8.5. Højesteret 307
8.6. Flere "almindelige" domstole? 308

9. "Særlige" domstole **309**
9.1. Sø- og Handelsretten 309
9.2. Tinglysningsretten 311
9.3. Den Særlige Klageret – rpl. § 1 a 311
9.4. Arbejdsretten 311
9.5. Rigsretten 312
9.6. Procesbevillingsnævnet 312

10. Domstolenes personel **315**

11. Internationalt værneting **317**
11.1. Hvad står der på spil? 317
11.2. Hvilket regelsæt skal man anvende? 318
11.3. Sagsøgte har hjemting uden for EU og "EFTA" 318

12. Internationalt værneting efter Bruxelles I-forordningen 325
12.1. Reglerne og deres anvendelse 325
12.2. Hjemtinget 326
12.3. Supplerende værneting – der kan vælges, artikel 5 326

13. Offentlighedsprincippet – og indgreb i dette 329
13.1. Grundlovens § 65, stk. 1 329
13.2. EMRK artikel 6, stk. 1: kravet om offentlighed 329
13.3. De to hovedregler om offentlighed og mundtlighed 329
13.4. Hvad forstås der ved "offentlighed"? 329
13.5. Overblik over indgreb i offentlighedsprincippet 330
13.6. Nogle typer retsmøder holdes altid for lukkede døre 331
13.7. Foged- og skiftesager – hvornår er de offentlige? 331

14. Retsmøderne 333
14.1. Nogle personer kan konkret udelukkes fra offentligt retsmøde eller fra dele af mødet 333
14.2. Dørlukning – fælles bemærkninger 334
14.3. Dørlukning – kan-reglerne 334
14.4. Dørlukning – skal-reglerne 335
14.5. Referatforbud 336
14.6. Navneforbud 336

15. Aktindsigt i retsplejen – dokumentoffentlighed 339
15.1. Generelt 339
15.2. Enhver har ret til følgende 339
15.3. Særlig interesse i sagen 340
15.4. Pressen (massemedierne) 341
15.5. Meroffentlighed 341
15.6. Parternes aktindsigt i civile sager – § 255 a, stk. 1 341

16. Forhandlings-maksimen 343
16.1. Kort og fyndig lovregel – rpl. § 338 343
16.2. Reale grunde til forhandlingsmaksimen 343
16.3. Kerneindholdet i forhandlingsmaksimen 343
16.4. Påstand – begrebet 344
16.5. Anbringende – begrebet 344
16.6. Eksempler på anbringender 344
16.7. Husk præklusionsreglerne – eventualmaksimen 345
16.8. Forhandlingsmaksimen – virkning på påstandene 345
16.9. Forhandlingsmaksimen – virkning på anbringenderne 346
16.10. Modifikationer til forhandlingsmaksimen 346
16.11. Modif. 1 – anbringender, der ikke kan frafaldes 346
16.12. Modif. 2 – materiel procesledelse 347
16.13. Modif. 3 – *jura novit curia* 348
16.14. Fremmed ret – jus eller faktum? 349
16.15. Modif. 4 – sagsomkostninger 349
16.16. Modif. 5 – det mindre i det mere 350
16.17. Modif. 6 – udeblivelsesdom 350
16.18. Modif. 7 – afvisning pga. uklar eller ubestemt påstand 350
16.19. Modif. 8 – indispositive sagstyper 351

16.20. Modif. 9 – formalitetsgrunde til henvisning eller afvisning 351

17. Bevisførelse, bevisafgørelse og beviskrav 353
17.1. Hvad dækker disse tre (vigtige) udtryk over? 353
17.2. Hovedelementer i dommen – henholdsvis i en tilkendegivelse fra retten 353
17.3. Bevisførelse om bestridte fakta 354
17.4. "Fri" bevisbedømmelse – § 344, stk. 1 355
17.5. Lad os rekapitulere begreberne 356
17.6. Bevisstyrke 356
17.7. Bevisbyrde 358
17.8. Oplysningspligt, sandhedspligt og loyalitetspligt 362
17.9. Umiddelbar eller middelbar bevisførelse – hvor afhøres man? 363
17.10. Hvornår træffer retten sin afgørelse om beviskravet? 364

18. Retlig interesse 365
18.1. Begrebet 365
18.2. Afgørelsen vedrørende retlig interesse 366
18.3. Retlig interesse = konkret, aktuel betydning for disse parter 367
18.4. Det vanskelige grænseområde – hvor praksis har vaklet 369
18.5. En afgørelse skal have betydning for denne sagsøger 370
18.6. En retlig interesse, der har været der, kan falde bort 370
18.7. "Retlig interesse" er resultatorienteret, ikke præmisorienteret 371
18.8. Hvornår kan man håndhæve samfundsmæssige interesser gennem retssag ? 371
18.9. "Rette sagsøger" – en forudsætning for at have retlig interesse 372
18.10. Forvaltningsretlige endelighedsbestemmelser 372

19. Typer af domme og påstande 375

20. Formalitet og realitet 379

21. Dispositions-maksimen 383
21.1. Består af to elementer 383
21.2. Den materielle bestanddel 383
21.3. Den processuelle bestanddel 384

22. Retsmægling, forligsmægling og forlig 387
22.1. To slags mægling ved domstolene 387
22.2. Retsmægling 387
22.3. Forligsmægling 388
22.4. Retsforlig 388
22.5. Udenretligt forlig 390

23. Retsafgørelsernes form 393
23.1. På hvilke måder udtrykker en domstol sig? 393

24. Delafgørelser 395
24.1. Fælles 395
24.2. Delafgørelse om realitetsspørgsmål 396
24.3. Delafgørelse om formalitetsspørgsmål 398

25. Dommens og kendelsens indhold 399

26. Rettens votering 403

27. Sagen optages til dom, og dommen afsiges 405

28. Retskraft 407
28.1. Begrebet formel og materiel retskraft 407
28.2. Retskraft contra eksekutionskraft 408
28.3. Retsgrundlag og baggrund for retskraft 408
28.4. Retskraft for forskellige typer af afgørelser 410

29. Udenlandske domme mv. – hvilken retskraft? 413
29.1. Domme fra andre nordiske lande 413
29.2. Civile domme omfattet af Bruxelles I-forordningen 413
29.3. Domme uden for nordisk konvention og Bruxelles I – hvilken retskraft? 414

30. Retskraftens udstrækning – hvem og hvad omfattes? (om domme) 417
30.1. Der er tre spørgsmål at tage stilling til 417
30.2. Første spørgsmål: hvem har dommen retskraft for? 417
30.3. Andet spørgsmål: hvad har dommen retskraftigt afgjort? 419
30.4. Tredje spørgsmål: er den nye sag identisk med den tidligere? dvs.: afvisningsvirkningen 420
30.5. Den positive materielle retskraft 424

31. Præprocessuelt – nogle handlemuligheder 427
31.1. Få konflikten overført til hjemmebane 427

32. Retssag er anlagt 429
32.1. Hvad du stadig kan nå 429
32.2. Er der billigere alternativer til full-case? 429
32.3. Hvad koster det i retsafgift? 430
32.4. Hvad koster det i advokatsalær? 432
32.5. Advokatsalæret – vejledende takster 434
32.6. Samlet omkostningsbyrde 434

33. Fri proces 437

34. Voldgift som eventuelt alternativ 439
34.1. Nogle fordele ved voldgift 439
34.2. Nogle ulemper ved voldgift 439
34.3. Ad hoc voldgift? 440
34.4. Institutionel voldgift? 440
34.5. Fælles for de institutionelle 440
34.6. Alternativ henholdsvis supplement til voldgift 441

OBLIGATIONSRETTEN 443

1. Obligationsretten og dens grundbegreber 445
1.1. Obligationsretten som retsområde 445
1.2. Obligationsretlige grundhensyn 445
1.3. Standpunktsrisikoen 446
1.4. Baggrundsret og risikofordeling 446
1.5. Baggrundsretten og aftalemulighederne 446
1.6. Hvad kan ændre risikofordelingen? 447
1.7. Obligationsrettens internationalisering 447

2. Pengeydelser 449
2.1. Pengeydelse – hvorfor? 449
2.2. Hvordan betaler pengedebitor? 449
2.3. Rette ydelse – pengedebitor 450
2.4. Rette tid – hvornår? 450
2.5. Rette sted – hvor? 451
2.6. Rette kvalitet – dvs. hvad skal erlægges (valuta mv.)? 452
2.7. Kvantitet – hvor meget (vederlag, justering, renter mv.)? 453

3. Gensidighed, samtidighed og risiko 455
3.1. Ydelse mod ydelse 455
3.2. Samtidighed – rendyrket eller tilstræbt 455
3.3. Fravigelse af samtidighed – kredit eller forudbetaling 456
3.4. Risikofordelingen – *res perit domino* 456
3.5. Risikoovergang ved salg – løsørekøb 457
3.6. Risikoovergang ved salg – fast ejendom 457
3.7. Overblik over risikoen 458

4. Misligholdelse – en række fælles problemer 459
4.1. Ikke-opfyldelse 459
4.2. Misligholdelsesbeføjelserne 459
4.3. Parallelle retsgrundlag 460
4.4. Hvad hæfter man for ad misligholdelse? 460
4.5. Nærmere om standpunktsrisikoen 462
4.6. Kontrakten kan definere misligholdelse 463
4.7. Fortid, nutid og fremtid – misligholdelsens tidspunkt 463
4.8. Udelukkelse af misligholdelse – overblik over retsgrundlag 464
4.9. Udelukkelse af misligholdelse – ugyldighed 464
4.10. Udelukkelse af misligholdelse – bristende/urigtige forudsætninger 465
4.11. Udelukkelse af misligholdelse – *force majeure* 465
4.12. Udelukkelse af misligholdelse – hardshipklausul 465
4.13. Udelukkelse af misligholdelse – rekonstruktionsbehandling 466

5. Pengekreditors beføjelser 467
5.1. Debitors pligter – et overblik 467
5.2. Kreditors beføjelser – et overblik 467
5.3. Grundsætninger om penge 468
5.4. Hvornår er pengemisligholdelse væsentlig? 469
5.5. Deponering 470

5.6. Særlig offentligretlig deponeringsregel – ansvar for tidligere selskabs-tab 470
5.7. Renter og gebyrer – kreditrente 471
5.8. Renter og gebyrer – morarente 471
5.9. Renter og gebyrer – rentesatsen 471
5.10. Gebyr og provision 472
5.11. Hvordan får kreditor sine penge? – hvis der *er* tinglig sikkerhed 472
5.12. Hvordan får kreditor sine penge? – hvis der ikke er tinglig sikkerhed 473

6. Misligholdelse – hvad kan der aftales? 475
6.1. Klausuler om misligholdelse – hvordan skal vi afgrænse dem? 475
6.2. Klausulen skal være aftalt 475
6.3. Hvornår er standardvilkår vedtaget? 475
6.4. Overblik over de juridiske instrumenter 476
6.5. Nogle indledende undersøgelser af klausulen – gyldighed og lovvalg 476
6.6. Garanti 477
6.7. Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrænsning 479
6.8. Konventionalbod 480

7. Direkte krav – skyldforholds tredjemandsvirkning 481
7.1. Udgangspunktet: aftalens partsrelativitet 481
7.2. Egentligt tredjemandsløfte 482
7.3. Lovregel om tredjemandsvirkning – visse forsikringer 483
7.4. Cessionsvirkning – springende regres via cession 484
7.5. Retsbrudsvirkning – springende regres via retsbrud 485
7.6. Offentlige attester mv. – hvornår kan de få tredjemandsvirkning 486

8. Ophørsmåder – overblik 489
8.1. Kreditor bliver fyldestgjort 489
8.2. Kreditor bliver ikke fyldestgjort 489

9. Berigelses-grundsætningen 491

10. Condictio indebiti 497

11. Modregning 501
11.1. Modregning som begreb – samt det praktiske behov 501
11.2. Betingelserne for, at der kan modregnes 503
11.3. Hvad kan påvirke adgangen til modregning? 504
11.4. Indskrænket adgang til modregning 504
11.5. Udvidet adgang til modregning 506
11.6. Modregning i konkurs – en udvidelse med 6 indskrænkninger 507

12. Præklusion og passivitet 511
12.1. Rettighedsfortabelse pga. tid – overblik 511
12.2. Præklusion – dødsbo og gældssanering, men ikke konkurs 511
12.3. Passivitet 513

13. Forældelse **517**
13.1. Begreb og retsgrundlag 517
13.2. Forældelsen løber fra forfaldsdagen 517
13.3. Den korte frist – 3 år 518
13.4. Den lange frist – 10 år 518
13.5. Konkret fristberegning – § 27 519
13.6. Udskydelse pga. undskyldelig, faktuel uvidenhed 519
13.7. 1 års mindstefrist – i visse tilfælde 520
13.8. Sådan afbrydes forældelsen – "retsskridt eller erkendelse" 520
13.9. Forældet fordring kan bruges til konneks modregning – FL § 24 521
13.10. Anvende gamle eller nye regler? – "intertemporal forældelsesret" 521
13.11. Hvad kan man aftale henholdsvis frafalde om forældelse? 522
13.12. IP og forældelse – lovvalget mellem flere landes regler 522

14. Test din viden om obligationsret **523**
14.1. Introduktion til "Test din viden" 523
14.2. Obligationsretten og dens grundbegreber 523
14.3. Pengeydelser 523
14.4. Gensidighed, samtidighed og risiko 524
14.5. Misligholdelse – en række fælles problemer 525
14.6. Pengekreditors beføjelser 525
14.7. Misligholdelse – hvad kan der aftales? 526
14.8. Direkte krav – skyldforholdets tredjemandsvirkning 527
14.9. Overblik over ophørsmåder – samt berigelse og condictio indebiti 528
14.10. Modregning 528
14.11. Præklusion og passivitet 530
14.12. Forældelse 530

KONTRAKTUDARBEJDELSE **533**

1. Hvad er vigtigt at vide om kontrakter? **535**
1.1. Den, der arbejder med kontrakter, skal kunne følgende 535
1.2. Fem vigtige egenskaber hos kontraktkoncipisten 535
1.3. Tre niveauer for det, du lærer af dette kompendium 536

2. Nogle vigtige spørgsmål – fælles for alle kontrakter **537**
2.1. Hvilken retskultur skal kontrakten anvendes i? 537
2.2. Hvordan skaffer du oplysning om baggrundsretten? 537
2.3. Hvilken betegnelse bør du bruge for kontrakten? 538
2.4. Nogle vigtige standarddokumenter, du evt. kan bruge 538
2.5. Forskellige typer af aftaler 539
2.6. Prækontrakt og hensigtserklæring 539
2.7. Due diligence ved virksomheds- og majoritetskøb (APA og SPA) 540
2.8. En præambel 541
2.9. Kontraktens opstilling, inddeling mv. 541

3. Parterne **543**
3.1. Vigtigt med præcis partsangivelse – men hvordan? 543
3.2. Særlige parts-overvejelser – flere parter på én side, koncerner etc. 544
3.3. Kan en part udskiftes? 544

4. Tre ting at huske **547**
4.1. Definitioner – geografisk, sagligt, tidsmæssigt etc. 547
4.2. Eksemplifikationer 548
4.3. Informationer 548
4.4. Offentlig godkendelse eller registrering 549
4.5. Kompetence 550
4.6. Meddelelser mellem parterne 550

5. Kravene til ydelsen **551**
5.1. To typer af ydelser – resultatpligt eller bestræbelsespligt ("best effort")? 551
5.2. Grundlæggende om enhver ydelse – kontraktens hv-spørgsmål 551
5.3. Hovedydelse eller biydelse – er denne sondring stadig relevant? 552
5.4. Ydelsens kvalitet – den ene del af spørgsmålet: "hvad" 552
5.5. Leveringstiden – svaret på "hvornår" 553
5.6. Hvad er "levering"? 554
5.7. Særlige klausuler om leveringsstedet 555
5.8. Incoterms 2016 – (og husk ved hver klausul: "EXW (Incoterms)" etc. 555
5.9. Kbl.-termer 556
5.10. Afleveringsforretning? 556
5.11. En illustration af vigtigheden af at definere "ydelsen" – leverancerne til frysehuset 557

6. Forudsætninger, betingelser og forbehold **559**
6.1. Er forudsætningen typebestemt eller individuel? 559
6.2. Er forudsætningen stiltiende eller udtrykkelig? 559
6.3. Bør betingelsen udformes suspensivt eller resolutivt? 560
6.4. Hvem skal kunne påberåbe sig betingelsen? 560
6.5. Hvad angår betingelsen – helt præcist? 560
6.6. Må betingelsen godt kunne få karakter af en fortrydelsesret? 560
6.7. Kunne man evt. nøjes med "noget mindre" end en betingelse? 561
6.8. Vurdér venligst følgende betingelser 561

7. Garanti, indeståelse og tilsikring **563**
7.1. En garanti er et løfte, ikke kun en oplysning 563
7.2. Garantieksempler 563
7.3. En case om "at indestå" – salget af beholderfabrikken i Herning 564

8. Særlige bestemmelser i kontrakten – "miscellaneous" **565**
8.1. Medkontrahenten er forpligtet til at modtage hovedydelsen 565
8.2. Omsorgspligt (loyalitetspligt) 565
8.3. Forsikringspligt 566
8.4. Koblingsklausuler – man er forpligtet til "noget mere" 567
8.5. Underleverandører – ret/pligt til at bruge sådanne? 567
8.6. Optioner – forlængelse, fornyelse, forkøbsret, køberet, medsalgsret/pligt etc. 568

9. Undladelsespligter **571**
9.1. Er de juridisk holdbare, og hvordan håndhæves de? 571
9.2. Hemmeligholdelse – non disclosure agreement, NDA 572
9.3. Konkurrenceforbud (= konkurrenceklausul) 572
9.4. Kontraktmæssige undladelsespligter, hvor man balancerer på en knivsæg mht. holdbarheden 574

10. Pengene – vederlag, betaling, rente **575**
10.1. Kontraktens valuta 575
10.2. Forskellige måder at fastlægge/regulere vederlagets størrelse – omsætning, pristal etc. 575
10.3. Fast pris eller "regningsarbejde" med overslag? 576
10.4. Refusionsopgørelse 576
10.5. Rabatter og andre nedslag – nogle typer og nogle problemer 576
10.6. Betaling med andet end penge – gældsovertagelse, mageskifte, barter trade etc. 577
10.7. Hvordan og hvor betales den kontante (del af en) købesum? 578
10.8. Modkrav – hvornår må man modregne? 579
10.9. Påkrav, efterfrist og løbedage 579
10.10. Renter – tre måder at sætte "rentetaxameteret" i gang 580
10.11. Præceptive ydergrænser for betalingsfrister 581

11. Sikring via samtidighed, sikkerhed, garanti mv. **583**
11.1. Samtidighed som sikringsmetode 583
11.2. Sikkerhed i den anden parts ting 583
11.3. Kaution eller "støtteerklæring" fra moderselskab eller hovedaktionær 584
11.4. Bankgaranti 585
11.5. Anfordringsgaranti som vigtigt alternativ 585

12. Misligholdelse **589**
12.1. Kontrakten kan i høj grad påvirke, hvad der er misligholdelse, og om den er væsentlig 589
12.2. Defineret som hævebegrundende – uden at det betegnes som "misligholdelse" 591
12.3. Påmindelse og reklamation 591
12.4. Skal sælgeren have *ret* til at foretage afhjælpning? 592
12.5. Skal sælgeren have *pligt* til at foretage afhjælpning? 592
12.6. Ansvarsfraskrivelse 593
12.7. Bevisbyrde 595
12.8. Force majeure og hardship 596
12.9. Konventionalbod 597

13. Kontraktens ophør **599**
13.1. Kan en part udtræde og overdrage sin del af kontrakten til andre? 599
13.2. Opsigelse 600
13.3. Afvikling efter ophør 601

14. Lovvalg – tilknytning til flere lande **603**
14.1. Hvornår er der behov for "lovvalg" i kontrakten? 603
14.2. Internationale løsørekøb 603
14.3. Hvad siger Romkonventionen – og hvad tillader den, at man skriver i kontrakten? 604

15. Værneting – hvilket lands domstole? hvad kan der skrives? **607**
15.1. Hvornår er værnetingsspørgsmålet relevant – og hvilke muligheder er der? 607

16. Voldgift **611**
16.1. Nogle fordele 611
16.2. Nogle ulemper 611
16.3. Ad hoc voldgift 611
16.4. Institutionel voldgift – hvilke institutter er relevante? 612

16.5. Fælles for de institutionelle 612
16.6. Alternativ henholdsvis supplement til voldgift – husk følgende muligheder 613

17. Afsluttende bestemmelser – der kan få stor betydning 615
17.1. Nogle (accept)forbehold, der kan blive overraskende vidtgående 615
17.2. Underskrift, tegning og gyldighed 615
17.3. Kontraktomkostninger 616

VEDTÆGT OG EJERAFTALE 617

1. Vigtige grundbegreber og metoder – stemmebinding mv. 619
1.1. Forvaltning, økonomi, disposition (exit) 619
1.2. Magtspredning eller magtkoncentration? 620
1.3. Stemmeoverførsel eller stemmebinding? 621
1.4. Hvem bindes af de enkelte regelsæt? 621

2. Hvorfor ejeraftaler? Tjekliste og introduktion af § 82 623
2.1. Hvorfor er der overhovedet et behov for ejeraftaler? 623
2.2. Tjekliste til ejeraftalen 623
2.3. Deadlock – modeller til løsning (ved $^{50}/_{50}$-ejerskab) 624
2.4. SL § 82 – hvad siger den, og er den en rent dansk specialitet? 625

3. Metoder til helgardering af bindinger i en ejeraftale 627
3.1. Aftaleretlig metode (= indirekte metode) 627
3.2. Selskabsretlig metode (= direkte metode) 628
3.3. Pligt til at stemme klausuler fra en ejeraftale ind i vedtægterne? 629
3.4. Processuel metode (= brevstemmemetoden) 630
3.5. Selskabet kan være part i ejeraftalen, men … 630

4. Læren af 72 ejeraftaler – Martin Chr. Kruhls observationer 633

5. Ajourføring af vedtægter – "intertemporal selskabsret" 639

6. Erhvervsstyrelsens vejledning – med enkle vedtægtsparadigmaer 641
6.1. Hvem kan anvende vejledningen? 641
6.2. Vedtægterne – A/S 642
6.3. Vedtægterne – ApS 643

7. Tjeklister til vedtægterne 645
7.1. Obligatoriske emner – skal altid med 645
7.2. Betinget obligatoriske emner – skal med, hvis baggrundsretten ønskes fraveget 645
7.3. Generalforsamlingsbeslutninger – som bestyrelsen *kan* indskrive i vedtægterne 647
7.4. Generalforsamlingsbeslutninger – som bestyrelsen *skal* indskrive i vedtægterne 647
7.5. Klasseopdeling – hvornår kan det være relevant (SL § 45)? 647
7.6. Klasseopdeling – permanent eller tids-/begivenhedsbegrænset? 648
7.7. Rettighed ved navns nævnelse – kan være et alternativ til klasseopdeling 648

8. Skattemæssige fælder og muligheder 651
8.1. Vedtægterne – formålsbestemmelsen 651
8.2. Ændring af vedtægterne *kan* udløse afståelsesbeskatning – "identitetsændring" af aktien 652
8.3. Vedtægtsændringer, der *ikke* kan indebære identitetsændring og afståelsesbeskatning 652
8.4. Andre transaktioner, der (utilsigtet) kan føre til beskatning 654
8.5. Ejeraftaler (og vedtægter) kan få (tilsigtet eller utilsigtet) betydning for sambeskatning 654

9. Udvidet lovmæssig minoritetsbeskyttelse – ikke stor praktisk værdi 657
9.1. Ekstraordinær generalforsamling efter minoritetsbegæring 657
9.2. Håndfast "tvistløsning" – registreringsblokering 658
9.3. Når den ene trods alle fine aftaler "tager noget" fra $^{50}/_{50}$-selskabet – hvad kan den anden gøre? 659

10. Sådan kan bindinger skrives i vedtægt i stedet for ejeraftale 661
10.1. Et praktisk eksempel – *step by step* 661
10.2. Supplerende ejeraftale – hvad bliver der tilbage at regulere? 665
10.3. Voldgiftsklausulen 665
10.3.1. Mediation og voldgift 665

11. Klasseopdeling eller navns nævnelse i vedtægterne? 667

12. Vedtægtsemne: elektronisk kommunikation 669

13. Vedtægtsemne: generalforsamlingen 671
13.1. "Form og frist" kan fraviges – generelt eller konkret 671
13.2. Indkaldelsen 671
13.3. Frister – registreringsdato og anmeldelsesfrist 672
13.4. Forslagsfrist – gengivelse af lovens regler 673
13.5. Fuldmagt – gengivelse af lovens regler 674
13.6. Valg af bestyrelse 674

14. Vedtægtsemne: bestyrelse og direktion 677
14.1. Bestyrelsen og dens funktion 677
14.2. Direktionen og dens funktion 678
14.3. Incitamentsbaseret aflønning 678

15. Vedtægtsemne: fortegningsret 679

16. Vedtægtsemne: udbytte 681
16.1. Ordinært og ekstraordinært udbytte 681
16.2. *Earn-out* og generationsskifte via udbytteregler i vedtægterne 682

17. Vedtægtsemne: forkøbsret, indløsning mv. 685
17.1. Lovens udgangspunkt – fri omsættelighed 685
17.2. Rangforhold mellem ejeraftale og vedtægter 685
17.3. Forkøbsret 686
17.4. Samtykke fra selskabet 687
17.5. Ejerbetingelser er ikke det samme som samtykkeregler 688
17.6. Indløsningsregel – helgardering af bindinger, der før stod i en ejeraftale 688

17.7. Musefælde-, kuvert- og auktionsklausuler 690
17.8. Alternativ til omsættelighedsbegrænsning – skal opretholde en vis aktiebesiddelse 690

18. P/S-Vedtægter – som A/S, men med tilføjelser 693

LEDELSES- OG EJERANSVAR 695

1. Ansvaret og retsgrundlaget 697
1.1. Hvad siger loven? – ledelsens ansvarsnorm 697
1.2. Revisorerne 699
1.3. Andre aktører, der omtales – SL § 361, stk. 2 700
1.4. Kapitalejerens erstatningspligt 700
1.5. Hvis der er flere erstatningspligtige 701
1.6. Lempelse af ansvaret 702
1.7. Hvem kan anlægge erstatningssag? 703
1.8. SKAT's særlige mulighed for 0-stilling 704
1.9. Tilbage til alm. erstatningsspørgsmål: der skal være forårsaget et tab 705
1.10. Foreninger, fonde og A.m.b.a.'er 706
1.11. Internationalt lovvalg for ledelsesansvar 707
1.12. Værneting for ledelsesansvar 708
1.13. Formandens særlige opgaver – corporate governance 708

2. Ansvaret og fokuspunkterne 709
2.1. "Ledelsen er ansvarlig for" 709
2.2. Udpluk fra SL – "ledelsen er ansvarlig for …" 709
2.3. Forretningsorden – slut med massefremstilling 711
2.4. "Bestyrelsesaftalen" – med paradigma 712
2.5. Fuldmagt i bestyrelsen 714
2.6. Inhabilitet 715
2.7. Tavshedspligt – husk næstsidste punkt på hvert møde 715
2.8. Tilbage til ansvaret efter SL – som Ho. et normalt culpaansvar 716
2.9. Rekapitulerer overblikket over ansvarsreglerne – normalt culpaansvar 716
2.10. Bred margin for fejlskøn mv. – forretningsmæssige beslutninger 716
2.11. Snæver margin – såfremt særinteresser varetages 718
2.12. Uddrag af praksis om tilsyns- og kontrolpligt – dvs. nogle leveregler 718
2.13. Forventelig tendens – successiv skærpelse 720

3. Ejernes hæftelse – moderselskab, hovedaktionær 721
3.1. Udgangspunkt: ingen identifikation mellem selskabet og dets moderselskab/hovedaktionær 721
3.2. U-1: lov 721
3.3. U-2: løfte 722
3.4. U-3: "økonomisk enhed" (= samvirke) 724
3.5. U-4: medvirken 725
3.6. U-5: illoyalitet 726
3.7. U-6: hæftelsesgennembrud 728
3.8. Rekapitulerer – udgangspunkt og undtagelser 730
3.9. Anden form for identifikation mellem D og M (hhv. H)? 730
3.10. Som følge af særbehandlingen er "eternitløsninger" mulige 731
3.11. U: identifikation – dansk praksis 732
3.12. U: identifikation – EU-praksis 732

4. Tvist om generalforsamlingen – bestyrelsens rolle 733
4.1. Retssag om beslutningers gyldighed 733

5. Forsikringsafdækning af ledelsesansvaret 737
5.1. Konsekvenser for privatøkonomi af sag 737
5.2. Nogle misforståelser om ledelsesansvarsforsikring 738
5.3. Hvem og hvad dækkes, og hvad er undtaget? 739
5.4. Forsikringsperioden – *claims made* og afløbsperiode 740

6. Erfaringer fra ansvarssager 743
6.1. Afvisningsgrunde? 743
6.2. Delbehandling og evt. delafgørelse? 743
6.3. Lempelse – hvad skriver man i påstanden? 744
6.4. Fri proces? 744
6.5. Forvent ikke noget ivrigt samarbejde fra myndigheder 745
6.6. Regn med risikoen for, at ny jus søges anvendt retroaktivt 746

7. Advokatundersøgelser 749

8. Tjeklister 751
8.1. Tjekliste (1): Ved hvert møde 751
8.2. Tjekliste (2): Ved regnskabsmøde 752
8.3. Tjekliste (3): Ved budgetmøde 753
8.4. Tjekliste (4): Corporate governance i 50 korte punkter – følg eller forklar (børsselskaber mv.) 753
8.5. Tjekliste (5): Ledelsesansvarsforsikring – overvejelse og tilbudsindhentning 759
8.6. Tjekliste (6): Strukturen i advokatundersøgelser 760

MENNESKERETTIGHEDER 761

1. Overblik, praktisk betydning 763
1.1. Hvad er "menneskerettigheder"? 763
1.2. Hvorfor interessere sig for "menneskerettigheder"? 763
1.3. Hvordan fik vi grundrettighederne? 764
1.4. Er Danmarks Riges Grundlov da ikke "god nok"? 765
1.5. Lær disse enkle EMRK-principper 766
1.6. Vil du vide mere? 768

2. Personlige rettigheder 769
2.1. Overblik over rettighederne 769
2.1.1. Retten til livet, artikel 2 769
2.1.2. Tortur og nedværdigende straf, artikel 3 771
2.1.3. Slaveri og tvangsarbejde, artikel 4 773
2.1.4. Frihedsberøvelse, artikel 5 773
2.1.5. Privatliv, familieliv, hjem og korrespondance, artikel 8 774
2.1.6. Religionsfrihed, artikel 9 776
2.1.7. Ytringsfrihed, artikel 10 777
2.1.8. Foreningsfrihed og forsamlingsfrihed, artikel 11 781
2.1.9. Ret til uddannelse 783
2.2. Hvad blev der tilbage? Hvad er essensen? 783

3. Økonomiske rettigheder 785
3.1. Grundlovens § 73 785
3.1.1. Hvilke rettigheder beskyttes af § 73? 786
3.2. EMRK tillægsprotokol nr. 1, artikel 1 (= P1 artikel 1) 788
3.2.1. Fordele og ulemper ved EMRK i forhold til at påberåbe sig grundloven 788
3.2.2. Hvilke rettigheder omfattes af P1, artikel 1? 789
3.2.3. Konklusion 790

4. Processuelle rettigheder 791
4.1. Retfærdig rettergang (fair trial), artikel 6 791
4.1.1. Selve retten til domstolsprøvelse (*access to court*), artikel 6, stk. 1 791
4.1.2. Dom inden rimelig tid, artikel 6, stk. 1 792
4.1.3. Må heller ikke udlevere til "*unfair*" *trial* i et andet land, artikel 6 793
4.1.4. Uskyldsformodning, artikel 6, stk. 2 793
4.1.5. Ret til effektivt forsvar, artikel 6, stk. 3 795
4.1.6. Kvalitetskrav til domme og deres præmisser 796
4.2. Ingen straf uden lov; ingen retroaktiv straffelov, artikel 7 796

5. Opfyldelse af dommen fra EMD 799

Forord

Mine kompendier inden for procesretten, selskabsretten, kontraktretten, kreditretten mv., er en hævdvunden tradition, som jeg fra 2010 og fremefter har genoptaget efter mange opfordringer. Studerende og praktikere har ofte brug for det enkle overblik, renset for overflødig lyrik, og kompendierne tilsigter at opfylde dette behov.

De vil aldrig kunne være fuldstændige (men er lærebøgerne det?), og de vil aldrig overflødiggøre lærebøger og håndbøger, men de vil ofte kunne hjælpe frem til den gennemgående forståelse, som bøgerne ikke altid kan give – når man ikke kan se skoven for bare træer.

Stud. HA(jur). Sanne June Ventrup, CBS, har ydet nyttig bistand med ajourføring af §-henvisninger mv.

Aalborg Universitet, august 2016

Erik Werlauff

SELSKABSRET

Kapitel 1

Den juridiske person – kapitalselskaber og personselskaber

1.1. Hvad er "en juridisk person"?

- Den juridiske person – er udstyret med:
  - retsevne (= retssubjektivitet), dvs. kan være bærer af ret og pligt,
  - handleevne, dvs. råder selv over sin retsevne,
  - partsevne, dvs. kan være part i retssager, og
  - procesevne, dvs. råder selv over sin partsevne.
- Følgende retsformer **har** juridisk personlighed – forudsat at betingelserne herfor i øvrigt er opfyldt:
  - aktieselskabet – A/S,
  - anpartsselskabet – ApS (herunder iværksætterselskabet – IVS),
  - andelsselskabet med begrænset hæftelse – A.m.b.a.,
  - selskabet med begrænset hæftelse – S.m.b.a. (NB: har ikke kunnet oprettes siden 2013),
  - den erhvervsdrivende forening med begrænset hæftelse – F.m.b.a.,
  - den ikke-erhvervsdrivende forening,
  - den erhvervsdrivende fond, og
  - den ikke-erhvervsdrivende fond.
- Følgende har **ikke** juridisk personlighed:
  - enkeltmandsfirmaet,
  - et sameje (= "særdeles sameje"), fx om en bil, en løs, foreningslignende struktur uden styrende organer, vedtægter mv., fx et landshold, jf. *UfR 2013.598 H (Det danske herrelandshold i håndbold)*.
- Følgende har klare træk af juridisk personlighed – og må normalt betragtes som en juridisk person:
  - kommanditselskabet – K/S,
  - partnerselskabet = kommanditselskabet på aktier – P/S, dvs. en gennem SL lovreguleret delmængde af alle K/S'erne,
  - den europæiske økonomiske firmagruppe – EØFG (hvert land bestemmer selv, om firmagruppen har juridisk personlighed).

- Juridisk personlighed og hæftelsen – bemærk!
  - det er ikke uforeneligt med juridisk personlighed, at deltagerne hæfter solidarisk og ubegrænset, jf. I/S'et.
- Juridisk personlighed og skat – bemærk!
  - der er *ikke* fuldstændigt sammenfald mellem selskabsretten og skatteretten;
  - selv om et I/S normalt har juridisk personlighed i selskabsretlig forstand … er det ikke et selvstændigt skattesubjekt;
  - I/S'et er skatteretligt gennemsigtigt (transparent) …
  - dvs. deltagerne beskattes direkte;
  - det samme gælder K/S'et …
  - og dermed også P/S'et …
  - kan faktisk netop være et væsentligt motiv til valget af P/S;
    - som er underlagt faste og forudsigelige selskabsretlige regler, jf. SL;
    - men ikke er et skattesubjekt.
- Alle **erhvervsdrivende** juridiske personer med begrænset hæftelse – skal registreres hos Erhvervsstyrelsen (ES) for at opnå status som juridisk person:
  - A/S,
  - ApS (herunder IVS),
  - A.m.b.a.,
  - S.m.b.a. (siden 2013: nye kan ikke oprettes),
  - F.m.b.a., og
  - erhvervsdrivende fonde.
- Andre juridiske personer – kommer mere formløst til eksistens:
  - ikke-erhvervsdrivende forening – stiftende generalforsamling, og
  - ikke-erhvervsdrivende fond – stifterens uigenkaldelige udskillelse af den lovmæssige mindsteformue og indsættelse af en bestyrelse i overensstemmelse med loven.
- Skal I/S, K/S og P/S registreres hos ES?
  - P/S skal – thi det følger reglerne i SL og dermed også registreringskravet;
  - Øvrige K/S samt I/S?
    - skal registreres hos ES, hvis ingen fysisk person hæfter ubegrænset …
    - dvs. hvis alle interessenter i I/S'et selv er selskaber mv.;
    - henholdsvis hvis komplementaren i K/S'et selv er et selskab;
    - men denne registrering er kun af regnskabsmæssige grunde …
    - den er ikke en betingelse for opnåelse af juridisk personlighed.
- Bemærk fx ad tinglysning
  - et I/S kan tinglyses som ejer, dvs. kan få adkomst på fast ejendom;
  - men et samejeforhold kan ikke – her må tinglyses den enkelte ejer (+ ejerbrøken for vedkommende).
- Særligt om andelsvirksomheder – bemærk!
  - de kan være A.m.b.a.'er (og er det oftest) …
  - men de kan også have en anden retsform, fx I/S.

- Konkret vurdering kan være nødvendig – særligt ad foreninger
  - der kan være gået så formløst til værks …
  - at der ikke foreligger en forening …
  - dette må vurderes konkret, fx hvis foreningen vil anlægge en retssag, og der er tvivl, om foreningen har retsevne og dermed procesevne;
  - *UfR 1976.626 Ø* og *UfR 1976.1010 Ø (Christiania)* – forskelligt udfald efter konkret vurdering;
  - *UfR 1996.984 Ø* og *UfR 2002.2722 V (Hells Angels)* – ingen søgsmålskompetence – ingen vedtægter, intet regnskab;
  - *UfR 2000.1575 H (foreninger af aktionærer i Hafnia)* – foreninger ansås stiftet for at omgå reglerne om sagsomkostninger; ingen søgsmålskompetence.
- Også konkret vurdering ad skat
  - fast skatteretlig praksis – kræver …
  - en ubestemt medlemskreds af en vis størrelse,
  - principielt fri ind- og udtræden, og
  - basale foreningsorganer (bestyrelse mv.)
- Er man i tvivl – kan man spørge …
  - SKAT – er dette en forening? en ikke-erhvervsdrivende fond?
  - Civilstyrelsen – er dette en ikke-erhvervsdrivende fond?

1.2. "Kapitalselskaber" – lovens udtryk siden 2010

- Terminologi **før SL**
  - A/S, ApS, A.m.b.a., S.m.b.a. – er "kapitalselskaber";
  - I/S, K/S – er "personselskaber";
  - kapitalselskaber – omverdenen fokuserer på kapitalen;
  - personselskaber – omverdenen fokuserer på personerne bag.
- Terminologi **ifølge SL**
  - konsekvent terminologi tværs gennem loven: kapitalselskabet;
  - omfattet er: A/S, ApS (§ 1, stk. 2) og P/S (§ 358);
  - disse er således "kapitalselskaber";
  - dvs. det er usikkert at bruge den gamle sondring …
  - eftersom den nye sondring går på tværs af denne;
  - tilbage som egentlige personselskaber har vi herefter reelt kun I/S, K/S (den delmængde, der ikke er P/S) samt EØFG.

Kapitel 2

Kort historisk overblik, herunder selskabsreformen 2010

2.1. Udviklingen frem til selskabsreformerne 2010 og 2013

- Assyrerne
  - stramt organiserede erhvervsformer;
  - hierarkisk opbygning;
  - ejere fra flere lande.
- Romerretten
  - ingen selvstændigt udviklet selskabsret;
  - i stedet: en del af kontraktretten;
  - flere kunne drive erhverv sammen gennem et *societas*;
  - svarede nærmest til vort I/S, dvs. ingen hæftelsesbegrænsning;
  - "aktieselskaber" kendtes ikke.
- Kanonisk (= kirkelig) ret i 1200-tallet
  - introducerer *persona ficta*, dvs. en fiktiv person;
  - kan eje fast ejendom mv. (herunder fx kirken selv!).
- Handelskompagnierne i 1600-tallet
  - her opstår selskabsretten!
  - nye verdensdele opdages østpå, skibe skal finansieres;
  - UK, Holland, Sverige, Danmark m.fl.: "ostindiske" kompagnier (East Indian Company);
  - Danmark 1616; ingen selskabslov, men en kgl. tilladelse (oktroj);
  - havde en generalforsamling (Det gemeene Compagnies Forsambling) samt Forvaltere (= ledelse i form af bestyrelse/direktion i ét organ);
  - ejerne var "Participanter";
  - en ligebehandlingsgrundsætning: "Maa ikke giøre den eene mehre til Fordel end den anden";
  - klare lighedstræk med nutidige aktieselskaber.
- Aktieselskabsloven 1917
  - tyske, svenske og norske forbilleder (internationalt også dengang!);
  - meget enkel lov uden mange begrænsninger i handlefriheden;

— fx kunne egne aktier (nu: egne kapitalandele) erhverves af selskabet uden begrænsning.

Aktieselskabsloven 1930
— erhvervsskandaler i kølvandet på AL 1917;
— AL 1930 satte (med tysk forbillede) værn om kapitalen;
— max. 10 pct. egne aktier etc.;
— en meget moderne selskabslov, som viste stor holdbarhed gennem tiden.

Aktieselskabsloven og anpartsselskabsloven 1973
— fællesnordisk lovforberedelse; tilsigtede udstrakt ensartet retstilstand i Norden (dengang);
— indførte ApS-formen i dansk ret for første gang (tysk og fransk forbillede);
— fra da af: særskilte A/S- og ApS-love (indtil 2010);
— bygger i vidt omfang videre på AL 1930 …
— om end med udbygget minoritetsbeskyttelse, flere detaljer om generalforsamlingen mv.

Lov om visse erhvervsdrivende virksomheder 1994
— en helt basal regulering af A.m.b.a., F.m.b.a., S.m.b.a.;
— de skal registreres hos ES for at blive juridiske personer;
— der er intet krav om mindstekapital;
— men offentligt tilgængelige vedtægter;
— overlader de indre-organisatoriske forhold helt til det enkelte selskabs egne vedtægter.

2.2. De ret specielle selskabsretlige udtryk fra SL – hvornår bør de bruges?

SL har siden en række fancy udtryk
— kapitalselskab;
— ejerbog;
— ejeraftale;
— selskabskapital;
— centrale ledelsesorgan;
— øverste ledelsesorgan.

Som udgangspunkt er der valgfrihed mellem gammelt og nyt
— kapitalselskab = aktieselskab, anpartsselskab.
— ejerbog: aktiebog, anpartshaverfortegnelse.
— ejeraftale = aktionæroverenskomst/anpartshaveroverenskomst.
— selskabskapital = aktiekapital, anpartskapital.
— centrale ledelsesorgan = bestyrelse (hvis der er en sådan), ellers: direktionen.
— øverste ledelsesorgan = bestyrelse eller tilsynsråd.

Men en række af udtrykkene er ifølge ES'vejledninger kun "samlebegreber" – dvs. ikke præcise nok til at kunne anvendes i den *konkrete* sammenhæng:
— her er der valgfrihed (fx):

- ejerbog;
- ejeraftale;
- selskabskapital.

— her er der ikke valgfrihed:
- kapitalselskab – vedtægterne skal klart vise, hvorvidt det er et A/S, IVS eller ApS (eller P/S);
- centrale henholdsvis øverste ledelsesorgan – vedtægter og tegningsregel skal klart vise, om det er en bestyrelse, tilsynsråd eller direktion.

— dette kan derfor ikke registreres:
- "Selskabet tegnes af to medlemmer af det centrale ledelsesorgan";
- omverdenen skal konkret kunne se, hvad man har foran sig.

2.3. Selskabsreformen 2013 – herunder IVS

Nyskabelser med virkning fra 2014

— nedsatte kapitalkravet for ApS fra 80.000 til 50.000 kr.

— indførte en ApS-variant: iværksætterselskabet (IVS):
- kapitalkrav kun 1 kr. (tysk forbillede);
- tysk ret har ikke krav om personlig hæftelse (fejlagtigt angivet i visse høringssvar til 2013-reformen) …
- og et sådant krav er der da heller ikke for IVS'et;
- skal af hvert års overskud henlægge mindst 25 pct., indtil selskabskapital + tvungen reserve er 50.000 kr. (kan dermed omdanne fra IVS til et alm. ApS);
- i øvrigt gælder ApS-reglerne (og IVS'et er et ApS, blot *sui generis*);
- nærmere om IVS *Troels Michael Lilja* i UfR 2013 B s. 141 ff. samt Liljas bog om iværksætterselskaber

— A/S og ApS kan flytte hjemsted til og fra Danmark …
- forudsat tilsvarende regler i det andet land, som også skal beskytte medarbejderne mod forringelse af medbestemmelse;
- medbestemmelsen følger CBM-reglerne, dvs. som ved grænseoverskridende fusion.

— en række forenklinger og præciseringer i reglerne om dansk og international fusion og spaltning;

— oprettelse af S.m.b.a. udelukket siden 2013.

Kapitel 3

EU-regler for selskaber og andre virksomheder

3.1. Grundrettigheder (= frihedsrettigheder) – primær EU-ret

- Virksomhedernes forskellige traktatsikrede muligheder
  - — ligebehandling generelt, dvs. diskriminationsforbud;
  - — tjenesteydelse hen over grænsen: artikel 56 TEUF;
  - — sekundær etablering over grænsen: artikel 49 og 54 TEUF;
    - fx agentur/repræsentationskontor;
    - filial;
    - datterselskab;
    - også etableringskæde: A – B – A.
  - — er primær etablering mulig, dvs. flytning til et andet land?
    - *C-81/87 (Daily Mail)*, sagde: nej;
    - *C-210/06 (Cartesio)*: reelt fortsat nej;
    - 14. dir. – udk.: opgivet 2007, men måske atter på vej;
    - SE-forordningen: fra 8. oktober 2004 – kan flytte;
    - *C-411/03 (Sevic)*: kan fusionere over grænsen;
    - og kan man fusionere, kan man også flytte …
    - omvendt lodret fusion! (moderselskab M indfusioneres i datterselskab D i et andet land – D er evt. oprettet til formålet) …
    - jf. om flytning gennem omvendt lodret fusion med (til formålet oprettet) D: *Erik Werlauff* i TfS 2008 s. 190 og samme i European Company Law 2008 s. 136 ff.
      - *C-378/10 (VALE):* ja til grænseoverskridende omdannelse, hvis en national omdannelse kan ske;
      - *Peter Behrens* i EuZW 2012 s. 625: dvs. at en dobbelt (= kumulativ) IP-bedømmelse skal foretages; fører begge landes love til, at omdannelsen er mulig, skal grænseoverskridende og national omdannelse ligebehandles; etableringsretten hjemler ikke i sig selv en grænseoverskridende omdannelse.

- Nogle konsekvenser af artikel 49 TEUF: etablering, og artikel 56 TEUF: tjenesteydelse:
  - Nogle nationale "undskyldninger", der ikke er EU-holdbare (og de domme, der forkaster dem).
  - Skatteretten
    - "sammenhæng i skattesystemet" (kohærenshensyn);
    - *C-294/97 (Eurowings)*.
  - Speciallovgivning: Tilsyns- og kontrolhensyn
    - "etablering af selskab her i landet kræves"
      - (Komm. mod Spanien 1998, vagtselskaber);
      - (Komm. mod Belgien 2000, vagtselskaber);
      - *(Komm. mod Italien 1996, børsmæglerselskaber)*.
    - dog o.k. at kræve etablering efter fx at have opnået koncession til en busrute, *C-338/09 (Yellow Cab GmbH mod Wien)*.
  - Selskabsretten
    - "vore kapitalkrav mv. må ikke kunne omgås";
    - C-212/97 *(Centros)*;
    - C-208/00 *(Überseering)*;
    - C-167/01 *(Inspire Art)*;
    - dvs. en europæisk Delawareeffekt er mulig;
    - (= en "London-effekt").

3.2. Direktiver – sekundær EU-ret

- Publicitet (1. dir.) – 68/151.
- Kapital (2. dir.) – 2012/30.
- Fusion (3. dir.) – 78/855.
- Årsrapporter og koncernregnskaber (4. + 7. dir.) – 2013/34.
- Struktur (5. dir.) – opgivet.
- Spaltning (6. dir.) – 82/891.
- Koncernregnskaber – nu sammenlagt med årsrapporter, jf. ovenfor.
- Revisorer (8. dir.) – 2006/43 som ændret ved bl.a. 2014/56.
- Koncernret (9. dir.) – opgivet.
- Grænseoverskridende fusion, CBM – cross-border merger (10. dir.) – 2005/56.
- Filialer (11. dir.) – 89/666.
- 100 pct. ejet selskab (12. dir.) – 89/667.
- Overtagelsestilbud (13. dir.) – 2004/25.
- Flytning (14. dir.) – opgivet 2007, men ventes genoptaget.
- Aktionærrettigheder (ej nummer) – 2007/36.

3.3. Forordninger – sekundær EU-ret

- Europæiske firmagrupper, 2137/85.
- Fusionskontrol, 139/2004 med senere ændringer.
- SE-statutten (europæiske aktieselskaber), forordning nr. 2157/2001, og det parallelt hermed vedtagne direktiv 2001/86 med supplerende bestemmelser for så vidt angår medarbejderindflydelse.
- SCE-statutten (europæiske andelsselskaber), forordning nr. 1435/2003 med medarbejderdirektiv 2003/72.
- Udkast til forordning om europæiske anpartsselskaber, herunder med et symbolsk kapitalkrav på 1 EUR.
- Udkast til forordning om europæiske erhvervsdrivende fonde.

3.4. Europæiske firmagrupper

- Begreb
  - grænseoverskridende I/S;
  - med faste regler (forordningen);
  - udtalt aftalefrihed (vedtægt, "AO");
  - ingen kapitalkrav;
  - må kun drive "accessorisk" virksomhed;
  - skattefri (transparens ligesom I/S);
  - reguleret ved forordning.
- Anvendelsesområde
  - permanent projekt: indkøb, salg, markedsføring, knowhow;
  - ad hoc projekt: bygge/anlæg, fx EU ("*joint venture*");
  - udbredelse? ikke så mange i Danmark, men mange i fx Holland og Tyskland.
- Faldgruber
  - ubegrænset hæftelse (tillidssag);
  - hjemsted – medfører fast driftssted (skat);
  - direktør – kan disponere bindende.

3.5. SE-selskabet

- Et "føderalt" europæisk aktieselskab
  - professor *Sanders* (Rotterdam), forslag 1957;
  - Kommissionen, forslag 1970, 1989;
  - Nice 2000: nu skal det være!
    - forordning nr. 2157/2001, direktiv 2001/86;
    - virkning fra 8. oktober 2004.
- Praktisk behov?
  - Tyskland: Allianz AG, Fresenius AG, BASF AG;
  - Norden mv.: Nordea AB (påtænker stadig).

- Ikke fri stiftelsesadgang (endnu!) – fire metoder (altid grænseoverskridende):
  - A/S'er fusionerer grænseoverskridende
    - i de ophørende selskabers lande bliver kun filialer!
    - velegnet til: total sammensmeltning.
  - A/S'er eller ApS'er opretter SE-holdingselskab
    - generalforsamling godkender i stiftende selskaber;
    - velegnet til total sammenlægning, men med de nationale selskaber bevaret (ville fx passe til COOP Norden AB);
  - "Selskaber" opretter SE-datterselskab
    - velegnet til mere begrænset sammenlægning (fx bilproducenternes lastbil-produktioner).
  - A/S med udenlandsk datter omdannes til SE
    - hvis man blot nemt vil have et SE, fx BASF AG.
- SE-forordningens hjemstedskrav
  - faktisk og vedtægtsmæssigt hjemsted …
  - skal være i samme stat …
  - staten kan endog kræve: samme sted.
- Fraflytning mulig
  - er ellers tilsyneladende umuligt (thi 14. selskabsdirektiv endnu ikke vedtaget);
  - og dog: omvendt lodret grænseoverskridende CBM-fusion er allerede nu mulig!

Kapitel 4

Forskellige retsformer

4.1. Enkeltmandsvirksomhed

- Se nærmere – *Erik Werlauff:* Valg af virksomhedsform (2015), kap. 1
- Enkleste form for erhvervsdrift.
- En enkelt fysisk person ejer og driver en virksomhed.
- Ejeren hæfter direkte og ubegrænset.
- Virksomhedskreditorerne har ikke nogen forrang til virksomhedens aktiver.
- Ejeren kan ikke begrænse sin hæftelse.
- Kan tilslutte sig virksomhedsskatteordningen.
- Anmeldes til CVR-registeret, hvis virksomheden beskæftiger lønmodtagere og/-eller driver momspligtig virksomhed.

4.2. Interessentskab

- Se nærmere – *Erik Werlauff:* Valg af virksomhedsform (2015), kap. 6.
- Se nærmere om I/S-kontrakten – *Andreas Lybech & Christian Pontoppidan:* Interessentskaber – særligt om interessentskabskontrakten (2016)
- Interessentskabets grundlæggende kendetegn
  - deltagerne hæfter "modificeret principalt", personligt, uden begrænsning og solidarisk;
  - "modificeret principalt" = først afkræve I/S'et og give det en rimelig frist, fx 14 dage, jf. *UfR 1998.183 Ø* og *UfR 2009.256 Ø* (*Lasse Møller* i Justitia 2012 nr. 5 s. 51 ff.);
  - stiftes gennem en udtrykkelig aftale …
    - eller gennem handlinger, der svarer dertil;
  - væsentligt at udsondre interessentskabet fra den "stille deltagelse";
  - medejendomsret til selskabets formue.
- Det indbyrdes forhold mellem interessenterne
  - det nærmere retsforhold mellem interessenterne beror på aftalen (+ fast praksis = retssædvane);
  - kapitalkonto for den enkeltes (positive eller negative) mellemværende;

- pligt til efter påkrav at foretage sådanne indskud, som er fornødne til udligning af en underbalance;
- i det indbyrdes beslutningsforhold gælder et vetoprincip for væsentlige beslutninger, dvs. enstemmighed;
- arbejds- og/eller kapitalindsats vil ofte fremgå af aftalen;
- interessentskabskontrakt tavs om indbyrdes fordeling af over- eller underskud – ligedeling mellem interessenterne;
- hver interessent har krav på indsigt i regnskabsmateriale mv.;
- væsentlige aktivitetsudvidelser kræver enighed.

Nye interessenter
- nye interessenter eller godkendelse af overdragelse af en interessentskabsandel kræver alles tiltrædelse;
- interessent, der udtræder, hæfter for den gæld, der påhvilede interessentskabet på udtrædelsestidspunktet.

Opsigelse, ophævelse, opløsning
- væsentlig misligholdelse fra en interessent
  - den eller de øvrige kan ophæve samarbejdet;
- opsigelse
  - i overensstemmelse med interessentskabskontraktens regler
  - hvis kontrakten er tavs (eller ingen kontrakt): med et rimeligt varsel.
- Opløsning af interessentskabet
  - reguleret af kontrakten;
  - aktivernes realværdi opgøres;
  - ofte aftalt, at den udtrædende interessent skal have andel i goodwill;
  - skal da oftest til gengæld påtage sig en konkurrenceklausul.

Interessents død
- værdien af afdødes nettoandel opgøres;
- interessent kan med virkning for sit dødsbo udpege sin efterfølger …
  - U-1: andet bestemt i kontrakten;
  - U-2: deltagelsen er åbenbart personlig knyttet.

Kreditorerne
- kreditor kan rette sit krav mod den enkelte interessent, når betaling ikke er modtaget fra interessentskabet;
- et gældsbrev, der er udstedt af et interessentskab, kan danne grundlag for udlæg hos den enkelte interessent;
- om fogedretlige retsvirkninger af interessenternes hæftelse; *Martin Christian Jensen* i UfR 2009 B s. 138 ff.
- dom over et I/S kan ikke tjene til umiddelbar fuldbyrdelse over for interessenterne …
  - kan sagsøge både interessentskabet og dets interessenter

Modregning vedrørende interessentskaber
- interessentskabets gæld er også den enkelte interessents gæld …
  - I/S-kreditor kan derfor modregne i gæld til en interessent

- interessentskabets aktiver (herunder I/S'ets tilgodehavender) er ikke automatisk den enkelte interessents aktiver …
  - ↬ interessent kan derfor ikke modregne i sin egen gæld til I/S-debitor.

- En interessent kan pantsætte
  - interessentens nettoandel med respekt af medinteressenternes og fælleskreditorernes rettigheder;
  - kan derimod ikke pantsætte sin bruttoandel i de enkelte I/S-aktiver (modsat sameje);
  - sikringsakten ved pant i en interessentskabsandel:
    - ↬ denuntiation af medinteressenterne, jf. analogi til gbl. § 31;
    - ↬ er der en ledelse, fx direktion, da denuntiation til denne.

- Interessentskabet kan som Ho. kun erklæres konkurs, hvis samtlige interessenter er erklæret konkurs
  - U: hvor det er praktisk umuligt eller meget vanskeligt at få kontakt med interessent(er) i udlandet, jf. *UfR 1980.559 H* og *UfR 2013.3190 Ø*.

- Fælleskreditorernes forrang til interessentskabsformuen
  - bliver I/S'et insolvent, har I/S-kreditorerne første ret til I/S-formuen.

- En enkelt interessents særkreditorer kan ikke søge sig fyldestgjort direkte i interessentskabets formue.

4.3. Joint venture

- Samarbejdsprojekt mellem to eller flere virksomheder.

- Forskning og udvikling, salg, produktion, indkøb, byggeopgaver, gas- og olieindvinding samt udstykning og byggeri.

- Valget af retsform til joint venturet skal overvejes meget nøje af parterne.

- Vigtigste træk ved joint venture-selskabet er vetoretten for hver part i forhold til alle væsentlige beslutninger.

- Aftalemæssige løsninger på deadlock (= stemmelighed ved $^{50}/_{50}$-position):
  - formanden har udslaggivende stemme;
  - tredjemand har kompetence til at afgøre sagen, eventuelt *ex æquo et bono*;
  - selskabet opløses, eventuelt kombineret med køberet, forkøbsret, indløsning mv.

- Alternativ til joint ventures
  - partneringaftale.

4.4. Europæisk firmagruppe

- Se nærmere – *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 17.

- Forordning nr. 2137/85.

- Grænseoverskridende virksomhedssamarbejde.

- Lighedstræk med interessentskabet.
- Kun de enkelte medlemmer skal betale skat af resultatet (= I/S'et).
- Kan med fordel tage de i forordningen regulerede problemer som tjekliste.
- Samarbejde omkring udførelsen af et eller flere bestemte projekter.
- Alternativer: Grænseoverskridende interessentskaber eller joint ventures, uden at der hertil anvendes en firmagruppe.

4.5. Kommanditselskab

- Se nærmere – *Erik Werlauff:* Valg af virksomhedsform (2015), kap. 7.
- Begreb
  - én eller flere deltagere (komplementarerne, oftest kun én komplementar, fx et ApS eller IVS) hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk;
  - én eller flere deltagere (kommanditisterne), hæfter begrænset.
- Enkleste form
  - en komplementar, som fx kan være et A/S, ApS eller IVS …
  - og en enkelt kommanditist.
- Komplementar kan være et begrænset hæftende retssubjekt, fx et ApS eller IVS
- K/S'et skal normalt ikke anmeldes til registrering hos ES
  - U-1: hvis K/S'et er et P/S (thi da følges SL's regler)
  - U-2: hvis der er tale om et K/S (eller et I/S), hvori alle komplementarerne (henholdsvis alle interessenterne) er A/S'er, P/S'er, ApS'er eller selskaber med en tilsvarende retsform.
- Ledelsen af K/S'et
  - varetages af komplementaren;
  - eller en K/S-bestyrelse, jf. vedtægterne.
- Komplementarerne skal have "forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser", jf. EVL § 2, stk. 2, 2. pkt.
  - forvaltningsmæssige beføjelser:
    - repræsentation i bestyrelsen (men ikke et flertal, jf. SL § 120);
    - veto mod (visse) vedtægtsændringer;
    - veto mod visse (større) beslutninger;
    - indgår i tegningsreglen (men må ikke udpege direktør og kan ikke træde i stedet for direktør).
  - økonomiske beføjelser:
    - andel i nettooverskud;
    - andel i omsætning (bruttoindtægter);
    - forrentning af indskud;
    - o.k. at aftale, at komplementaren ikke har nogen ejerandel.
- Hvis et komplementar-ApS eller -IVS tvangsopløses
  - K/S'et ophører med at eksistere som kommanditselskab.

- Resthæftelse
  - hvis ikke 100 pct. af den tegnede nominelle andel er indbetalt;
  - kravet kan (med hjemmel i vedtægt og tegningsaftale) evt. være transporteret til en ekstern långiver …
  - som da ikke får bedre ret mod kommanditisten, end K/S'et har, jf. princippet i gbl. § 27.
- Udskiftning af en komplementar
  - kræver alle kommanditisters tiltrædelse …
  - medmindre andet hjemles i vedtægt eller aftale.
- Selskabskreditorernes forrang til selskabsformuen
  - gælder tilsvarende i et K/S, ligesom i et I/S.
- K/S'et som evt. alternativ til et aktie- eller anpartsselskab
  - som følge af deltagernes direkte afskrivningsret for selskabets erhvervsaktiver.
- Forrykkelse af retsforholdet mellem selskabsdeltagere
  - kræver tiltrædelse fra dem, hvis retsstilling forringes.
- Hvis komplementaren er erklæret konkurs
  - *UfR 1996.179 Ø (Sanexco)* – K/S kan ikke tages under konkursbehandling, blot fordi komplementaren er konkurs;
  - hvilken retlig figur står vi med, hvis komplementaren således bortfalder? …
  - i så fald næppe længere begrebsmæssigt et K/S, dvs. hæftelsesbegrænsningen væk;
  - må kunne nå at indsætte ny komplementar, fx i K/S med stor deltagerkreds (ellers: væsentligt retstab for kommanditisterne).
- Kan man fragå tegning af K/S-andele på grundlag af udbudsoplysninger, der senere har vist sig forkerte?
  - ja, hvis "umulighedstest" er opfyldt, *UfR 1997.1347 H (Hotel Limfjorden)*.
- Tegning af anparter kan være ugyldig i medfør af dørsalgsreglerne, jf. forbrugeraftalelovens § 2, stk. 1.

4.6. Partnerselskaber

- Se nærmere – *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 8.
- Begreb
  - et K/S, hvor kommanditisterne har indskudt en bestemt kapital …
  - der er fordelt på aktier, jf. SL § 5, nr. 21 og EVL § 2, stk. 2.
- Praktisk behov
  - oprindelig tanke: en selskabsform for iværksættere;
  - praktisk udvikling:
    - ejendomsselskaber;
    - privathospitaler og -klinikker;
    - privat bilsyn;

- kædevirksomheder;
- advokater;
- revisorer.

Lever et dobbeltliv – og heri ligger fordelen
- selskabsretligt: reguleres af SL som et A/S, med enkelte K/S-træk;
- skatteretligt: er transparent, dvs. deltagerne er skattesubjekter.

Derfor attraktive
- hvor man selv har overskud, men venter underskud (i P/S'et);
- hvor man selv har underskud, men venter overskud (i P/S'et);
- hvor deltagerne har meget forskellig beskatningsform (en kommune, en bank og et inv.selskab ejer et ejendomsselskab med et butikscenter);
- hvor sambeskatning mellem A/S og ApS ikke er mulig – fx ny overskudsaktivitet i P/S (for at udnytte akkumuleret underskud).

P/S'et har følgende træk fra A/S'et
- selskabskapital – mindst 500.000 kr. (indbetalingskrav blot 25 pct., såfremt kontantindskud, atter ligesom A/S);
- fast kapital;
- SL's udbytteregler mv. (men *skatte*retligt beskattes deltagerne ikke af deklareret udbytte, men direkte af deres andel af resultaterne, jf. den skattemæssige transparent)
- selskabsorganer: gf., bestyrelse/tilsynsråd, direktion;
- resten af SL "med de fornødne tilpasninger", SL § 358.

Hvilke "tilpasninger" er "fornødne"?
- dem, der er nødvendige for at give komplementaren (reelle) forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser, EVL § 2, stk. 2;
- forvaltningsmæssige beføjelser:
  - repræsentation i bestyrelsen (men ikke et flertal, § 120);
  - veto mod (visse) vedtægtsændringer;
  - veto mod visse (større) beslutninger;
  - indgår i t-reglen (men må ikke udpege direktør og kan ikke træde i stedet for direktør).
- økonomiske beføjelser:
  - andel i nettooverskud;
  - andel i omsætning (bruttoindtægter);
  - forrentning af indskud.

Selskabsreformen 2010
- navnespørgsmål reguleres i § 359;
- § 360 indeholder nogle krav til P/S'ets stiftelsesdokument

Kan et P/S fusionere?
- ja, men kun med et P/S (praksisændring ES efterår 2010);
- ikke med A/S, ApS, S.m.b.a. mv.

- Kan et P/S omdannes?
  - ja, til A/S, fx når underskuddet er ved at være brugt;
  - og til ApS (via A/S som mellemstation);
  - ligeledes modsat vej: fra A/S til P/S;
  - eller fra ApS (via A/S) til P/S.

4.7. A.m.b.a

- Se nærmere – *Erik Werlauff:* Valg af virksomhedsform, kap. 9.
- Et andelsselskab (en andelsforening)
  - virker til fremme af deltagernes fælles interesser gennem deres deltagelse i virksomheden;
  - afkast, bortset fra normal forrentning af den indskudte kapital, fordeles blandt medlemmerne i forhold til deres andel i omsætningen eller forbliver indestående.
- Ikke krav om, at der skal tilvejebringes en vis grundkapital
  - behøver ikke have anden kapital end den, medlemmerne gennem deres samhandel stiller til rådighed.
- Anmeldelse til ES
  - betingelse for retssubjektivitetens indtræden, jf. EVL § 8
  - ES tjekker …
    - at kooperativt sigte (både vedtægtsmæssigt og reelt), og
    - at virksomheden i gang fra anmeldelsen (dvs. ingen skuffe-A.m.b.a.er).
- Ikke formkrav til stiftelsen
- "Hvert medlem én stemme"
  - gammel andelstradition: stemmer "efter hoveder, ikke høveder" ("høveder" = hvor mange køer man har);
  - vedtægterne kan dog bestemme anderledes (kan ofte være nødvendigt for at tiltrække og fastholde større andelshavere).
- Andelshaverkonto – føres for det enkelte medlem
- Ved udtræden – alene have andelskontoens saldo udbetalt
  - ikke fx andel i en langt større selskabs- eller foreningsformue;
  - evt. udtræden helt uden formueandel.
- Udtræder, fordi selskabet har gennemført indgribende vedtægtsændringer
  - normalt på andel i selskabets formue i netop denne situation.
- Eksklusion
  - kan ske i overensstemmelse med vedtægterne.
- Omdannelse til aktieselskab, jf. SL §§ 325-337
  - tildeling af aktier til de hidtidige andelshavere;
  - aktietildeling fx på grundlag af (nogle års) omsætning med kooperativet.
- Kan opløses ved likvidation efter reglerne i SL kapitel 14, jf. EVL § 20

- Kan opløses på grundlag af betalingserklæring, jf. EVL § 20 med henvisning til SL's opløsningsregler (indtil 2011: EVL § 20 a)
- Kan fusioneres, men kun inden for kredsen af de EVL-omfattede virksomheder med begrænset hæftelse
- Kan spaltes, men kun inden for kredsen af de EVL-omfattede virksomheder med begrænset hæftelse
- Kan fusioneres og spaltes grænseoverskridende, jf. LEV §§ 21 c og 21 d

4.8. S.m.b.a.

- En residual selskabsform
- Begreb
  - en virksomhed, hvor ingen af deltagerne hæfter personligt, uden begrænsning og solidarisk.
- Skal adskille sig væsentligt fra både et A/S og et ApS – ellers nægtes registrering
- Kan ikke stemme og modtage udbytte i forhold til deres andel af kapitalen
- Praksisændring hos ES
  - annonceret fra 23. juli 2010 …
  - men dog i praksis også håndhævet før annonceringen;
  - lovændringer 2010 + 2011 (EVL § 3) lovfæster den nævnte praksis …
  - således at S.m.b.a.'et ikke kunne bruges som surrogat for et ApS.
- Har ikke kunnet oprettes siden 2013!

4.9. Foreninger

- Grundlovsfæstet ret til at oprette foreninger i lovligt øjemed, jf. Grundlovens § 78
  - også EMRK artikel 11 beskytter foreningsfriheden.
- Erhvervsdrivende forening
  - se nærmere *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 12
  - skal føje "F.m.b.a." til navnet;
  - dvs. forening med begrænset ansvar.
- Arbejdsgiverforening, fagforening eller en anden faglig sammenslutning
  - se nærmere *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 11 om brancheforening
  - reguleres ikke af EVL …
  - men af lov om fonde og visse foreninger, FL …
  - dvs. den "almindelige" fondslov.
- Andre foreninger
  - se nærmere *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 10 om den almindelige, ikke-erhvervsdrivende forening
  - ulovregulerede.

- Juridisk personlighed
  - omfattet af EVL: opnås ved registreringen hos ES;
  - andre foreninger: opnås allerede ved stiftelsen.
- Kun foreningen hæfter for sine forpligtelser
- Retsforholdet mellem medlemmerne
  - beror på vedtægterne;
  - samt uskrevne foreningsretlige grundsætninger.

4.10. Fonde

- Se nærmere – *Erik Werlauff:* Valg af virksomhedsform (2015), kap. 13 om ikke-erhvervsdrivende fonde og kap. 14 om erhvervsdrivende fonde.
- Begreb
  - selvejende juridiske personer;
  - dvs. ingen ekstern(e) ejer(e).
- De tre grundbetingelser for, at der foreligger en fond:
  - skal have et særskilt formål;
  - skal have aktiver i tilstrækkeligt omfang til at varetage sit formål …
    - aktiverne skal være uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formuesfære;
    - = "krympereglen" – stifteren skal krympe sig ved stiftelsen.
  - skal have en af stifteren principielt uafhængig ledelse.
- Den uigenkaldelige udskillelse
  - *TfS 1998.563 Ø* (= *UfR 1998.774 Ø*);
  - fonden pantsatte formuegoder til sikkerhed for stifterens bankgæld;
  - dermed var udskillelsen ikke uigenkaldelig …
  - og stifteren (nu hans insolvente dødsbo) beskattedes derfor af "fondens" indtægter.
- Almindelige fonde (= ikke-erhvervsdrivende fonde)
  - omfattes af FL (= lov om fonde og visse foreninger).
- Erhvervsdrivende fonde
  - omfattes af EFL (= erhvervsfondsloven) – ny EFL 2014;
  - afsætter varer eller tjenesteydelser;
  - udlejer fast ejendom;
  - og/eller har bestemmende indflydelse i et selskab (dvs. er en moderfond);
  - vil man gerne have, at en fond skal være erhvervsdrivende …
  - må man lade den have et holdingselskab som datterselskab …
  - dermed opfylder den kriteriet om bestemmende indflydelse i et selskab.
- Vigtigt at gøre sig klart, om fonden er erhvervsdrivende eller ej
  - thi en almindelig fond bliver en juridisk person, når fondslovens kapital- og ledelsesbetingelser er opfyldt;
  - hvorimod en erhvervsdrivende fond først opnår retssubjektivitet, når den er registreret hos ES, jf. EFL § 8 (EFL 2014 § 30);

- tvivl om, hvorvidt fonden er erhvervsdrivende, afgøres af ES.

- Forretningsmæssige realiteter
  - fonden opgiver nogle gange at følge med ved kapitaludvidelser i underliggende driftsselskab;
  - et hidtidigt vedtægtsmæssigt krav om "bestemmende indflydelse" kan da søges ændret (permuteret) til kun at være: "væsentlig indflydelse";
  - Carlsbergfondet som eksempel.

- Afgrænsningen mellem foreninger og fonde
  - hvis medlemmer, generalforsamling mv., er det en forening, ikke en fond.

- Skal i sit navn benytte betegnelsen "fond", jf. FL § 3, stk. 1
  - EFL § 4, stk. 1;
  - EFL 2014 § 5,2: "erhvervsdrivende fond", "erhvervsfond", "ERF".

- Der skal oprettes en vedtægt
  - gammel tradition for at bruge betegnelsen "fundats";
  - forlades dog mere og mere til fordel for lovens ord "vedtægt".

- Kapitalkravene
  - en almindelig fond skal ved stiftelsen have aktiver for 1.000.000 kr. (før 2013: 250.000 kr.);
  - en erhvervsdrivende fond skal have en grundkapital ved stiftelsen på mindst 300.000 kr., jf. EFL § 9, stk. 1 (EFL 2014 § 31).

- Almindelige fonde skal sondre mellem kapitalaktiver og uddelingsaktiver, jf. FL § 9
  - kapitalaktiverne skal fysisk være bundet;
  - fx prohibitivpåtegning tinglyst på fast ejendom;
  - eller registreret på et VP-depot.

- Fondens ledelsesforhold
  - mindst ét bestyrelsesmedlem i begge typer fonde skal udpeges af andre end stifterne;
  - i erhvervsdrivende fond med stor bestyrelse kan ES evt. konkret kræve mere end én uafhængig i bestyrelsen.

- Vederlaget til en fonds bestyrelsesmedlemmer
  - må ikke overstige, hvad der er "sædvanligt", jf. FL § 18 (henholdsvis EFL § 49, før 2015: § 19).

- Formålet skal iagttages af fonden.

- Fondsmyndigheden har vetoret over for visse dispositionstyper
  - hvis de har en sådan ekstraordinær karakter …
  - at de kan medføre risiko for …
  - at vedtægternes formålsbestemmelse ikke længere kan opfyldes, jf. FL § 21 (EFL § 61, før 2015: § 21, stk. 3).

- Fondsmyndighed
  - almindelige fonde: Civilstyrelsen (Justitsministeriet);
  - erhvervsdrivende fonde: Erhvervsstyrelsen
- Regnskabsaflæggelsen
  - almindelige fondes årsrapporter skal blot iagttage god regnskabsskik;
  - erhvervsfondes årsrapporter skal følge RI's regler, jf. RL § 3, stk. 1, nr. 1
- ES kan i sin egenskab af fondsmyndighed iværksætte granskning
- Fondsbestyrelse
  - kan ifalde erstatningsansvar efter almindelige erstatningsprincipper.

4.11. Filial i Danmark af et udenlandsk selskab

- Udenlandsk selskab
  - kan drive virksomhed gennem en filial her i landet, jf. SL § 345, stk. 1;
  - implementerer af 11. selskabsdirektiv om filialer.
- En filial er ikke en selvstændig juridisk person
  - "filialens" forpligtelser er således automatisk selskabets forpligtelser.
- EU-rettens etableringsregler
  - det udenlandske selskab har ret til at etablere filial i Danmark …
  - og her drive virksomhed på samme vilkår som danske selskaber.
- 11. selskabsdirektiv
  - fritager for filial-"egenkapital", særskilte filialregnskaber mv.
- Hjemsted i et land uden for EU/EØS
  - OECD's 3. beslutning om indlændingebehandling;
  - gensidighedserklæring kræves.
- Filialen ledes af en eller flere filialbestyrere, jf. SL § 346, stk. 1
  - de skal være myndige;
  - filialen tegnes af filialbestyrerne.
- En filial skal have et navn og kan have binavne, jf. SL § 347, stk. 1
  - selskabets (hovedselskabets) navn skal indgå i filialens navn …
  - med tilføjelsen "filial";
  - ES kræver efter praksis, at der findes et særskilt navn for filialen, jf. kritisk hertil *Erik Werlauff* i "Festskrift til Nis Jul Clausen" (2013) s. 439 ff.
- Filialen er undergivet dansk ret og danske domstoles afgørelser, jf. SL § 348
  - danske regler om skattepligt …
  - = begrænset dansk skattepligt, jf. selskabsskattelovens § 2, stk. 1, litra a;
  - merværdiafgift, miljø, arbejdsmiljø etc.
- Værneting
  - filialværnetinget, jf. Bruxelles I-forordningen.
- Oprettelse af en filial
  - registreres i ES' it-system eller anmeldes til registrering.

- Vejledning for filialer af udenlandske selskaber
  - ES' hjemmeside, www.erst.dk.
- Filialen kan ikke erklæres konkurs
- En filial slettes, hvis
  - selskabet anmelder, at det ønsker den slettet,
  - filialen ikke har nogen filialbestyrer (og dette ikke afhjælpes efter frist),
  - filialbestyreren ikke rettidigt til ES indsender årsrapport for det udenlandske selskab, RL §§ 143 og 144 (og dette ikke afhjælpes efter frist) (se nedenfor), eller
  - en kreditor i en filial af et selskab, der ikke er hjemmehørende i EU/EØS, har ikke kunnet opnå fyldestgørelse i selskabets aktiver i Danmark, jf. SL § 350, stk. 1.
- Praktisk problem – hovedselskabets årsrapport
  - skal indsendes til ES inden for samme 5 mdr. frist, som gælder for danske selskaber;
  - men dette er en langt kortere frist end i mange andre lande …
  - dvs. selskabets regnskab er slet ikke færdigt;
  - derfor mange utidige sletninger af filialer;
  - en fattig trøst, at de nu kan genregistreres under samme CVR-nr. som før;
  - er formentlig i strid med filialdirektivets artikel 3 (der blot kræver overholdelse af selskabets egne hjemlandsregler);
  - forslag til lovliggørelse af den danske regel findes hos *Troels Michael Lilja* i UfR 2010 B s. 365 ff.
- Hvis selskabet ophører med at eksistere
  - afsluttet likvidation, konkurs eller tvangsopløsning;
  - *UfR 1989.969 Ø (dansk filial af Chevron, Delaware, USA)*.

Kapitel 5

Beskatning af selskaber

5.1. Kapitalselskaber

- Aktieselskaber, anpartsselskaber og andre kapitalselskaber (men ikke P/S)
  - er selvstændige skattesubjekter.
- Selskabsskatteloven (SEL)
  - fusionsskatteloven (FUSL);
  - SEL er § 8, stk. 1: "Den skattepligtige indkomst opgøres efter skattelovgivningens almindelige regler …"
- Også "andre kapitalselskaber" end aktie- og anpartsselskaber
  - betaler alm. selskabsskat (= indkomstskat på 22-25 pct. af netto) …
    - ↬ blev nedtrappet fra 25 til nu 22 pct. over årene 2014-2016;
  - fx et A.m.b.a., der ikke opfylder betingelserne for den særligt lempelige kooperativbeskatning.
- Fonde
  - Er skattesubjekter, principielt på linje med aktie- og anpartsselskaber, dvs. med en fondsskat på 22-25 pct.;
  - men har betydelige fradrags- og henlæggelsesmuligheder.
- Opsamlingsregel – SEL § 1, stk. 1, nr. 6
  - foreninger og andre retssubjekter, som ikke udtrykkeligt er opregnet i nogen af de foregående bestemmelser i SEL § 1;
  - hvis foreningerne mv. kun har erhvervsoverskud fra omsætning med deres medlemmer, er de skattefrie.
- Udenlandske selskaber
  - vigtigste tilfælde, hvor der indtræder begrænset dansk skattepligt, er, jf. SEL § 2: 1) fast driftssted ("filial") i Danmark (litra a) eller 2) fast ejendom i Danmark (litra b).
- Selskabsskatten
  - proportional indkomstskat;
  - satsen er nu 22 pct., siden 2016;
  - det samme gælder for udenlandske selskaber med dansk filial, dansk fast ejendom mv.

- Erhvervskooperativer
  - beskattes på grundlag af deres ultimoformue;
  - en relativt beskeden formueskat på under 1 pct. af formuen.
- Alle selskaber skal betale acontoskat to gange årligt
- Selskabets skatteregnskab
  - tager udgangspunkt i nettoresultatet i årsrapporten;
  - korrigeres for de forskelle, der er mellem den regnskabs- og den skattemæssige indkomstopgørelse.
- Skatteretligt koncernbegreb
  - regulerer, hvornår et moderselskab kan modtage skattefrit udbytte fra et datterselskab;
  - samt hvornår avancer, som moderselskabet opnår på kapitalandele i datterselskabet, er skattefrie …
    - datterselskabsaktier
      - aktier og anparter i et selskab, som det aktieejende selskab har 10 pct. eller mere af aktie- henholdsvis anpartskapitalen i, jf. ABL § 4 A.
    - koncernselskabsaktier
      - aktier og anparter i et selskab, som det aktieejende selskab har et koncernforhold til, jf. ABL § 4 B.
    - porteføljeaktier
      - alle øvrige aktier, bortset fra næringsaktier.
    - næringsaktier
      - aktier, som selskabet ejer i forbindelse med handelsnæring eller vederlagsnæring.
  - skattepositionen for disse kategorier af aktier:
    - skattefrihed
      - avancer og udbytter fra datterselskabsaktier og koncernselskabsaktier.
    - skattepligt
      - avancer og udbytter fra porteføljeaktier.
    - skattepligt
      - avancer og udbytte fra næringsaktier.
- Avance og tab ved selskabets salg af egne aktier
  - er skatteopgørelsen uvedkommende.
- Sambeskatning med ét eller flere datterselskaber
  - **pligt** til national sambeskatning;
  - **ret** for moderselskabet til at lade sig sambeskatte med udenlandske datterselskaber og filialer (i så fald: med dem alle).
- Grænseoverskridende koncernforhold
  - der kan ske korrektion af vilkårene for koncerninterne transaktioner (= "kontrollerede transaktioner").

- Mulighed for skatteretlig succession
  - skattefri virksomhedsomdannelse;
  - fusion;
  - spaltning;
  - overdragelse af stemmemajoriteten (aktieombytning).
- Underskud
  - kan fradrages i den skattepligtige indkomst for følgende indkomstår.

5.2. Personselskaber

- Transparente i skattemæssig forstand
- Ind- og udtræden af interessenter eller kommanditister
  - betragtes hos hver enkelt som et tilsvarende forholdsmæssigt salg henholdsvis køb af andele.
- Beskatningen af overskud mv.
  - henholdsvis fradrags- og afskrivningsret mv. …
  - tilkommer henholdsvis påhviler hver enkelt selskabsdeltager direkte;
  - kommanditistens fradragsret begrænses dog af hæftelsens omfang (der føres en "fradragskonto");
  - NB: personskattelovens særlige regler om større projekter kan føre til, at underskud mv. kun kan fradrages i ligeartet overskud ("anpartsindgrebet") …
    - gælder dog ikke, hvis max. 10 deltagere;
    - heraf udspringer "10-mands-projekterne".
- Et K/S, der reelt har et kapitalselskabs væsentligste kendemærker
  - kan evt. skattemæssigt omkvalificeres til kapitalselskab;
  - deltagerne mister dermed deres ret til forholdsmæssigt fradrag for driftsunderskud, finansudgifter mv.;
  - jf. *TfS 2000.1011 H (Cargolux)*.

Kapitel 6

Virksomhed og virksomhedskøb og -salg

6.1. Virksomhed og selskab er ikke identiske

- Selskabet er den juridiske person
  - virksomhed er én eller flere afsondrede erhvervsmæssige aktiviteter;
  - selskabet er ikke identisk med virksomheden.
- Der kan ikke gives nogen udtømmende definition på virksomhedsbegrebet
  - en enhed, der udøver økonomisk aktivitet med gevinst for øje;
  - jf. *Erik Werlauff*: "Virksomhedsbegrebet og EU-retten" i *Søren Dosenrode* (red.): EU-rettens påvirkning af dansk ret, s. 63 ff.;
  - EUD i *C-97/08 P (Akzo Nobel)*:
    - "en økonomisk enhed kan være sammensat af flere juridiske personer".
- Virksomhedsskatteloven
  - renteudgifter opnår fuld fradragsværdi;
  - overskud, der forbliver i virksomheden, beskattes med samme sats som selskabsskatten.
- Lov om skattefri virksomhedsomdannelse
  - virksomhed omdannes til aktie- eller anpartsselskab;
  - dvs. ejeren undgår straks-beskatning af avancer og genvundne afskrivninger i forbindelse med salget af virksomheden til selskabet.
- Lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse
  - umiddelbar ansættelse hos virksomhedens erhverver;
  - økonomisk enhed, der har bevaret sin identitet;
  - også anvendelse ved selskabets outsourcing af interne funktioner.
- Kreditretten anvender også virksomhedsbegrebet
  - tilbehørspant (virksomhed fra egne lokaler), jf. tinglysningslovens (TL) § 37;
  - tilbehørspant (virksomhed fra lejede lokaler), jf. TL § 47 b, stk. 2;
  - virksomhedspant, jf. TL§ 47 c.
- EU's konkurrenceregler
  - hele konkurrenceretten fokuserer på "virksomheder", jf. artikel 101 TEUF (karteller) og artikel 102 TEUF (monopoler);

- krænkelser mv. begås af "virksomheden";
- pligtsubjektet er én eller flere fysiske og/eller juridiske personer.

6.2. Virksomhedskøb og –salg, M&A

- Altid overveje M&A-metoden for købet
  - fusion;
  - spaltning;
  - virksomhedskøb (APA = *asset purchase agreement*) (eller BTA = *business transfer agreement*);
  - majoritetskøb (SPA = *share purchase agreement*)
  - se nærmere *Alex Fomcenco:* Mergers & Acquisitions – counseling and choice of method (2016)
- Skattepligtigt eller skatteneutralt?
- Aldrig tage en hastig instruks om, at "Vi køber selskabet …", for pålydende
- Substansen af det købte er dog i vid udstrækning den samme
  - tjeklisten vil derfor være den samme i begge situationstyper
- Forud for virksomheds- eller majoritetskøb: due diligence undersøgelse
  - systematisk gennemførelse af køberettens undersøgelsespligt;
  - *caveat emptor* (kbl. § 47).
- Ansvar for fakta og for budgetter
  - kun ansvar for rigtigheden af oplyste fakta og da normalt kun efter en culpagrundsætning;
  - medmindre der er anvendt ord som "Sælger indestår for …" eller tilsvarende.
- Praksis ved domstole og voldgift er tilbageholdende med hensyn til mangelsbeføjelser …
  - modsat, hvis der påvises væsentlige forkerte eller tilbageholdte oplysninger (eller anden illoyalitet) fra sælgerens side:
    - *UfR 1996.928 H*, købt virksomhed, der fabrikerede "ultralette", typegodkendte campingvogne (det var de ikke!);
    - *ND 1996.607 H*, sælgeren havde "glemt" at fortælle, at han selv var ved at udtage patent på selskabets processer (et olieboretårn);
    - *UfR 2007.3113 H*, campingplads kunne ikke lovligt anvendes i hidtidigt omfang.

Kapitel 7

Stiftelse

7.1. Forenkling siden 2010

- Enklere at stifte kapitalselskaber
- Tidligere 2- og 4-ugers frister for anmeldelse
  - nu samlet i én enkelt frist: en 2 ugers frist, jf. SL § 9

7.2. Stifteren eller stifterne

- Selskab kan oprettes af én eller flere stiftere, jf. SL § 24, stk. 1
- Tidligere bopælskrav til stiftere
  - ophævet allerede ved lov nr. 226 af 31. marts 2004.
- Stifterens bopæl eller hjemsted skal opgives i stiftelsesdokumentet, jf. § 26, stk. 1, nr. 1
- Fysisk person skal være myndig og må ikke være under værgemål

7.3. Stiftelsesdokumentet

- Stifterne skal underskrive et stiftelsesdokument
  - der skal indeholde selskabets vedtægter, jf. SL § 25
- Følgende 6 punkter skal altid omtales i stiftelsesdokumentet, jf. SL § 26:
  - navn, bopæl/hjemsted og eventuelt CVR-nr. for stifter(ne),
  - tegningskursen,
  - fristerne for tegning og for indbetaling,
  - fra hvilken dato stiftelsen skal have (selskabsretlig) retsvirkning,
  - fra hvilken dato den skal have regnskabsmæssig virkning, jf. SL § 40, stk. 6 (dvs. ved overtagelse af virksomhed eller majoritetspost), samt
  - om selskabet skal betale omkostningerne, og da disses anslåede størrelse.
- Mange selskaber vil dog ikke kunne nøjes med disse punkter
- Følgende skal omtales i stiftelsesdokumentet, hvis der er truffet en beslutning i relation til det pågældende spørgsmål, jf. SL § 27:
  - særlige stifterfordele,
  - stifteraftaler med væsentlig økonomisk forpligtelse for selskabet,

- apportindskud,
- fravalg af revision, hvor dette er tilladt, samt
- den indbetalte del af selskabskapitalen, hvis den ikke skal indbetales fuldt ud.

7.4. Selskabets navn

- Skal vælge navn under iagttagelse af SL § 2
- ES – navnevejledning for selskaber
- På www.cvr.dk kan man foretage en søgning på det ønskede navn
- Pligt og eneret til at bruge ordet A/S/ApS eller "deraf dannede forkortelser"
  - undladelse kan medføre personlig hæftelse for den eller de kontraherende;
  - forkortelser: nu accepteres kun "A/S" henholdsvis "ApS".
- Navnet skal tydeligt adskille sig fra navnet på andre virksomheder, jf. SL § 2, stk. 2.
- Navnet må ikke være egnet til at vildlede, jf. SL § 2, stk. 3
- I breve og på andre forretningspapirer
  - herunder elektroniske meddelelser;
  - samt på hjemmeside;
  - skal selskabet angive navn, hjemsted og cvr-nummer;
  - jf. SL § 2, stk. 4;
  - artikel 4 i EU's 1. selskabsdirektiv.
- Selv om det valgte navn registreres
  - kan selskabet ikke vide sig sikker på, at der ikke ved domstolene anlægges retssag til anfægtelse af navnet;
  - tvist om retten til et selskabs navn skal afgøres imellem parterne eller af domstolene;
  - eksempel på navnetvist:
    - "lokalbank" som en bestanddel af et selskabs hoved- eller binavn er artsbetegnelser;
    - lokalbanken i Nordsjælland A/S kunne derfor ikke forbyde SparNord A/S at anvende betegnelsen "Lokalbank …";
    - jf. *UfR 2007.2393 H.*

7.5. Binavn

- Navnereglerne i SL § 2 finder tilsvarende anvendelse på selskabers binavne
  - dvs. at selskabet skal have lige så god ret til binavnet som til et hovednavn.
- Før 2010 skulle hovednavnet tilføjes i parentes efter binavnet
  - nu kan selskabet optræde under sit binavn (sine binavne) uden at tilføje hovednavnet

- så Werlauff Publishing A/S behøver ikke længere skrive i vedtægterne: Selskabet driver tillige virksomhed under binavnet Werlauff Legal Opinion A/S (Werlauff Publishing A/S)
- det kan blot skrive: Selskabet driver tillige virksomhed under binavnet Werlauff Legal Opinion A/S

- Ikke krav om reel brug af et binavn, modsat varemærkeloven
- For registrering af mere end fem binavne pr. selskab betales 1.000 kr. pr. binavn, jf. SL § 3, stk. 2
  - dog ikke binavne, som videreføres i forbindelse med omdannelse, fusion eller spaltning.

7.6. Manglende retsevne indtil registreringen

- I dag kan man gennemføre registreringen af et nyt selskab på få minutter
  - den fase, hvor et selskab venter på sin registrering, er derfor meget kort.
- Registreringspligtige selskaber mv. opnår først retsevne ved registreringen i ES, jf. SL § 41
  - det uregistrerede selskab mangler retsevne, handleevne, partsevne og procesevne;
  - men SL § 41, stk. 3 forudsætter, at der allerede før registreringen kan indgås forpligtelser "på selskabets vegne";
  - når selskabet opnår registrering, indtræder det som umiddelbart berettiget og forpligtet i henhold til de aftaler …
  - der er indgået, mens det var "under stiftelse" (hvilket dog i dag er af stadigt mindre betydning).

7.7. Tegning af selskabskapital

- Tegning sker "på stiftelsesdokumentet med evt. bilag"
- Kapitalandele kan ikke tegnes under forbehold, jf. SL § 31
- Åbningsbalance ved apportindskud af en virksomhed er en integrerende del af stiftelsesgrundlaget og kan ikke efterfølgende ændres
- Kapitalandele kan ikke tegnes til underkurs, jf. SL § 31
  - må ikke udstedes til et beløb lavere end andelens pålydende – dvs. under kurs 100;
  - underkursforbuddet gælder også, hvis selskabskapitalen ikke er i danske kroner, men fx i euro;
  - forbuddet er naturligvis ikke til hinder for, at kapitalandele efterfølgende handles til en kurs under 100 …
  - går det helt galt for selskabet, kan de blive 0 værd ved handel.
- Stykaktier og stykanparter (dvs. kapitalandele uden en bestemt pålydende værdi) (= *no-par-value-shares* = NPV-aktier)

- er der udstedt 1.000.000 stykkapitalandele, og er selskabskapitalen 10.000.000 kr. …
- indebærer dette, at hver stykkapitalandel repræsenterer et pålydende beløb på 10 kr. …
- og dermed skal der indbetales mindst 10 kr. for hver stykkapitalandel.

✍ Selskabet må ikke tegne egne kapitalandele, jf. SL § 205, stk. 1
- er de tegnet af tredjemand i dennes eget navn, men for selskabets regning …
- anses de for at være tegnet for tredjemands egen regning, jf. SL § 205, stk. 2.

7.8. On-line-registrering af det nye selskab

✍ Selskabet skal registreres i ES' it-system …
- eller anmeldes til registrering …
- senest 2 uger efter underskrivelsen af stiftelsesdokumentet, jf. SL § 40, stk. 1.

✍ Konsekvensen af overskridelse er,
- at selskabet betragtes som ikke-stiftet.

✍ Kan ikke registreres, medmindre mindst 25 pct. af den samlede kapital …
- dog mindst 50.000 kr. (i 2013 ændret fra: 80.000 kr.) – nemlig mindstekapitalkravet til et ApS
- er indbetalt, jf. SL § 40, stk. 2;
- 25 pct.-muligheden (i stedet for 100 pct.) er gældende fra 1. marts 2011 …
- dvs. fra 2. fase af selskabsreformen.

7.9. Hvidvaskreglerne – kun advokater m.fl. må stifte selskaber for andre

✍ Hvidvaskreglerne skal sikre – at sorte penge ikke omveksles til hvide
- dette kunne fx ske ved at omveksle store kontantbeløb til kapitalandele;
- derfor er der et advokat- og revisormonopol mv. på stiftelse.

✍ Eneberettigede til at stifte selskaber for andre
- advokater;
- statsautoriserede revisorer;
- registrerede revisorer;
- "udbydere af tjenesteydelser til virksomheder" – registreret hos ES i et særligt register

✍ Dog må man stifte selskab til sig selv – trods alt

✍ Oprettes et selskab af en ikke-autoriseret – (og opdages det), er reaktionen: registreringsnægtelse

7.10. Officiel ES-vejledning – med paradigmaer til A/S og ApS

- I motiverne til SL blev der lovet en populær vejledning – som enhver kan bruge til at stifte A/S og ApS.
- Dette er indfriet – med "Vejledning om stiftelse af et kapitalselskab, inkl. udkast til en vedtægt for et aktieselskab og anpartsselskab", www.erst.dk.
- Selve vejledningen – fremhæver en række (for advokater) "almene" forhold:
  - hvem der kan være stifter;
  - kravet om stiftelsesdokument + vedtægter;
  - mindstekravene: 50.000 kr. (før ændringen 2013: 80.000 kr.) hhv. 500.000 kr.
    - men ikke det gode fif om at starte med et ApS, indtjene reserver, udstede fondsanparter og omdanne til A/S – hvorefter klienten fik "et A/S til et ApS' pris")
    - og efter tilkomsten af IVS et endnu bedre fif: starte med et IVS, dvs. 1 kr., selskabskapital; omregistrere til almindeligt ApS, når den samlede egenkapital har nået 50.000 kr., og endelig omregistrere til A/S, når den samlede egenkapital har nået 500.000 kr. – hvorefter klienten fik et A/S (500.000 kr.) til prisen for et IVS (1 kr.), men klienten har jo rigtignok selv tjent pengene hjem hertil (men har undgået at binde personbeskattede midler i selskabet)
  - kravet om at påse et "forsvarligt kapitalberedskab" til enhver tid, herunder foretage de nødvendige henlæggelser;
  - ved kontantstiftelse: kravet om dokumentation for indbetaling (når advokat eller revisor registrerer via ES' it-system , skriver han/hun under på, at …) – ellers bankudskrift ("Kopi af en check udstedt til selskabet er ikke tilstrækkelig dokumentation");
  - at stiftende gf. ikke kræves;
  - de vedhæftede paradigmaer på vedtægter "opfylder minimumskravet i SL" …
  - intet paradigma på forretningsorden (FO) (som nu skal "tage udgangspunkt i selskabets virksomhed og behov", jf. SL § 130, stk. 2 – nærmere herom nedenfor);
  - er man i tvivl om, hvorvidt "det er relevant at omtale et givet forhold i vedtægterne, eller har man specifikke krav/ønsker til sine vedtægter, skal styrelsen anbefale stifter at søge rådgivning hos en advokat, revisor eller anden rådgiver".
- Vedtægterne – A/S
  - formålet er meget bredt (om end med tilføjelsen: "Andet formål kan indsættes"): "… at udøve virksomhed med handel og service samt aktiviteter i tilknytning hertil";

- hjemsted er ikke med – og der er en helt korrekt fodnote: "Der er ikke længere krav om, at hjemstedskommunen fremgår af vedtægten. Man kan dog frivilligt vælge at skrive selskabets hjemsted i vedtægten";
- A/S-kapital kan misforstås: angives som "kr. 500.000 fordelt i aktier á kr. 1.000 og multipla heraf", og med tilføjelsen: "Større eller mindre beløb og/eller anden fordeling kan indsættes";
- der er ingen klasseopdeling;
- der er ikke elektronisk kommunikation, men blot brevindkaldelse mv.;
- der er dagsorden for ordinær gf., men korrekt med tilføjelsen: "Valgfri bestemmelse, da SL ikke indeholder krav om, at dagsordenen for den ordinære gf. skal fremgå af selskabets vedtægter";
- på dagsordenen står: "Valg af revisor" – med tilføjelsen: "Kan undlades, hvis selskabet opfylder betingelserne for at fravælge revision af sine årsrapporter";
- jf. også regnskabs-§'en: "Selskabets regnskaber revideres af …", med tilføjelse: "Valgfri bestemmelse, da SL ikke stiller krav om, at selskabets vedtægt indeholder oplysning om revisor" – dvs. kan udelades, også selv om der er revisionspligt;
- bør stå på advokaters tjekliste ved stiftelse og rådgivning: fravalg af revision – derfor helt korrekt, at ES erindrer om det;
- hvilke selskaber kan fravælge revision, ÅRL § 135 …
  - hvis selskabet i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser (ændret 2010):
    - balancesum 4 mio. kr.;
    - nettoomsætning 8 mio. kr.;
    - gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret: 12.
  - m.a.o.: man må godt overskride én af grænserne hvert år (ligegyldigt hvilken af de tre) …
  - eller to af dem i ét år (ligegyldigt hvilke to);
    - huskeregel "Ikke to i to år"
  - hermed er mere end 70 pct. af alle danske selskaber fritaget fra revisionspligten!
  - revision kan kun fravælges fremtidigt, dvs. ved stiftelse eller (fremadrettet) på ordinær gf.;
- hvis man vil fravælge revision, og hvis man vil skrive noget om det i vedtægterne, foreslår ES følgende (i regnskabs-§'en):
  - "Selskabets generalforsamling har besluttet at anvende reduktionen af revisionspligten, og selskabets årsrapporter vil derfor ikke være revideret";
  - er det en hensigtsmæssig formulering?
- hvis man overskrider ovennævnte tærskler, men dog stadig er et lille selskab, kan man fravælge revision og tilvælge "noget mindre", fx *review*;
  - FSR har udarbejdet en "erklæringsstandard", som man kan bruge …
  - og som kan bevare tilliden hos leverandører, långivere og myndigheder.

- — paradigmaet fra ES opererer med bestyrelse på 3-5 + direktion og tilføjer:
  - "Der kan alternativt vælges en ledelsesmodel med et tilsynsråd og en direktion";
  - udmærket at få denne diskussion;
  - hvornår kan et tilsynsråd evt. være relevant? besvaret af *Erik Werlauff* i UfR 2009 B s. 247 ff.:
    - Hvor det danske A/S indgår i en koncern med ultimativt tysk moderselskab (U: lille dansk ApS – her næppe interessant);
    - Dansk datter af international koncern, der lægger vægt på direkte kontakt (læs: instruks) fra koncernen til det danske selskabs direktion;
    - Hvor der lægges særlig vægt på tilsyn og kontrol med direktionen (desværre ikke i banker, jf. kravet i FVL § 12, stk. 2 om, at finansielle virksomheder har en bestyrelse);
    - Hvor man hidtil har haft et repræsentantskab ("stående aktionærudvalg"), fx familieselskaber, selskaber med aktiv aktionærkreds, der vil "følge med";
    - Selskaber med meget stor direktion, dvs. med et organ, der i forvejen fordeler opgaverne indbyrdes;
    - Selskaber, der vil have medarbejderrepræsentanter lidt "på afstand". Foreskriv tilsynsråd i stedet for bestyrelse (medarbejderne må tage selskabet, som det er ifølge dets vedtægter)
- — paradigmaet har forslag til en tegningsregel: "… af den samlede bestyrelse eller af en direktør alene" …
  - og med tilføjelsen: "Anden tegningsregel kan indsættes, hvis selskabet har valgt en anden ledelsesstruktur";
  - for det første kan man jo under alle omstændigheder vælge en anden t-regel, også selv om man har valgt denne struktur (med bestyrelse og direktion);
  - for det andet vil mange selskaber med en struktur som den nævnte nok have en anden t-regel end den foreslåede, fx direktør + 1 bestyrelsesmedlem (+ som altid: af den samlede bestyrelse – husk, at denne tilføjelse er lovpligtig).

✍ Vedtægterne – ApS

- — har samme bemærkninger som til A/S vedrørende …
  - formål;
  - kapital ("Større eller mindre beløb kan indsættes");
  - ingen anpartsklasse (fuld stemmeret);
  - ingen e-kommunikation;
  - foreslår dagsorden for ordinær gf.;
  - direktøren tegner alene (hvem ellers?);
  - § om revision: "valgfri" + samme forslag ad formulering.

Kapitel 8

Kapitaltilførsel

8.1. Ved stiftelsen

- Skal have en selskabskapital i danske kroner eller euro, jf. SL § 4, stk. 1
- Aktieselskaber skal have en selskabskapital …
  - svarende til mindst 500.000 kr.;
  - dog med mulighed for kun at indbetale 25 pct. af selskabskapitalen;
  - hvis hele eller blot en del af selskabskapitalen indbetales ved apportindskud …
  - skal hele selskabskapitalen indbetales 100 pct., jf. SL § 33, stk. 1, 4. pkt.
- Anpartsselskaber skal have en selskabskapital …
  - svarende til mindst 50.000 kr. (før 2013: 80.000 kr.), jf. SL § 4, stk. 2;
  - og her skal de 50.000 kr. være fuldt indbetalt;
  - dvs. der skal indbetales mindst 25 pct. af selskabskapitalen, dog mindst 50.000 kr., jf. SL § 33, stk. 1, 1. pkt.;
  - er de 50.000 kr. uoverkommelige at skaf
  - må man vælge et iværksætterselskab (IVS) med kapitalkrav 1 kr. …
  - men til gengæld med pligt til at henlægge mindst 25 pct. af årets overskud til en tvungen reserve, indtil selskabskapital + tvungen reserve er mindst 50.000 kr.
- Reaktionspligt …
  - hvis egenkapitalen i et ApS er mindre end 62.500 kr., jf. SL § 119
- Det skal fremgå af stiftelsesdokumentet …
  - til hvilken kurs aktie- eller anpartskapitalen skal tegnes, jf. SL § 26, nr. 2;
  - tegningskursen skal som følge af underkursforbuddet være mindst 100 (= pari kurs);
  - hvis tegningskursen er over 100, foreligger der overkurs;
  - fastsættes der en overkurs, skal overkursen indbetales 100 pct., jf. SL § 33, stk. 1, 3. pkt.;
  - overkursbeløb er skattefrit for selskabet, jf. selskabsskattelovens (SEL) § 13, stk. 1, nr. 1;
  - en tegningskurs, der er anmeldt til og registreret i ES, kan ikke efterfølgende ændres.

- Ikke indbetalt selskabskapital …
  - kan kræves indbetalt på anfordring, jf. SL § 33, stk. 2, 1. pkt.;
  - angives kapitalstørrelsen på brevpapir mv., skal både tegnet og indbetalt kapital angives, SL § 33, stk. 4;
  - hvis undladt rettidigt at indbetale, mistes stemmeretten for hele ejerens kapitalpost;
  - fordringer på indbetaling kan ikke sælges eller pantsættes, jf. SL § 33, stk. 3;
  - overdrages en ikke fuldt indbetalt kapitalandel, hæfter overdrageren solidarisk med erhververen (og med senere erhververe), SL § 34, stk. 6.
- Forældelse af restkravet – præciseret ved lov nr. 1622 af 26. december 2013
  - hvis der udstedes gældsbrev for resthæftelsen: 10-årig forældelse som gældsbrev, jf. forældelseslovens (FL) § 5, stk. 1, nr. 1
  - hvis ikke gældsbrev: 3-årig forældelse efter Ho. i FL § 3, stk. 1
  - forældelsen begynder at løbe, når selskabet i medfør af SL § 33, stk. 2, beslutter at indkalde restindskuddet, jf. FL § 2 a, 1. pkt.
  - dog at forældelse senest begynder at løbe, når der er gået 10 år efter det tidspunkt, hvor betaling kunne være krævet, dvs. fra et tidspunkt 2 uger (hhv. 4 uger) efter stiftelsen eller kapitalforhøjelsen, og
  - forældelse afbrydes ved …
    - erkendelse fra kapitalejeren i form af indbetaling, nedskrivning gennem udbytte mv. …
    - men ikke gennem selve selskabsdeltagelsen, samt
    - naturligvis ved sagsanlæg mod kapitalejeren
    - jf. *Kåre Frøjk* i ET 2013 s. 29 ff. og *Nicholas Rahui Webster Rømer* i J 2014 s. 185 ff.
- Når udskudt selskabskapital er indbetalt, kan den ikke tilbageføres …
  - uden iagttagelse af reglerne om kapitalafgang i kapitel 11.

8.2. Apportindskud, dvs. indskud af andet end penge

- Underkursforbuddet kunne omgås …
  - hvis man kunne få kapitalandele med pålydende 100 kr. …
  - mod at indskyde et aktiv, som angiveligt var 100 kr. værd …
  - men som reelt kun var 90 kr. værd.
- Alt, hvad der ikke indskydes i form af kontante penge …
  - er at betragte som apportindskud.
- Det skal fremgå af stiftelsesdokumentet …
  - hvis selskabet ved stiftelsen skal overtage apportværdier, jf. SL § 27, stk. 1, nr. 3;
  - tilsvarende gælder i tilfælde af forhøjelse af selskabskapitalen, jf. SL § 160 (dvs. skal da angives i forhøjelsesbeslutningen mv.).
- Apportindskud skal have en økonomisk værdi, jf. SL § 35, stk. 1
  - ikke afgørende, om formuegodet er materielt, immaterielt eller finansielt;

- kan ikke bestå i pligt til at udføre et arbejde eller levere en tjenesteydelse, jf. SL § 35, stk. 1;
- fordringer på stiftere eller kapitalejere kan ikke indskydes, jf. SL § 35, stk. 2.

✍ Der skal vedhæftes en vurderingsberetning, jf. SL § 36, stk. 1
- vurderingsberetningen skal indeholde:
  - beskrivelse af hvert indskud;
  - anvendt fremgangsmåde ved vurderingen;
  - det vederlag, der er fastsat for overtagelsen;
  - erklæring om, at den ansatte økonomiske værdi mindst svarer til det aftalte vederlag, herunder den eventuelle pålydende værdi af de kapitalandele, der skal udstedes, med tillæg af en eventuel overkurs.

✍ Vurderingen må ikke være foretaget tidligere …
- end 4 uger før stiftelsesdokumentets underskrivelse, jf. SL § 36, stk. 2.

✍ Overtager selskabet en bestående virksomhed …
- eller en bestemmende kapitalpost i et andet selskab …
- skal vurderingsberetningen indeholde en åbningsbalance for selskabet, jf. SL § 36, stk. 3;
- åbningsbalancen skal være uden forbehold.

✍ Noteoplysning om eventualforpligtelser
- latent skattebyrde på indskudte aktiver skal noteforklares.

✍ Vurderingsberetningen udarbejdes af en eller flere uvildige, sagkyndige vurderingsmænd, jf. SL § 37, stk. 1
- stifterne kan vælge deres egen revisor som vurderingsmand.

✍ Undtagelser til kravet om vurderingsberetning ved apportindskud:
- aktiver, som er "individuelt målt og præsenteret i et års- eller koncernregnskab for det forudgående regnskabsår", jf. SL § 38, stk. 1, nr. 1;
- indskud af værdipapirer eller pengemarkedsinstrumenter, jf. SL § 38, stk. 1, nr. 2;
- ledelsen er ansvarlig for, at et indskud som de nævnte ikke er til skade for selskabet, dets kapitalejere eller kreditorer, jf. SL § 38, stk. 2.

✍ Indskud af en virksomhed kan skattemæssigt ske på to måder:
- omdannelse til handelsværdier;
- skattefri omdannelse.

✍ Apportindskudte passiver – husk, at debitorskifte kræver kreditorsamtykke
- dvs. selskabets gældsovertagelse og den indskydende tegners gældsfrigørelse …
- kræver accept fra kreditor, K.

8.3. Overblik over kapitalforhøjelser

- Forhøjelse af selskabets kapital kan ske ved …
  - tegning af nye kapitalandele;
  - overførsel af reserver til selskabskapital ved fondsforhøjelse; eller
  - udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants, jf. SL § 153, stk. 1.
- Kan ikke tegnes under forbehold eller til underkurs, jf. SL § 153, stk. 2.

8.4. Generalforsamlingens kompetence

- Generalforsamlingen træffer beslutning om kapitalforhøjelse, jf. SL § 154, stk. 1.
- Grundlæggende krav til enhver aktuel eller potentiel kapitalforhøjelse
  - tilblivelse
    - fremgangsmåden ved beslutningen skal iagttage de nærmere krav i SL kapitel 10.
  - indhold
    - beslutningen skal tage nærmere stilling til en række forhold, som er specificeret i loven;
    - et bestemt aspekt af beslutningens indhold er så vigtigt, at der findes særskilte forskrifter derom i SL …
    - nemlig hidtidige aktionærers forholdsmæssige fortegningsret til kapitalforhøjelsen.
- Beslutning om forhøjelse
  - træffes med det flertal, der kræves til vedtægtsændring, jf. SL § 154, stk. 2.

8.5. Bemyndigelse til at forhøje selskabskapitalen m.v.

- Generalforsamlingen kan bemyndige …
  - det centrale ledelsesorgan (dvs. normalt: bestyrelsen) til at forhøje selskabskapitalen, jf. SL § 155, stk. 1;
  - kan ske for indtil 5 år ad gangen.
- Kan også bemyndige til at udstede konvertible gældsbreve eller warrants, jf. SL § 169.
- Vedtægterne skal angive
  - hvilken af forhøjelsesmetoderne bemyndigelsen vedrører,
  - datoen for ophøret af bemyndigelsesperioden,
  - det højeste beløb, hvormed det centrale ledelsesorgan kan forhøje kapitalen, samt
  - bestemmelser om "de forhold, der er nævnt i SL § 158, nr. 5, 6, 9, 10 og 11".
- Alle disse typer af udstedelser kan foretages også af anpartsselskaber
- Samme majoritet …
  - som hvis generalforsamlingen selv direkte traf beslutning om kapitaludvidelse …

— dvs. sædvanlig vedtægtsændringsmajoritet

✍ Nu også muligt at give bemyndigelse til at udstede fondsandele
— jf. bet. nr. 1498/2008 s. 973.

✍ Alle disse bemyndigelser er udtryk for en delegation af kompetence …
— fra generalforsamlingen til det centrale ledelsesorgan;
— bemyndigelsen indebærer en ret, men ikke en pligt for det centrale ledelsesorgan til at beslutte kapitaludvidelse.

8.6. Udnyttelse af en bemyndigelse

✍ Hvis det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) udnytter en bemyndigelse, skal beslutningen angive følgende, jf. SL § 159, stk. 1:
— det mindste og det højeste beløb, selskabskapitalen skal kunne forhøjes med,
— tegningskursen og kapitalandelenes størrelse eller antal,
— hvornår de nye kapitalandele giver ret til udbytte,
— de omkostninger ved forhøjelsen, som kapitalselskabet skal betale,
— om de nye kapitalandele kan indbetales i andre værdier end kontanter, jf. § 160, eller
— om de nye kapitalandele kan indbetales ved konvertering af gæld, jf. § 161.

✍ Det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) kan på egen hånd foretage de ændringer …
— af vedtægterne, som er en følge af kapitalforhøjelsen, jf. SL § 159, stk. 3.

8.7. Generalforsamlingens direkte beslutning om en konkret forhøjelse

✍ Beslutningen skal angive følgende, jf. SL § 158
— mindste og højeste beløb, kapitalen skal kunne forhøjes med,
— tegningskursen og kapitalandelenes størrelse eller antal,
— hvornår de nye kapitalandele giver ret til udbytte og andre rettigheder,
— de anslåede omkostninger, selskabet skal betale,
— den klasse, de skal høre til, hvis der er eller skal være forskellige klasser,
— kapitalejernes eller andres fortegningsret, samt den eventuelle indskrænkning i de nye ejeres fortegningsret ved fremtidige forhøjelser, jf. § 162,
— tegningsfristen samt en frist på mindst 2 uger fra tidspunktet for afsendelse af underretning til kapitalejerne, inden for hvilken kapitalejerne skal udnytte fortegningsretten,
— fristen for kapitalandelenes indbetaling
— hvis fordelingen ikke er overladt til det centrale ledelsesorgan: reglerne for fordeling ved overtegning af kapitalandele, der ikke tegnes på grundlag af fortegningsret,
— eventuelle indskrænkninger i de nye kapitalandeles omsættelighed
— eventuel pligt for de nye kapitalejere til at lade deres kapitalandele indløse,
— om de nye kapitalandele er omsætningspapirer, og

— om de nye aktier skal lyde på navn eller ihændehaver.

Når kapitalforhøjelsen anmeldes til registrering i ES …
— skal tegningskursen være definitivt fastlagt;
— jf. Erhvervsankenævnets kendelse af 22. november 2000, Årsberetningen 2000 s. 148.

Hvis nye kapitalandele kan indbetales ved apportindskud …
— skal beslutningen indeholde bestemmelser herom;
— og der skal udarbejdes en vurderingsberetning …
— svarende til stiftelsessituationen (SL §§ 36 og 37), jf. SL § 160, stk. 1, 1. pkt.;
— skal sikre, at selskabet virkelig modtager de værdier, der fremgår af beslutningen.

8.8. Konvertering af gæld

Kan skyldes …
— at én eller flere (større) kreditorer gerne vil styrke selskabets kapitalforhold ved at binde kapital fastere;
— kan fx være et moderselskab eller en hovedaktionær.

Forhøjelsesbeslutningen skal indeholde bestemmelserne herom, jf. SL § 161, stk. 1.

Det centrale ledelsesorgan skal redegøre for …
— årsagen til gældsstiftelsen;
— tidspunktet for gældsstiftelsen;
— grundene til forslaget om konvertering, jf. SL § 161, stk. 2.

Hvis det indbetalte er øremærket …
— til udbetaling til den, der tegner kapitalandele …
— fordi denne har penge til gode i selskabet …
— skal forhøjelsen angives som en gældskonvertering, ikke som en kontant forhøjelse;
— jf. *UfR 2010.1617 H (Finance Credit Danmark A/S under konkurs)*
  - var reelt en gældskonvertering;
  - boet havde dog ikke noget erstatningskrav mod den advokat, der havde medvirket (manglende viden/burde-viden).

8.9. Fortegningsret

Ved enhver kontant forhøjelse …
— har kapitalejerne ret til forholdsmæssig tegning af de nye kapitalandele, jf. SL § 162, stk. 1, 1. pkt.;
— det er en ret for kapitalejerne, ikke en pligt;
— vedtægterne kan bestemme, at fortegningsretten ikke kan overdrages til tredjemand, jf. SL § 162, stk. 1, 2. pkt. …

- kan være et supplement til vedtægtsmæssige forskrifter om omsættelighedsbegrænsning.

- Generalforsamlingen kan fravige fortegningsretten til fordel for andre end kapitalejerne, jf. SL § 162, stk. 2 …
  - sker tegningen på markedsvilkår, gælder det almindelige majoritetskrav på dobbelt ⅔ flertal, SL § 106;
  - sker tegningen til favørkurs, vil beslutningen kræve dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal, SL § 107, stk. 2, nr. 1;
  - fortegningsretten er således ikke nogen umistelig individualret;
  - en rettet emission kan forandre ejerbrøkerne …
    - dette må normalt accepteres, når emissionen sker til markedskurs;
    - dvs. den økonomiske ret (= værdien af aktierne) er bedre beskyttet end den forvaltningsmæssige ret (= en bestemt ejerbrøk) …
    - jf. også konklusionerne hos *Ole Nørgaard*, *Sarah Weber* & *Peter Langsted* i UfR 2013 B s. 163 ff.;
    - men hvis der anvendes en elevatormodel, hvor gamle aktionærer nedsættes til 0 (dvs. ophører som selskabsdeltagere) pga. tab, og en enkelt (aktionær eller udenforstående) nytegner og dermed reelt overtager selskabet …
    - må der kunne påvises en saglig grund til, at gamle aktionærer ikke får lov at være med (gennem en parallel-emission) …
    - ellers må det antages, at forholdet kan angribes ud fra generalklausulen i SL § 108.

- Hvis der er flere kapitalklasser …
  - og stemmeretten eller udbytte/udlodningsret er forskellig for klasserne …
  - kan vedtægterne foreskrive forlods ret til at tegne kapitalandele inden for egen klasse, SL § 162, stk. 3 (klassevis fortegningsret);
  - er der ikke en sådan bestemmelse i vedtægterne …
  - vil samtlige kapitalejere, uanset kapitalklasse, have fortegningsret til nye kapitalandele, uanset disses kapitalklasse;
  - NB: **enhver klasseopdeling** bør overvejes helgarderet med en sådan klassevis fortegningsret.

- Generalforsamlingen kan fravige fortegningsretten …
  - til fordel for medarbejderne i selskabet eller dets datterselskab, jf. SL § 162, stk. 4, 1. pkt.

- Fortegningsretten gælder også …
  - ved udstedelse af alle værdipapirer, der kan konverteres;
  - dvs. også ved udstedelse af konvertible gældsbreve
  - og ved udstedelse af fritstående tegningsretter (= warrants), jf. SL §§ 167-171.

- Omsættelighedsbegrænsning mulig for fortegningsretter?
  - ja, dette forudsættes jo i SL § 162, stk. 1, 2. pkt., men …

- blot fordi der er en vedtægts- og/eller aftalemæssig oms.-begrænsning for aktier/anparter …
- er der *ikke* også automatisk en oms.-begrænsning for fortegningsretter;
- se resultaterne hos *Erik Werlauff* i UfR 2014 B s. 33 ff.:
  - udformningen behøver ikke ordret at gengive SL § 162, stk. 1, 2. pkt. …
  - men kan fx etablere en forkøbsret til fortegningsretter …
  - dog forudsat at fristen for tegning er længere end fristen for udøvelse af forkøbsretten (ellers mister fortegningsretten jo sin værdi, inden spørgsmålet om udøvelse af forkøbsretten er afklaret);
  - indførelse af ny oms.-begrænsning for fortegningsret må kræve alles tiltrædelse efter § 107, stk. 1;
  - dvs. oms.-begrænsning for fortegningsret bør indføres 1) ved stiftelsen, 2) i lukket selskab med få deltagere eller 3) i ejeraftale (på godt og ondt);
  - derfor: pas på med beslutning om kapitalforhøjelse i lukket selskab *uden* oms.-begrænsning af fortegningsretten …
  - fortegningsretten kan da gennem den frie omsættelighed komme på "gale veje" og dermed forrykke stemme- og flertalsforholdene.

8.10. Tegning

- Tegning af nye kapitalandele skal ske skriftligt, jf. SL § 163, stk. 1
  - underskrift kan være en fysisk underskrift, en digital signatur eller anden tilsvarende elektronisk signatur
- Ved tegningen skal vedtægterne fremlægges, jf. § 163, stk. 2, 1. pkt.
- Ved ledelsens endelig accept af tegningen opstår der et retskrav på kapitalandele
- Kapitalforhøjelsen bortfalder …
  - hvis det fastsatte mindstebeløb ikke er tegnet inden for den frist, der er fastsat i beslutningen, jf. SL § 164;
  - i så fald skal det indbetalte hurtigst muligt tilbagebetales, jf. SL § 164, 2. pkt.

8.11. Fondskapitalandele

- Begreb
  - overførsel af beløb fra reserver til selskabskapital;
  - dvs. binder reserver endnu fastere;
  - og medfører en højere nominel selskabskapital;
  - der er videre adgang til at bruge reserver til en fondsforhøjelse end til at bruge dem til udbytte;
  - der udstedes nye kapitalandele (eller bestående kapitalandeles pålydende beløb forhøjes), uden at kapitalejerne skal indbetale noget;
  - kan fx bruges til at opfylde forhøjede lovmæssige kapitalkrav (hvis der er reserver nok);
  - kan også bruges til at stifte selskabet som ApS med 50.000 kr. …

- optjene tilstrækkelige reserver til at forhøje kapitalen til 500.000 kr. gennem fondsanparter …
- og samtidig omdanne til A/S;
- har herved "fået et A/S til et ApS' pris";
- kan siden 2013 gå endnu videre: starte med IVS til 1 kr., omregistrere til alm. ApS, når tvungen reserve stor nok …
- og derefter omdanne til A/S, når reserver er yderligere forøget med 450.000 kr.

Overfører beløb til selskabskapitalen …
- som i den senest godkendte årsrapport …
  - er opført som overført overskud, eller
  - reserver, jf. SL § 165, stk. 1
- kan ligeledes anvende overskud fra indeværende regnskabsår …
  - forudsat beløbet ikke er uddelt, forbrugt eller bundet, og
  - frie reserver, der er opstået eller blevet frigjort i det indeværende regnskabsår, jf. SL § 165, stk. 2.

Det skal fremgå af beslutningen …
- om der udstedes nye kapitalandele …
- eller om de hidtidige kapitalandeles pålydende forhøjes;
- der skal ikke angives et højeste og mindste beløb (thi der sker ingen tegning).

Beslutningen kan træffes direkte af generalforsamlingen …
- eller den kan (efter selskabsreformen 2010) træffes af det centrale ledelsesorgan …
- ved en op til 5-årig bemyndigelse efter SL § 155.

Hvis selskabets kapitalandele er VP-indskrevet …
- skal de retter, som udløses ved fondsbeslutningen, VP-registreres;
- ligeledes skal de nye kapitalandele VP-registreres, når fondsforhøjelsen er gennemført.

8.12. Konvertible gældsbreve, warrants

Begreb – et konvertibelt gældsbrev …
- er et lån (= en gældspost hos selskabet) …
- med konverteringsret hos kreditor;
- kreditor har ret til at konvertere sit tilgodehavende til kapitalandele;
- det konvertible gældsbrev er således også et gældsbrev – selskabet skylder penge;
- når tegningsperioden er kommet:
  - er tegningskursen under markedskursen (dvs. under værdien af de aktier, der kan tegnes) …
  - kan obligationsejeren få sine penge retur – de er ikke tabt.

- Begreb – en warrant …
  - er en særlig ret til at tegne kapitalandele til en fastsat tegningskurs ved en senere kapitalforhøjelse;
  - dvs. en fritstående tegningsret;
  - warrant'en er således ikke et gældsbrev – selskabet skylder ikke noget;
  - et selskab, der senere vil udbyde en forhøjelse af kapitalen …
  - kan gennem warrants tage forskud på overkursen ved nu at sælge warrants;
  - når tegningsperioden er kommet:
    - er tegningskursen under markedskursen (dvs. under værdien af de aktier, der kan tegnes) …
    - kan warrantejeren ikke få sine penge retur – de er tabt.

- Generalforsamlingen beslutter …
  - at udstede konvertible gældsbreve eller warrants;
  - forudsat den samtidig træffer beslutning om den kapitalforhøjelse, der hører hertil (SL § 154), jf. SL § 167, stk. 1;
  - beslutningen skal i sin helhed optages i vedtægterne, jf. SL § 168, 1. pkt.;
  - beslutningen skal indeholde de nærmere vilkår for udstedelsen;
  - skal tage stilling til, hvordan modtagerens retsstilling skal være ved følgende mellemkommende begivenheder:
    - kapitalforhøjelse,
    - kapitalnedsættelse,
    - udstedelse af nye warrants,
    - udstedelse af nye konvertible gældsbreve,
    - selskabets opløsning,
    - fusion, eller
    - spaltning.

- Hvis det beløb, der er indbetalt for et konvertibelt gældsbrev …
  - er mindre end det pålydende beløb af de kapitalandele, som gældsbrevet kan ombyttes med …
  - skal det resterende beløb enten …
    - indbetales, eller
    - dækkes af den del af selskabets egenkapital, der kan anvendes til udbytte (= de frie reserver), jf. SL § 171
  - eksempel
    - der indbetales 80 på en konvertibel obligation;
    - den giver ret til at tegne en aktie på 100;
    - de 20 skal da enten overføres fra de frie reserver …
    - eller de 20 skal indbetales af obligationsejeren, for at han kan konvertere;
    - ellers er aktien jo tegnet til underkurs (80 for 100) – hvilket er forbudt.
  - hvorfor gør man sådan noget?
    - for at give mulighed for at tegne aktier billigt – til en "lovlig underkurs";
    - fx i et selskab, der vil lokke investorer til.

- Det centrale ledelsesorgan kan efter bemyndigelse (SL § 155, stk. 2) …
  - — træffe beslutning om udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants, jf. SL § 169, stk. 1.
- Når fristen for tegning af kapitalforhøjelsen er udløbet …
  - — kan det centrale ledelsesorgan slette vedtægtsbestemmelsen, jf. SL § 168, 2. pkt.

8.13. Udbyttegivende gældsbreve

- Begreb:
  - — gældsbreve med ret til rente …
  - — hvis størrelse helt eller delvis er afhængig af det udbytte, selskabets kapitalandele afkaster …
  - — eller af årets overskud;
  - — dvs. "udbyttegivende gældsbreve", jf. SL § 178, stk. 1.
- Renten kan fastlægges …
  - — så den udgøres af en kombination af en fast grundrente …
  - — og en overskuds- eller udbytterelateret overrente (tillægsrente).
- Løfte om lån med overskudsandel uden baggrund i en generalforsamlingsbemyndigelse …
  - — vil være ugyldigt …
  - — eftersom det centrale ledelsesorgan herved overskrider sin lovmæssigt fastlagte kompetence …
    - ↬ U: giver på andet grundlag end ved låneoptagelse løfte om overskudsandel …
      - fx i tilfælde af selskabets køb af en virksomhed …
      - hvor overdrageren helt eller delvis vederlægges med overskudsandel.
- Kan bemyndige det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) …
  - — til at optage lån mod udstedelse af udbyttegivende gældsbreve, jf. SL § 178, stk. 2.

Kapitel 9

Kapitalafgang

9.1. Overblik

- Hvordan må uddeling af selskabets midler til kapitalejerne finde sted, jf. SL § 179, stk. 1?
  - som ordinært udbytte på grundlag af godkendt årsregnskab, jf. SL § 180,
  - som ekstraordinært udbytte, jf. SL §§ 182 og 183,
  - som udlodning ved nedsættelse af selskabskapitalen, jf. SL §§ 185-193, eller
  - som udlodning ved selskabets opløsning, jf. SL kapitel 14.
- Det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) er "ansvarligt for" …
  - at uddeling ikke overstiger, hvad der er forsvarligt;
  - og for, at der er dækning for reserver, der er bundet i henhold til lov eller vedtægt, SL § 179, stk. 2, 2. pkt.
- Kapitalafgang omfatter dog mere, end hvad der opregnes i SL § 179, stk. 1
  - selskabets køb eller belåning af egne kapitalandele;
  - "økonomisk bistand" fra selskabet til ejere og ledelse (alle former for lån og garanti mv. fra selskab til kapitalejere mv.);
  - indløsning af kapitalandele (enten efter lovbestemmelse eller efter vedtægtsbestemmelse);
  - reaktionspligt ved kapitaltab af en vis størrelse;
  - gaver fra selskabet.

9.2. Udbytte

- Generalforsamlingen træffer beslutning, jf. SL § 180, stk. 1, 1. pkt.
  - som hovedregel er det generalforsamlingen, der har kompetencen.
- Sondringen ordinært/ekstraordinært
  - besluttes på en ordinær generalforsamling → ordinært udbytte;
  - besluttes af en ekstraordinær generalforsamling eller af det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) efter en bemyndigelse → ekstraordinært udbytte.
- Ledelsens vetoret – både A/S og ApS
  - må ikke beslutte udlodning af højere udbytte end foreslået eller tiltrådt af det centrale ledelsesorgan, jf. SL § 180, stk. 1, 2. pkt.

- Ulovligt at udbetale udbytte …
  - hvis dette er betinget af intern fortjeneste.
- Må kun anvende frie reserver, jf. SL § 180, stk. 2
  - udbytte kan derfor ikke udloddes på baggrund af:
    - midler, der er bundet i fonden for amortiserede kapitalandele,
    - reserven for egne kapitalandele,
    - reserven for opskrivning efter indre værdis metode,
    - alle øvrige opskrivningsreserver, samt
    - reserver, der er bundne i henhold til vedtægterne.
- Hvad kan anvendes til ordinært udbytte?
  - kun frie reserver i henhold til årsrapporten;
  - ikke opskrivningshenlæggelser;
  - ikke reserver for nettoopskrivning efter indre værdis metode;
  - ikke reserve for egne kapitalandele.
- Hvad kan anvendes til ekstraordinært udbytte
  - frie reserver ifølge seneste årsrapport;
  - overskud i løbende år frem til datoen for beslutningen …
  - forudsat at beløbet ikke er udloddet, forbrugt eller bundet;
  - også frie reserver, der opstår eller frigøres i det løbende år, kan anvendes.
- Likviditet er ikke en betingelse
  - kan godt optage lån til brug for en udbyttebetaling …
  - hvis det er forsvarligt.
- Udbytteudbetaling i andre værdier end kontanter – "apportudbytte"
  - skal udarbejde vurderingsberetning svarende til apportindskud (SL §§ 36 og 37), jf. SL § 181;
  - et ikke-direktivstyret spejlbillede af reglerne om apportindskud;
  - hvorfor udlodder et selskab apportudbytte?
    - fx for at omplacere visse aktiver inden for en koncern;
    - M ejer D, som atter ejer DD;
    - Nu ønsker M, at DD ikke er datter under D, men direkte under M;
    - så kan D blot udlodde aktierne i DD som apportudbytte til M;
    - M ønsker måske, at DD skal hægtes under et helt andet selskab i koncernen, fx D2 …
    - så kan M blot apportindskyde DD-aktierne i D2;
    - alle led i strukturændringen kan ske skattefrit (ellers gjorde M det næppe):
      - gennem apportudlodningen afstår D aktierne i DD, og dette kan ske skattefrit for D, jf. ABL § 4 B om koncernselskabsaktier;
      - M kan modtaget apportudbyttet i form af DD-aktier fra D skattefrit og trækfrit, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 2, smh. med ABL § 4 B (skattefrit udbytte fra et D), jf. fx *TfS 2012.408 SR*;
      - M kan indskyde DD-aktierne i D2 og dermed afstå dem, hvilket uanset prisen kan ske skattefrit, jf. atter ABL § 4 B;

- D2 kan modtage aktierne skattefrit, uanset om der herved tilføres D2 en overkurs, jf. SEL § 13, stk. 1, nr. 1;
- Kort sagt: ét blandt flere eksempler på, at en kombination af apportudbytte og apportindskud anvendes til vidtgående strukturændringer i en koncern.

✍ Der må ikke af selskabet på forhånd gives kapitalejerne noget løfte om …
- at de vil få et vist udbytte;
- ønskes der et tilsagn om en bestemt rente mv. …
- kan tilbuddet i stedet lyde på konvertible gældsbreve (SL § 167) med en bestemt forrentning.

✍ Selskabet kan gennem vedtægterne give kapitalejerne en indbyrdes rangfølge …
- med hensyn til udbytteudlodning;
- forlodsret til et vist udbytte hvert år;
- før en anden kapitalklasse kan få udbytte;
- bruges fx ved generationsskifte (A/B-modellen) …
  - junior (eller ledende medarbejder) uden ret mange midler …
  - kan tegne nye aktier/anparter (ny B-klasse) til lav kurs, fx 105 …
  - mod, at reelle merværdier afsnøres som forlods udbytte til senior (A-klasse);
  - når det fulde forlods udbytte er udbetalt til A-klassen, bortfalder klasseopdelingen
  - godkendt ved jf. TfS 2003.229 LR, TfS 2003.314 LR, TfS 2004.832 LR, TfS 2005.656 LR, TfS 2008.1245 SR, TfS 2011.268 SR, TfS 2015.429 SR, TfS 2015.507 SR og TfS 2016.132 SR
  - se nærmere *Erik Werlauff:* Selskabsskatteret, kapitel 7, afsnit 7.7.

✍ Generalforsamlingen kan bemyndige det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) …
- til at træffe beslutning om ekstraordinært udbytte, jf. SL § 182, stk. 2;
- træffes med simpelt flertal, jf. SL § 105;
- gives til selskabets centrale ledelsesorgan, det vil sige bestyrelsen, eller hvis selskabets ikke har nogen bestyrelse, direktionen;
- er ikke et tilsagn til kapitalejerne om ekstraordinært udbytte;
- kan beslutte begrænsninger i bemyndigelsen;
- kan først udbetale ekstraordinært udbytte efter aflæggelse af første årsrapport;
- kan til enhver tid tilbagekaldes af generalforsamlingen.

✍ Når det centrale ledelsesorgan (normalt bestyrelsen) vil træffe beslutning om ekstraordinært udbytte – hvornår kræves balance, og hvornår mellembalance?
- balance
  - A/S – balance kræves altid;
  - ApS – ledelsen beslutter, om balance skal udarbejdes.

- mellembalance
  - upåkrævet ved beslutning inden for 6 mdr. efter seneste statusdag, fx ved beslutning den 15. juni (hvor seneste status var 31. december);
  - men kræves ved beslutning senere end 6 mdr. efter statusdag, fx den 15. August;
  - revisionspligt?
    - aldrig pligt til egentlig revision af mellembalancen;
    - hvis selskabet er revisionspligtigt: review af mellembalancen;
    - hvis selskabet ikke er revisionspligtigt: review er frivilligt.

For højt udbytte – tilbagebetalingspligt
- udbytte – forudsætter viden eller burde-viden hos modtageren, § 194, stk. 1, 2. pkt.;
- anden udlodning – tilbagebetaling på objektivt grundlag, § 194, stk. 1. 1. pkt.
  - vigtigt supplement til omstødelsesreglerne;
  - er ikke tidsbegrænset …
    - U: forældelsesreglerne.

Et børsnoteret selskab må ikke foretage uddeling til tilbudsgiveren eller dennes nærstående i de første 12 måneder efter overtagelsen af selskabet, jf. SL § 184, stk. 1 …
- der kan dog ske udlodning, hvis tilbudsgiveren har oplyst om udlodningen og de nærmere vilkår herfor i det tilbudsdokument, der skal udarbejdes;
- oplysning i tilbudsdokumentet er dog ikke nødvendig, hvis udlodningen ikke overstiger en samlet forbedring af selskabets finansielle stilling efter overtagelsestidspunktet.

9.3. Kapitalnedsættelse

Til dækning af tab
- konstaterer egentlig blot facts – nedsætter den nominelle kapital til det, der er i behold efter tab på drift, nedskrivninger mv.;
- er blot en "bogholderimæssig postering";
- kræver ikke (længere) revisorerklæring om, at nedsættelsen ikke overstiger tabet;
- kræver naturligvis ikke "proklama" (= offentliggørelse i ES' it-system);
- kan gennemføres straks ved registreringen;
- kan kun ske til kurs 100.

Med udbetaling til kapitalejere
- praktisk behov herfor? fx enkelte udtrædende kapitalejere;
- frist for kreditorers anmeldelse: 4 uger …
- nedsættelsen registreres automatisk;
- kan ske til overkurs (det oftest forekommende).

- Apportudlodning
  - som ved udbytte – dvs. krav om vurdering.
- Praktisk "Vejledning om kapitalnedsættelse" fra ES
  - Fremhæver, at anmeldelsen "med fordel kan ske" med digital signatur via www.erst.dk.

9.4. Egne kapitalandele

- Tidligere grænse på 10 pct. af selskabskapitalen (som overgrænse for, hvor stor en del af selskabskapitalen der måtte erhverves) bortfaldt med selskabsreformen 2010 …
  - men det store flertal af selskaberne opretholder grænsen, jf. *Alexander Kielland* i Justitia 2012 nr. 3 s. 3 ff.;
  - han konkluderer: "Samlet synes kreditorhensynet at have været overvurderet …
  - … da selskaberne selv må formodes at kunne tilgodese deres egne interesser via bemyndigelsens grænser"
  - dog kan fx investeringsselskaber have behov for at gå højere end de 10 pct., fx helt op til 75-90 pct. af selskabskapitalen, og det er altså nu tilladt – alt inden for rammerne af de frie reserver, der kunne have været udbetalt som udbytte.
- For aktieselskabers vedkommende styret af EU's 2. selskabsdirektiv (kapitaldirektivet).
- Finder tilsvarende anvendelse på et datterselskabs erhvervelse til eje eller pant af kapitalandele i dets moderselskab, jf. SL § 201
  - dvs. et datterselskab er underlagt samme regulering, som moderselskabet selv er underlagt;
  - dette omfatter både danske og udenlandske datterselskaber.
- Generalforsamlingens bemyndigelse til erhvervelse af egne aktier gives for en periode på op til fem år …
  - men det store flertal af selskaberne opretholder den hidtidige 18 mdr. grænse, jf. *Alexander Kielland* i Justitia 2012 nr. 3 s. 3 ff.
- Ikke længere forbud mod ApS'ers erhvervelse af egne anparter.
- Formålet med erhvervelse af egne kapitalandele
  - sikre en harmonisk kursudvikling;
  - drage omsorg for, at kapitalejere, der ønsker at afhænde deres kapitalandele, kan forvente at finde et marked;
  - være i besiddelse af en beholdning af egne kapitalandele, således at nye interesserede kan opnå status som kapitalejer;
  - med henblik på at tilbyde fx ledende medarbejdere ordninger med optioner til køb af egne kapitalandele;
  - kan bruges aktivt og offensivt som et led i skabelsen af shareholder value …
    - ↬ også danske selskaber har gennemført *share-buy-back*;

- kan anvendes som vederlag ved selskabets overtagelse af apportindskud, fx i form af en virksomhed eller en majoritetspost i et andet selskab.

- Børsselskabers beholdning af egne aktier samt bevægelserne heri er en børsrelevant oplysning, VHL § 28
  - skal overholde VHL's forskrifter om forbud mod insiderhandel;
  - jf. *UfR 2005.984 H (Midtbank)*.

- Skattemæssigt
  - tilbagesalg af egne kapitalandele vil for den sælgende kapitalejer normalt indebære udbyttebeskatning, jf. ligningslovens (LL) § 16 A;
  - er skatteneutral for selskabet selv, jf. ABL § 10, som udformet fra 2010.

- Stemmeret
  - der kan for egne kapitalandele (samt for et datterselskabs kapitalandele i moderselskabet) ikke udøves stemmeret, jf. SL § 85.

- Også i andre sammenhænge ses der bort fra egne kapitalandele
  - vedtægtsmæssige quorum-bestemmelser;
  - alle minoritetsbeføjelserne, typisk på 5 eller 10 pct. af aktiekapitalen;
  - generelt fragår egne kapitalandele ved "udøvelse af en beføjelse eller vedtagelse af en beslutning", jf. *Jesper Lau Hansen* i NTS 2012 nr. 1 s. 21 ff.

- Må kun erhverve egne kapitalandele, der er fuldt indbetalt, jf. SL § 196, 1. pkt.
  - næppe til hinder for en erhvervelse betinget af, at restindbetalingen indfries gennem modregning i købsøjeblikket.

- Kan ske både til eje og til pant, jf. SL § 196, 2. pkt.

- Kan ske både mod vederlag og uden vederlag, fx ved arv eller gave.

- Kan kun ske med midler, der i henhold til SL § 182, stk. 3, kan udbetales som ekstraordinært udbytte
  - dvs. kun inden for rammerne af selskabets frie reserver, jf. SL § 197, stk. 1, 1. pkt.;
  - størrelsen af de frie reserver på erhvervelsestidspunktet er afgørende.

- Egne kapitalandele skal fradrages ved vurderingen af, om kravene til selskabskapital, jf. SL § 4, er overholdt, jf. SL § 197, stk. 1, 2. pkt.

- Må kun ske efter bemyndigelse fra generalforsamlingen til centrale ledelsesorgan (jf. dog skadereglen i SL § 199), jf. SL § 198, stk. 1
  - gives med almindeligt simpelt stemmeflertal;
  - kan kun gives for et bestemt tidsrum, der ikke må overstige 5 år (før reformen 2010: kun max. 18 mdr.), jf. SL § 198, stk. 2.

- Bemyndigelsen skal angive:
  - hvor stor en del af selskabskapitalen der må erhverves, og
  - hvad der må betales for den enkelte erhvervelse, jf. SL § 198, stk. 3

- Der kan indlægges yderligere begrænsninger i bemyndigelsen, såfremt generalforsamlingen ønsker det
  - kan fra 2010 blive mere relevante end tidligere …
  - da erhvervelsen nu kan ske ubundet af en 10 pct. grænse …
  - og med en op til 5-årig bemyndigelse;
  - praksis viser dog, at bemyndigelsen næsten altid gives blankt, jf. *Alexander Kielland* i Justitia 2012 nr. 3 s. 3 ff.
- Hvis det er nødvendigt for at undgå betydelig og truende skade …
  - kan det centrale ledelsesorgan på selskabets vegne erhverve egne kapitalandele mod vederlag efter reglerne i SL §§ 196-198 uden generalforsamlingens bemyndigelse, jf. SL § 199, stk. 1;
  - fx i tilfælde af helt urimelige kursudsving;
  - men skal da underrette den førstkommende generalforsamling.

9.5. Økonomisk bistand til ejere og ledelse

- Selskabet må som udgangspunkt hverken direkte eller indirekte stille midler til rådighed …
  - eller yde lån eller stille sikkerhed for kapitalejere …
  - eller for ledelsen i selskabet, jf. SL § 210, stk. 1, 1. pkt.
    - "aktionærlån"/"anpartshaverlån" og "ledelseslån";
    - forbuddet omfatter både pengelån og sikkerhedsstillelse, herunder selskabets kaution og tredjemandspant.
- Personkreds, der er omfattet af forbuddet
  - det "långivende" selskabs kapitalejere og ledelsesmedlemmer;
  - kapitalejere og ledelsesmedlemmer i det "långivende" selskabs modervselskab;
  - personer, som ved ægteskab eller slægtskab i ret op- eller nedstigende linje er knyttet til en af forannævnte personer, eller "som på anden måde står den pågældende særligt nær", idet der med nærstående-reglen er tænkt på samlevere.
- Kan trods forbuddet yde økonomisk bistand …
  - hvis der er tale om lovlig selvfinansiering efter reglerne i SL §§ 206-209, jf. SL § 210, stk. 2;
- **Ulovlig** selvfinansiering
  - *UfR 1997.444 H*
    - selskabet skulle betale for overtagelsen gennem efterfølgende konsulenthonorarer til sælgeren uden reel arbejdsindsats fra denne.
  - *ND 1993.646 HD*
    - efterfølgende opregulering af prisen for køb af et selskab skulle betales af selskabet selv.
- **Lovlig** selvfinansiering
  - er lovlig, når en række nærmere opregnede betingelser alle er opfyldt.

- Betingelserne for lovlig selvfinansiering
  - kreditvurdering af dem, der modtager økonomisk bistand, jf. SL § 206, stk. 3;
  - skriftlig redegørelse om sagen til kapitalejerne, jf. SL § 207, stk. 1, nr. 1-5, modelleret over kapitaldirektivets liberaliserede regler fra 2006;
  - generalforsamlingen skal forudgående godkende dispositionen, med samme flertal som til vedtægtsændringer, jf. SL § 106;
  - redegørelsen skal efterfølgende offentliggøres;
  - den økonomiske bistand til købet af kapitalandelene skal være forsvarlig, jf. SL § 208;
  - bistanden skal være på markedsvilkår med hensyn til rente, afdrag og sikkerhed mv., jf. SL § 209.
- Næppe vanskelige at opfylde i praksis
  - i mange tilfælde den praktiske hovedregel, at det er selskabet selv, der kommer til at finansiere sin overtagelse.
- Særlig form for "selvfinansiering" har hele tiden, også før 2010, været retmæssig
  - lovlig efterfølgende udbytteudbetaling fra selskabet (= "efterfinansiering");
  - kan evt. anvende reglerne om ekstraordinært udbytte
  - anerkendt ved *UfR 2006.1454 H (Procuritas)*
  - ved overtagelse af et børs- eller AMP-noteret selskab gælder en karensregel i 12 måneder efter overtagelsen, jf. SL § 184.

9.6. Sædvanlige forretningsmellemværender

- Sædvanligt forretningsmæssigt mellemværende – mellem kapitalejeren og selskabet er ikke udtryk for et ulovligt kapitalejerlån
  - *Mette Neville* & *Erik Werlauff* i UfR 2003 B s. 201 ff. om langvarig ES-praksis
  - med selskabsreformen lovfæstet, jf. SL § 212;
  - kræver ikke generalforsamlingsgodkendelse;
  - kapitalejerne forhandler selskabets produkter gennem deres forretninger (detail, benzin etc.) …
    - her må selskabet yde lån, kaution eller pant til fx udbygning af forretningen, benzinstationen etc.
  - selskabet bor til leje i ejernes erhvervsejendom …
    - her må selskabet yde lån etc. til købet eller en ombygning af ejendommen.

9.7. Koncernlån

- Et datterselskab må yde lån til sit moderselskab (såkaldt koncernlån) og stille sikkerhed for dettes gæld.
- "Danske og visse udenlandske" moderselskaber, jf. SL § 211, stk. 1
  - gælder uden videre til dansk M, § 211, stk. 1;
  - gælder også M med hjemsted i øvrige EU eller EØS;

- gælder "godkendte" M-lande, jf. ES' bkg. nr. 275 af 25. marts 2010;
- godkendte er: Schweiz, Australien, Canada, Hongkong, Japan, Sydkorea, New Zealand, Singapore, Taiwan og USA.

✍ Det skal efterprøves, at udlånet også er kreditretligt, dvs. risikomæssigt, forsvarligt
- *UfR 1986.513 H* om advokatansvar for et usikret udlån til et selskab med samme ejerkreds;
- *UfR 2000.1013 H* om bestyrelsesansvar (under dissens) for usikret udlån af et selskabs midler til et andet koncernselskab;
- *UfR 2005.1152 H (Jysk Biogas A/S)*.

✍ Koncernkonti hos banker
- kun er én kredit- eller debetsaldo;
- opstår mellemregninger mellem de koncernselskaber, der deltager i en sådan puljeaftale.

✍ Koncernlån må ikke bruges til selvfinansiering
- lån mv. fra D til M, som ellers ville være lovligt som koncernlån …
- er alligevel ulovligt, hvis det sker m.h.p. Selvfinansiering …
- dvs. m.h.p. M's finansiering af køb af D;
- m.a.o. har forbuddet mod selvfinansiering forrang for reglerne om tilladte koncernlån.
- ES' praksis er, at koncernlånet for at være lovligt …
  - ikke må være planlagt fra begyndelsen, dvs. ved M's køb af D …
  - og ikke må bruges til at indfri evt. lån, som M har optaget for at finansiere købet af D (= akkvisitionsgælden) …
  - jf. *Bunch* & *Rosenberg*: SL-kommentaren note 2 ad § 206.
- første led (ikke planlagt …) er uden videre korrekt …
  - mens 2. led (ikke indfri akk.gælden) synes at savne hjemmel …
  - jf. *Lund-Andersen* i UfR 2012 B s. 119 ff.

9.8. Medarbejderlån

✍ Selskabet kan yde lån, garanti mv. til medarbejderes køb af kapitalandele i selskabet, SL § 214.

✍ Der er krav om generalitet – dvs. at ordningen skal være åben for alle medarbejdere (om end med forskellige vilkår mv. ud fra saglige kriterier).

✍ Kan derfor ikke bruges til at give en kreds af ledende medarbejdere eller direktører lån fra selskabet til køb af kapitalandele.

✍ Skal kunne rummes inden for selskabets frie egenkapital.

9.9. Bank og realkredit

✍ Banker og andre pengeinstitutter samt realkreditinstitutter …
- har ret til at give lån til og stille garanti mv. for deres aktionærer, jf. SL § 213.

9.10. Sanktioner ved ulovlig "økonomisk bistand"

- Reaktionerne i tilfælde af ulovlige kapitalejerlån eller ledelseslån
  - krav om berigtigelse, dvs. indbetaling, jf. SL § 215, stk. 1, herunder med særligt rentetillæg;
  - bøde, dvs. straf, til medvirkende ledelsesmedlemmer mv., jf. straffehjemmelen i SL § 367;
  - tvangsbøder, så længe berigtigelse ikke er sket, jf. SL § 366, stk. 2;
  - hæftelse/erstatningspligt hos de ansvarlige i tilfælde af manglende betalingsdygtighed hos låntageren, jf. SL § 215, stk. 2, jf. *UfR 1998.455 H (Pirchert Optik ApS)*;
  - betydelige udtræk, som ikke kan tilbagebetales, og som kan medføre tab for kreditorer, kan være strafbare som mandatsvig, jf. *UfR 1985.940 H*.

- Sikkerhedsstillelse, der har fundet sted i strid med SL §§ 206 eller 210
  - er bindende for selskabet, hvis medkontrahenten (normalt: en långivende bank) ikke havde kendskab til, at sikkerheden var stillet i strid med disse bestemmelser;
  - hvis ikke god-tros-kravet er opfyldt, er sikkerhedsstillelsen ugyldig, og selskabet kan (og skal) kræve pantet frigivet til sig;
  - *UfR 2008.1572/2 H*
    - restaurationsselskab havde håndpantsat og senere indfriet et pantebrev med sikkerhed i restaurantens driftsinventar.
  - *UfR 2009.2311 H*
    - ulovlig sikkerhedsstillelse, som banken dømtes til at opgive.

9.11. Reaktionspligt ved kapitaltab

- Reaktionspligt ved tab af 50 pct. af selskabskapitalen
  - kun en reaktionspligt, ikke en genopretningspligt.

- Generalforsamling holdes senest 6 måneder efter …
  - at det konstateres, at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital, jf. SL § 119, 1. pkt.;
  - også hvis tabet konstateres i løbet af et regnskabsår;
  - på generalforsamlingen redegøre for selskabets økonomiske stilling og om fornødent stille forslag om foranstaltninger, der bør træffes, herunder om selskabets opløsning, jf. SL § 119, 3. pkt.;
  - findes det forsvarligt at fortsætte driften, kan generalforsamlingen nøjes med at tage bestyrelsens redegørelse til efterretning.

9.12. Nedsættelse af selskabskapitalen

- To forskellige årsager
  - dækning af underskud;
  - udbetaling til kapitalejerne.

- Beslutning om nedsættelse af selskabskapitalen …
  - træffes af generalforsamlingen med den stemmeflerhed, der kræves til vedtægtsændring, jf. SL § 186.
- Forudsætter, at kapitalnedsættelsen rammer kapitalejerne ligeligt i forhold til deres besiddelse af kapitalandele
  - jf. lighedsgrundsætningen i SL § 45;
  - kapitalejere, der skal tåle en forholdsmæssigt større kapitalnedsættelse end de andre, skal derfor tiltræde beslutningen.
- Beslutningen skal angive det beløb, hvormed selskabskapitalen nedsættes …
  - samt til hvilket af følgende formål beløbet skal anvendes:
    - dækning af underskud;
    - udbetaling til kapitalejere;
    - henlæggelse til en særlig reserve, jf. SL § 188, stk. 1.
- Udbetaling med et højere beløb end nedsættelsesbeløbet – dvs. kapitalnedsættelse til overkurs …
  - dette skal oplyses i beslutningen;
  - der skal i så fald ske angivelse af den overkurs, der herved er tale om, jf. SL § 188, stk. 2.
- Hvis en kapitalnedsættelse sker med udbetaling ved udlodning af andre værdier end kontanter …
  - skal der foreligge en vurderingsberetning (som ved apportindskud, jf. SL §§ 36 og 37), jf. SL § 190, stk. 1.
- Sker der kapitalnedsættelse med udbetaling til kapitalejerne …
  - skal selskabets kreditorer opfordres til inden for en frist på 4 uger at anmelde deres krav til selskabet, jf. SL § 192, stk. 1.
- Kapitalnedsættelsen betragtes som endelig 4 uger efter udløbet af fristen
  - hvis det centrale ledelsesorgan ikke inden for 4 ugers fristen anmelder;
  - at kapitalnedsættelsen ikke skal gennemføres …
  - vil den blive gennemført.

9.13. Tilbagebetaling af retsstridige udbetalinger

- Vigtigt supplement til insolvensrettens omstødelsesregler.
- Hvis der er sket udbetaling til kapitalejere i strid med bestemmelserne i SL …
  - skal kapitalejerne tilbagebetale beløbet, jf. SL § 194, stk. 1, 1. pkt.;
  - tilbagebetaling af udbytte dog kun, hvis kapitalejeren indså eller burde have indset, at udbetalingen var ulovlig.

9.14. Gaver fra et selskab

- Gaver til almennyttige eller dermed ligestillede formål, jf. SL § 195, 1. pkt.
- Det centrale ledelsesorgan kan anvende beløb, som i forhold til selskabets økonomiske stilling er af ringe betydning, jf. SL § 195, 2. pkt.
- Overskrides § 195-grænsen
  - kræves der dobbelt $^{9}/_{10}$ majoritet samt indløsningsmulighed for de nedstemte, jf. SL § 107, stk. 2, nr. 1, og SL § 110;
  - dvs. man går direkte fra simpel til dobbelt $^{9}/_{10}$ majoritet.
- Skatteretten respekterer selskabsretten
  - ikke en maskeret udlodning til (hoved)kapitalejeren …
  - hvis blot gaven ligger inden for den selskabsretlige grænse i SL § 195;
  - *UfR 1999.1994 H* og *UfR 2009.757 H*;
  - løbende ydelse til religiøse formål mv. efter ligningslovens § 12, jf. *UfR 1995.725 H*.

Kapitel 10

Kapitalandele

10.1. Ejerbeviser

- Begreberne:
  - en kapitalandel:
    - en aktie eller en anpart, jf. definitionen i SL § 5, nr. 15;
    - dvs. den andel af selskabet, som man er ejer af;
    - vedtægterne skal angive kapitalandelenes pålydende …
    - eller (ved stykaktier): antallet af stykaktier (som man så må dividere op i den samlede nom. selskabskapital).
  - et ejerbevis:
    - bevis på, at man ejer kapitalandel(e);
    - kan omfatte én eller flere kapitalandele, jf. SL § 59.
- Det centrale ledelsesorgan kan beslutte …
  - at udstede og annullere ejerbeviser, jf. SL § 60, stk. 1, 1. pkt.;
  - kan dog kun beslutte dette, hvis …
    - det er bestemt i vedtægterne,
    - hvis ejerbeviser er omsætningspapirer, dvs. negotiable dokumenter, eller
    - hvis ejerbeviser er udstedt til ihændehaver.
- Ejerbeviser må ikke udleveres, før kapitaltegningen er registreret i ES, jf. SL § 60, stk. 3, 1. pkt.
- Ejerbeviser skal angive følgende, jf. SL § 60, stk. 4:
  - selskabets navn;
  - dets hjemsted;
  - dets registreringsnummer;
  - kapitalandelens løbenummer;
  - dens størrelse (pålydende værdi);
  - om ejerbeviset skal lyde på navn eller kan lyde på ihændehaver;
  - ejerbevisets udstedelsesdag eller -måned;
  - forbehold om, at der efter deres udstedelse kan være truffet bestemmelse, som ændrer kapitalejerens retsstilling;
  - hvis der er forskellige klasser: angive, hvilken klasse det hører til, jf. SL § 60, stk. 5;

- endvidere angive de eventuelle bestemmelser, vedtægterne måtte indeholde om følgende, jf. SL § 60, stk. 6:
  - at kapitalandelene skal noteres som betingelse for stemmeret,
  - at der til nogle kapitalandele er knyttet særlige rettigheder,
  - at kapitalejere skal være forpligtet til at lade deres kapitalandele indløse,
  - at kapitalandelene ikke skal være omsætningspapirer, dvs. at de skal være ikke-negotiable dokumenter (jf. om dette spørgsmål nedenfor i afsnit 5),
  - at der skal gælde indskrænkninger i kapitalandelenes omsættelighed, og
  - at kapitalandele skal kunne mortificeres uden dom.

✍ Hvis kapitalandele er optaget til handel på et reguleret marked (= "børsnoteret") …
- kan aktionærerne ikke forlange, at der udstedes aktiebreve, jf. SL § 64, stk. 1.

10.2. VP-registrerede kapitalandele

✍ Selskaber, hvis aktier er optaget til notering på "et reguleret marked"…
- udsteder normalt deres aktier som dematerialiserede;
- fx VP i Tåstrup;
- også ikke-børsnoterede selskaber kan gøre dette, hvis de ønsker det og indgår kontrakt med en VP herom.

✍ Selv om selskabet er VP-registreret, skal det alligevel føre sin ejerbog

✍ Ved kapitalforhøjelser …
- skal fortegningsrettigheder og rettigheder til fondsaktier registreres …
- med angivelse af, hvor mange rettigheder der kræves til nye aktier, jf. SL § 61, stk. 3.

✍ I vidt omfang er VP-reglerne i VHL opbygget med tinglysningsloven (TL) som forbillede
- rettigheder over registrerede fondsaktiver skal registreres i en VP for at opnå beskyttelse mod retsforfølgning og aftaleerhververe, jf. VHL § 66, stk. 1;
- aftale eller retsforfølgning, der skal kunne fortrænge en ikke registreret ret, skal selv være registreret, og en erhverver ifølge aftale skal være i god tro ved anmeldelsen til det kontoførende institut, jf. VHL § 66, stk. 2;
- registreringens retsvirkninger regnes fra tidspunktet for den endelige prøvelse i centralen, jf. VHL § 66, stk. 3.

✍ Selskabet skal indgå aftale med et eller flere kontoførende institutter om, at aktionærerne på selskabets regning kan:
- få deres aktier m.v. indskrevet og opbevaret der, og
- få meddelelse om udbytte m.v. og årlig kontoudskrift.

✍ Aktionærerne har i stedet ret til selv at udpege et kontoførende institut, jf. SL § 62, stk. 4.

10.3. Ejerbogen

- Fortegnelse over samtlige kapitalejere, jf. SL § 50, stk. 1.
- Fælles regler herom for aktie- og anpartsselskaber.
- Kan føres ved et betryggende løsblads- eller kortsystem.
- Kan også føres elektronisk.
- Vedtægterne kan bestemme, at ejerbogen føres af en autoriseret, ekstern ejerbogsfører, jf. SL § 50, stk. 3 – skal nævnes ved navn + CVR-nr. i vedtægterne.
- Ejerbogen vil på et tidspunkt kunne føres, ved at selskabet registrerer de oplysninger, ejerbogen skal indeholde i ES' it-system (dvs. i Ejerregisteret, jf. SL § 58), jf. SL § 50, stk. 2 – når denne bestemmelse sættes i kraft …
  - reglerne om Ejerregisteret bliver 3. og sidste fase af selskabsreformen …
  - i kraft senere, alt efter de tekniske systemer.

10.4. Indsigt i ejerbogen

- Vedtægterne for et aktieselskab kan bestemme, at ejerbogen skal være tilgængelig for kapitalejerne, herunder elektronisk, jf. SL § 51, stk. 4, jf. midlertidig BEK 2010 172.
- I anpartsselskaber skal ejerbogen være tilgængelig for enhver anpartshaver, jf. SL § 51, stk. 6.
- I selskaber, hvor medarbejderne er berettigede til at vælge medlemmer til selskabets øverste ledelsesorgan, men hvor denne ret ikke er udnyttet, skal ejerbogen tillige være tilgængelig for en repræsentant for medarbejderne, jf. SL § 51, stk. 2.
- Ejerbogen skal være tilgængelig for offentlige myndigheder, jf. SL § 51, stk. 1, 1. pkt.

10.5. Anmeldelse af ejerskifte eller pantsætning

- På forlangende udsteder selskabet bevis for noteringen i ejerbogen, jf. SL § 53, stk. 3.
- Kapitalejeren (eller panthaveren, hvis der er tale om pant i en kapitalandel) skal underrette selskabet om ejerskifte eller pantsætning, jf. SL § 53, stk. 1.
- Underretning om ejerskifte eller pantsætning indføres i ejerbogen
  - selskabet har både ret og pligt til at foretage en prøvelse af, om vedtægterne er til hinder for erhvervelsen.

10.6. Det Offentlige Ejerregister

- Betydning at vide, hvem der "står bag" et selskab.
- Enhver, der besidder kapitalandele, skal give meddelelse til selskabet, når:

- kapitalandelenes stemmeret udgør mindst 5 pct. af selskabskapitalens stemmerettigheder eller udgør mindst 5 pct. af selskabskapitalen, eller
- ændring i et allerede meddelt besiddelsesforhold bevirker, at grænserne på 5, 10, 15, 20, 25, 50, 90 eller 100 pct. og grænserne på ⅓ eller ⅔ af selskabskapitalens stemmerettigheder eller selskabskapitalen nås – eller ikke længere er nået.

Også selskabets eventuelle beholdning af egne kapitalandele registreres i dette register.

Der medregnes kapitalandele, hvis stemmeret tilkommer en virksomhed, som den pågældende kontrollerer, jf. SL § 55, stk. 1.

Meddelelse fra en kapitalejer om, at en tærskel er passeret i op- eller nedadgående retning, skal gives til selskabet, senest 2 uger efter at én af grænserne nås eller ikke længere er nået, jf. SL § 56, stk. 1.

Selskabet skal foretage indberetning i ES' it-system, jf. SL § 58, stk. 1.

Offentliggøres i ES' it-system, jf. SL § 58, stk. 3
- et offentligt tilgængeligt register over, hvem der besidder betydelige kapitalposter i selskabet
- i kraft siden 15. marts 2015, jf. bkg. nr. 242 af 11. marts 2015
- om reglerne og deres betydning, særligt med henblik på kapitalselskaber omfattet af SL, se nærmere *Søren Friis Hansen* i UfR 2016 B s. 245 ff.

10.7. Juridiske personers reelle ejere

Svaghed ved Ejerregisteret og storaktionærreglerne fx …
- kunne lade et I/S, bestående af selskabets aktionærer, registrere som ejer alle aktier i selskabet
- ministersvar til spørgsmål nr. S-978 af 15. juni 1993: ikke i strid med reglerne
- kunne altså på denne måde om ønsket skjule de reelle ejerforhold
- endvidere:
  - selskab med hjemsted i udlandet ville kunne anvendes som samlet ejer (holdingselskab) af det danske kapitalselskab
  - i fortegnelsen over kapitalejere med betydelige kapitalposter ville dermed alene indgå det udenlandske selskab
  - i hvilket omfang offentligheden kan få indsigt i ejerforholdene i et udenlandsk selskabs forhold, beror på det udenlandske selskabs hjemlands regler
  - hvis disse regler ikke hjemler indsigt, standsede gennemsigtigheden således ved landegrænsen.

Afgørende ændret – fra 2017
- lovforslag L 94 af 16. december 2016, lov nr. 262 af 16. marts 2016
- definerer begrebet "reel ejer", jf. SL § 5, nr. 26
- indførte SL § 58 a

  - nærmere forskrifter om anmeldelse og indsigt
- registrering af selskabets reelle ejere
  - dvs. øget gennemsigtighed
  - har gjort det sværere at gemme sig bag selskabskonstruktioner
  - gennemførte samtidig EU-direktiv 2015/849 om forebyggelse af hvidvask og finansiering af terrorisme.

Andre typer af juridiske personer end i SL – ligeledes omfattet
- blandt andet
  - partnerselskaber, jf. SL § 58 a, smh. med § 358
  - interessentskaber og kommanditselskaber (uanset om de i øvrigt er registreringspligtige eller ej)
  - F.m.b.a.er og A.m.b.a.er, jf. EVL §§ 15 g-h
  - europæiske aktieselskaber efter loven om SE-selskaber, jf. denne lovs §§ 17 a-b
  - europæiske firmagrupper efter loven om europæiske økonomiske firmagrupper, jf. EØFG-lovens §§ 1 a-b
  - erhvervsdrivende fonde, jf. EFL §§ 21 a-b (uanset at en fond ikke har nogen ekstern ejer, kan fonden godt have en reel "magthaver"), og
  - ikke-erhvervsdrivende fonde efter lov om fonde, jf. FL §§ 4 og 5 (samme bemærkning som til de erhvervsdrivende fonde).

Reel ejer – begrebet, jf. SL § 5, nr. 26
- en fysisk person …
- der "i sidste ende direkte eller indirekte ejer eller kontrollerer en tilstrækkelig del af ejerandelene eller stemmerettighederne, eller som udøver kontrol ved hjælp af andre midler"
- reglerne om børsnoterede selskaber har deres egne forskrifter
  - derfor undtager definitionen i SL "ejere af selskaber, hvis ejerandele handles på et reguleret marked eller et tilsvarende marked …
  - som er undergivet oplysningspligt i overensstemmelse med EU-retten eller tilsvarende internationale standarder"
- det er den samlede de facto-indflydelse …
  - som en fysisk person opnår gennem direkte eller indirekte besiddelse af aktier, stemmerettigheder eller anden form for kontrol …
  - som er afgørende for, hvorvidt den pågældende betragtes som reel ejer, jf. straks nedenfor om lovmotiverne
- "reel ejer" må ifølge lovbemærkningerne forstås synonymt med "ultimativ ejer"
- det er den, der …
  - "i sidste ende direkte eller indirekte ejer eller kontrollerer en tilstrækkelig del af ejerandelene eller stemmerettighederne, eller som udøver kontrol ved hjælp af andre midler"
- lovmotiverne uddyber dette [understreget her]:
  - "Ejerskab eller kontrol kan være direkte eller indirekte …

- hvilket vil sige gennem direkte besiddelse af ejerandele i det pågældende selskab, virksomhed mv. …
- men også indirekte, hvilket vil sige gennem holdingselskab, dattervirksomhed eller lignende.
- Ved opgørelse af reelt ejerskab vil der blive set igennem eventuelle juridiske personer som (legale) ejere …
- så de reelle fysiske personer, som i sidste ende har en tilstrækkelig del af ejerandelene eller stemmerne, eller som på anden måde udøver kontrol …
- vil være de i forhold til disse regler relevante personer.
- Hvis en fysisk person ejer en tilstrækkelig del af ejerandelene i en virksomhed til at være reel ejer, og hvis denne person har overdraget stemmeretten på ejerandelene til en anden fysisk person – eventuelt gennem en eller flere juridiske personer – forudsættes det, at begge de fysiske personer vil blive anset som reelle ejere.
- Bestemmelsen dækker alle former for ejerskab eller kontrol, hvilket bl.a. medfører, at der ikke er krav om besiddelse af ejerandele i det pågældende selskab, virksomhed mv.
- Der kan således eventuelt være tale om kontrol på anden måde, hvilket vil kunne være via eksempelvis aftale, ret til udpegning af bestyrelsesmedlemmer eller lignende.
- Hvis eksempelvis en person [panthaveren] råder over stemmerettigheder, som er overdraget gennem en [pantsætningsaftale], skal vedkommende således medregne disse rettigheder i opgørelsen af, om der opnås reelt ejerskab.
- Det er en forudsætning, at der faktisk rådes over rettighederne, og at rettighederne således ikke blot udøves i overensstemmelse med modtagne instrukser fra pantsætter.
- Eksistensen af potentielle stemmerettigheder, herunder tegningsretter og købsoptioner på kapitalandele, som aktuelt kan udnyttes eller konverteres, skal tages i betragtning ved vurderingen af, om der foreligger et reelt ejerskab.
- Dette begrundes i at denne form for rettigheder vil kunne aktiveres ved en ensidig beslutning fra rettighedshaveren, som dermed selv bestemmer, hvornår vedkommende vil råde over kapitalandelene.
- Hvis denne form for rettigheder ikke skulle medregnes, ville de kunne benyttes til at sløre et reelt ejerskab.
- Omvendt må udstederen af rettigheden nødvendigvis også skulle medregne ikke-udnyttede rettigheder, da udstederen af rettigheden, indtil rettighedshaveren aktiverer denne, fortsat råder over kapitalandelene.
- Virksomhedens ansvar for at medregne denne form for indirekte ejerskab og kontrol ved opgørelsen af, hvorvidt en fysisk person er reel ejer, strækker sig kun til det selskabet vidste eller burde vide.

- Da reelle ejere er de fysiske personer, som i sidste ende er de ultimative ejere af ejerandele eller stemmerettigheder, vil det også være nødvendigt for selskabet at indhente oplysninger om en ejer, som udøver sine rettigheder via en såkaldt nominee-ordning i det omfang, at der er formodning om at den pågældende er reel ejer.
- En ret til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne af selskabets bestyrelse vil ligeledes kunne medføre reelt ejerskab.
- Der må dog i sådanne situationer bestå et retskrav på grundlag af selskabets vedtægter, ejeraftale, aftale i forbindelse med pantsætning af kapitalandele eller lignende.
- Det vil ligeledes i nogle tilfælde være nødvendigt at vurdere det faktiske antal stemmer repræsenteret på generalforsamlingen, hvilket vil sige, at hvis det på baggrund af tidligere generalforsamlinger viser sig, at kun 60 pct. af de samlede stemmerettigheder i et selskab repræsenteres på generalforsamlingen, skal der mindre end 25 pct. af stemmerne til for, at den enkelte ejer kan have kontrol som reel ejer. Der skal dog være tale om et mere permanent forhold.
- Det samme princip gør sig gældende i forbindelse med udpegningsrettigheder, hvor en permanent udeblivelse af bestyrelsesmedlemmer kan give de øvrige bestyrelsesmedlemmer relativt mere indflydelse.
- Eksempelvis kan retten til at udpege et antal bestyrelsesmedlemmer give mere indflydelse, hvis en eller flere af de øvrige bestyrelsesmedlemmer permanent har forfald fra bestyrelsesmøderne.
- Det er den samlede de facto indflydelse, som en fysisk person opnår gennem direkte eller indirekte besiddelse af aktier, stemmerettigheder eller anden form for kontrol, som er afgørende for, hvorvidt den pågældende betragtes som reel ejer.
- Det vil altid skulle fastslås ud fra en konkret vurdering.
- Der stilles ikke krav om bestemmende indflydelse som defineret i selskabsloven."

Hvad skal selskabet helt konkret gøre?

— selskabet skal indhente oplysninger om de reelle ejere, herunder oplysninger om de reelle ejeres rettigheder, jf. SL § 58 a, stk. 1
— er der ingen reelle ejere, eller kan der ikke identificeres nogen reelle ejere …
  - skal de registrerede medlemmer af selskabets direktion optages som reelle ejere i Erhvervsstyrelsens it-system
  - gælder ikke børsnoterede selskaber mv., jf. § 58 a, stk. 4
— selskabet skal registrere oplysningerne om de reelle ejere i ES'it-system …
  - hurtigst muligt efter, at selskabet er blevet bekendt med, at en person er blevet reel ejer …
  - og ligeledes efter enhver ændring til de oplysninger, som er registreret, jf. SL § 58 a, stk. 2

- selskabet skal opbevare oplysninger om dets reelle ejere i 5 år efter det reelle ejerskabs ophør
  - samt opbevare oplysninger om forsøg på at identificere reelle ejere i 5 år efter gennemførelsen af forsøget
  - gælder ikke børsnoterede selskaber mv., jf. § 58 a, stk. 4
- selskabet skal efter anmodning udlevere oplysninger om selskabets reelle ejere …
  - herunder om selskabets forsøg på at identificere dets reelle ejere …
  - til Statsadvokaten for Særlig Økonomisk og International Kriminalitet, SØIK, jf. SL § 58 a, stk. 3
  - og efter anmodning udlevere de nævnte oplysninger til andre offentlige myndigheder …
  - når disse vurderer, at oplysningerne er nødvendige for deres varetagelse af tilsyns- eller kontrolopgaver
  - gælder ikke børsnoterede selskaber mv., jf. § 58 a, stk. 4.
- ES fastsætter nærmere regler om registrering og offentliggørelse af oplysningerne i styrelsens it-system …
  - herunder hvilke oplysninger selskabet skal registrere i systemet, jf. SL § 58 a, stk. 5.

10.8. Omsættelighedsindskrænkninger

- Den tredje kategori af fundamentale kapitalejerrettigheder
  - dispositionsretten (dispositionsbeføjelsen);
  - dvs. retten til frit at disponere over sin kapitalandel.
- Kapitalandelene er ellers frit omsættelige.
- Former for omsættelighedsbegrænsning
  - forkøbsret;
  - køberet;
  - samtykke fra selskabet;
  - medsalgspligt – minoritet har pligt til at medsælge ved majoritetssalg;
  - medsalgsret – minoritet har ret til at medsælge ved majoritetssalg;
  - indløsning;
  - kuvertklausul: byder på selskabet i lukket kuvert;
  - auktionsklausul: holder indbyrdes auktion over selskabet;
  - ping-pong-klausul (= musefældeklausul): tilbyder at købe den andens kapitalandele til angiven kurs – den anden kan vælge at sælge eller købe til denne kurs.
- Kun nogle af de her nævnte former for omsættelighedsindskrænkninger er omtalt i loven;
  - fx er køberet uomtalt i loven.
- Vedtægtsmæssige omsættelighedsbegrænsninger skal normalt fortolkes på et objektivt grundlag.

- Overdragelse og overgang må ikke anvendes i flæng:
  - overdragelse
    - frivillig disposition i form af salg, pantsætning, gave, mageskifte mv.
  - overgang
    - enhver form for ejerskifte.

10.9. Forkøbsret og køberet

- Forkøbsret er en ret til at købe, i stedet for at kapitalandelene sælges til andre.
- Køberet er en ret til at købe, når en bestemt udløsende faktor er til stede.
- Åbenbart urimelig pris eller åbenbart urimelige vilkår i øvrigt kan tilsidesættes.
  - *UfR 2003.1067 SH (Exiqon)*
    - en for selskabet billig køberet til en medarbejders aktier blev tilsidesat i medfør af aftalelovens § 36.
- Udmeldelse af skønsmand, SL § 67, stk. 3
  - skønsmandens afgørelse kan indbringes for retten.
- "Kuvertklausul"
  - hver kapitalejer møder hos advokat eller notar medbringende en kuvert med bud på de øvriges kapitalandele.
- "Musefældeklausul" (også betegnet ping-pong-klausul)
  - tilbyder at købe den andens kapitalandele til en samtidigt angivet kurs;
  - tilbuddets modtager kan vælge mellem at acceptere tilbuddet eller købe tilbudsgiverens kapitalandele til den angivne kurs.
- *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*: Vedtægter og ejeraftaler (3. udg., 2010).

10.10. Samtykke fra selskabet til overgang

- Bestemmelse i vedtægterne om, at overgang af kapitalandele kun kan ske med selskabets samtykke.
- Afgørelse herom træffes snarest muligt efter anmodningens modtagelse, jf. SL § 68, stk. 1, 1. pkt.
- Kompetencen ligger hos centrale ledelsesorgan, jf. SL § 68, stk. 2
  - vedtægterne kan bestemme, at kompetencen er hos generalforsamlingen.
- Såfremt der ikke gives samtykke, skal begrundelsen fremgå af underretningen, jf. SL § 68, stk. 2, 2. pkt.
- Manglende samtykke – fx til en pantsætning …
  - kan ikke bagefter påberåbes af den, der foretog pantsætningen mv. og forsømte at indhente samtykke;
  - jf. *UfR 2013.2985 H (European Wind Farms A/S)*.

- En ejerbetingelse er ikke = en samtykkeregel
  - vedtægterne kan opstille bestemte kriterier for, at man overhovedet kan være kapitalejer i selskabet …
  - fx kun kooperative virksomheder;
  - dette er ikke en samtykkeregel, dvs. den indebærer ingen skønsbeføjelse for ledelsen …
  - ledelsen skal ved noteringen af erhvervelsen alene (objektivt) påse …
  - at erhververen opfylder betingelserne;
  - jf. *UfR 2012.1823 H (Roskilde og Omegns Fællesbageri A/S)* …
    - hvor bestyrelsen fejlagtigt opfattede det som en samtykkeregel, når der i vedtægterne stod, at …
    - "… enhver overdragelse af aktier skal for at opnå gyldighed noteres af bestyrelsen i [ejerbogen]".

10.11. Medsalgsklausuler

- Uomtalt i SL
- Kan forekomme i vedtægter eller oftere i ejeraftaler
  - en minoritetskapitalejer har i tilfælde af overdragelse af majoritetsposten i selskabet har ret, men ikke pligt …
  - til at sælge sine aktier på identiske vilkår.
- En videregående version af en sådan klausul indebærer en **pligt** til medsalg
  - *drag-along* klausul.
- Kan have udskudt virkningstidspunkt
  - (lige)deling mellem S og køberen K1 af den merpris, som K opnår ved videresalget til K2;
  - jf. *UfR 2010.1575 H*.
- Den selskabsretlige lighedsgrundsætning indebærer ikke …
  - at den, der opnår bestemmende indflydelse …
  - har pligt til at tilbyde minoritetsejerne at købe deres kapitalandele på samme betingelser;
  - jf. EUD i *C-101/08 (Bertelsmann)*.

10.12. Indløsningsregler

- Overblik over indløsningssituationerne
  - vedtægtsbestemt indløsning, SL § 69:
    - vedtægterne har nærmere regler om betingelserne for indløsning, og hvem der kan forlange den iværksat.
  - vedtægtsbestemt amortisation, SL § 74:
    - der er en fast plan i vedtægterne for en skematisk, trinvis indløsning, dvs. en amortisation.

- $^{9}/_{10}$-majoritetssituation – majoritetshaveren kræver minoriteten indløst, SL § 70:
  - ⇜ en majoritetshaver er nået op på mere end $^{9}/_{10}$ af stemmer og kapital, vil gerne eje selskabet 100 pct. og indløser derfor minoriteten.
- $^{9}/_{10}$-majoritetssituation – minoriteten kræver sig indløst, SL § 73:
  - ⇜ samme situation, men her er det minoriteten, der kræver sig indløst (en exitmulighed).
- indløsningstilbud til minoritet ved overtagelse af børsnoteret selskab, SL §§ 70-71:
  - ⇜ der er specielle regler om pligt til at tilbyde de øvrige kapitalejere at købe (indløse) deres kapitalandele, når man har overtaget et selskab, der er noteret på et reguleret marked (børsnoterede selskaber mv.).
- nedstemt minoritet kræver sig indløst (vidtgående vedtægtsændringer), SL § 110:
  - ⇜ der er gennemført vidtrækkende vedtægtsændringer, som kræver $^{9}/_{10}$ af både afgivne stemmer og repræsenteret selskabskapital, og en nedstemt majoritet vil ud af selskabet og kræver sig derfor indløst af dette (en exitmulighed).
- nedstemt minoritet kræver sig indløst (grænseoverskridende fusion og spaltning), SL §§ 286 og 306:
  - ⇜ selskabet indgår i en grænseoverskridende fusion eller spaltning, og en nedstemt minoritet vil ud af selskabet og kræver sig derfor indløst (exitmuligheden).
- majoritetsmisbrug – minoriteten kræver sig indløst, SL § 362, stk. 2:
  - ⇜ den eller de, der har den bestemmende indflydelse i selskabet, misbruger den groft, og den krænkede minoritet kræver derfor, at majoritetshaveren indløser minoriteten, dvs. køber minoritetens kapitalandele (exitmulighed for minoriteten).
- majoritetsmisbrug – minoriteten kræver at indløse majoritetshaveren, SL § 362, stk. 3:
  - ⇜ samme situation, men minoriteten kræver i stedet at købe majoritetshaveren ud (dvs. en tvungen exit for den, der gør sig skyldig i majoritetsmisbrug).

✍ Også en ejeraftale kan indeholde "indløsningsregler"
- her er der rettelig tale om bestemmelser om køberet mv.

10.13. Lighedsgrundsætningen

✍ Kapitaldirektivets artikel 42:
- staternes lovgivning skal sikre "en lige behandling af aktionærer, der befinder sig i samme situation".

✍ SL § 45, 1. pkt.:
- alle kapitalandele har lige ret i selskabet.

✍ Vedtægterne kan bestemme andet og således fravige lighedsgrundsætningen.

- Lovens hovedprincip om det stemmeretlige proportionalitetsprincip:
  - stemmestyrke følger kapitalstyrke.
- Lighedsgrundsætningen og generalklausulerne i henholdsvis SL § 108 (om generalforsamlingens beslutninger) og SL § 127, stk. 1 (om ledelsens beslutninger) er ikke sammenfaldende:
  - lighedsgrundsætningen:
    - forbud mod sagligt ubegrundet forskelsbehandling af kapitalejere, der befinder sig i samme situation.
  - majoritetsmisbrug:
    - saglig/materiel berettigelse af den enkelte beslutning
    - om selskabets egeninteresse: *Lars Bunch* & *Jan Schans Christensen* i UfR 2011 B s. 1 ff.
- Lighedsgrundsætningen er fravigelig (deklaratorisk)
  - dvs. kan fraviges med samtykke fra dem, der skades

10.14. Opdeling i af selskabskapitalen i kapitalklasser

- Eneste tekniske måde, hvorpå et selskab på forhånd kan bryde lighedsgrundsætningen, er oprettelse af forskellige kapitalklasser, jf. SL § 45, 2. pkt.
- Det skal fremgå af selskabets vedtægter, hvis der er forskellige klasser.
- Klasseopdeling bør overvejes, såfremt ét eller flere af følgende punkter er aktuelle for selskabet:
  - forskellig stemmeret,
  - forskellig udbytteret (simpel eller kumulativ), fx de foran under i afsnit 9.2 nævnte generationsskifteordning via A/B-modeller
  - forskellig udlodningsret ved opløsning,
  - klassevis valgret til bestyrelsen,
  - udpegningsret til en ekstra revisor,
  - særlig indsigt i selskabets forhold (dog ikke for et børsnoteret selskab),
  - børsnotering af én, men ikke af en anden klasse,
  - omsættelighedsindskrænkning (samtykke, forkøbsret, køberet, medsalgsret, medsalgspligt, ping-pong klausul, kuvertklausul) i én, men ikke i en anden klasse,
  - nedadgående fravigelse af brøken for krav om granskning, når kravet fremsættes af én bestemt klasse,
  - ret til at forlange et vist mindsteudbytte,
  - ret til at modsætte sig udbytte over en vis størrelse,
  - navnenoteringskrav i én, men ikke i en anden klasse og/eller
  - indløsningsregler for én, men ikke for en anden klasse.
- Både ligeretsgrundsætningen (SL § 45) og generalklausulen om majoritetsmisbrug (SL § 108) gælder …
  - ved selve beslutningen om at oprette en klasse …
  - og ved senere ændringer eller ophævelse af sådanne klasser.

Kapitel 11

Vedtægter, forretningsorden, ejeraftaler

11.1. Vedtægterne

- En "forfatning" for selskabet.
- Det konkrete retsgrundlag for selskabets eksistens og virksomhed.
- *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*: Vedtægter og ejeraftaler (2010).
- Det selskabsretlige "regelhierarki" (begrebet lanceret i bet. nr. 1498/2008, men ses kritiseret i litteraturen)
  - SL;
  - vedtægter;
  - en eventuel ejeraftale.
- Vedtægterne er offentligt tilgængelige.
- Fortolkningen skal ske på et objektivt grundlag.
- Obligatoriske vedtægtsemner – dvs. mindsteindholdet:
  - navn og eventuelle binavne, jf. SL §§ 2 og 3,
  - formål,
  - selskabskapitalens størrelse og antallet af kapitalandele eller kapitalandelenes pålydende værdi, jf. SL §§ 4 og 47,
  - kapitalandelenes rettigheder, jf. SL §§ 45-49 og §§ 67-68,
  - ledelsesorganer, jf. SL § 111, stk. 1,
  - indkaldelse til generalforsamling, jf. SL § 76 ff., fx e-kommunikation,
  - regnskabsår og
  - (det seneste ophørstidspunkt for selskabet, hvis dets levetid er begrænset, § 29).
- Bemærk, at følgende (modsætningsvis) ikke er obligatorisk:
  - hjemsted,
  - en tegningsregel (!) – kan dog ikke undværes i praksis,
  - hovednavn i parentes efter binavn (kan sagtens undværes) og
  - mindstedagsorden til ordinær generalforsamling.

- Betinget obligatoriske vedtægtsemner – dvs. skal med i vedtægterne, såfremt der skal gælde noget om det:
  - kapitalejeres mulighed for kun at indbetale en del af de udestående beløb, jf. SL § 34,
  - etablering af forskellige kapitalklasser, jf. SL § 46 – nærmere nedenfor,
  - stemmeløse- eller stemmesvage kapitalandele, jf. SL § 48, stk. 2,
  - beslutning om, at ejerbogen skal føres eksternt, jf. SL § 50,
  - beslutning om ejerbogen i et A/S skal åbnes for kapitalejerne, jf. SL § 51, stk. 1,
  - mortifikation af ejerbeviser, jf. SL § 66, stk. 3,
  - etablering af forkøbsret, jf. SL § 67, stk. 1,
  - etablering af samtykkeklausul til overgang, jf. SL § 68, stk. 1,
  - etablering af indløsningsret, jf. SL § 69,
  - ledelsens kompetence til at beslutte delvis elektronisk generalforsamling, jf. SL 77, stk. 1,
  - etablering af kupregel (3 dages anmeldelsesfrist), jf. SL § 84, stk. 4,
  - beslutning om, at generalforsamling kan eller skal afholdes andet sted end hjemstedet, jf. SL § 87,
  - minoritetsregel om, at aktionærer, der ejer mindre end 5 pct. kan kræve ekstraordinær generalforsamling, jf. SL § 89, stk. 3,
  - beslutning om elektronisk kommunikation, jf. SL § 92, stk. 3,
  - mulighed for at en kapitalejer ikke behøver stemme samlet på sine kapitalandele, jf. SL § 104, stk. 1,
  - skærpelse af beslutningskravene til vedtægtsændringer, jf. SL § 106, stk. 1,
  - offentlige myndigheder eller andres ret til at udpege medlemmer af bestyrelse eller tilsynsråd, jf. SL § 120, stk. 2,
  - Kortere valgperiode for medlemmer af bestyrelse eller tilsynsråd, jf. § 120, stk. 4,
  - Afskæring af mulighed for at stemme ved fuldmagt i bestyrelse eller tilsynsråd, jf. SL § 124, stk. 2,
  - Regel om, at formandens eller næstformandens stemme er afgørende ved stemmelighed i bestyrelsen eller tilsynsrådet, jf. SL § 124, stk. 3,
  - Begrænsning af ledelsens tegningsret, jf. SL § 135, stk. 3,
  - Bemyndigelse til ledelsen til kapitalforhøjelse, jf. SL § 155, stk. 1,
  - Bemyndigelse til ledelsen til udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants, jf. § 155, stk. 2,
  - Bestemmelse om, at fortegningsretten ikke kan overdrages, jf. SL § 162, stk. 1 og
  - Bestemmelse om fortegningsret inden for de enkelte klasser, jf. SL § 162, stk. 3.
- Nogle fakultative vedtægtsemner:
  - særlige regler om udbytte,
  - yderligere minoritetsbeskyttelsesregler ud over lovens,
  - særlig valgmåde ved bestyrelsesvalg,

- særlige afstemningsforskrifter,
- særlige kompetenceforskrifter mv. i bestyrelsens interne forhold,
- dirigenterhvervet på generalforsamlingen og
- medarbejderrepræsentation, hvor ej obligatorisk.

11.2. Forretningsorden for bestyrelse eller tilsynsråd

- Hvis bestyrelsen eller tilsynsrådet består af flere medlemmer, jf. SL § 130, stk. 1.
- Der skal tages udgangspunkt i selskabets virksomhed og behov, jf. SL § 130, stk. 2, 1. pkt.
- Skal indeholde bestemmelser om følgende, jf. SL § 130, stk. 2, 2. pkt.:
  - konstitution,
  - arbejdsdeling,
  - tilsyn med direktionens daglige ledelse,
  - føring af bøger, protokoller m.v.,
  - skriftlige og elektroniske møder,
  - tavshedspligt,
  - suppleanter,
  - regnskabskontrol,
  - underskrivelse af revisionsprotokol og
  - sikring af tilstedeværelsen af det nødvendige grundlag for revision.
- En række centrale forskrifter er dog kun gyldige, hvis de optages i selskabets vedtægter, dvs. at en gengivelse i forretningsordenen ikke er tilstrækkelig:
  - en "født" formand (i stedet for bestyrelsens valg af formanden), jf. SL § 122;
  - højere quorum-krav end "over halvdelen" af bestyrelsens medlemmer, jf. SL § 124, stk. 1;
  - krav om mere end simpelt flertal (typisk til visse nærmere opregnede typer af sager), jf. SL § 124,stk. 3, 1. pkt.;
  - udelukkelse af ad hoc-fuldmagt i bestyrelsen, jf. SL § 124, stk. 2, 2. pkt.;
  - formandens stemme skal være udslaggivende ved stemmelighed i bestyrelsen, jf. SL § 124, stk. 3, 2. pkt.

11.3. Ejeraftaler

11.3.1. Begreb og begrundelse

- En aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet, og som er indgået mellem kapitalejere, jf. SL § 5, nr. 6.
- Gennem ejeraftalen regulerer kapitalejerne:
  - forvaltningsmæssige beføjelser;
  - økonomiske beføjelser;
  - dispositionsmæssige beføjelser.
- *Peer Schaumburg-Müller & Erik Werlauff*: Vedtægter og ejeraftaler (2010).

- Tjener ofte til at afparere virkningerne af det flertalsprincip, der gælder inden for kapitalselskabernes område.
- Majoritetsejeren/ejerne …
  - godkender regnskabet;
  - beslutter at udbetale eller undlade at udbetale udbytte;
  - vælger og afskediger alle de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer (og råder dermed også indirekte over ansættelse/afskedigelse af selskabets direktion);
  - afgør, om selskabet skal kunne købe eller belåne egne kapitalandele;
  - vælger og afskediger selskabets eksterne revisor(er).
- Metode, som ejeraftalen bruger til at forpligte parterne
  - stemmeoverførsel (ofte ikke relevant);
  - stemmebinding (er det typiske område – hvordan man forpligter sig til at stemme);
  - de fleste danske ejeraftaler er stemmebindingsaftaler.
- En ejeraftale eller dele af den kan blive ugyldige, hvis aftalen eller dele deraf konkret giver urimelige resultater
  - *UfR 2003.1067 SH (Exiqon)*
    - en for selskabet billig køberet til en medarbejders aktier blev tilsidesat i medfør af aftalelovens § 36.
  - ejeraftalen bliver ikke ugyldig hverken helt eller delvis, blot fordi den strider mod selskabets vedtægter – hvilket den ofte gør;
  - forudsætningslæren kan få betydning for en ejeraftales bindende kraft.

11.3.2. Vejledning fra ES samt ph.d.-afhandling om ejeraftaler

- ES: "Vejledning om ejeraftaler (aktionæroverenskomster)"
  - vender vi tilbage til nedenfor.
- *Martin Christian Kruhl*: Ejeraftaler – ph.d.-afhandling
  - Enhver ejerrettighed hører hjemme i én af tre juridiske kasser.
- Tre typer ejerrettigheder
  - forvaltningsmæssige rettigheder
    - stemmeret, minoritsrettigheder mv.;
    - kort sagt: magten i selskabet;
    - husk, at der gælder et flertalsprincip i kapitalselskaber;
    - modsat personselskabet, I/S.
  - økonomiske rettigheder
    - ret til udbytte, udlodning ved kapitalnedsættelse, likvidation mv.;
    - kort sagt: pengene.
  - dispositionsmæssige rettigheder
    - retten til at disponere over sin kapitalandel.
- Tænk altid på dette ved konkret koncipering (eller gennemgang):
  - er alle disse tre rettigheder tilstrækkeligt reguleret?

- Tænk først på, hvad der skal gælde i dette selskab …
  - start ikke med at tænke "vedtægter", "forretningsorden", "ejeraftale";
  - start med det materielle: hvad skal gælde i dette selskab?
  - først dernæst overvejes midler og instrumenter;
  - dvs. *substance before form!*

11.3.3. Dernæst: hvilken retsform skal bindingerne have?

- Vedtægterne
  - hvad loven ubetinget kræver ("obligatoriske emner");
  - hvad loven kræver, såfremt der skal gælde noget om det ("betinget obligatoriske emner");
  - hvad loven giver mulighed for, at man regulerer i vedtægterne (medmindre man vil bruge FO eller ejeraftale, jf. nedenfor) ("fakultative emner").
- Forretningsordenen
  - det katalog, som loven nævner (husk: skal nu skræddersys, er ikke en stangvare længere);
  - også fx regulering af inhabilitetssituationen (foreløbig redegørelse etc., jf. SL § 132;
  - tavshedspligten (gentager lovens regel og tilføjer fx et punkt til dagsordenen om stillingtagen til kommunikation af beslutninger), jf. SL § 131.
- Ejeraftale
  - er der overhovedet brug for en ejeraftale? (når alt foranstående er gennemarbejdet ordentligt):
  - hvad der ønskes "hemmeligholdt" …
    - U: kurspåvirkende aftale i børsselskab – hovedindhold skal oplyses).

11.3.4. Hvem bindes?

- Vedtægterne
  - selskabet;
  - bestyrelse og direktion;
  - ejerbogsfører (hvad enten intern eller ekstern);
  - erhververe af aktier/anparter.
- Forretningsorden
  - bestyrelse og direktion …
  - U: nogle forskrifter skal i vedtægterne:
    - formandens evt. udslaggivende stemme, § 124, stk. 3, 2. pkt.,
    - højere quorum end lovens, § 124, stk. 1, 1. pkt. og
    - højere flertalskrav end lovens, § 124, stk. 3, 1. pkt.
- Ejeraftale
  - parterne.

11.3.5. Skal vigtige bindinger stemmes ind i vedtægterne?

- klart udgangspunkt: skal vedtages som enhver anden vedtægtsændring; frivilligt at stemme ja eller nej.
- nogle bindinger kan det dog blive katastrofalt "kun" at have i en ejeraftale, hvis denne ignoreres …
  - fx en forkøbsret til et for den berettigede "livsvigtigt" selskab;
  - ligeså med en repræsentation i bestyrelsen.
- følger det mon af obligationsrettens loyalitetspligt, at man skal stemme for indføjelse i vedtægterne? (af simple, entydige forskrifter fra en ejeraftale, der lige så godt kunne have stået i vedtægterne).
- *Erik Werlauff* i UfR 2010 B s. 130 ff. ("Ejeraftalens håndhævelse – da aftalen ikke binder selskabet")
  - inspiration fra *UfR 1981.300 H (den stædige panthaver)*;
  - *Lynge Andersen* & *Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmænd, s. 448 f.: "Et rimeligt ønske fra en kontraktspart om ændringer i en indgået kontrakt må man således under særlige omstændigheder anføre 'loyale grunde' for at kunne modsætte sig".

11.3.6. Hvad må der skrives i vedtægterne om "ejeraftaler"?

- To metoder til at sikre pligterne – indirekte og direkte.
- Indirekte metode – aftaleretlige instrumenter
  - konventionalbod – kan evt. forsynes med udbakningsregel;
  - gensidig pantsætning af kapitalandele – hos advokat, revisor, bank (husk at denuntiere selskabet) – § 82 ikke til hinder;
  - ved udbytteaftaler – traditionel denuntiation til selskabet (gældsbrevslovens § 29) NB: SKAT!
- Aftal pligt til brevstemme
  - fx inden 2 dage efter indkaldelse til gf.;
  - hvis stemmen afgives: kan ikke tilbagekaldes;
  - hvis ikke: misligholdelse (+ aftalt *fast-track* voldgift);
  - *Hasse Olsen* & *Nicholas William Boe Stenderup* i Justitia 2011 nr. 6 s. 51 ff.
- Direkte metode – vedtægterne anvendes (også)
  - vidtgående – indskrives i vedtægterne, jf. eksempler nedenfor;
  - mindre vidtgående – der henvises (i tilladt omfang) til ejeraftalen gennem vedtægterne.
- Hvilke henvisninger anser ES for tilladt?
  - jf. ES'vejledning af om ejeraftaler;
  - § 82 ("binder ikke selskabet") gælder også eksisterende ejeraftaler …
  - thi § 82 er alene en "kodificering af den gældende retstilstand" (ikke helt korrekt, jf. *UfR 1996.1550 H* og bet. 1498/2008 s. 839) …
  - men tilbage bliver alligevel lovens virkning også for eksisterende aftaler;

- en sammenkædning mellem ejeraftale og vedtægt accepteres af ES "på nogle få punkter" …
  - fx en vedtægtsmæssig samtykke regel i vedtægter;
  - kan evt. henvise til ejeraftales kriterier for tilladelse henholdsvis afslag;
  - fx at køberen tiltræder ejeraftalen (nævnes dog ikke i ES-vejledningen);
  - ES påpeger, at en ny ejer automatisk bindes af vedtægter, men ikke af ejeraftale;
  - ES påpeger også, at navns nævnelse i vedtægterne er mulig, fx ad …
    - veto over for bestemte former for vedtægtsændringer (ja, selvfølgelig, jf. SL § 106, stk. 1, 2. pkt.);
    - valgret til bestyrelsen (ja, selvfølgelig, jf. SL § 120, stk. 2).

Selskabet kan godt være part i ejeraftalen

- men stadig kun aftaleretligt (kan fx ikke binde gf.);
- hvis det har egne kapitalandele …
- kan det fx binde sig vedrørende forkøbsret mv.;
- kan jo nu have langt mere end 10 pct. egne kapitalandele, fx 90 pct. (forudsat bemyndigelse fra gf. og tilstrækkelige frie reserver).

Kapitel 12

Selskabsorganerne – overblik

12.1. Generalforsamlingen

- Selskabets organer udgør formelt set et hierarki
  - generalforsamlingen er øverst;
  - under generalforsamlingen kommer bestyrelsen;
  - herunder kommer direktionen;
  - i det daglige er den reelle indflydelse dog vendt om i forhold til dette.
- Ejernes ret til at træffe beslutninger i selskabet …
  - udøves på generalforsamlingen, jf. SL § 76, stk. 1.
- Udgangspunktet er, at generalforsamlingen holdes som et møde, hvor deltagerne møder fysisk frem.
- Kan fraviges, således at:
  - det konkret besluttes at undlade at holde generalforsamling, jf. SL § 76, stk. 2,
  - det generelt bestemmes i vedtægterne, at der ikke holdes generalforsamling, jf. SL § 76, stk. 3,
  - der kan deltages i generalforsamlingen på elektronisk måde, jf. SL § 77, stk. 1, om delvis elektronisk generalforsamling,
  - generalforsamlingen som møde helt erstattes af en elektronisk begivenhed, jf. SL § 77, stk. 2, om fuldstændig elektronisk generalforsamling.
- Usikkert, om man ud af SL § 111 forudsætningsvis kan læse, at anliggender, der er af så stor betydning …
  - at de rækker ud over begrebet "ledelse" …
  - skal forelægges for generalforsamlingen …
  - selv om der ikke skal ske vedtægtsændring;
  - ekstraordinære dispositioner som fx salg af væsentlige dele af selskabets virksomhed …
  - skal formentlig forelægges for generalforsamlingen;
  - jf. *Kasper Blangsted Dichow* i UfR 2002 B s. 338 ff.

12.2. Terminologien – centrale øverste ledelsesorgan

- Udtrykkene bestyrelse og direktion er (naturligvis) bevaret
  - og udtrykket "tilsynsråd" er kommet til (med SL).
- Lovens rammebetegnelser beskriver retstilstanden fælles for aktie- og anpartsselskaber.
- Vigtig opgave for en bruger af SL at "oversætte" lovens udtryk til det konkrete selskabs forhold.
- Det centrale ledelsesorgan er bestyrelsen, hvis der er en sådan, og ellers direktionen.
- Det øverste ledelsesorgan er det organ, der ikke har nogen over sig.

12.3. Valg af ledelsesstruktur

- Bestyrelse og direktion – både A/S og ApS
  - bestyrelsen
    - varetager den overordnede og strategiske ledelse, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 1. pkt.;
    - i et aktieselskab skal der være mindst 3 bestyrelsesmedlemmer, jf. SL § 111, stk. 2. I et anpartsselskab kan der blot være ét eller to bestyrelsesmedlemmer.
  - direktionen
    - varetager den daglige ledelse, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. pkt.;
    - der kan være én eller flere direktører;
    - en eller flere direktører kan samtidig være medlem af bestyrelsen (dvs. dobbeltmandat er tilladt) …
      - men flertallet af bestyrelsens medlemmer skal i aktieselskaber være personer, som ikke er direktører i selskabet, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 4. pkt.;
      - denne begrænsning i personsammenfald gælder ikke i anpartsselskaber.
    - en direktør i et aktieselskab kan ikke være formand eller næstformand for bestyrelsen i aktieselskabet, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, 5. pkt. …
      - heller ikke denne begrænsning gælder i anpartsselskaber.
- Tilsynsråd og direktion – både A/S og ApS
  - direktionen varetager al ledelse, både daglig, overordnet og strategisk, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2;
  - der kan være én eller flere direktører;
  - tilsynsrådet ansætter og afskediger direktionen samt fører tilsyn med direktionen, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2;
  - et medlem af direktionen kan ikke være medlem af tilsynsrådet, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2, 3. pkt. (dobbeltmandat er forbudt).

- Direktion – kun ApS
  - direktionen varetager al ledelse, både daglig, overordnet og strategisk, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2;
  - hvis medarbejderne opfylder betingelserne for repræsentation i bestyrelse eller tilsynsråd, jf. SL § 140 …
    - skal anpartsselskabet dog indføre bestemmelser om bestyrelse eller tilsynsråd i sine vedtægter …
    - således at der oprettes et sådant organ, som medarbejderne kan vælge medlemmer af;
    - vedtægterne skal ændres som nævnt, hvis blot én anpartshaver stemmer for det, jf. SL § 111, stk. 3.
  - også uden at være forpligtet til det efter medbestemmelsesreglerne kan anpartsselskabet vælge en struktur med bestyrelse eller tilsynsråd …
    - jf. de to foregående strukturmodeller;
    - bestyrelsen henholdsvis tilsynsrådet behøver i så fald ikke at have mindst 3 medlemmer, men kan have ét eller to medlemmer, jf. SL § 111, stk. 2, modsætningsvis.
- De regler, der gælder for et bestyrelses- eller tilsynsrådsmedlem …
  - gælder også for deres suppleanter, jf. SL § 111, stk. 4.

12.4. Tilsynsråd i stedet for bestyrelse – hvornår relevant?

- Det danske led i en koncern, der ultimativt er tysk ejet.
- Særlig vægt på kontrol og tilsyn med selskabets direktion.
- Aktieselskaber, som under den hidtil gældende lovgivning ønskede en struktur med et repræsentantskab.
- Selskaber, som ønsker en øget distance mellem selskabets direktion og dets øverste ledelsesorgan, herunder medarbejderrepræsentanter.

12.5. Valg af medlemmer til bestyrelse og tilsynsråd

- Bestyrelsen i et aktieselskab (eller i hvert fald dens flertal, jf. SL § 120, stk. 1) vælges af generalforsamlingen.
- I et ApS kan direktionen og/eller bestyrelsen vælges eller udnævnes på en hvilken som helst måde, der bestemmes i selskabets vedtægter, jf. SL § 120.
- Er der flere kapitalklasser, kan disse have klassevis valgret til et vist antal mandater hver.
- Der kan i vedtægterne opstilles generelle habilitetskrav (valgbarhedskrav).
- Bestyrelsesmedlemmer skal være myndige personer, jf. SL § 112, stk. 1.
- Efter loven ingen pligt til at vælge suppleanter.
- Valgperioden skal nævnes i vedtægterne, jf. SL § 120, stk. 4, 1. pkt., og kan højst være 4 år.

- Forud for valget skal der i et A/S gives oplysning om de opstillede personers ledelseshverv i andre erhvervsdrivende virksomheder, bortset fra hverv i selskabets egne 100 pct. ejede datterselskaber, jf. SL § 120, stk. 3.
- Et medlem kan altid efter eget ønske udtræde af bestyrelsen, jf. SL § 121, stk. 1, 1. pkt.
- Et medlem kan til enhver tid afsættes af den, der har valgt henholdsvis udpeget ham, det vil normalt sige generalforsamlingen, jf. SL § 121, stk. 1, 3. pkt.

12.6. Ansættelse af direktion

- Ledelsesstruktur med bestyrelse og direktion
  - bestyrelsen ansætter direktionen, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1.
- Ledelsesstruktur med tilsynsråd og bestyrelse
  - i et aktieselskab – tilsynsrådet ansætter direktionen, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 2.
- Har et ApS en struktur med en direktion uden bestyrelse, bestemmer vedtægterne, hvordan direktionen vælges eller udpeges.

12.7. Bestyrelsens henholdsvis tilsynsrådets opgaver

- Bestyrelse skal, jf. SL § 115, varetage den overordnede og strategiske ledelse og sikre en forsvarlig organisation af selskabet.
- Bestyrelsen skal påse:
  - at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter selskabets forhold er tilfredsstillende,
  - at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring,
  - at bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold,
  - at direktionen udøver sit hverv "på en behørig måde" og efter bestyrelsens retningslinjer og
  - at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt.
- Bestyrelsen bør løbende vurdere selskabets finansielle stilling
  - *UfR 2007.497H*
    - ↬ havde forsømt pligten til at føre tilsyn med selskabets økonomi og dets forhold i øvrigt.

12.8. Direktionens opgaver

- Selskab **med** bestyrelse
  - direktionen har den daglige ledelse af selskabet, jf. SL § 117, stk. 1, 1. pkt.;
  - skal følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet, jf. SL § 117, stk. 1, 2. pkt.;
  - ikke dispositioner, der efter selskabets forhold er af usædvanlig art eller stor betydning, jf. SL § 117, stk. 1, 3. pkt.

- Selskab **uden** bestyrelse
  - hvor der er valgt en ledelsesstruktur med tilsynsråd og direktion …
  - skal direktionen varetage såvel den overordnede og strategiske ledelse som den daglige ledelse, jf. SL § 117, stk. 2, 1. pkt.;
  - direktionen skal desuden sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, jf. SL § 117, stk. 2, 2. pkt.

12.9. Yderligere direktionsopgaver, uanset ledelsesstruktur

- Uanset ledelsesstruktur har direktionen nogle centrale pligter og opgaver, jf. SL § 118:
  - bogføring;
  - formueforvaltning;
  - kapitalberedskab.

12.10. Repræsentantskab

- Vil i fremtiden knap nok være "velkomment" i dansk selskabsret.
- Med selskabsreformen 2010 udgik lovreguleringen af repræsentantskaber.
- Kan ikke tillægges beføjelser, der tilkommer et andet organ
  - kan fx ikke vælge/afsætte bestyrelsen;
  - eller bestemme honorar til bestyrelsen.
- Repræsentantskaber i banker og sparekasser mv. er uberørt af det her anførte.

Kapitel 13

Generalforsamlingen

13.1. Alternativer til almindelig fysisk generalforsamling

- Kan **konkret** fravige lovens og vedtægternes form- og fristkrav, hvis samtlige kapitalejere er enige herom, jf. SL § 76, stk. 2 …
  - fx skriftlig generalforsamling eller cirkulation af udkast pr. e-mail;
  - der er stadig tale om en generalforsamling, jf. SL § 76, stk. 1.
- Kan **generelt** fravige lovens regler om form og frist, jf. SL § 76, stk. 3
  - skriftlig beslutning, cirkulation pr. e-mail mv.;
  - generel fravigelse skal besluttes enstemmigt;
  - kan senere ændres eller helt ophæves med almindelig vedtægtsændringsmajoritet, dvs. dobbelt ⅔ flertal som nævnt i SL § 106, jf. SL § 76, stk. 3, 3. pkt.
- Delvis elektronisk generalforsamling som supplement til fysisk fremmøde
  - deltage elektronisk i generalforsamlingen, herunder stemme elektronisk, jf. SL § 77, stk. 1;
  - kapitalejere kan deltage i, ytre sig og stemme elektronisk uden at være fysisk til stede på generalforsamlingen;
  - efter SL § 87 skal generalforsamling holdes på selskabets hjemsted, medmindre vedtægterne bestemmer, at den skal eller kan afholdes på andet angivet sted;
  - kan holdes samtidig på flere forskellige lokaliteter.
- Elektronisk generalforsamling uden adgang til fysisk fremmøde, dvs. som en fuldstændig elektronisk generalforsamling, jf. SL § 77, stk. 2, 1. pkt.
  - holdes ikke på en fysisk lokalitet, men udelukkende elektronisk;
  - nærmere krav til de elektroniske systemer, jf. SL § 77, stk. 3;
  - indkaldelsen skal indeholde oplysning om de elektroniske systemer, som anvendes ved generalforsamlingen, jf. SL § 77, stk. 3, 2. pkt.;
  - det skal fremgå af indkaldelsen, hvordan kapitalejerne tilmelder sig til elektronisk deltagelse;
  - det centrale ledelsesorgan drager omsorg for, at generalforsamlingen afvikles på betryggende måde, jf. SL § 77, stk. 4, 1. pkt.

13.2. Elektronisk kommunikation mellem selskabet og ejerne

- Vil normalt sige muligheden for kommunikation via e-mail eller det medie, der måtte afløse e-mails.
- Eventuelt via mails i et lukket og sikret system med adgangskode mv.
- Kan besluttes ved alm. vedtægtsændring, dvs. dobbelt ⅔ flertal
  - — den tidligere gældende vetoret for 25 pct. af kapitalen er nu væk (thi elektronisk kommunikation er blevet mere udbredt).
- Elektronisk kommunikation kan formuleres som en "option" for selskabet
  - — kan i stedet konkret vælge at skrive brev (skriv dette i vedtægterne).
- Desuden altid mulighed for individuel aftale med den enkelte ejer om "elektronisk kommunikation", § 92, stk. 4
  - — mind evt. herom i vedtægterne.
- Af en beslutning om at indføre elektronisk kommunikation skal det fremgå:
  - — hvilke meddelelser m.v. der er omfattet af beslutningen,
  - — på hvilken måde elektronisk kommunikation skal eller kan anvendes, jf. SL § 92, stk. 2, 1. pkt.,
  - — hvor kapitalejeren kan finde oplysning om:
    - kravene til de anvendte systemer samt om
    - fremgangsmåden i forbindelse med elektronisk kommunikation, jf. SL § 92, stk. 2, 2. pkt.
- Generalforsamlingens beslutning om elektronisk kommunikation skal optages i vedtægterne.
- Kapitalejeren skal oplyse en elektronisk adresse, hvortil meddelelser m.v. kan sendes, jf. SL § 92, stk. 6, 1. pkt.
- Selskabet afholder sine egne udgifter ved elektronisk kommunikation, jf. SL § 92, stk. 6., 3. pkt.
  - — det afholder ikke kapitalejerens udgifter.
- Kommunikationen kan foregå elektronisk mellem selskabet og kapitalejere, hvis der med de pågældende er indgået aftale derom, jf. SL § 92, stk. 4
  - — behøver ikke omtales i vedtægterne.
- Kan evt. formuleres således:
  - — overskrift: Elektronisk kommunikation
  - — § xx. Stk. 1. Selskabet anvender elektronisk dokumentudveksling og elektronisk post (elektronisk kommunikation) i sin kommunikation med aktionærerne (anpartshaverne, kapitalejerne). Selskabet kan endvidere til enhver tid vælge at kommunikere med almindelig brevpost.

    Stk. 2. Elektronisk kommunikation kan af selskabet anvendes til alle meddelelser og dokumenter, som i henhold til selskabets vedtægter og/eller selskabsloven skal udveksles mellem selskabet og (kapitalejerne), herunder for eksempel indkaldelse til ordinær og ekstraordinær generalforsamling

med tilhørende dagsorden og fuldstændige forslag, fuldmagter samt i øvrigt generelle oplysninger fra selskabet til (kapitalejerne). Sådanne dokumenter og meddelelser [lægges på selskabets hjemmeside, www.xxx.dk] og tilsendes (kapitalejerne) pr. e-mail i det omfang, det er påkrævet.

Stk. 3. Oplysning om kravene til de anvendte systemer samt om fremgangsmåden i forbindelse med den elektroniske kommunikation fremgår af selskabets hjemmeside, www.xxx.dk.

Stk. 4. Det er den enkelte (kapitalejers) ansvar at sikre, at selskabet er i besiddelse af korrekt e-mailadresse.

Stk. 5. Uanset stk. 1-4 sendes indkaldelse til generalforsamling efter (kapitalejerens) anmodning med almindelig brevpost til den postadresse, som (kapitalejeren) har opgivet til selskabet. Anmodningen har virkning, så længe den pågældende er kapitalejer i selskabet og ikke giver anden meddelelse til selskabet.

13.3. Møderet

- Enhver kapitalejer har ret til at møde på generalforsamlingen, jf. SL § 78
  - én af de helt centrale forvaltningsmæssige rettigheder;
  - en individualbeføjelse;
  - også ejeren af stemmeløse kapitalandele uden repræsentationsret har møderet;
  - kapitalejer, der har afgivet brevstemme (SL § 104, stk. 2), har alligevel adgangsret.
- Noterede selskaber kan gennem vedtægtsbestemmelse have et system, hvor aktionæren skal anmelde sin deltagelse senest 3 dage før generalforsamlingen, jf. SL § 84, stk. 4.
- Unoterede selskaber kan have en tilsvarende ordning, jf. SL § 84, stk. 5.
- Generalforsamlingsvalgt revisor har ret til at være til stede på enhver generalforsamling i selskabet, jf. SL § 103, stk. 1, 1. pkt.
  - skal være til stede, hvis 1) et medlem af det øverste eller det centrale ledelsesorgan eller 2) blot en enkelt kapitalejer anmoder herom, jf. SL § 103, stk. 1, 2. pkt.

13.4. Taleret

- Taleret tilkommer enhver kapitalejer, der har udnyttet sin adgangsret.
- Ikke afgørende, om det emne, han ønsker at ytre sig om, skal resultere i nogen afstemning.
- En fuldmægtig og en rådgiver har ligeledes taleret.

13.5. Stemmeret

- Udgangspunktet er, at alle kapitalandele har stemmeret, jf. SL § 46, stk. 1, 1. pkt.
- Det kan i vedtægterne i medfør af SL § 46, stk. 1, 2. pkt., foreskrives, at:
  - visse kapitalandele er uden stemmeret, og at
  - visse kapitalandeles stemmeværdi afviger i forhold til øvrige kapitalandele.
- Stemmevægtsforskelle og stemmeløshed kan være "dynamiske", jf. bet. nr. 1498/2008 s. 802.
- Stemmeløse kapitalandele har kun repræsentationsret, **hvis** det fremgår af vedtægterne, jf. SL § 46, stk. 2
  - vigtigt at sondre klart mellem stemmeløse kapitalandele med henholdsvis uden repræsentationsret.

13.6. Brevstemme

- Stemme skriftligt, inden generalforsamlingen holdes, jf. SL § 104, stk. 2, 1. pkt.
- Brevstemme kan ikke tilbagekaldes.
- Kapitalejer har fortsat møde- og taleret.
- Brevstemmen bør indeholde en stemmeinstruks.
- At der er afgivet brevstemmer, fastlåser ikke forslagene.
- Fristen for brevstemme må næppe udløbe på et tidligere tidspunkt end 1-2 dage før generalforsamlingens dato (jf. herved helligdagsreglen i SL § 21).
- Brevstemme er en instruks direkte fra kapitalejeren til generalforsamlingens dirigent.

13.7. Fuldmagt

- Ret til at møde på generalforsamlingen ved fuldmægtig, jf. SL § 80, stk. 1
  - en af kapitalejeren frit valgt fuldmægtig;
  - kan være en fysisk eller en juridisk person.
- Fuldmægtigen skal fremlægge skriftlig og dateret fuldmagt, jf. SL § 80, stk. 2, 1. pkt.
- Udpegning kan ske ad elektronisk vej, jf. SL § 80, stk. 2, 4. pkt.
- Kan gives som navnefuldmagt, blankofuldmagt, ordrefuldmagt eller ihændehaverfuldmagt.
- Kan gives med substitutionsret.
- Kan tilbagekaldes til enhver tid, jf. SL § 80, stk. 2, 2. pkt.
- Kan gives til en bestemt generalforsamling eller for alle generalforsamlinger, der holdes, mens fuldmagten er i kraft.
- Fuldmagt, der ikke udstedes til ledelsen, har ingen lovmæssig tidsbegrænsning.

- Fuldmagt til ledelsen kan derimod ikke gives for længere tid end 12 måneder, jf. SL § 80, stk. 4.
- Stemmeinstrukser og indskrænkninger i fuldmagten, som udtrykkeligt fremgår af denne, skal iagttages af dirigenten i rimeligt omfang.
- Fuldmægtig har taleret.
- Spørgsmål om fuldmagters gyldighed afgøres om fornødent af dirigenten.
- Hvis fuldmægtigen rammes af inhabilitet, afskærer han fra at benytte de fuldmagter, hvorover han måtte råde, jf. SL § 86.
- Man har kun ret til at lade sig repræsentere ved én fuldmægtig.

13.8. Rådgiver

- Kapitalejere eller fuldmægtige kan møde på generalforsamlingen sammen med en rådgiver, jf. SL § 81.
- Dette er en individualret for den enkelte kapitalejer.

13.9. Frister – registreringsdato og evt. anmeldelsesfrist

- ES præciserede og eksemplificerede dette i et notat af 1. oktover 2010 – med skematiske oversigter og eksempler (idet der har hersket vild forvirring).
- Børsnoterede selskaber **skal** have en registreringsdato – hvor aktiebeløb og stemmetal opgøres
  - det er ugedagen før gf. ved døgnets udløb kl. 23:59, SL § 84, stk. 1;
  - denne dato ligger fast (thi den er en statusdag = skæringsdag).
- Unoterede selskaber (både A/S og ApS) **kan** have en sådan registreringsdato, SL § 84, stk. 3.
- Børsnoterede selskaber **kan** have en 3-dages anmeldelsesfrist, § 84, stk. 4.
- Unoterede selskaber **kan** have en tilsvarende 3-dages anmeldelsesfrist, § 84, stk. 5 …
  - tidligere gjaldt dette kun, hvis de samtidig indførte en registreringsdato …
  - dvs. det unoterede selskab måtte i givet fald tage "hele pakken" …
  - men nu kan det frit vælge.
- 3-dages anmeldelsesreglen skal læses i sammenhæng med beregningsreglen i SL § 21, stk. 1-2
  - stk. 1: man regner fra dagen før begivenheden;
  - stk. 2: ved udløb i weekend mv. skal handlingen foretages hverdagen før.
- Netop pga. forvirringen giver ES eksempler
  - gf. skal holdes fredag den 12.;
  - fristen regnes baglæns, begyndende fra torsdag den 11.;
  - tre dage baglæns fører til: mandag den 8. (kl. 23:59).

- Endnu et eksempel
  - gf. holdes onsdag den 10.;
  - fristen regnes baglæns, begyndende fra tirsdag den 9.;
  - tre dage baglæns fører umiddelbart til: lørdag den 6.;
  - men det skal i stedet være hverdagen før, dvs. fredag den 5.;
- Rekapitulerer:
  - unoteret skal tage hele pakken, dvs. både registreringsdato og anmeldelsesdato;
  - registreringsdato er uforanderlig: ugedagen før, sluttende 23:59;
  - 3-dages fristen for anmeldelse skal læses sammen med § 21;
  - dvs. begynder tællingen på dagen før gf.;
  - tæller 3 dage baglæns;
  - rammer man herved en weekend mv., tager man i stedet den forudgående hverdag.
- Husk ad eksisterende vedtægter – typisk en 5-dages regel, dvs. 5 kalenderdage
  - de skal revideres på næste gf.;
  - de skal allerede nu læses svarende til de her nævnte regler.

13.10. Tid og sted

- Generalforsamlinger holdes på selskabets hjemsted
  - medmindre vedtægterne bestemmer, at den skal eller kan afholdes på andet nærmere angivet sted, jf. SL § 87, 1. pkt.
- Ordinær generalforsamling skal holdes i så god tid …
  - at den godkendte årsrapport kan indsendes til ES …
  - så den er modtaget i styrelsen inden udløbet af fristen i årsregnskabsloven (RL), jf. SL § 88, stk. 2;
  - skal være modtaget af ES senest 5 måneder efter regnskabsårets afslutning, jf. RL § 138, stk. 1.

13.11. Ordinær generalforsamling

- Der skal ifølge SL § 88, stk. 1, nr. 1-4, træffes afgørelse om:
  - godkendelse af årsrapporten,
  - anvendelse af overskud eller dækning af underskud i henhold til den godkendte årsrapport,
  - eventuel ændring af beslutning om revision af selskabets kommende årsrapporter, hvis kapitalselskabet ikke er omfattet af revisionspligten og
  - andre spørgsmål, som efter vedtægterne er henlagt til generalforsamlingen.
- Katalog over emner kan være:
  - bestyrelsens beretning om selskabets virksomhed i det forløbne år,
  - fremlæggelse af den reviderede årsrapport til godkendelse,
  - meddelelse af *décharge* for bestyrelse og direktion,
  - forslag om anvendelse af overskud i henhold til den godkendte årsrapport,

- valg af medlemmer til bestyrelsen,
- bemyndigelse til at erhverve egne kapitalandele,
- forslag fra bestyrelsen,
- forslag fra kapitalejere,
- bemyndigelse for dirigenten til redaktionelle ændringer mv.,
- eventuelt.

- Årsrapporten fremlægges, jf. SL § 88, stk. 2, 2. pkt.
- Dagsordenen udgør grænserne for generalforsamlingens kompetence.

13.12. Ekstraordinær generalforsamling

- Skal holdes, når det centrale ledelsesorgan, tilsynsrådet eller den generalforsamlingsvalgte revisor har forlangt det, jf. SL § 89, stk. 1.
- I et ApS kan enhver anpartshaver forlange, at der afholdes en ekstraordinær generalforsamling, jf. SL § 89, stk. 2.
- I et A/S kan aktionærer, der ejer 5 pct. af selskabets kapital (eller den mindre brøkdel, som vedtægterne måtte bestemme), skriftligt forlange, at der holdes ekstraordinær generalforsamling, jf. SL § 89, stk. 3.
- Dagsordenemnet skal være konkret formuleret og må ikke have generel karakter, jf. kravet om et "bestemt angivet emne".

13.13. Dagsorden og "forslagsret"

- Enhver kapitalejer har ret til at få et bestemt emne optaget på dagsordenen til den ordinære generalforsamling, jf. SL § 90, stk. 1
  - "forslagsretten" er en individualbeføjelse.
- I et A/S skal aktionærer **skriftligt** fremsætte krav om optagelse af et bestemt emne på dagsordenen
  - fremsættes kravet senest 6 uger, før generalforsamlingen skal holdes, har aktionæren ret til at få emnet optaget på dagsordenen;
  - modtager aktieselskabet kravet senere end 6 uger før generalforsamlingens afholdelse, afgør det centrale ledelsesorgan, om kravet er fremsat i så god tid, at emnet kan optages på dagsordenen.
- I et ApS (herunder IVS) er der ingen lovkrav til sådanne forslag.
- Forslagsfristen gælder ikke for personforslag til valg, som er på dagsordenen.
- Sager, der ikke er sat på dagsordenen
  - kan kun afgøres af generalforsamlingen …
  - hvis samtlige kapitalejere samtykker i det, jf. SL § 91, 1. pkt.;
  - dette er dog ikke til hinder for, at der stilles ændringsforslag til de på dagsordenen optagne emner;
  - og som nævnt heller ikke til hinder for personforslag til sidste minut.

13.14. Indkaldelse og fremlæggelser

- Generalforsamlinger indkaldes og tilrettelægges af det centrale ledelsesorgan, jf. SL § 93, stk. 1.
- Minimumsfrist
  - for unoterede selskaber 2 uger;
  - for "børsnoterede" selskaber 3 uger;
  - skal læses i sammenhæng med "helligdagsreglen" i § 21, stk. 2.
- Maksimumfrist
  - unoterede selskaber
    - tidligst 4 uger og, medmindre vedtægterne foreskriver en længere frist, senest 2 uger før generalforsamlingen, jf. SL § 94, stk. 1, 1. pkt.
  - noterede selskaber
    - tidligst 5 uger …
    - medmindre vedtægterne foreskriver en længere frist, senest 3 uger før generalforsamlingen, jf. SL § 94, stk. 2.
- Skal indkaldes i overensstemmelse med vedtægternes bestemmelser, jf. SL § 95, stk. 1.
- Det kan foreskrives i selskabets vedtægter, at indkaldelse til generalforsamling sker via selskabets hjemmeside, jf. SL § 95, stk. 2.
- I indkaldelsen skal der angives følgende, jf. SL § 96, stk. 1:
  - tid og sted for generalforsamlingen,
  - dagsorden, hvoraf det fremgår, hvilke anliggender der skal behandles,
  - hvis vedtægtsændringer skal behandles:
    - forslagets væsentligste indhold skal angives.
  - særligt vidtgående vedtægtsændringer:
    - ikke nok at angive deres "væsentligste indhold";
    - den fulde ordlyd af forslaget skal angives, jf. SL § 96, stk. 2
      - indførelse af fuldstændig elektronisk generalforsamling, jf. SL § 77, stk. 2;
      - indførelse af elektronisk kommunikation, jf. § 92, stk. 1 eller 5;
      - forøgelse af kapitalejernes pligter over for selskabet, jf. § 107, stk. 1;
      - vidtrækkende vedtægtsændringer der kræver dobbelt $^{9}/_{10}$ majoritet efter SL § 107, stk. 2.
- Aktieselskaber
  - dagsordenen og de fuldstændige forslag gøres tilgængelige til eftersyn for aktionærerne senest 2 uger før generalforsamlingen, jf. SL § 98;
  - fx via selskabets hjemmeside.

13.15. Dansk eller fremmedsprog?

- Holdes på dansk, jf. SL § 100, stk. 1.
- Kan med simpelt flertal (SL § 105) beslutte:
  - at generalforsamlingen holdes på et andet sprog end dansk, samtidig med at der skal gives mulighed for simultantolkning,
  - at generalforsamlingen skal afholdes på svensk, norsk eller engelsk.
- Andet sprog end dansk, svensk, norsk eller engelsk uden simultantolkning til og fra dansk for samtlige deltagere, jf. SL § 100, stk. 4
  - dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal.
- Tilbagevenden til dansk kan under alle omstændigheder besluttes med simpelt flertal (SL § 105).

13.16. Dirigent og protokol

- Der vælges en dirigent af generalforsamlingen, medmindre vedtægterne bestemmer andet, jf. SL § 101, stk. 1
  - afvigende forskrifter, fx at det centrale ledelsesorgan (bestyrelsen) udpeger dirigenten.
- Dirigenten skal lede generalforsamlingen og sikre, at generalforsamlingen afholdes på en forsvarlig og hensigtsmæssig måde, jf. SL § 101, stk. 2, 1. pkt.
  - medvirke til, at tilblivelsen af beslutningerne er korrekt.
- Råder over de nødvendige beføjelser, jf. SL § 101, stk. 2, 2. pkt.
  - tilrettelægge drøftelser;
  - udforme afstemningstemaer;
  - beslutte, hvornår debatten er afsluttet;
  - afskære indlæg;
  - om nødvendigt bortvise deltagere fra generalforsamlingen.
- Elektronisk generalforsamling
  - dirigenten skal forsikre sig om, at det anvendte system lever op til kravene.
- Kan delegere sine beføjelser til medhjælpere
  - fx til stemmeoptællere, indsamlere af stemmesedler mv.
- Ingen lovbestemmelser om inhabilitet hos dirigenten.
- Der skal føres en protokol, som underskrives af dirigenten, jf. SL § 101, stk. 3
  - senest 2 uger efter generalforsamlingen skal protokollen være tilgængelig for kapitalejerne, jf. SL § 101, stk. 4.

13.17. Spørgsmål og svar

- Ledelsen skal på gf'en meddele til rådighed stående oplysninger …
  - om alle forhold, som er af betydning for bedømmelsen af årsrapporten …
  - og selskabets stilling i øvrigt …

- — eller for spørgsmål, hvorom beslutning skal træffes på generalforsamlingen, jf. SL § 102, stk. 1, 1 pkt.;
- — også selskabets forhold til andre selskaber i samme koncern, jf. SL § 102, stk. 1, 2. pkt.

- Spørgsmålsretten er en individualrettighed.
- Skaderegel – oplysningspligten viger, når oplysningen efter skøn fra det øverste ledelsesorgan væsentligt kan skade selskabet.
- Det centrale ledelsesorgan kan beslutte …
  - — at kapitalejere kan stille spørgsmål inden udløbet af en frist, som optages i vedtægterne, jf. SL § 102, stk. 3, 1. pkt.;
  - — træder ikke i stedet for den mundtlige spørgsmålsret.
- Selskaber, som har aktier optaget til handel på et reguleret marked ("børsnoterede selskaber")
  - — skriftlige spørgsmål stillet af en aktionær inden for de sidste 3 måneder før generalforsamlingen, jf. SL § 102, stk. 4, 1. pkt.;
  - — besvarelse af disse skriftlige spørgsmål kan ske skriftligt;
  - — besvarelse kan undlades, såfremt aktionæren ikke er "repræsenteret" på generalforsamlingen;
  - — spørgsmål anses for besvaret, hvis de pågældende oplysninger er tilgængelige på aktieselskabets hjemmeside i form af en *spørgsmål-og-svar-funktion*.
- Revisor skal besvare spørgsmål …
  - — om den årsrapport m.v., som behandles på den pågældende generalforsamling, jf. SL § 103, stk. 2.

13.18. Stemmeafgivningen

- Skal stemme samlet på alle sine kapitalandele, jf. SL § 104, stk. 1
  - — vedtægterne kan bestemme andet.
- Inhabilitet hos kapitalejer
  - — må ikke selv, ved fuldmægtig eller som fuldmægtig for andre deltage i afstemning på generalforsamlingen om:
    - 1) søgsmål mod kapitalejeren selv eller om
    - 2) kapitalejerens eget ansvar over for kapitalselskabet, jf. SL § 86, 1. led.
- Inhabilitet på generalforsamlingen afskærer kun den pågældende fra at deltage i **afstemningen**
  - — modsætningsvis har han fuld ret til at deltage i debatten forud for afstemningen.
- Hvis en fuldmægtig rammes af inhabilitet …
  - — afskæres han også fra at benytte de fuldmagter, han har modtaget.
- Det er dirigenten, ikke generalforsamlingen …
  - — der træffer afgørelse, om en kapitalejer er inhabil.

- For selskabets egne kapitalandele kan stemmeret ikke udøves, jf. SL § 85, 1. pkt.
  - heller ikke for et datterselskabs kapitalandele i moderselskabet
  - egne kapitalandele (hos selskabet selv og/eller hos dets datterselskaber) medregnes heller ikke ved opgørelse af stemme- og ejerandele (bortset fra SL § 55: storaktionærers anmeldelsespligt), jf. SL § 85, 2. pkt.
    - dette er en meget vigtig tilføjelse, som blandt andet betyder …
    - at alle brøker (i lov og vedtægter), der beregnes som en del af selskabskapitalen, skal beregnes ud fra den i omløb værende del af selskabskapitalen, dvs. minus egne kapitalandele;
    - *eks.:* hvis et selskab fx har 50 pct. egne kapitalandele, sænkes brøken for et vedtægtsmæssigt krav om tilstedeværelse (*quorum*), og ligeledes for en lovmæssig eller vedtægtsmæssig minoritetsbeføjelse, til det halve.

13.19. Flertalskravet

- Medmindre andet følger af lov eller vedtægter …
  - afgøres alle anliggender ved simpelt stemmeflertal, jf. SL § 105, 1. pkt.
- Personvalg afgøres ved **relativt** simpelt stemmeflertal, jf. SL § 105, 3. pkt.
- Anliggender, hvor der stemmes om flere muligheder ved én afstemning, afgøres i tilfælde af stemmelighed ved **relativt** simpelt flertal, jf. atter SL § 105, 3. pkt.
- Vedtægterne kan indeholde forskrifter om stemmelighed
  - har vedtægterne ikke taget stilling til stemmelighed, gælder der følgende:
    - står stemmerne lige ved beslutningsforslag, er forslaget ikke vedtaget, jf. SL § 105, 2. pkt.,
    - står stemmerne lige ved personvalg, skal valget afgøres ved lodtrækning, jf. SL § 105, 4. pkt.
- Beslutning om ændring af vedtægterne er kun gyldig …
  - hvis den både tiltrædes af mindst ⅔ af de stemmer, der er afgivet …
  - og ⅔ af den del af selskabskapitalen, der er repræsenteret på generalforsamlingen, jf. SL § 106, stk. 1, 1. pkt.;
  - dvs. en "dobbelt ⅔-regel".
- Nogle vedtægtsændringer er af så vidtrækkende karakter …
  - at de kun er gyldige, hvis de både tiltrædes af mindst $^{9}/_{10}$ af de afgivne stemmer …
  - og $^{9}/_{10}$ af den på generalforsamlingen repræsenterede selskabskapital, jf. SL § 107, stk. 2, nr. 1)-7);
  - dvs. en "dobbelt $^{9}/_{10}$-regel".
- De kategorier af vedtægtsændringer, der kan gennemføres med dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal, er følgende typer af beslutninger:
  - udlodning af midler til ikke-kapitalejere,
  - indførelse eller skærpelse af omsættelighedsbegrænsninger mv.,
  - indførelse af indløsningspligt,
  - indførelse eller skærpelse af stemmeretsbegrænsninger,

- uproportional spaltning,
- "fremmed" generalforsamlingssprog uden simultantolkning,
- "fremmed" dokumentsprog.

✍ Har man modsat sig én af de typer af vedtægtsændringer, der kan vedtages med dobbelt $^{9}/_{10}$ majoritet (dog ikke uproportional spaltning) …
- kan man kræve, at selskabet indløser ens kapitalandele, jf. SL § 110, stk. 1;
- krav om indløsning skal fremsættes skriftligt over for selskabet senest 4 uger efter generalforsamlingens, jf. SL § 110, stk. 1;
- kan der ikke opnås enighed om værdien, fastsættes værdien af skønsmænd, jf. SL § 110, stk. 3, 1. pkt.

✍ Forskydning af retsforholdet mellem kapitalklasser
- er kun gyldig, hvis den (også!) tiltrædes af mindst ⅔ af den del af den kapitalklasse, hvis retsstilling forringes, som deltager i generalforsamlingen, jf. SL § 107, stk. 3.

✍ Vedtægtsændring, hvorved kapitalejernes forpligtelser over for selskabet forøges …
- er kun gyldig, hvis samtlige kapitalejere er enige herom, jf. SL § 107, stk. 1;
- "samtlige kapitalejere" skal tages bogstaveligt.

13.20. Majoritetsmisbrug

✍ Der må ikke træffes beslutning, som åbenbart er egnet til at skaffe nogen en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning, jf. SL § 108
- dette indebærer et krav om en vurdering af beslutningens saglighed;
- dvs. en saglighedsbedømmelse af de motiver, der ligger bag majoritetens selskabsretlige handlemåde;
- se *UfR 2006.1448 H (Palæ Restaurations Holding ApS)*
  - ↬ datterselskabet D's beslutning om at sælge datter-datterselskabet DD alt for billigt var ugyldig.

13.21. Retssag om beslutningers gyldighed

✍ Forvaltningsakt fra en offentlig myndighed kan være behæftet med indholds- eller tilblivelsesmangler
- gælder også for en beslutning fra generalforsamlingen.

✍ Beslutningen kan kendes ugyldig ved dom.

✍ Det er som udgangspunkt kun domstolene, man kan henvende sig til
- i begrænset omfang vil ES kunne hjælpe kapitalejere, der mener, at en vedtægtsændring er ugyldig og derfor ikke bør registreres;
- fundamentale tilblivelsesmangler kan medføre registreringsnægtelse;
- ledelsen skal nægte at efterkomme en beslutning fra generalforsamlingen, der kan være ugyldig.

- En kapitalejer kan i medfør af SL § 109 anlægge retssag ved domstolene vedrørende en beslutning, som …
  - ikke er blevet til på lovlig måde, eller som er
  - i strid med SL eller selskabets vedtægter.
- Medkontrahenter, kreditorer og andre udenforstående …
  - kan ikke gennem et søgsmål efter SL § 109 gribe ind i selskabets interne beslutningsproces.
- Retssagen anlægges mod selskabet – ikke mod dirigenten.
- Anlægges senest 3 måneder efter beslutningen
  - dog ikke hvis beslutningen ikke lovligt kunne tages selv med samtlige kapitalejeres samtykke;
  - eller hvis reglerne for indkaldelse væsentligt er tilsidesat.
- Ved dom 1) kendes beslutningen ugyldig, eller 2) den ændres, jf. SL § 109, stk. 4, 1. pkt.
- Dommen har også retskraft ("gyldighed") for de kapitalejere, der ikke har anlagt sagen, jf. SL § 109, stk. 4, 3. pkt.

13.22. Udvidet (praktisk) minoritetsbeskyttelse efter selskabsreformen

- Ekstraordinær generalforsamling efter minoritetsbegæring
  - ApS (herunder IVS): kan som hidtil kræves af hver enkelt, SL § 89, stk. 2;
  - A/S: kan nu kun 5 pct., SL § 89, stk. 3;
  - 5 pct.-brøken er ikke koordineret med den 10 pct. brøk, der kan kræve fysisk generalforsamling uanset vedtægtsregel om generalforsamling pr. e-mail, cirkulation mv., SL § 76, stk. 3;
  - dvs. kan risikere at have ret til ekstraordinær generalforsamling (5 pct. nok), men ikke som en fysisk generalforsamling (10 pct. kræves);
  - bør evt. reguleres i vedtægterne.
- Majoritetsmisbrug – den undertrykte minoritet kan fortsat kræve sig indløst, dvs. en exit-løsning, SL § 362, stk. 2.
- Majoritetsmisbrug – minoriteten kan nu også (i stedet, evt. principalt) kræve at indløse majoriteten, dvs. en *squeeze-out*-løsning, § 362, stk. 3
  - bet. s. 1240: "hvis konfliktsituationen er blevet så tilspidset, at der reelt foreligger samarbejds-umulighed, bør den krænkede part have mulighed for tvangsmæssigt at købe den krænkende part ud".
- ES har ikke kompetence til at løse tvistigheder mellem kapitalejere.
- men med SL kom der enkelte nye redskaber ind i loven.

- Hvis tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan ES blokere for registreringer …
  - selvregistrering gennem ES' it-system kan afskæres;
  - og registrering af modtagne anmeldelser sættes i bero …
  - indtil forholdet er afklaret;
  - fx ved at et omtvistet ejerskab til kapitalandele er afklaret, jf. SL § 16, stk. 3, 1. pkt.;
  - kritisk til denne lovregel er *Troels Michael Lilja* i UfR 2012 B s. 429 ff.:
    - finder, at ES reelt har fået funktion som foged, men uden tilstrækkeligt afbalancerede hensyn til "rekvisitus" (selskabet);
    - muligt i strid med 1. selskabsdirektivs artikel 3, stk. 3 og artikel 12 (da registreringen de facto gør selskabet ude af stand til at agere);
    - påpeger, at brug af reglen reelt lukker selskabets bankkonti (fordi banken ikke ved, hvem der tegner selskabet og dermed kan trække på fx en kk.);
    - finder, at reglen bør ophæves.
- Bevisbedømmelse ligger fortsat uden for ES' kompetence
  - forhold, der kræver en sådan, må derfor afklares på anden måde;
  - ved aftale, domstolsafgørelse eller voldgiftskendelse.
- Offentliggørelse af grunden til blokeringen
  - ES kan i it-systemet offentliggøre meddelelse om grundlaget for beslutningen, jf. SL § 16, stk. 3, 3. pkt.;
  - tidligere fik offentligheden ikke kendskab til tvivl om ejerforholdene.
- ES kan afregistrere ledelsen
  - ES kan i en blokeringssituation af egen drift registrere, at ledelsen er fratrådt, jf. SL § 16, stk. 4;
  - særligt tiltænkt tilfælde, hvor det som følge af tvivl om adkomsten til selskabet ikke er muligt at fastslå, hvilken ledelse der er valgt;
  - kun særlige tilfælde, hvor der er tvivl om, hvem der har retten til at tegne selskabet;
  - og registrering af fratræden er nødvendig for at forhindre tab i selskabet eller for dettes medkontrahenter;
  - formodes at lægge pres på stridende kapitalejere for at enes om en løsning …
  - der kan bringe registreringsblokeringen til ophør;
  - ellers: tvangsopløsning, idet selskabet er uden ledelse, jf. SL § 225, stk. 1, nr. 2.;
  - se *Peer Schaumburg-Müller* & *Erik Werlauff* i R&R 2010 nr. 11 s. 68 ff.

Kapitel 14

Ledelsen – møder, beslutninger mv.

14.1. Formanden

- Bestyrelsen eller tilsynsrådet i et aktieselskab vælger selv sin formand, medmindre andet er bestemt i vedtægterne, jf. SL § 122.
- En direktør i et aktieselskab må ikke vælges til formand eller næstformand for bestyrelsen i et aktieselskab, jf. SL § 111, stk. 1, nr. 1, sidste pkt.
- Til formandspligterne hører blandt andet:
  - indkaldelse af bestyrelsen, når det er nødvendigt, jf. SL § 123, 1. pkt.,
  - indkaldelse af bestyrelsen, når dette foreskrives i forretningsordenen, fx månedligt, jf. herved SL § 130, stk. 2,
  - indkaldelse af bestyrelsen, når dette forlanges af blot et enkelt ledelsesmedlem eller af selskabets generalforsamlingsvalgte revisor, jf. SL § 123, 2. pkt.,
  - varsling af eventuelle suppleanter, så de holder sig klar i tilfælde af vakance, jf. SL § 124, stk. 2, 1. pkt.,
  - udsendelse af materiale forud for mødet,
  - udfærdigelse af mødereferat, jf. SL § 128,
  - kontrol med det lovmæssige og det eventuelle vedtægtsmæssige quorumkravs opfyldelse, jf. SL § 124, stk. 1, 1. pkt.,
  - kontrol med, at der ikke blot formelt sker opfyldelse af quorumkravene, men at også "så vidt muligt samtlige medlemmer har haft adgang til at deltage i sagens behandling", jf. SL § 124, stk. 1, 2. pkt.,
  - kontrol med de lovmæssige og de eventuelle vedtægtsmæssige majoritetskravs opfyldelse, jf. SL § 124, stk. 3, 1. pkt.,
  - kontrol med afstemningstemaernes formulering og konstatering af afstemningsresultaterne,
  - kontrol med, at alle bestyrelsesmedlemmer og direktører har modtaget forretningsordenen for bestyrelsen, og at den om fornødent ajourføres, jf. herved SL § 130, stk. 2, 1. pkt. og
  - kontrol med, at revisionsprotokollen fremlægges og gennemgås, og at enhver tilførsel dertil underskrives af samtlige bestyrelsesmedlemmer.
- Selskabets tegningsregel kan tage specielt hensyn til formanden
  - fx således at han skal være med til at tegne selskabet;
  - eller at han kan tegne det på egen hånd.

14.2. Indkaldelse og afholdelse af møder

- Øverste ledelsesorgan holder møde, når dette er nødvendigt.
- Formanden skal påse, at samtlige medlemmer indkaldes, jf. SL § 123, 1. pkt.
- En direktør har ret til at være til stede og udtale sig, jf. SL § 123, 3. pkt.

14.3. Skriftlige og elektroniske møder

- Bestyrelses- og tilsynsrådsmøder kan holdes skriftligt, jf. SL § 125, stk. 1, 1. pkt.
- Skriftlig behandling kan fx ske via:
  - e-mail,
  - intranet med password,
  - telefax,
  - brev,
  - bud.
- Kan holdes ved anvendelse af elektroniske medier, jf. SL § 125, stk. 2, 1. pkt.
  - fx telefon-, video-, skype- eller webcam-konference.
- Et medlem af ledelsen kan altid forlange, at der finder en mundtlig drøftelse sted, SL § 125, stk. 2, 2. pkt.

14.4. Beslutningsdygtighed og flertalskrav

- Bestyrelsen er beslutningsdygtig …
  - når over halvdelen af samtlige medlemmer er repræsenteret;
  - hvis der ikke efter vedtægterne stilles større krav, jf. SL § 124, stk. 1, 1. pkt.
- Har et medlem forfald …
  - og er der valgt en suppleant, skal der gives suppleanten adgang til at træde i medlemmets sted, så længe forfaldet varer, jf. SL § 124, stk. 2, 1. pkt.
- Et medlem kan dog i enkeltstående tilfælde give fuldmagt til et andet medlem …
  - hvis dette er betryggende, jf. SL § 124, stk. 2, 2. pkt.;
  - fuldmagten kan udformes, så den gælder for hele det pågældende møde;
  - men ikke for flere møder;
  - og ikke som en stående fuldmagt.
- Sagerne afgøres ved simpelt stemmeflertal, hvis der ikke efter vedtægterne kræves særligt flertal, jf. SL § 124, stk. 3, 1. pkt.
- Stemmelighed
  - det kan i vedtægterne bestemmes, at formandens stemme (ved formandens forfald næstformandens) er afgørende, jf. SL § 124, stk. 3, 2. pkt.;
  - det er som nævnt ikke tilstrækkeligt at skrive det i forretningsordenen.

14.5. Dansk, fremmedsprog og "koncernsprog"

- Møderne holdes som udgangspunkt på dansk, jf. SL § 126, stk. 1.
- Kan holdes på fx engelsk uden simultantolkning …
  - hvis dette sprog er angivet som koncernsprog i vedtægterne, jf. SL § 126, stk. 3.

14.6. Inhabilitet

- Et bestyrelses- eller direktionsmedlem må ikke deltage i …
  - behandlingen af spørgsmål om …
    - aftale mellem selskabet og ham selv eller
    - søgsmål mod ham selv, jf. SL § 131, 1. led.
- Må heller ikke deltage i …
  - behandlingen af spørgsmål om …
    - aftale mellem selskabet og tredjemand eller
    - søgsmål mod tredjemand …
  - hvis medlemmet har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod selskabets, jf. SL § 131, 2. led.
- Inhabilitet afskærer ikke blot medlemmet fra afstemningen …
  - men fra deltagelse i hele sagens behandling;
  - må dog gerne give bestyrelsen en redegørelse om det pågældende emne …
  - inden han forlader bestyrelseslokalet.
- Det skal af forhandlingsprotokollen klart fremgå, når der har været en SL § 131-situation.
- Hvis så mange rammes af inhabilitet, at bestyrelsen ikke er beslutningsdygtig, må beslutningen træffes af generalforsamlingen.
- Det medfører ikke i sig selv erstatningspligt, at en beslutning er truffet under manglende iagttagelse af inhabilitetsreglerne
  - det er jo ikke sikkert, at fejlen har medført et tab for selskabet;
  - *UfR 1981.973 H (Røde Vejrmølle A/S).*
- Den interne beslutningsproces behøver normalt ikke påses af medkontrahenter og andre uden for selskabet
  - *UfR 2010.80 V*
    - skøde fra anpartshaveren til hans selskab;
    - afvist af Tinglysningsretten;
    - men afvisningen blev underkendt af landsretten.

14.7. Protokollen

- Hvis det øverste ledelsesorgan består af flere medlemmer, skal der føres en protokol over forhandlingerne, jf. SL § 128, stk. 1.
- Et ledelsesmedlem, der ikke er enig i en beslutning, har ret til at få sin mening indført i protokollen, jf. SL § 128, stk. 2.
- Protokollen er en forhandlingsprotokol, ikke kun en beslutningsprotokol.
- Den kan føres elektronisk.
- Protokollen er kun tilgængelig for ledelsen, for revisor og for offentlige myndigheder, men ikke for medarbejdere uden sæde i bestyrelsen, og heller ikke for kapitalejerne.

14.8. Revisionsprotokollen

- Hvert ledelsesmedlem skal underskrive revisionsprotokollen, jf. SL § 129.
- Den er revisors meddelelsesmiddel til selskabets ledelse
  - kan fx vil henlede opmærksomheden på, at bogholderi- og kassefunktionen ikke er adskilt …
  - og at der kan være en risiko for herved
  - NB.: revisionsprotokollen som begreb er et dansk fænomen, som er på vej ud af lovgivningen.
- Manglende advarsel kan evt. påføre revisor erstatningsansvar
  - *UfR 2001.1085 H*
    - ↬ trods tvivl om retmæssigheden af nogle administrationshonorarer advarede revisor ikke om forholdet.
- Ledelsen skal give revisor de oplysninger, som er af betydning for bedømmelsen af selskabet, jf. SL § 133, stk. 1.

14.9. Tavshedspligt

- Må ikke uberettiget videregive, hvad de under udøvelsen af deres hverv har fået kendskab til, jf. SL § 132.
- Overtrædelse af tavshedspligten kan udløse erstatningspligt, hvis selskabet påføres tab.
- Alle er principielt underlagt samme tavshedspligt
  - repræsentanter valgt af medarbejderne har samme tavshedspligt som de øvrige bestyrelsesmedlemmer.
- Hensigtsmæssigt med en beslutning ved afslutningen af hvert bestyrelsesmøde om, hvad der skal videregives, og af hvem
  - *UfR 2009.2142 H (Danske Bank/Real Danmark)*

- medarbejdervalgt medlem af et selskabs bestyrelse har som udgangspunkt mulighed for at drøfte spørgsmål om en fusion af væsentlig betydning for de ansatte med formanden for sin faglige organisation.

- Det strafbare område for tavshedspligten, jf. SL § 367, stk. 1, må fortolkes indskrænkende
  - kerneområdet er den ubeføjede videregivelse af forretnings- og driftshemmeligheder;
  - *UfR 1998.1760 Ø*
    - frifandt for videregivelse til en journalist af nogle sider fra bestyrelsens forhandlingsprotokol med oplysning om direktørens køb af aktier i selskabet.

14.10. Vederlag

- Fast eller variabelt vederlag, jf. SL § 138, stk. 1, 1. pkt.

- Må ikke overstige …
  - hvad der er sædvanligt;
  - eller hvad der er forsvarligt i forhold til selskabets økonomiske stilling, jf. SL § 138, stk. 1, 2. pkt.

- Har ikke automatisk noget honorarkrav, jf. *UfR 1958.574 H*.

- Kan som udgangspunkt alene foretage indstilling til generalforsamlingen om sit honorar …
  - men en vedtægtsbestemmelse kan bemyndige bestyrelsen til at fastsætte honoraret inden for et vist spillerum.

- Som udgangspunkt samme honorar
  - jf. *UfR 1997.1475 H*;
  - forskelle i arbejdets art og omfang kan konkret gøre afvigelser.

- Kan aftale resultatløn, fx i form af tantieme, i en direktørkontrakt.

- Aconto tantieme til en direktør er ikke i strid med forbuddet i SL § 210 mod lån mv. til kapitalejere og ledelse.

14.11. Incitamentsløn – børsnoterede selskaber

- Selskab, der har aktier optaget til handel på et reguleret marked.

- Skal vedtage overordnede retningslinjer for aflønningen, jf. SL § 139, stk. 1
  - de skal godkendes af generalforsamlingen, jf. SL § 139, stk. 1, 2. pkt.;
  - skal offentliggøres på selskabets hjemmeside.

14.12. Spekulationsforbud

- Må ikke udføre eller deltage i spekulationsforretninger vedrørende kapitalandele i selskabet, jf. SL § 113.
- Spekulation = udnyttelse af kortsigtede kursbevægelser.
- Det er ikke i sig selv spekulation, at der opsamles kapitalandele for lånte midler i investeringsøjemed, jf. *UfR 1964.640 H*.

14.13. Majoritetsmisbrug

- Ledelsen må ikke give nogen en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller selskabets bekostning, jf. SL § 127, stk. 1, 1. pkt.
- Dvs. den såkaldte generalklausul – ligesom der gælder en generalklausul for generalforsamlingens beslutninger, jf. SL § 108.
- Har formentlig en vis præventiv virkning – men er præget af retsusikkerhed.
- Hvis det klart fremgår af omstændighederne, at der ikke handles i selskabets interesse, bør en medkontrahent undersøge sagen.
- Ledelsen må ikke efterkomme en generalforsamlingsbeslutning, hvis den måtte være ugyldig som stridende mod lov eller vedtægter, jf. SL § 127, stk. 1, 2. pkt.

Kapitel 15

Tegning, repræsentation, fuldmagt, prokura og erstatning

15.1. Repræsentations- og tegningsret

- Repræsentationsret
  - hvert enkelt bestyrelses- og direktionsmedlem repræsenterer selskabet udadtil, jf. jf. SL § 135, stk. 1.
- Indebærer fx følgende
  - optræde på selskabets vegne under en retssag,
  - møde på dets vegne under forhandlinger,
  - modtage forkyndelse af en stævning mod selskabet mv.
- Vedtægterne kan ikke indskrænke repræsentationsretten.
- Skal der på selskabets vegne indgås egentlige retshandler …
  - bindes selskabet kun ved handlinger foretaget af nogen …
  - der enten har tegningsret eller er udtrykkeligt bemyndiget af sådanne.
- Tegningsretten
  - det er lovens udgangspunkt, at hver enkelt (registreret) direktør og hvert enkelt bestyrelsesmedlem har tegningsret, jf. SL § 135, stk. 2;
  - vedtægterne behøver derfor ikke at indeholde tegningsregler, men gør det i praksis altid.
- Det kan ikke registreres, at selskabet ved bestemte typer af dispositioner, fx ved køb, salg eller pantsætning af fast ejendom eller andre større anlægsaktiver eller ved indgåelse af kontrakter over en vis størrelse kun kan tegnes af den samlede bestyrelse eller af fx 4 bestyrelsesmedlemmer.
- Tegningsretten dokumenteres gennem forevisning af en udskrift fra ES …
  - i dag kan enhver dog gratis hente en helt frist udskrift frem via cvr.dk.
- Hvis der tegnes på vegne af et udenlandsk selskab, må tegningsretten dokumenteres gennem registerudskrift eller på anden betryggende måde.
- Selskab under likvidation
  - likvidator træder i bestyrelsens og direktionens sted;

- hvis der ikke med anmeldelsen af likvidationsbeslutningen anmeldes ny tegningsregel, vil det blive registreret, at likvidatorerne kun kan tegne i fællesskab.

En medkontrahent skal kunne regne med, at selskabet er forpligtet, hvis der er blevet underskrevet af den eller dem, der har tegningsret

- u-1: de har handlet i strid med deres lovmæssige beføjelser;
- u-2: løftet ligger uden for selskabets formål, dvs. at der er handlet *ultra vires* …
  - uu: hvis dispositionen er godkendt af selskabets ejere, bortfalder ultra vires indsigelsen;
    - jf. fx den finske højesteretsdom i *ND 1993.801 H*, hvor en kommune i sin egenskab af eneaktionær i et selskab godkendte selskabets kautionserklæring;
    - jf. *Erik Werlauff* i TfR 1995 s. 780 ff. og i ET 2006 s. 189 ff. ("Formålsbestemmelser og finansielle forretninger");
    - jf. *Lennart Lynge Andersen* & *Andreas Tamasauskas* i ET 2008 s. 40 ff. ("Tegning og fuldmagt – nogle perspektiver").
- u-3: den tegningsberettigede har overskredet sin bemyndigelse eller væsentligt tilsidesat selskabets interesser, og tredjemand vidste eller burde vide dette, jf. SL § 136, stk. 1, nr. 3;
  - det fra aftale- og fuldmagtsretten klassiske linjestykke A-B-C: A-B er den indre bemyndigelse, mens A-C er den ydre legitimation;
  - jf. *UfR 2006.1448 H (Palæ Restaurations Holding ApS)*.

15.2. Fuldmagts- og passivitetsprincipper

Stillingsfuldmagt

- evt. brancheudtalelse om, hvad der er sædvanligt;
  - jf. *UfR 1998.230 H*
    - afdelingsleders garanti på vegne et ingeniørselskab i forbindelse med et byggeris finansiering.
- interne instrukser fra selskabet til stillingsfuldmægtigen er uden betydning for den eksterne bundethed, når tredjemand ikke har haft viden eller burdeviden om dem;
  - jf. fx *UfR 1995.744 H*.

Tolerancefuldmagt

- hvor selskabet i flere tilfælde har tolereret, at nogen fra bestyrelse eller direktion, som ikke på egen hånd har tegningsret, alligevel afgiver løfter eller indgår aftaler;
- en variant af stillingsfuldmagten.

Adfærdsfuldmagt

- adfærd, som selskabet – ved sine tegningsberettigede – udviser over for tredjemand;

- egnet til at give tredjemand en opfattelse af, at et bestyrelsesmedlem eller en direktør, som ikke er tegningsberettiget, alligevel forpligter selskabet;
- jf. *UfR 2009.665 H (Dansikring)*
  - "systematisk tilsidesættelse" af selskabets tegningsregler;
  - "udvist en adfærd, som har været egnet til at lade [direktøren] fremstå som befuldmægtiget til" at indgå aftalen.
- jf. *Lennart Lynge Andersen* i ET 2009 s. 379 ff.

Passivitet
- selskabet forholder sig passivt efter at have opnået kendskab til en retshandel …
- som ellers ville kunne fragås som følge af manglende tegningsbeføjelse og manglende stillings-, tolerance- og adfærdsfuldmagt;
- dvs. en form for *bonus-pater* bedømmelse af den, der skulle have handlet;
- = en culpalignende bedømmelse ud fra tradition, kutymer, retsområde, parternes tidligere samhandelsmønster.

Regres mod ledelsesmedlemmet fra en skuffet part
- hvis selskabet **bindes** i strid med instrukserne til den disponerende, ifalder han erstatningsansvar over for selskabet;
- hvis selskabet **ikke** bindes, og der således opstår et tab for medkontrahenten, som har været i god tro, vil medkontrahenten kunne rette et krav mod den disponerende i medfør af aftl.§ 25;
  - jf. *UfR 2007.1713 Ø*
    - bestyrelsesformands egenmægtige bestilling af et konsulentarbejde for selskabet.

Egentlig fuldmagt fra selskabet
- almindelige fuldmagtsregler finder anvendelse i tilfælde, hvor selskabet formelt har givet nogen, herunder et bestyrelsesmedlem eller en direktør, en (skriftlig) fuldmagt;
- selskabet bemyndiger ved sine tegningsberettigede nogen til at handle som selskabets fuldmægtig.

Prokura
- kan kun meddeles af det centrale ledelsesorgan, jf. SL § 135, stk. 5;
- almindelige firmaretlige grundsætninger, jf. EVL § 7:
  - prokuristen er bemyndiget til at handle for virksomheden i alle forhold, der hører til driften, og til at forpligte virksomheden.
- kan gives til flere personer, således at den kun kan benyttes af disse i forening (kollektiv prokura);
- intet til hinder for, at personer, der er medlem af bestyrelse eller direktion, tillægges prokura.

15.3. Ledelsens erstatningsansvar

- Bestyrelses-, direktions- og tilsynsrådsansvar
  - almindelige erstatningsgrundsætninger;
  - SL §§ 361-365;
  - *Erik Werlauff*: Erstatning i selskabsforhold – ledelse, ejere, revisor (2016).
  - dansk rets almindelige culparegel;
  - kan ikke sidestilles med et professionsansvar;
  - dog noget skærpet for medlemmerne af et evt. tilsynsråd …
  - jf. nedenfor samt *Søren Bergenser*: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), ph.d.-afhandling;
  - skal varetage selskabsinteressen efter bedste skøn;
  - følger loven i det land, hvor selskabet har sit hjemsted, dvs. selskabsstatuttet;
    - jf. *UfR 1998.1071 Ø.*
  - revisorer, vurderingsmand, ejerbogsførere og granskningsmænd – ansvar efter de samme principper, jf. SL § 361, stk. 2-3;
  - en kapitalejer kan i særlige tilfælde blive erstatningspligtig, jf. SL § 362, stk. 1, hvis tabet er forvoldt enten ved forsæt eller grov uagtsomhed;
  - ansvar over for medkapitalejere kan opstå i tilfælde af illoyal, tabforvoldende optræden:
    - *UfR 1999.1080 V (Protech)* – forårsager tvangsopløsning;
    - *UfR 2010.2757 V (VMI)* – udhuler variabel salgssum.
- Ansvarsnormen
  - se nærmere nedenfor.
- Hvis flere er ansvarlige …
  - hæfter de solidarisk over for den eller dem, der har lidt tabet, jf. SL § 363, stk. 2;
  - den indbyrdes regres mellem dem afgøres konkret;
  - hensyn til graden af hver enkelts skyld …
  - og omstændighederne i øvrigt;
  - jf. *UfR 1998.1137 H (fodboldselskabet)*;
  - jf. *UfR 2007.497 H (Calypso Verdensrejser A/S)*;
    - de to ledere skulle friholde de 4 bestyrelsesmedlemmer.
  - regressen kan pådømmes under samme retssag, forudsat de nedlægger påstand derom.
- Lempelse
  - efter en konkret vurdering evt. lempe ansvaret, jf. SL § 363, stk. 1;
  - forudsat der nedlægges påstand herom;
  - jf. *UfR 2011.1290 H (Brdr. Erleben A/S)*
    - betydelig uagtsomhed fra de 3 brødre, der ejede og drev selskabet;
    - aktiekapitalen aldrig indbetalt, bogholderi blev ikke ført etc.;
    - intet grundlag for lempelse, hverken efter (daværende) AL § 143 eller efter EAL § 24.

- Kompetencen til at gøre selskabets krav gældende
  - tilkommer generalforsamlingen, jf. SL § 364, stk. 1;
  - også over for skadevoldende direktører;
  - dog ikke til hinder for, at generalforsamlingen efterfølgende godkender en allerede anlagt sag;
    - jf. *UfR 1999.707 H*
  - hvis $^{1}/_{10}$ af selskabskapitalen modsatte sig *décharge* …
    - kan enhver kapitalejer inden visse frister (SL § 365) …
    - stævne på selskabets vegne, jf. SL § 364, stk. 3.
  - bortset fra minoritetssøgsmål efter § 364, stk. 3, kan den enkelte kapitalejer ikke stævne for selskabets tab;
    - kan dog stævne for sit eget direkte tab;
    - blev fx lokket til at købe kapitalandele under forkerte angivelser om selskabets situation, jf. *UfR 2005.918 H*.
  - er selskabet under konkursbehandling, overgår søgsmålskompetencen til konkursboet;
  - træffer beslutning efter indstilling fra kurator på skiftesamlingen;
    - fx *UfR 2010.190 H (Russmarine A/S)*.
  - NB.: nogle krav er ikke selskabsretlige, og derfor ikke begrænset af kompetencereglen i SL § 364:
    - det lille $^{50}/_{50}$-ApS, hvor én af de to ejer/direktører skader selskabet i sine kontraktmæssige relationer med dette;
    - den anden, loyale ejer/direktør kan på egen hånd beslutte retssag mod den illoyale, jf. *UfR 2011.2726/1 H (Kazai Denmark ApS)*.
- Enkelte kreditorer kan sagsøge – forudsat direkte og individuelt ramt
  - boet sagsøger pga. påstået fejl hos ledelse eller revisor
  - havde regnskabet været rigtigt, ville man have standset tidligere, siger kurator
  - enkeltkreditor sagsøger pga. samme påståede fejl
    - havde regnskabet været rigtigt, ville man ikke have givet kredit
  - hvis begge vil sagsøge, hvis krav har da forrang?
    - det har kreditors, forudsat at det angår en "skade, som direkte og individuelt har ramt denne kreditor"
    - jf. Højesteret i …
      - *UfR 2014.1346 H (e-Huset)*, og
      - *UfR 2014.2918 H (Fiskeeksporten Aurora)*
    - se Anne Malling Hansen & Jonatan Hjortdal i UfR 2015 B s. 69 ff.
- Der skal være forårsaget et tab
  - fejlen eller forsømmelsen skal påviseligt have forårsaget et tab;
  - hvis beviset for kausalitet og tab ikke føres, skal der frifindes;
  - eksempel på frifindelse pga. manglende kausalitet er *UfR 2001.781 H (revisordommen)*
  - her var der ikke kausalitet (revisoransvar)
    - *UfR 2014.1346 H (e-Huset)*

- ↬ *UfR 2015.2075 H (Memory Card)*
  - fejl i regnskaber, men selvom regnskabet havde været korrekt …
  - ville bestyrelsen ikke have standset/omstillet driften
  - se *Erik Werlauff* i i UfR 2015 B s. 244 ff. ("Selskabserstatningsrettens omstillingspunkt") og *Bøggild & Kolja Staunstrup* i R&R 2015 nr. 11 s. 34 ff.
- — her var der kausalitet (prospektansvar)
  - ↬ *UfR 2013.1107 H (bankTrelleborg)*
    - fejl i prospekt, og havde garanterne ikke konverteret deres garantkapital til aktier …
    - ville de ikke have tabt deres investering (sagde H.R., modsat Ø.L.)

⌓ Ansvarsnormen – culpastandarden

- — *Rolf Dotevall*: Bolagsledningens skadesståndsansvar, 2. udg.;
- — udgangspunkt i de handlenormer, der fremgår af selskabslovgivningen, vedtægterne og en eventuel ansættelseskontrakt (for direktører) …
- — suppleret med uskrevne handle- og loyalitetspligter;
- — afgørende forskel mellem bestyrelses- og professionsansvaret: i hvilket omfang individuelle undskyldningsgrunde kan accepteres som diskulperende;
  - ↬ *UfR 2006.2637 H (AOF Århus)*
    - ulønnede bestyrelsesmedlemmer i ideelle foreninger mv. bedømmes efter en mildere culpanorm end erhvervsdrivende virksomheder;
    - jf. *Lennart Lynge Andersen* & *Torben Vistisen* i ET 2007 s. 47 ff.
  - ↬ *UfR 2006.3242 V*
    - kunne ikke forlanges af bestyrelsen for en andelsboligforening, at de satte sig nærmere ind i tal for hele ejendommens værdi.
- — antagelig skærpet culpanorm (dog ikke svarende til professionsansvar) for medlemmer af et evt. tilsynsråd …
  - ↬ pga. tilsynsrådets specialisering;
  - ↬ jo mere specialiseret, desto større grundighed i de (færre) opgaver, man har;
  - ↬ antages også hos *Søren Bergenser*: Tilsynsrådets erstatningsansvar (2012), ph.d.-afhandling.

⌓ Margin for skøn og fejlskøn

- — varetager man efter bedste skøn selskabets interesser …
  - ↬ er der en bred margin for fejlskøn, jf. Morten Samuelsson i ET 2009 s. 136 ff.
- — dette gælder også efter selskabsreformen 2010 …
  - ↬ trods de mange fremhævelser af, at *det er »ledelsens ansvar, at …«*
- — *UfR 1977.274 H (Havemann)*
  - ↬ er stadig gældende ret
  - ↬ måtte afveje risikoen for ikke at kunne betale dagens leverandører …
  - ↬ mod risikoen for, at rekonstruktionen gik i vasken (hvis man nu pludselig betalte kontant)

- vægt på, at rekonstruktionen ikke var urealistisk (håbløshedspunktet var endnu ikke passeret)

— anderledes, hvor håbløsheds/tilpasningspunktet er passeret
- *UfR 1998.1137 H (fodbolddommen)*
  - ikke fra dagen, hvor regnskabet blev vedtaget …
  - men fra modtagelse af senere besked om håbløshed
- *UfR 2002.2263 H (SKAT)*
- *UfR 2006.243 H (Mindshipfonden)*
  - fortsatte restaurationsdrift trods håbløshedspunkt.

— *UfR 1999.707 H (Future Advance A/S)*
- er ligeledes stadig gældende ret
- formanden anbragte millionbeløb som aftaleindskud i bank, der gik konkurs
- indskudsmåden afveg ikke afgørende fra bestyrelsens beslutning, og formanden frifandtes derfor.

— *UfR 2013.1312 H (Rudersdal-sagen)*
- Højesterets principielle udtalelse ad grundejerforeninger mv.:
  - »Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer«
- er den udtalelse ikke reelt "universel"? jo, det må man antage

— en professionel (advokat, revisor) ville ikke have haft en tilsvarende skønsmargin
- se fx *UfR 2016.1995 V (kurators tabte sag)*
  - kurator havde anlagt sag for boet mod Nykredit Bank
  - boet tabte og blev pålagt sagsomkostninger til NYK
  - men der var ikke midler nok i boet hertil
  - advokaten (der i øvrigt havde sikret sit eget salær i sagen) blev erstatningsansvarlig over for NYK for det manglende beløb

— læren fra dommene efter finanskrisen
- fx *Ø.L.D. 9. oktober 2015, 13. afd. nr. B-876-11 og B-877-11 (Capinordic Bank)*
- bankens successor: Finansiel Stabilitet …
- mod bestyrelsesmedlemmer og direktør
- se *Erik Werlauff* i R&R 2015 nr. 12 s. 48 ff.

— hvert engagement skal bedømmes konkret
- Ø.L. forudskikker generelt (s. 1261):
  - "Landsretten finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån."
  - meget vigtig udtalelse
  - anerkendelse af *business judgment rule*
- ledelsens skøn anerkendes normalt af domstolene

- dog en vigtig begrænsning i anerkendelsen af ledelsens skøn
  - ØL i *Capinordic* (s. 1261):
    - 'I de tilfælde, hvor en bevilling af et lån eller en anden disposition foretaget af de sagsøgte har været til fordel for et bestyrelsesmedlem eller et selskab kontrolleret af denne eller for et andet selskab i Capinordic koncernen, finder landsretten dog, at der må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat'.
  - alm. udlån:
    - formodning for, at udlånet er forsvarligt
    - business judgment rule anvendes
  - udlån til "nærstående":
    - ledelsen må bevise/sandsynliggøre, at udlånet er forsvarligt
  - business judgment rule anvendes ikke.

Aktivitet eller passivitet
- mange sager drejer sig om ansvar for passivitet frem for om ansvar for aktivitet;
- det er en undladelsessynd, hvis bestyrelsen ikke sørger for "en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed", jf. indledningen til SL § 115;
- men man kan ikke forlange af bestyrelsen, at den i alle detaljer beskæftiger sig med ledelsen, jf. *UfR 1962.452 H*;
- det er dog ikke altid nok til at undgå ansvar, at man udtræder af bestyrelsen;
  - jf. *UfR 1997.283 H*
    - burde have orienteret kapitalejerne om misbrug fra direktørens side.

Kompetenceoverskridelse – direktør
- betydelig vægt på hidtidig tradition i dette selskab;
  - *UfR 2012.2533 (Rheoscience A/S)*
    - frifindelse af direktør for bonusudbetalinger trods bestyrelsens tilkendegivelse om besparelser;
    - i årevis havde han haft kompetencen til at forhandle løn og give skønsmæssig bonus …
    - og andet var ikke blevet tilkendegivet ham nu;
    - kommenteret af *Lennart Lynge Andersen* & *Peer Schaumburg-Müller* i ET 2012.397 ff. …
    - en bestyrelse kan ikke blot nikke i årevis og så buldre løs, når man bliver utilfreds med direktøren.

Fortsættelse af driften – håbløshedspunktet
- der skal være en betydelig margin til at skønne, hvornår det er håbløst at fortsætte selskabets drift;
  - *UfR 2003.317 H*
    - frifindelse efter Brask Thomsen Stiftungs tab på et betydeligt lån til Accumulator Invest A/S' moderselskab Krepco Holding A/S.

- *UfR 1977.274 H (Havemann)*
  - bestyrelsen frifandtes for ansvar i anledning af kreditkøb, idet der pågik seriøse forhandlinger om rekonstruktion lige til det sidste.

— måtte de indse, at videreførelse var håbløs, ifalder de ansvar;
- Mindshipfondens bestyrelse ansvarlig for at have videreført fondens restaurant ud over håbløshedstidspunktet, *UfR 2006.243 H*.

— systematisk anvendelse af det offentlige som finansieringskilde kan medføre erstatningsansvar over for SKAT;
- *UfR 2002.2263 H*: direktør og hovedkapitalejer burde fra et bestemt tidspunkt (håbløshedspunktet) have indset, at det ikke var muligt at videreføre selskabet;
- SKAT kan på nem måde få erstatning fra hovedaktionær/direktør, der har fået løn fra selskabet, men hvor A-skatten ikke er betalt:
  - kan ske via nulstilling;
  - dvs. lønnen anses udbetalt uden skattetræk …
  - hvorefter hovedaktionæren hæfter (og kan udpantes);
  - godkendt ved *UfR 1981.473 H (Herning Kranudlejning A/S)* …
  - men kun hvor hovedaktionæren måtte indse, at der ikke var penge til at betale A-skatten;
  - LSR's praksis beskrives af *Signe Wesenlund-Lund* & *Winnie Smidt Pålsson* i TfS 2011 s. 170.

— ansvarspådragende, hvis virksomhedssalg finder sted på sådanne vilkår, at der reelt fragår selskabet midler, eller dets kreditorer forskelsbehandles;
- jf. *UfR 1989.812 H*.

— usikrede udlån, herunder i koncernforhold, kan være ansvarspådragende;
- jf. *UfR 2000.1013 H* om bestyrelsesansvar (under dissens) for usikret udlån af et selskabs midler til et andet koncernselskab, hvor kreditorselskabet og dermed en kreditor i henhold til en verserende voldgiftssag led tab.

— hvis kun ét bestyrelsesmedlem er forsikringsdækket …
- kan der være en tendens hos domstolene til at anvende lempelses- og reglerne på en sådan måde …
- at ansvaret ender hos den forsikringsdækkede, jf. fodboldselskabet, der fortsatte sin drift for længe;
- *UfR 1998.1137 H*.

Kapitel 16

Koncerner

16.1. Koncernbegrebet i dansk selskabsret

- *Gitte Søgaard & Erik Werlauff:* Koncernretten (2015)
- Endnu ikke harmoniseret inden for EU/EØS.
- Den selskabsretlige danske definition fremgår af SL § 5, nr. 19 (tidligere nr. 18).
- Bygger på IAS 27 – dvs. International Accounting Standard nr. 27
  - denne er dog under udfasning og afløses af IFRS 10 …
  - når det nye, IFRS 10-baserede koncernbegreb er implementeret i dansk (selskabs)ret …
  - vil det få klare substantielle konsekvenser: før var der ingen koncern, men nu er der; og vice versa …
  - idet tilgangsvinklen i IFRS 10 er anderledes (meget investor- og cashflow-orienteret) end IAS 27
  - se nærmere *Gitte Søgaard:* Selskabs- og regnskabsrettens koncernbegreber (2016)
- Dattervirksomhed
  - er en virksomhed, der er underlagt bestemmende indflydelse af et moderselskab;
  - jf. § 5, nr. 3, med henvisning til SL §§ 6 og 7.
- Moderselskab
  - er et A/S, ApS eller P/S …
  - som har en bestemmende indflydelse over én eller flere dattervirksomheder, jf. SL § 5, nr. 21 (tidligere nr. 20).
- En koncern
  - er et moderselskab og dets dattervirksomheder, jf. SL § 5, nr. 19 (tidligere nr. 18).
- De vigtigste retsområder, der nu anvender samme koncernbegreb, er:
  - selskabsretten,
  - regnskabsretten,
  - skatteretten (for så vidt angår sambeskatning).

- Helt centralt karakteristiske træk i selskabs-, regnskabs- og skatteretten
  - kontrol!
  - moderselskabet har kontrollen over datterselskabet.
- Omfattes udenlandske koncernselskaber?
  - moderselskaber: udgangspunkt at kun danske aktie-, anparts- og partnerselskaber omfattes af SL, jf. definitionen i SL § 5, nr. 21 (tidligere nr. 20);
  - evt. tager lovteksten udtrykkeligt stilling til spørgsmålet, jf. fx SL § 211 om muligheden for at yde koncernlån også til visse udenlandske moderselskaber;
  - vi kan ikke gennem vor lovgivning pålægge et selskab, der hører under et andet lands lovgivning, pligter;
  - derimod kan vi pålægge et selskab, der har hjemsted i Danmark, en række pligter, som også tager udenlandske koncernselskaber i betragtning.
- En virksomhed kan kun have ét **selskabs**retligt moderselskab, jf. SL § 6, 2. pkt.
- "Bestemmende indflydelse" er det afgørende koncern-kriterium
  - dvs. beføjelsen til at styre en dattervirksomheds økonomiske og driftsmæssige beslutninger, jf. SL § 7, stk. 1;
  - skal nu fortolkes svarende til sit forbillede …
  - den internationale regnskabsstandard nr. 27, IAS nr. 27.
- Hvis der er et absolut stemmeflertal:
  - formodning for "bestemmende indflydelse";
  - stemmerettighederne og ikke kapitalandelene er udslagsgivende.
- Bestemmende indflydelse kan udspringe af råderet over mere end halvdelen af stemmerettighederne – i kraft af en aftale med andre investorer, jf. SL § 7, stk. 3, nr. 1.
- Bestemmende indflydelse kan udspringe af en beføjelse til at udpege eller afsætte flertallet af medlemmerne i det øverste ledelsesorgan, jf. SL § 7, stk. 3, nr. 3
  - eksempel på koncernforhold pga. bestyrelsesflertal:
    - *TfS 2007.608 SR (landbrugsselskabet)*
      - 90 pct. af kapitalen i landbrugsselskabet i form af B-aktier;
      - havde herved ikke en stemmemæssig minoritet;
      - men til gengæld rådedes der over et bestyrelsesflertal …
      - idet B-kapitalen valgte hele selskabets bestyrelse minus et medlem.

16.2. Ret og pligt mellem koncernselskaber

- *Gitte Søgaard & Erik Werlauff*: Koncernretten (2015), kap. 3.
- En koncern er ikke et retssubjekt – og kan ikke være medkontrahent i en kontrakt.
- Moderselskabet er forpligtet til at underrette datterselskabet, så snart et koncernforhold er etableret, jf. SL § 134, 1. pkt.

- Datterselskabet skal give moderselskabet de oplysninger …
  - som er nødvendige for vurderingen af koncernens stilling …
  - og resultatet af koncernens virksomhed, jf. SL § 134, 2. pkt.
- Koncernforbundne selskabers kapitalandele sammentælles i relation til tærsklerne for "betydelige kapitalandele" (5 pct. mv.), jf. SL § 55, stk. 2, nr. 1;
  - i modsat fald kunne reglerne om offentlig indsigt i betydelige kapitalandele omgås vilkårlig.
- Forskrifterne om egne kapitalandele …
  - finder tilsvarende anvendelse på et datterselskabs erhvervelse til eje eller pant af kapitalandele i dets moderselskab, jf. § 201;
    - ved beregningen af brøkdele af moderselskabets selskabskapital (mindretalsrettigheder, vedtægtsmæssige krav om tilstedeværelse/quorum etc.) …
    - fratælles derfor både egne kapitalandele i moderselskabet, der er erhvervet af moderselskabet selv …
    - og ligeledes egne kapitalandele i moderselskabet, der er erhvervet af dets datterselskaber.
- Moderselskabs formålsbestemmelse
  - skal ikke blot angive formålet med selskabets egen virksomhed …
  - men skal også angive formålet med datterselskabernes væsentligste aktiviteter.
- Spørgsmålsretten på generalforsamlinger …
  - gælder ifølge SL § 102, stk. 1, sidste pkt. også for "selskabets forhold til andre selskaber i samme koncern".
- Må M lede D direkte?
  - Tyskland og Portugal har gjort det muligt at indgå koncernaftaler …
  - dvs. at et moderselskab overtager ledelsen af datterselskabet;
  - nærmere *Adriaan Dorresteijn*, *Tiago Monteiro*, *Christoph Teichmann* & *Erik Werlauff*: European Corporate Law, 2nd edition, 2009, s. 281 ff.;
  - EU-direktiv (9. selskabsdirektiv) herom måtte opgives.
- Fransk højesteretsdom, *Rozenblum-dommen* – efter "Rozenblumdoktrinen" vil det være retmæssigt for et moderselskab at gribe ind i ledelsen af et datterselskab, hvis:
  - der foreligger en fast etableret koncernstruktur,
  - der er udviklet en konsekvent og koordineret koncern-politik,
  - fordele og ulemper fordeles på en afbalanceret måde mellem moderselskab og datterselskaber;
  - doktrinen vil evt. blive søgt kodificeret på EU-niveau, jf. *Liv Stølen* i NTS 2004 s. 402 ff.

16.3. Identifikation mellem koncernselskaber

- *Gitte Søgaard & Erik Werlauff:* Koncernretten (2015), kap. 5.
- Udgangspunkt
  - det enkelte koncernselskab betragtes som en selvstændig enhed, både i henseende til ret og pligt:
    - EUD i *C-234/98 (Amalgamated Construction)*;
    - *UfR 1985.664 V (stoleproduktionen)*;
    - *UfR 1986.697 V (chokoladefabrikken)*.
- Undtagelse fra udgangspunktet kan gøres …
  - hvis flere selskaber fungerer som én virksomhed …
  - på tværs af opdelingen i forskellige juridiske personer;
  - se nærmere *Erik Werlauff* i UfR 2012 B s. 203 ff. ("Medhæftende majoritetsejer").
- Identifikation **til skade** for selskaberne blev afvist
  - *UfR 1986.697 V (chokoladefabrikken)*;
  - *UfR 1997.179 H (staldinventarsagen)*;
  - *Søren Friis Hansen* i Julebog 1997, Handelshøjskolen i København, Juridisk Institut, s. 125 ff.;
  - *UfR 2001.777 H (Telia A/S)*.
- Identifikation **til skade** for selskaberne blev statueret:
  - *UfR 1977.526 H (håndpant i båd)*;
  - *UfR 1968.766 H* (kommenteret af *H. Schaumburg* i UfR 1969 B s. 116 ff.);
  - *UfR 1978.880 H (Inka Print)*;
  - *UfR 1980.806 V (Frigor)*;
  - *UfR 1997.1642 H (Midtfyns Festivalen)* (= *TfS 1997.780 H*), hvor der statueredes objektivt "hæftelsesgennembrud", jf. *Erik Werlauff* i TfS 1997, 822, *Børge Dahl* & *Jørgen Nørgaard* i UfR 2000 B s. 399 ff. samt *Jan Pedersen* i SR-skat 2002 s. 324 ff.;
  - *TfS 1998.153 Ø*, hovedaktionærs vinding ved indførelsen af EU-stridig afgift modregnet i selskabets krav på tilbagebetaling;
  - *UfR 2002.139 H (Jyske Bank og pantet i de leasede lastvognstog)*.
- Identifikation **til fordel** for selskaberne blev afvist:
  - *UfR 1985.664 V (licensafgift på stole)* udløst, da stolene afhændedes til nyt helejet datterselskab.
- Identifikation **til fordel** for selskaberne blev statueret i:
  - *UfR 1994.621 H (Dagrofa)* betragtet som en enhed i relation til omstødelse.
- Hæftelsesgennembrud og identifikation inden for miljøretten
  - dvs. ved forurenede grunde mv., se *Thomas Bøgholm Hansen* i Justitia 2000 nr. 1.
- Dommer/advokat-skabt udvikling af koncernretten
  - *Erik Werlauff*

  - Koncern og fællesskab – EU-Domstolens udvikling af et fællesskabsretligt koncernbegreb, i "Festskrift til Claus Gulmann" (2006), s. 493 ff.;
  - og samme i European Company Law (ECL) October 2007, volume 4, issue 5, p. 201-206 ("Group and Community – the European Court's Development of an Independent Community Law Concept of the Group and its Significance for National Company Law").
- EUD i *C-389/92 (Ballast Nedam Groep)*
  - disponerer over datterselskabernes sagkundskab;
  - ny dom i *C-5/97* – samme parter.
- EUD i *C-176/98 (Holst Italia SpA (Ruhrwasser))*
  - sagkundskab på "moderskabsniveau".
- EUD i *C-73/95 P (Parker)*
  - en "virksomhed" i konkurrencereglernes (kartelreglernes) forstand.
- EUD i *C-97/08 P (Akzo Nobel)*
  - ansvar for den økonomiske enhed, som begik kartel-overtrædelse.
- EUD i *C-358/08 (Aventis Pasteur)*
  - hvis det franske moderselskab havde truffet beslutningen om at bringe vaccinen i omsætning i UK …
  - kunne moderselskabet indsættes som sagsøgt i stedet for UK-datterselskabet.
- EUD i *C-348/07 (Turgay Semen mod Deutsche Tamoil GmbH)*
  - godtgørelse efter handelsagentdirektivet;
  - fordele i direktivets artikel 17(2) omfattede kun netop det selskab …
  - der var agenturgiver efter kontrakten.

16.4. Holdingselskaber

- *Erik Werlauff*: Valg af virksomhedsform (2015), kap. 5.
- I mange tilfælde har ejerne ikke personligt deres kapitalandele i et selskab
  - men gennem et holdingselskab.
- Lovgivningen har gjort det muligt …
  - for stadigt flere kategorier af erhvervsdrivende at eje deres aktive selskab ("driftsselskabet") gennem et holdingselskab;
  - fx retsplejelovens regler om advokatholdingselskaber;
  - landbrugslovens regler om landbrugsholdingselskaber.
- Når hver har deres holdingselskab …
  - bestemmer de hver især …
  - hvilken konsolideringsgrad netop deres holdingselskab skal have.
- Skatteretligt er der betydelige fordele ved holdingstrukturen
  - der er dog kun tale om en skatteudskydelse, ikke en definitiv skattebesparelse;
  - udbytte fra det underliggende driftsselskab er skattefrit;
  - avancer ved salg af kapitalandelene i driftsselskabet er skattefri.

- Betingelserne for skattefrie udbytter og avancer
  - kapitalandelene i driftsselskabet er enten …
  - datterselskabsaktier – ejerskab af mindst 10 pct. af driftsselskabets kapital (ABL § 4 A), eller
  - koncernselskabsaktier – bestemmende indflydelse i driftsselskabet (ABL § 4 B).
- En holdingstruktur kan etableres på tre måder:
  - aktivitet, der påbegyndes, lægges fra begyndelsen i et driftsselskab, der fra begyndelsen ejes af holdingselskab;
  - ejerkredsen i driftsselskabet stifter et holdingselskab gennem anvendelse af deres aktier i driftsselskabet som apportindskud i holdingselskabet, jf. ABL § 36 eller § 36 A om skattefri aktieombytning;
  - driftsselskabet overdrager sin virksomhed som apportindskud til et datterselskab, jf. FUSL §§ 15 b-c om skattefri tilførsel af aktiver.

Kapitel 17

Medarbejderne

17.1. Selskabsrepræsentation

- Selskaber, der i de sidste 3 år har beskæftiget gennemsnitligt mindst 35 medarbejdere.
- Medarbejderne kan vælge et antal medlemmer til øverste ledelsesorgan (og suppleanter for disse) …
  - svarende til halvdelen af de øvrige ledelsesmedlemmer, jf. SL § 140, stk. 1, 1. pkt.;
  - dog altid vælge mindst 2 medlemmer og suppleanter for disse, jf. SL § 140, stk. 1, 3. pkt.
- Indførtes i dansk ret pr. 1. januar 1975.
- Er der i et aktie- eller anpartsselskab en direktion og en **bestyrelse** …
  - sker valget til bestyrelsen.
- Er der i et aktie- eller anpartsselskab en direktion og et **tilsynsråd** …
  - sker valget til tilsynsrådet.
- Er der i et anpartsselskab kun en direktion …
  - og ønsker medarbejderne at udnytte deres ret til medarbejderrepræsentation …
  - skal selskabet ændre struktur og vedtægter …
  - således at det får en bestyrelse eller et tilsynsråd.
- Repræsentation forudsætter, at mindst halvdelen af medarbejderne stemmer ja under en ja/nej-afstemning, jf. SL § 142.
- Valg sker ved skriftlig og hemmelig afstemning
  - omfatter nu også medarbejdere ved selskabets filialer i andre EU- eller EØS-lande, jf. bkg. § 2, stk. 4;
  - jf. bkg. nr. 806 af 28. juni 2010, i kraft siden 1. juli 2010;
  - afløst af bkg. nr. 344 af 30. marts 2012, i kraft siden 1. juli 2012.
- Hvis der ikke er kandidater nok, vælges der det lavere antal, som der er kandidater til, jf. SL § 140, stk. 2.

- De vælges for en 4-års periode
  - ordinært valg finder sted hvert 4. år …
  - forudsat betingelserne for medarbejderrepræsentation fortsat er opfyldt.
- Fravigelse af bkg. kan ske i tilfælde af enighed herom mellem ledelsen og medarbejdersiden.
- Frivillig ordning – væsentlige nyskabelser fra 1. juli 2010, jf. bkg. nr. 806 af 28. juni 2010, videreført i bkg. nr. 344 af 30. marts 2012:
  - SU og ledelse kan i enighed etablere frivillig ordning …
  - også i stedet for lovens ordning (atter CBM-inspireret – aftalefrihed);
  - men en frivillig ordning bortfalder og afløses af lovens ordning, hvis der ikke længere er enighed …
    - i SU eller
    - blandt de medarbejdervalgte bestyrelsesmedlemmer;
    - eller hvis gf.en beslutter det (præciseret i 2012-bkg.).
- De medarbejdervalgte er underlagt de samme regler som de andre medlemmer af ledelsesorganet
  - samme rettigheder, pligter og ansvar som de øvrige medlemmer af bestyrelsen;
  - hvis bestyrelsen får honorar, skal alle bestyrelsesmedlemmer som udgangspunkt have samme honorar …
  - bortset fra muligheden for at forøge formandens honorar, *UfR 1997.1475 H (Gate Gourmet A/S)* …
  - eller særlige opgaver til bestemte medlemmer.
- Omstrukturering – bkg. § 56 + vejledningen
  - overførsel til nyt selskab (eller til skuffeselskab) – perioden hos det overdragende selskab medregnes til 3-års perioden;
  - fusion og spaltning – en række konkrete vink i vejledningen.

17.2. Koncernrepræsentation

- § 140 finder tilsvarende anvendelse på medarbejderne i et dansk moderselskab og dets danske datterselskaber
  - jf. koncerndefinitionen i SL §§ 6-7 …
  - samt filialer i Danmark af udenlandske datterselskaber, jf. SL § 141, stk. 1.
- Hvis moderselskabet omfattes af reglerne om selskabsrepræsentation i SL § 140 …
  - har medarbejderne i moderselskabet ret til at vælge 2 medlemmer (og suppleanter for disse), jf. SL § 141, stk. 2, 1. pkt.
- Generalforsamlingen i moderselskabet kan beslutte …
  - at medarbejdere i et eller flere udenlandske datterselskaber …
  - kan indgå i kredsen af valgbare og stemmeberettigede, jf. SL § 141, stk. 3, 1. pkt.

- Det samlede antal medarbejdervalgte medlemmer i moderselskabets bestyrelse henholdsvis tilsynsråd …
  - skal udgøre halvdelen af de øvrige medlemmer …
  - dog skal der mindst være 3 medarbejdervalgte medlemmer, jf. SL § 141, stk. 2, 2. pkt.
- I en subkoncern vil der være ret til koncernrepræsentation flere gange (dvs. på flere niveauer i koncernen).

17.3. Medbestemmelse efter en grænseoverskridende fusion/spaltning

- Tre retsgrundlag for, at selskaber i forskellige stater kan fusionere:
  - SE-reglerne
    - stiftelse af et europæisk aktieselskab, dvs. et SE-selskab;
    - idet én af stiftelsesmåderne er grænseoverskridende fusion.
  - CBM-reglerne
    - fusion eller spaltning af aktie- eller anpartsselskaber med hjemsted i forskellige stater;
    - jf. direktiv 2005/56 (10. selskabsdirektiv = CBM-direktivet om *cross-border mergers*).
  - fusion eller spaltning støttet direkte på Traktatens etableringsregler
    - jf. TEUF artikel 49: etableringsretten, jf. *Sevic*.
- Ved grænseoverskridende fusion skal der finde forhandlinger sted mellem selskabernes ledelse og et særligt forhandlingsorgan
  - kan der ikke opnås en aftale, gælder nogle særlige referencebestemmelser.
- Vi skal i Danmark til at vænne os til at møde selskaber – både SE-selskaber samt aktie- og anpartsselskaber …
  - med dansk hjemsted, men med helt anderledes løsninger af medbestemmelsesspørgsmålet, end vi er vant til.

Kapitel 18

Erhvervsstyrelsen og Erhvervsankenævnet

18.1. Erhvervsstyrelsen

- Fører et register over selskaber …
  - der er registreret i medfør af SL, dvs. A/S, ApS og P/S, jf. SL § 14, stk. 1, 1. pkt.,
  - eller efter EVL;
  - og efter EFL.
- Offentliggørelse sker i styrelsens it-system, jf. SL § 14, stk. 1, 2. pkt.
- Direktion, bestyrelse og tilsynsråd og eventuel revisor skal registreres i ES it-system, jf. SL § 10, stk. 1.
- Ændring i vedtægter eller i noget andet forhold, der er registreret i ES …
  - skal registreres i ES' it-system eller anmeldes inden for 2 ugers fristen i SL § 9, jf. SL § 11.
- Opdatering af personoplysninger ophører, når der er gået 10 år efter sidste ændring, jf. SL § 18, stk. 2.
- Registreringen kan gennemføres umiddelbart i ES' it-system
  - tilgængelig via www.erst.dk og via www.erst.dk.
- Hvis anmelderen ikke selv foretager registreringen direkte …
  - skal den være modtaget i ES senest 2 uger efter …
  - at "den retsstiftende beslutning" er truffet, jf. SL § 9, stk. 1, 2. pkt.
- Anmeldelser, regnskaber mv. kan være i papirbaseret eller elektronisk form, jf. gældende BEK med hjemmel i SL § 12.
- Den til enhver tid gældende anmeldelsesbkg.
  - kan findes på www.retsinfo.dk samt på styrelsens egen hjemmeside, www.erst.dk.

- Så længe offentliggørelse ikke har fundet sted …
  - kan forhold, der skal registreres, ikke gøres gældende mod tredjemand …
  - medmindre selskabet beviser, at tredjemand havde kendskab dertil, jf. SL § 14, stk. 3, 1. pkt.
- Når en oplysninger er offentliggjort i ES it-system …
  - anses den for at være kommet til tredjemands kendskab, jf. SL § 14, stk. 2, 1. pkt.

18.2. Afhjælpning og registreringsnægtelse/blokering

- Registrering skal som udgangspunkt nægtes …
  - hvis der foreligger en indholds- eller tilblivelsesmangel, jf. SL § 15, stk. 1;
  - dvs. i forhold til lov eller vedtægt.
- At indhold eller tilblivelse strider mod en ejeraftale …
  - kan dog ikke medføre registreringsnægtelse, jf. SL § 82.
- Registreringsnægtelse kan indbringes for Erhvervsankenævnet
  - men kan også indbringes direkte for domstolene.
- Kan en fejl eller mangel ved det anmeldte afhjælpes …
  - kan ES fastsætte en frist til berigtigelse, jf. SL § 16, stk. 1, 1. pkt.;
  - sker berigtigelse ikke senest ved udløbet af den fastsatte frist, kan registrering ikke finde sted, jf. SL § 16, stk. 1, 2. pkt.;
  - i visse tilfælde er berigtigelse dog ikke mulig, idet der foreligger en irreparabel mangel.
- Tradition for at anmode generalforsamling om en bemyndigelse …
  - hvorefter bestyrelsen eller dirigenten er bemyndiget til at foretage ændringer i det vedtagne, som måtte blive krævet …
  - af ES eller anden relevant myndighed.
- Ved tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer …
  - kan ES blokere for registreringer;
  - både selvregistrering og registrering af modtagne anmeldelser, jf. SL § 16, stk. 3, 1. pkt.;
  - ES kan tvangsmæssigt registrere, at ledelsen er fratrådt, jf. SL § 16, stk. 4;
  - lægger pres på stridende kapitalejere for at enes om en løsning.

18.3. Krænkelse af tredjemands ret

- Spørgsmålet om sletning af registreringen hører under domstolene, jf. SL § 20, stk. 1.
- Retssag skal være anlagt mod selskabet senest 6 måneder efter registreringens offentliggørelse i ES' it-system, jf. SL § 20, stk. 2, 1. pkt.

18.4. Anmeldelsen og anmeldelsesfristen

- Fristen for at foretage "handlingen" beregnes fra dagen efter begivenheden, jf. SL § 23, stk. 1.
- Generel 2-ugers frist
  - fristen udløber på ugedagen for den dag, hvor begivenheden fandt sted, jf. SL § 23, stk. 2.
- Er fristen angivet i måneder …
  - udløber fristen på månedsdagen for den dag, hvor begivenheden fandt sted, jf. SL § 23, stk. 3.
- Udløber fristen i en weekend, på en helligdag, grundlovsdag, juleaftensdag eller nytårsaftensdag
  - udløber da i stedet: førstkommende hverdag derefter, jf. SL § 23, stk. 5.
- Ved registrering via ES' it-system anvendes brugerens digitale signatur eller NemID.
- Ellers: på styrelsens anmeldelsesblanket.
- Anmelderen indestår for, at registreringen eller anmeldelsen er lovligt foretaget.
- De oplysninger, der registreres i ES' it-system, skal være på dansk.
- Centrale dokumenter skal være på dansk, norsk eller svensk.

18.5. Erhvervsankenævnet

- ES' afgørelser kan indbringes for Erhvervsankenævnet senest 4 uger efter, at afgørelsen er meddelt den pågældende
  - med EFL 2014 kan ikke blot ES-afgørelser som registreringsmyndighed for erhvervsfonde …
  - men også som fondsmyndighed indbringes for EAN, jf. EFL 2014 § 130.
- Nævnet er et administrativt rekursorgan.
- Nævnet behandler også klager, der ikke vedrører SL, EVL, EFL eller ÅRL.
- Er klageinstans for administrative afgørelser, i det omfang det fastsættes ved lov eller i henhold til lov.
- Klage til nævnet har som udgangspunkt ikke opsættende virkning
  - nævnet eller formanden kan dog bestemme, at klagen alligevel skal have opsættende virkning.
- Modsat civile domstolssager gælder der ikke et forhandlingsprincip, men et officialprincip.
- Nævnets kompetence omfatter både juridiske og skønsmæssige spørgsmål.

- Nævnets kendelse kan lyde på:
  - afvisning,
  - stadfæstelse,
  - ændring,
  - ophævelse og hjemvisning.
- Træffer (naturligvis) sine afgørelser uafhængigt af Økonomi- og Erhvervsministeriet og andre administrative myndigheder.
- Nævnets afgørelser kan indbringes for domstolene.
- Nævnet har utvivlsomt forelæggelsesret for EU-Domstolen
  - har "domstolskvalitet".

Kapitel 19

Fusion, spaltning og omdannelse

19.1. Overtagelsesmetoder

- *Alex Fomcenco:* Mergers & Acquisitions – counseling and choice of method (2016)
- Fire metoder til overtagelse:
  - fusion,
  - spaltning,
  - majoritetsovertagelse,
  - virksomhedsoverdragelse.
- Fusionsmotiver:
  - diversifikation,
  - synergieffekt,
  - ekspansion,
  - styrkelse af markedsposition.
- Fusion
  - det ophørende selskabs kapitalejere får vederlaget.
- Spaltning
  - det spaltede selskabs kapitalejere får vederlaget.
- Majoritetsovertagelse = aktieombytning
  - det overtagne selskabs kapitalejere får vederlaget.
- Virksomhedsoverdragelse = tilførsel af aktiver
  - det selskab, der sælger virksomheden får vederlaget.
- Engelsksproget terminologi
  - *mergers and acquisitions* = M&A = fusioner og overtagelser.
- Alle overtagelsesmetoder – to skattemæssige varianter
  - enten med skat;
    - hos det selskab, der afstår aktiver (fusion, spaltning, virksomhedsoverdragelse);
    - hos de kapitalejere, der afstår kapitalandele (fusion, spaltning, majoritetsovertagelse).

- — eller uden skat;
  - dvs. som en skatteneutral disposition …
  - forudsat at lovens betingelser herfor er opfyldt.
- — selskabslovgivningen tager ikke stilling til, om fusionen er skattepligtig eller skattefri
- — om valget mellem skattepligtig og skattefri M&A se nærmere *Erik Werlauff*: Selskabsskatteret, kap. 8.

Fusion og spaltning – universalsuccession
- — dvs. ret og pligt overgår fra det indskydende til det modtagende selskab;
- — der kræves hjemmel til civilretlig universalsuccession;
- — det lovmæssige udgangspunkt er ellers: debitorskifte kræver kreditorsamtykke!
- — fusionsklausul:
  - kan skrive i en gensidigt bebyrdende aftale, fx en forhandlerkontrakt eller samarbejdsaftale …
  - at fusion er opsigelsesgrund;
  - herved fraviges universalsuccessionen således (for netop denne medkontrahent).

Universalsuccession – hvilke tilfælde?
- — A/S til ApS (= samme juridiske person);
- — ApS til A/S (= samme juridiske person);
- — fusion;
- — spaltning;
- — P/S til A/S;
- — A/S til P/S;
- — A.m.b.a. til A/S.

Ingen universalsuccession
- — I/S til fx A.m.b.a. eller til A/S.

19.2. Fusion mellem danske selskaber

Definition
- — opløses uden likvidation …
- — ved overdragelse af selskabets aktiver og forpligtelser som helhed …
- — til et andet aktieselskab, anpartsselskab eller partnerselskab.

Lodret fusion
- — moder- og datterselskab fusioneres.

Omvendt lodret fusion
- — moderselskabet er det indskydende (det ophørende);
- — og datterselskabet det modtagende.

Vandret fusion
- — søsterselskaber fusioneres.

- Ikke hjemmel til fusion mellem A/S ellers ApS med en juridisk person af en anden virksomhedsform
  - fx et andelsselskab, en fond, en forening e.l.
- De centrale ledelsesorganer i de deltagende selskaber …
  - opretter og underskriver i fællesskab en fusionsplan, jf. SL § 237, stk. 1.
- Fusionsplanen skal indeholde oplysning og bestemmelser om følgende, jf. SL § 237, stk. 3, nr. 1) – 10):
  - navne og eventuelle binavne,
  - selskabernes hjemsted,
  - vederlaget for kapitalandelene i et ophørende selskab,
  - tidspunkt, fra hvilket de kapitalandele, der eventuelt ydes som vederlag, giver ret til udbytte,
  - rettigheder i det fortsættende selskab, der tillægges eventuelle indehavere af kapitalandele og gældsbreve med særlige rettigheder,
  - andre foranstaltninger til fordel for indehavere af de i nr. 5 omhandlede aktier og gældsbreve,
  - notering af eventuelle kapitalandele, der ydes som vederlag,
  - tidspunkt, fra hvilket et ophørende selskabs rettigheder og forpligtelser regnskabsmæssigt skal anses for overgået ("fusionsdatoen"),
  - enhver særlig fordel, der gives medlemmerne af selskabernes ledelse og
  - udkast til vedtægter, hvis der ved fusionen dannes et nyt selskab.
- Det centrale ledelsesorgan i hvert af de deltagende selskaber skal udarbejde en skriftlig redegørelse (fusionsredegørelse) …
  - hvori fusionsplanen forklares og begrundes, jf. SL § 238, stk. 1, 1. pkt.;
  - endvidere oplysning om fastsættelsen af vederlaget for kapitalandelene i de ophørende selskaber.
- Hvis fusionsplanen er underskrevet mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabets seneste årsrapport vedrører …
  - skal der udarbejdes en mellembalance, jf. SL § 239, stk. 1, 1 pkt.;
  - skal sikre, at beslutningen om fusion træffes på et tilstrækkeligt oplyst og ajourført grundlag;
  - skal være revideret, hvis selskabet er omfattet af revisionspligt;
  - i anpartsselskaber kan anpartshaverne i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes mellembalance.
- Fusion mellem aktieselskaber
  - skal ikke udarbejde vurderingsberetning, jf. SL § 240, stk. 2;
  - EU-tankegang:
    - kunne omgå reglerne om apportindskud …
    - hvis man kunne indfusionere et ApS i et A/S …
    - uden at der skulle ske vurdering af apportindskud;
    - derfor apportvurdering, hvis A/S indfusioneres i ApS;
    - er dog et (EU-påkrævet) *overkill* for Danmarks vedkommende …
    - eftersom vores ApS-apportregler = A/S-reglerne.

- Sagkyndige vurderingsmænd
  - udarbejder en skriftlig udtalelse om fusionsplanen, herunder vederlaget, jf. SL § 241, stk. 1, 1. pkt.;
    - kapitalejerne kan dog i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en sådan udtalelse fra en vurderingsmand.
  - også erklæring om, hvorvidt kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikrede efter fusionen, jf. SL § 242, 1. pkt.;
    - finder vurderingsmændene, at kreditorerne i det enkelte selskab ikke er tilstrækkeligt sikret efter fusionen …
    - kan kreditorerne anmelde deres fordringer, jf. SL § 243, stk. 1.
- Anmeldte fordringer, der er forfaldne, kan forlanges indfriet
  - for anmeldte fordringer, der er uforfaldne, kan der forlanges betryggende sikkerhed (i praksis forekommer dette yderst sjældent).
- ES skal senest 4 uger efter en eventuel fusionsplans underskrivelse …
  - have modtaget en kopi af fusionsplanen, jf. SL § 244, stk. 1, 1. pkt.;
  - overskrides fristen, kan fusionen ikke vedtages, jf. SL § 244, stk. 1, 2. pkt.;
  - offentliggørelse af modtagelsen af dokumenterne sker på hjemmesiden www.cvr.dk.
- Beslutningen om at gennemføre en fusion …
  - må tidligst træffes 4 uger efter ES' offentliggørelse af modtagelsen af fusionsplanen;
  - fusionens gennemførelse skal (naturligvis) være i overensstemmelse med fusionsplanen, jf. SL § 245, stk. 5, 1. pkt.;
  - der kan heller ikke efterfølgende ændres i vilkårene for fusionen, ej heller ud fra et forudsætningssynspunkt.
- Hvem træffer fusionsbeslutningen?
  - ophørende selskab
    - som hovedregel generalforsamlingen, jf. SL § 246, stk. 1, 1. pkt.;
    - med det flertal, der kræves efter § 106, dvs. dobbelt ⅔ flertal, jf. SL § 247, stk. 4;
    - U: fusion mellem M og et 100 pct. ejet D besluttes af D's centrale ledelsesorgan, SL § 252, stk. 1.
  - fortsættende selskab
    - som hovedregel det centrale ledelsesorgan, jf. SL § 247, stk. 1.
- Kapitalejerne i det **ophørende** selskab kan kræve godtgørelse …
  - hvis vederlaget ikke er rimeligt og sagligt begrundet;
  - og de har taget forbehold, jf. SL § 249, stk. 1;
  - NB: meget kort søgsmålsfrist – ingen sager i praksis
  - der er ikke tillagt det fortsættende selskabs kapitalejere søgsmålsmulighed (U: generalklausulen, SL § 108).
- Det fortsættende selskab kan registrere fusionen på begge/alle selskabers vegne, jf. SL § 251, stk. 1, 2. pkt.

19.3. Medarbejdernes retsstilling ved fusion

- Beskyttes i samme omfang som ved virksomhedsoverdragelse
  - jf. artikel 12 i fusionsdirektivet …
  - med henvisning til lønmodtagerdirektivet, 2001/23/EF.
- Bestående ordning med selskabs- eller koncernrepræsentation hos det ophørende selskab …
  - overføres dog ikke til det fortsættende selskab;
  - kan direktivet opfattes anderledes?

19.4. Spaltning mellem danske selskaber

- To spaltningsmåder:
  - ophørsspaltning
    - aktiver og forpligtelser overdrages som helhed …
    - til flere bestående eller nystiftede aktie- eller anpartsselskaber …
    - mod vederlag til det indskydende selskabs kapitalejere, jf. SL § 254, stk. 1, 2. pkt.
  - grenspaltning
    - selskabet overdrager en del af sine aktiver og forpligtelser …
    - til ét eller flere bestående eller nystiftede selskaber, jf. SL § 254, stk. 1, 3. pkt.
- De centrale ledelsesorganer underskriver i fællesskab en spaltningsplan, jf. SL § 255, stk. 1.
- De fleste punkter svarer til, hvad der efter SL § 237, stk. 3, nr. 1)-10), kræves af en fusionsplan.
- Det centrale ledelsesorgan i hvert deltagende selskab …
  - skal udarbejde en skriftlig redegørelse …
  - hvori spaltningsplanen forklares og begrundes, jf. SL § 256, 1. pkt.;
  - kapitalejerne kan dog i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes spaltningsredegørelse, jf. SL § 256, 3. pkt.
- Hvis spaltningsplanen er underskrevet mere end 6 måneder efter udløbet af det regnskabsår, som selskabernes seneste årsrapport vedrører …
  - skal der for det pågældende selskab udarbejdes en mellembalance, jf. SL § 257, stk. 1, 1. pkt.;
  - kapitalejerne kan dog i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en mellembalance.
- I hvert af de deltagende selskaber udarbejder en eller flere uvildige, sagkyndige vurderingsmænd …
  - en skriftlig udtalelse om spaltningsplanen, herunder vederlaget, jf. SL § 259, stk. 1, 1. pkt.;
  - kapitalejerne kan dog i enighed beslutte, at der ikke skal udarbejdes en sådan udtalelse;

- skal også afgive erklæring, om kreditorerne i det enkelte selskab må antages at være tilstrækkeligt sikret efter spaltningen, jf. SL § 260, 1. pkt.

- ES skal senest 4 uger efter en eventuel spaltningsplans underskrivelse …
  - have modtaget en kopi af spaltningsplanen, jf. SL § 262, stk. 1, 1. pkt.;
  - overskrides 4-ugers-fristen, kan spaltningen ikke vedtages, jf. SL § 262, stk. 1, 2. pkt.;
  - offentliggøres i ES' it-system, jf. SL § 262, stk. 2.

- Hvem træffer beslutningen om spaltning?
  - det indskydende (spaltede) selskab
    - generalforsamlingen;
    - med det flertal, der kræves efter SL § 106, jf. SL § 264, 1. pkt., dvs. dobbelt ⅔ flertal;
    - U: lodret spaltning af et 100 pct. ejet indskydende (spaltet) selskab: beslutning kan træffes af selskabets centrale ledelsesorgan, jf. SL § 270.
  - modtagende selskab(er)
    - som hovedregel det centrale ledelsesorgan.

- Skal registreres (eller anmeldes til registrering) senest 2 uger efter …
  - at spaltning er besluttet i alle de bestående selskaber, der deltager i spaltningen, jf. SL § 269, stk. 1, 1. pkt.

- Godtgørelse til spaltet selskabs kapitalejere …
  - hvis vederlaget for deres kapitalandele ikke er rimeligt og sagligt begrundet, jf. SL § 267, stk. 1;
  - samme bemærkninger som ad fusion, jf. ovenfor.

- Hvis en kreditor i et selskab, der har deltaget i spaltningen, ikke bliver fyldestgjort
  - hvert af de øvrige deltagende selskaber hæfter solidarisk …
  - for forpligtelser, der bestod på tidspunktet for spaltningsplanens offentliggørelse;
  - dog højst med et beløb svarende til den "tilførte eller resterende nettoværdi" i det enkelte selskab på dette tidspunkt, jf. SL § 254, stk. 2;
  - dvs. en subsidiær, solidarisk, begrænset hæftelse.

19.5. Medarbejdernes retsstilling ved spaltningen

- Beskyttet i overensstemmelse med direktiv 2001/23
  - jf. spaltningsdirektivets artikel 11, der svarer til fusionsdirektivets artikel 12.

- Betragtes som en virksomhedsoverdragelse med heraf følgende beskyttelse.

- Bestående ordning med selskabs- eller koncernrepræsentation hos et ophørsspaltet selskab …
  - overføres ikke til de modtagende selskaber.

19.6. Fusion og spaltning med udenlandsk selskab

- Kan deltage i grænseoverskridende fusioner …
  - hvor de øvrige deltagende selskaber er tilsvarende selskaber …
  - der hører under EU/EØS-landes lovgivning, jf. SL § 271;
  - hvis et selskab ved en rent national fusion kan overtage det ophørende selskabs fremførbare skattemæssige overskud …
  - skal selskabet ligeledes have en sådan ret i tilfælde af en grænseoverskridende fusion, jf. EU-dom *C-123/11 (A Oy)*.
- Baggrund i CBM-direktivet
  - = direktivet om grænseoverskridende fusion, *cross-border mergers*, direktiv 2005/56.
- Anderledes med …
  - grænseoverskridende:
    - fusion og spaltning af visse erhvervsdrivende virksomheder (A.m.b.a., S.m.b.a., F.m.b.a),
    - fusion og spaltning af erhvervsdrivende fonde,
    - spaltning af aktie- og anpartsselskaber.
  - ligger uden for CBM-direktivet;
    - *C-411/03 (Sevic)*, Traktatens etableringsregler;
    - EVL og EFL derfor nu indrettet således, at de tillader denne mulighed …
    - uanset at ikke dækket af CBM-reglerne.
- Reglerne om national fusion og spaltning genbruges.
- Tilføjelser som følge af transaktionens grænseoverskridende karakter:
  - fusionsplanen skal også udtale sig om de sandsynlige følger for beskæftigelsen i de deltagende selskaber, jf. SL § 272, stk. 1, nr. 5;
  - skal ligeledes udtale sig om procedurerne vedrørende forhandling med medarbejderne om medbestemmelse;
  - indløsningsret for nedstemte kapitalejere, jf. SL § 286;
  - der udstedes attest fra registreringsmyndigheden i det ophørende selskabs land;
  - transaktionen opnår først virkning fra registreringsdagen;
  - kan ske skattefrit, jf. 90/434 – fusionsskattedirektivet, FUSL § 15;
  - forudsætter, at der forbliver skattepligtigt driftssted, så Danmark bevarer beskatningsretten hertil;
  - dvs. de aktiver og passiver, der forlader landet, afståelsesbeskattes;
  - og dog: hvis det, der forlader landet, kunne afstås skattefrit, er der alligevel ingen beskatning …
  - fx for datterselskabsaktier (ABL § 4 A) og koncernselskabsaktier (ABL § 4 B) …

- fx. *TfS 2011.352 LSK* – dansk selskab D indfusioneret i M i Luxembourg, ingen aktiver tilbage i Danmark; alligevel skattefrit, da D kun ejede datterselskabsaktier (i et dansk DD).

Medbestemmelse for medarbejderne
- herom nærmere *Lone L. Hansen*: Medarbejdernes retsstilling ved grænseoverskridende fusion og overtagelse (ph.d.-afhandling, 2010).

Flytte hjemsted til en anden stat
- 14. selskabsdirektiv er endnu ikke vedtaget (om end det siden 12. december 2012 står højt på Kommissionens handlingsplan);
- men Danmark muliggjorde med selskabsreformen 2013 en flytning af hjemsted fra og til Danmark …
  - forudsat at den anden stat har tilsvarende flytteregler;
  - og forudsat at medarbejdernes ret til medbestemmelse ikke forringes gennem flytningen;
  - herved genbruges CBM-reglerne, dvs. som ved grænseoverskridende fusion;
  - her flyttes det registrerede hjemsted.
- alternativ til flytning: kan i den anden stat oprette et D …
  - som M derefter indfusioneres i gennem en omvendt lodret fusion;
  - *Erik Werlauff* i TfS 2008 s. 190 og samme i European Company Law 2008 s. 136 ff.;
  - anerkendtes som skattefri i *TfS 2010.983 SR*: dansk selskab indfusioneredes i nystiftet selskab i Cypern;
  - her "flyttes" (indirekte) det registrerede hjemsted.
- endnu et alternativ:
  - registreret hjemsted forbliver i Danmark …
  - kun faktisk hjemsted udflyttes, dvs. direktionens sæde flyttes;
  - *selskabs*retligt er selskabet fortsat dansk …
  - men *skatte*retligt er det herefter udenlandsk, thi faktisk hovedsæde i et andet land …
  - det, der evt. bliver tilbage i Danmark, er da i *skatte*retlig forstand "kun" et fast driftssted;
  - her flyttes kun det faktiske hjemsted.

EUD i *C-210/06 (Cartesio)* …
- anerkender staternes mulighed for at modsætte sig et selskabs tilflytning …
- men ikke dets fraflytning til en stat, der anerkender tilflytning;
- *Karsten Engsig Sørensen* i NTS 2009 s. 18 ff.: "et skridt frem og to tilbage".

19.7. Anpartsselskab omdannes til aktieselskab

- Kan med det flertal, der kræves til vedtægtsændring, vedtage …
  - at omdanne et anpartsselskab til et aktieselskab, jf. SL § 319, stk. 1, 1. pkt.
- Vurderingsberetning
  - skal udarbejdes efter reglerne i SL §§ 36-38, jf. SL § 319, stk. 1, 2. pkt.
- Fuld civilretlig universalsuccession – samme juridiske person.
- Anses for omdannet …
  - når selskabets vedtægter er ændret, således at de opfylder kravene for aktieselskaber …
  - og omdannelsen er registreret i ES' it-system, jf. SL § 320.
- Selskabskapital på fx 50.000 kr. kan forhøjes med 450.000 kr. ved udstedelse af fondsanparter …
  - forudsat at selskabet har de fornødne reserver;
  - herefter kan selskabet omdannes fra ApS til A/S;
  - har herved "fået et A/S til et ApS' pris";
  - kan som nævnt gøres i to step, helt fra en IVS-kapital på 1 kr. (fra 2014) …
  - stifter IVS med 1 kr., omdanner til alm. ApS efter optjening af 49.999 kr., omdanner til A/S efter optjening af yderligere 450.000 kr.

19.8. Aktieselskab omdannes til anpartsselskab

- Kan med det flertal, der kræves til ændring af et selskabs vedtægter, vedtage …
  - at omdanne et aktieselskab til et anpartsselskab, jf. SL § 321, stk. 1, 1. pkt.
- Fuld civilretlig universalsuccession – er samme juridiske person.
- Anses som sket …
  - når selskabets vedtægter er ændret, således at de opfylder kravene for anpartsselskaber …
  - og omdannelsen er registreret i ES' it-system, jf. SL § 322.

19.9. Aktieselskab omdannes til partnerselskab

- Kan med det flertal, der kræves til vedtægtsændring, vedtage …
  - at omdanne et aktieselskab til et partnerselskab, jf. SL § 323, stk. 1, 1. pkt.
- Partnerselskabet er ikke undergivet selskabsbeskatning
  - beskatning sker hos deltagerne;
  - selskabet er skattemæssigt "transparent".
- Der sker opløsningsbeskatning …
  - af det omdannede aktieselskab …
  - eftersom skatteretten (modsat selskabsretten) betragter omdannelsen som en opløsning;
  - dvs. der er ingen skattemæssig succession.

- Fuld civilretlig universalsuccession.
- Anses for sket, når selskabets vedtægter er ændret, således at de opfylder kravene for partnerselskaber …
  - og omdannelsen er registreret i styrelsens it-system, jf. SL § 323, stk. 3.

19.10. Partnerselskab omdannes til aktieselskab

- Kan med det flertal, der kræves til vedtægtsændring …
  - og med den eller de fuldt ansvarlige deltageres samtykke (komplementaren!) …
  - vedtage at omdanne et partnerselskab til et aktieselskab, jf. SL § 324, stk. 1, 1. pkt.
- Fuld civilretlig universalsuccession.
- Anses for sket, når selskabets vedtægter er ændret, således at de opfylder kravene for aktieselskaber …
  - og omdannelsen er registreret i ES' it-system, jf. SL § 324, stk. 3.
- Komplementaren hæfter efter omdannelsen …
  - fortsat for forpligtelser indgået før omdannelsen, jf. SL § 324, stk. 4.
- Ved omdannelsen sker der ophørsbeskatning hos selskabsdeltagerne!

19.11. Andelsselskab omdannes til aktieselskab

- Detaljerede regler for omdannelse af A.m.b.a. til A/S, jf. nærmere SL §§ 325-337.
- Der sondres i SL ikke mellem …
  - erhvervskooperativer, som tjener medlemmernes erhvervsmæssige interesser og
  - privatkooperativer, som fx forsyner medlemmerne med dagligvarer.
- Fuld civilretlig universalsuccession.
- De detaljerede omdannelsesregler er modelleret over fusionsreglerne.
- Omdannelsesplanen skal blandt andet angive vederlaget til andelshaverne, jf. SL § 326, stk. 1, nr. 3 …
  - evt. tage udgangspunkt i vedtægternes bestemmelser om formuens fordeling ved opløsning af A.m.b.a.'et;
  - jf. bet. nr. 1498/2008 s. 1202;
  - fx de seneste 5 års omsætning med selskabet.

Kapitel 20

Likvidation og opløsning ved erklæring

20.1. Likvidation

- Hovedreglen er …
  - at likvidation kræver generalforsamlingsbeslutning …
  - og at beslutningen træffes med vedtægtsændringsmajoritet, jf. SL § 217;
  - vedtægterne kan skærpe tilblivelseskravene til opløsningsbeslutningen, fx i henseende til majoritetskravet.
- Kan dog i vedtægterne være foreskrevet, at selskabet skal opløses …
  - når et bestemt tidspunkt er nået;
  - når en bestemt begivenhed er indtrådt;
  - når en vis minoritet forlanger opløsning.
- Selskabet skal til sit navn føje ordene "i likvidation", jf. SL § 220, stk. 2.
- Generalforsamlingen vælger én eller flere likvidatorer, jf. SL § 218, stk. 1 …
  - som udgangspunkt: flertalsvalg – ligesom ved valg til bestyrelsen;
  - U: kapitalejere, der ejer 25 pct. af selskabskapitalen, kan vælge én yderligere likvidator = minoritetslikvidator.
- Likvidator kan til enhver tid afsættes af den, der har udnævnt ham, jf. SL § 219, stk. 2.
- Likvidation skal anmeldes til ES inden 2 uger.
- Ønskes der en særlig tegningsregel for likvidatorerne …
  - skal denne samtidig anmeldes til registrering;
  - ellers vil det blive registreret, at de kun kan tegne i fællesskab.
- Likvidator træder i bestyrelsens (tilsynsrådets) og direktionens sted.
- Selv om selskabet er under likvidation …
  - skal der holdes generalforsamlinger …
  - indsendes årsrapporter …
  - indsendes skatteregnskaber mv.
- Bekendtgørelsen ("proklama") i en likvidationssag er ikke præklusiv.

- Når der er truffet beslutning om at træde i likvidation …
  - kan der ikke foretages registreringer …
  - bortset fra ændringer vedrørende eventuel revisor valgt af skifteretten til revision af årsrapporten …
  - samt kapitalforhøjelser, jf. SL § 220, stk. 3.
- Hvis likvidator bestrider et anmeldt krav, skal der gives anmelderen meddelelse herom …
  - spørgsmålet skal indbringes for skifteretten senest 4 uger efter brevets afsendelse, hvis afgørelsen ønskes anfægtet, jf. SL § 221, stk. 3, 2. pkt.;
  - hvis selskabet ikke bliver sagsøgt inden for 4-ugers-fristen, kan likvidator se bort fra det anmeldte krav;
  - hvis selskabet bliver stævnet inden for fristen, må likvidator normalt ikke afslutte likvidationen, før spørgsmålet er afgjort.
- Eventualkrav
  - kan fx stamme fra byggeri, leverancer, bebudede sager mv.;
  - skal i rimeligt omfang tages i betragtning under likvidationen;
  - dog ikke pligt til at forestille sig *worst case*.
- Ansvar kan opstå, hvis kapitalejeren forsømmer at tage hensyn til kendte kreditorkrav
  - *UfR 1992.640 V (likvideret ApS)*: godtroende eneanpartshaver hæftede ikke for dets gæld.
- Kapitalejerne kan vedtage at udlodde udbytte i et selskab i likvidation på baggrund af den seneste godkendte årsrapport, jf. SL § 222, stk. 1.
- Likvidator kan tidligst optage boet til slutning, når 3-måneders-fristen for anmeldelse er udløbet, jf. SL § 221, stk. 1.
- Beslutning om endelig likvidation af selskabet, jf. SL § 224, stk. 1, 1. pkt.
  - ES sletter herefter selskabet, jf. SL § 224, stk. 2, 4. pkt.
- Reassumption
  - sker efter skifterettens bestemmelse …
  - hvis der fremkommer yderligere midler …
  - eller "der i øvrigt måtte være forhold, der giver anledning til at reassumere selskabet", jf. SL § 235;
  - fx hvis der øjnes yderligere aktiver for selskabet, fx et erstatningskrav mod nogen.

20.2. Opløsning ved erklæring

- Erklæring om, at al gæld – forfalden som uforfalden – er betalt …
  - og at det er besluttet at opløse selskabet, jf. SL § 216, stk. 1, 1. pkt.
- Kapitalejernes navne og adresser skal være angivet i erklæringen.
- Skal være vedlagt en erklæring fra told- og skatteforvaltningen om, at der ikke foreligger skatte- og afgiftskrav vedrørende selskabet.

Kapitalejerne hæfter personligt, solidarisk og ubegrænset for gæld …
- — forfalden som uforfalden eller omtvistet …
- — som bestod på tidspunktet for erklæringens afgivelse.

Kapitel 21

Tvangsopløsning, konkurs og rekonstruktion

21.1. Tvangsopløsning – hvornår og hvordan?

- Selskabsretlige forhold kan føre til tvangsopløsning, jf. SL § 225, stk. 1, nr. 1) – 5)
  - ES ikke rettidigt modtaget selskabets godkendte årsrapport;
  - selskabet har ikke den ledelse eller det hjemsted, der er foreskrevet i loven eller i selskabets vedtægter;
  - selskabet har ikke anmeldt en revisor, selv om det er omfattet af revisionspligt;
  - selskabet har ikke anmeldt en revisor, selv om generalforsamlingen i øvrigt har besluttet, at dets årsrapport skal revideres.
- Kan få frist til at afhjælpe en mangel, jf. SL § 225, stk. 2, 1. pkt.
- Ledelsen mister den selskabsretlige rådighed over selskabet.
- Fra oversendelsen til skifteretten …
  - og til der er udpeget en likvidator …
  - må ledelsen kun foretage dispositioner, der er nødvendige …
  - og som kan gennemføres uden skade for selskabet og kreditorer, jf. SL § 229, stk. 1.
- Offentliggøres i ES' it-system, jf. SL § 227, stk. 1.
- Beholder sit navn med tilføjelsen "under tvangsopløsning", jf. SL § 227, stk. 2.
- Skifteretten kan udnævne en eller flere likvidatorer, jf. SL § 227, stk. 3, 1. pkt.
- Kan tillige udnævne en revisor, jf. SL § 227, stk. 3, 2. pkt.
- Der kan ikke foretages registreringer …
  - bortset fra ændringer vedrørende eventuel revisor valgt af skifteretten til revision af årsrapporten, jf. SL § 228, stk. 1.
- Skifteretten kan indkalde tidligere medlemmer af ledelsen …
  - til møde i skifteretten med henblik på indhentelse af oplysninger, jf. SL § 229, stk. 3.

- Selskabet kan med flertal efter SL § 106 …
  - dvs. med dobbelt ⅔ flertal …
  - beslutte at genoptage selskabets virksomhed, jf. SL § 231.

21.2. Tvangsopløsning – hvordan kan der ske genoptagelse?

- Fra ES praktisk "Vejledning om genoptagelse af kapitalselskaber, A.m.b.a., F.m.b.a. og S.m.b.a. under tvangsopløsning".
- Uddyber SL § 232 og praksis om denne.
- Husk disse blokeringer – ingen genoptagelse, hvis …
  - anmeldelse modtages i ES senere end 3 mdr. efter, at ES anmodede SKR om at tvangsopløse,
  - virksomheden inden for de sidste 5 år har været under tvangsopløsning, eller
  - hvis anmeldelsesfristen på 2 uger fra beslutningen om genoptagelse overskrides.
- Husk dokumenter til ES ved registrering af beslutning om genoptagelse:
  - udfyldt anmeldelsesblanket (+ ledelse og evt. revisor),
  - referat fra gf. (ledelse, evt. revisor, evt. vedtægtsændringer),
  - ajourørte vedtægter (såfremt ændret),
  - manglende årsrapport (eller undtagelseserklæring for F.m.b.a. mv.) (hvis revisionspligt: ingen forbehold fra revisor) og
  - erklæring fra vurderingsmand (= en revisor):
    - selskabskapitalen er til stede;
    - "Der er ikke stillet midler til rådighed, ydet lån eller stillet sikkerhed for kapitalejere eller ledelsen i strid med reglerne i selskabsloven".

21.3. Konkurs

- Konkursbegæring kan kun indgives af det centrale ledelsesorgan, jf. SL § 233, stk. 1.
- Om ledelsens ansvar og pligter i tidsrummet mellem konkursbegæring og konkursdekret se *Thomas Weitemeyer* & *Anders Kjær Dybdahl Pedersen* i ET 2010 s. 95 ff.
- Når konkurs er indtrådt, kan der ikke registreres ledende selskabsorganer, herunder bestyrelsen.

21.4. Rekonstruktion – nogle selskabsretlige modeller

- Kapitaltilførsel, gældskonvertering, kapitalnedsættelse mv.
- Virksomhedssalg, fx i form af et 1) fuldstændigt salg af virksomheden, 2) et delsalg eller 3) en fusion.
- Ny finansiering i form af en belåning af varer, debitorer, anlægsaktiver mv.

- Ændringer i selskabets ledelse, aktiviteter mv.
- *Turn-around*, hvor en special-ledelse indtræder ad hoc.
- En Newco-**holding**løsning
  - kapitalejerne i kriseselskabet overdrager deres kapitalandele til et Newco-holdingselskab;
  - kapitalejerne låner penge til Newco-holding …
  - der atter investerer dem som egenkapital i kriseselskabet.
- En Newco-**datter**løsning
  - kriseselskabets virksomhed udskilles til et 100 pct. ejet Newco-datterselskab;
  - ingen usikret gæld må medfølge, bortset fra mellemværender mv. med overførte lønmodtagere, jf. *UfR 1989.812 H* om bestyrelsesansvar;
  - bankfinansiering kan evt. opnås til denne model;
  - kriseselskabets kreditorer har uændret deres krav mod kriseselskabet;
  - datterløsningen er fair over for kreditorerne …
  - men forretningsmæssigt vanskelig at operere med, fordi Newco-datteren ejes af et kriseselskab (= svag ejer).
- En Newco-**søster**løsning
  - kriseselskabets virksomhed overdrages til et Newco;
  - Newco ejes af den eller de hidtidige kapitalejere (moderselskab, hovedkapitalejer);
  - værdiansættelsen af den overdragne virksomhed skal i særlig grad være uangribelig, også ad goodwill;
  - usikrede kreditorer må ikke overføres til Newco, jf. atter *UfR 1989.812 H*;
  - således anvendt af Dansk Eternitfabrik A/S.
- Fælles krav til Newcoløsninger: armslængdevilkår
  - må ikke énsidigt overføre værdier fra det ene selskab til det andet
  - bestyrelse og direktion kan blive ansvarlige …
  - hvis der flyttes værdier mellem nærstående selskaber;
    - fx mens en retssag verserer, jf. *UfR 2000.1013 H*;
    - *UfR 2006.3050 H (Taster Wine A/S)*
      - bestyrelsesansvar (samt ansvar hos moderselskabet) for kapitalnedsættelse og udlodning …
      - mens sag verserede mod selskabet.

21.5. Rekonstruktion efter konkursloven

- Rekonstruktion – et overblik:
  - nye muligheder fra 1. marts 2011 – KL §§ 10-15 b;
  - på grundlag af bet. nr. 1512/2009 fra Konkursrådet;
  - gennemgået af *Ketilbjørn Hertz* i Juristen 2011 s. 54 ff.;
  - grundtanke – at optimere insolvent D's værdier for K'erne;
  - en rekonstruktion skal indeholde …
    - en tvangsakkord og/eller

- en virksomhedsoverdragelse;
- evt. andre elementer (fx frivillig akkord mv.);
- jf. ordene i KL § 10: "… skal indeholde mindst ét af følgende elementer: tvangsakkord …, virksomhedsoverdragelse …"

— centrale begreber:
- rekonstruktionsbehandling – hele sagen;
- rekonstruktionsbegæring – fra D eller en K, § 11;
- rekonstruktionsplan – plan for det videre forløb, § 11 c;
- rekonstruktionsforslaget – bl.a. (fx) virksomhedsoverdragelse, §§ 13 til 14.

— centrale aktører:
- én eller flere rekonstruktører (+ evt. sagkyndig bistand);
- en regnskabskyndig tillidsmand, KL § 11 a, stk. 1.

Hvis D ikke vil medvirke til en rekonstruktion – forskel mellem fysisk D og selskabs-D

— hvis D er en fysisk person eller et personselskab (I/S mv.):
- og D ikke vil medvirke …
- droppes rekonstruktionen, og K's begæring herom anses i stedet som en konkursbegæring, § 11, stk. 5.

— hvis D er en juridisk person ("sammenslutning"), hvor ingen deltager hæfter personligt og direkte;
- og D ikke vil medvirke …
- overtager rekonstruktøren ledelsen af D! § 11 a, stk. 3;
- dvs. der gribes ind i den selskabsretlige struktur hos D!

Hvis rekonstruktøren **ikke** har overtaget ledelsen

— selv om rekonstruktøren ikke har overtaget ledelsen som nævnt ovenfor …
— må D's egen ledelse ikke foretage dispositioner af væsentlig betydning uden samtykke fra rekonstruktøren, § 12, stk. 1;
— og hvis der er fare for at D's egen ledelse vil råde over aktiver til skade for K'erne …
— kan rekonstruktøren foreløbig overtage ledelsen (efter SKR-beslutning), § 12 b;
— dette kunne ikke gøres, hvis D var en fysisk person (eller et I/S mv.);
— selv om rekonstruktøren ikke overtog ledelsen fra begyndelsen …
- kan han/hun gøre det senere, § 12 a;
- kræver begæring fra rekonstruktøren eller 25 pct. af fordringerne;
- besluttes dernæst på skiftesamling med simpelt flertal, § 12 a smh. med § 13 d.

Hvis rekonstruktøren **har** overtaget ledelsen …

— er det ham/hende, der træffer afgørelse i selskabets forhold, § 12, stk. 5;
— direktion og evt. bestyrelse eksisterer stadig som selskabsorganer …
— men har reelt mistet deres kompetence;

- det er nemlig rekonstruktøren, der i så fald "træffer afgørelse i sammenslutningens forhold", § 12, stk. 5 …
- og han skal registreres hos ES, § 12, stk. 6, 3. pkt.;
- han har dermed overtaget "ledelsens rettigheder og pligter efter selskabslovgivningen og anden lovgivning", jf. motiverne;
- dvs. at evt. medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen mister deres indflydelse (sammen med de gf.-valgte);
- men generalforsamlingen som selskabsorgan består fortsat, og kompetenceafgrænsningen er som følger:
  - rekonstruktøren – kan ikke træffe afgørelse om forhold, der hører under gf. (bortset fra valg af revisor – kompetencen hertil overgår til rekonstruktøren), § 12, stk. 6, 1. pkt.;
  - gf. – dens "beslutninger får virkning, når de tiltrædes af rekonstruktøren", § 12, stk. 6, 2. pkt.;
  - et virksomhedssalg vil normalt gøre indgreb i formålet, dvs. kræve gf.-beslutning …
  - og dette kan derfor hverken rekonstruktøren eller gf'en beslutte alene;
  - men gf. kan heller ikke andre ting, fx beslutte kapitalforhøjelse;
  - kritisk til dette (og meget mere i reglerne – EMRK, Grundloven etc.) er *Søren Friis Hansen* i UfR 2010 B s. 401 ff.), cf. *Lasse Højlund Christensen* i UfR 2011 B s. 117 ff.

Vedtagelse af rekonstruktionsforslaget

- fx salg af virksomhed + andre foranstaltninger (frivillig akkord, tvangsakkord etc.);
- besluttes med simpelt flertal blandt kreditorerne, § 13 d;
- skal stadfæstes af SKR, § 13 e …
- men skal ikke godkendes af D selv, dvs. hverken af direktion, evt. bestyrelse eller gf'en.

Pas på en skattemæssig fælde

- hvis salget af virksomheden udløser skat (fx genvundne afskrivninger) …
- som ikke (fuldt ud) neutraliseres af et evt. fremført underskud …
- opstår der et skattekrav pr. 31. december i salgsåret …
- og dette er dermed ikke omfattet af en evt. tvangsakkord som opnås i salgsåret;
- jf. *Kristian Nørskov Stidsen* & *Henry Heiberg* i R&R 2011 nr. 3 s. 42 ff. med en række praktiske konkrete råd til behandlingen af rekonstruktionssager;
- løsning?
  - vente med akkorden til det følgende år …
  - men risikerer man så ikke, at skattekravet bliver et massekrav?
  - eller: betinget aftale om, at selskabets ejer sælger selskabet, betinget af, at der opnås akkord.

KREDITRET

Kapitel 1

Gældsbrevsloven

1.1. Begreber: gældsbrevet, negotiabilitet

- Gældsbrevet som begreb
  - skriftlig skylderklæring;
  - om et pengebeløb;
  - hovedsageligt ubetinget fordring …
    - *FM 2000.102 Ø*: dække tab på pantebrevsbeholdning: ej gældsbrev;
    - *UfR 2013.1192 Ø:* dække tab iht. kaution: ej gældsbrev.
  - énsidig fordring.
- Analog anvendelse af gbl. på andre fordringer end gældsbreve, fx fakturafordringer.
- Negotiabilitetsbegrebet, § 11.
- § 11, stk. 2. Omsætningsgældsbreve er:
  - gældsbreve, der lyder på betaling til ihændehaveren eller ikke angiver, hvem gælden skal betales til (ihændehavergældsbreve),
  - gældsbreve, der lyder på betaling til bestemt person eller ordre (ordregældsbreve),
  - gældsbreve, der giver pant i fast ejendom eller registreret skib eller luftfartøj, medmindre der i gældsbrevet er indføjet ordene "ikke til ordre" eller tilsvarende forbehold,
  - gældsbreve, der lyder på betaling til en bestemt person (navnegældsbreve), når de utvetydig angiver, at de skal være omsætningsgældsbreve.

Hvorfor gør det så stor en forskel, om et gældsbrev er negotiabelt eller ej?

1.2. Vigtigste område for gbl.: den aktuelle kreditors ret

- K (eller K2) i forhold til D.
- K2 i forhold til K1.
- K2 i forhold til alle.

1.3. Hvilken betydning har god tro?

- Ond tro skader altid, dvs. medfører altid retstab (*mala fides semper nocet*).
- God tro er derfor et mindstekrav for at opnå ret (eller undgå pligt).
- I visse, kvalificerede tilfælde – hjælper endog god tro ikke.
- Sondringen er derfor:
  - skaber god tro beskyttelse?
  - m.a.o.: afgøres ret/pligt på objektivt eller på subjektivt grundlag?
  - en sondring, der går tværs gennem formueretten!
- Hvad er "ond tro"?
  - viden (dvs. forsæt);
  - burde-viden (dvs. uagtsomhed);
  - simpel uagtsomhed skaber også ond tro …
    - (modsat TL § 5: kun grov uagtsomhed tæller).

1.4. Situationer, hvor god tro *ikke* beskytter

- Vanhjemmelsansvaret ved transport – hæfter trods god tro (*Nomen esse verum*), § 9 (D skal ikke betale, for han skylder ikke pengene) …
  - gbl. § 9. Overdrages et gældsbrev til eje eller pant, indestår overdrageren for, at fordringen består. Dette gælder dog ikke ved gaver og heller ikke, når erhververen vidste, at fordringen ikke bestod, eller havde grund til mistanke derom (og tilsvarende CISG artikel 41);
  - svarer til: vanhjemmel, kbl. § 59
    - Kbl. § 59. Oplyses det, at salgsgenstanden ved købets afslutning tilhørte en anden end sælgeren, kan køberen, selv om sælgeren var i en undskyldelig vildfarelse om sin adkomst, kræve skadeserstatning hos denne. Dette gælder dog ikke, hvis køberen ved købets afslutning ikke var i god tro.
  - og til: manglende fuldmagt, aftl. § 25
    - Man indestår på objektivt grundlag for, at man har den fuldmagt, som man hævder.
- K2's erhvervelse af simpel fordring – mister trods god tro sin ret over for D's indsigelser, dvs. ingen ekstinktion ved simpel fordring, jf. gbl. § 27 …
  - gbl. § 27. Overdrages et simpelt gældsbrev til eje eller pant, får erhververen ikke bedre ret end overdrageren, medmindre andet følger af særlige retsregler.
- K2's erhvervelse af negotiabel fordring med **stærk** ugyldighedsgrund …
  - dvs. ingen ekstinktion hos K2 af D's stærke indsigelse ved transport af negotiabelt dokument, gbl. § 17;
  - gbl. § 17. Udstederen kan selv over for en erhverver i god tro påberåbe sig, at:
    - gældsbrevet var falsk eller forfalsket,

- underskrevet på hans vegne uden fuldmagt dertil, eller
- ugyldigt på grund af:
  - voldelig tvang (aftalelovens § 28),
  - umyndighed som følge af mindreårighed og tinglyst værgemål med fratagelse af den retlige handleevne, jf. værgemålslovens § 6,
  - eller manglende evne til at handle fornuftsmæssigt, jf. værgemålslovens § 46.
- at gældsbrevet var erklæret dødt og magtesløst,
- eller at fordringen var ophørt eller forandret efter lovgivningens regler om:
  - deponering,
  - forældelse,
  - præklusion,
  - tvangsakkord eller
  - gældssanering.

1.5. Situationer, hvor god tro *beskytter*

- Bonitetsansvaret ved transport (*nomen esse bonum*), § 10 (D kan ikke betale) …
  - lovens løsning: gbl. § 10
    - § 10. Overdrageren af et gældsbrev indestår kun for skyldnerens vederhæftighed, når han har påtaget sig det.
  - dvs. der kan være to årsager til, at K1 hæfter over for K2 for D's manglende betalingsevne:
    - K1 har "påtaget sig det", jf. § 10;
    - eller K1 har handlet culpøst (idet han har forsømt sin loyale oplysningspligt);
    - bemærk atter de to alternative skyldgrunde:
      - løfte (han lovede);
      - skyld (han fejlede).
  - mellem professionelle kan der være henvist til "Vilkår for erhvervsmæssig handel med pantebreve i fast ejendom" …
    - som definerer sælgerens oplysningspligter og giver køberen hæveadgang ved manglende opfyldelse af oplysningspligterne …
    - jf. *UfR 2013.791 H (pantebrevet i Ølgodejendommen)*, hvor sælgeren oplyste, at ejendommen havde en kontantværdi på 11,2 mio. kr. …
    - men ikke oplyste, at den kort forinden var handlet for kun 6 mio. kr.;
    - pantebrevets køber kunne derfor hæve handelen.

- K2's erhvervelse af negotiabel fordring med **svag** ugyldighedsgrund
  - D mister sine svage indsigelser over for K2, § 15 …
    - § 15. Over for den, der ved overdragelse har erhvervet ret over et omsætningsgældsbrev og fået det i hænde, kan udstederen ikke gøre gældende:
      - at gældsbrevet var ugyldigt efter reglerne i aftalelovens §§ 29-33, eller

- at det efter at være underskrevet af ham er udgivet uden hans vilje,
- at han ikke har modtaget det aftalte vederlag eller har andre indsigelser fra det retsforhold, som gav anledning til gældsbrevets udstedelse,
- at betaling var sket før overdragelsen, eller
- at skyldforholdet i øvrigt var ophørt eller ændret ved aftale, modregningserklæring, opsigelse eller dom.

↬ Stk. 2. En indsigelse går dog ikke tabt, når erhververen vidste, at der forelå omstændigheder, hvorpå indsigelsen kunne støttes, eller havde grund til mistanke derom;

↬ Stk. 3. Har gældsbrevet fået en påtegning, der ikke let kan fjernes, om betaling eller andet forhold, hvorpå der kan støttes en indsigelse, bevares indsigelsen, selv om påtegningen var fjernet inden overdragelsen.

1.6. Ond tro skader *altid – mala fides semper nocet*

Den, der vil påberåbe sig den andens objektive hæftelse, skal selv være i god tro

— Gbl. § 9. Overdrages et gældsbrev til eje eller pant, indestår overdrageren for, at fordringen består. Dette gælder dog ikke ved gaver og heller ikke, *når erhververen vidste, at fordringen ikke bestod, eller havde grund til mistanke derom*;

— Kbl. § 59. Oplyses det, at salgsgenstanden ved købets afslutning tilhørte en anden end sælgeren, kan køberen, selv om sælgeren var i en undskyldelig vildfarelse om sin adkomst, kræve skadeserstatning hos denne. *Dette gælder dog ikke, hvis køberen ved købets afslutning ikke var i god tro*.

Den, der vil påberåbe sig en stærk ugyldighedsgrund, skal selv være i god tro.

Selv et forfalsket dokument kan derfor blive forpligtende, hvis falsk-offeret er i ond tro

— *UfR 1999.216 H (bogholderskens checks)*
  - ↬ underskrev selv, skønt kollektiv checkfuldmagt;
  - ↬ dette blev sidestillet med falsk;
  - ↬ men selskabet (arbejdsgiveren) hæftede alligevel:
    - 4 dommere: hæfter, thi culpa;
    - 1 dommer: hæfter, thi "tolerancefuldmagt".

— *UfR 2002.2644 H (økonomidirektørens optionskøb)*.

> Rekapitulér efter hukommelsen nogle situationer, hvor kreditors retsstilling afhænger af god tro.
>
> Rekapitulér dernæst, ligeledes efter hukommelsen, nogle situationer, hvor kreditor lider et retstab, uanset om han har været i god tro eller ej.

1.7. Der er ofte et regres-opgør at foretage

- Generelt:
  - modpartens ret skabte pligt for én ud af flere;
  - hvordan skal man da fordele/viderebringe tabet?
- Samdebitorer, gbl. § 2, stk. 2
  - Gbl. § 2. Når et gældsbrev er udstedt af flere, er udstederne forpligtet én for alle og alle for én, medmindre andet er aftalt;
  - Stk. 2. Har en af dem betalt gælden, kan han afkræve hver enkelt af medskylderne hans del. Hvis en af medskylderne åbenbart ikke kan betale, eller hans opholdssted er ubekendt, må de andre udrede hver sin del af, hvad han ikke har betalt. Det samme gælder, hvis han ikke har betalt sin del inden 14 dage, efter at krav herom er fremsat eller på betryggende måde afsendt til ham.
- Samkautionister, gbl. § 61
  - Gbl. § 61. Denne lovs § 2 skal anvendes også på samkautionister;
  - dette er en brøkdelsregres, jf. *UfR 1999.179 V* (modsat overskudsregres efter gbl. § 2).
- Debitorindsigelser efter transport vil altid føre til et regresopgør
  - Hvis D's indsigelse **bevares** over for K2: K2 har regres mod K1, jf. gbl. § 9 …
    - Gbl. § 9. Overdrages et gældsbrev til eje eller pant, indestår overdrageren for, at fordringen består. …
  - Hvis D's indsigelse **fortabes** over for K2: D har regres mod K1, jf. gbl. § 1 …
    - Gbl. § 1. Den, der udsteder et gældsbrev, mister ikke derved indsigelser fra det retsforhold, der gav anledning til gældsbrevets udstedelse …

> Tegn et trepartsforhold og påvis efter hukommelsen, på hvilke af linjerne regres kan blive aktuel, og hvorfor.

1.8. Hvis D er en forbruger – kreditaftaleloven

- Her **må** regres slet ikke blive aktuel!
  - D's indsigelser mod K1 må ikke kunne fortabes til K2;
  - regressen mod K1 er her ikke beskyttelse nok af D;
  - regres må derfor slet ikke kunne opstå som et problem.
- Gbl. er her ufuldstændig (utidssvarende). Den suppleres derfor af kreditaftaleloven, *KAL*.
- Dvs. at gbl. § 27 helgarderes
  - den må ikke kunne fraviges ved aftale;
  - heller ikke gennem brug af negotiabelt dokument;
  - dvs. at § 27 må gøres præceptiv og generel.

- Konsekvens nr. 1 heraf:
  - negotiabelt dokument mellem D og K1 er forbudt, KAL § 31 …
    - KAL § 31. Kreditgiveren må i forbindelse med en kreditaftale ikke modtage veksel eller andet særligt skylddokument, der forpligter forbrugeren, og som ved overdragelse kan medføre indskrænkning af forbrugerens ret til at fremsætte indsigelser vedrørende aftalen, jf. dog stk. 2;
    - Stk. 2. Bestemmelsen i stk. 1 er ikke til hinder for, at kreditgiver får pant i fast ejendom.
- Konsekvens nr. 2:
  - cut-off aftale mellem D og K1 er forbudt, § 32 – dvs. aftale, der afskærer debitorindsigelser …
    - KAL § 32. Det kan ikke aftales, at der ved overdragelse til tredjemand af de rettigheder, der tilkommer kreditgiveren, sælgeren eller leverandøren af en tjenesteydelse, sker indskrænkning af dennes forpligtelser over for forbrugeren.
- Konsekvens nr. 3:
  - lånekøb skal behandles analogt med transport fra K1 til K2 …
    - KAL § 4, nr. 15, litra b. Som kreditkøb betegnes også en kreditaftale med henblik på køb af løsøre, hvorefter …
      - købesummen helt eller delvis dækkes ved lån indrømmet køberen af en tredjemand på grundlag af en aftale herom mellem denne og sælgeren.
- Konsekvens heraf: K skal tåle D's indsigelser mod S
  - KAL § 33. Forbrugeren kan over for anden kreditor gøre samme indsigelser gældende som over for kreditgiveren, sælgeren eller leverandøren af en tjenesteydelse;
  - Stk. 2. I de tilfælde, der er nævnt i § 5, nr. 2, kan forbrugeren også over for anden kreditor rejse samme pengekrav på grundlag af købet som over for sælgeren. Forbrugeren må dog først sandsynliggøre, at sælgeren ikke opfylder sine forpligtelser, og kravet kan ikke overstige, hvad vedkommende kreditor har modtaget som betaling fra forbrugeren i anledning af købet.
- Derfor en helt afgørende sondring:
  - fritstående lån
    - D går i sin egen bank B og låner (eller til sin forbrugsforening, jf. *UfR 2003.510 Ø (lædersofaerne)*;
    - her kan K (= B) ikke mødes med debitorindsigelsen.
  - lånekøb
    - S skaffer D lånet hos K;
    - her må K tåle debitorindsigelserne.
- Afgørende retspraksis:
  - ad aftalens fasthed mellem S og K: *UfR 1995.192 H (vandsengen)*;
  - ad forbrugerbegrebet: *UfR 1995.432 H (diamantkøbet)*.

Alt dette leder frem til: Nærmere om kreditaftaleloven, KAL!

Forklar ud fra gbl., hvornår D kan miste indsigelser. Introducér dernæst KAL og forklar, hvordan vi undgår, at D mister indsigelser.

Kapitel 2

Kreditaftaleloven

2.1. Generelt om KAL's formål og funktion

- At give forbruger-D en bedre retsstilling, end gbl. gør.
- Gbl. sætter fokus på (den aktuelle) K's ret.
- Danmark ikke ene med det problem, at klassisk formueret ikke slår til på dette punkt.
- Derfor direktiver om forbrugerkredit.
- Sætter fokus på D's ret.
- Uanset at direktiv: vidtgående selvstændig dansk fortolkning.

2.2. Hvilke kreditter omfattes af KAL?

- Kredit fra prof. til privat, KAL § 1, stk. 1
  - KAL § 1, stk. 1. Loven gælder for kreditaftaler, hvor en erhvervsdrivende (kreditgiveren) yder eller giver tilsagn om at yde kredit som led i sit erhverv, når den anden part (forbrugeren) hovedsagelig handler uden for sit erhverv.
- Kredit **via** prof. til privat, KAL § 1, stk. 2
  - KAL § 1, stk. 2. Loven gælder også for kreditaftaler, hvor kreditten ydes af en ikke-erhvervsdrivende, hvis aftalen er indgået eller formidlet for kreditgiveren af en erhvervsdrivende.
- Bevisbyrde, KAL § 1, stk. 3
  - KAL § 1, stk. 3. Kreditgiveren har bevisbyrden for, at en kreditaftale ikke er omfattet af loven.
- Undtagelser:
  - kredittid max. 3 mdr., KAL § 3, stk. 1, nr. 2 …
    - fx i "frivilligt" forlig;
    - efterfølgende henstand dog o.k., uanset at i alt over 3 mdr., *UfR 2000.1851 V*.
  - kredit i **rets**forlig, KAL § 3, stk. 1, nr. 4.

2.3. Lovmæssig fokus på D's ret (og K's pligt)

- Oplysninger, KAL §§ 8-10
  - KAL § 8. En kreditaftale skal udfærdiges skriftligt og indeholde de oplysninger, der er nævnt i § 8, samt aftalens øvrige væsentlige vilkår;
  - KAL § 8, stk. 1, 2. pkt.: alle parter, dvs. også forbrugeren skal i forbindelse med aftalens indgåelse have et eksemplar af kreditaftalen.
- Lovens krav skal tages bogstaveligt
  - *UfR 2002.2741 Ø (Nykredits frivillige forlig)*
    - burde skrive: "årlige omkostninger i pct.";
    - skrev i stedet: "kreditomkostninger i pct.";
    - mistede herved retten til renter (bortset fra procesrente)!
- Såfremt manglende oplysninger: KAL § 23!
  - KAL § 23. Er kreditomkostningerne ikke oplyst i overensstemmelse med § 8, stk. 5, nr. 6, skal forbrugeren højst betale lånebeløbet og en årlig rente af den til enhver tid værende restgæld, der svarer til den fastsatte referencesats [Nationalbankens udlånsrente pr. 1. januar henholdsvis 1. juli] med et tillæg på 5 pct. …
  - Stk. 2. …
  - Stk. 3. Reglerne i stk. 1 og 2 gælder ikke, hvis kreditgiveren kan godtgøre, at forbrugeren på trods af de manglende eller urigtige oplysninger har haft et forsvarligt grundlag for at bedømme kreditomkostningerne.
  - Stk. 4. …

> Hvis K har forsømt sine oplysningspligter efter KAL, kan D så ubetinget være sikker på at slippe med en billig rente?

2.4. Andre vigtige snubletråde i KAL

- Variabel rente kan aftales – også med forbruger, jf. KAL § 8, stk. 6
- Men kun banker mv. må selv bestemme rentens variation
  - KAL § 8, stk. 6, igen. Medmindre kreditgiver har tilladelse til at drive virksomhed efter lov om banker og sparekasser m.v. eller realkreditloven, kan det alene aftales, at renten helt eller delvis skal variere med størrelsen af Nationalbankens diskonto eller lignende forhold, som kreditgiver er uden indflydelse på.
- Selv banker må ikke helt vilkårligt kunne ændre renten, jf. MfL § 1 og finansiel virksomhedslov (FIL) § 43
  - *UfR 1999.633 SH (Danske Bank)*.

- Generalklausul om rentens rimelighed, KAL § 22
  - KAL § 22. Er det beløb, som forbrugeren efter aftalen skal betale som vederlag eller omkostninger, urimeligt, skal det nedsættes til, hvad der skønnes rimeligt. Medmindre andet bestemmes af retten, sker afkortningen i det eller de sidste beløb, der skal betales efter aftalen. Er der afkrævet forbrugeren et urimeligt vederlag for at give den pågældende henstand eller andre lempelser i de aftalte vilkår, sker afkortningen på samme måde.
- Altid fri indfrielsesret, KAL § 26
  - U-1: pant i fast ejendom;
  - U-2: fast forrentede pantebreve med særlig opsigelsesklausul, som D klart er gjort opmærksom på.

Hvilke K'er må selv bestemme variationen i en aftalt variabel rente? Er der grænser selv for disse K'ers kompetence i så henseende?

Kapitel 3

Skuffede forventninger – får man godtgørelse?

- Eksempel 1: Familiens omprioriteringssag
  - *UfR 1995.545 Ø (Næstvedsagen)*
    - troede, man fik et større nettoprovenu af omprioriteringen;
    - banken overså en ydelse, der skulle fragå;
    - men intet tab var lidt – derfor frifindelse af banken ved ØL (modsat PAN og byret).
- Eksempel 2: Lånet med den ændrede ydelsesprofil
  - løbetidssagen, *UfR 1996.200 H (Søderbergsagen)*
    - D fik nedsat antallet af terminer, uden at banken diskuterede forhøjelse af ydelserne;
    - troede derfor, man var gældfri efter x antal år – men skyldte stadig noget;
    - ville frigøres fra restgælden, men nej hertil i HR (dissens);
    - Højesteret: "Behovet for eventuelt at kompensere forbrugere for skuffede forventninger som følge af fejlagtige oplysninger som de omhandlede må vurderes ud fra bredere retspolitiske synspunkter og ses i sammenhæng med, hvilke andre forbrugerbeskyttende foranstaltninger der kan anvendes i den forbindelse. Sådanne foranstaltninger, herunder en eventuel hjemmel til at yde økonomisk godtgørelse, må i givet fald tilvejebringes af lovgivningsmagten".
- To juridiske anskuelsesmåder:
  - erstatningsretlig anskuelsesmåde
    - banken begik fejl, men et tab skal kunne påvises;
    - retspraksis siger: intet tab, såfremt pengene under alle omstændigheder skyldtes.
  - aftaleretlig anskuelsesmåde
    - banken lovede, dvs. et bestemt resultat var tilsikret/garanteret/indestået for;
    - retspraksis siger: tilsikring kræver meget stærke ord – normalt er der ingen tilsikring.

- Betænkning nr. 1362/1998: ingen generel lovregel om skuffelse (dissenser for at indføre en sådan generel regel).
- Men: Ejendomsformidlerens objektive hæftelse – for skuffede forventninger, ejendomsomsætningslovens (EOL) § 24 …
  - køberens forventning om at sidde for en bestemt årlig ydelse, ikke mere;
  - sælgerens forventning om et bestemt salgsprovenu;
  - *UfR 1997.488 V*, fejl i elektronisk kursliste – mægler objektivt ansvar herfor, jf. EOL.

Hvis K har begået fejl over for D, og D's forventninger er skuffet, hvorfor skal K så alligevel ikke betale erstatning? Redegør for, hvornår D alligevel skal have "noget".

Kapitel 4

IP: hvilket lands regler?

- Der skal skelnes:
  - obligationsretligt, dvs. kreditaftalen *inter partes*;
  - tingligt, dvs. sikringen af ejendoms- eller panteret over for alle (*erga omnes*);
  - her behandles det obligationsretlige aspekt *inter partes*;
  - nedenfor under "tinglig sikkerhed" behandles det tinglige (tingsretlige) aspekt *erga omnes*.
- Udgangspunkt – partsautonomi (aftalefrihed).
- Dog "international præceptivitet" ad forbrugerregler
  - Romforordningens artikel 5, stk. 2: målrettet markedsføring mod forbrugerne i et bestemt land;
  - reglerne i mållandet kan ikke fraviges til ugunst for forbrugeren.
- Ellers: Hvis intet er aftalt: kontraktstatuttet anvendes.
- Dvs. den individualiserende metode – en tilknytningsbedømmelse.
- Men hvilket land har en fordringen stærkest tilknytning til?
  - til loven hos den part, der skal præstere den karakteristiske ydelse, jf. Rom artikel 4, stk. 2;
  - slagordsagtigt, men korrekt: "realdebitors domicillands lov";
  - den karakteristiske ydelse i kreditaftaler er normalt selve ydelsen af kreditten;
  - dvs. långivers lands lov anvendes, fx bankens;
  - dog: ved obligationsudstedelse anvendes normalt debitors lands lov (fx hvor et selskab udsteder obligationer) …
    - dog næppe, hvis obligationerne udstedes ved en målrettet markedsføring til et bestemt, andet land;
    - NB: her vil næsten altid være en lovvalgsbestemmelse i obligationerne, hvorved spørgsmålet løses via partsautonomien.

Sig tre ord, som forklarer IP-lovvalget inter partes.

Kapitel 5

Tinglig sikkerhed – overblik

5.1. Overblik over fordringernes fyldestgørelses-rækkefølge

- Bedre stillet end simple krav
  - pantsikret krav;
  - underpant, KL § 85; håndpant, KL § 91;
  - ejendomsforbehold: KL § 91 (igen);
  - ejendomsret, fx leasing: KL: § 82;
  - lån under betalingsstandsning med tilsynets samtykke, KL § 94, nr. 2;
  - ellers: kan ikke frit "aftale sig opad" i fyldestgørelses-rækkefølgen.
- Simpelt krav
  - dette er udgangspunktet;
  - også fx hvor debitor har udstedt obligationer, fx "erhvervsobligationer".
- Ringere stillet end simple krav
  - tilbagetrædelseserklæring (ansvarlig lånekapital; efterstillede kapitalindskud, finansiel virksomhedslov (FVL) – "hybrid kernekapital");
  - (specifik tilbagetrædelse = transport i anmeldelsesret);
  - renter efter konkursdekret, KL § 98, nr. 1;
  - valutakurstab efter dekret (bortfalder helt, jf. KL § 40, stk. 2);
  - kapitalejerne i A/S og ApS.

Rekapitulér efter hukommelsen, hvornår K ved D's konkurs kan blive bedre stillet end simple krav.

Kapitel 6

Intet pant, men "*covenants*" (klausuler i låneaftale)

- *Andreas Tamasauskas*' analyse
  - analyseret af *Andreas Tamasauskas*: Erhvervslivets lånoptagelse (2006);
  - se også *Erik Werlauff* i Erhvervsjuridisk Tidsskrift (ET) 2006 s. 179 ff.;
  - store låneforhold: ofte hverken pant eller kaution …
  - derimod et udvidet løfte fra låntager selv:
    - enten *covenants* eller forfaldsklausuler.
- *Covenants* – begrebet
  - begreb: låntagers "særlige forpligtelser", modsat alm. forpligtelser til afdrag, rente mv.
- *Covenants* – tre kategorier:
  - information covenants
    - løbende orientering, regnskab, oplysning om sagsanlæg mv. til långiver (mhp. risikovurdering);
    - forholdet til børsretten: saglig grund til videregivelse kræves (vil normalt være o.k. til en tavshedsbelagt kreditor).
  - *negative pledge covenants*
    - aktivmassen skal forblive upantsat (ubehæftet);
    - allestedsnærværende i låneaftaler af blot nogen størrelse!
    - kan tinglyses på fast ejendom, jf. *UfR 1987.713 V*;
    - kan fra 2006 også lyses som negativerklæring i personbogen, jf. TL § 43, stk. 2.
  - finansielle *covenants*
    - fx om en vis solvens, likviditet mv.
- Forfaldsklausuler – foreskriver gældens forfald i en række nærmere opregnede situationer
  - ved fusion, spaltning, majoritetsovertagelse;
  - dvs. uanset selskabsrettens "universalsuccession" …
  - kan der aftales forfald;
  - en "*change of control*"-clause …
  - dvs. gæld forfalder, samarbejdsaftale bortfalder etc.;
  - men: kan evt. genforhandles (hvilket er ideen med klausulen).

Forklar efter hukommelsen, hvorfor K eventuelt kan være tilfreds med en kreditretlig aftaleklausul (covenant) i stedet for at få pant.

Kapitel 7

Sikkerhed via ejendomsret

- Fællestræk:
  - kreditgiveren "K" beholder ejendomsretten;
  - dvs. den stærkest tænkelige sikkerhedsform.
- Hvilke muligheder er der herfor?
  - leje, leasing;
  - køb af løsøre m.v. (prænumerationskøb + individualisering): "K" ejer allerede nu sin ting);
  - anerkendes et proforma-køb tingligt? dvs.: er det lige så godt som tinglig sikkerhed?
    - nej, allerede i 1930 stemplet som "møbellån", dvs. som et (usikret) pant mv., der forsøges kamuflereret som et køb;
    - tilsvarende i dag, jf. *UfR 1992.245 V* – køb af besætning fra sønnens gård var proforma – tilsidesat som usikret lån;
    - og *UfR 2007.1184 H (Fogdal Biler A/S)* – atypisk *sale-and-lease-back* tilsidesat (vender nærmere tilbage til dommen under omtalen af leasing).

> Hvad er *sale-and-lease-back*? Hvorfor giver det mindelser til 1930'ernes møbellån? Under hvilke betingelser accepterer Højesteret alligevel den tinglige holdbarhed af sale-and-lease-back?

Kapitel 8

Sikkerhed i debitors formuegoder

- Generelt
  - ejendomsretten er (forbliver) hos D;
  - men der lægges et bånd på tingen …
    - enten fysisk via rådighedsberøvelse eller tilbageholdelse;
    - eller "fiktivt" via offentliggørelse af en registrering.
- Pant
  - håndpant ("*traditio*" = "overgivelse" = rådighedsberøvelse);
  - underpant (registrering og offentliggørelse, normalt tinglysning) …
    - digital tinglysning (fast ejendom; løsøre; bil; virksomhedspant; andelsboligpant);
    - VP-registrering (dematerialiserede fonds-aktiver).
- Detention i det solgte – sælgeren tilbageholder, indtil ydelse udveksles mod ydelse, jf. hovedreglen i kbl. § 14 og CISG artikel 58.
- Retention – et strengt konneksitetskrav mellem kravet og tilbageholdelsen
  - speditøren, transportøren;
  - reparatøren;
  - bearbejderen i øvrigt (revisor og regnskabsmaterialet);
  - kan også aftale, at der er pant (fx speditør, transportør) – opnår derved ret til fyldestgørelse i godset (hvilket retinenten ellers ikke har);
  - konkret kan det pres, der udøves gennem retention, være så stort, at retention ikke kan udøves, jf. *UfR 2010.1793 Ø* om advokatfirmas retention af sagsakter over for klientens konkursbo, der overvejede indtræden i sagerne
  - UfR 2014.1458 H – stilling til 3 vigtige spørgsmål:
    - retention skal normalt respektere ældre rettigheder …
      - men går i visse tilfælde forud også for ældre rettigheder (her: virksomhedspant i varelager) …
      - afhængigt af karakteren af det krav, der udøves tilbageholdsret for
      - her var retinentens transport, håndtering og opbevaring af varerne både værdibevarende og værdiforøgende …
      - samt også i v-panthaverens interesse …
      - og derfor gik tilbageholdsretten forud for det ældre v-pant
      - om dommen i sammenhæng se *Cathrine Wenzzel* i Justitia 2015 nr. 6 s. 51 ff.

- konneksitet mellem krav og hver enkelt tilbageholdt vare?
  - nej, der var "en sådan sammenhæng" mellem retinentens tilgodehavende og besiddelse af varerne …
  - at der var tilbageholdsret i hele varelageret …
  - uanset at kravene ikke kunne henføres til bestemte varer
- mistet tilbageholdsretten ved at fortsætte udleveringen af varer trods kundens/ejerens betalingsrestance?
  - nej

Hvad er retention, hvilken form for tinglig sikkerhed giver den, og hvilken giver den ikke?

Kapitel 9

Hvordan stiftes en panteret?

- Klassisk metode: "*traditio*", overgivelse, dvs.: rådighedsberøvelse.
- Fysisk håndpant: varer; negotiable dokumenter, gbl § 22
  - § 22. Pantsætning af et omsætningsgældsbrev og anden overdragelse til sikkerhed har ikke gyldighed mod overdragerens kreditorer, medmindre erhververen har fået gældsbrevet i hænde.
- "Fiktivt" håndpant: simple fordringer, gbl. § 31
  - § 31. Overdragelse af et simpelt gældsbrev til eje eller pant har ikke gyldighed mod overdragerens kreditorer, medmindre skyldneren fra overdrageren eller erhververen har fået underretning om overdragelsen. …
- Teknisk mere udviklet metode: registrering, herunder tinglysning
  - fast ejendom, løsøre, bil, dematerialiseret værdipapir, andelsbolig;
  - Tingbogen, Bilbogen, Andelsboligbogen, Personbogen, VP m.v. (Clearstream);
  - både ejer- og rettighedsregister: Tingbogen, VP m.v.;
  - kun rettighedsregister: Bilbog, Personbogen, Andelsboligbogen.
- Indbyrdes konkurrerende pantsætningsmetoder
  - løsøre
    - teoretisk er der valg mellem håndpant og underpant;
    - men i praksis afhænger formen af, om debitor kan "undvære" den fysiske rådighed over godet.
  - fordring – kan den pantsættes accessorisk til underpant?
    - som udgangspunkt: forbud i TL § 47, stk. 4;
    - men pantebrevsformularen – går ud fra, at leje- og forpagtningsindtægter kan underpantsættes sammen med ejendommen;
    - og mere generelt: *UfR 1989.133 H*: "… når væsentlige praktiske hensyn taler derfor";
    - kreditforeningens pant i leje, *UfR 1997.611 V*;
    - fordringspant, TL § 47 d;
    - virksomhedspant, TL § 47 c.

Hvis D's formuegode kan pantsættes på flere måder, og dette faktisk sker, hvilken K har i så fald 1. prioritet?

Kapitel 10

Pant i pantebreve – digital tinglysning

10.1. Siden september 2009: digital tinglysning

- Brugerne tinglyser selv med digital signatur.

10.2. Pantebreve er dermed også digitale

- Udstedes ikke som papirdokumenter …
  - men digitalt (men kan selvsagt udskrives);
  - herefter skal vi tale om: "digitale pantebreve";
  - disse er som udgangspunkt negotiable, jf. TL § 27, stk. 2 …
    - U-1: skadesløsbreve;
    - U-2: modsat forskrift i pantebrevet ("ikke til ordre").

10.3. Rettigheder over dem etableres derfor også kun digitalt

- Dvs. transport (til eje eller til pant) skal tinglyses
  - køb af et digitalt pantebrev: skal tinglyses, TL § 1;
  - pant i et digitalt pantebrev: skal tinglyses, TL § 1;
  - som dermed griber ind i gbl. § 22.

10.4. Debitorindsigelser kan fortsat fortabes pga. negotiabiliteten

- Jf. gbl. § 15 om svage indsigelser
  - men ekstinktionen af disse sker ikke længere ved "ihændehavelse + god tro" …
  - men ved "tinglysning + god tro", jf. TL § 27 a (smh. gbl. § 15);
  - godt skriftsted: *Peter Mortensen* i UfR 2009 B s. 85 ff.

> Hvordan sikrer den, der køber eller tager pant i et pantebrev, sig tingligt? Har det efter reformen mistet sin betydning, om pantebrevet er negotiabelt?

Kapitel 11

Hvordan fyldestgøres kreditor?

11.1. Svag eller stærk panteret?

- "Svag" panteret (underpant) – realiserer via fogedret/bo.
- "Stærk" panteret (håndpant) – realiserer selv (evt. tvangsauktion, dvs. via fogedret).

11.2. Svag panteret, dvs. underpant

- Udlæg, derefter tvangsauktion.
- Ved pantsætters konkurs
  - boet styrer realisationen, KL §§ 85-86;
  - dog max. vente 6 mdr. fra dekret;
  - boet skal have sine omkostninger ad pantet dækket ud af provenuet.
- Men mulighed for uigenkaldelig salgsfuldmagt
  - *UfR 2003.1482 H (Forstædernes Bank A/S)* – gyldig.

11.3. Stærk panteret, dvs. håndpant

- Intet udlæg
  - men +tvangsauktion …
    - U-1: underhåndssalg aftalt;
    - U-2: noterede værdipapirer;
    - og altid præceptiv 1-uges frist, rpl. § 538 a.
- ved pantsætters konkurs: panthaver er separatist, KL § 91 …
  - dvs. panthaver styrer selv realisationen;
  - afleverer ikke omkostninsbidrag til boet;
  - men skal stadig iagttage § 538 a …
  - jf. *UfR 2005.941 H*: Forstædernes Bank og investeringskreditten med *stop-loss* klausul – banken blev erstatningspligtig.

11.4. Stærkt/svagt pant? – Jyske Banks lastbiler

- *UfR 2002.139 H (Jyske Bank og leasing-lastbilerne)*
  - banken havde "kun" underpant – håndpanteretten blev underkendt af Højesteret;
  - skulle derfor have afleveret omkostninger (her: moms fra salget);
  - skulle nu i stedet betale momsen til SKAT.

11.5. Panthavers loyalitetspligt over for pantsætters interesser

- *UfR 1998.536 Ø (Jyske Bank og taxakontrakterne)* – banken blev erstatningspligtig.
- *UfR 2003.1482 H (Forstædernes Bank og salgsfuldmagten)* – gyldig.

> Illustrér ved hjælp af Jyske Banks sag om lastbilerne, hvad forskellen er mellem underpant og håndpant. Hvorfor anerkendtes det ikke, at banken havde håndpant?

Kapitel 12

Rådighedsberøvelsen – etableres og opretholdes

12.1. Nøglepant – hvis noget "slipper ud"

- I forholdet til en aftaleerhverver
  - erhververens gode tro (henholdsvis mangel på samme) bliver afgørende.
- I forhold til pantsætters konkursbo
  - panthaverens omhu (henholdsvis mangel på samme) bliver afgørende;
  - *UfR 1993.96 V (Århus Diskontobank og Jydekompagniet)* – håndpantsatte cykler, som "sivede".

12.2. Må panthaveren stille det pantsatte til pantsætterens rådighed?

- Det pantsatte, men udlånte maleri – banken udlånte og tøvede for længe, *UfR 2000.725 Ø*.
- Renter af pantsat fordring – o.k. at stille til rådighed.
- Selve fordringen, henholdsvis afdrag på denne – må indbetalinger fra debitor stilles til pantsætters rådighed?
  - faktura-belåningsordning: kontrol kræves!
  - *TfS 1995.167 V (vognmanden)* – kun til rådighed efter bankens konkrete skøn; pantet derfor holdbart;
  - *UfR 2003.263 H (maskinfabrikken)* – pantet ikke holdbart;
  - o.k. med inkassofuldmagt for pantsætter …
  - forudsat 1) løbende afregning + 2) kontrol, jf. *Claus Rohde* i UfR 2012 B s. 191 ff.;
  - ønskes besværet med kontrol ikke – brug fordringspant, jf. TL § 47 d.
- Forholdet mellem pantets størrelse og gældens størrelse
  - vekselererfirmaets sikkerhedsdepot – ikke tilstrækkelig kontrol med opretholdelse af forholdet gæld/pant, *UfR 1984.1071 H*.

— kritisk til betydningen af forholdet gæld/pant for opretholdelsen af rådighedsberøvelsen er Lars Hedegaard Kristensen & Henrik Kure i UfR 2016 B s. 187 ff.

12.3. Rådighedsberøvelse via tredjemand

- Speditør varetager håndpant for panthaver
  - — speditøren er da panthaverens fuldmægtig;
  - — speditørens manglende omhu = panthavers manglende omhu;
  - — allerede nævnt: *UfR 1993.96 V (Århus Diskontobank og Jydekompagniet)* – håndpantsatte cykler, som "sivede";
  - — alternativ til sådant håndpant: virksomhedspant med pant i varelager, TL § 47 c.
- Depositar – fx depotbank
  - — depositaren udøver rådighedsberøvelse på panthavers vegne.
- Sekundært håndpant
  - — primær håndpanthaver udøver rådighedsberøvelsen både på egne og efterpanthaverens vegne.
- "Diskonteret" (= håndpantsat) købekontrakt
  - — ejendomforbeholdsk**ø**beren kan udøve rådighedsberøvelsen i det købte på vegne den, der har håndpant i kontrakten og det købte;
  - — NB: kan næppe forlanges af en *forbruger*k**ø**ber.
- Håndpantsat leasinggenstand
  - — leasingtageren kan udøve rådighedsberøvelsen i det leasede på vegne den, der har håndpant i leasingkontrakten og det leasede;
  - — NB: kan næppe forlanges af en *forbruger*-leasingtager.

> Vil enhver råden, som K giver D over det pantsatte, medføre fortabelse af K's tinglige ret?

Kapitel 13

IP-lovvalget – tinglig sikring

- Pantet skal beskytte over for alle
  - for nu drejer det sig om det tinglige forhold over for enhver (*erga omnes*), modsat det aftaleretlige forhold *inter partes*.
- Derfor er aftalen mellem de to parter mindre relevant
  - i stedet: snarere et behov for standardiserede, faste løsninger.
- Hvilket lands lov? – helt generelt
  - *lex rei sitæ* (= *lex situs*); tingens steds lov, stedets lov.
  - dvs. loven i det land, hvor formuegodet befinder sig, da den tinglige ret stiftes.
- Negotiabelt dokument
  - loven i det land, hvor dokumentet befinder sig;
  - men er det simpelt eller negotiabelt? …
  - dette afgøres efter kontraktstatuttet, dvs. den lov, der i øvrigt gælder for dokumentet.
- Løsøre
  - loven i det land, hvor tingen befinder sig …
    - U-1: "importlandets lov" – hvis tingen var bestemt til eksport til dette land, fx ved grænseoverskridende konsignationssalg (NB: udenlandske konsignationssælgere har ofte svært ved at forstå, at dansk ret derfor finder anvendelse ved konsignationssalg til Danmark – uanset en lovvalgsaftale i det indbyrdes købe- og kreditretlige forhold);
    - U-2: registerlandets lov – såfremt et pant skal registreres (hvilket jo gælder for stadigt flere former for pant).
- Pant i en simpel fordring – fx et fakturatilgodehavende
  - primærkreditors lov ("cedentens domicillands lov");
  - dansk primærkreditor pantsætter sit krav – gbl. § 31 skal iagttages;
  - dansk møbeleksportør pantsætter udestående fordringer – dansk ret anvendes (gbl. § 31);
  - men krav til "underretningen" efter § 31 – skal være forståelig for fordringens debitor, for at § 31 er iagttaget;
  - hvad med fordringspant? TL § 47 d …
    - her må gælde princippet om registerlandets lov;

- dvs. når pantet i fordringen er registreret (tinglyst) i et dansk register (Tinglysningsretten, personbogen) …
- må dansk ret anvendes.

Hvilken rolle spiller partsautonomien ved IP-tinglig sikring? Hvilket lands regler anvendes som hovedregel? Giv svaret igen – nu på latin.

Kapitel 14

Ejendomsforbehold

14.1. Hvad er ejendomsforhold som begreb?

- Når tingen er leveret
  - uden at købesummen er betalt …
  - er købesummen som udgangspunkt kun et simpelt krav.
- Særlige sikringsmuligheder
  - kontantvare blev fejlafleveret – kan tages tilbage inden for få dage; hurtig reaktion ("kontantforbehold");
  - kredit givet på falsk grundlag – købsaftalen er ugyldig, og tingen kan tages tilbage, jf. svensk dom om salg af stålplader, NJA 1985.178 HD (antagelig også således i dansk ret);
  - pant (U: forbudt ved forbrugerkøb, KAL § 21);
  - ejendomsforbehold …
    - skal være aftalt inden overgivelsen;
    - U: branchekutyme for ejendomsforbehold (erhvervskøb).

14.2. Hvem er ejer af det solgte?

- Hvem er egentlig ejer af det solgte – så længe der er ejendomsforbehold?
  - m.a.o.: har køberen en "resolutivt" betinget ejendomsret til den købte ting? – dvs. han er ejer, medmindre han misligholder …
  - eller er hans ret suspensivt betinget? – han bliver ejer, hvis han betaler, hvad han skylder;
  - svaret er: en resolutivt betinget ret – køberen er ejer, medmindre han misligholder;
  - se KAL § 4, nr. 16: "kan tage tilbage";
  - køberen aktiverer og afskriver tingen (årsregnskab, skatteregnskab);
  - køberens ret kan være genstand for individual- og universalforfølgning fra hans kreditorer (udlæg, konkurs) – men altid med respekt af tredjemands bedre ret (dvs. med respekt af ejendomsforbeholdssælgerens ret);
  - køberens videresalg af tingen er ikke underslæb over for sælgeren, jf. straffelovens § 278, stk. 2 …
  - men et videresalg er bedrageri over for en godtroende køber, jf. § 279.

14.3. Ejendomsforbehold i biler mv. – husk bilbogsregistrering

- Ejendomsforbehold i bil mv.
  - husk TL § 42 d;
  - dvs. skal tinglyses i Bilbogen …
  - ligesom et pant i bilen skal.
- Er det ikke nok, at sælgeren beholder registreringsattesten?
  - nej, selvfølgelig ikke …
  - attesten skaber ikke tinglig sikkerhed i bilen, jf. *UfR 1998.165 Ø (Pitzner)*;
  - man kan heller ikke få "håndpant" i en registreringsattest (eller rettere: det kan man selvfølgelig godt, men det giver bare ikke pant i bilen og er derfor værdiløst).

14.4. Hvad gør sælgeren i tilfælde af misligholdelse?

- Fyldestgørelses-processen – hvad gør sælgeren?
  - tilbagetagelse: umiddelbar fogedforretning, KAL § 36;
  - hvis forbrugerkøb: forudsætter 20 pct. udbetaling og skriftlig aftale;
  - S er separatist i K's konkursbo, KL § 91 (husk § 91, stk. 2 – underretning til boet!);
  - se fx *UfR 2003.1499 H (skibsgearene)*;
  - svarer til den "stærke" panteret: håndpant.

14.5. Forbrugerbeskyttelse – lejekøb mv.

- Køb, der fremtræder som leje, jf. KAL § 4, nr. 16, 2. pkt. …
  - betegnes ofte som "lejekøb" …
  - og omkvalificeres: det er reelt et køb og skal derfor betragtes som et sådant;
  - konsekvens nr. 1
    - da mindsteudbetalingen på de 20 pct. ikke er erlagt …
    - mister forretningen sin ejendomsret til tingen (der er hverken ejendomsret eller ejendomsforbehold);
    - dvs. tingen kan ikke tages tilbage (sådan som udlejede ting ellers kan).
  - konsekvens nr. 2
    - de erlagte betalinger skal omberegnes …
    - idet der skal foretages en rente- og afdragsberegning efter KAL § 23;
    - da nogen højere rentesats ikke blev oplyst, skal der alene betales Nationalbankens udlånssats + 5 pct.
- Illustrativt eksempel – Fonas og Fredgaards lejeaftaler
  - "Lej i 5 år og køb derefter for 1 kr.";
  - Fona/Fredgaard mente, at der var tale om ægte leje;
  - Højesteret: det er et "lånekøb", dvs. et kreditkøb uden udbetaling, jf. *UfR 2004.317 H* og *UfR 2004.329 H*;

— bemærk parallellen til "møbellån": er det i realiteten et lejeforhold eller et låneforhold? var det meningen, at "lejeren" skulle blive ejer af tingen (igen)? I så fald er det et låneforhold!

14.6. Salg til erhvervsdrivende – holder ejendomsforbeholdet?

- I en købekontrakt
  - — dette er naturligvis det sikreste …
  - — men der oprettes langtfra altid en købekontrakt.
- I sælgerens alm. salgs- og leveringsbetingelser
  - — o.k., når der henvises til disse;
  - — vigtigt emne ved gennemarbejdning af disse.
- Men husk, at ejendomsforbeholdet alligevel ikke altid er holdbart
  - — nemlig hvis køberen skal anvende tingen til salg eller produktion;
  - — dvs. en "ophørende" sikkerhedsret;
  - — se nærmere nedenfor om *UfR 2001.2400 V (stålpladerne til værftet)* – må ikke forveksles med den ovenfor nævnte svenske sag om stålplader.
- Ordrebekræftelse til køberen – med bemærkning om ejendomsforbehold?
  - — hvis hjemmel i salgs- og leveringsbetingelser: o.k.;
  - — hvis ingen hjemmel, og køber protesterer? intet ejendomsforbehold;
  - — hvis ingen hjemmel, og køber er passiv? – *UfR 1990.485 V*: passivitet binder ikke (dissens).
- Ejendomsforbehold i faktura?
  - — hvis hjemmel i salgs- og leveringsbetingelser: o.k.;
  - — hvis hjemmel i påvist branchekutyme: o.k.;
  - — ellers: ikke bindende.

14.7. Kan fast ejendom også sælges med "ejendomsforbehold"?

- Ja, det kaldes bare noget andet
  - — "salg på betinget skøde", jf. hjemmelen i TL § 10, stk. 4 (tidligere stk. 5) …
    - ⇜ § 10, stk. 4. Et skøde må, for at kunne tinglyses som adkomst, *ikke være knyttet til andre betingelser end købesummens berigtigelse* inden for en nærmere angiven frist. …
- Tilbagetagelse af ejendommen – hvis køberen misligholder …
  - — kan da ske ved umiddelbar fogedforretning;
  - — dvs. sælgeren sparer (hvad han ellers skulle ved et sælgerpantebrev): udlæg + tvangsauktion;
  - — i stedet tager han ejendommen tilbage ved én enkelt retshandling: umiddelbar fogedforretning (rpl. § 596).

- Men betingelsen skal være klar for at kunne tinglyses
  - *UfR 2009.864/1 V (islamisk finansiering af fast ejendom)*
    - fire nordjyske pengeinstitutter stiftede Amanah Kredit A/S;
    - selskabet køber det hus mv., som den muslimske køber (der jo ikke må betale renter) ønsker at købe …
    - og videresælger det med ejendomsforbehold (og tager gebyrer mv., som er acceptable efter Koranen);
    - men – betingelsen skal som nævnt være klar, jf. TL § 10, stk. 3 …
    - og det var denne betingelse ikke: "Formindskende Musharaka [partnerskab} med Ijara [brugsret] med henblik på endeligt skøde";
    - uklart; derfor afvist af Tinglysningsretten; stadfæstet af VL.

14.8. Diskontering af købekontrakten

- Også sælgeren af en ting, der er solgt på ejendomsforbehold – kan have behov for refinansiering …
  - dette gælder både ved forbrugerkøb og ved erhvervskøb;
  - dvs. at købekontrakten er et naturligt finansieringsobjekt for sælgeren.
- Sælgeren kan sælge eller pantsætte (belåne) – sine rettigheder i henhold til kontrakten …
  - dvs. diskontere kontrakten;
  - pas på ordet …
  - det siger ikke, om han sælger eller pantsætter kontrakten.
- Husk, at kontrakten normalt er ikke-negotiabel – og skal være det i alle forbrugerkøb …
  - dvs. det skaber ingen tinglig sikring for den, der belåner kontrakten …
  - at få denne i hænde.
- *Hvad er det egentlig*, sælgeren sælger hhv. pantsætter – når han "diskonterer" købekontrakten?
  - for det første er det sælgerens (simple) fordring mod køberen;
  - for det andet er det sælgerens ret til at tage det solgte tilbage, hvis køberen misligholder.
- Hvis sælgeren *sælger* kontrakten …
  - bliver kontraktens køber (en bank, et finansieringsselskab) …
  - ejer af begge nævnte rettigheder;
  - men pas på: retten til pengene er en simpel fordring …
  - dvs. købekontraktens debitor (= tingens køber) skal denuntieres, jf. gbl. § 31 …
  - for at købekontraktens køber er beskyttet mod …
  - sælgerens dobbeltsalg (eller dobbelt-pantsætning) og mod
  - sælgerens kreditorer (udlæg, konkurs).
- Hvis købekontrakten ikke sælges, men pantsættes – til en bank, et finansieringsselskab …

- hvad er det så egentlig, banken har pant i?
- for det første: i fordringen mod køberen …
  - sikringsakt: denuntiation af køberen, jf. gbl. § 31.
- for det andet: i retten til at tage tingen tilbage …
  - dvs. pant i tingen – håndpant;
  - hvordan etableres rådighedsberøvelsen?
  - ved at udvide denuntiationen til køberen:
    - han besidder nu tingen på panthavers vegne (han er "tvungen fuldmægtig");
    - dette kan godt forlanges af en køber i et erhvervskøb …
    - men næppe af en forbrugerkøber.

14.9. Køberens mangelindsigelser

- Udgangspunkt – alle indsigelser bevares
  - de bevares over for sælgeren selv, uanset udstedelsen af kontrakten, jf. gbl. § 1;
  - og de bevares over for den, der diskonterer købekontrakten for sælgeren, dvs. over for den, som køber kontrakten eller tager pant i den …
  - jf. gbl. § 27: erhververen får ikke bedre ret end overdrageren.
- Forbrugerkøb – den nævnte bevarelse af indsigelser må ikke fraviges, jf. KAL §§ 31-33.
- Erhvervskøb – flere muligheder for at afskære indsigelser
  - afskæring kan være i begge parters interesse …
  - sælgeren skal refinansiere sig for at skaffe køberen den billige rente, som sælgeren tilbyder;
  - der er følgende afskæringsmuligheder efter gensidig overenskomst …
    - købekontrakten er gjort negotiabel ("skylder til sælger eller ordre …") (kun i erhvervskøb);
    - en *cut-off* klausul er aftalt (også kun i erhvervskøb).
  - der er følgende mere ensidige "afskæringsmulighed" …
    - ved denuntiationen til køberen om transporten …
    - anmodes køberen om at "bekræfte varens kontraktmæssighed";
    - dvs. denuntiationen får samtidig en køberetlig betydning …
    - hvis køberen da efterkommer opfordringen i denuntiationen, hvilket der ofte må advares imod.
- Blandet køb – både til privat og erhvervsmæssig brug
  - afgørende er, hvilken brug genstanden overvejende var bestemt til, jf. *UfR 2014.3305 Ø*, VW Touran 2,0 TDI

Hvordan tages et gyldigt ejendomsforbehold, og hvad må det tjene til sikkerhed for?

Kapitel 15

Konsignationssalg

15.1. Ejendomsforbehold: konneksitet kræves

- Kun krav vedrørende denne ting …
  - kan sikres ved ejendomsforbehold i denne ting;
  - dvs. et strengt konneksitetskrav mellem krav og ejendomsforbehold;
  - NB: herved adskiller ejendomsforbeholdet sig fra pant!
  - nogle få undtagelser: fx krav vedr. reparation af tingen – kan sikres ved samme ejendomsforbehold.

15.2. Konsignation: konneksitet fraviges

- Salg på konsignation – en praktisk vigtig modifikation til konneksitetskravet …
  - konneksitetskravet slækkes;
  - nu kan ejdendomsforbehold tages i alle de ting, der p.t. er hos køberen …
  - uanset fra hvilke ting det aktuelle krav hidrører.
- "Prisen" herfor – er nogle enkle "leveregler" for konsignationssalg:
  - altid afregning i takt med videresalget;
  - dvs. ingen fast kredittid, fx "løbende måned + 30 dage";
  - konsignationsregnskab;
  - kontrol på stedet.

15.3. De tyske sager – og et par jugoslaviske

- De "tyske" sager (og et par jugoslaviske):
  - en fast kredittid accepteres ikke efter dansk ret (modsat tysk ret), jf. fx *UfR 1992.373 V*;
  - dansk ret skal anvendes ("importlandets ret", jf. IP-redegørelsen foran);
  - ingen IP-retlig partsautonomi …
  - dvs. det hjælper ikke den tyske konsignationssælger, at der er aftalt "tysk ret" – dette gælder kun *inter partes*;
  - tilsvarende: *UfR 2000.1865 V (de jugoslaviske værktøjsmaskiner)*.

15.4. "Ophørende sikkerhedsret" – råvarer mv.

- Ophørende sikkerhedsret – konsignationsprincipperne genanvendes
  - konsignationsprincipperne kan også blive afgørende …
  - i nogle tilfælde, hvor parterne slet ikke har tænkt på "konsignation";
  - levering af råvarer og råmaterialer til køberens virksomhed;
  - sælgeren tager ejendomsforbehold i dem gennem sine alm. salgs- og leveringsbetingelser;
  - men en fælde:
    - køberen skal jo ikke beholde dem, men forbruge og videresælge dem (i forarbejdet stand);
    - derfor har forholdet stærke lighedstræk med konsignation …
    - og derfor må konsignationsprincipperne kræves overholdt …
    - dvs. ingen fast kredittid, men afregning altid i takt med videresalg …
    - og kontrol og konsignationsregnskab;
    - se *UfR 2001.2400 V (stålpladerne til værftet)*.

Hvordan adskiller konsignation sig fra alm. ejendomsforbehold? Hvad er de basale krav, for at konsignation holder tingligt, hvis D går konkurs? Hvad er det, udenlandske konsignationssælgere ofte har misforstået? Hvad var det, sælgeren havde overset i stålpladedommen?

Kapitel 16

Confirming – en konsignations-variant

- Konsignations-variant – *confirming*-kredit.
- Dansk virksomhed V vil gerne have varer på lager – men hvordan finansierer V købet af varerne?
  - første mulighed: håndpant i varerne (til sikkerhed for kredit), men er jo så afskåret fra uhindret adgang (pga. kravet om rådighedsberøvelse);
  - anden mulighed: underpant, dvs. virksomhedspant efter TL § 47 c – en god mulighed (men det skal tinglyses og bliver dermed offentligt);
  - tredje mulighed: køb på *confirming*-vilkår.
- Udnytter herved konsignations-ejendomsforbehold – på en kreativ måde
  - virksomheden V køber ikke selv varerne …
  - men får confirminghuset C til at gøre det;
  - C køber varerne kontant fra varernes sælger, S (i ind- eller udland);
  - heraf ordet *confirming*: C "bekræfter" handelen over for S (og betaler kontant til S for varerne);
  - herefter sælger C varerne til V, efterhånden som V har behov for varerne …
  - og dette salg fra C til V sker på konsignationsvilkår.
- Kendes også fra danske indkøbsforeninger
  - jf. lov om indkøbsforeninger for mindre virksomheder i landdistrikterne (p.t. lovbkg. nr. 999 af 19. august 2010);
  - køber maskiner og teknisk udstyr til medlemmerne …
  - fx mejetærskere, traktorer etc.;
  - foreningen køber maskinen kontant hos leverandøren …
  - og videresælger den til medlemmet på kredit (med fast eller var. rente) og med ejendomsforbehold, jf. lovens § 2, stk. 1, 1. pkt.

> Tag udgangspunkt i betegnelsen "*confirming*" og forklar ud fra denne, hvad *confirming* er.

Kapitel 17

Digital tinglysning – introduktion

17.1. Digital tinglysning – grundbegreber

- Tinglysning er en sikringsakt – dvs. når der ønskes tinglig sikkerhed.
- Hvilke sikringsakter er der overhovedet til rådighed?
  - håndpant: løsøre, gældsbreve;
  - ejendomsforbehold: løsøre;
  - tinglysning: fast ejendom, biler, løsøre, andelsboliger, virksomheds- og fordringspant.
- Andre registre end Tingbogen:
  - Værdipapircentralen (VP);
  - Skibsregisteret;
  - Luftfartøjsregisteret;
  - Udenlandsk VP, fx Clearstream.
- Skal **adkomst** også registreres? (eller kun pant mv.)
  - fast ejendom (Tingbogen): både adkomst og andre rettigheder (pant, servitut mv.);
  - biler (Bilbogen): kun pant (og ejendomsforbehold);
  - løsøre (Personbogen): kun pant mv.;
  - andelsboliger (Andelsboligbogen): kun pant mv.;
  - virksomheds- og fordringspant (Personbogen): kun pant mv.;
  - værdipapirer (VP): både adkomst og pant mv.
- Hvornår er man tingligt sikret – når tinglysning ikke er sikringsakten? (køb af bil, løsøre mv.) – når aftale (+ bindende individualisering ved genus).
- Vigtigste retsfølger af tinglysning
  - offentliggørelse (modsat håndpant) – enhver har adgang til Tingbogen;
  - rådighedsberøvelse – ejeren kan ikke disponere i strid med det tinglyste;
  - prioritetsvirkning – rækkefølgen afgør retsstillingen (fx af to udlæg);
  - gyldighedsvirkning – omverdenen skal kunne stole på Tingbogen
  - legitimation – tinglyst ejer kan disponere, fx salg eller pant.

Rekapitulér, hvilke registre vi har, hvornår adkomst skal registreres, og hvornår kun andre rettigheder end adkomst skal registreres, for at man vinder tinglig ret.

Kapitel 18

Fast ejendom – grundbegreberne

18.1. Hvad er en "fast ejendom"?

- Ubebygget jordareal.
- Jordareal med bygninger og bestanddele, TL § 38.
- Bygning på fremmed (lejet) grund, TL § 19.
- Ejerlejlighed (men ikke andelslejlighed).

18.2. Matrikelsystemet

- Matrikelsystemet omfatter (næsten) alle ejendomme (U: nogle havnearealer mv.).
- Ejendommen identificeres efter sit matr.nr.
- Matriklen viser også fx landbrugspligt, fredskov og registreret jordforurening (*www.kms.dk*).

18.3. Enhedsprincippet

- Man kan kun få ret over hele ejendommen – gennem adkomst, pant, udlæg, arrest, tvangsauktion.
- Kan ikke omgås ved fx 99-årig brugsret: brugsret over areal max. 30 år, UL § 16, stk. 1, nr. 1
- Er der brug for en længere råden, er løsningen i stedet: udstykning.
- Enhedsprincippet forhindrer ikke ejendomsret til en del af en ejendom, fx ½
  - dette er en ideel andel (modsat en fysisk andel);
  - ejerbrøkerne tinglyses;
  - man kan stifte pant i sin ideelle bruttoandel (og der kan foretages udlæg mv. i den);
  - men hvordan hæfter man for lån i ejendom, hvis man ejer fx ½ af ejendommen? (gbl. § 2, stk. 1: man hæfter for hele gælden; U: andet er aftalt).

18.4. Omdisponering ("ejendomsdannelse")

- Udstykning – fraskilles til eget matr.nr., UL § 6.
- Arealoverførsel – fra ejendom til ejendom, UL § 7.
- Sammenlægning – noteres som samhørende, UL § 8.
- Berigtigelse – fx ved hævdserhvervelse (DL 5-5-1 og -2), UL § 9.
- Udstykning involverer tre myndigheder og retsgrundlag
  - specialmyndighed (lokalplan – kommune;
  - landbrug – FødevareErhverv);
  - Kort- & Matrikel-styrelsen (ændrer i matriklen);
  - Tinglysningsretten (tinglyser).

> Forklar begreberne fast ejendom, matrikel, enhedsprincip og omdisponering.

18.5. Bygning på fremmed (lejet) grund, TL § 19

- Praktiske eksempler:
  - sommerhus på lejede arealer (områder i Ebeltoft mv.);
  - bygninger, der lejer sig ind på offentlig havn;
  - marina på strandarealet (under projektering);
  - driftsbygning på landejendom (svinestalde);
  - vindmølle.
- Får sit eget blad i Tingbogen (vedhæfter fil med lejekontrakt) – kan særskilt pantsættes.
- Max. brugsret til en del af en grund i 30 år – men kan fornyes.
- Lejeaftalen bør give køber – (henholdsvis auktionskøberen af bygningen) en ret til at indtræde i lejeaftalen (afståelse) …
  - ellers gælder det som altid: "debitorskifte kræver kreditorsamtykke").

> Forklar i hovedtræk, hvilke elementer du gerne vil have med i en aftale mellem grundejer og bygningsejer om bygning på lejet grund.

18.6. Ejerlejligheder

- Ikke alle ejendomme kan opdeles i e-lejligheder
  - visse begrænsninger ad ældre ejendom (E-loven);
  - ikke opdele, hvis man kan udstykke (fritliggende).
- E-lejligheden er en fast ejendom – kan sælges, pantsættes, udlæg etc.

- Har egne pantehæftelser – og dermed også egne renteudgifter mv.
- Hvordan fordeler man det samlede pant Iejendommen ved opdelingen?
  - ansøger kreditor om relaksation på øvrige lejligheder;
  - vil typisk fordele efter fordelingstal.
- Fordelingstal – afgør stemmeretten, fællesudgifterne mv.
- Medlemskab af ejer-"forening".

18.7. Andelslejligheder

- En a-lejlighed er en del af en fast ejendom – dvs. den er ikke selv en fast ejendom.
- Ejeren har en ideel andel af hele ejendom – samt brugsret til en bestemt lejlighed.
- Adkomst på en a-lejlighed kan ikke tinglyses – men skal noteres hos a-boligforeningen.
- Betaler (1) indskud + (2) løbende boligafgift.
- Pant tinglyses i andelsboligbogen (bl.a. hensyn til banker)- ligeså udlæg.
- Fradragsret for foreningens renteudgifter går "tabt".

Forklar forskellen mellem ejerlejlighed og andelslejlighed i henseende til tingligt beskyttet adkomst til lejligheden, pant i denne samt omfanget af ejendomsretten.

Kapitel 19

Digital tinglysning i praksis – herunder dialogen med Tingbogen

19.1. "Dialogen" med Tingbogen

- Tinglysningsretten (Hobro) – www.tinglysning.dk.
- Kære til Vestre Landsret; 14 dage fra meddelelse, TL § 36.
- Tre former for adgang:
  - på egne vegne med digital signatur,
  - på en andens vegne efter fuldmagt,
  - autoriserede anmeldere.
- Tinglyser via dialog med Tingbogen
  - e-motoren behandler de uproblematiske;
  - hvis problem – udtages til manuel behandling.
- Hvordan reagerer systemet?
  - tinglysning;
  - afvisning;
  - tinglysning med frist;
  - tinglysning med (rets)anmærkning.

19.2. Hvordan gennemføres tinglysningen rent praktisk?

- Dokument som begreb eksisterer fortsat – men er nu en samling af data.
- E-motoren henter relevante fakta – fx ud fra CPR- henholdsvis CVR-numre.
- Ved brugerens afsendelse med signatur – fastlåsning.
- Tidspunkt registreres – idet tidsprioritet fortsat vigtig (fx mellem to udlæg).
- Foretager først en prøve-tinglysning (får advarsel om anmærkninger mv.).
- Ved tinglysning – besked fra systemet til …
  - anmelderen,
  - andre e-mailadresser, angivet af anmelderen,
  - kommunen,
  - SKAT,

- hvis landbrug: FødevareErhverv,
- e-akten (hvor alt opbevares).

- I akten opbevares (digitalt) de tinglyste dokumenter (enhver kan efterse akten).

19.3. Professionelle brugere – bank, advokat, mægler

- Sammenkobler eget it-system med den digitale tingbog.
- Tingbogens oplysninger genbruges – i den professionelle brugers eget system.
- Eget systems oplysninger – (skøde, pantebrev) genbruges i Tingbogen.
- Har kredit med afgifter – andre skal have Dankortet parat.
- De skal godkendes – (CSC Danmark A/S) ad teknisk og økonomisk formåen ("kreditkunde").

19.4. Skødet tinglyses

- Dette er "adkomst" (ejendomsret) – tænk på den gamle sprogbrug: giver jord i den andens "skøde" (tilskøder).
- Der skal være tale om at "fastslå, stifte, forandre eller ophæve" en ret over fast ejendom, TL § 10, stk. 1.
- Skødet kan være endeligt eller betinget, TL § 10, stk. 4.
- Typer af skøde:
  - alm. skøde,
  - bodeling (M eller H bliver eneejer),
  - skifteretsattest (lyses som adkomst).

19.5. Købesum og omkostninger

- Tinglyser nu kun den kontante købesum (ikke hvordan den "berigtiges").
- Berigtiges normalt gennem:
  - kontant udbetaling (deponeres);
  - optagelse af nye lån;
  - evt. udstedelse af sælgerpantebrev (alternativt: banklån).
- Afkryds, hvilke hæftelser køber skal overtage (ikke-afkrydsede hæftelser medfører retsanmærkning, hvis de ikke er aflyst forinden).
- Retsafgiften
  - grundgebyr 1.400 kr.;
  - skøde 0,6 pct. af købesum (eller højere ejendomsværdi);
  - pantebrev 1,5 pct. af hovedstol.

> Hvilke resultater kan der komme ud af dit forsøg på at tinglyse en ret over fast ejendom – ud over blot "tinglysning"? Hvad er det, de professionelle tingbogsbrugere kan og må, som vi andre ikke kan og må?

Kapitel 20

Digital tinglysning – *hvad* skal tinglyses, og *hvordan* tinglyses det?

20.1. Hvad skal tinglyses? – fast ejendom

- Skøde (adkomst).
- Pantebrev
  - sælgerpantebrev,
  - lånepantebrev (privat, realkredit),
  - ejerpantebrev (hvad er dét?),
  - skadesløsbrev (forskel fra ejerpantebrev: kreditor fremgår af skadesløsbrevet, ikke af ejerpantebrevet).
- Udlæg og arrest
  - udlæg – der er et fundament (dom, forlig, pantebrev);
  - arrest – der er ikke et fundament (endnu), og man stiller sikkerhed (bankgaranti).
- Konkurs og tvangsakkord.
- Nogle lejekontrakter, nemlig fx når …
  - "usædvanlige lejevilkår" (TL § 3), fx 5 års uopsigelighed;
  - lejerens forkøbsret til ejendommen.
- Servitut (vejret, brugsret)
  - herskende ejendom: den, der har påtaleretten;
  - tjenende ejendom: den, servitutten hviler på.
- Båndlæggelse, arvelovens § 53 og § 61.
- Umyndighed, værgemålsloven, TL § 48.
- Vielsesattest, retsvirkningslovens § 18, indirekte …
  - kan få tinglyst vielsesattest som rådighedsindskrænkning på ejendom, der er fælleseje og tjener til bolig (villa, sommerhus, ejerlejlighed).
- Ekspropriationsbeslutning mv., div. ekspropriationslove.

20.2. Transport af pantebreve og ejerpantebreve

- Kreditors salg af et pantebrev, TL §§ 27 a-c
  - — før tinglysningsformen: selve aftalen om salget gav tinglig sikring;
  - — efter reformen: købet skal tinglyses for at give pantebrevets køber tinglig sikkerhed i forhold til sælgerens 1) godtroende aftaleerhververe (nyt salg, pantsætning) og 2) retsforfølgende kreditorer (udlægssøgende kreditorer eller konkursbo mv.).
- Kreditors pantsætning af et pantebrev – tinglysning kræves (nu).
  - — før reformen: sikringsakten var ihændehavelse (rådighedsberøvelse), gbl. § 22;
  - — efter reformen: også her er tinglysning sikringsakten.
- Ejerens pantsætning af et ejerpantebrev, TL § 1 a
  - — ejerpantebrev: ejendommens ejer udsteder pantebrev til sig selv;
  - — ved udstedelsen og tinglysningen er kreditor og debitor derfor identiske;
  - — nu vil han bruge ejerpantebrevet som pantsætningsobjekt (lånegrundlag), dvs. pantsætter det (til bank mv.);
  - — før reformen: sikringsakten var ihændehavelse (rådighedsberøvelse), gbl. § 22;
  - — efter reformen: sikringsakten er (også her) tinglysning, dvs. dobbelt tinglysning (først lysning af ejerpantebrevet, dernæst lysning af pant i ejerpantebrevet).
- Derfor: læs ældre litteratur og domme med forsigtighed!
  - — og passe på med sprogbrugen …
  - — vil stadig ofte sige "håndpantsætning af ejerpantebrev" …
  - — men det er altså en tinglyst pantsætning af ejerpantebrevet.

20.3. Hvor i Tingbogen indføres det, der tinglyses?

- Adkomstrubrikken – ejendomsret, sammenhængende kæde af adkomster.
- Hæftelsesrubrikken – pant i ejendommen.
- Byrderubrikken – servitutter, landbrugspligt, lokalplaner etc.
- Andre aktivtyper and fast ejendom – adkomst lyses ikke, kun hæftelser
  - — alm. løsøre, § 47 – personbogen;
  - — driftsmateriel, virksomhed fra lejede lokaler, § 47 b, stk. 2 – personbogen;
  - — virksomhedspant, § 47 c – personbogen;
  - — fordringspant, § 47 d – personbogen.

> Hvad menes der med udtrykket "dobbelt tinglysning" af et ejerpantebrev? Hvis du køber eller belåner et sælger- eller lånepantebrev, hvad er så sikringsakten?

Kapitel 21

Retsvirkninger af tinglysning – legitimation, prioritet og gyldighed

21.1. De tre vigtigste retsvirkninger af tinglysningen

- Legitimationsvirkningen, §§ 10, 12 og 29
  - — den, der står tinglyst, har tingbogslegitimation …
  - — til at råde over rettigheden (alt efter, hvad han står tinglyst som) …
  - — og til at modtage betaling (i konsekvens af det, han står tinglyst som).
- Prioritetsvirkningen, § 1
  - — tinglyst ret fortrænger utinglyst, dvs. ekstinktion;
  - — aftaleerhverver skal være i god tro om utinglyst ret;
  - — tinglyste rettigheder har indbyrdes prioritet efter anmeldelsestidspunktet.
- Gyldighedsvirkningen, § 27
  - — man skal kunne stole på Tingbogen, trods evt. underliggende ugyldighedsindsigelser.

> Forklar kort efter hukommelsen, hvad de tre centrale retsvirkninger af tinglysning er.

Kapitel 22

Legitimationsvirkningen

22.1. Legitimationsvirkning medfører tingbogshjemmel

- For at man kan tinglyse et dokument over fast ejendom, § 10 …
  - "skal (det) fremtræde som udstedt af den, der ifølge Tingbogen … er beføjet til at råde …"
- Den rådende skal have tingbogshjemmel
  - og Tingbogen skaber legitimation;
  - kan afvige fra den materielle berettigelse.
- Derfor kræves præcision i angivelse
  - *UfR 2000.2459 H (Ejendomsselskabet Frederiksstaden)*;
  - men med digital tinglysning henter e-motoren selv;
  - tingbogsberigtigelse skal finde sted efter fusion, spaltning mv.

22.2. Tingbogshjemmel til hvad?

- Den tingbogslegitimerede råder over – sin rettighed i ejendommen.
- Ejeren (adkomstrubrik) kan sælge, pantsætte, servitutstifte.
- Panthaveren kan sælge sit pantebrev (eller pantsætte, aflyse eller nedlyse det).
- Servituthaveren kan (bl.a.) aflyse.
- Grundejer- eller ejerforenings pant – for gæld til foreningen
  - kan besluttes som vedtægtsændring, *UfR 1988.916 H*;
  - kan pantet tinglyses uden alles underskrift? *UfR 1990.195 Ø* sagde nej;
  - men nu ved lov: normalvedt. § 17, stk. 1 – kan lyse pantstiftende for op til 41.000 kr.

22.3. Digital signatur, fuldmagt mv.

- Den tingbogslegitimerede råder …
  - med egen digital signatur;
  - v/ fuldmagt, jf. § 10, stk. 1 i.f.: "… eller som udstedt med hans samtykke" (kan være digitalt dokument), § 49 b;
  - v/ autoriseret anmelder (advokat, mægler mv.), § 49 c (anmelderen kontrollerer da adkomsten).

- Hvis Tinglysningsretten har mistanke om misbrug, fx ved interessekonflikt: lyse med frist
  - selskabs skøde til direktøren selv, *UfR 1978.760 Ø*, dvs. selvkontrahering;
  - kan godt lyses alligevel, *UfR 2010.80 V* – fra ejer til ApS;
  - har generalfuldmagt fra ejer, skøder til sig selv.

22.4. Tinglysning uden ejerens samtykke

- Nogle forhold tinglyses uden den legitimeredes samtykke:
  - udlæg i ejendommen, § 13, stk. 1,
  - konkurs, der (også) omfatter ejendommen, § 13, stk. 1,
  - arrest i ejendommen, § 13, stk. 1,
  - hævd over ejendommen, § 12, stk. 2,
  - dom om ejendommen, § 12, stk. 1,
  - stævning i sag om ejendommen, § 12, stk. 3 (hvorfor?),
  - lokalplaner, forurening mv., § 12, stk. 1 igen.

22.5. Nyerhvervet tingbogshjemmel kan straks bruges

- Tingbogslegitimationen kan godt være opstået for få minutter siden
  - kl. 12:00 anmeldes skøde til lysning;
  - kl. 12:10 anmeldes (sælger)pantebrev fra køberen;
  - udtages skødet fra e-motoren til manuel prøvelse, står også pantebrevet i kø;
  - alle retsvirkninger regnes tilbage fra anmeldelsen, § 14;
  - men afvises skødet, så afvises også pantebrevet.

22.6. Tinglysning af rådighedsindskrænkning

- Tinglyse, at den tingbogslegitimerede alligevel ikke kan råde (på egen hånd), dvs. en rådighedsindskrænkning:
  - tinglyst umyndighed (værgen råder);
  - ikke-erhvervsdrivende fond ejer fast ejendom: fondslovens § 9, stk. 4: prohibitivpåtegning;
  - pantsætningsforbud efter aftale med bank, *UfR 1987.713 V* …
    - kan bortfalde, hvis B ikke længere har loyal interesse i opretholdelse, jf. *UfR 2010.3023 Ø.*
  - pantsætningsforbud, TL § 47, stk. 2:
    - alm. løsøre, § 47,
    - driftsmateriel mv. fra lejede lokaler, § 47 b, stk. 2,
    - virksomhedspant, § 47 c, og
    - fordringspant, § 47 d.
  - pantsætningsforbud kan være et billigt alternativ til pant;
  - forhindrer ikke lysning af udlæg eller konkurs (husk forskellen mellem viljespant og retspant).

22.7. Legitimation til at modtage betaling

- Tingbogslegitimation medfører også betalingslegitimation.
- Dvs. man kan med frigørende virkning betale til den efter Tingbogen berettigede (forudsat at man er i god tro).
- Lejeren – kan betale leje til tinglyst ejer (U: har fået besked om at betale til en anden, gbl. § 29).
- Ejeren – kan betale renter og afdrag til den, der er tinglyst som panthaver (U: gbl. § 29 igen).

Hvad er tingbogshjemmel, og hvad giver den hjemmel til?

Kapitel 23

Prioritetsvirkningen

23.1. Prioritetsvirkning og "prioritetsorden"

- "Prioritetsvirkningen" – dvs. systemet i TL § 1, jf. nærmere nedenfor.
- "Prioritetsorden" – dvs. tinglyste rettigheders indbyrdes rækkefølge.
- Typisk rækkefølge mellem tinglyste:
  - 1. prioritet: realkreditlån;
  - 2. prioritet: evt. sælgerpantebrev;
  - 3. prioritet: evt. ejerpantebrev (til bank).
- Prioritetsvirkningen – afgør prioriteten mellem konkurrerende rettigheder, TL § 1
  - tinglyst mod tinglyst: tidsprioritet (*prior tempore, potior jure*) (U: ryknings-påtegning);
  - tinglyst mod utinglyst: ekstinktion ("offensiv tinglysning").
- R1's utinglyste ret fortrænges (ekstingveres) af R2's tinglyste ret
  - hvis R2 er aftaleerhverver (køber, panthaver), skal han være i god tro, TL § 1, stk. 2;
  - "god tro" er et lempeligere begreb end ellers, § 5;
  - hvis R2 er retsforfølgende kreditor (udlægshaver, konkursbo), er god/ond tro irrelevant.
- Prioritet – hvordan kan konflikter opstå?
- Klassisk eksempel – ejeren E's dobbeltsalg
  - kan være svigagtigt eller pga. misforståelse.
- E har underskrevet to pantebreve – til P1 og P2
  - P1 smøler med at tinglyse;
  - P2 tinglyser i god tro – og får 1.-prioritet af de to;
  - man hvis pantebrevet til P2 nævner P1, kan P2 ikke være i god tro.
- E har underskrevet pantebrev til P
  - inden P anmelder til lysning, har U gjort udlæg i ejendommen og anmeldt det til lysning;
  - selv hvis U kender pantebrevet til P, får U alligevel 1.-prioritet af de to …
  - idet U ikke behøver være i god tro.

Forklar efter hukommelsen begreberne prioritetsvirkning og prioritetsorden.

23.2. Hvem kan ekstingvere, og hvem kan ikke ekstingvere?

- Hvem **kan** ekstingvere? (pr. aftale)
  - købere af ejendommen i fri handel;
  - gavemodtager af ejendommen (men ikke dødsgave og dødslejegave);
  - tvangsauktionskøberen;
  - panthaver, der foretager udlæg – skal være i god tro; er ikke "kreditor" i § 1's forstand;
  - i alle disse tilfælde kræves god tro – eftersom de er aftaleerhververe.
- Hvem **kan** ekstingvere? (pr. retsforfølgning)
  - retsforfølgende kreditorer – dækker over to kategorier:
  - individualforfølgning (den enkelte kreditor)
    - udlæg;
    - tvangsauktionsbehandling (!);
    - arrest;
    - brugspant (hvad er dét?).
  - universalforfølgning (kreditorerne kollektivt)
    - konkurs (men ikke betalingsstandsning);
    - tvangsakkord (men ikke frivillig akkord);
    - insolvent dødsbo;
    - gældssanering.
- Hvem kan **ikke** ekstingvere?
  - nogle rettigheder er ikke udstyret med ekstinktiv virkning, jf. TL § 1, e.c.;
  - arv, dvs. boets overtagelse af ejendommen;
  - utinglyst vejret over arvet landbrugsejendom ekstingveres ikke pga. arvefaldet (U: når boet sælger til tredjemand);
  - dødsgaver og dødslejegaver (men ikke alm. gaver);
  - ekspropriation, jf. eksp. lovene, thi fortrænger i forvejen alt (tinglyst, utinglyst) og behøver derfor ikke ekstingvere;
  - hævd, jf. DL 5-5-1 og -2, fortrænger kun, hvad der er "nødvendigt".

23.3. Nærmere om god-tros-kravet

- God tro kræves kun hos ekstingverende aftaleerhverver, E (køber, panthaver)
  - ikke hos en retsforfølgende kreditor (udlægshaver, konkursbo).
- God tro er det lempelige krav i TL § 5, dvs. simpel uagtsomhed skaber ikke ond tro.
- Ond tro hos E's fuldmægtig – binder E (advokat, mægler).
- God tro skal være til stede helt frem til og med – E's anmeldelse til tinglysning.

- Har erhververen E (fx en køber K) pligt til eftersyn af …
  - Tingbogen,
  - akten,
  - eksterne registre, fx Kort- og Matrikelstyrelsen,
  - ejendommen beset "i marken".
- Ho.: nej (gammel diskussion om "pligten til at kende Tingbogen").
- U: hvis "noget" konkret giver anledning til mistanke
  - besigtiger faktisk – og ser en sti til naboejendom;
  - prøvetinglyser – og ser en rettighed lyst med frist.

23.4. Et praktisk eksempel

- Er god tro relevant her?
  - E underskriver pantebrev til P mandag (som 3.-prioritet i ejendommen);
  - U gør udlæg i ejendommen tirsdag;
  - P hører om udlægget – og skynder sig at lyse sit pantebrev onsdag ("defensiv tinglysning");
  - U lyser sit udlæg torsdag.
- Hvem af de to får 3.- og hvem 4.-prioriteten, og hvorfor?
  - for P er der ingen genstand for "ond tro" – han har jo bedre ret end U;
  - når han tinglyser for at sikre den prioritet, han allerede har (defensiv tinglysning), gør det derfor ikke noget, at vidste besked med U's udlæg.

> Hvis man har smølet lidt med at tinglyse sit pant og nu hører om et mellemkommende udlæg, som heller ikke er blevet lyst endnu, er man så i ond tro, hvis man skynder sig at få lyst sit pant?

23.5. Retsvirkninger – fra hvornår?

- Fra anmeldelsen – forudsat det ender med en tinglysning, § 14, stk. 1, 2. pkt.
- Tidligere: indførtes først i "dagbog", **nu:** direkte i tingbog.
- Tidligere: modtaget samme dag – ligestilledes; **nu:** "modtaget samtidig" – ligestilles, § 14, stk. 1, 2. pkt.
- Dvs. **nu** er klokkeslet, ikke dato, afgørende.
- Gensidig retsanmærkning bliver derfor sjældent forekommende.

Kapitel 24

Gyldighedsvirkning

24.1. Baggrund og retsgrundlag

- Aftaleerhververe skal kunne stole på Tingbogen, jf. tingbogslegitimationen.
- Derfor er underliggende retsforhold (som Ho.) en godtroende tinglyst aftaleerhverver uvedkommende.
- Retsgrundlaget for gyldighedsvirkningen er i overblik følgende:
  - § 27, stk. 1: alle rettigheder, særligt skøde;
  - § 27 a-c: transport på pantebreve (køb, pant).
- Den én gang døde indsigelse vågner ikke op igen – dvs. gyldighedsvirkningen gælder også til fordel for senere omsætningsled.
- § 27 ff. gælder ikke til fordel for udlægshavere mv. – de får ikke bedre ret end deres debitor (her: E).

24.2. Svage indsigelser mod E's adkomst

- E er tinglyst som ejer (adkomsthaver)
  - det skal godtroende aftaleerhververe (men ikke udlægshavere mv.) kunne stole på, jf. § 27, 1. pkt.
- Også selv om E har fået skøde via ugyldig handel
  - evt. narret ejendommen fra den tidligere ejer.
- K køber ejendom af E (og får sit skøde tinglyst)
  - ugyldigheden er K uvedkommende.
- P opnår pant fra E (og får sit pantebrev tinglyst)
  - ugyldigheden er P uvedkommende.

24.3. Stærke indsigelser mod E's adkomst

- Følgende stærke indsigelser rammer dog også den godtroende køber K el. panthaver P ("FUT"), jf. § 27, 2. pkt.:
  - falsk: E fik tinglyst sit skøde gennem falske dokumenter;
  - umyndighed: E fik skøde fra den tidligere ejer, der var mindreårig eller under værgemål;

— tvang: E fik sit skøde ved tvang mod den tidligere ejer ("voldelig kompulsiv tvang").

✍ Til gengæld: statskassen (dvs. Domstolsstyrelsen) hæfter på objektivt grundlag, TL § 31, 1. pkt.
— men skadelidte skal bevise tab og årsagsforbindelse, jf. *UfR 2016.1630 H (det falske realkreditpantebrev)*.
↬ muligheden for tilbagesøgning af det tab, et realkreditselskab R havde haft …
↬ ved at udbetale et låneprovenu på 2,4 mio. kr. på grundlag af falske pantebreve udstedt i en andelsboligforenings navn …
↬ var ikke tilstrækkeligt afklaret
↬ R havde derfor ikke bevist at have haft et tab …
↬ og der var heller ikke bevis for en årsagsforbindelse mellem falskindsigelsen og et eventuelt tab.

24.4. P1's pantebrev på afveje

✍ Situation: P1 er tinglyst som panthaver.

✍ P2 køber pantebrevet af P1 (eller får det som pant) – og dette tinglyses.

✍ Nu er P2 beskyttet mod andres ret til pantebrevet, jf. § 27 b:
— P1 havde solgt pantebrevet til Px (og fået pengene) – men det var ikke tinglyst;
— P1 havde pantsat pantebrevet til Px – men det var ikke tinglyst;
— P1 var mindreårig eller under værgemål – men det var ikke tinglyst (NB: her tæller umyndighed ikke som indsigelse).

24.5. E's svage indsigelser mod gælden

✍ E udsteder pantebrev til P1.

✍ P1 sælger pantebrevet til P2 (eller pantsætter det til P2) – og dette tinglyses.

✍ Nu mister E alle svage indsigelser (som han kunne fremføre mod P1, men som han nu ikke kan fremføre mod P2), jf. TL § 27 a, stk. 1 og § 27 c:
— sælgerpantebrev: E har mangelindsigelser mod P1 fra købet af ejendommen (taget er utæt);
— lånepantebrev: E fik ikke låneprovenuet af P1 (P1 snød ham);
— begge typer: E har allerede indfriet gælden – men dette er ikke blevet tinglyst.

24.6. E's stærke indsigelser mod gælden

✍ Følgende stærke indsigelser hos E bevares – også over for den godtroende P2 (thi "FUT" – falsk, umyndighed, tvang), jf. § 27 a, stk. 2:
— falsk: P1 forfalskede E's underskrift på en fuldmagt og oprettede og lyste derved pantebrevet til P1;

- umyndighed: det var E, der underskrev pantebrevet til P1, men E var mindreårig (utinglyst/tinglyst) eller under værgemål (tinglyst) (her kan umyndighed gøres gældende);
- tvang: det var E, der underskrev pantebrevet til P1, men E blev tvunget til det under trusler om vold.

✍ Til gengæld: statskassen hæfter, TL § 31, 2. pkt.

> Giv mindst to eksempler på, at man i god tro skal kunne stole på det, der er tinglyst. Giv dernæst mindst to eksempler på, at god tro ikke er til nogen hjælp.

24.7. Kan man gøre noget for at forebygge ekstinktion?

✍ Situation:
- nogen har indsigelser mod den (E), der nu er tinglyst (eller ved at blive tinglyst) som ejer;
- hvad gør man for at hindre, at andre (E2, P etc.) opnår ekstinktiv erhvervelse?

✍ Tre praktiske muligheder:
- indsigelse inden tinglysning (indsigelsen lyses), § 15, stk. 2;
- kære til VLR (kæremålet lyses), § 36;
- stævning om sagen (stævningen lyses), § 12 (*UfR 2001.1045 H* – H's skøde til M, finansieringsselskabets indsigelse).

Kapitel 25

Underpant – nærmere om begrebet

25.1. Begrebsforskel fra håndpant

- Håndpant – rådighedsberøvelse kræves
  - og dermed automatisk "specifikation".
- Underpant
  - "abstrakt" specifikation (i et pantebrev);
  - specifikation med henblik på senere identifikation (i fyldestgørelsesfasen).
- Hvilke formuegoder kan man få tinglyst underpant i?
  - fast ejendom, TL § 1;
  - biler mv., TL § 42 d;
  - andelsboliger, TL § 42 j;
  - bestemte løsøregenstande, TL § 47;
  - driftsmateriel mv. fra lejede lokaler, TL § 47 b, stk. 2;
  - varelager, udestående fordringer, immaterialrettigheder, goodwill etc.: virksomhedspant, TL § 47 c;
  - udestående fordringer: fordringspant, TL § 47 d;
  - siden september 2009:
    - også pant i et pantebrev (fast ejendom etc.) …
    - skal tinglyses;
    - dvs.: nu underpant i stedet for (tidligere) håndpant i et dokument), TL § 1.

25.2. Hvad er genstanden for underpant?

- Tilfælde, hvor kun **underpant** er muligt – fast ejendom:
  - ejendom på egen grund,
  - bygning på lejet grund, TL § 19,
  - eksempler: fremmedfinansieret svinestald, vindmølle, marina etc.,
  - kan kræve oprettet særskilt blad allerede ved købet af bygningen …,
  - dvs. ikke blot når man evt. pantsætter denne, jf. *UfR 2009.1282 V*.

- Tilfælde, hvor kun **håndpant** *tidligere* var muligt: fordringer – men hvor udviklingen har overhalet dette …
  - Ho. forbud mod § 47-pant i fordringer;
    - TL § 47, stk. 4. Omsætningspapirer, simple gældsbreve og andre fordringer kan ikke pantsættes ved tinglysning af pantebrev efter de i stk. 1 og 2 givne regler.
  - U-1: pantebrevsformularen, post 5 (pant i ejendommen medfører pant i evt. lejeindtægt);
    - o.k. iflg. *UfR 1989.133 H*:
    - "… når væsentlige praktiske hensyn taler derfor";
    - kreditforeningens pant i lejen fra indkøbscenteret ved Herning, *UfR 1997.611 V*.
  - U-2: fordringspant, jf. TL § 47 d;
  - U-3: virksomhedspant, der også omfatter pant i fordringer, jf. TL § 47 c;
  - U-4: pant i pantebrev, TL § 1.

25.3. Specifikationskravets konsekvenser

- **Hvor** specifikt? – fx en maskine, en båd, nogle mink
  - "københavnerskolen" (*Vinding Kruse*);
  - "århusskolen" (*Illum*);
  - nyere retspraksis: *UfR 1996.1 V (mink)*, "født i tidsrummet …", kønsangivelse? nej, ville slå mange af dem ihjel; specificere så godt som muligt.
- Fast ejendom
  - matr.nr. (ellers: beskrives bedst muligt);
  - på lejet grund, TL § 19.
- Andelsbolig
  - ejendommens matr. nr. + lejlighedsnr. etc.
- Bil mv.
  - reg.nr. + stelnr.
- Pant i en "ægte" immaterialrettighed
  - patent, varemærke etc.: TL § 47;
  - EU-varemærke: Kun hos Harmoniseringskontoret i Alicante, dvs. ikke § 47-pant, jf. forordning nr. 40/1994.
- Pant i en "uægte" immaterialret – goodwill
  - *UfR 1993.392 H (tandlæge i egen ejendom)*;
  - *UfR 1993.857 H (tandlæge i lejet ejendom)*;
  - kan varemærke medpantsættes? ja;
  - er varemærke også automatisk medpantsat? *UfR 1993.543 V*: ja – temmelig vidtgående;
  - NB: virksomhedspant omfatter også goodwill og diverse immaterialrettigheder! TL § 47 c.

- Domænenavne – TL § 47 eller gbl. § 31?
  - dvs.: underpant eller håndpant?
  - skal formentlig betragtes som løsøre, derfor: TL § 47;
  - kan derfor fx medpantsættes sammen med § 47-pant i goodwill
  - jf. *Mads Bryde Andersen* i UfR 2003 B s. 187 f.;
  - NB igen: Virksomhedspant omfatter også domænenavne!
- Kan man få tinglyst underpant i "tingsindbegreb"? – fx driftsmateriel, driftsinventar, varelager
  - som Ho. forbudt i Danmark, TL § 47 b, stk. 1 …
    - hvorfor ikke tilladt? fordi når specifikation ikke er mulig, er senere identifikation heller ikke mulig;
    - klassisk løsning herpå: må i stedet håndpantsætte dem, thi herved fremtvinges "specifikation".
  - U-1: underpant i accessorisk driftsmateriel mv. fra pantsætters egen ejendom, TL § 37;
  - U-2: underpant i accessorisk driftsmateriel mv. fra fra pantsætters lejede ejendom, TL § 47 b, stk. 2;
  - virksomhedspant i driftsmateriel, varelager mv., TL § 47 c.

Nævn mindst fem forskellige typer af formuegoder, som man kan få tinglyst § 47-underpant i, og hvordan du i pantebrevet vil specificere pantet.

Kapitel 26

Virksomhedspant og fordringspant

26.1. Virksomheds- og fordringspant; pantsætningsforbud

- Virksomhedspant – TL § 47 c.
- Fordringspant – TL § 47 d.
- Underpantsætnings-forbud – "*negative pledge*", TL § 43, stk. 2
  - kan bruges til at hindre underpant i …
    - en enkelt ting, § 47;
    - driftsmateriel i virksomhed fra lejede lokaler, § 47 b, stk. 2;
    - virksomhedspant, § 47 c;
    - fordringspant, § 47 d.
  - skal angive, hvem der er påtaleberettiget – skal jo gerne kunne aflyses igen;
  - sikrer naturligvis kun mod underpant, ikke mod udlæg eller konkurs.

Hvorfor kan et pantsætningsforbud være interessant? Hvorfor ikke blot få pant?

26.2. Virksomhedspant kan omfatte følgende – TL § 47 c, stk. 3

- Overskriften i § 47 c er: …
  - "…hvad virksomheden ejer og fremtidigt erhverver".
- Simple fordringer fra salg – af varer, af tjenesteydelser
  - dvs. et virksomhedspant har også et "fordringspant" i sig;
  - slipper for individuel denuntiation af debitorer efter gbl. § 31.
- Lagre af råvarer – halvfabrikata og færdigvarer ("varelager")
  - slipper for nøglepant eller anden form for håndpant med rådighedsberøvelse.
- Fabriksnye, uregistrerede biler – bilbogsaktiver
  - dvs. en hjælp til finansiering af bilforhandlere
  - jf. nærmere *Erik Werlauff* i Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2006 s. 326 ff.

- — før 1. juli 2013:
  - så snart bilerne var registreret i Køretøjsregisteret (tidl. Motorregisteret), var sikringsakten: Bilbogen.
- — fra 1. juli 2013:
  - hvis v-pantsætteren driver virksomhed med køb og salg af køretøjer (bilforhandlere) …
  - eller hvor køb/salg af køretøjer indgår som en betydelig del af virksomheden (udlejning, leasing mv.) …
  - omfattes de af v-pantet (en hjælp til finansiering af disse brancher) …
  - også efter at de er registreret;
  - salg af bilen vil som Ho. være = udskillelse ifølge regelmæssig drift;
  - individuelt bilbogspant er dog fortsat også muligt.

- Driftsinventar og driftsmateriel
  - — men ikke hvis dette er knyttet til pantsætterens egen ejendom, …
  - — for så gribes det af TL § 37, jf. nedenfor.

- Immaterielle rettigheder – dvs. "intellektuel ejendomsret"
  - — registrerede rettigheder: domænenavne, patent, varemærke, brugsmodel, design, mønster;
  - — uregistrerede rettigheder: goodwill, ophavsret;
  - — slipper for individuelt § 47-løsørepant i hver af disse.

- Virksomhedspantet kan begrænses – til én eller flere af disse kategorier (afkryds).

- Virksomhedspant – et "flydende" pant
  - — dvs. det er ikke til hinder for udskillelse i henhold til regelmæssig drift (U: fordringer må ikke udskilles);
  - — svarer til systemet efter § 37 og § 47 b, stk. 2 (samt *konsignation* og *confirming*);
  - — pantsætter må ikke foretage "*asset stripping*";
  - — hvis der alligevel udskilles massivt …
  - — er god henholdsvis ond tro hos erhververen er afgørende for, om der sker vindikation henholdsvis ekstinktion af virksomhedspantsætterens rettigheder.

> Hvorfor er virksomhedspant et "flydende pant", og hvilke ulemper er der ved dette for panthaveren?

26.3. Virksomhedspant kan ikke omfatte følgende – TL § 47 c, stk. 4

- § 37-driftsmateriel i en pantsat ejendom
  - — uanset tidsprioritet;
  - — dvs. virksomhedspant viger altid for pant i ejendommen.

- Andele i andelsboligforening
  - dvs. muligheden for særskilt tinglysning i andelsboligbogen …
  - fortrænger muligheden for virksomhedspant.
- Skibe på 5 bruttotons eller mere (+ tilbehør)
  - thi særligt Skibsregister hertil.
- Fly (+ tilbehør)
  - thi særligt Luftfartøjsregister hertil.

26.4. Virksomheds- og fordringspant – hvordan gøres det?

- Skal være en virksomhed – ligesom efter TL § 37 og § 47 b, stk. 2
  - retsformen er underordnet, også fx et I/S.
- Ejerpantebrev kan anvendes – siden 1. juli 2013
  - før da: kun skadesløsbrev;
  - ejerpantebrevet kan pantsættes sekundært;
  - der kan godt tinglyses flere kreditorer iht. samme pantebrev, *UfR 2007.93 V*.
- Skal tinglyses – Tinglysningsretten, Hobro.
- Se nærmere – *Michael Flindhardt:* Virksomhedspant – samarbejde bygger bro mellem sikkerhedsrettigheder (2014).

26.5. Fordringspant – § 47 d

- Både nuværende og fremtidige fordringer …
  - hidrørende fra salg af varer eller tjenesteydelser.
- Kun simple fordringer – dvs. ikke negotiable fordringer, fx pantebreve.

> En klient ønsker oplyst de 5 vigtigste ting ved virksomhedspant, og tilsvarende om fordringspant. Hvilke vil du nævne efter hukommelsen?

26.6. Nærstående må ikke sikres – misbrugsrisiko

- Kun til fordel for "pæne" kreditorer – reelt: banker, finansieringsselskaber, factoring etc.
- Må ikke være instrument til "selvbåndlæggelse"
  - fx via pantsikrede familielån mv.;
  - parallel vedrørende "selvbåndlæggelse": møbellån.
- Pantsætter og panthaver må derfor ikke være nærstående – defineret som i konkurslovens (KL) § 2 …
  - i så fald er pantet "uden retsvirkning", dvs. ugyldigt;
  - nærstående defineres som efter KL § 2, dvs. også selskab og hovedaktionær mv.;

- hvis de efterfølgende bliver nærstående …
- fx fordi en nærstående har kautioneret og nu 1) indfrier kreditor og 2) indtræder i pantet (subrogerer) …
- er pantet gyldigt, men det fastfryses:
  - ingen fremtidig ny gæld under dette pant;
  - ingen fremtidige nye aktiver under dette pant.

26.7. Udlæg kan få forrang for virksomhedspant

Virksomhedspant viger for udlæg – TL § 47 c, stk. 5

- både udlæg foretaget af offentlige og private kreditorer …
- forudsat at udlægshaver giver meddelelse til panthaver senest 3 hverdage efter udlæggets foretagelse;
- han kender jo panthavers identitet fra Tingbogen, thi der må være tinglyst et skadesløsbrev;
- panthaver stilles da i en valgsituation:
  - vil han gøre en evt. forfaldsklausul i pantebrevet gældende – og dermed realisere det pantsatte?
  - eller vil han tåle udlægget (som da forfølges til tvangsauktion mv.)?
  - eller vil han betale udlægshaver og få udlægget fjernet?

26.8. Konkurs mv. – virksomhedspanthaveren skal bidrage

Virksomhedspant fastfryses ved konkurs mv. – TL § 47 f

- gælder både virksomhedspant og fordringspant;
- gælder ved konkurs, betalingsstandsning, tvangsakkord og gældssanering;
- pantet omfatter da kun de daværende aktiver (fastfryses);
- ikke fremtidigt erhvervede aktiver;
- årsag: disse nye aktiver skal kunne bruges til at finansiere insolvensbehandlingen;
- ved betalingsstandsning kan nyt virksomhedspant stiftes;
- kan være med til at "finansiere" betalingsstandsningen;
- men det gamle skadesløsbrev kan ikke genbruges.

Virksomhedspanthaver skal "bidrage" til konkursen – KL § 27, stk. 3

- bidrager med indtil 50.000 kr. til boomkostninger;
- skal være klar til at stille sikkerhed (bankgaranti) herfor;
- dette er prisen for at "spise" forlods af alle væsentlige aktiver;
- dog subsidiært i forhold til konkursrekvirentens hæftelse;
- er der tinglyst flere virksomhedspanter …
- hæfter disse panthavere solidarisk …
- og indbyrdes i forhold til værdien af deres pant;
- er et virksomhedspant aflyst inden for 2 år før fristdagen …
- hæftes der som angivet her! (U: dog ikke, aflysningen var "ordinær", jf. *UfR 2011.709 Ø*, hvor v-panthavers kreditfaciliteter hos banken var bortfaldet mere end 2 år før konkursen).

- Hvordan fyldestgøres virksomhedspanthaveren – ved pantsætterens konkurs?
  - udg.pkt.: husk, det er et **under**pant, ikke **hånd**pant;
  - dvs. panthaver er fyldestgørelsesmæssigt afhængig af boet med henblik på realisation …
    - U: pantsatte fordringer
      - hvad enten de er pantsat via fordringspant …
      - eller som en del af et virksomhedspant;
      - thi *her* har pantet karakter af et **hånd**pant;
      - har derfor stilling som separatist, KL § 91;
      - dvs. kan selv kræve tvangsauktion …
      - eller der kan være aftalt underhåndssalg.

> Forklar, hvilken balance der er mellem på den ene side virksomhedspanthaverens og på den anden side en udlægshavers og et konkursbos ret. Gennemgå det samme i relation til fordringspant og uddyb forskellene.

26.9. Andre rettigheder i konflikt med virksomhedspant

- Virksomhedspant får virkning, når aktivet er "erhvervet"
  - se fx om konflikt med håndpant i et varelager, der også v-pantsættes: *UfR 2012.1554 V*
    - håndpantet får virkning, når der er sket rådighedsberøvelse;
    - v-pantet får virkning, når det er tinglyst, og varen er erhvervet;
    - den ene pantsætningsform er ikke stærkere end den anden;
    - dvs. varer, der var håndpantsat (m/ rådighedsberøvelse), da v-pantet blev tinglyst, er primært håndpantsat, sekundært v-pantsat;
    - varer, der blev købt af virksomheden i udlandet, var "erhvervet", senest når de var emballeret og pakket i containere til virksomheden.
- Forholdet mellem underpant og virksomhedspant – fra 1. juli 2013
  - hvis underpant i løsøre og motorkøretøjer tinglyses senest ved v-pantsætters erhvervelse af løsøret/bilen …
  - skal v-panthaver respektere underpantet;
  - dvs. tinglyses det individuelle pant senere end erhvervelsen …
  - får det allerede tinglyste v-pant forrang.

26.10. Tinglig sikring gennem ejendomsret – leasing

- Uopsigelighed?
  - leje, operationel leasing – kortløbende, ofte opsigelig;
  - finansiel leasing – længereløbende, oftest uopsigelig, *UfR 2005.3325 H (Scandia)*.

- Trepartsforholdet – lighedspunkter med *confirming*-kredit, jf. foran
  - virksomheden ville selv have købt …
  - men nu køber leasingselskabet (leasinggiveren) …
  - og leaser aktiver til leasingtageren;
  - i stedet for to parter: leverandør og virksomhed (bruger) …
  - har vi derfor tre parter: leverandør; leasingselskab (der køber og udleaser) samt virksomhed (der leaser i stedet for at købe).
- Leasingydelsen og dens skjulte bestanddele
  - en indkalkuleret grundrente + "afdrag" + margin (*spread*) = leasingydelse;
  - løbetid, fx 5-6 år;
  - valuta – kan ofte vælges frit af leasingtageren, ligesom valgfriheden hos en låntager …
  - men leasingtageren bærer jo så også valurakursrisikoen;
  - leasingaftalen kan indeholde et beløb til refinansiering af en tidligere leasingaftale (restgæld), jf. *UfR 2012.177 H* …
  - men skal tydeliggøre dette, jf. *Morten Schwartz Nielsen* i ET 2012 s. 119 ff.
- Hvem ejer leasinggenstanden?
  - juridisk anskuet: leasingselskabet
    - civilretligt (aftaleretligt, tingligt, fogedretligt, insolvensretligt m.v.);
    - leasinggenstanden kan tages tilbage ved en umiddelbar fogedforretning …
      - også selv om leasingtageren ikke længere er i besiddelse af den, jf. *UfR 2012.3467 Ø* (retlig interesse i formel indsættelse i besiddelsen).
    - også skatteretligt.
  - økonomisk anskuet: leasingtageren
    - både ved egne økonomiske kalkuler …
    - og også regnskabsretligt (når det er finansiel leasing).
- Risiko for skader, tyveri m.v.
  - teoretisk udgangspunkt:
    - DL 5-7-1 …
    - dvs. leasingtageren kun ansvarlig for skade, der skyldes hans culpa.
  - men i praksis aftales der forsikringspligt …
    - dvs. at risikoen overvæltes på leasingtageren …
    - som dermed er objektivt ansvarlig for at tegne en forsikring, der dækker.
- Hvem hæfter for reparation af det leasede
  - *UfR 2003.2607 Ø (bussens nye motor)*
    - ingen legitimation hos leasingtageren til at forpligte leasingselskabet …
    - men berigelsesgrundsætningen blev konkret anvendt …
    - thi havde han ikke ladet ny motor installere …
    - måtte leasingselskabet selv have gjort det.
- Hvis leasingtageren sælger det leasede – vindikation
  - ejendomsretten er jo hos leasingselskabet;
  - derfor også vindicere fra godtroende køber;

- jf. fx *UfR 2004.1196 Ø (Nordania og den leasede kassevogn)*;
- U: hvis der skabes legitimation for leasingtageren …
  - ved at udlevere ham både del 1 og 2 af den to-delte registreringsattest, jf. *UfR 2011.1235 V*;
  - jf. princippet i *UfR1972.746 H og UfR 1975.381 H (Swanedommene)*;
  - leasingselskabs 4-årige tøven med tilbagetagelse af leaset trailer: *UfR 2014.1061 Ø* – i mellemtiden solgt til godtroende køber, som derved ekstingverede leasingselskabets ejendomsret
  - sælges bilen til en forhandler, bør denne iflg. branchekutyme spørge leasingselskabet, om leasingtageren har fuldmagt til at sælge bilen, jf. *UfR 2013.1595 V (den leasede lastbil)*
  - i *UfR 2015.1290 H* ekstingverede en professionel køber ikke leasingselskabets ejendomsret, selv om leasingtageren havde fået udleveret både del 1 og 2 af reg.attesten

✍ Tillægsaftaler under hånden med leverandøren – binder ikke leasingselskabet
- *UfR 2004.1751 H (Øster Nykirke Skole og Telia Finans)*;
- hvis der er identitet mellem leverandør og leasingselskab …
- fx samme selskab – eller koncernforbundet.

> Hvordan viser trepartsforholdet sig ved leasing? Hvordan kalkuleres leasingydelsen?

26.11. Sale-and-lease-back

✍ Fast ejendom – *sale-and-lease-back*
- tingligt – leasingselskabets tinglise sikring:
  - tinglysningen skaber tinglig ret for leasingselskabet …
  - også ved *lease-back*, jf. TL § 1;
  - derfor intet tingligt problem.
- lejeretligt – leasingtageren mod leasingselskabet:
  - kan leasingtageren gøre misforholdsleje gældende?
  - erhvervslejelovens § 13, stk. 7: der skal tages hensyn til, om det er *sale-and-lease-back*;
  - desuden: *UfR 1999.401 H (Scandic)* – respekterer, at leasing er en særegen finansieringsform (her: hotellet med alt tilbehør; skræddersyet efter leasingtagerens ønske).
- køberetligt – leasingselskabet mod leasingtageren (der også var sælger):
  - evt. køberetlig indsigelse …
  - hvis leasingtageren bruger lejelovgivningen til at få nedsat lejen.

✍ Løsøre – *sale-and-lease-back*
- tingligt – leasingselskabets tinglige beskyttelse:
  - er der risiko for en analogi fra praksis om "møbellån"?

- dvs. at leasingforholdet omkvalificeres, således at det er et lån uden sikkerhed?
- kun hvis "leasingkontrakten" reelt er et kreditforhold;
- jf. *UfR 2007.1184 H (Fogdal Biler A/S)*
  - solgte 3 biler til DaimlerChrysler, der leasede dem tilbage til Fogdal – som gik konkurs;
  - hvem tilhørte bilerne: DaimlerChrysler eller boet?
  - HR (modsat ØL): Boet! Thi ikke et reelt leasingforhold …
  - men et arrangement, der måtte sidestilles med pantsætning (uden sikringsakt) til sikkerhed for et lån;
  - forskel fra "rigtig" finansiel leasing:
  - HR: "De var udstillet, dvs. ikke blot blikfang, men til salg!";
  - dvs. forudsætningsvis o.k. fra HR til "ægte" finansiel *lease-back*.

Hvorfor mistede leverandøren den tinglige ret over nogle af bilerne i sagen om Fogdal biler? Er dette et grundskud mod *sale-and-lease-back*, eller …?

26.12. Misligholdelse

- Leasingselskabets misligholdelse – sjældent forekommende
  - mangelbehæftet leasinggenstand kan teoretisk udgøre misligholdelse fra leasingselskabets side …
  - men i praksis er der normalt en *cut-off* klausul i leasingkontrakten …
    - hvorefter manglen ikke kan gøres gældende over for leasingselskabet;
    - leasingtageren indtræder efter klausulen i leasingselskabets køberetlige mangelkrav mod leverandøren …
    - og leasingtageren har både ret og pligt til at forfølge dette krav;
    - det indvundne skal bruges til at reparere leasinggenstanden …
    - og leasingtageren har ikke yderligere krav;
  - er denne klausul bindende for leasingtageren? ja;
    - U-1: leasingselskabet er selv leverandør;
    - U-2: et selskab koncernforbundet med leasingselskabet er leverandør;
    - U-3: identifikation på helt konkret, andet grundlag, jf. *UfR 1984.1032 Ø (hard- og software til ejendomsmægleren)*: bundet via realitetsforhandling med ham.
- Vanhjemmel – leasingselskabet ejer ikke genstanden (sjældent forekommende)
  - leasingtageren kan naturligvis hæve;
  - jf. *UfR 2007.3061 H (Ellebæk Kirkes kopimaskine)*.
- Leasingtagerens misligholdelse – noget oftere forekommende
  - tingligt – leasingselskabets ret til det leasede
    - tilbagetagelse af leasinggenstanden ved umiddelbar fogedforretning …

- oftest uden at skulle bekoste eller stille sikkerhed for reparation af ejendommen, jf. *UfR 2012.2185/2 V (G4S' udlejede alarmanlæg)*.

↬ separatist i leasingtagerens konkursbo …,
↬ thi ejendomsret, jf. KL § 82: "Hvad der tilhører tredjemand … udleveres til [denne]";
↬ et lærerigt eksempel: Sterlings konkursbo …
- afsluttet marts 2009 – uden dividende til simple …
- og kun lidt dividende til privilegerede (LG mv.) …
- hvorfor? samtlige fly var leasede …
- dvs. ingen frie aktiver.

— aftaleretligt – leasingselskabets ret til erstatning
↬ leasingselskabet har krav på positiv opfyldelsesinteresse;
↬ erstatning: nutidsværdien af leasingkontrakten …
↬ er ofte detaljeret reguleret i kontrakten;
↬ hvis leasingtager er gået konkurs …
↬ anmelder leasingselskabet kravet i boet …
↬ og får evt. dividende heraf.

— kautionsretligt – en hovedaktionær mv. hæfter måske
↬ hvis leasingtager er et (svagt) selskab med en hovedaktionær …
↬ kan der evt. være en leasingkautionist, fx hovedaktionæren;
↬ han kautionerer da for den positive opfyldelsesinteresse;
↬ kan evt. blive et meget stort beløb.

> Hvorfor anmodes der om leasingkaution? Hvordan opgøres kautionsbeløbet, hvis kautionen bliver aktuel? Hvordan opgør leasingselskabet sit krav i leasingtagerens konkursbo?

26.13. Diskontering af leasingkontrakten

Leasingselskabets finansieringsbehov – kan evt. tilgodeses gennem salg eller pantsætning af leasingkontrakten
— mellem leasingselskabet som sælger og panthaver hhv. køber anvendes alm. obligationsretlige grundsætninger;
— leasingaftalen eksisterer ikke:
↬ objektiv hæftelse herfor;
↬ jf. analogien til gbl. § 9 (*nomen esse verum*).
— leasingtager kan ikke betale:
↬ kun ansvar herfor, hvis …
- indestået herfor (kaution) eller
- handlet culpøst (forsømt loyal oplysningspligt ad sin viden om leasingtagerens øk. Forhold).

↬ jf. analogien til gbl. § 10 (*nomen esse bonum*).

- det leasede eksisterer ikke:
  - dette er en væsentlig, hævebegrundende mangel ved den overdragne leasingkontrakt;
  - jf. *UfR 2014.116 H (Fortis Lease Danmark A/S)*.
- NB.: siden 1. juli 2013 kan leasingselskabet pantsætte sin bilpark gennem virksomhedspant, jf. foran. Factoring – med eller uden fordrings-/virksomhedspant.

26.14. Factoring – forskellige typer

Forskellige varianter af factoring
- K1 er den virksomhed, der har solgt varer eller tjenesteydelser;
- D er køberen, som nu skylder købesummen;
- K2 er det factoringselskab eller den bank, der factoring-finansierer K1.

Køb af fordring **uden** K2's regres mod K1 vedrørende D's betalingsdygtighed ("bonitet") – *forfaiting*
- fordringen transporteres af K1 til K2 til eje;
- og parterne holder fast ved hovedreglen i gbl. § 10 …
- dvs. K1 indestår ikke K2 for D's betalingsdygtighed;
- købskurs: fx 90-95.

Køb af fordring **med** K2's regres mod K1 vedrørende D's betalingsevne
- også her: transport til K2 til *eje*;
- men parterne fraviger nu hovedreglen i § 10 …
- dvs. nu "indestår" K1 over for K2 for D's solvens;
- hvilken "indeståelse"?
  - husk, at ordvalget "… transporterer skadesløst …" er nok – dermed er K1 kautionist over for K2;
  - købskurs: normalt højere end nævnt foran.

Belåning af fordring
- K1 overdrager fordringen mod D til K2 til sikkerhed;
- belåningsgrad fx 80 pct., dvs. sikkerhedsmargin for factor: 20 pct.

Andre (væsentlige) ydelser fra factoringselskabet – dvs. andet end "kun" køb eller belåning af fordringen:
- administration af udestående fordringer;
- debitorstyring;
- soliditetskontrol af D før salg til ham;
- debitor-"forsikring", dvs. factoringselskabet K2 kautionerer/garanterer over for virksomheden K1 for D's betalingsdygtighed.

26.15. Factoringkundens køber/debitor, D, har indsigelser eller modkrav

- D har modkrav vedrørende **denne** fordring – gbl. § 27, thi konnekst modkrav
  - situation: D har mangelskrav mod K1 fra dette køb …
  - da dette modkrav er konnekst, skyldes kun nettobeløbet;
  - en fordring på 100 overdrages af K1 til K2;
  - K2 afkræver D de 100 …
  - men D har mangelindsigelser for 20 …
  - og skal derfor kun betale 80 til K2;
  - K2 har regres for de 20 mod K1, jf. gbl. § 9.

- D har modkrav vedrørende **andet** – gbl. § 28, thi ukonnekst modkrav
  - situation: D har mangelskrav på 20 fra et tidligere køb;
  - i forhold til K1 kunne de 20 fradrages, jf. gbl. § 1 …
  - men i forhold til K2 indskrænkes modregningsadgangen:
  - de 20 kan kun modregnes, hvis …
    - modkravet på de 20 opstod, før D fik underretning om overdragelsen fra K1 til K2, og
    - D's modkrav forfalder før eller samtidig med forfaldstiden for hovedkravet på de 100.
  - eller udtrykt kort: D kan over for K2 kun modregne et ældre, forfaldent modkrav.

- **Hvornår** er der konneksitet?
  - illustreres godt af *UfR 2011.1267 H (Vestlax)*
    - Vestlax solgte lakseportioner til Royal Greenland;
    - overdrog fakturaerne til DnB NOR Bank;
    - Vestlax gik konkurs – og ifaldt erstatningsansvar over for Royal Greenland for brud på leveringsaftalen;
    - første kategori af fakturaer:
      - levering aftalt 15. april for perioden fra 1. maj og et halvt år frem;
      - leveringer herefter var (ubestridt) konnekse;
      - derfor modregning efter § 27.
    - anden kategori af fakturaer:
      - leveringer forud for fornyelsen;
      - HR: havde udviklet sig til en samhandelsaftale med løbende fornyelse;
      - derfor konneksitet, i hvert fald for leverancer kort før fornyelsen;
      - derfor modregning "uden de begrænsninger, som følger af princippet i gbl. § 28" …
      - dvs. også her modregning efter gbl. § 27.

- Hvis D **har** betalt til K2 – gbl. § 27 hjemler ikke tilbagesøgning
  - situation: D har allerede betalt til K2 …
  - men finder nu ud af, at § 27 kunne have beskyttet ham mod at skulle betale …
  - kan D så bruge § 27 som hjemmel til at søge det betalte tilbage fra K2?
  - nej, siger *UfR 2011.3188 H*
    - tilbagesøgning må støttes på andet retsgrundlag …
    - fx reglerne om *condictio indebiti* …
    - dvs. reglerne om tilbagesøgning af beløb erlagt i urigtig formening om skyld;
    - se om dommen *Allan Caspersen* i UfR 2013 B s. 438 ff.

26.16. Kan D se bort fra (negligere) transporten? – også relevant ved fordringspant

- Kundens (D's) ret til at "negligere" transporten – princippet bag rpl. § 511, stk. 3
  - situation: det krav mod D, som K1 har overdraget til K2 …
  - er ikke (fuldt ud) opstået endnu …
  - thi et arbejde mv. skal først udføres/færdiggøres;
  - arkitektopgaven, konsulentydelsen, mægleropgaven, reklamebureauets opgave etc.;
  - K1's krav mod D er betinget – nemlig af, at opgaven færdiggøres
  - kan kravet overhovedet overdrages?
  - ja, alt kan overdrages …
  - ofte afviser factoringselskaber dog at belåne eller købe sådanne betingede krav – jf. factoringaftalen;
  - hvis det nu alligevel faktisk er belånt/købt:
    - når K2 da underretter D om transporten til K2 …
    - kan D med rette svare:
    - jeg må forbeholde mig (for at opgaven kan blive færdiggjort) at …
      - 1) forhandle om opgaven med K1;
      - 2) betale delvist til K1;
      - 3) betale det hele (alle 100) til K1 …
    - dette er D's "negligeringsret";
    - uden den mister K1 måske evnen og/eller viljen til at færdiggøre opgaven …
    - og D risikerer at skulle betale forud (til K2) for et arbejde mv., der ikke bliver udført.

26.17. Fremtidige fordringer (uproblematisk ved fordrings-/virksomhedspant)

- Rådighedsberøvelse forudsætter konkret specifikation
  - ellers er der risiko for "selvbåndlæggelse" …
  - nemlig hvis pantet i fordringen skal respekteres af K1's konkursbo eller udlægssøgende kreditorer …
  - men K1 selv reelt ikke er er bundet;
  - med dette forbehold: ja til pant i (eller salg af) fremtidige og betingede fordringer;
  - men husk igen D's negligeringsret, jf. ovenfor, dvs. K2 tager en risiko ved at belåne en betinget fordring;
  - og det må selvfølgelig ikke skjules over for K2, hvis kravet mod D er betinget …
    - jf. *UfR 2003.1264 H* (tårne til vindmøller) – belånt af producenten (= K1)
      - var ifølge aftalen med banken (= K2) "leveret eller leveringsklar";
      - men var reelt hverken helt eller halvt færdige!
      - køberne af tårnene (= "D") skulle derfor ikke betale …
      - og banken (K2) led derfor tab på belåningen – 1,4 mio. kr.;
      - producentens (K1's) direktører blev erstatningspligtige over for banken herfor.
- *UfR1994.7 V (Reklamebureauets løbende opgave)*
  - kravet om specifikation var opfyldt – transporten angik denne bestemte opgave;
  - kravet var betinget af opgavens udførelse …
  - dvs. kravet opstod, efterhånden som opgaven udførtes;
  - men dette var ikke til hinder for pant.
- *UfR 1994.104 V (Fiskeskipperens pant til Jyske Bank)*
  - her er vi på kanten af, hvad der kan tillades;
  - han pantsatte sine krav mod et fiske-A.m.b.a. på havnen …
  - men var ikke pligtig at lande sine fisk dér;
  - kunne altså vælge at lande dem et andet sted;
  - dvs. kunne vælge at skabe en indtægt, der var (eller ikke var) omfattet af bankens pant.

> Forklar, hvilke indsigelser D kan tænkes at have. Forklar dernæst, hvad D's negligeringsret er. Forklar endelig, om disse rettigheder er de samme ved fordringspant, ved virksomhedspant med pant i fordringer henholdsvis ved individuelt gbl. § 31-pant i fordringer.

26.18. Negativ moms og overskydende skat

- Også o.k. med transport i fremtidige krav mod det offentlige?
  - som udgangspunkt ja, jf. forudsætningsvis *TfS 2003.223 Ø*;
  - **men** siden 1999 nogle vigtige begrænsninger i overførligheden:
    - ingen transport i krav på overskydende skat, før indkomståret er udløbet jf. kildeskattelovens § 62, stk. 5;
    - ingen transport i krav på negativt momstilsvar, før kvartalet er udløbet, jf. opkrævningslovens § 13;
    - dvs. hvis fx en restaurant (K1) vil transportere forventet negativ moms til sin bank (K2) som en del af sit finansieringsgrundlag …
    - kan dette ikke ske én gang for alle …
    - men kun kvartalsvis bagud!

26.19. Husk mulighederne i *fordrings*pant

- Husk muligheden for fordringspant, TL § 47 d
  - enten som et egentligt fordringspant, § 47 d …
  - eller som en del af et virksomhedspant, § 47 c;
  - hermed pant også i fremtidigt opstående fordringer;
  - dvs. spørgsmålene foran om specifikation mv. bortfalder;
  - også spørgsmålet om rådighedsberøvelse mv. bortfalder …
  - thi dette er ikke håndpant, men underpant.
- Husk dog også nogle begrænsninger mv.
  - fordringerne kan ikke "udskilles ifølge regelmæssig drift af virksomheden", dvs. skal beholdes som aktiver i denne;
  - det kan kun være fordringer "hidrørende fra salg af varer og tjenesteydelser" …
  - dvs. ikke fx krav på negativt momstilsvar mv. fra SKAT, jf. ovenstående;
  - D's rettigheder består naturligvis uændret, selv om der vælges TL § 47 d (eller § 47 c) som pantsætningsform i stedet for gbl. § 31 – nemlig følgende rettigheder:
    - retten til ubetinget at modregne med konnekse modkrav, gbl. § 27,
    - retten til at modregne med ukonnekse modkrav, hvis betingelserne herfor i gbl. § 28 er opfyldt og
    - retten til helt eller delvis at ignorere ("negligere") transporten, jf. princippet bag rpl. § 511, stk. 3. Kaution

26.20. Kaution – begreb og terminologi

- Et løfte om at hæfte for en andens gæld.
- Trepartsforhold
  - debitor D skylder pengene til kreditor K;
  - og kautionisten KA indestår K for, at D betaler.

- Terminologi
  - kautionerer;
  - = indestår = garanterer = tilsikrer;
  - ved formelle k-dokumenter (fx bank) bruges ordet: kaution.
- KA giver normalt sit løfte direkte til K – typisk efter anmodning fra D
  - KA giver løftet til D, der transporterer det til K;
  - dette er upraktisk …
  - og der er risiko for indsigelser fra KA;
  - disse vil ramme K på objektivt grundlag …
  - jf. princippet i gbl. § 27 – K får ikke bedre ret, end D havde over for KA.

26.21. Retsgrundlaget for kaution

- Uskrevne grundsætninger om kaution
  - dvs. en retssædvane på lovniveau …
  - som til stadighed udvikles gennem domme …
  - og gennem kendelser fra Pengeinstitutankenævnet (PAN – www.pengeinstitutankenaevnet.dk).
- Nogle få skrevne regler
  - §§ 47-48 i lov om finansiel virksomhed (FVL);
  - bkg. om god skik for finansielle virksomheder, p.t. bkg. nr. 965 af 30. september 2009.
- Vigtig sondring i de skrevne regler
  - privatkaution: KA kautionerer uden for erhvervsforhold;
  - erhvervskaution: KA kautionerer i erhvervsforhold;
  - afgørende: om det er KA's erhverv eller ej;
  - dvs. *ikke* afgørende: om det er D's erhverv eller ej;
  - dvs. far, der kautionerer for landmandssøns kaution, er **privat**kautionist …
    - ↬ (U: hvis faderen selv er med i landbruget).

26.22. Praktiske eksempler på kaution

- Hovedaktionær kautionerer for sit A/S eller ApS – over for …
  - bank, der låner selskabet penge;
  - leverandør, der leverer til selskabet;
  - leasingselskab, der leaser maskiner til selskabet;
  - hovedaktionæren er privatkautionist.
- Moderselskab kautionererer for sit datterselskab
  - over for banken;
  - over for leverandør;
  - men måske kan M "slippe" med en støtteerklæring, jf. nærmere nedenfor;
  - moderselskabet er erhvervskautionist (eget erhverv).

- Forældrene kautionerer for sønnens banklån
  - de er privatkautionister …
  - også selv om sønnen låner penge til sit erhverv;
  - og de har særlige krav på beskyttelse, jf. nedenfor;
  - nogle banker har helt droppet at bede om familiekaution.
- Bank udsteder "bankgaranti" …
  - fx for en lejers pligter over for udlejeren;
  - for en købesums betaling;
  - for rekvirentens evt. erstatningsansvar under en forbuds- eller arrestforretning;
  - dvs. bankens garanti er en kaution – med banken som løftegiver/kautionist.

26.23. Hvordan afgives et kautionsløfte?

- Skriftlighedskrav?
  - Ho.: nej, også mundtlige løfter binder her, jf. DL 5-1-1;
  - U: privatkautionists kaution over for bank, FIL § 48, stk. 5;
    - "… skal være skriftlige for at kunne gøres gældende";
    - dvs. gyldighedskrav.
- I praksis er langt de fleste kautionsløfter skriftlige …
  - allerede af bevismæssige grunde;
  - en privatkautionist for bank- eller realkreditlån skal have særlig info, før han/hun skriver under;
  - skal informeres om indholdet og konsekvenserne af forpligtelsen, jf. godskik-bkg. § 20, stk. 2;
  - og kautionen må ikke "stå i misforhold til KA's økonomi", jf. § 20, stk. 1;
  - hvis disse forskrifter tilsidesættes:
    - kautionen kan blive ugyldig, jf. aftl. § 36;
    - og dette spørgsmål kan påkendes af PAN – thi privatkaution;
    - se *UfR 2010.1628 H* – uformuende forældres kaution for gårdejersøn nedsat fra 750.000 kr. til 350.000 kr., svarende til friværdien i deres hus.
- Da kaution er byrdefuld (og oftest ensidig) for KA – kræves der klarhed, for at KA kan anses for at være forpligtet
  - skoleindmeldelsesblanketten, *UfR 1992.162 V* – "forældrene kautionerer for skade" var ikke nok;
  - bibliotekshæftelsen for det stjålne lånerkort, *UfR 2002.925 Ø* – "brugeren hæfter for misbrug af kort" var ikke nok;
  - *UfR 2002.1464 H (datterselskabets flekshal)* – ordrebekræftelse: "M kautionerer" – var ikke nok;
  - underskrift "*personally and on behalf of*" selskab, *UfR 2004.2094 H* – var ikke nok til personlig hæftelse.

26.24. Tre typer: simpel, selvskyldner- og tabskaution

- Simpel kaution
  - dette er udgangspunktet …
  - når hverken ordene "selvskyldner…" eller "tabs…" er anvendt;
  - endog fx en bankgaranti – er kun en simpel kaution, når ordet "selvskyldner" ikke bruges;
  - KA skal betale, når D ikke kan betale, dvs. når D er insolvent;
  - D's insolvens kan dokumenteres gennem …
    - udtømmende fogedforretning – D afgiver insolvenserklæring i fogedretten (fogedens stempel: Insolvenserklæring);
    - D erklæres konkurs – må jo så være insolvent, jf. KL § 17, stk. 2.
  - romerretten udtrykte det således, at …
    - KA har "*beneficium ordinis*", dvs. "fordelen af rækkefølgen" …
    - dvs. vi skal først se, om D kan betale.

- Selvskyldnerkaution
  - forudsætter anvendelse af ordet "selvskyldnerkaution" eller "som selvskyldner" i overskrift eller tekst;
  - også en privatkautionist kan afgive selvskyldnerkaution …
  - og gør det meget ofte – banker forlanger næsten altid selvskyldner-, ikke blot simpel kaution;
  - trods ordet "selvskyldner" er KA ikke fuldt sideordnet D (dvs. anderledes end ved samdebitorer, gbl. § 2) …
  - først skal man se, om D faktisk betaler ved forfaldstid;
  - gør han ikke dét, skal KA betale;
  - dvs. insolvens hos D skal ikke dokumenteres;
  - hvis selvskyldnerkautionisten har underskrevet gældsbrev eller pantebrev …
  - kan der gøres udlæg hos ham på grundlag af dokumentet;
  - dvs. K skal ikke først have dom over ham …
  - jf. rpl. § 478, stk. 4;
  - lovteksten skal tages bogstaveligt – underskriften skal være på gældsbrevet, ikke på et særskilt dokument.

- Tabskaution
  - ordet "tabskaution" eller "for K's tab …" skal stå der i overskrift eller tekst;
  - herved er Kau.s pligt begrænset i to henseender …
  - han skal først betale, når tabet dokumenteres …
  - typisk gennem afslutning af D's konkurs;
  - og han skal kun betale **netto**tabet, ikke hele kautionsbeløbet;
  - en del bankgarantier er ved nærmere eftersyn "kun" tabskautioner …
  - dvs. endnu "svagere" (set fra K's synspunkt) end en simpel kaution.

- En tidslinje vil illustrere de forskellige kautionstyper – dvs. fsv. angår indtrædelsen af KA's ydelsestid
  - D betaler ikke: selvskyldnerkaution forfalder;
  - D kan ikke betale, dvs. insolvens dokumentere: simpel kaution forfalder;

— D kan ikke betale, og K's tab dokumenteres: tabskaution forfalder.

> Tegn den nævnte tidslinje og påvis, hvor på linjen de enkelte former for kautionsforpligtelser forfalder.

26.25. Anfordringskaution og -garanti

- "Anfordringskaution" (= anfordringsgaranti)
  - — en 4. type, som har sin helt egen ydelsestid;
  - — bruges typisk, hvor en bankgaranti ønskes gjort "ekstra stærk" – til fordel for K;
  - — banken er jo her KA, når den udsteder en garanti.
- Indeholder ordene "på anfordring"
  - — *on demand*, *auf erste Anforderung*;
  - — bruger ikke ordet "kaution", men "garanti" …
  - — men det er altså en kaution.
- Er ofte en leverandør/sælger-garanti – fx for 10 pct. af salgssummen
  - — det nøglefærdige mejeri i udlandet: entreprenørens garanti;
  - — levering af et brugsfærdigt mobiltelefonnet til en operatør udlandet: leverandørens garanti;
  - — salg af en kompleks maskinpark til udlandet: sælgerens garanti;
  - — parterne er: sælger, køber, bank (= kautionist);
  - — terminologi (eng.): *performance bond*.
- Kan dog også sagtens være rent danske forhold …
  - — hvor K blot har tænkt på at kræve en særlig stærk garanti;
  - — erhvervslejerens garanti over for udlejeren i lejeforholdet;
  - — virksomhedskøberens garanti for købesummen.
- Anfordringskaution har to meget stærke retlige egenskaber
  - — den forfalder på anfordring – analogt til gbl. § 5 om anfordringsgæld;
  - — den forfalder herved, *uden at det overhovedet er sikkert, at der skyldes noget* (er leverancen fx overhovedet mangelfuld?);
  - — hvor befinder den sig på tidslinjen, jf. illustrationen foran?
  - — hvor som helst, K aktuelt ønsker.
- Hvor meget skal en bank "advare", inden den følger en begæring om at udstede en anfordringsgaranti?
  - — *UfR 2012.2011 H (Micha A/S og Danske Bank)*
    - ⇝ Micha købte oprindelig på remburs fra Hongkong-firma;
    - ⇝ da utilfreds med for langsomme betalinger, bad Micha banken udstede "letter of credit" (havde fået teksten fra Hongkong-firmaet);
    - ⇝ dette gjorde banken – og senere led Micha tab pga. udbetalinger;

- skulle banken have gjort Micha opmærksom på, at man nu gik fra remburs til anfordringsgaranti?
- flertal i HR (3-2): nej, banken udstedte, hvad Micha bad om;
- mindretal i HR (+ 3 dm. i SHR):
  - burde have advaret …
  - da *standby letter of credit* var usædvanligt …
  - da banken selv jævnligt betegnede det som "remburs" …
  - og da Micha kunne være advaret ved et enkelt spørgsmål.

✍ Anfordringskaution kan i princippet misbruges af K …
- han kan trække uretmæssigt på garantien;
- han behøver jo typisk ikke at dokumentere, at han har noget til gode;
- mange (i udlandet) betragter anfordringsgarantien som en "rabat"!

✍ Til sikring mod uretmæssigt træk stilles der ofte en kontragaranti
- dvs. køberen stiller bankgaranti til sikring af sælgeren …
- mod køberens uretmæssige træk på anfordringsgarantien;
- kontragarantien er naturligvis ikke på anfordringsvilkår (ellers var man jo lige vidt, når begge kunne trække straks) …
- dvs. sælgeren skal først (gennem dom, voldgiftskendelse eller forlig) dokumentere …
- at køberens træk på anfordringsgarantien var uretmæssigt;
- kan sælgeren mon bremse køberens bebudede (uretmæssige) træk på anfordringsgarantien gennem fogedforbud?
  - som udgangspunkt ikke, jf. selve anfordringsgarantiens "retsnatur" …
  - men åbenbart uretmæssige træk (der nærmer sig til det svigagtige fra den trækningsberettigedes side) …
  - må kunne standses gennem fogedforbud;
  - hvor mange bankgarantier (samt bankernes eventuelle kontrasikkerheder herfor til banken) er der så i spil?
    - sælgerens anfordringsgaranti;
    - køberens kontragaranti;
    - sælgerens bankgaranti over for fogedretten for at få nedlagt fogedforbuddet;
    - det bliver dyrt.

Hvilken ret giver en anfordringskaution kreditor? Hvis du rådspørges i konciperingsfasen, hvordan vil du da eventuelt foreslå, at debitor sikres mod uretmæssigt træk på en anfordringskaution/garanti?

26.26. Varianter af kaution – samkaution, efterkaution og kontrakaution

- Alm. kautionist – jf. alle eksemplerne før.
- Samkautionister
  - kautionerer indbyrdes på lige fod over for K;
  - eksempler:
    - to hovedaktionærer kautionerer ligeligt for deres selskabs bank- el. leverandørgæld;
    - begge forældre kautionerer for sønnens banklån til hans gård;
    - de hæfter solidarisk, svarende til gbl. § 2 (jf. § 61);
    - hvordan deler de tabet, hvis deres kaution bliver effektiv?
    - hvis noget er aftalt mellem dem: dette gælder;
    - ellers: i forhold til deres kautionsbeløb …
    - dvs. hvis begge hæfter for det hele: dele tabet lige.
- Husk at skelne mellem samkaution og fleres selvstændige kaution
  - samkaution
    - begge/alle hæfter for det samme beløb, fx 100.000 kr., og som udgangspunkt solidarisk.
  - fleres selvstændige kaution
    - hver hæfter for sit eget beløb, fx 100.000 kr.;
    - dvs. to selvstændige kautionister hæfter for 2 x 100.000 kr.
  - *UfR 2011.3248 V*: om samkaution eller fleres selvstændige kaution, afgøres ved konkret fortolkning
    - da det ikke var bevist, at de havde påtaget sig at hæfte for hver 450.000 kr., dvs. i alt 900.000 kr. …
    - ansås de som samkautionister …
    - der solidarisk hæftede for de samme 450.000 kr.
- Efterkautionist
  - indestår for, at den alm. kautionist kan betale;
  - dvs. K skal først afkræve den alm. kautionist, dernæst kræve efterkautionisten;
  - hvornår kræve? afhænger af, om simpel eller selvskyldnerkaution (udgangspunkt: simpel; insolvens skal bevises);
  - eksempel
    - ung landmand driver gård som ApS;
    - ApS'et optager banklån;
    - han kautionerer for banklånet (= alm. kaution) …
    - og forældrene kautionerer for ham (= efterkaution).
- Kontrakautionist
  - kautionerer over for kautionisten …
  - dvs. sikrer kautionisten mod at lide tab på sin kaution;
  - hvornår skal kontrakautionisten betale?

- når kautionistens kaution blev effektiv …
- og pengene ikke kan hentes hos D …
- ligesom ved efterkaution kan også kontrakautionen være simpel eller selvskyldnerkaution;
- eksempel 1
  - dansk selskab (= D) låner penge hos bank i Lux.;
  - selskabets bank afgiver bankgaranti over for den lux. bank;
  - selskabet er D, lux.-bank er K, den danske bank er KA;
  - nu ønsker danske bank hovedaktionærens kaution …
  - dette er en kontrakaution – den sikrer kautionisten (= banken) mod at lide tab på sin kaution
- eksempel 2
  - dansk virksomhed S eksporterer varer til K i udlandet
  - K's bank i udlandet, B(U), udsteder bankgaranti til S
  - dansk bank, B(DK), udsteder garanti til B(U) for betalingen
  - jf. UfR 2014.1713 H

26.27. Hvordan kan kautionisten begrænse sin kaution?

Privatkaution til bank
- skal altid være kaution for en bestemt kredit med en bestemt hovedstol, jf. FIL § 48, stk. 4;
- eller for en bestemt kassekredit med et bestemt max.;
- dvs. aldrig privatkaution for "alt hvad D skylder eller kommer til at skylde" banken;
- "alskyldskaution" er forbudt her.

Erhvervskaution til bank, leverandør mv. …
- må godt være på alskyldsvilkår;
- fx moderselskab M's kaution over for datterselskab D's bank eller leverandør.

Selv om man kautionerer for hele kreditten på fx 1,0 mio. kr. …
- kan kautionen godt være begrænset …
- fx til 200.000 kr.;
- dvs. begrænset kaution.

Skal adskilles fra "fuld kaution for en del"
- her kautionerer man fx for de "rangførste" 200.000 kr. af en kredit på 1,0 mio. kr.;
- hvis man kautionerer for de "rangsidste" 200.000 kr. af en kredit på 1,0 mio. kr. …
- er man som kautionist fri, allerede når der kun skyldes 0,8 mio. kr.

Hvilken slags kaution er der mon så tale om i dette eksempel
- et selskab skylder banken 0,8 mio. kr.;
- det har nu behov for udvidelse af kreditten til 1,0 mio. kr.;
- hovedaktionæren indvilliger i at kautionere for 200.000 kr.;

- formulering nr. 1:
  - "… kautionerer for kreditten …, dog max. 200.000 kr.";
  - her er det blot beløbsbegrænset kaution;
  - dvs. så længe der overhovedet skyldes noget, skal han betale, dog max. betale de 0,2 mio. kr.
- formulering nr. 2:
  - "kautionerer for de rangsidste 0,2 mio. kr. af kreditten …";
  - her kautionerer han kun i intervallet 0,8-1,0 mio.;
  - dvs. fuld kaution for en del;
  - er gælden aktuelt på 0,8 mio. eller mindre, går han fri.
- derfor: rettidig omhu ved formuleringen! (men dette er naturligvis samtidig et forhandlingsspørgsmål mht., hvad K vil acceptere).

Forklar, på hvilke måder en kautionist kan få begrænset sin kaution, hvis dette kommer med i aftalen. Hvordan vil du udvise rettidig omhu ved formuleringen af denne beløbsmæssige begrænsning?

26.28. Helt eller delvist bortfald af kautionistens forpligtelse

- Mange PAN-kendelser – fritager privatkautionisten helt eller delvis.
- Oprindelige (tilblivelses)mangler ved kautionsløftet
  - manglende konkret info. om særlig risiko ved D's økonomi;
  - manglende generel info til privatkautionist om dét at kautionere, jf. FIL § 20, stk. 2 ("… informeret om indholdet og konsekvenserne af kautionsforpligtelsen");
  - manglende likviditetstilførsel som følge af kautionen;
  - dvs. der er en typeformodning imod, at man vil kautionere for ældre gæld;
  - kautionen skal normalt udløse ny kredit;
  - kan banken ikke bevise, at kautionisten vidste og accepterede kaution for gammel gæld …
  - bortfalder kautionsløftet ud fra "likviditetstilførsels-forudsætningen".
- Oprindelige (indholds)mangler ved kautionsløftet
  - hvis privatkautionists kautionsforpligtelse "står i misforhold til kautionistens økonomi";
  - god-skik-bkg. § 20, stk. 1 (+ aftl. § 36 – der dog ikke altid formelt medciteres af PAN);
  - kan føre til nedsættelse eller bortfald.
- Efterfølgende fejl fra bankens side – fx forsinket underretning
  - skal underrette erhvervskautionisten inden 6 mdr. efter misligholdelse af D's gæld til banken, FIL § 47;
  - hvis privatkaution: underrette inden 3 mdr., FIL § 48, stk. 1;

- men NB: ikke automatisk bortfald af (hele) kautionen pga. forsinket underretning;
- må bedømmes som følger:
  - privatkaution
    - banken mister kautionskravet på renter og afdrag i forsinkelsesperioden;
    - dvs. når underretning omsider gives …
    - regner man 3 mdr. tilbage …
    - kautionisten hæfter kun for det, som kreditten da ville være nedbragt til;
    - dvs. man lader, som om den aftalte nedbringelse og forrentning i forsinkelsesperioden har fundet sted, jf. FIL § 48, stk. 2.
  - både erhvervs- og privatkaution
    - hvis KA kan bevise, at hans regreskrav mod D er forringet pga. forsinkelsen …
    - reduceres bankens krav mod ham med forringelsen, FIL § 47 + § 48, stk. 3;
    - i praksis dog meget svært at bevise.

Nævn efter hukommelsen nogle indsigelser, som en kautionist kan tænkes at fremføre mod, at han eller hun er bundet af sit kautionsløfte.

26.29. Forældelse af kaution

- Årlig saldomeddelelse til banks privatkautionist, FIL § 48, stk. 7 + bkg. § 20, stk. 3
  - sikrer mod "glemte", gamle kautioner;
  - er der knyttet ugyldighedsvirkning til forsømmelse heraf?
  - næppe i sig selv, men evt. i kombination med andre faktorer (passivitet mv.).
- Forældelseslovens (FL's) betydning – i kraft 1. januar 2008 (+ overgangsregler)
  - kautionsløftet forældes efter samme regler, som gælder for det kautionssikrede krav, jf. FL § 11;
    - dvs. pengelån: 10 år, FL § 6;
    - gældsbrev: 10 år, FL § 5, stk. 1, nr. 1;
    - leverandørgæld mv.: 3 år, FL § 3, stk. 1. Yeah
  - regnes fra gældens forfaldstid …
  - dvs. fra kautionsforpligtelsens indtræden:
    - selvskyldnerkaution: regnes fra D's manglende betaling ved forfald;
    - simpel kaution: regnes fra beviset for D's insolvens;
    - tabskaution: regnes fra beviset for K's tab.
  - overgangsregler pr. 1. januar 2008:
    - nye regler gælder;

- dvs. gammel 20-årig forældelse bliver nu typisk til en 10-årig …
- men med et anderledes defineret begyndelsestidspunkt, jf. ovenfor;
- dog altid 3 år fra 1. januar 2008 til at reagere, dvs. til udgangen af 2010, FL § 30.

— om FL fra 2008 se *Erik Werlauff*: "Skyldforhold" s. 223-250 og *Erik Werlauff* i ET 2007 s. 140 ff.

Særligt hurtig forældelse af privatkaution – specialregler i FIL
— 10 år fra k-løftets afgivelse (5 år ved en kassekredit), jf. FIL § 48, stk. 6;
— dvs. langt hurtigere end forældelsen efter FL (som jo først starter ved misligholdelsen).

26.30. Husk forum-mulighederne – PAN-klage for privatkunder

Privatkautionist kan klage til pengeinstitutankenævnet, PAN (Realkreditankenævnet, RAN, hvis realkredit) …
— også selv om han ikke i øvrigt er kunde, men "kun" er kautionist hos banken mv.;
— lavt gebyr – som fås retur, hvis man vinder;
— behandles hurtigt af sagkyndigt nævn: dommer + repræsentanter for bankhenholdsvis forbrugersiden;
— må dog afvises af nævnet, hvis der kræves parts- eller vidneforklaringer;
— PAN's afgørelse kan indbringes for domstolene;
— er der allerede anlagt retssag, skal denne udsættes, hvis man ønsker at klage til PAN, jf. rpl. § 361;
— endog en fogedsag kan udsættes, jf. *UfR 2011.3282 Ø*;
— banken kan inden 4 uger fra en tabt sag i PAN erklære ikke-efterlevelse …
— men så kan der særlig nemt gives kunden fri proces, jf. retsplejelovens § 327, stk. 1, nr. 3, gældende fra 1. februar 2010.

> Nævn, ved hvilke juridiske instanser en privatkaution hhv. en erhvervskaution kan komme til behandling.

Kapitel 27

Støtteerklæringer

27.1. Hvorfor bruges de? Hvad kaldes de?

- "Støtte" fra et moderselskab (M) eller en hovedaktionær (H) …
  - der ikke ønsker at kautionere …
  - og hvor bank, leverandør, leasingselskab etc. (K) stiller sig tilfreds med "noget mindre":
  - til trøst (for manglende kaution) får K en erklæring (derfor ordet: *letter of comfort*);
  - også: *letter of awareness* (er "opmærksom" på kreditten);
  - tysk: *Patronatserklärung*.
- De oplyser om noget faktuelt …
  - M eller H har en nærmere angiven forbindelse med D …
  - og er opmærksom på kreditten fra K til D …
  - og vil bruge sin indflydelse i D, således at K bliver fyldestgjort.

27.2. Hvornår kan de blive juridisk bindende?

- Hvilken retsvirkning har en støtteerklæring?
  - Ho.: ingen! de er "indispositive", dvs. rent faktuelle (en "dispositiv" erklæring = kaution);
  - Det er i første række indholdet af den konkrete støtteerklæring, der er bestemmende for, om afgiveren er retligt forpligtet over for adressaten, jf. principiel udtalelse i *UfR 2011.2726/2 H (ProTeleVision Technologies)*;
  - U-1: kan efter konkret bedømmelse være en kautionserklæring
    - *UfR 1994.470 H (Engesvang Trælast)*
      - begynder indispositivt med "Hensigtserklæring" …
      - men slutter dispositivt:
      - "… om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Jyske Bank A/S".
    - derfor hæftelse som ved kaution.
  - U-2: erstatningspådragende handlemåde eller undladelse hos M eller H …
    - vidste, allerede da man afgav erklæringen, at forholdene var anderledes end angivet (D var svagere);

- eller: handlede senere i strid med K's interesser;
- dvs. evt. principalt anbringende om, at erklæringen er dispositiv …
- og subsidiært anbringende om erstatning.

27.3. En formodning for bundethed? Andre landes syn på letters

- Nogle lande har en tendens til en mindre bogstavtro fortolkning end i Danmark
  - En britisk dommer karakteriserede støtteerklæringen som en "*gentleman's agreement*" – og tilføjede:
    - "A 'gentleman's agreement' is an agreement, which is not an agreement, …
    - between men, who are not gentlemen, …
    - each of whom expecting the other person to be bound, …
    - without himself being bound" (!)
- Kan der opstilles en formodning for bundethed?
  - simple ord er nok til bundethed (dvs. = kaution);
  - fx ordet "*ensure …*" (= sikre);
  - hvis da M eller H ikke tilfører D kapital, bindes M/H;
  - jf. *Malaysia Mining-dommen* (UK), 1988;
  - underinstansen fandt den ikke bindende, …
  - men House of Lords (The Law Lords) fandt den bindende;
  - "Det har formodningen imod sig, at erhvervsfolk udsteder helt indholdsløse erklæringer".
- Trods disse indvendinger – og trods gode bidrag fra *Erik Røsæg* (Norge), *Torsten Iversen* m.fl. i retslitteraturen …
  - bliver vi stående ved en ordlydsfortolkning (når kaution nu faktisk blev afslået) …
  - jf. som nævnt den principielle udtalelse i *UfR 2011.2726/2 H (ProTeleVision Technologies)* …
  - naturligvis sammenholdt med sagens omstændigheder i øvrigt.
- Derfor kan det international-privatretlige lovvalg få betydning
  - evt. lovvalgsklausul i erklæringen? bruges næppe i praksis;
  - derfor: nærmeste tilknytning, jf. Romkonventionens (og Rom I-forordningens) artikel 4;
  - men hvem præsterer "den karakteristiske ydelse"?
    - er det M henholdsvis H (som har udstedt letter'et)? – i så fald: M/H's lands lov;
    - eller er det K (som har leveret varen eller givet lånet)? – i så fald: K's lands lov;
    - svaret må formentlig afhænge af, om letter'et var fritstående eller accessorisk:
      - fritstående – afgiverens lands lov;

- accessorisk – følger (låne)kontraktens lov;
- jf. atter *UfR 2011.2726/2 H (ProTeleVision Technologies)* …
  - ~ intet lovvalg i erklæringen;
  - ~ afgivet af canadisk M for dansk D's gæld til dansk leverandør;
  - ~ underliggende aftaler undergivet dansk ret (lovvalg);
  - ~ dansk værneting vedtaget;
  - ~ erklæringen bedømtes efter dansk ret (ses ikke diskuteret).

27.4. Dansk praksis om letters

- *UfR 1998.455 H (Scanbroker/Nomura)*
  - — Nomura "stod bag" holdeforretningerne …
  - — dvs. nogle køb af værdipapirer …
  - — som den danske køber (Scanbroker og finansierende banker) mente var pro-forma …
  - — men som Nomura (UK) mente var reelle og bindende;
  - — at "stå bag" var ikke en tilstrækkeligt dispositiv tekst;
  - — derfor: ingen hæftelse hos Nomura (UK);
  - — var der overhovedet dansk værneting?: ja, dette måtte først afgøres, jf. *UfR 1996. 786 H*.
- *UfR 1994.470 H (Engesvang Trælast)*
  - — begynder sprogligt med "Hensigtserklæring";
  - — men slutter dispositivt;
  - — derfor hæftelse som ved kaution;
  - — se skemaet nedenfor med sammenligning af Engesvang- og SCS-teksten.
- *UfR 1998.1289 H (SCS Holding)*
  - — "… økonomisk at ville støtte D med henblik på, at D vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Varde Bank A/S";
  - — HR-flertal (4-1): kun faktuel udtalelse; ingen hæftelse;
  - — dissens: svarer til Engesvang; derfor + hæfte;
  - — SCS-teksten kan bruges som paradigma til en ikke-forpligtende erklæring;
  - — se skemaet nedenfor med sammenligning af Engesvang- og SCS-teksten.
- *UfR 2009.1512 H (Centralsavværket)*
  - — de to aktionærer sad også i bestyrelsen;
  - — i årsrapporten skrev de: "Selskabets bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til selskabets fortsatte drift og fremadrettede udvikling";
  - — HR: var blot et "generelt udsagn rettet til en ubestemt personkreds", …
  - — … "uden at det af ordlyden fremgår, om der er tale om en indeståelse for opfyldelsen af selskabets forpligtelser over for kreditorerne";
  - — derfor: frifundet;
  - — næppe overraskende;
  - — mere interessant er at sammenligne Engesvang og SCS …
  - — hvorfor blev resultatet forskelligt?
  - — se skema nedenfor.

UfR 2011.2726/2 H (ProTeleVision)

— den foran nævnte principielle udtalelse fra HR, hvorefter …
— det i første række er indholdet af den konkrete støtteerklæring, der er bestemmende for, om afgiveren er retligt forpligtet over for adressaten.

Nævn efter hukommelsen to argumenter for og to argumenter mod, at en konkret støtteerklæring er juridisk bindende.

27.5. Sammenligning af teksten i Engesvang henholdsvis SCS

	Engesvang Trælast (Jyske Bank A/S) *UfR 1994.470 H*	**S. C. Sørensen** (Varde Bank A/S) *UfR 1998.1289 H*
Hvad slags kredit?	Driftskredit efter rekonstruktion	Kreditramme på 100 mio. kr. til valutaspekulation
Ordlyden af letter'et	"… om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige midler er til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Jyske Bank A/S"	"… økonomisk at ville støtte D med henblik på, at D vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Varde Bank A/S"
Løftegiverens handlepligt	"tilføre selskabet … midler"	"økonomisk støtte selskabet"
Den angivne følge af handlingen	"… tilstrækkelige midler til, at det … er i stand til at opfylde …"	"… med henblik på, at det vil være i stand til at opfylde …"
Retsfølge (Højesteret)	hæftelse som ved kaution	ingen hæftelse

Figur 1: Sammenligning af teksten i Engesvang hhv. SCS.

CIVILPROCES

Kapitel 1

Introduktion til civilprocessen

1.1. Behandler, hvordan man fastslår og gennemtvinger retskrav

- Alle retskrav kan håndhæves gennem retlige tvangsmidler.
- Modsat ældre opfattelse – definerede ret og pligt ud fra aktionskataloger (Rom: *actiones*; UK: *writs*).
- Nutidig opfattelse – de materielle regler fastlægger ret og pligt, og procesretten bygger ovenpå dette.

1.2. Hvad skal man "kunne" inden for civilprocessen?

- Vurdere og rådgive om det sandsynlige udfald af en tvist (måske kan en retssag herved undgås).
- Anlægge sagen (stævning).
- Forberede sagen (processkrifter, syn og skøn mv.).
- Forelægge, afhøre og procedere under hovedforhandlingen.
- Mægle forlig (dommer eller mediator), retsmægling mv.
- Udarbejde dom henholdsvis domsudkast.
- Rådgive om ankemuligheder og sandsynligt ankeresultat.
- Gennemføre en ankesag (ankestævning, forberedelse, hovedforhandling).

> Hvilken rolle spiller faktum og jus, når man mener, at man *har* ret, og man også ønsker at *få* sin ret?

Kapitel 2

Terminologi

2.1. Sagen anlægges

- Sagsøgeren – anlægger sagen (sgr.) – stævning, § 348, replik.
- Sagsøgte – sagen anlægges imod ham (sgt.) – svarskrift, § 351, duplik.
- Kumulation – flere parter eller flere krav under samme sag
  - subjektiv kumulation: flere parter, § 250, stk. 1;
  - objektiv kumulation: flere krav, § 249;
  - alternativ: gruppesøgsmål, §§ 254 a-k;
    - jf. *Eigil Lego Andersen*: Gruppesøgsmål;
    - *Erik Werlauff* i EU&M 2012 s. 91 ff. ("Gruppesøgsmål og gruppeforlig i europæisk perspektiv").
- Værneting – den ret, hvor en sag skal anlægges
  - saglig kompetence: byret el. landsret, § 224;
  - stedlig kompetence: hvilken byret, §§ 235-248.
- Sagens anlæg – stævning indleveres til berammelse, § 348, stk. 1.
- Litispendens – sagen spærrer for andre sager om det samme, ulovreguleret i Danmark (smh. Bruxelles I-forordningens artikel 27).

2.2. Flere kan inddrages

- Adcitation – nye parter sagsøges (af sgr. eller af sgt.) – adcitationsstævning, § 250, stk. 2.
- Procesunderretning – andre underrettes formelt om sagen – litisdenuntiation (*denuntiere lis*), ulovreguleret.
- Hovedintervention – indtræder som ny part med egen selvstændig påstand – hovedinterventionsstævning, § 251.
- Biintervention – indtræden til støtte for en parts påstand – biinterventionsindlæg, § 252.

2.3. Processtoffet

- **Påstand** – det, man kræver; det, man ønsker, at dommen skal lyde på (efter ordene "Thi kendes for ret: …")
  - fuldbyrdelsespåstand (penge, ting);
  - anerkendelsespåstand;
  - negativ anerkendelsespåstand (Saxo Bank);
  - frifindelsespåstand;
  - påstand om "frifindelse mod betaling af et mindre beløb, ikke over …";
  - frifindelse for tiden;
  - afvisningspåstand;
  - friholdelsespåstand (regres mod nogen);
  - erkendelsespåstand (tager bekræftende til genmæle).
- **Anbringende** – det, man støtter sin påstand på; består af faktum og jus (jussen kvalificerer faktum) …
  - anvender helt fast udtrykket: "… gør gældende, at …";
  - kan være principale og subsidiære;
  - principalt: sgt. har forsømt sin loyale oplysningspligt og dermed handlet erstatningspådragende ved at …
  - subsidiært: det købte lider af en værdiforringende mangel, som giver sgr. ret til et prisafslag på kr. …, subsidiært et mindre beløb efter rettens skøn.
- **Beviser** – forklaringer (part, vidne), dokumenter, syn og skøn
  - overflødig bevisførelse skal afskæres, § 341;
  - dvs. forhold, der ikke bestrides, må ikke gøres til genstand for bevisførelse.
- **Provokationer** – "opfordres til at fremlægge …", "opfordres til at erklære, om han er enig i sgr.s opgørelse af erstatningskravet, stort kr. …".
- **Editionskendelse** – pålæg om at fremlægge dokumenter
  - tredjemand, § 299 – kan gennemtvinges som vidne;
  - en part, § 298 – kan ikke gennemtvinges, men evt. skadevirkning
  - må ikke have karakter af fisketur, jf. *UfR 2015.3319 H (Roskilde Bank)* med afslag på editionsbegæring fra Finansiel Stabilitet vedrørende næsten samtlige revisors arbejdspapirer (Højesteret: en undersøgelsespræget gennemgang)
  - om edition, forbuddet mod fisketure samt muligheden for at angive alternative formål med en editionsbegæring se Erik Werlauff i UfR 2016 B 205 ff. ("Editionsreglernes bestemthedskrav – herunder muligheden for alternativ bevismæssig formålsangivelse").
- (Fakultativ) processuel skadevirkning – hvis man erklærer sig uklart; hvis man undlader at efterkomme en (rimelig) provokation; retten kan da tillægge dette skadevirkning, § 344, stk. 2.

- Fri bevisbedømmelse – dvs. ikke lovbundet, § 341
  - er en reaktion mod lovbindinger før rpl., fx tolvmands-ed ("tylvter-ed");
  - "fri" betyder ikke "vilkårlig";
  - får først rettens bevisbedømmelse i dommen (eller i en tilkendegivelse) – U: delafgørelse, § 253 (fx ad forældelse).

2.4. Appel

- Anke – sagens realitet (en dom) indbringes for højere ret (ankestævning).
- Kære – et formalitetsspørgsmål (en kendelse mv.) indbringes for højere ret (kæreskrift).
- Parterne – appellant, (appel)indstævnte; kærende, indkærede.

2.5. I fogedretten

- Udlæg – rekvirent, rekvisitus(-a).
- Umiddelbar fogedforretning – ting kræves udleveret; lejemål kræves fraflyttet; barn kræves udleveret.
- Fogedforbud – dette begreb ophørt pr. 1. juli 2013; nu i stedet midlertidigt forbud eller påbud ved den ret, der skal pådømme sagens substans (domsretten).
- Arrest – aktiver fastfryses, mens man venter på retssag (bruges noget mindre i praksis); sikkerhed kræves (bankgaranti)!

> Repetér venligst, hvad der kan danne grundlag ("fundament") for udlæg i fogedretten.

Kapitel 3

Nogle helt overordnede principper ("maksimer")

3.1. Forhandlingsmaksimen – § 338

- Man kan aldrig tilkendes mere, end hvad **påstanden** lyder på. Kræver fx 100.000 kr. og kan dermed aldrig få mere.
- **Anbringender**, som man ikke gør gældende, kan aldrig tages i betragtning. Fx kan aftl. § 36 undlades påberåbt.
- Alle civile domme skal læses i dette lys – hvad var påstandene og anbringenderne?
- Hvorfor er der en forhandlingsmaksime? – fordi parterne kender sagen bedst; fordi de må bestemme, hvad de vil ofre på sagen (og dermed også, hvad der skal ind i sagen eller ej).
- Konsekvens: betydningen af, at man **erkender** noget
  - civil sag (man tager bekræftende til genmæle): Man dømmes (erkendelsesdom)!
  - straffesag (man tilstår): Man dømmes, *hvis* de øvrige (summariske) beviser peger i samme retning;
  - civilsagens erkendelse er dispositiv;
  - straffesagens tilståelse er et (vigtigt) bevismiddel.

3.2. Dispositionsmaksimen – uskrevet

- Parterne "disponerer" (= råder) stadig over sagens genstand – uanset at der verserer retssag.
- I et vist omfang – råder de også over procesførelsen
  - dette processuelle aspekt af dispositionsmaksimen gemmer vi til 8. forelæsning;
  - dvs. her gengives alene det materielle aspekt: de råder over sagens genstand, uanset retssagen.
- Dette er aftalefrihedens procesretlige forlængelse – obligationsrettens aftalefrihed gælder stadig, trods tvisten.

- De kan derfor forlige sagen udenretligt ("frivilligt forlig") – og kræve, at retten tager dette til efterretning (sagen hæves) …
  - kan også forlige sagen indenretligt (retsforlig).
- Endog efter, at dom er afsagt – kan de forlige sagen anderledes end dommen …
  - fx hvis de begge kan se, at faktum og/eller jus vil føre til et andet resultat i ankeinstansen)!
  - fx pga. nye beviser;
  - fx pga. et mellemkommende, afgørende præjudikat.
- Modsætningen er indispositive sager – parterne kan ikke frit råde over det, sagen drejer sig om (sagens genstand):
  - separation el. skilsmisse – kan ikke frit aftale det (men elementer i sagen kan være dispositive, fx bidragspligt);
  - faderskabssag – kan ikke forlige sagen, som de vil;
  - do. ad tvangsadoption, værgemålssager, administrativ frihedsberøvelse;
  - alt dette er "specialprocessen" – jf. rpl. kap. 42-44.

> Nogle nævner "forhandlings- og dispositionsmaksimen" i flæng. Det er forkert. Forklar helt præcist, hvad hver af de to maksimer betyder og indebærer.

Kapitel 4

Andre vigtige maksimer

- Offentlighed – både umiddelbar og middelbar.
- Mundtlighed – § 148.
- Umiddelbarhed – processtoffet fremføres direkte for retten.
- Kontradiktion – *audiatur et altera pars*: også den anden part skal høres. Derfor naturligvis også fuld aktindsigt for begge parter.
- Fri bevisbedømmelse – § 344, stk. 1.
- Koncentration – alle påstande og anbringender skal med nu; kan ikke "udstykkes"
  - *nova* (nye påstande/anbringender) afskæres, når forberedelsen slutter;
  - koncentrationsmaksimen = eventualmaksimen (dine eventuelle yderligere/subsidiære påstande/anbringender skal frem nu).

> Hvorfor er principperne om offentlighed, mundtlighed og umiddelbarhed egentlig så vigtige, og hvordan hænger de sammen?

Kapitel 5

Procesrettens vigtigste retskilder

5.1. Grundloven

- Magtadskillelsen, § 3 – *UfR 1999.841 H (Tvind)*.
- Ingen særdomstole med dømmende myndighed, § 61, stk. 2.
- Retsplejen skal holdes adskilt fra forvaltningen, § 62.
  - Procesbevillingsnævnet;
  - Dommerudnævnelsesrådet.
- Forvaltningsmyndighedernes afgørelser kan domstolsprøves, § 63 (men ingen automatisk suspensiv virkning).
- Dommerne skal alene rette sig efter "loven", § 64, stk. 1 …
  - dvs. ikke efter instruks fra nogen.
- Dommerne kan ikke afskediges administrativt, § 64, stk. 2-3
  - Den Særlige Klageret
- Offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang, § 65, stk. 1.
- Lægmænd skal medvirke i strafferetsplejen, § 65, stk. 2.

Hvad er vigtigst af alt dette? – hvis du nu kun måtte fremhæve én af reglerne?

5.2. Retsplejeloven

- Består af 1.043 paragraffer – plus det løse.
- Opdelt i 5 "bøger"
  - domstolene, dommerne, domsmænd og nævninge, anklagemyndighed, politi, advokater,
  - fælles for borgerlige og straffesager: forkyndelse, vidner, votering, dom,
  - civilprocessen (den borgerlige retspleje),
  - strafferetsplejen og
  - overgangsregler.

Rpl. gælder, hvor der ikke er specialprocesregler …

- konkursloven – tvist i bo;
- skatteforvaltningsloven – civile skattesager;
- lejeloven – boligretssager;
- social servicelov – tvangsfjernelse af børn.

> Hvordan kan man navigere nogenlunde sikkert rundt i rpl. via dens opdeling i bøger?

Kapitel 6

EMRK – Den Europæiske Menneskeretskonvention

6.1. Særligt artikel 6 – *fair trial*, retfærdig rettergang

- Sikrer retfærdig rettergang i alle straffesager og i visse typer borgerlige sager (civil rights and obligations).
- Sikrer selve adgangen til domstolsprøvelse (*access to court*), artikel 6, stk. 1.
- Kræver uafhængige og upartiske dommere – jf. *Hauschildt-dommen (EMD 24. maj 1989)*. Artikel 6, stk. 1.
- Kræver dom "inden rimelig tid" – flere opstramninger i rpl. (det er statens ansvar at overholde EMRK, uanset parternes enighed om gentagne udsættelser). Danske domfældelser og forlig. Artikel 6, stk. 1.
- Uskyldsformodning i straffesager – *in dubio pro reo*; anklagemyndigheden har bevisbyrden; *Saunders mod UK*. Artikel 6, stk. 2.
- Nogle konkrete rettigheder i straffesager – tolk, forsvarer. Artikel 6, stk. 3, litra a-e.

> Kan (skal?) EMRK artikel 6 (og andre artikler i EMRK) påberåbes direkte for en dansk domstol? For en skifteret, fx i et skifte efter skilsmisse? *UfR 1999.495 Ø*.

Kapitel 7

EU-Retten

7.1. Traktaten – etablering, varer, tjenesteydelser mv.

- Vores procesregler må ikke diskriminere en udenlandsk part – fx krav om sikkerhedsstillelse
  - *C-20/92 (Hubbard mod Hamburger)*, eksekutors søgsmål;
  - godt sammenfattet i *UfR 2004.1246 H*.
- Vi må ikke diskriminere pga. sagens tilknytning til udlandet – fx arrestbetingelserne
  - *C-398/92 (Mundt & Fester mod Hatrex)*.
- Procsreglerne skal give EU-reglerne effektiv gennemslagskraft – fx forbud mod urimeligt korte frister for sagsanlæg i EU-relevante sager
  - *C-78/98 (Shirley Preston)*.
- Der skal være effektive nationale retsmidler – til håndhævelse af EU-retten
  - *C-213/89 (Factortame I)*, forbud mod en lovs ikrafttræden! (F. II: det materielle; F. III: erstatning).
- Kan koges ned til en dobbelt test
  - ækvivalens – bliver EU-reglerne ligebehandlet med nationale regler?
  - effektivitet – får EU-reglerne også effektiv gennemslagskraft?
- Tvivl om EU-retten – skal kunne forelægges EUD præjudicielt, jf. artikel 267 TEUF
  - afgørelse om at **forelægge** – kan **ikke** kæres, *UfR 2010.1389 H (Lady & Kid)*.
  - afgørelse om **ikke** at forelægge – **kan** kæres, jf. allerede retstilstanden før *Lady & Kid* …
    - siger kæreinstansen da ja til forelæggelse, skal 1.-instansen forelægge, jf. *UfR 2010.2125 H*;
    - afgørelse om ja til forelæggelse af nogle spørgsmål og nej til forelæggelse af andre: kæreinstansen kan udvide, men ikke indskrænke forelæggelsen, jf. *Sune Fugleholm* (fra Kammeradvokaten) i EU&M 2011 s. 3 ff.

7.2. Konventioner og forordninger – sekundær EU-ret

- Oprindelig: konventioner – nu: forordninger
  - Danmark er jo ikke med i det retlige samarbejde;
  - forordningerne må derfor ind i dansk ret via parallel-konventioner;
  - eller evt. via rent danske kopi-love.
- Forordninger om forkyndelse, afhøringer mv.
- Bruxelles I-forordningen – "Domsforordningen"
  - og Lugano-konventionen for ikke-EU-lande;
  - særligt EØS-staterne og Schweiz.
- Fælles regler om **værneting**
  - hjemtinget (domicilværnetinget), artikel 2 + artikel 60;
  - opfyldelsesværnetinget, artikel 5, stk. 1, litra a-b;
  - deliktsværnetinget (skadesstedets værneting), artikel 5, stk. 3;
  - filialværnetinget, artikel 5, stk. 5;
  - værnetingsaftale, artikel 23;
  - særlige værneting ad forbrugere, forsikringstagere, arbejdstagere og fast ejendom.
- Fælles regler om **litispendens** – spærrer for ny sag om det samme – i enhver EU-stat, artikel 27.
- **Retskraft** for domme mv. – skal anerkendes, artikel 33.
- **Eksekutionskraft** for domme mv. – kan fuldbyrdes, artikel 38.

> Ud fra hvilke elementer i ovenstående giver det mening at sige, at Bruxelles I sikrer "stævningernes frie bevægelighed" og "dommenes frie bevægelighed"?

Kapitel 8

De "almindelige" domstole – § 1, stk. 1

8.1. Generelt

- Vi har tre instanser – byret, landsret og Højesteret.
- Men vi har et toinstans-princip – som Ho. kun to instanser …
  - U-1: tredjeinstansbevilling, § 371;
  - U-2: andeninstansbevilling;
    - (civ.: 20.000 kr. grænsen, § 368, stk. 1; str.: små straffesager, § 902)

8.2. Byretterne – grundlæggende domstolsopgaver

- Efter reformen: 24 stk., § 9 (før: 82).
- Er som Ho. første instans i alle sager
  - civile sager (U: sager henvist til landsret);
  - straffesager: politisager, domsmandssager, nævningesager.
- Én dommer deltager, § 12, stk. 1
  - U-1: 3 juridiske dommere, § 12, stk. 3;
  - U-2: civil sag: 1 dommer + 2 sagkyndige, § 20, stk. 1;
  - U-3: søstraffesag: 1 dommer + 2 søkyndige, § 20 b;
    - (*UfR 1999.2074 V* – sag mod to fra Greenpeace for aktion mod US-flådefartøj).
  - U-4: kombination af U-1 og U-2;
  - U-5: tvist konkurs: sagkyndige, § 20 a.

8.3. Byretterne – andre opgaver

- Boligretten (= byretten, dvs. 1 juridisk dommer og 2 boligdommere, hvis blot én part kræver det) kompetent i alle lejeretlige tvister, LL §§ 107-113;
  - U-1: huslejenævn som 1. instans ad beboelseslejemål;
  - U-2: voldgift aftalt i erhvervslejemål;
  - U-3: fogedretten kompetent ad (klar) misligholdelse (umiddelbar fogedforretning);

- UU: økonomisk opgør: boligretten

- Subsidiære afhøringer – ved byretten
  - til brug for retssag i udlandet;
  - som hjælp til voldgift (modvilligt vidne), vgl. § 27, stk. 1;
  - fremrykket vidneforklaring (emigrerer, døende);
  - men i højesteretssager: subs. afhøringer nu altid hos HR selv (v/ dommerfuldmægtige i HR, rpl. § 4, stk. 1).

- Isoleret bevisoptagelse – anteciperet bevisførelse, § 343
  - mangelfuld vare, fast ejendom mv.;
  - hvor syn og skøn haster (fordærves, skal repareres etc.);
  - NB: har forrang for værnetingsreglerne i Bruxelles I.

- Særlige opgaver i straffesager
  - varetægtsfængsling: grundlovsforhør;
  - ransagning, beslaglæggelse, telefonaflytning, rumaflytning – kort sagt: retskendelse;
  - tvist mellem politi og forsvarer (fx om udlevering af materiale til T).

- Notarfunktioner – dommeren er også notar
  - notartestamente;
  - fuldmagter, erklæringer mv. til brug i udlandet (køb af fast ejendom, oprettelse af selskab);
  - dansk ret kræver ikke generelt notarbekræftelse af aftaler, stiftelsesdokumenter, skøder etc.;
  - andre lande: særligt autoriserede advokater er notarer.

- Skifteret – dommeren er også skiftedommer
  - konkurs, betalingsstandsning, tvangsakkord, gældssanering, rekonstruktion (nye regler 2010);
  - skilsmisse- og separationsskifte (kap. 6-skifte);
  - "andre boer", gammel skiftelovs § 82 (opretholdt), fx opløsning af et interessentskab (I/S);
  - dødsboer (samtlige dødsfald i landet).

- Fogedret – dommeren er også foged
  - udlægsforretninger;
  - tvangsauktioner;
  - umiddelbare fogedforretninger (allerede nævnt);
  - arrest;
  - reform fra 1. juli 2013: forbud (nu + påbud) overflyttet fra fogedret til domsret, jf. bet. nr. 1530/2012 om midlertidige afgørelser om forbud og påbud.

- Afgiftsopkræver – dommeren er også "administrator"
  - retsafgift af stævninger;
  - retsafgift af modkrav fremsat til selvstændig dom;
  - skifteafgift i dødsboer og konkursboer;
  - boafgift i dødsboer (tidligere: arveafgift).

8.4. Landsretterne

- Vestre Landsret – Jylland, præsident + 38 andre ld., Viborg (+ bitingsteder).
- Østre Landsret – Øerne, præsident + 58 andre ld., København (+ bitingsteder).
- Tre landsdommere deltager
  - domsmandssager: + 3 domsmænd, § 7, stk. 3;
  - nævningesager: + 9 nævninge(r), § 7, stk. 3;
  - + 2 sagkyndige i første instans, § 20, stk. 1;
  - + 2 sagkyndige under anke, § 20, stk. 2;
  - sagkyndige i tvangsfjernelsessager;
  - 1 ld. kan handle på rettens vegne uden for hovedforhandlingen, § 7, stk. 1.

8.5. Højesteret

- "Øverste domstol for hele riget", § 2, stk. 1
  - der kan ikke "ankes" hverken til EU-Domstolen (EUD) eller Menneskerets-domstolen (EMD).
- Præsident og (p.t.) 18 andre dommere, trods rpl. § 2, stk. 1 – København (ingen bitingsteder).
- Er altid appelinstans
  - ingen direkte sager, fx "responsa" etc.;
  - endog en forfatningsretlig sag må gå sin gang (men evt. henvisning til landsret i 1. instans);
  - ingen springende appel fra byret til Højesteret (har været overvejet, men forkastet).
- Antal dommere i den enkelte sag
  - normalt 5, § 3, stk. 1;
  - principielle sager: flere, evt. "plenum", fx forfatningsretlig sag (eller prøvekandidat voterer, § 42, stk. 5);
  - kæresager: oftest blot 3, § 3, stk. 3 (Højesterets Anke- og Kæremålsudvalg);
  - kære kan fx være: tvist før hovedforhandlingen; kære med tredjeinstansbevilling (tinglysning, foged, skifte).
- Bevis under anke af civil sag
  - dommerfuldmægtige kan forestå afhøring, § 4, stk. 1;
  - mødende advokater skal have møderet for Højesteret (H);
  - klage inden 2 uger til Højesteret (Ankeudvalget), § 4, stk. 3.
- Anke af civil sag – fuld prøvelsesret
  - Højesteret er ikke kun en "kassationsdomstol" (modsat mange andre lande);
    - modif.: reglerne om nova kan begrænse muligheden for nye påstande og anbringender (nærmere herom senere).
  - NB: tredjeinstansbevilling kan være nødvendig (hvis sagen begyndte i byretten).

- Anke af straffesag – hvad kan Højesteret **ikke** prøve?
  - kan ikke bedømme beviserne i sagen ("bevisets stilling");
  - ses af § 933, stk. 2, modsætningsvis (henviser ikke til ankegrunden i § 912, stk. 1, nr. 4);
  - årsag: lægmænd medvirker aldrig i Højesteret; er ikke gearet til vidne- og partsforklaringer;
  - dvs. det faktum, landsretten lægger til grund som bevist, er bindende for Højesteret;
  - men det er helt forkert at sige, at "Højesteret ikke kan prøve skyldspørgsmålet" – dette består jo af faktum og jus.
- Anke af straffesag – hvad **kan** Højesteret prøve?
  - sagsbehandlingsfejl, § 933, stk. 3 + § 912, stk. 1, nr. 1;
  - udmålingen (straffens størrelse), § 933, stk. 3 + § 912, stk. 1, nr. 2;
  - jus ("anvendt loven rigtigt"), § 933, stk. 3 + § 912, stk. 1, nr. 3;
  - anken kan dermed føre til ændring (udmåling, forkert retsanvendelse – som e.o. kan føre til frifindelse) eller
  - ophævelse af den indankede dom + hjemvisning til landsret (sagsbehandlingsfejl);
  - prøver af egen drift, om "loven er anvendt rigtigt" (og dette kan e.o. føre til frifindelse endog under udmålingsanke af en tilståelsessag!).

8.6. Flere "almindelige" domstole?

- Rpl. medregner også Sø- og Handelsretten og Tinglysningsretten, jf. rpl. § 1, stk. 1.
- De behandles dog ofte som "særlige" domstole (pga. deres specialkompetence) – dette gør vi også her.

> Forklar lige igen, hvad det vil sige, at Højesteret har fuld prøvelsesret i civile ankesager, og hvorfor det ikke er korrekt at sige, at Højesteret "ikke kan prøve skyldspørgsmålet" i en ankestraffesag?

Kapitel 9

"Særlige" domstole

9.1. Sø- og Handelsretten

- Har specialkompetence, men regnes alligevel i rpl. blandt de "almindelige" domstole, § 1, stk. 1.
- Har sit sæde (hovedtingsted) i Kbh., § 14, stk. 1 – mulighed for bitingsteder (efter reformen), § 17, stk. 2, fx Århus (endnu ikke oprettet).
- Præsident, 2 vicepræsidenter, 2 andre dommere …
  - og et antal sagkyndige medlemmer, § 14, stk. 1
    - dette er SHR's særkende (siden oprettelsen i 1861);
    - ofte 1 juridisk dommer + 2 eller 4 branchekyndige, § 16, stk. 1-5.
- Er en landsdækkende domstol, derfor efter reformen ikke længere "Sø og Handelsretten i København".
- Svarer den nærmest til en byret eller til en landsret?
  - har træk af begge:
  - SHR-domme ankes som Ho. til landsret (den landsret, sagen ville have hørt under, hvis ikke SHR, rpl. § 368, stk. 4)
  - hvis sagen er af principiel karakter og har generel betydning for retsanvendelsen og retsudviklingen eller væsentlig samfundsmæssig rækkevidde i øvrigt, eller hvis andre særlige grunde i øvrigt taler for, at sagen behandles af Højesteret som 2. instans, kan Højesteret dog tillade anke til HR
  - byretter kan henvise til SHR (principiel + erhverv)
- Søsager
  - efter reformen ikke længere søforhør eller søstraffesager (dvs. de går til byretterne);
  - behandler civile søsager, men kun i det nedenfor nævnte omfang, dvs. hvis fx falder under kategorien "internationale erhvervsforhold".
- Internationale erhvervssager
  - "internationale sager, hvor fagkundskab til internationale erhvervsforhold har væsentlig betydning", § 225, stk. 2, nr. 2;
  - international – parter i forskellige lande (eller parter i samme land, men fx grænseoverskridende transport);
  - erhvervsforhold – dvs. formueretlige tvister (søsager eller handelssager);

- derimod ikke nok, at der skal anvendes fremmed ret eller EU-ret.

Markedsføringssager
- hvis Forbrugerombudsmanden er part, § 225, stk. 2, nr. 2;
- fx et gruppesøgsmål med FO som gruppere præsentant;
- eller en forbudssag efter MfL § 20
- eller sager mellem erhvervsdrivende, hvor anvendelsen af MfL har væsentlig betydning, § 225, stk. 2, nr. 6.

Immaterialretlige sager
- hvor love om varemærker, patent, brugsmodeller etc. har væsentlig betydning, § 225, stk. 2, nr. 3.

Konkurrenceretlige sager
- hvor anvendelsen af konkurrenceloven har væsentlig betydning, § 225, stk. 2, nr. 4.

Sager henvist fra en byret
- skal være af principiel karakter, § 227;
- fagkundskab til erhvervsforhold skal være af væsentlig betydning;
- omfatter også ansættelsesretlige sager ("funktionærsager").

Nogle specialkompetencer – efter konventioner mv.
- EF-varemærker, EF-design, § 225, stk. 1;
- forbudssager om do. eller do., § 15, stk. 2, nr. 1-2;
- begrænsningsfonde efter søloven, § 15, stk. 1, nr. 3 …
- dvs. til sikring af ansvarsbegrænsede krav, hvor der verserer sag eller arrest i Danmark, sølovens § 177;
- eller hvor skibsejeren vil begrænse sit objektive ansvar for forurening, jf. sølovens § 195;
- skal da oprette en begrænsningsfond gennem SHR.

Midlertidige forbud og påbud – siden 1. juli 2013
- fx immaterialretlige forbudssager

Insolvensretlige sager – i Storkøbenhavn
- Kbh. Byret, Frederiksberg, Glostrup, Lyngby;
- betalingsstandsning, konkurs, tvangsakkord, gældssanering, rekonstruktion, § 15, stk. 2, nr. 5;
- en i praksis meget vigtig kompetence – SHR's Skifteafdeling;
- dette er "insolvensprocessen", KL §§ 242-255;
- NB: anke og kære fra SHR sker i disse tilfælde til ØL, jf. KL § 252, stk. 1.

Sammenfattende – en nyttig og alsidig domstol
- nyder stor international anseelse;
- hvad med værnetingsaftale til SHR?…
- forudsætter, at SHR har kompetence, jf. ovenfor;
- fx værnetingsklausul i international handelsaftale, hvor alternativet var domstolene i et andet land (eller evt. voldgift).

9.2. Tinglysningsretten

- Har sæde i Hobro (der kommer jo ikke et øje).
- Behandler tinglysningsopgaver for hele landet, rpl. § 18.
- Består af en præsident (+ alm. personale).
- Fører tingbogen (tidligere: de enkelte retskredse).
- Fører desuden
  - bilbog,
  - andelsboligbog,
  - personbog: § 47-pant, § 47 b, stk. 2-pant, § 47 c (virksomhedspant), § 47 d (fordringspant), tinglysning af ægtepagter mv.,
  - Centralregisteret for testamenter.

9.3. Den Særlige Klageret – rpl. § 1 a

- Genoptagelse af straffesager, rpl. kap. 86.
- Kæremål om udelukkelse af forsvarer, § 737 (forsinkelse eller modvirkning af sagen).
- Klage over en dommer – der er uegnet til at blive afgjort af retspræsidenten, rpl. § 48, stk. 3.
- Disciplinær- og afskedigelsessager over for dommere og medlemmer af Domstolsstyrelsens bestyrelse.
- I sagen deltager: højesteretsdommer, landsdommer, byretsdommer, advokat + juraprofessor (thi bred erfaring er vigtig).
- NB: Denne sammensætning er genbrugt i Procesbevillingsnævnet (2.- og 3.-instansbevillinger), § 23.

9.4. Arbejdsretten

- Specialdomstol i sager om kollektiv arbejdsret, særligt vedrørende overenskomster.
- Formand, 5 næstformænd, 12 ordinære dommere, København, arbejdsretslovens § 2.
- Pådømmer bl.a. overtrædelse af hovedaftalen DA/LO og andre kollektive overenskomster, lovligheden af kollektive kampskridt, tvist af aftaler om faglig voldgift, jf. nærmere § 9.
- Udelukker de alm. domstoles kompetence, § 11, stk. 1.
- Parterne er: organisation mod organisation, ikke personerne selv. Kan idømme bod.
- Dommene er inappellable (U: grove rettergangsfejl må kunne prøves ved de alm. domstole).

- Dommene kan fuldbyrdes efter rpl.s alm. regler, § 34.
- Retsmøderne er offentlige, § 17, stk. 2, og domme offentliggøres på Arbejdsrettens yderst informative hjemmeside (hvor også faglige voldgiftskendelser er gengivet).
- Lønmodtager henholdsvis arbejdsgiver kan dog anlægge retssag ved alm. domstole, hvis organisationen ikke agter at iværksætte fagretlig behandling af kravet, § 11, stk. 2-3.

9.5. Rigsretten

- Påkender sager anlagt af regeringen eller Folketinget mod (tidligere) ministre, jf. grundloven § 60, stk. 1.
- Er (heldigvis) sjældent i brug.
- Nærmere i ministeransvarlighedsloven og rigsretsloven (RRL).
- Der deltager mindst 18 dommere – halvdelen er højesteretsdommere og halvdelen er valgt af Folketinget (men ikke blandt MF'erne), RRL §§ 2 og 6.
- I nyere tid sagen mod fhv. justitsminister *Erik Ninn-Hansen*, *UfR 1995.672 R*.
- Hverken dommen eller RRL fandtes stridende mod EMRK artikel 6 (afvisning fra daværende EMRK-Kommission).

9.6. Procesbevillingsnævnet

- Ikke en domstol, men særegent forvaltningsorgan med domstolslignende karakter.
- Tredjeinstansbevilling – byret, landsret, højesteret
  - civil sag: skal være principiel (dvs. have virkning for mange, dvs. samfundsmæssig betydning);
  - straffesag: skal være principiel, eller særlige grunde;
    - ↬ også fx kære af forsvarersalær under ankestraffesag ved landsret, *UfR 2010.1348 H*.
- Andeninstansbevilling – små civile sager (20.000 kr.), små straffesager.
- Sammensat ligesom Den Særlige Klageret, rpl. § 23.
- Ingen rekursmulighed, og Folketingets Ombudsmand har ingen kompetence.
- Ingen domstolsprøvelse (U: grove sagsbehandlingsfejl.
- Ansøgning har ikke suspensiv virkning (U: fuldbyrdelse af straffedom kan udsættes, § 932, stk. 3 (Højesteret afgør dette).
- Kun det, der søges om anke til, kan ankes, jf. *UfR 2005.205 H (Midtbank)* (kun den sidste af flere aktiehandler), realitet afgjort ved *UfR 2005.984 H*.

- Kriterier for tredjeinstansbevilling
  - civil sag: principiel;
  - straffesag: principiel eller indgribende betydning.
- Opskrift på kriterier, argumenter og ansøgning: *Erik Werlauff* i Juristen 2003.296 ff. ("At søge procesbevilling").

> Repetér efter hukommelsen (nogle af) Sø- og Handelsrettens sagsområder. Kan man i sin kontrakt frit aftale Sø- og Handelsretten som værneting for tvist?

Kapitel 10

Domstolenes personel

- Overblik: Dommere, dm.fuldmægtige, retsassessorer, kontorpersonale.
- Dommerne er henholdsvis højesteretsdommer, landsdommer (!) og dommer, § 42, stk. 2.
- Har i deres kald "alene at rette sig efter loven", grundloven § 64.
- Før udnævnelse til Højesteret – 4 prøvevoteringer, § 42, stk. 5 (i "plenum").
- Justitsministeriet ansætter og afskediger juristerne …
  - men efter indstilling fra det uafhængige Dommerudnævnelsesråd;
  - afskedigelse mv. kun efter afgørelse fra Den Særlige Klageret;
  - imødegår herved betænkelighed ad dommerfuldmægtiges uafhængighed i m.a. EMRK artikel 6 …
  - når de er konstitueret til at dømme, jf. *UfR 1994.536 H* (betænkeligheder, men overladt til lovgivningsmagten).
- Kontorpersonale kan bemyndiges – til at udføre opgaver:
  - foged-, skifte- og notarialopgaver, § 19, stk. 3;
  - tinglysningsopgaver, § 19, stk. 4;
  - man taler om "§ 19, stk. 3-fogeder";
  - kan dog ikke afgøre tvister, dvs. en egentlig domsfunktion.
- Nogle begrænsninger til (yderligere) sikring af den reelle uafhængighed:
  - max. 50 pct. biindtægt over 3 års-periode (2010-12, 2013-15 etc.). U: forfattervirksomhed, udvalgsarbejde mv., § 47 b;
  - særligt Bibeskæftigelsesnævn;
  - årlig indberetning fra hver dommer om voldgift, § 47 c;
  - udpegning som voldgiftsdommer mv. kan kun foretages af pågældende retspræsident, § 47 a, stk. 3 (parterne kan ikke udpege direkte, men kan indstille).

Du og A er udpeget som voldgiftsdommere. Ifølge voldgiftsklausulen udpeger I sammen voldgiftsrettens formand. Hvad gør I, når I er enige om en bestemt dommer som formand?

Kapitel 11

Internationalt værneting

11.1. Hvad står der på spil?

- Der står mere på spil – end ved valget mellem forskellige danske værneting …
  - hjemmebanefordelen henholdsvis ulempen ved udebane er langt større;
  - én af parterne skal engagere udenlandsk advokat (trods advokat-diplomadirektiv mv. kan man i praksis ikke møde alene for udenlandsk domstol);
  - én af parterne skal tviste på et fremmed sprog (kan ikke blot fx vedtage engelsk – modsat voldgift).
- Hvis man rammer "forkert"
  - dvs. anlægger sagen i et land, hvor der alligevel ikke er værneting …
  - så er retsfølgen (efter modpartens påstand): afvisning;
  - dvs. langt værre reaktion, end hvis man rammer forkert dansk værneting – her henvises sagen;
  - man kan naturligvis ikke på forhånd "spørge" en domstol, om den vil tage sagen (noget sådant skal jo afgøres under en kontradiktorisk proces).
- Hvis der er indsigelse fra sgt. mod værnetinget
  - indsigelsen skal fremsættes i svarskriftet, § 351, stk. 4, nr. 1;
  - eller, hvis sgt. ikke har advokat, og der holdes møde til uddybning af svarskriftet, da på dette, § 352, stk. 3;
  - svarskriftet kan da nøjes med at behandle formaliteten, dvs. "gemme" realiteten, § 351, stk. 4, nr. 1;
  - normalt udskilles formaliteten da til særskilt behandling og afgørelse, § 253, stk. 1 (delafgørelser);
  - dvs. processkrifter ad formaliteten, (mundtlig) formalitetsprocedure;
  - henvisning (til anden dansk ret) sker ved kendelse, § 248, stk. 2, nr. 2 (som kan kæres på normal måde);
  - afvisning sker ved dom, § 248, stk. 2, nr. 3 (som kan kæres, § 391, stk. 3);
  - hvis Bruxelles I-forordningen er involveret: præjudiciel forelæggelse kan blive fornøden.
- Hvis der **ikke** er indsigelse fra sgt. mod værnetinget …
  - så fortsætter sagen (forudsat at retten er kompetent til at behandle denne type krav);
  - betragtes som en stiltiende værnetingsaftale, § 248, stk. 1, nr. 2;

- dvs. indsigelse i svarskrift (henholdsvis uddybende møde for en selvmøder, jf. ovenfor);
- NB: en sådan stiltiende værnetingsvedtagelse forudsætter, at der er afgivet svarskrift;
- er dette ikke tilfældet, skal retten *ex officio* påse, at den er rette værneting, § 248, stk. 1, nr. 1 (som egentlig er hovedreglen).

✍ Rekapitulering af appelmulighederne ad værneting:
- retten henviser (ved kendelse): kan kæres;
- retten afviser (ved dom): kan kæres;
- retten admitterer (ved kendelse);
  - ↬ kan som Ho. ikke kæres, § 253, stk. 4 (thi dette er en delafgørelse, som ikke særskilt kan fuldbyrdes);
  - ↬ ankeinstans (landsret) kan dog tillade kære (der skal ansøges inden kærefristen).

✍ Appel vedrørende sag i udlandet
- beror på det fremmede appelsystem;
- en dansk domstol kan ikke gribe ind i dette;
- dvs. spørgsmålet må gå sin gang ved de udenlandske domstole.

11.2. Hvilket regelsæt skal man anvende?

✍ Husk først sondringen – hjemting/supplerende værneting
- hjemting: bopæl, subsidiært opholdssted;
- supplerende værneting: alle de andre evt. muligheder.

✍ Husk dernæst sondringen – hvor er den anden parts hjemting?
- også i Danmark: rpl.s almindelige regler bruges;
- i udlandet, men ikke EU eller "EFTA": § 246 bruges, dvs. der ledes efter et anvendeligt supplerende værneting i Danmark;
- i EU: Bruxelles I-forordningen anvendes og fortrænger helt rpl., jf. § 247;
- i "EFTA", dvs. EØS + Schweiz (dvs. Norge, Liechtenstein, Island + Schweiz): Luganokonv. bruges (svarer til Bruxelleskonv.) – og fortrænger helt rpl., jf. § 247.

✍ Dvs. systematikken for det følgende – er således:
- sgt. har hjemting uden for EU og "EFTA";
- sgt. har hjemting i EU;
- sgt. har hjemting i "EFTA".

11.3. Sagsøgte har hjemting uden for EU og "EFTA"

✍ Hvad er hjemting?
- fysisk person: bopæl, § 235, stk. 2 (hvis ingen bopæl: opholdsstedet, § 235, stk. 3);
- juridisk person: faktisk hovedkontor, § 238, stk. 1 (kan dette ikke oplyses: et bestyrelses- eller direktionsmedlems bopæl).

- Nu forudsætter vi …
  - at hjemtinget ikke er i Danmark;
  - men i et fremmed land uden for EU og "EFTA", fx USA, Canada, Thailand etc.;
  - eller på Færøerne eller i Grønland;
    - de er "udland" i denne sammenhæng;
    - kan derfor ikke henvise sag til færøsk domstol, *UfR 2009.843 V*.
- Hvor skal man lede?
  - i rpl. § 246, stk. 1, nr. 1: hvilke af rpl.s supplerende værneting kan bruges? (en udtømmende opregning);
  - evt. § 246, stk. 1, nr. 2: særligt forbrugerværneting.
- Forbrugerværnetinget – § 246, stk. 1, nr. 2
  - forbruger i Danmark vil sagsøge firma i udlandet;
  - kan sagsøge firmaet ved forbrugerens eget danske hjemting, forudsat;
    - særligt tilbud eller reklamering i Danmark før aftalens indgåelse og
    - forbrugeren var her i landet, da han afgav sin bestilling.
  - det er således slet ikke alle forbrugere, der kan bruge § 246, stk. 1, nr. 2 om eget hjemting.
- Ellers søge i § 246 – efter anden hjemmel til sagsanlæg her:
  - § 237 fysiske personers erhvervsværneting;
  - § 238, stk. 2 juridiske personers erhvervsværneting;
  - § 241 rettighed over fast ejendom i Danmark;
  - § 242 opfyldelsesværneting (ikke pengekrav);
  - § 243 deliktsværneting (skadesstedets værneting);
  - § 245 værnetingsaftale;
  - § 246, stk. 2 ophold her ved stævningens forkyndelse;
  - § 246, stk. 3 "gods" her i landet (godsværnetinget);
  - § 246 a justifikationssag efter arrest i skib.
- Fysiske personers erhvervsværneting – i Danmark, § 237
  - skal "drive erhvervsmæssig virksomhed" her;
  - fast forretningssted kræves, fx en filial;
  - skal være selvstændig virksomhed;
    - at være medstifter af dansk A/S eller ApS er ikke nok, jf. *UfR 1984.324V*.
  - og sagen skal vedrøre virksomheden.
- Selskabers filialværneting – i Danmark, § 238, stk. 2
  - igen: behøver ikke være filial, kan fx være et repræsentationskontor – dog ofte filial;
  - sagen skal vedrøre virksomheden (fx dansk filial);
  - *UfR 2002.1609 V (Codan)* – kunne kun stævne ved filialværneting i Århus, hvis forsikring var tegnet herigennem (ellers: ved hjemtinget, Frederiksberg);
    - i Codan-sagen stod der kun en henvisning (til Frederiksberg) på spil;
    - i det internationale værnetingsspørgsmål står der afvisning på spil;

- dvs. det gør en forskel, om man har kontraheret med en filial i Danmark eller med hovedsædet i udlandet;
- husk, at filialen pr. definition forsvinder, hvis det udenlandske selskab opløses:
  - *UfR 1989.969 Ø (Chevron)* – sag mod Chevron Inc., Delaware (USA) – da Chevron Inc. opløstes, afvistes den anlagte sag straks.

Rettighed over fast ejendom – i Danmark, § 241
- skal være en tinglig tvist;
- dvs. om en tinglig rets 1) eksistens, 2) omfang eller 3) naturalopfyldelse (håndhævelse *in natura*);
- fx håndhævelse af en servitut på ejendommen;
- ejer ejendomsret, aftægtsret, panteret, lejeret;
- fx: naboen vil stævne til håndhævelse af servitut, men den tjenende ejendoms ejer bor i udlandet …
- den faste ejendoms værneting i Danmark kan da bruges;
- kan også bruges, hvis køber stævner til naturalopfyldelse for hele købet (som sælgeren vil fragå), jf. *UfR 1960.701/1 Ø* – ejendomsret;
- kan også bruges, hvis ejendomsret ønskes opnået ved at få kendt en bodelingsaftale ugyldig, *jf. UfR 2012.1874/2 V*;
- kan derimod ikke bruges, hvis kravet fx blot er et pengekrav, fx erstatning (U: accessorisk pengekrav kan medtages);
- kan heller ikke bruges ved mangelkrav (erstatning eller prisafslag), men …
  - ejendommens værneting kan alligevel bruges;
  - nemlig fordi det er opfyldelsesværneting, § 242;
  - her skulle rigtig realydelse jo præsteres;
  - og det gør ingen forskel, at den nu er konverteret til et pengekrav, jf. herom straks nedenfor.

Opfyldelsesværnetinget – opfyldelsessted i Danmark, § 242
- kaldes også: kontraktværnetinget;
- gælder (modsat Brux. 5, stk. 1, litra a) ikke for pengekrav, § 242, stk. 2;
  - U: kravet opstod under sgt.s ophold i retskredsen og skulle opfyldes, inden han forlod stedet;
  - fx hotel-, restaurant- eller reparationsregning.
- pengekrav (der falder uden for § 242) er fx …
  - sælgerens krav på betalingen af en købesum (dette er et "rent" pengekrav – det primære krav er og bliver et pengekrav);
  - forhandlerens krav på erstatning for et for kort opsigelsesvarsel fra det udenlandske firma, *UfR 1992.746 H*.
- anderledes, hvis det primære krav er et realkrav (der nu blot konverteres til et sekundært pengekrav) …
  - så fastholdes opfyldelsstedet for det primære krav;
  - her skulle mangelfri ydelse jo leveres, dvs. der er værneting dér;

- *UfR 1990.408 V* – sættefisk leveret i Danmark, men sygdomsramt, erstatning;
- *UfR 1991.779 Ø* – ejendom i Danmark, mangelfulde gulve, erstatning.

Deliktsværnetinget – skadessted i Danmark, § 243

- skal være krav uden for kontrakt;
- "retskrænkelsen" skal være foregået i Danmark;
- kan fx være erstatning efter culpareglen;
- eller objektivt ansvar, fx produktansvar;
- kan også være en injuriesag (privat straffesag) med krav og straf og erstatning/godtgørelse;
  - her har sgr. valgfrihed mellem handlingsstedet og det sted, hvor virkningerne er indtruffet …
  - fx ved offentliggørelse i dagblade, afsendelse af breve mv.;
  - jf. bet. nr. 1052/1985 om retternes stedlige kompetence, s. 78;
  - se *UfR 2014.254 V (de injurierede kommunalansatte)* – sgt. med bopæl i Sønderborg kunne stævnes i Holbæk, hvor sgr.erne boede og arbejdede;
- kunne før 1. juli 2013 ikke anvendes som værneting under sag med krav om fogedforbud:
  - *UfR 2002.405 H (Viasat)* – dansker i Columbia lagde krypteringsnøgler til TV1000 mv. på hjemmeside – krænkede Viasats ret – afvist
- fra 1. juli 2013 er kompetencen i midlertidige forbud/påbud flyttes fra fogedretten til domsretten…
  - og dermed gælder nu også de almindelige værnetingsregler, § 412.

Værnetingsaftale – dansk domstol aftalt, § 245

- også i trykte standardvilkår, forudsat de er vedtaget;
- kan være formuleret som en definitiv vedtagelse af dette værneting;
- eller som en ret (uden pligt) for sgr. til at bruge det aftalte værneting, dvs. vedtaget i en bestemt parts interesse (giver valgret);
- må have en rimelig grad af tydelighed, jf. *UfR 2001.2103 SH*, lettisk transportselskab, dansk speditør – "*Arbitration … shall be settled by court in Esbjerg, Denmark … shall be final and binding*", afvist (uden stillingtagen til, om voldgift var vedtaget);
- må indgås af én, der kan forpligte selskabet, jf. *UfR 2008.2727 Ø* – værkfører, uforpligtende;
- admitteres sagen, og kendes parternes aftale ugyldig, består værnetingsaftalen desuagtet (princippet om *separability*) – *UfR 1996.786 H (Scanbroker/Nomura)*;
- NB(1): binder ikke en parts konkursbo i en omstødelsessag, *UfR 1978.575/2 V* – tysk domstol vedtaget – ikke bindende for boet;
- NB(2): husk, at en værnetingsaftale ikke automatisk også indebærer en lovvalgsaftale (sagen kan godt afgøres ved dansk domstol efter fx materiel tysk ret).

- Opholdsværnetinget – ophold ved forkyndelsen, § 246, stk. 2
  - subsidiært i forhold til de øvrige supplerende værneting i § 246, stk. 1;
  - meget snæver anvendelighed;
  - kun sag mod fysiske personer;
  - kun sag om formueretlige krav;
  - kun hvis de er her i landet ved forkyndelsen;
    - fx til møde, bor på hotel, konference;
    - næppe helt korte ophold, mellemlanding mv. (trods *UfR 1927.516 SH*).
  - meget tynd tilknytning til Danmark …
  - må derfor aldrig anvendes over for sgt. med bopæl eller hjemsted i EU eller "EFTA", jf. Brux. I artikel 3, stk. 2 og tilsvarende Luganokonventionen.
- Godsværnetinget – har "gods" i Danmark, § 246, stk. 3
  - dette værneting er bandlyst under Bruxelles I-forordningen …
  - men kan få betydning i fx et dansk konkursbos omstødelsessag mod en processuel udlænding, der ellers ville høre under Brux. I …
  - dog forudsat at kravet primært støttes på insolvensretlige synspunkter, fx omstødelse efter KL, jf. fx *UfR 2013.1608 V*; *UfR 2014.3239 V*
  - subsidiært, ligesom opholdsværnetinget er;
  - både sag mod fysisk og juridisk person;
  - kun sag om formueretlige krav;
  - "gods" kan være det, som sagen drejer sig om, eller noget helt andet "gods";
  - "gods" kan være næsten alt – løsøre, værdipapir, fordring i dansk bo, immaterialret;
  - også fx godkendt krav i dansk konkursbo …
    - *UfR 1999.88 H* – fordring på 10.177 kr.
      - omstødelsessag om 601.000 kr. mod udenlandsk firma;
      - havde ikke anmeldt kravet i boet;
      - landsret ville afvise, thi ingen dividende;
      - for HR: dividende 8-57 pct., alt efter udfald af omstødelsessager;
      - HR. admitteret.
    - tilsvarende *UfR 1990.124 V* og *UfR 1999.88 H*.
    - *UfR 2013.1608 V:* anmeldt 4,1 mio. kr. i dansk bo
      - kurator havde udtalt, at næppe dividende …
      - men konkret udsigt til dividende pga. omstødelsessager (bl.a. mod denne kreditor!);
      - derfor alligevel +godsværneting.
  - må ikke være tilvejebragt på illoyal måde (var ikke tilfældet i *UfR 2014.3239 V* – udenlandsk leverandørs lastbil i boets varetægt mhp. forarbejdning og lakering)
  - må ikke være helt værdiløst, *UfR 1964.228 H* – bræddeskillevægge (140 kr.) til bowlingbaner;

- er et datter-datter-datter-datter-datter-selskab i Danmark (tipoldebarnsselskab) "gods"?
  - US-selskab ejede gennem 3 mellemliggende selskaber et dansk selskab (dvs. 5 selskaber under hinanden);
  - var det danske selskab "gods"?
  - ØL (2-1): nej – forkert, thi et selskab ejer pr. definition samtlige underliggende selskaber, uanset strukturen (jf. den dissentierende ld.).

Justifikation efter arrest i skib – § 246 a

- situation: der foretages arrest i skib i dansk havn;
- årsag: rederiet skylder penge (mandskab, speditør, transportør etc.);
- arresten fastlåser skibet …
- men skal inden 1 uge følges op af et sagsanlæg (justifikations-sagen);
- denne kan anlægges i den retskreds (Aalborg, Esbjerg, København etc.), hvor arresten er foretaget;
- eller hvor den skulle være foretaget, hvis ikke rederiet havde afværget den med en bankgaranti;
- NB: begge parter må stille bankgaranti – 1) kreditor (rekvirent/sagsøger) for at få foretaget arresten, og 2) rederiet for at afværge arresten;
- herefter kan skibet sejle, og slagsmålet fortsætter ved det danske værneting, udpeget efter § 246 a.

Hvilke typer krav kan det danske opfyldelsesværneting bruges til henholdsvis ikke bruges til? Hvorfor er gods- og opholdelsesværnetingene "eksorbitante"?

Kapitel 12

Internationalt værneting efter Bruxelles I-forordningen

12.1. Reglerne og deres anvendelse

- Forordning nr. 44/2001 – omfatter EU-landene – og via Luganokonv. også "EFTA"-landene Norge, Liechtenstein, Island – samt Schweiz (sidstnævnte uden for EØS).
- Dansk parallelaftale – af 19. oktober 2005 (Aftalen)
  - anvendes på sager anlagt fra 1. juli 2007;
  - ældre, verserende sager: konventionen bruges fortsat.
- Forordningen anvendes – i stedet for rpl.s regler, § 247
  - i særdeleshed må godsværneting og opholdsværneting aldrig anvendes her;
  - men enkelte særlige rpl.-regler gælder dog stadig:
    - skibsarrest, § 246 a (thi konvention fra 1952, ældre end Bruxelleskonv. og -forordningen);
    - isoleret bevisoptagelse, rpl. § 343 – fx (hastende) syn og skøn over mangelbehæftet maskine mv.
- Forordningen **anvendes** på følgende – artikel 1(1)
  - civil- og handelsretlige krav, dvs. formueretten i bred forstand;
  - modsat: ikke offentligretlige krav.
- Forordningen anvendes **ikke** på følgende – artikel 1(2)
  - person – fysiske personers retlige status, handleevne mv.;
  - arveret – hverken legal arv eller testamentsarv;
  - familieret – formueforholdet mellem ægtefæller (U: underholdsbidrag, jf. artikel 5, stk. 2);
  - insolvensret – konkurs (fx omstødelsessag jf. *UfR 2013.1608 V*), akkord, gældssaanering;
  - sociale sikringsordninger;
  - voldgift – Brux. I og Lugano viger således for en voldgiftsaftale.

- Kategorier af værneting:
  - sgt.s hjemting, artikel 2 (bopæl henholdsvis hjemsted);
  - supplerende værneting, der kan vælges, artikel 2, fx opfyldelsesværneting, filialværneting, deliktværneting;
  - særlige værneting, der er udtømmende, dvs. skal anvendes, artikel 8-21 – forsikringsaftaler, forbrugeraftaler og ansættelsesaftaler;
  - enekompetence hos retterne i én stat, artikel 22:
    - rettigheder over fast ejendom, herunder leje og forpagtning – beliggenhedslandet;
    - opløsning mv. af selskaber – hjemstedslandet;
    - gyldigheden af offentlige registreringer – registerlandet;
    - registrering eller gyldighed af immaterialrettigheder – registreringslandet;
    - fuldbyrdelse – fuldbyrdelsesstedet (dvs. fogedretten har ingen grænseoverskridende kompetence).
  - vi koncentrerer os her om 1) hjemting og 2) supplerende værneting.

12.2. Hjemtinget

- Fysiske personer – artikel 2, stk. 1
  - nationalitet (statsborgerskab) er uden betydning;
  - afgørender er, hvor de har bopæl;
  - "bopæl" er her ikke et EU-begreb …
    - hvis i Danmark: anvende begreberne i rpl. § 235, stk. 1-2 og § 236 – artikel 59, stk. 1;
    - hvis i udlandet: anvende den pågældende stats bopælsbegreb – artikel 59, stk. 2.
- Selskaber mv. – artikel 2, stk. 1, smh. med artikel 60, stk. 1
  - dette "bopæls"-begreb er et EU-begreb;
  - sgr. kan vælge mellem …
    - vedtægtsmæssigt hjemsted,
    - hovedkontor og
    - hovedvirksomhed.
  - årsag: selskabet må tage konsekvenserne af sin organisationsform;
  - selskab med *registered office* i UK, men faktisk hjemsted i Tyskland: sgr. kan vælge;
  - NB: hvor selskabet selv er sgr., kan også dét påberåbe sig valgretten, fx som forsikringstager.

12.3. Supplerende værneting – der kan vælges, artikel 5

- Kontraktværnetinget, artikel 5, stk. 1, litra a-b
  - består af to kategorier:
    - et generelt kontraktværneting, artikel 5, stk. 1, litra a;
    - to specialregler, artikel 5, stk. 1, litra b – varer og tjenesteydelser.

- det generelle kontraktværneting, litra a)
  - hvor den forpligtelse, der ligger til grund for sagen, er opfyldt eller skal opfyldes;
  - også rene pengekrav, dvs. et "kreditor-værneting" (modsat rpl. § 242);
  - også, hvis der er tvist om, hvorvidt en aftale overhovedet er indgået, jf. *C-38/81 (Effer)*;
  - Tessilikriteriet, *C-12/76 (Tessili)*: først foretages IP-lovvalg; herefter findes opfyldelsesstedet.
- løsøre- og tjenesteydelsesreglen, litra b)
  - her er det ikke afgørende, hvad der stævnes for …
  - men hvor leveringsstedet er (henholdsvis skulle have været);
  - ved retten på dette sted kan køber stævne for mangler mv. …
  - og sælger kan stævne for betaling;
  - EUD i *C-87/10 (Electrosteel Europe)*: hensyn til Incoterms mv. samt fysisk leveringssted;
  - hvad hvis der er flere leveringssteder? EUD i *C-386/05 (Color Drack)*: skal finde hovedleveringsstedet (øk. kriterier) – ellers stævne på ethvert leveringssted;
  - flyselskab – kan stævnes både på afgangs- og ankomststedet, jf. *C-204/08 (Rehder mod Air Baltic)* …
    - annulleret afgang München-Vilnius – kunne stævne i München
    - tilsvarende *UfR 2015.1458 V* om anlæg af retssag i Danmark mod belgisk flyselskab
  - der kan (naturligvis) være både vare- og tjenesteydelse i samme aftale, jf. *UfR 2010.1723 V* om butiksindretning i Spanien; afvist fra danske domstole;
  - litra b) kan kobles ud gennem parternes aftale: "Brux. I artikel 5, stk. 1, litra b, finder ikke anvendelse" – i så fald gælder kun litra a).

Deliktsværnetinget – artikel 5, stk. 3

- hvor skadetilføjelsen er foregået eller vil kunne foregå;
- skal være uden for kontrakt, fx illoyalitet ved forhandling om en kontrakt (*culpa in contrahendo*), *C-334/00 (Tacconi)*;
- også forbudssag mod virksomhed mod anvendelse af ulovlige standardvilkår, *C-167/00 (Henkel)*;
- ved produktansvar er værnetinget producentens hjemting (dette anses som stedet for den skadevoldende begivenhed)
  - jf. *C-45/13 (Pantherwerke)* – cykel brød sammen i Østrig hos forbrugeren; skulle sagsøge producenten ved dennes hjemting, Tyskland
- sgr. kan vælge mellem …
  - hvor handlingen er foretaget, og
  - hvor direkte skade umiddelbart indtræffer.

- injuriesag:
  - *C-68/93 (Fiona Shevill mod France Soir)* – hvor avisen er blevet udbredt, men kun for skaden dér (den *lokale* skade) (237.000 eksemplarer, heraf 230 i UK);
  - *C-509/09 og C-161/10 (eDate Advertising)* – hvor EUD betegner ytringer over internettet som "allestedsnærværende" og anviser tre muligheder:
    - injuriantens (sagsøgtes) hjemting, jf. hovedreglen i Bruxelles I;
    - den injurieredes (sagsøgerens) "centrum for sine interesser", jf. skadesstedets værneting (her: den *totale* skade);
    - andre retter fsv. angår skade forårsaget på den pgl. stats område (den *lokale* skade);
    - se nærmere *Peter Arnt Nielsen* i UfR 2013 B s. 221 ff., særligt s. 224.
- kan man bruge offentlig forkyndelse (i DK: Statstidende) …
  - hvis man slet ikke kan lokalisere sgt.?
  - ja, hvis alt er gjort for at finde ham og forkynde for ham …
  - og retten ikke har indicier for, at han bor uden for EU;
  - jf. *C-292/10 (Cornelius de Visser)* …
    - hvor sgr. krævede erstatning for nøgenfotos af hende, som sgt. uden hendes tilladelse havde lagt på nettet …
    - men hvor sgt. overhovedet ikke kunne findes.
- også anvendelig på negativt anerkendelsessøgsmål …
  - jf. *C-133/11 (Folien Fischer)*
    - sagsøgte den, der hævdede, at sagsøgeren var erstatningspligten pga. krænkelse af kartelregler (nægtelse af at udstede patentlicens) …
    - med påstand om, at sagsøgeren *ikke* var erstatningspligtig;
    - generaladvokat *Jääskinen* fandt, at Brux. I ikke omfattede neg. anerkendelsessøgsmål …
    - men litteraturen er overvejende enig med dommen, jf. fx *Bartosz Sujecki* i EuZW 2012 s. 950 ff.

Filialværnetinget – artikel 5, stk. 5

- sagen vedrører driften af filial, agentur mv.;
- ikke afgørende, om forpligtelsen skal opfyldes i filialstaten, jf. *C-439/93 (Lloyd's Register)*;
- der kan sagsøges i filialstaten;
- hovedselskabet skal have hjemsted i en EU-stat.

> Hvis man vil kontrahere med et udenlandsk selskab, hvorfor kan det så være klogt at indgå aftalen med selskabets filial i dit land?
>
> Forklar de to led i opfyldelsesværnetinget i Bruxelles I.

Kapitel 13

Offentlighedsprincippet – og indgreb i dette

13.1. Grundlovens § 65, stk. 1

- "I retsplejen gennemføres offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang".

13.2. EMRK artikel 6, stk. 1: kravet om offentlighed

- Offentlighed og dermed mundtlighed kræves som udgangspunkt.
- Modif.
  - dommeren kan konkret lukke dørene;
  - visse former for appel ad formalitet må godt være skriftlige (forudsat der var mundtlighed i 1. instans);
  - forvaltningsdomstole med en (som Ho.) skriftlig sagsbehandling er o.k. (men: retsmøder skal kunne holdes).

13.3. De to hovedregler om offentlighed og mundtlighed

- Retsmøder er offentlige, medmindre andet er bestemt ved lov eller i medfør af lov, jr. rpl. § 28 a, stk. 1.
- Retssager forhandles mundtligt. Skrift anvendes kun i det omfang, i hvilket loven særligt bestemmer det (fx processkrifter, kæreskrift etc.), jf. rpl. § 148, stk. 1.
  - Ved den mundtlige forhandling benyttes frit foredrag, jf. rpl. § 148, stk. 2.

> Hvad ligger der for en mødende advokat rent praktisk i kravet om "frit foredrag"?

13.4. Hvad forstås der ved "offentlighed"?

- **Umiddelbar** offentlighed: enhver kan få adgang
  - rpl. § 28 a, stk. 1: "Retsmøder er offentlige, medmindre andet er bestemt ved lov eller i medfør af lov";

- rpl. § 28 a, stk. 2: "Retsmøder, hvor der afsiges dom, er altid offentlige" (kan også afsiges uden retsmøde, § 219, stk. 5);
- offentlighedsreglen gælder (naturligvis) både for journalister og "alm. mennesker";
- modif. 1: praktiske pladsforhold, § 28 b, stk. 1 ("… for at hindre, at retslokalet overfyldes");
- modif. 2: dørlukning, jf. nedenfor.

- **Middelbar** offentlighed: der må frit refereres fra mødet
  - modif.: referatforbud, navneforbud mv.;
  - men der må ikke transmitteres billede eller lyd, jf. rpl. § 32, stk. 1 (U: undtagelsesvis tillade);
  - teksttransmission: Ho.: tilladt, jf. § 32, stk. 3 – U: retten kan altid forbyde det, jf. fx *UfR 2011.2408 V* med forbud mod live-blogging af forklaringer under Brønderslev-sagen (misbrug, vanrøgt).
- Begge slags offentlighed gælder i retsplejen – både umiddelbar og middelbar.
- Smh. reglerne om børsnoterede selskabers generalforsamlinger:
  - de skal være "offentlige";
  - men det betyder ikke, at enhver kan komme ind fra gaden;
  - kun journalister kan komme ind;
  - og der kan frit refereres fra gf.en;
  - dvs. her gælder middelbar, men ikke umiddelbar offentlighed.
- Hovedreglen om offentlighed gælder alle typer af retsmøder i civile og kriminelle sager, fx:
  - hovedforhandlingen – alle instanser;
  - et mundtligt forhandlet kæremål;
  - et grundlovsforhør, grundloven § 71, stk. 3 + rpl. § 760, stk. 2;
  - et retsmøde til fristforlængelse i en sag om varetægtsfængsling, § 767, stk. 1;
  - et kreditormøde under en betalingsstandsning, jf. *UfR 1988.202 V*.

13.5. Overblik over indgreb i offentlighedsprincippet

- Retsmøder, der pga. sagstypen altid er for lukkede døre (og i konsekvens heraf: krav om anonymisering ved offentlig gengivelse af domme).
- Udelukkelse af personer eller persongrupper fra retsmødet.
- Dørlukning.
- Referatforbud.
- Navneforbud.

> Hvorfor er det relevant at nævne ordet "proportionalitet" allerede her?

13.6. Nogle typer retsmøder holdes altid for lukkede døre

- Dommernes votering ("rettens rådslagninger og afstemninger"), § 214, stk. 2
  - kun adgang for dommerne og protokolføreren;
  - foregår i voteringsværelset;
  - i Højesteret dog i retssalen (der derfor skal forlades af alle andre);
  - i særlige tilfælde også tillade, at "andre" er til stede, § 214, stk. 2, 2. pkt.
- Forberedende retsmøder i civile sager – § 339 a
  - antages at virke forligsfremmende;
  - gælder både fysiske møder og telefonmøder;
  - også det særlige § 353-møde.
- Sager om ægteskab eller forældremyndighed, jf. rpl. § 453, stk. 1.
  - og hvis dommen gengives offentligt, er det strafbart, hvis man ikke anonymiserer alle personer, der er nævnt i dommen (både parter, vidner mv.).
- Faderskabssager, jf. rpl. § 456 m, stk. 1
  - samme anonymiseringskrav som i ægteskabssager.
- Sag om adoption uden samtykke ("tvangsadoption"), jf. rpl. § 475 g, stk. 1
  - samme anonymiseringskrav som i ægteskabssager.

13.7. Foged- og skiftesager – hvornår er de offentlige?

- Uskrevne grundsætninger, udviklet gennem praksis og litteratur.
- Udgangspunkt – retsmøderne er lukkede
  - uvedkommende må ikke overvære udlæg, umiddelbar fogedforretning etc.;
  - og de må ikke overvære møde i dødsbo, gældssanering, ægtefælleskifte;
  - *T:FA 1999.167 V (ægtefælleskifte)* – H måtte mod M's protest ikke tage sin ven med.
- Tvist i foged- eller skifteret – åbne døre
  - thi nu judiciel virksomhed;
  - og parterne har krav på den "beskyttelse", der ligger i offentlighedsreglerne;
  - fx tvist om udlægsbetingelser opfyldt;
  - om konkursdekret kan afsiges etc.;
  - svært at overholde i praksis (og omverdenen får jo ikke besked).
- Tvangsauktioner – naturligvis offentlige
  - det er jo hele idéen med budsystemet.
- Møder under betalingsstandsning – er offentlige
  - både mødet inden 3 uger efter begæringen …
  - og møder om evt. forlængelse;
  - jf. *UfR 1988.202 V*, nævnt ovenfor.

Kapitel 14

Retsmøderne

14.1. Nogle personer kan konkret udelukkes fra offentligt retsmøde eller fra dele af mødet

- I en kollegial ret er det retsformanden, der træffer afgørelsen, jf. rpl. § 28 b.
- Børn under 15 år, § 28 b, stk. 2, 1. pkt.
- Berusede mv. ("befinder sig i en sådan tilstand, at vedkommendes tilstedeværelse ville stride mod rettens værdighed eller god orden"), § 28 b, stk. 2, 2. pkt.
- Rockerreglen – § 28 b, stk. 3
  - bestemte personer eller grupper af personer;
  - hvis det skønnes nødvendigt …
  - for at opnå en sandfærdig forklaring af et vidne eller en part;
  - jf. *UfR 1998.665/1 Ø* – "Thi bestemmes: Alle personer, der på én eller anden måde har tilknytning til Hells Angels eller Bandidos, skal forlade retssalen under vidneafhøringen, idet dette skønnes nødvendigt for at opnå en sandfærdig forklaring".
- Vidner – må ikke påhøre andre forklaringer, § 182, stk. 2 …
  - hverken parts- eller vidneforklaringer el. forklaring fra evt. skønsmand;
  - derfor det ofte sete skilt uden for retslokalet: "Vidner har kun adgang efter påråb";
  - meget uheldigt, hvis dette kikser – kan evt. medføre, at vidnet ikke kan føres (nu er det jo "påvirket");
  - derfor retsformandens falkeblik og evt. spørgsmål mht., hvem der sidder blandt tilhørerne;
  - modif.: repræsentanter for selskab mv. behandles som parter, også selv om de skal afhøres, fx *UfR 1994.511 Ø*;
  - modif.: retten kan bestemme andet;
  - hvis adhæsionsprocessen moderniseres (Retsplejerådet), vil offeret fmtl. få lov til at overvære forklaringer (dvs. svarende til partsstatus i civil sag).

14.2. Dørlukning – fælles bemærkninger

- Her er det retten, ikke retsformanden, der træffer afgørelsen, jf. rpl. § 29, indledningen. Dvs. i en kollegial ret: alle dommerne.
- Bemærk, om det er kan-regler eller skal-regler
  - § 29: de alm. dørlukningsregler – kan-regler ("retten kan bestemme …");
  - § 29 a: beskyttelse af sædelighedsoffer og politiagent – skal-regler ("… lukkes dørene").
- Proportionalitet skal iagttages – § 29, stk. 5 …
  - dvs. hvis man kan nå samme mål med referatforbud (eller blot navneforbud) …
  - skal man nøjes med dette.
- Offentlig gengivelse er forbudt af det, der "forhandledes" i et retsmøde for lukkede døre, § 29 f …
  - dog ikke, hvis dørlukning alene skete af hensyn til ro og orden.
- Offeret i straffesag – må være der trods dørlukning, § 29 e, stk. 2.
- Andre kan tillades – retsformanden, § 29 e, stk. 1.

14.3. Dørlukning – kan-reglerne

- Hvis hensynet til ro og orden i retslokalet kræver det, § 29, stk. 1, nr. 1 – tumult mv. (og brug af rockerreglen ikke er nok).
- Forholdet til fremmede magter, § 29, stk. 1, nr. 2 – spionagesag mv.
- Hvis offentligt retsmøde vil "udsætte nogen for en unødvendig krænkelse …", § 29, stk. 1, nr. 3 …
  - men selv i sager om voldtæg, misbrug mv. er der normalt åbne døre;
  - offeret kan beskyttes gennem dørlukning under offerets forklaring, § 29 a, stk. 1 (dørene lukkes, når offeret anmoder om det);
  - under videoafspilning af barns forklaring i sædelighedssag skal dørene lukkes, jf. § 29 a, stk. 2, *UfR 2006.2445 V*.
- "… unødvendig krænkelse, herunder når der skal afgives forklaring om erhvervshemmeligheder", § 29, stk. 1, nr. 3 igen;
  - er advokaterne altid tilstrækkeligt opmærksomme på denne mulighed?
- Særlig betydning for parterne at undgå offentlighed om sagen, og ingen afgørende offentlig interesse strider herimod, § 29, stk. 2 …
  - kan være personlige forhold;
  - eller erhvervsmæssige;
  - sker kun "efter anmodning fra parterne";
  - advokater opmærksomme herpå?
- Sigtet eller tiltalt (T) i straffesag under 18 år, § 29, stk. 3, 1. pkt.

- Forklaring fra politimand med særlig funktion, § 29, stk. 3, 2. pkt.
  - meddelere (hvis den pågældende har optrådt som agent, gælder skal-reglen i § 29 a, stk. 3);
  - politifolk, der installerer udstyr til rum- eller tlf.-aflytning mv., eller som foretager overvågning/skygning.
- Hvis offentlighed vil bringe nogens sikkerhed i fare, § 29, stk. 3, nr. 3 …
  - fx forklaring om modtagelse af tip eller anmeldelser.
- Hvis offentlighed vil hindre sagens oplysning "på afgørende måde", § 29, stk. 3, nr. 4
  - hvis under hovedforhandling: kun i 1. instans, og kun hvis "medgernings-mænd", § 29, stk. 4;
  - uden for hovedforhandlingen: friere muligheder – fx *UfR 2001.908 V*.
- Inden retten lukker dørene efter kan-reglerne
  - skal parter og tilstedeværende journalister have adgang til at udtale sig, jf. § 29 c, stk. 1, nr. 1;
  - kan evt. lukke dørene under denne høring (dobbelt lukkede døre), § 29 c, stk. 1, 2. pkt.
- Afgøres ved kendelse – § 29 c, stk. 1-2
  - afsiges i offentligt møde, uanset evt. dobbelt lukkede døre;
  - kan afsiges ved mødets begyndelse eller senere.
- Journalisterne kan kære – § 393 (civil) og § 968 (straffe)
  - skal have været til stede;
  - behøver ikke at have udtalt sig inden kendelsen;
  - der kan i byret kæres mundtligt til retsbogen;
  - ellers: kæreskrift (til den ret, der kæres over);
  - kære har ikke opsættende virkning (U: kan bestemmes af kæreinstansen eller af retten selv), § 395 og § 969, stk. 2;
  - ændrer kæreinstansen kendelsen, har dette ingen retsvirkning for det afholdte retsmøde, § 398 a og § 973 a.

14.4. Dørlukning – skal-reglerne

- Offerforklaring i sædelighedssager, § 29 a, stk. 1.
- Videoafspilning i sædelighedssager, § 29 a, stk. 2
- Politiagents forklaring efter agentvirksomheden, § 29 a, stk. 3
  - forudsætter begæring fra anklagemyndigheden;
  - hvis +begæring, er det en skal-regel.
- Udtalelse fra parter og journalister – skal ikke indhentes her, jf. § 29 c, modsætningsvis.

14.5. Referatforbud

- Kun i straffesager.
- Retten bestemmer, og det er kan-regler, § 30.
- Kriterier, § 30, stk. 1-4 – velkendte kriterier:
  - sigtet/tiltalt under 18;
  - bringe nogens sikkerhed i fare;
  - skade sagens oplysning;
  - unødvendig krænkelse af "nogen" (kan også være offentligheden selv).
- Evt. udtalelse fra parter og journalister, § 30 b
  - også her har journalister kærebeføjelse – behøver ikke at selv at have været til stede, § 968, stk. 2.

14.6. Navneforbud

- Kan både være navn på sigtede/tiltalte – og på "andre under sagen nævnte personer", § 31.
- Egentlig et "identifikationsforbud"
  - omfatter navn, stilling, bopæl …
  - og at "identiteten på anden måde offentliggøres";
  - hårfin sondring, hvor tæt en avis kan gå i beskrivelsen.
- Kan fx tillade stillingen nævnt, men forbyde det øvrige.
- Kun i straffesager
  - C&G-banksagen som eksempel;
  - civil sag verserede sideløbende med straffesag;
  - Ekstra-Bladet kunne nævne alle navnene fra det civile søgsmål …
  - men ikke fra straffesagen, thi navneforbud.
- Retten bestemmer, og det er kan-regler.
- Kriterier, § 31, stk. 1-2 – velkendte kriterier:
  - bringe nogens sikkerhed i fare;
  - unødvendig krænkelse af "nogen".
- Nogle obligatoriske hensyn – § 31, stk. 3:
  - lovovertrædelsens grovhed;
  - dens samfundsmæssige betydning og
  - om den pågældende har indtaget en stilling, som "i forhold til offentligheden er særligt betroet";
  - i grovere sager, fx om narko, skal navneforbud (nu) anvendes tilbageholdende, jf. *UfR 1999.840 H*;
  - navneforbud bliver ikke meningsløst at udstede, blot fordi sagen og T's navn har været omtalt på internettet, *UfR 2010.1427 H*.
- Navn, binavn og kaldenavn på selskab mv. – kan forbydes efter krænkelsesreglen, § 31, stk. 2.

- Kendelse – § 31 a
  - journalister kan udtale sig;
  - og kan kære – uden at have været til stede.
- Hvor længe varer navneforbuddet?
  - kan udstrækkes til også at gælde under bevisanke, men ikke under ren udmålingsanke, § 31, stk. 4;
  - bortfalder altid ved afsigelse af endelig dom, § 31 a;
  - dvs. her "afsløres" identiteten.

Repetér den indholds- og tidsmæssige udstrækning af et navneforbud.

Kapitel 15

Aktindsigt i retsplejen – dokumentoffentlighed

15.1. Generelt

- Retsplejen haltede i mange år bagefter
  - bet. nr. 1427/2003 om reform af den civile retspleje II;
  - gælder siden 1. juli 2004;
  - slet ikke en aktindsigt, der nærmer sig OFL's regler.
- Aktindsigten er differentieret – se oversigten i § 41 med person(grupper):
  - enhver;
  - særlig interesse i sagen;
  - pressen (massemedierne);
  - mer-offentlighed;
  - parternes aktindsigt i civile sager;
  - sigtedes og tiltaltes aktindsigt i verserende og afsluttede straffesager.
- Retslister – § 28
  - udarbejdes for hver dag; opslås hos retten + på internettet;
  - fx VL's retsliste på internettet: "Retslisterne er opstillet i overensstemmelse med bestemmelserne i bkg. nr. 546 af 18. juni 2004 med senere ændringer om retslister mv." og …
  - "Det betyder, at parter i en række sager – f.eks. straffesager og familieretlige sager – er anonymiserede. Det betyder endvidere, at en sag ikke er medtaget på retslisten, hvis oplysning om sagen ville betyde videregivelse af oplysninger i strid med § 7 i persondataloven. – En fuldstændig retsliste er opslået i retsbygningen."

15.2. Enhver har ret til følgende

- Aktindsigt i domme og kendelser – §§ 41 a-c og 41 e, jf. § 41, stk. 1.
- Ret til at gennemse en doms konklusion ("Thi kendes for ret: …") inden 1 uge efter dommens afsigelse, jf. § 41 a.
- Kopi af domme og kendelser, jf. § 41 b, stk. 1.

- Undtagelser – dvs. hvor aktindsigt kan nægtes:
  - ægteskabssager mv.,
  - straffesager, der er endeligt afsluttet for mere end 1 år siden (U: forskning; journalister),
  - kendelser i straffesager, der ikke er endeligt afsluttet (U: journalister),
  - forklaringer afgivet i lukkede retsmøder (U: dørlukning er alene sket af hensyn til ro og orden),
  - forklaringer omfattet af et referatforbud, jf. § 41 b, stk. 2.
- Indskrænkninger – dvs. hvor der kan "klippes" i dokumentet:
  - statens sikkerhed; forholdet til fremmede magter,
  - ganske særlige grunde: forebyggelse, opklaring og forfølgning af lovovertrædelser,
  - oplysninger om enkeltpersoners rent private forhold eller virksomheders erhvervshemmeligheder (konkret afvejning).
- Skriftlig forelæggelse eller procedure (§§ 387, 927 b og 928 a, stk. 2 og 3):
  - enhver har ret til kopi …
  - når der er afsagt dom, § 41 c, stk. 1.
- Endelige påstandsdokumenter (§ 356 a)
  - enhver har ret til kopi …
  - fra to arbejdsdage før domsforhandlingen, § 41 c, stk. 2.

15.3. Særlig interesse i sagen

- "Individuel, væsentlig interesse – i et konkret retsspørgsmål"
  - dokumenter, der vedrører en borgerlig sag eller en straffesag;
  - også retsbøgerne;
  - forudsat: betydning for vurderingen af det pågældende retsspørgsmål, § 41 d, stk. 1.
- Kendskab til dokumenterne skal have …
  - "væsentlig betydning for at afklare et konkret retsspørgsmål, …";
  - som ansøgeren har en individuel, væsentlig interesse i;
  - eller: "ansøgeren [har] i øvrigt … en særlig tilknytning til sagen".
- Hvad gør "enhver" eller den, der har "særlig interesse"?
  - skal angive dokument eller sag, § 41 e, stk. 1;
  - aktindsigt i "et større antal sager" kan afslås, medmindre anmodningen er rimeligt begrundet;
  - aktindsigt efter §§ 41 a-c og anmodning om aktindsigt i borgerlige sager efter § 41 d indgives til retten (kæremulighed);
  - aktindsigt i straffesager: politidirektøren (klage, 4. uger, statsadvokaten).

15.4. Pressen (massemedierne)

- Hvem?
  - personer omfattet af § 172, stk. 1, nr. 2 eller 4.
- Indsigt i hvad?
  - domme afsagt de seneste 4 uger, § 41 f, stk. 1.
- Undtagelser (bl.a.):
  - ægteskabssager mv.,
  - forklaringer i lukket retsmøde,
  - enkeltpersoners private forhold mv.,
  - personnumre.
- Kan fra anklagemyndigheden få udleveret – § 41 f, stk. 2:
  - anklageskrift eller retsmødebegæring,
  - anonymiseres, så forurettedes eller vidners identitet ikke fremgår.
- Retten udlåner i straffesager – § 41 f, stk. 3:
  - hjælpebilag og rids over gerningsstedet.
- Parterne udlåner i civile sager – § 41 f, stk. 4:
  - et eller flere af sagens dokumenter;
  - kræver parternes og rettens samtykke;
  - skal ske under et retsmøde.
- Retten udleverer i både straffe- og civilsager – § 41 f, stk. 5:
  - andre indførsler i retsbøgerne end domme og kendelser.
- Vigtigt ad journalisters aktindsigt – § 41 f, stk. 6
  - må kun bruges "til støtte for journalistisk og redaktionelt arbejde";
  - må ikke fx trykkes i avisen, lægges på internettet eller affotograferes i tv.

15.5. Meroffentlighed

- Der kan gives aktindsigt i videre omfang
  - dvs. "meroffentlighed" …
  - medmindre andet følger af regler om tavshedspligt mv., jf. § 41 g, stk. 1.

15.6. Parternes aktindsigt i civile sager – § 255 a, stk. 1

- Kopi af alle dokumenter, der vedrører sagen
  - selvfølgelig! – parterne sender dem til hinanden;
  - også kopi af indførsler i retsbøgerne;
  - dog ikke rettens interne arbejdsdokumenter (dommernes notater etc.).

> Rekapitulér efter hukommelsen, hvad enhver har ret til aktindsigt i, og hvilke undtagelser der er.

Kapitel 16

Forhandlings-maksimen

16.1. Kort og fyndig lovregel – rpl. § 338

- "Retten kan ikke tilkende en part mere, end han har påstået, og kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes."

16.2. Reale grunde til forhandlingsmaksimen

- Parterne kender sagen (processtoffet) bedre, end retten gør.
- Parterne skal betale sagens omkostninger – bør derfor kunne bestemme, hvilke ressourcer de vil sætte ind på sagen.
- Kontradiktionsmaksimen skal have lov til at virke på alt processtoffet – derfor skal det fremkomme gennem en adversarisk og kontradiktorisk procesform.
- Parterne råder over sagsgenstanden uanset den verserende sag, jf. dispositionsmaksimen (de kan forlige sagen udenretligt) – derfor skal de også kunne råde over sagen.
- Hvis retten medvirkede til at tilvejebringe processtoffet, kunne der opstå mistanke om upartiskhed.
- Centralt dansk værk – *Finn Taksøe-Jensen*: Materiel procesledelse i borgerlige sager (disputats).

16.3. Kerneindholdet i forhandlingsmaksimen

- Processtoffet tilvejebringes af parterne
  - påstande;
  - anbringender;
  - beviser – som trods ordlyden af § 338 også omfattes.
- "Forhandlingsmaksimen" betyder **ikke**, – at parterne selv "styrer forhandlingerne". Derimod bestemmer de, hvad der skal ind i forhandlingerne (og modsætningsvis, hvad der ikke skal ind).
- Retten træffer sin afgørelse (alene) på grundlag af det, som parterne har fremført for retten.

- Kan ikke gå ud over påstandene – der skal være "dækning i påstandene" for dommens konklusion (*ne ultra petita partium* = ikke ud over parternes begæring).
- Kan ikke *ex officio* foranstalte bevisførelse.
- Modsat forvaltningsmyndigheder og (andre landes) forvaltningsdomstole – her gælder officialmaksimen (= undersøgelsesprincippet).

16.4. Påstand – begrebet

- det, som parten gerne vil have til at stå i domskonklusionen
- dvs. efter ordene "Thi kendes for ret: …"
- dvs. det, der kræves dom for.

16.5. Anbringende – begrebet

- anbringender = (sgr.s) søgsmålsgrunde og (sgt.s) indsigelser.
- en retlig kvalifikation af faktiske omstændigheder til støtte for en påstand.
- det, som parten gerne vil have til at stå i præmisserne.
- dvs. typisk indledt med "Retten finder, at …"
- dvs. anbringende = begrundelse for partens påstand.
- knytter forbindelsen mellem faktum og påstand – hvorfor fører dette faktum til denne påstand?
- forhandlingsmaksimen gælder med sikkerhed for faktiske anbringender (faktum + jus er sammenkædet).
- gælder maksimen også et rent juridisk anbringende?
  - traditionel teori: nej, thi *jura novit curia* (= domstolen kender gældende ret);
  - praksis: jo, hvis anbringendet udtrykkeligt frafaldes;
  - nærmere herom nedenfor under jus.
- et anbringende skal påberåbes, ikke kun omtales
  - sker med ordene: "gør gældende, at …";
  - ikke nok at nævne, at et krav "er meget gammelt" …
  - skal anføre: "gør gældende, at kravet er forældet".

16.6. Eksempler på anbringender

- fx sgr.: "Det gøres gældende, at sgt. har handlet erstatningspådragende ved at …" (bemærk: jus + faktum).
- fx sgt.: "Det gøres gældende, at der gælder et erstatningsansvar med omvendt bevisbyrde, og at sgt. har modbevist skyldformodningen ved at …" (jus + faktum).
- fx sgr.: "Det gøres gældende, at sgt. ved sin erklæring af … har afgivet tilsikring mod …" (faktum + jus igen).

- fx sgr.: "Det gøres gældende, at det købte ved handelens indgåelse led af en sådan værdiforringende mangel, at der er grundlag for et afslag i prisen stort kr. …" (faktum + jus i flere lag).
- fx sgt.: "Det gøres gældende, at sgr.s eventuelle krav er bortfaldet som følge af for sen reklamation (henholdsvis som følge af passivitet, forældelse), idet …" (jus + faktum igen).
- fx sgt.: "Det gøres gældende, at sgr.s eventuelle krav er bortfaldet som følge af egen skyld hos sgr., subsidiært at kravet skal nedsættes med ⅔, mere subsidiært med ½, endnu mere subsidiært med ⅓, idet …" (jus i flere lag + faktum) …
  - anbringendet skal selvfølgelig herefter være koordineret med påstanden (her: beløbsmæssigt).

16.7. Husk præklusionsreglerne – eventualmaksimen

- Omfatter både påstande og anbringender – om end måske lidt mere liberalt ad anbringender end ad påstande.
- Når forberedelsen afsluttes – kan påstande og anbringender kun ændres med modpartens eller rettens tilladelse (rettens tilladelse forudsætter undskyldelighed), § 358 og § 363.
- Nyt anbringende under hovedforhandlingen – må normalt afskæres, jf. *TfS 1999.717 V (revisoransvar for forkert ejendomsavanceberegning)* – nyt anbringende om, at intet tab var forårsaget; afskåret.

16.8. Forhandlingsmaksimen – virkning på påstandene

Fuldfør nedenstående tankerækker: Hvor langt kan retten gå i de nævnte situationer?

Sgr. kræver 100.000 kr. – kunne have krævet 120.000 kr.

Sgt. tager bekræftende til genmæle over for sgr.s påstand nr. 3 – kunne være blevet frifundet (erkendelsen i civilprocessen har løftevirkning – i straffeprocessen kun bevisvirkning).

Sgt. fremsætter et modkrav til kompensation – kunne have fremsat det til selvstændig dom.

Sgr. nedlægger anerkendelsespåstand – kunne have fået en fuldbyrdelsesdom.

Sgr. kunne have påstået en afskedigelse kendt ugyldig – men kræver alene godtgørelse og erstatning.

Sgr. kunne have krævet påkravsrente fra et tidligere tidspunkt – kræver kun fra sagens anlæg.

Sgr. kunne have krævet højere, aftalt rente – men kræver kun morarente efter renteloven.

16.9. Forhandlingsmaksimen – virkning på anbringenderne

Fuldfør nedenstående tankerækker: Hvor langt kan retten gå i de nævnte situationer?

Sgr. gør gældende, at sgt. som sælger har handlet ansvarspådragende – kunne have fået forholdsmæssigt afslag (fx som et subsidiært anbringende).

Sgt. kunne have gjort forældelse gældende – men gør det ikke.

Sgt. kunne have gjort egen skyld hos sgt. gældende – men gør det ikke.

Sgt. kunne have påberåbt sig aftl. § 36 (pas på – dette omfattes ikke af *jura novit curia*, jf. nærmere nedenfor).

16.10. Modifikationer til forhandlingsmaksimen

- Nogle anbringender kan ikke frafaldes – jf. slutningsordene til § 338 – retten skal *ex officio* tage dem i betragtning.
- Materiel procesledelse – retten kan påvirke processtoffet.
- *Jura novit curia* – retten kender indholdet af gældende ret (men der må gerne argumenteres herom – litteratur og praksis kan jo være flertydig.).
- Sagsomkostninger – tilkendes uden påstand (men der må gerne argumenteres), § 322.
- Det mindre i det mere – et mindre beløb, som der er dækning for i anbringenderne, men hvor en subsidiær påstand ikke er nedlagt.
- Udeblivelsesdom – sagsfremstillingen kan "bruges" imod sgr. selv, § 352, stk. 1 og § 360, stk. 3.
- Afvisning *ex officio* pga. uklar eller ubestemt påstand, § 349.
- Indispositive sagstyper – særlige samfunds- eller tredjemandshensyn, der skal påses af retten *ex officio*.
- Formalitetsgrunde – til henvisning eller afvisning *ex officio*.

16.11. Modif. 1 – anbringender, der ikke kan frafaldes

- "… kan kun tage hensyn til anbringender, som parten har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes".
- Denne moldif. gælder kun lovgivning af *ordre-public*-karakter, men derimod ikke beskyttelsespræceptive regler (som man således kan undlade at påberåbe sig – da nu tvisten er opstået).
- Kan således godt frafalde at påberåbe sig aftl.'s ugyldighedsregler, fx §§ 30, 33 og 36.

- Kan ikke frafalde DL 5-1-2, strider mod lov og ærbarhed.
- Tilsagn til en kreditor om dækning uden om en akkord, *UfR 1954.378 Ø.*
- Inddrivelse af "provision", der reelt var bestikkelse af embedsmænd i Irak, *UfR 2006.1914 V.*
- Sort arbejde – fx *UfR 2013.2978 V* om delvis sort VVS-arbejde
  - men i *UfR 2014.1054 Ø* ikke godtgjort, at "betalingerne ikke skulle bringes til det offentliges kundskab" – derfor ikke afvisning
- Problem – visse offentligretlige regler (med ugyldighedsvirkning), som parterne (og retten!) let kan komme til at overse:
  - en konkurrenceklausul kræves håndhævet – men strider den mod konkurrencelovens (KKL) § 6 (konkurrencebegrænsende aftaler);
  - et tilsagn om støtte kræves håndhævet – men strider det mod EU's statsstøtteregler?
  - kan naturligvis påberåbes (og kræver da evt. præjudiciel forelæggelse, artikel 267 EUF) – men hvad, hvis parterne ikke påberåber sig det?
  - hvis det påberåbes, påkendes det – jf. fx *UfR 2008.2665 V*, kundeklausulen i den norske entreprise; stred ikke mod aftl. § 36 eller KKL § 36; bod 1 mio. kr. gyldig;
  - om det tilsvarende problem for en voldgift se *Erik Werlauff* i UfR 2008 B 152 ff. ("Privat voldgift med offentligretlige delspørgsmål").

16.12. Modif. 2 – materiel procesledelse

- Formel procesledelse – rettens funktion som ordstyrer mv., § 150. Procesledende kendelser, afhøringer, dørlukning etc.
- Materiel procesledelse – rettens muligheder for at påvirke processtoffet.
- Er ikke en fravigelse af forhandlingsmaksimen – blot en adgang til at få processtoffet præciseret og forbedret.
- Særlig betydning har § 339 – spørgsmåls- og opfordringsretten. Skal bruges klogt og forsigtigt af retten …
  - stk. 1: spørgsmålsretten – afhjælper gennem spørgsmål uklare påstande, anbringender og udtalelser ("Gør sgr. gældende, at …?") ("Skal sgt.s påstand 2 forstås sådan, at …?");
  - stk. 2: opfordringsretten – opfordrer en part til at tilkendegive sin stilling til faktiske og retlige spørgsmål ("Bestrider sgr., at …"). ("Er der enighed om tabsopgørelsen i bilag 17?");
  - stk. 3: bevisopfordring – opfordrer en part til at føre et bestemt bevis ("Fører sgr. advokat NN som vidne under sagen?") ("Er det med vilje, der ikke er rettet henvendelse til kommunens tekniske forvaltning til afklaring af …?");
    - NB.: Skal bruges meget varsomt; her er vi ved kanten af forhandlingsmaksimen.
  - stk. 4: vejledningspligt – men kun over for selvmødere i byretten.

- Overflødigt bevis skal afskæres – *ex officio*, § 341
  - hvis noget er ubestridt, må der ikke føres bevis om det, uanset om den anden part protesterer eller ej.
- Spørgsmål under afhøring – parter, vidner, skønsmænd, § 183, stk. 2, § 209, § 305
  - altid kun opklaring – må aldrig udarte til kontraafhøring;
  - skal have indlevelse – der kan være en god grund til, at en advokat ikke stiller et bestemt spørgsmål.
- Advokatpåbud til selvmøder, § 259, stk. 2 – hvis ellers uforsvarlig sagsførelse (og når vejledningspligten ikke er nok).
- Genoptage behandlingen – efter sagens optagelse til dom, § 346
  - der er noget, der "ikke stemmer";
  - kan føre til fortsat hovedforhandling;
  - eller blot til pålæg om særskilt processkrift herom.

16.13. Modif. 3 – *jura novit curia*

- Retten kender indholdet af gældende ret
  - gældende ret omfatter også EU-retten;
  - og internationale konventioner, der er inkorporeret i dansk ret.
- *Narra mihi factum, narro tibi jus* – fortæl mig faktum, så skal jeg fortælle dig jus (siger retten til parten).
- Responsum – tillades nu fremlagt, jf. *UfR 2014.138 H (Werlauff-responsummet)* …
  - "Thi kendes for ret: Professor, dr. jur. Erik Werlauffs responsum af … kan indgå i sagen til brug for den juridiske argumentation, men ikke som bevis";
  - ændrer tidligere praksis, jf. *UfR 1996.1293 H* (kritisk *Gomard* & *Lynge Andersen* i UfR 1997 B 231 ff.) og *UfR 2011.479 H* om liechtensteinsk fondslov (afviste også at lade responsummets forfatter afhøre som vidne).
- Kan man få retten til at lægge en urigtig opfattelse af jus til grund?
  - nej;
  - *UfR 1999.1316 H*, lov om foreningsfrihed …
    - "Parterne kan ikke binde retten til at lægge en bestemt fortolkning til grund" – (5-4) – dissensen enig, men enigheden havde været afgørende for sagens tilrettelæggelse og procedure;
    - men parterne kan undlade at påberåbe sig en retsregel, jf. *P. Spleth* i UfR 1977 B 427 f.;
    - to retlige anbringender kunne påberåbes af en arbejdsgiver til støtte for nedsættelse af erstatning;
    - ønsker kun at påberåbe sig det ene, fx for at få en principiel dom;
    - *Spleth*: retten må respektere et sådant afkald;
    - dette er noget andet end at anvende juraen med et andet indhold, end den har;

- selv dette må dog modificeres *(Spleth)* – er retstilstanden tvivlsom, og parterne enige om en bestemt fortolkning, lægger retten denne til grund …
- NB.: dermed får dommen ingen præjudikatværdi (når fortolkningen var ubestridt).

- Skisma mellem teori og praksis? – erfarne praktikere anser forhandlingsmaksimen for at omfatte rent juridiske anbringender
  - *Torben Jensen*: Højesteret og retsplejen, s. 325 f.;
  - *Jon Stokholm* i UfR 1999 B 456;
  - *Henrik S. Øe* & *Erik Werlauff* i UfR 1996 B 395 ff.
- Hvad kan der konkluderes af alt dette?
  - forhandlingsmaksimen gælder som udgangspunkt kun de faktiske anbringender, dvs. hvor faktum og jus er kædet sammen;
  - men et juridisk anbringende, som parterne udtrykkeligt giver afkald på at få prøvet, vil normalt ikke blive prøvet (NB.: bemærk, at udsagnet snarere er deskriptivt end normativt).

16.14. Fremmed ret – jus eller faktum?

- Tidligere – svarede til faktum, dvs. underlagt sædvanlig bevisførelse mv.
- Betragtes i dag som jus, dvs. omfattet af *jura novit curia*.
- Skal derfor anvendes *ex officio*
  - skal den IP, der evt. leder til fremmed ret, også anvendes *ex officio* af retten? formentlig ikke;
  - hvis parterne er enige om, at sagen skal afgøres efter dansk ret, binder dette så retten? formentlig ja.
- *Ex officio*, men der må gerne argumenteres – evt. responsum fra udenlandsk professor eller advokat. Responsa fra begge parter?
- Dette – fremmed ret ligestillet med national – er en alm. europæisk tendens – nært forbundet med internationalisering og harmonisering.
- Fx tysk ZPO § 293 – fremmed ret er en del af jus og behøver kun bevisførelse, i det omfang dommeren ikke allerede kender den.
- Central europæisk litteratur – *Rainer Hausmann* i European Legal Forum 2008 nr. 1 s. I-1 ff.
- Også i skattesager – hører fremmed ret til jus, jf. *TfS 2008.1364 B*, afslår syn og skøn om litauisk ret.

16.15. Modif. 4 – sagsomkostninger

- Tilkendes uden påstand – men der må gerne argumenteres.
- § 322: "Retten træffer bestemmelse om sagsomkostninger, selv om der ikke er nedlagt påstand herom, jf. dog § 319".

- § 319: Påstand om, at en advokat skal bære omkostninger forårsaget ved pligtstridig opførsel – kræver påstand.
- I påstandsdokumentet angives normalt de positive omkostninger, fx til udarbejdelse af bilagshæfte ("ekstrakt"), syn og skøn mv.
- De sidste ord i en advokats mundtlige procedure kan evt. beskæftige sig med omkostningerne:
  - "… gør gældende, at det bør tillægges omkostningsmæssige konsekvenser, at modparten først så sent har fremskaffet beviserne for, at …";
  - "… gør gældende, at det bør tillægges omkostningsmæssige konsekvenser, at hovedspørgsmålet har været, om der overhovedet var et ansvar (mens opgørelsen har optaget langt færre tid under sagen) …"

16.16. Modif. 5 – det mindre i det mere

- Et mindre beløb end det påståede, som …
  - må anses for indeholdt i (penge)påstanden, og
  - som der er dækning for i anbringenderne, men
  - hvor en subsidiær påstand blot ikke er blevet nedlagt.
- *UfR 1976.385 H (Knallertulykken)*
  - påstod fuld erstatning fra kommunen;
  - kommunen påstod frifindelse;
  - der var dækning for egen skyld (uforsigtighed) i kommunens procedure, men ikke i parternes påstande;
  - halv erstatning i Højesteret.

16.17. Modif. 6 – udeblivelsesdom

- Sagsfremstillingen i stævningen kan "vendes" imod sgr. selv, § 352, stk. 1 og § 360, stk. 3.
- Viser selve sagsfremstillingen (inkl. bilag), at kravet ikke består (eller ikke består fuldt ud) – gives der kun dom for det lavere (eller der frifindes helt).
- Kan fx være relevant ved renter, gebyrer mv.

16.18. Modif. 7 – afvisning pga. uklar eller ubestemt påstand

- Skal ske *ex officio*, § 349 – men ofte er der påstand herom fra sgt.
- En række navnkundige afvisningsdomme – skal således have samme udfald (afvisning), uanset om der er påstand herom fra sgt. eller ej (hvad der dog ofte er):
  - *UfR 2002.418 H* – påstand om, at statsministeren var uberettiget til at foretage en række foranstaltninger forud for Amsterdam-afstemningen;
  - *UfR 2004.2469 SH* – påstand også om fremtidig notifikation ved parallelimport af medicin;

— *UfR 2007.219 H* – påstand om pligt til at udarbejde kønsopdelte lønstatistikker.

16.19. Modif. 8 – indispositive sagstyper

- Særlige samfunds- eller tredjemandshensyn – der skal påses af retten *ex officio*.
- Faderskabssag, § 456 k, stk. 1.
- Skilsmissesag – kun skilmisse, hvis ÆL's betingelser er opfyldt (anderledes: vilkårene; U: forældremyndighed).
- Forældremyndighedssager – påstande kan fraviges ud fra, hvad der er bedst for barnet.

16.20. Modif. 9 – formalitetsgrunde til henvisning eller afvisning

- Skal ske *ex officio* – men ofte nedlægger sgt. påstand om det
  — saglig kompetence, § 232;
  — stedlig kompetence, § 248 (U: stiltiende værnetingsaftale).
- Henvisning
  — anlagt direkte ved landsret – henvises til byret;
  — anlagt ved SHR, uden at betingelserne er opfyldt – henvises til byret.
- Afvisning
  — voldgift er aftalt – afvises; kan ikke henvise til voldgift;
  — intet dansk værneting – afvises; kan ikke henvise til en domstol i et andet land;
  — færøsk eller grønlandsk sag – afvises; kan ikke henvise til domstol på Færøerne eller i Grønland, *UfR 2009.843 V*.
- Afviser ved dom – som kan kæres, § 369, stk. 3 og § 391, stk. 3
  — *UfR 1999.939 HK* – sag mod Pakistans ambassade om betaling for flybilletter ved afvist med urette (privatretligt mellemværende). Afvisningsdommen ophævet, og sagen hjemvist til behandling i realiteten.

Hvad er fremmed ret – jus eller faktum under sagen?

Kapitel 17

Bevisførelse, bevisafgørelse og beviskrav

17.1. Hvad dækker disse tre (vigtige) udtryk over?

- Bevisførelse – hvordan en part fører sine beviser.
- Bevisafgørelse – hvordan og hvornår retten træffer sin afgørelse om, hvad der kræves bevist, og hvad der er bevist. Bedre ord: bevisbedømmelse.
- Beviskrav – et vigtigt udtryk, der er ved at fortrænge "bevisbyrde" etc.; består af flere dele:
  - bevisbyrde (som altid vil have relevans);
  - bevisstyrke;
  - bevisaftale.

17.2. Hovedelementer i dommen – henholdsvis i en tilkendegivelse fra retten

- Faktum – hvad anser retten for at være bevist?
  - § 344, stk. 1: "På grundlag af det, der er passeret under forhandlingerne og bevisførelsen, afgør retten, hvilke omstændigheder der skal lægges til grund for sagens pådømmelse";
  - bemærk ordene: "… lægges til grund";
  - vil ofte afspejle sig i præmisserne: "Retten lægger til grund, at …" – dvs. finder det bevist, at …
  - fx at sgt. ved mødet den … udtalte, at …
- Jus – behøver ofte ikke omtales
  - jus i abstrakt form behøver normalt ikke megen omtale;
  - intet behov for udredninger om løfters bindende kraft etc.;
  - U: hvis retstilstanden har været omtvistet under sagen.
- Retsfaktum – faktum igen (jf. ovenfor), men nu kvalificeret juridisk (dvs. bedømt juridisk) …
  - det, sgt. sagde, udgør et løfte;
  - faktum og jus virker sammen;

- — subsumption: det, der skete, henføres under bestemte dele af juraen (dvs. får en juridisk etiket på);
- — "Sgt. må anses gennem sine udtalelser …, sammenholdt med brevet af …, at have afgivet et løfte om at ville friholde sgr. for …"

- Retsfølge – derfor skal sgt. dømmes til at betale som påstået.
- Dvs. de tre bærende elementer i dommen er – faktum, retsfaktum og retsfølge.

17.3. Bevisførelse om bestridte fakta

- Er parterne enige om et faktum – lægges dette til grund:
  - — "Det bestrides ikke, at …";
  - — "Der er enighed mellem parterne om, at …";
  - — evt. efter spørgsmål fra retten, § 339, stk. 2 (spørgsmålsretten);
  - — i så fald: bevisførelse er udelukket, thi ingen overflødig bevisførelse, § 341 ("Bevisførelse, der skønnes at være uden betydning for sagen, kan ikke finde sted");
  - — U: indispositive sager – faderskab etc.;
  - — hvor langt binder en proceserklæring, fx ad erstatningsopgørelse?
    - bindende, også under anke …
    - men ikke med samme styrke som et formueretligt løfte;
    - kan lidt nemmere fragås;
    - fx *UfR 1991.153 H* – enighed om erstatningsopgørelse kunne fragås under anke pga. ny *leading case*.
- Er parterne uenige – må de føre bevis om spørgsmålet
  - — må hver for sig prøve at foruddiskontere, hvad de har bevisbyrden for;
  - — dvs. hvem det vil komme til skade, hvis der er bevismæssig usikkerhed;
  - — den, der har bevisbyrden, må prøve at føre bevis for at løfte denne byrde.
- Herved fremkommer et bevistema – blev der af sgt. udtalt x under mødet?
- Bevisførelsen er som udgangspunkt fri – ligesom retten har fri bevisbedømmelse, § 344, stk. 1 …
  - — dvs. ingen lovmæssige begrænsninger – modsat tiden før rpl.;
  - — parter kan afgive forklaring (yderst sædvanligt), § 303;
  - — vidner kan indkaldes, § 168 ff. – også "inhabile vidner", fx medarbejdere;
  - — andenhåndsviden kan fremføres af et vidne, § 184, stk. 2, nr. 2 – men dette skal fremgå ("Det bør fremgå af forklaringen, om den støtter sig på vidnets egen iagttagelse");
  - — dokumenter kan principielt frit fremlægges;
  - — ingen generel regel om, at kun lovligt tilvejebragte beviser kan fremlægges, jf. *UfR 2012.1893 V* (forsikringsselskabets video af den "invalide" sommerhusbygger);
  - — nogle gange nødvendigt at minde om den frie bevisbedømmelse gennem en lovregel …
    - erhvervslejelovens § 81, stk. 5 henviser til § 344;

- minder herved om, at bevis for "det lejedes værdi" kan føres på andre måder end ved dokumentation af sammenligningslejemål;
- fx syn og skøn, vidner mv.

— ved boliglejemål spiller sammenligningslejemål fortsat en stor rolle, jf. boligreguleringslovens § 29 c …
- og den part, der mener, at der ikke findes sammenlignelige lejemål …
- har bevisbyrden for dette, jf. *UfR 2012.2159 V*.

✍ Nogle få begrænsninger – i den frie bevisførelse …
— ingen overflødig bevisførelse, § 341;
- NB: vidneførsel er ikke relevant, blot fordi der foreligger et referat – måske bestrides det

— sagkyndig erklæring…
- indhentet efter sagens anlæg tillades ikke fremlagt (u: hvis nødvendig moderklæring til modpartens sagkyndige erklæring, der er indhentet før sagens anlæg)
- lovfæstes, jf. Retsplejerådets bet. nr. 1558/2016
- foreslår § 209 a: kan tillades fremlagt, hvis parterne enige herom

— bedste bevismiddel foretrækkes – attest fra E&S frem for forklaring om, hvilke perioder man var medlem af bestyrelsen;
— ingen bevisførelse om forligsforhandlinger eller forligstilbud (uden præjudice);
- anderledes: egentligt tilbud må gerne dokumenteres (thi kan få omkostningsmæssig betydning, jf. § 312, stk. 3: "Har den tabende part tilbudt modparten, hvad der tilkommer denne …") – taberen, der dømtes, var reelt vinder.

✍ Direkte og indirekte bevis – direkte bevis contra indiciebevis …
— direkte bevis – vidneudsagn: "Jeg så det ske";
— indirekte bevis – vidneudsagn om *hear-say* mv.; også tekniske erklæringer;
— om straffesager hører man ofte: "Han blev dømt på indicier!" – ja, eftersom langt de fleste domfældelser sker på indiciebevis (indirekte bevis).

17.4. "Fri" bevisbedømmelse – § 344, stk. 1

✍ "Fri" skal forstås rigtigt – er blot modsætningen til bundetheden før rpl.

✍ "Fri" er ikke = vilkårlig – vi ønsker en ensartet bedømmelse fra dommer til dommer, fra domstol til domstol (ønsket om rets-forudsigelighed, *foreseeability*).

✍ Bedømmelsen er derfor objektiv – ikke subjektiv
— dvs. tilstræber ens vurdering trods dommerforskelligheden;
— bevisbedømmelsen bør være ens i ensartede sager.

✍ Beror ultimativt på et skøn – men skønnet skal udøves på en ensartet måde. (P.S.: Det var skønnet og usikkerheden herved, man ville undgå med faste bevisregler før rpl.).

- Sikrer dette på forskellig måde …
  - dommerne trænes (fuldmægtige, konstituerede mv.);
  - kollegial behandling i landsret og Højesteret (og mulighed for det også i byret);
  - anke, dvs. flere dommeres vurdering;
  - fuld prøvelse under anke, dvs. mulighed for ny bevisførelse og -bedømmelse (modsat: "kassationsanke" hos visse udenlandske domstole).
- Også over for fx en skønserklæring er bevisbedømmelsen fri
  - mange eks. på, at retten helt eller delvis tilsidesætter en skønserklæring, fx i skattesager;
  - flere eks. på, at retten helt eller delvis tilsidesætter en skønserklæring, fx i skattesager;
  - se fx *TfS 2011.171 H (vurdering af en post børsnoterede aktier)*; skønsmanden: illikvide, derfor fravige børskurs; ØL + HR: nej, likvide (ofte handlet), derfor fastholde børskurs.

17.5. Lad os rekapitulere begreberne

- Faktum + retsfaktum fører til retsfølge.
- Ubestridt faktum lægges til grund af retten.
- Bestridt faktum nødvendiggør bevisførelse.
- Bevistemaet under bevisførelsen er, om der skete x.
- Bevisførelsen er "fri" – ligesom bevisbedømmelsen er "fri".
- Beviskravet er det nutidige udtryk for, hvad der skal til, for at noget er bevist.
- Beviskravet kan opløses i bevisstyrke, bevisbyrde og bevisaftale.
- Bevisstyrke – behandles herefter.

17.6. Bevisstyrke

- Bevisstyrke – hvor stærkt skal beviset være, for at noget kan anses for bevist? hvor tungt skal det veje?
- Civilprocessens bevisstyrkekrav – mindre end straffeprocessens
  - straffeprocessen
    - en til vished grænsende sandsynlighed;
    - skal være bevist uden for rimelig tvivl;
    - "fuldt bevis";
    - sandsynlighedsprocenter oppe i 90'erne (U: små bødesager);
    - *in dubio pro reo*;
    - fuldt bevis for alle relevante retsfakta.
  - civilprocessen
    - sandsynlighedsovervægt (overvægtsprincippet);
    - noget mindre end "fuldt bevis";

  - men 51 pct. er ofte ikke nok – må tage i betragtning, hvor meget der står på spil.
- dette giver nogle interessante bevisnuancer under adhæsionsproces:
  - civilt krav påkendes under straffesag;
  - samme begivenhedsforløb kan blive afvigende bedømt henholdsvis straffe- og civilprocessuelt.

✍ Nogle beviser tillægges særlig vægt – dog aldrig definitiv, men skaber en (stærk) formodning:

- offentlige erklæringer og attester – fx udskrift fra ES;
- visse privatretlige dokumenter – konnossement ad godsmængde, jf. sølovens § 296, stk. 1, nr. 1;
- skønserklæring – og skønsmandens udtalelser ved evt. afhjemling under hovedforhandlingen;
- p-vagters forklaring, jf. *UfR 2009.1102 Ø* og *UfR 2009.1105 Ø* (særlig uddannelse, formodning for, at de følger vejledningen) …
- men disse to domme illustrerer samtidig den frie bevisbedømmelse …
- thi p-vagtens forklaring blev lagt til grund i *2009.1105 Ø* …
- men forkastes i *2009.1102 Ø* ("tilvejebragt en sådan tvivl om, hvorvidt bilen ulovligt stod på invalide-p-pladsen …", at p-afgiften blev ophævet;
- også tvivl om p-forbuddets nærmere indhold kan føre til frifindelse …
  - jf. *UfR 2012.1962 Ø* …
  - hvor "Max. 2 timer" kunne misforstås (kun i dagtimerne – eller døgnet rundt?).

✍ Hvad kan få os til at kræve **stærkere** bevis?

- at man vil modbevise ét af de netop nævnte stærke bevismidler (erklæringer, skønsmand etc.);
- at man vil modbevise kontraktens indhold – under anbringende af, at det modsatte er aftalt mundtligt;
- at man vil modbevise et mødereferat som man har godkendt (evt. stiltiende);
- at modparten har gjort det svært at sikre mit bevis;
- at modparten ikke svarer på processuelle provokationer under sagen (edition om fremlæggelse etc.);
- at der ellers åbnes op for misbrug, jf. *UfR 2002.2562 Ø*, medarbejderen, vandpytten og faldskaden;
- at det havde været nemt og nærliggende at bekræfte en aftale pr. brev mv., *UfR 1998.455 H (Scanbroker mod Nomura).*

✍ Hvad kan få os til at **slække** på beviskravet?

- at der foreligger grov culpa – kan slække på bevisstyrkekravet ad kausalitet, jf. *UfR 2000.521 H*, revisoransvar for fejlrådgivning;
- Højesteret erindrer herom i revisoransvarssager, jf. UfR 2014.1346 H *(eHuset)* og UfR 2015. 2075 H *(Memory Card Technology)*, jf. *Erik Werlauff* i UfR 2016 B s. 244 ff.

- at der skal beviset culpa i kontrakt;
- at det var meget vanskeligt at sikre eller skaffe bevis;
- nogle af disse forhold nødvendiggør en "delt" eller endog "omvendt" bevisbyrde: transportøransvar; depositaransvar; ansættelsesretlige ligebehandlingssager (graviditet mv.).

17.7. Bevisbyrde

- Lad jer ikke forvirre af terminologien – det er blevet lidt umoderne i litteraturen at tale om "bevisbyrde" …
  - alt stuves nu ind under samlebegrebet "beviskrav";
  - men det giver stadig mening at tale om bevisbyrde;
  - og at procedere på dette: "Jeg gør gældende, at det er (modparten), der bærer bevisbyrden for …, og at dette forhold ikke kan anses for at være blevet bevist under sagen".
- Bevisbyrden – definition:
  - at bære bevisbyrden for x er at være den, som det vil komme til skade, hvis x ikke bliver bevist under sagen (men den bevisstyrke, der må kræves efter det foregående);
  - dvs. den part, som bevismanglen kommer til skade;
  - bevisbyrdereglerne angiver følgen af at der ikke er ført tilstrækkeligt bevis for et bestemt bevistema.
- Om der er ført tilstrækkeligt bevis – ved vi først, når bevisførelsen afsluttes …
  - det kan "bølge" frem og tilbage under sagen;
  - derfor sondringen mellem objektiv og subjektiv bevisbyrde;
  - objektiv: de alm. bevisbyrderegler;
  - subjektiv: den, som pilen peger på lige nu.
- Illustration – objektiv contra subjektiv bevisbyrde:
  - skattesag om transfer pricing
    - SKAT skal bevise, at der er grundlag for at ændre skatteansættelsen pga. TP-reglerne;
    - SKAT sandsynliggør, at armslængdevilkår er fraveget;
    - nu peger pilen (subjektiv bevisbyrde) på selskabet – bevis, at det alligevel var armslængdevilkår!
    - føres dette bevis ikke, lægges SKAT's skønsmæssige ansættelse til grund …
    - medmindre selskabet beviser, at rammerne for skønnet er overskredet.
  - skattesag om udeholdelse af indtægter
    - SKAT skal bevise, at (fx) et selskab har udeholdt indtægter (objektiv bevisbyrde), fx *UfR 2008.857/2 H (brugtbilsalg)*;
    - herefter formodes det udeholdte beløb at have stået til hovedaktionærens disposition;
    - nu peger pilen på ham (subjektiv bevisbyrde) – bevis, at pengene ikke endte hos dig!

- ⇜ føres dette bevis ikke, beskattes indtægten både 1) hos selskabet og 2) hos ham (som maskeret udbytte).

— sag om tilbagebetaling af et lån
- ⇜ K skal bevise, at han har lånt D penge (gældsbrev etc.);
- ⇜ D hævder at have betalt – har nu (subjektiv) bevisbyrde herfor;
- ⇜ D fremlægger posteringer for checks – har betalt;
- ⇜ K hævder at have afvist checken – bevis dette!
- ⇜ D gjorde fordringshavermora gældende (og deponerede måske beløbet) – bevis dette!

— sag om afskedigelse under graviditet
- ⇜ AT hævder, at hun var gravid, og AG vidste dette – bevis dette!
- ⇜ det bevises – nu må AG bevise, at afskedigelsen ikke skyldtes graviditeten (subjektiv bevisbyrde);
- ⇜ AG kan ikke bevise dette (strenge bevisstyrkekrav) – AG dømmes til godtgørelse mv.

— sag om erstatning
- ⇜ skadelidte har (objektiv) bevisbyrde for, at skadevolderen er erstatningspligtig;
- ⇜ skadelidte må bevise culpa, kausalitet og tab (kausalitet dog evt. afsvækket beviskrav, jf. ovenfor – og tab evt. blot skønsmæssigt, når det er klart, at der er lidt et tab);
- ⇜ nu peger pilen på skadevolderen – vil han slippe fri må han bevise (og påberåbe sig) …
- ⇜ egen skyld hos skadelidte eller
- ⇜ accept af risiko hos skadelidte (sjældent) eller
- ⇜ manglende adækvans (også sjældent).

⇜ Agurkesalaten på gulvet hos SuperBrugsen Budolfi, *UfR 2012.1886 V*
- — spildt agurkesalat på gulvet foran bagerafdelingen;
- — en kvinde faldt og beskadigede knæet slemt;
- — COOPs erhvervsforsikring, Codan, afviste at dække, og kunden sagsøgte COOP;
- — faldet samt agurkesalaten (som hun fotograferede) var ubestridt – men var der culpa hos COOP?
- — byretten + VL:
  - ⇜ kan være spildt lige før uheldet;
  - ⇜ instruks til medarbejderne: ting spildt på gulvet skal fjernes straks;
  - ⇜ sgr. har ikke sikret sig nærmere oplysninger om forholdene på gulvet i forretningen omkring uheldstidspunktet …
  - ⇜ (underforstået: …fx et vidne, der så agurkesalaten på et tidligere tidspunkt).

⇜ Pappet på gulvet hos Netto i Hadsten, *UfR 2016.902 V*
- — dame gled i et stykke pap på gulvet hos Netto og fik brud på rygsøjlen
- — faldet og skaden var ubestridt, og Netto bestred ikke, at pappet lå der
- — men kunne Netto (Dansk Supermarked A/S) bebrejdes, at pappet lå der?

- byret + VL:
  - kunne ikke fastlås, hvor længe pappet havde ligget der
  - ikke bevist, at pappet var blevet efterladt af en Nettomedarbejder
  - ikke bevist, at pligten til rengøring og renholdelse var forsømt
- derfor: intet bevis for culpa hos Netto – derfor frifundet.

'Lunken' i fortovet i Holbæk, *UfR 2014.345 Ø*
- ældre dame gled, da hun gik rundt om et hushjørne, brækkede skulderen
- var i januar, men ej nedbør mv., der burde have medført glatførebekæmpelse
- men netop hvor hun gled, var der en 'lunke' (fordybning) i fortovet, hvor der havde samlet sig et lag is
- dette burde udlejeren, GH Ejendomsleasing K/S have vidst – og taget højde for
- derfor erstatningspligtig
- dvs. detaljen om 'lunken' (som blev fotograferet fra flere sider) afgjorde skyldspørgsmålet

Det er bedst at falde – hvor det bliver filmet af overvågningskameraer
- jf. faldskaden i Farum Bytorv *(UfR 2013.1243/2 Ø)*
- 80-årig dame går med sin mand ind i centeret
- rammes af 15 kg tung automatisk skydedør
- permanent skulderskade
- byret og landsret:
  - forældet dørsystem, og der mangler advarsel
  - intet at bebrejde hende, jf. videofilmen.

Naturlig adgang til bevis – kan tale for, at den pågældende bærer bevisbyrden …
- långiver har ydet lånet – bevis dette (følgebrev mv.);
- låntager har betalt – bevis dette (kvittering, konto etc.);
- uheld er tidligere sket, men har nu sikret forholdene – bevis dette (rapport, vidner).

Lovregel eller kontrakt – kan fortælle om bevisbyrden
- kan være udtalt direkte – med anvendelse af ordet "bevisbyrde";
  - kbl. § 4 a, KAL § 1, stk. 3: "Sælgeren [kreditgiveren] har bevisbyrden for, at købet ikke er et forbrugerkøb [at en kreditaftale ikke er omfattet af loven]".
- men også mere indirekte – gennem lovreglens sprogbrug …
- K har ret til ydelsen, hvis …: K må bevise, at betingelsen efter "hvis" er opfyldt (eller: …såfremt);
- K har ret til ydelsen, medmindre …: D må bevise, at betingelsen efter "medmindre" er opfyldt;
- klassisk eksempel fra insolvensretten – omstødelse:
  - KL § 74: alm. forringende eller forrykkende dispositioner – omstødes, såfremt den begunstigede var i ond tro;
  - KL § 72: betaling af gæld efter fristdagen – omstødes, medmindre kreditor var i god tro.

- klassisk eksempel fra familieformueretten – omstødelse af salg af visse fælleseje-aktiver:
  - RVL (ÆL II) § 18: salg af fælleseje-bolig kan omstødes, hvis køberen var i ond tro (= den sagsøgende ægtefælle har bevisbyrden for ond tro);
  - RVL § 19: salg af den andens fælleseje-arbejdsredskaber kan omstødes, medmindre køberen var i god tro (= køberen har bevisbyrden for god tro).
- man må selvfølgelig nøje læse, hvad der dernæst står efter "hvis" eller efter "medmindre" (thi dette er bevistemaet):
  - kbl. § 23: speciessælgeren erstatningspligtig, medmindre han beviser, at ingen culpa;
  - kbl. § 24: genussælgeren erstatningspligtig, medmindre han beviser, at *force majeure*.
- man må også helgardere opfattelsen af bevisbyrden ved (om muligt) at få den bekræftet via …
  - lov – motiverne;
  - kontrakt – omstændighederne i øvrigt (præambel, forhandlinger, breve etc.).
- man behøver ikke huske alle disse bebyrderegler;
  - man skal blot kunne forstå dem rigtigt, når man ser dem …
  - og derfor bliver jurister miljøskadede, dårlige til at skimme en tekst – man pindehugger hvert et ord!

Selve betegnelsen af en aftale – kan sige noget om dens juridiske karakter, dvs. skabe en formodning (hvorefter bevisbyrden er hos den anden part) …

- "hensigtserklæring" – så er det som udgangspunkt ikke en kaution, jf. *UfR 1994.470 H (Engesvang Trælast)* og *UfR 1998.1289 H (SCS Holding)*;
- "rammeaftale" – så er der som udgangspunkt ikke nogen konkret handel, eneret el. lign., *jf. UfR 2009.799 H (kontormøbler til Region Syddanmark)*.

Kan man ikke udlede noget om bevisbyrden fra lov eller kontrakt? – må der anvendes friere principper. Kan afprøves på nogle udsagn:

- "Der er indgået en aftale" – bevis det!
- "Du har indestået for …" – bevis det!
- "Det var en væsentlig, kendelig og relevant forudsætning, at …" – bevis det! (uha);
- "Vi har fraveget baggrundsretten gennem vor aftale" – bevis det (dvs. fraveget en deklaratorisk lovregel, der omfatter et tilfælde som dette);
- "Den kutyme, der er på området, og som vi begge kendte, har vi fraveget" – bevis det! (kutymer er en del af *faktum*, jf. fx *UfR 2015.3326 H*.
- "Denne ydelse, der ellers koster penge, fik jeg lovet gratis" – bevis det!
- "Det vederlag, sælgeren kræver, og som ikke var nærmere aftalt, er urimeligt" – bevis det! (kbl. § 5 direkte eller analogt) – modsat forbrugerkøb: kbl. § 72 – sælger må bevise rimeligheden.

- Udsagn (s. 575): "Parternes materielle aftalefrihed omfatter også bevisbyrdens fordeling"
  - principielt korrekt, jf. eksemplerne med "hvis" og "medmindre" (uanset at kontrakten ikke nævner "bevisbyrde");
  - kan ikke generelt aftale, at part A "bærer bevisbyrden" for alt;
  - men kan anvende ordet "bevisfast" (fx om reklamationer etc.);
  - kan også direkte aftale at vende om på lovens bevisbyrde, jf. *UfR 1995.856 H (pakhusbranden)*, fraveg depositarens bevisbyrde i DL 5-8-14 gennem vedtagelse af NSAB …
  - dvs. lovens omvendte bevisbyrde ad skadesårsag (depositarens bevisbyrde) ændredes gennem aftalen til en ligefrem bevisbyrde (vareejerens bevisbyrde).

17.8. Oplysningspligt, sandhedspligt og loyalitetspligt

- Uanset beviskrav, bevisbyrde mv. – skal begge parter loyalt medvirke til sagens oplysning.
- En part, der afhøres – har sandhedspligt …
  - dvs. kan straffes for falsk forklaring for retten;
  - og udspørges også af den anden parts advokat (kontraafhøring).
- Man må ikke undertrykke ugunstige dokumenter – kan i yderste konsekvens være procesbedrageri, strfl. § 279.
- Manglende efterkommelse af provokationer – kan medføre processuel skadevirkning, rpl. § 344, stk. 2 …
  - men skadevirkningen er fakultativ, dvs. der skal skønnes konkret;
  - jf. *UfR 2010.980 V (lottokuponen, 9,3 mio. kr.)* …
    - spilleren havde forladt forretningen uden kvittering;
    - Danske Spil bad alle "kandidater" redegøre for en række faktuelle forhold;
    - én spiller stævnede – og krævede editionskendelse om, at Danske Spil skulle fremlægge vinderkuponen;
    - VL: enig med Danske Spil i, at vinderkuponen kan hemmeligholdes – derfor ingen editionspligt.
- Skal svare på rettens spørgsmål – om noget bestrides eller ej, etc.

> Forklar resultatet i sagen om pakhusbranden. Sagde aftalen noget om "bevisbyrde"?

17.9. Umiddelbar eller middelbar bevisførelse – hvor afhøres man?

- Terminologi – ser og hører dommeren parten eller vidnet?
  - hvis ja: umiddelbar bevisførelse;
  - hvis nej: middelbar bevisførelse.
- Normalt for den dømmende ret, § 340, stk. 1 – under hovedforhandlingen. Dvs. umiddelbar bevisførelse.
- Kravene til de procederende advokater – den procedure, der var forberedt hjemmefra, holder måske ikke (fuldt ud) efter parts- og vidneforklaringerne (og evt. afhjemling af skønsmanden).
- Også under anke til landsret – forklaring direkte for landsretten, § 340, stk. 1 igen …
  - supplerer, korrigerer og uddyber forklaringer fra byretten (som er gengivet i byretsdommen). Dvs. umiddelbar bevisførelse.
- Anke til Højesteret – evt. supplerende forklaring afgives til dommerfuldmægtige, rpl. § 4 + § 340, stk. 3. Dvs. middelbar bevisførelse.
- Eksempler på middelbar bevisførelse:
  - vidne i udlandet – subsidiær afhøring dér, § 342 + § 343, stk. 1, nr. 3 (evt. pr. video, § 190, stk. 2 – hvorved det alligevel bliver en umiddelbar bevisførelse);
  - retssag i udlandet – forklaring i Danmark, § 347 (evt. pr. video, § 190, stk. 1);
  - vidne vil rejse bort – § 343, anteciperet bevisførelse (eller er alvorligt sygt) – alternativ: retten sættes uden for retssalen, fx hos vidnet, § 8, stk. 4, § 13, stk. 3, § 17, stk. 4;
  - ny mulighed i rpl. § 174, stk. 2-3 og § 186, stk. 3-6 …
    - lyd- eller videooptagelse af vidneforklaringer, dvs. fremrykket bevisførelse;
    - i kraft efter JMT's bestemmelse, jf. § 106, stk. 3 i lov nr. 538 af 8. juni 2006;
    - i kraft fra 1. november 2009, jf. JMT's bkg. nr. 980 af 25. september 2009;
    - endnu relativt uprøvet.
- Hvad var forbilledet – for de nye §§ 174, stk. 2-3 og § 186, stk. 3-6?
  - praksis i udlandet (USA, UK mv.) for *witness depositions*, dvs. forklaringer før hovedforhandlingen;
  - medfører, at hovedforhandling kan koncentreres;
  - kan ofte føre til forlig – advokaterne foretager selv en bevisvurdering (overraskes ikke ved hovedforhandlingen);
  - kort sagt: kan virke procesbesparende;
  - ulemper: er kostbare i sig selv; reducerer bevis-umiddelbarheden;

— se herom "Witness depositions for Danes – Guide for danske vidner og virksomheder – sådan afgiver man vidneforklaring til brug for en amerikansk retssag eller voldgiftssag", *Chr. Schoenberg* & *Niels Eskestad*, with participation of *Erik Werlauff*, udgivet af Tollund, Inc., tilgængelig på *http://tollund.com/4_downloads.html*;
— skal træne danskere i, hvordan man vidner til brug for en retssag eller voldgiftssag i USA.

17.10. Hvornår træffer retten sin afgørelse om beviskravet?

- Først i dommen – dvs. ingen tilkendegivelse fra retten på forhånd!
- Men hvis sagen står og falder med nogle få, centrale bevistemaer – kan de så evt. udskilles til delafgørelse? § 253.
- Kan virke procesbesparende – forudsat at man kan isolere et bestemt "krav eller spørgsmål".
- Eksempler:
  — forældelse? – hvis ja, kan resten af sagen spares;
  — ansvarsgrundlag? – hvis nej, kan resten spares;
  — dansk eller tysk ret? – valget løser måske sagen;
  — er NSAB vedtaget? – løser måske bevisbyrden, jf. *pakhusbranden*;
  — rangfølgen mellem konkursbo og individuel kreditor, der begge sagsøger revisor for ansvarspådragende fejl, jf. *UfR 2013.1996 V*.
- Men der kan ikke spørges abstrakt – om beviskrav, hverken bevisstyrke, bevisbyrde el.

Nævn flere eksempler på emner, der kan afklares gennem delafgørelse.

Kapitel 18

Retlig interesse

18.1. Begrebet

- Et generelt procesretligt princip – skal have "retlig interesse" i at foretage det pågældende processkridt.
- Konkursbegæring – kun hvis en konkurs vil give noget til denne kreditor; mangler derfor retlig interesse, hvis:
  - fuldt pantsikret,
  - efterstillet krav, jf. *UfR 1997.51 Ø* om ansvarlig lånekapital,
  - debitor har intet, og bobehandling vil intet give kreditor, jf. *UfR 2004.1701 Ø*,
  - *UfR 2011.1227 V* – skyldner begærede sig under konkurs for at opnå nem gældssanering i konkurs, men havde ikke aktiver af betydning,
  - *UfR 2011.2751 V* – retlig interesse hos tidligere medarbejder med lønkrav; kunne næppe få LG-dækning, men vægt på det insolvente selskabs salg af aktiver til nærstående (underforstået: evt. behov for omstødelse),
  - *UfR 2012.2522 Ø* – ingen retlig interesse i egen k-begæring fra a/b-forening med overbehæftet ejendom og to kreditorer: bank og realkredit.
- Dødsbos behandlingsmåde – enhver, der har retlig interesse i det, kan få oplysning herom hos skifteretten eller bobestyreren, jf. DSL § 114, stk. 2.
- Sagsanlæg – skal kunne "opnå" noget gennem sagen.
- *UfR 2007.2161 H (Roskilde Festivalen)* – til illustration
  - betalt det fulde krævede beløb;
  - intet forbehold om tilbagesøgning …
  - men tilføjede: "Uden retlig forpligtelse";
  - de efterladte returnerede pengene …
  - men foreningen erklærede at være klar til at betale igen når som helst (evne og vilje);
  - ØL + HR: frifundet, ingen retlig interesse.
- *UfR 2014.2 Ø*
  - uanset at sgt. i en erstatningssag tog bekræftende til genmæle …
  - kunne sgr. ændre sin påstand til en anerkendelsespåstand …
  - fordi sgt. ikke anerkendte skyld eller kausalitet.

- *UfR 2011.2510 H (Løgstørsagen)*
  - ung mand døde af hjertestop efter anholdelse;
  - pårørende krævede godtgørelse samt anerkendelsesdom for, at politiet havde forvoldt hans død, havde overtrådt politimæssige forskrifter samt krænket EMRK artikel 2 om retten til livet;
  - anerkendelsespåstandene betragtedes som anbringender til godtgørelsespåstanden, og de afvistes derfor.

- Bemærk dermed domstolenes funktion …
  - er ikke at "opklare" sager eller "placere ansvar";
  - men derimod efter påstand at give nogen hans ret!

- Også til de enkelte retsskridt under en sag – kræves der retlig interesse
  - bevisførelse – afskæres, hvis overflødig, § 341;
  - biintervention – kun, hvis retlig interesse, § 252 (kriterium: "Tredjemand, der har en retlig interesse i udfaldet af en sag, kan indtræde i sagen til støtte for én af parterne").

- Andres aktindsigt i en sags dokumenter – forudsætter en "individuel, væsentlig interesse i et konkret retsspørgsmål", jf. rpl. § 41 d, stk. 1 (skal være konkret for ansøgeren – ikke videnskabeligt, ikke journalistisk).

- Terminologien "retlig interesse" – er blevet nedtonet i nyere procesretlig litteratur …
  - men lever fortsat i bedste velgående;
  - selv lovgivningsmagten bruger den, jf. eksemplet med biintervention;
  - men "retlig interesse" har forskelligt indhold i de forskellige sammenhænge, jf. eksemplerne;
  - fælles er: en stopklods, der skal bremse retlige skridt uden reel betydning for den pågældende part.

18.2. Afgørelsen vedrørende retlig interesse

- Ingen retlig interesse – dom (afvisning eller frifindelse); kan ankes
  - afvisning – kunne principielt godt prøves (i en anden skikkelse) – dette er normalt reaktionen;
  - frifindelse – kan slet ikke komme til prøvelse.

- Retlig interesse til stede – kendelse; sagen admitteres
  - er en delafgørelse, § 253;
  - kan kun ankes sammen med hele sagen, § 253, stk. 4;
  - U: ankeinstansen kan tillade særskilt kære, § 253, stk. 4.

- Påstand eller *ex officio*
  - hvis klart, at ingen retlig interesse: afviser *ex officio* …
    - forsøg på at omgå landbrugslovgivningen (max. jordtilliggende);
    - afvist *ex officio*, thi strider mod DL 5-1-2, lov og ærbarhed (*ordre public*);
    - *UfR 2000.2325 V* og *UfR 2001.447 V*;

- *UfR 2000.631 H*, aftale i strid med spansk lov om ejendomsformidling;
- *UfR 2006.1914 V*, aftale om "provision" (= bestikkelse) til embedsmænd i Irak;
- *UfR 2012.365 V*, Harley Davidson-motorcykel indregistreret som brugt; begge vidste, den var ny; efterfølgende mangelsag afvist;
- *UfR 2012.1964 V*, aftalt, at renovering udførtes uden officiel regning; sag om restkrav afvist (under anke);
- *UfR 2012.2465 V*, udlånt bl.a. penge, der var opbevaret i boks for at undgå reduktion af pension og medicintilskud; ej dom over debitor;
- *UfR 2013.2845 V (sort malerarbejde)*: "Da der helt åbenbart er tilbudt og udført sort arbejde, kan domstolene ikke tage stilling til parternes mellemværende i anledning af arbejdet"
- *UfR 2014.2434 H (sort arbejde)*; frifindelse, jf. DL 5-1-2 (i tidligere instans: afvisning, jf. UfR 2012.1964 Ø)
- *UfR 2015.1868 Ø* (spanske penge under bordet); ved køb af en ejendom i Spanien var aftalt 50.000 euro "under bordet" ud over den officielle købesum på 100.000 euro; sag om resterende 50.000 euro blev ikke afvist, men der skete frifindelse.

— V.L. er (jf. *Nikolaj Wessel* i ET 2015 s. 261 ff.), gået for vidt med hensyn til at afvise disse sager …
- også hvor betalingskravet lader sig adskille fra den ulovlige del af aftalen, jf. UfR 2012.365 V og UfR 2013.2845 V
- der er sket afvisning af en sag om en i sig selv lovlig låneaftale, fordi de penge, der skulle betales, blev holdt skjult i en bankboks for ikke at miste retten til pension og medicintilskud, jf. UfR 2012.2465 V
- V.L. har inden afvisningen været så langt nede i sagens substans…
- at der i givet fald ikke burde være reageret med afvisning, men med frifindelse.

18.3. Retlig interesse = konkret, aktuel betydning for disse parter

Tre betingelser:
- retsuvished – fjernes gennem dommen;
- konkret situation, konkret berørt – løser sgr.s retsstilling i en konkret situation (konkret – modsat: abstrakt);
- aktuel karakter – omstændighederne kan bringes på det rene under sagen (aktuel – modsat: potentiel).

Domstolene skriver ikke responsa – en abstrakt interesse er ikke nok, fx afklaring af et retsspørgsmål …
- sagen skal have konkret betydning for disse parter;
- en "konstrueret" tvist afvises;
- EUD i *C-93/91 (F. A. Meyer)* (GA overså det!).

- Skal være konkret berørt
  - *UfR 2013.3295 H (Margarineforeningen)*
    - ville alene eller som mandatar for Dragsbæk margarine sagsøge Fødevarestyrelsen;
    - ville have omstødt styrelsens godkendelse af Arla Foods produkt "Lurpak Smørbar";
    - men hverken Dragsbæk eller Margarine Foreningen var så konkret berørt af styrelsens afgørelse, at de havde søgsmålsret;
    - anerkendelse af søgsmålsret ville betyde prøvelse af afgørelsen uden inddragelse af Arla;
    - EU-reglerne (om mærkning og om fødevarer) var ikke krænket (effektiv domstolsbeskyttelse af EU-rettighederne) …
    - thi Dragsbæk kunne sagsøge Arla og gøre gældende, at produktets betegnelse var vildledende, jf. MfL § 3;
    - derfor afvisning.
- Aktuel betydning – betyder noget nu (men kan godt vedrøre fremtiden).
- Fx udlejerens tvivl – om lejeren havde "erhvervsbeskyttelse" efter ELL
  - UfR 2000.974 Ø
    - uden at have opsagt lejeren L ønskede U en anerkendelsesdom for …
    - om L havde erhvervsbeskyttelse efter lejelovgivningen;
    - ingen retlig interesse.
- Pengekrav er ikke en betingelse – kan være en anerkendelsespåstand (også fx en negativ anerkendelsespåstand).
- Beløbsmæssige konsekvenser her og nu – kræves ikke
  - kan have interesse i nu at få afgjort noget, der først engang i fremtiden udmøntes i kroner og øre;
  - UfR 1999.2020 H (Københavns Havn mod Statoil)
    - havnelejemål ophørte;
    - krævede dom for, at Statoil skulle friholde havnen for evt. udgifter til den oprensning …
    - som myndighederne måtte kræve, for at der kunne bygges;
    - admitteret, thi tilstrækkeligt konkret;
    - legitim interesse i at afbryde forældelse.
- Kan således godt være forskudt i tid – fortid eller fremtid?
  - forudsat, at det er tilstrækkeligt konkret;
  - fortid:
    - sgt.s handlemåde er ophørt …
    - men kunne evt. blive gentaget;
    - fx MfL-, miljø- eller immaterialretskrænkelser.
  - fremtid:
    - sgt.s handlemåde er ikke begyndt …
    - men konkrete omstændigheder tyder på, at han vil foretage den;
    - fx handlinger i strid med en konkurrenceklausul;

- men dommens konklusion skal være endelig og bestemt …
  - kan fx ikke i en sag om mangler ved lejemål få (anerkendelses)dom for "nedslag i lejen på 14.000 kr., indtil udbedring er sket", jf. *UfR 2012.18 Ø*.

18.4. Det vanskelige grænseområde – hvor praksis har vaklet

- Parterne er uenige – men har ikke (bortset herfra) en konkret tvist at fremføre.
- Dvs. tvisten er konkret nok – men er den også aktuel?
- Hvis tvisten blusser op med mellemrum – sagens admitteres
  - *UfR 1958.90 H* – havde B-aktierne stemmeret også ved afstemning om deres egen indløsning?
  - tidligere strid herom, men p.t. var der våbenstilstand;
  - admitteret.
- *UfR 1990.611 H (HK mod Amtsrådsforeningen)*
  - fortolkningen af 120-dages-fraværsreglen i FUL i tilfælde af delvist fravær;
  - admitteret 5-4 (!);
  - afgørende: er sagen konkretiseret og fuldt oplyst for retten?
- *UfR 1994.60 H (HK mod Amtsrådsforeningen [igen])*
  - påstand: skal anerkende, at en amtskommune skal betragtes som "samme virksomhed" i relation til FUL;
  - ingen retlig interesse …
  - thi eget forskelligartede ansættelsesforhold hos de enkelte amtskommuner …
  - forskellene kan næppe blive belyst under sagen;
  - dvs. ikke tilvejebringe fyldestgørende grundlag for stillingtagen til HK's "generelt udformede påstande";
  - m.a.o.: kan sagen blive 1) konkretiseret og 2) fuldt oplyst?
- *UfR 2007.213 H (HK [igen] mod Dansk Arbejdsgiverforening)*
  - påstand: DA skal sikre ligeløn …
  - herunder kønsopdelte statistikker på virksomhederne;
  - HR: selv om der efter EU-direktivet evt. er pligt til at udarbejde statistikkerne …
  - påhviler pligten ikke alle virksomheder uanset størrelse, overenskomstforhold mv.;
  - derfor: ikke muligt at tilvejebringe fyldestgørende grundlag for HK's "generelt formede påstand".
- Nær sammenhæng med forhandlingsmaksimen
  - ud af denne sag kommer en *leading case*;
  - men parterne afgør selv, hvad de vil have ind i sagen – påstande og anbringender;
  - og sæt nu, de ikke har det hele med – sæt, de overser vigtige argumenter.

Repetér de tre "HK-sager" efter hukommelsen og forklar, hvorfor én blev admitteret og to blev afvist.

18.5. En afgørelse skal have betydning for denne sagsøger

- Principiel interesse "på standens vegne" – ikke nok
  - UfR 2003.5 H (Hafniarevisorerne)
    - Revisornævnet afviste klage fra en kollega (helt uden for sagen);
    - klagede over Hafnias revisorer ud fra "professionsetiske synspunkter";
    - HR tiltrådte nævnets afvisning af sagen.

18.6. En retlig interesse, der har været der, kan falde bort

- Roskilde-festivalen – er allerede nævnt; (nu) ingen retlig interesse.
- *UfR 2004.3051 H (udbudsprojektet)*
  - udbudsprojekt, der på visse punkter var retsstridigt;
  - nu endeligt opgivet;
  - udbetalt tilbudsvederlag til alle deltagende firmaer;
  - (nu) ingen retlig interesse.
- *UfR 2009.1758 H (DONG's vindmølleprojekt)*
  - grundejere stævnede, tabte og ankede;
  - under anke: bindende proceserklæring fra DONG – havde nu definitivt opgivet projektet;
  - grundejerne mistede herved retlig interesse …
  - og deres anke afvistes.
  - bemærk sammenhængen med dispositionsmaksimen:
    - nu udgøres parternes indbyrdes retsgrundlag af summen af …
    - en dom og et modsatrettet, efterfølgende løfte fra DONG;
    - ligesom man kunne indgå modsatrettet, efterfølgende forlig, jf. dispositionsmaksimen …
    - kan også en énsidig, efterfølgende erklæring ændre deres indbyrdes retsstilling.

Er det overraskende, at Roskildefestivalen og DONG kunne fjerne sagerne mod dem fra retslisten gennem énsidige dispositioner?

18.7. "Retlig interesse" er resultatorienteret, ikke præmisorienteret

- Har man fået medhold i resultatet – kan man ikke sagsøge for at få en anden begrundelse.
- Hvilken slags "medhold"? – fra sgt. selv, en forvaltningsmyndighed, en klageinstans mv.
- Medhold hos sgt. selv – Roskilde Festivalen.
- Medhold hos forvaltningsmyndighed
  - *UfR 2001.111 H (Naturklagenævnet)* – indsigelse mod byggeplaner;
  - SKAT, *TfS 2001.296 V (medhold ved skatteankenævn)*.
- Medhold hos nævn
  - *UfR 2009.1618 SH* – medhold ved branchenævn + Lægemiddelstyrelsen over for konkurrent.
- Hvilken forskel ville en fuldbyrdelsespåstand have gjort? – hvis der er lidt et tab?

18.8. Hvornår kan man håndhæve samfundsmæssige interesser gennem retssag ?

- Veletablerede, repræsentative foreninger – gode muligheder for at få anerkendt retlig interesse …
  - retlig interesse ifølge lov
    - "enhver med retlig interesse": søgsmål ad forbud/påbud efter MfL § 20, jf. § 27, stk. 1;
    - Forbrugerombudsmandens søgsmålsret efter § 27, stk. 2, dvs. har pr. definition retlig interesse.
  - retlig interesse efter konkret vurdering
    - Greenpeace – anlægsarbejder til Øresundsbroen, jf. *UfR 1994.780 Ø*;
    - Danmarks Sportsfiskerforbund + lokalforening – udsætning af bævere, *UfR 2001.1594 V.*
  - Unionstraktaten, 11 sgr.'e – *UfR 1996.1300 H*
    - de mente, det ikke var suverænitetsafgivelse "i nærmere bestemt omfang", jf. grundloven § 20;
    - HR: almene og væsentlige livsområder, indgribende betydning;
    - modsat ØL – der blot fulgte traditionel praksis;
    - smh. *actio popularis* ved udenlandske forfatningsdomstole;
    - men: Foreningen Grundlovsværn 2000, mandatar for 12 sgr. – Schengenaftalen, jf. *UfR 2001.2065 H* – nej, trods bopæl nær grænsen;
    - ligeledes afvist: sag om lovligheden af dansk deltagelse i Irak-krigen, *UfR 2010.1547 H*, uanset én sagsøgers tab af søn under krigen (men i.h.t. senere folketingsbeslutning og i.h.t. aftale om frivillig deltagelse i krigen);

- men admitteret søgsmål om Lissabontraktaten, *UfR 2011.984 H* (atter modsat ØL) …
  - sgr. mente, tiltrædelsesloven stred mod grundloven § 20;
  - HR lagde vægt på …
    - ændrede EU-kompetence- og afstemningsregler;
    - almene og væsentlige livsområder og dermed forhold af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed;
    - ville ikke få et bedre bedømmelsesgrundlag, hvis man ventede, til der var udstedt EU-retsakter efter den nye traktat.

18.9. "Rette sagsøger" – en forudsætning for at have retlig interesse

- Selskabets krav er ikke aktionærens krav – heller ikke forholdsmæssigt
  - *UfR 1992.780 V* – aktionærs krav mod bank pga. efterkommelse af direktørs instrukser om pengeoverførsler.
- Fagforeningsmedlemmet har ikke selv søgsmålsretten – fagforeningen forfølger krav mod arbejdsgiveren ved faglig voldgift …
  - men hvis fagforeningen ikke vil forfølge kravet, er der individuel søgsmålsret, jf. *UfR 1994.953 H*, løn ved afskedigelse (by- og landsret ville ikke have admitteret).
- Underinstansen har ikke søgsmålsret – blot fordi den er underkendt; den må blot "rette ind" i kommende sager
  - *UfR 2004.1513 H* – Naturklagenævnet underkendte kommunens afgørelse om nedrivning af carport; kommunen kunne ikke indbringe afgørelsen for domstolene;
  - men hvis konkret økonomisk interesse: admitteres;
  - hvis konkret planlægningsmæssig interesse: også admittere, jf. *UfR 2007.1074 H* (4-1).

18.10. Forvaltningsretlige endelighedsbestemmelser

- Husk udgangspunktet – forvaltningens afgørelser kan indbringes for domstolene, jf. grundloven § 63 ("øvrighedsmyndighedens grænser").
- Men en "endelighedsbestemmelse" – kan gøre et vist indgreb heri.
- Der er to varianter – huskes fra forvaltningsretten …
  - "… den endelige administrative afgørelse" – giver ingen problemer; afskærer jo ikke søgsmål;
  - "… den endelige afgørelse" – her ligger problemet.
- Respekteres som udgangspunkt – af domstolene, jf. lovgivningen om Flygtningenævnet …
  - klarhed kræves i lovbestemmelsen;
  - *UfR 1997.1157* (4-3, men kun ad klarhedsspørgsmålet).

- Men domstolene reserverer sig – at prøve to vigtige forhold:
  - retsanvendelsen (jus) hos forvaltningsmyndigheden;
  - sagsbehandlingsfejl hos forvaltningsmyndigheden.
- Netto respekteres altså – at bevisbedømmelsen hos forvaltningsmyndigheden er endelig …
  - *UfR 2001.861 H*;
  - *UfR 2008.482 H* – ikke "omstændigheder, der gav grundlag for at fravige" endelighedsbestemmelsen; bemærk det bredere forbehold.

Definér den forvaltningsretlige "endelighedsbestemmelse" og uddyb, hvor "endelig" den er.

Kapitel 19

Typer af domme og påstande

- Der er 4 typer domme – alt er varianter over disse:
  - fuldbyrdelse,
  - anerkendelse,
  - frifindelse,
  - erkendelse.
- Husk igen – påstanden skal udformes, så den kan indgå i domskonklusionen: "Sgr.s påstand: …" bliver (forhåbentlig) til: "Thi kendes for ret: …"
  - "Sgt. skal anerkende, at …" (positivt eller negativt).
  - "Sgt. skal betale …".
  - "Sgt. skal udlevere …".
  - "Sgt. skal tilskøde sgr. …".
- Fuldbyrdelsespåstand – og dermed fuldbyrdelsesdom
  - begreb: en dom, der kan fuldbyrdes ved fogedretten;
  - fuldbyrdelsesdom = eksigibel dom (kan eksekveres);
  - omfatter penge- eller realkrav;
  - gælder i praksis de fleste påstande;
  - betaling – danske kr. eller fremmed valuta;
  - udlevering – af en købt genstand (naturalopfyldelse);
  - tilskødning – af en købt ejendom (naturalopfyldelse);
  - "naboens træ skal fældes, subsidiært stynes [på nærmere angiven måde], mere subsidiært kronreduceres [på nærmere angiven måde]", *UfR 2010.923 Ø (naboretlig sag)*.
- Fuldbyrdelsesdom – forudsætter 1) forfaldent og 2) ubetinget krav (på tidspunktet for sagens optagelse til dom):
  - forfaldent
    - renter er en undtagelse – dom herfor gives jo også for fremtidige renter (indtil betaling sker);
    - hvis kravet eksisterer, men ikke er forfaldent, kan der evt. nedlægges anerkendelsespåstand;
    - ellers lyder dommen på "frifindelse for tiden".
  - ubetinget – og dog
    - skal normalt være ubetinget;
    - dog kan klare, enkle betingelser optages i dommen;

- køb, naturalopfyldelse (fra sælgers side): "Sgt. tilpligtes mod samtidig udlevering til sgt. af en motorjolle mærket … at betale sgr. … kr." – *UfR 1948.627 V*, dvs. sælgerens påstand om natural-opfyldelse over for køberen;
- køb, naturalopfyldelse (fra købers side): "Sgt. tilpligtes mod samtidig betaling til sgt. af … kr. at tilskøde sgr. ejendommen … på vilkår …";
- reparation, naturalopfyldelse (fra reparatørs side): "Sgt. tilpligtes mod samtidig udlevering af … at betale sgt. … kr.".

Rentepåstand – jf. forhandlingsmaksimen, § 338.

Friholdelsespåstand – over for en regrespligtig; dette er også en fuldbyrdelsespåstand.

Anerkendelsespåstand – og dermed anerkendelsesdom …
- begreb: påstand/dom, som tilpligter sgt. at anerkende, at en bestemt retsstilling består mellem parterne, men som ikke kan fuldbyrdes;
- gammel betegnelse: fastsættelsesdom (= anerkendelsesdom);
- indledes ofte med: "Sgt. tilpligtes at anerkende …";
- anerkende sgr.s eneret til … (immaterialret mv.);
- anerkende sgr.s ejendomsret til …
- anerkende at have handlet retsstridigt i forhold til sgr. ved at …
- anerkende, at han i 5 år fra … er uberettiget til at etablere sig i …
- anerkende, at sgt. ikke er berettiget til … (negativt anerkendelsessøgsmål).

Anerkendelsesdom – er det helt korrekt at sige, at den ikke kan fuldbyrdes?
- kan danne grundlag for umiddelbar fogedforretning, rpl. § 598 ff. (besiddelseskrav);
- retteligt er der ikke tale om, at dommen fuldbyrdes …
- men at den skaber det fornødne klarhedskrav som grundlag for en fogedforretning;
- fx når dommen fastslår ejendomsretten
- således *UfR 2015.2781 Ø (anerkendelsesdom om, at lejemål var opsagt)* – undgår elegant ordene klarhedskrav (i stedet: en klar og bindende konstatering) og fuldbyrdes (i stedet: kan gennemtvinges ved fogedrettens hjælp).

Straf for overtrædelse af anerkendelsesdom – det er ikke omkostningsfrit at ignorere dommen …
- "Den, der forsætligt overtræder en dom, hvorved det er pålagt vedkommende at foretage eller undlade noget …", rpl. § 535 – bøde eller fængsel indtil 4 mdr.

Konstaterende domme – alle domme om betaling, udlevering, anerkendelse etc. …
- "konstaterer", hvad der allerede før dommen var retsstillingen mellem disse parter;
- de var blot uenige og måtte have domstolene til at "konstatere", hvad der gjaldt mellem dem;

— både fuldbyrdelses- og anerkendelsesdomme kan være konstaterende.

✍ Konstitutive domme – stifter ny ret
- — norsk: "retsændringsdomme" – godt udtryk!
- — familieretlige statusdomme – skilsmisse, forældremyndighed, faderskab;
- — mortifikation – et bortkommet værdipapir erklæres dødt og magtesløst;
- — en dødsformodningsdom efter borteblevneloven;
- — en dom, der kender en generalforsamlingsbeslutning ugyldig (eller ændrer den);
- — har retsvirkning over for alle – *erga omnes*;
- — dispositionsmaksimen fraviges – kan ikke "aftale skilsmisse";
  - ↬ U: ved statsforvaltningen, hvis ÆL's betingelser er opfyldt).
- — forhandlingsmaksimen fraviges – retten er fx ikke bundet af sgt.s erkendelsespåstand.

Kapitel 20

Formalitet og realitet

- Sondringen:
  - realiteten – prøvelsen af parternes fuldbyrdelses- eller anerkendelsespåstande (på grundlag af materielle regler);
  - formaliteten – den sagsbehandling, der leder frem til realitetsprøvelsen (på grundlag af processuelle regler);
  - NB.: påstand om, at en voldgiftskendelse bliver kendt ugyldig, jf. vgl. § 37, hører naturligvis til realiteten under retssagen.
- Der kan være formalitetspåstande – hvis der er tvist om formaliteten
  - afvisning, henvisning;
  - dommeren er inhabil ("… skal vige sit sæde …");
  - vidnet NN skal/skal ikke afhøres;
  - bilag 27 må ikke fremlægges;
  - spørgsmål 17 må ikke stilles til skønsmanden;
  - modparten skal fremlægge dokumenter (edition);
  - tredjemand skal fremlægge dokumenter (edition).
- Der kan være begge typer påstande
  - formaliteten: påstår principalt sagen afvist (thi intet dansk værneting, eller søgsmålsfrister er sprunget);
  - realiteten: subsidiært påstås der frifindelse.
- Formalitetsindsigelser – skal fremsættes i svarskriftet, § 351, stk. 4
  - sgt. kan som Ho. ikke nøjes med formalitetsindsigelserne;
  - skal også nedlægge realitetspåstand;
  - men kan anmode retten om særskilt påkendelse af formalitetsindsigelsen, § 253;
  - imødekommes dette, kan svarskriftet nøjes med formaliteten, § 351, stk. 4;
  - husk nemlig, at § 253 (delafgørelser) omfatter både realitets- og formalitetsspørgsmål;
  - dvs. retten har ikke pligt til delafgørelse om formaliteten (men vil ofte gøre det).
- Formalitetsafgørelsen – i den nævnte situation …
  - herefter er der formalitetspåstande fra begge sider;
    - sgt.: sagen afvises;
    - sgr.: sagen admitteres.

- processkrifter herom + evt. mundtlig formalitetsprocedure
- hvis sagen admitteres: kendelse;
  ↬ kan ikke særskilt kæres (U: ankeinstansen tillader det), § 253, stk. 4.
- hvis sagen afvises: dom;
  ↬ kan kæres, § 391, stk. 3.

Formalitetstvist under anke eller kære – husk to-instans-princippet
- handler landsretten som 2.-instans …,
- kræver det tilladelse fra Procesbevillingsnævnet at anke/kære til HR, jf. § 371 (anke) og § 392 (kære);
- dvs. at nyopståede formalitetsspørgsmål i 2.-instans som Ho. kun kan behandles i én instans;
- kriterium for 3.-instansbevilling: at spørgsmålet er principielt (husk forskel fra straffeproces: principielt eller særlige grunde);
- husk den samlede opskrift hos *Erik Werlauff* i Juristen 2003 s. 196 ff. ("At søge procesbevilling").

Forhandlingsmaksimen – gælder som hovedregel ikke formaliteten
- procesregler er præceptive (hovedregel);
- retten skal *ex officio* tage stilling til formaliteten, fx afvisning pga. manglende retlig interesse;
- dvs. der gælder en officialmaksime for formaliteten;
- det er rettens (og dermed statens) ansvar, at fx inhabilitet afhjælpes, jf. ligeledes EMRK artikel 6(1);
- nogle formalitetsspørgsmål kræver dog indsigelse, fx indsigelse mod værnetinget (ellers: stiltiende værnetingsaftale – hvis retten er kompetent).

Eksempler på, hvad der kan føre til afvisning – med enkelte undtagelser anført:
- intet dansk værneting (thi kan ikke henvise til udenlandsk domstol);
- litispendens – sag er allerede anlagt om det samme i et andet EU-land (U: bestrides det fremmede værneting, udsættes sagen i afventen af den udenlandske afgørelse);
- søgsmålsfrist sprunget – fx frister i skatteforvaltningsloven for at indbringe LSK for domstolene;
- retlig interesse mangler – dvs. ikke tilstrækkeligt konkret og aktuel, jf. foregående forelæsning (U: kan e.o. føre til frifindelse);
- en part opløses – en part er at selskab, og dette opløses inden dommen i sagen, jf. *UfR 1985.441 V*, *TfS 1996.30 V* og *UfR 1989.969 Ø (Chevron Delaware Inc.)*;
- sgr. udebliver – fra forberedende møde, § 360, stk. 1 (afvises ved beslutning; dog dom for tingfæstet selvstændigt modkrav fra sgt.);
- sgr. udebliver – fra hovedforhandlingen, § 362, stk. 1;
- manglende processkrift – herunder endeligt påstandsdokument, forudsat tilkendegivelse om U-virkning, § 360, stk. 5;

- *ordre public* – påkendelse i realiteten strider mod lov og ærbarhed;
  - landbrugssagerne, *UfR 2000.2325 V* og *UfR 2001.447 V*;
  - den ulovlige spanke aftale om ejendomsformidling, *UfR 2000.631 H*.

Eksempler på, hvad der kan føre til henvisning:
- saglig kompetence – § 232, stk. 2;
- stedlig kompetence – § 248, stk. 2;
- fra byret til landsret – principiel sag, § 226, stk. 1;
- fra byret til SHR – principiel erhvervssag, herunder ansættelsessag, § 227, stk. 1;
- kan ikke henvise til – voldgift, udenlandsk domstol, færøsk eller grønlandsk domstol.

Nogle konsekvenser – af forskellene mellem henvisning og afvisning:
- ny stævning, nyt sagsanlæg? – kun, hvis afvisning;
- omkostninger pålægges? – kun, hvis afvisning (har tabt);
- procesrenter? – først fra 2. stævning;
- afbrydelse af frister for forældelse, søgsmålsfrist mv. – ikke, hvis afvisning;
- ny retsafgift? – kun, hvis afvisning (U: ny sag inden for 3 mdr., jf. RAL § 8).

Kapitel 21

Dispositions-maksimen

21.1. Består af to elementer

- Dispositionsmaksimen består af to elementer:
  - det materielle: uanset retssagen råder (disponerer) de frit over det, sagen drejer sig om ("sagens genstand");
  - det processuelle: i et vist omfang disponerer de over procesførelsen, dvs. kan indgå aftaler herom.

21.2. Den materielle bestanddel

- Dette er aftalefrihedens procesretlige forlængelse – obligationsrettens aftalefrihed gælder stadig, trods tvisten.
- De kan derfor forlige sagen udenretligt ("frivilligt forlig") – og kræve, at retten tager dette til efterretning (sagen hæves) …
  - kan også forlige sagen indenretligt (retsforlig).
- Selv efter, at dom er afsagt – kan de forlige sagen anderledes end dommen …
  - fx hvis de begge kan se, at faktum og/eller jus vil føre til et andet resultat i ankeinstansen)!
  - fx pga. nye beviser;
  - fx pga. et mellemkommende, afgørende præjudikat;
  - fx i en civil skattesag, hvor SKAT har vundet i 1. instans.
- En ensidig erklæring – kan træde i stedet for en aftale
  - den part, der vandt i 1. instans, kan fx ved ensidig erklæring give den anden (ankende) part medhold;
  - vi så et eksempel på dette under spørgsmålet om retlig interesse …
    - *UfR 2009.1758 H (DONG's vindmølleprojekt)*
      - grundejere stævnede, tabte og ankede;
      - under anke: bindende proceserklæring fra DONG – havde nu definitivt opgivet projektet;
      - grundejerne mistede herved retlig interesse …
      - og deres anke afvistes.

- Modsætningen er indispositive sager – parterne kan ikke frit råde over det, sagen drejer sig om (sagens genstand):
  - separation el. skilsmisse – kan ikke frit aftale det (men elementer i sagen kan være dispositive, fx bidragspligt);
  - faderskabssag – kan ikke forlige sagen, som de vil;
  - do. ad tvangsadoption, værgemålssager, administrativ frihedsberøvelse;
  - alt dette er "specialprocessen" – jf. rpl. kap. 42-44.

21.3. Den processuelle bestanddel

- Procesledelsen – tilkommer grundlæggende retten …
  - men i et vist omfang kan parterne påvirke procesførelsen (aftaler henholdsvis ensidige erklæringer);
  - dette sker enten lovhjemlet eller ulovhjemlet (forholdets natur).

- Lovhjemmel til påvirkning af procesførelsen – nogle eksempler:
  - afkald på domstolsbehandling – gennem vedtagelse af voldgift, jf. vgl. § 4 ("Domstolene har ingen kompetence i tvister som skal afgøres ved voldgift, ud over hvad der følger af denne lov");
  - afkald på forkyndelse, § 160, stk. 1. ("afkald på kald og varsel" – egentlig forkert udtrykt);
  - udpegning af forkyndelsesmodtager, § 160, stk. 2;
  - sgr.s valg mellem flere værneting, fx mellem hjemting og undtagelsesværneting;
  - værnetingsaftale, § 245, stk. 1;
  - omkostningsaftale, § 312, stk. 1;
  - samtykke i nova trods præklusion, § 358, stk. 1 (forberedelsen) og § 363, stk. 1 (hovedforhandlingen) (U: retten kan tilsidesætte samtykket, § 358, stk. 7 og § 363, stk. 2);
  - ensidigt ankeafkald, når dom er afsagt, § 370, stk. 5;
  - aftale om ankeafkald, når tvisten er opstået, § 370, stk. 1, 1. pkt.;
  - aftale om ankeafkald mellem erhvervsdrivende eller off. myndighed, før tvist er opstået, § 370, stk. 1, 2. pkt.;
  - erklæring om ikke at ville gøre bestemte påstande eller anbringender gældende, jf. § 338 – forhandlingsmaksimen;
  - erklæring om ikke at bestride en (tal)opgørelse mv., jf. § 341 – overflødig bevisførelse udelukket.

- Ulovhjemlet påvirkning af procesførelsen
  - aftale kan indgås uden hjemmel – ud fra forholdets natur;
  - forudsætninger herfor:
    - ingen væsentlige modhensyn over for retten (fx ikke aftale springende appel til HR),
    - ingen væsentlige modhensyn over for tredjemand (fx ikke vilkårligt aftale dørlukning),
    - følgerne af aftalen skal kunne overskues af parterne.

- — eksempel:
  - parterne kan undlade at påberåbe sig en retsregel, jf. P. *Spleth* i UfR 1977 B 427 f.;
  - to retlige anbringender kunne påberåbes af en arbejdsgiver til støtte for nedsættelse af erstatning;
  - ønsker kun at påberåbe sig det ene, fx for at få en principiel dom;
  - *Spleth:* retten må respektere et sådant afkald;
  - dette er noget andet end at anvende juraen med et andet indhold, end den har;
  - selv dette må dog modificeres (*Spleth*) – er retstilstanden tvivlsom, og parterne enige om en bestemt fortolkning, lægger retten denne til grund …
  - NB.: dermed får dommen ingen præjudikatværdi (når fortolkningen var ubestridt).

Hvad parterne derimod **ikke** kan aftale – om procesførelsen

- — aftale landsret i stedet for byret – hvor henvisningsmuligheden ikke er opfyldt;
- — aftale SHR som værneting – hvor kompetencereglerne ikke er opfyldt;
- — give ensidigt ankeafkald eller indgå ankeafkaldsaftale i videre omfang end nævnt ovenfor;
- — aftale en bevisførelse, som retten finder overflødig;
- — aftale, at sagen skal afgøres efter billighed (modsat vgl. § 28, stk. 3) = afgørelse *et aequo et bono*;
- — aftale, at sagen skal afgøres efter *lex mercatoria* (Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010) …
  - det må dog forventes, at Unidroit Principles inden længe vil kunne vedtages også til brug for sager ved domstolene …
  - ikke kun til brug for voldgiftssager.

Forklar efter hukommelsen sondringen mellem dispositionsmaksimens materielle og processuelle bestanddel.

Kapitel 22

Retsmægling, forligsmægling og forlig

22.1. To slags mægling ved domstolene

- Vigtigt at skelne:
  - retsmægling – tilbydes i mange sager, når sagen er anlagt, §§ 271-279
    - efter nogle års forsøgsordning indførtes det permanent;
    - en meget høj forligsprocent;
    - dvs. i høj grad procesbesparende;
    - er specialiserede dommere og advokater, antaget til disse opgaver;
    - vurderer ikke sagen juridisk, men søger at skabe enighed.
  - forligsmægling – ved slutningen af hovedforhandlingen i 1. instans, §§ 268-269
    - vurderer sagen juridisk og søger at skabe enighed.

22.2. Retsmægling

- I princippet kan enhver civil sag udtages til tilbud om retsmægling
  - ikke blot ægteskabssager …
  - men også (navnlig) sager med traditionel formueretlig tvist …
  - både forbruger- og erhvervssag;
  - også sag om prøvelse af forvaltningsafgørelse, herunder en civil skattesag.
- Ét eller flere mæglingsmøder
  - kan mødes med parterne hver for sig, hvis de er enige om det, jf. § 275, stk. 2;
  - dvs. stik imod normale kontradiktionsprincipper;
  - retsmægleren foretager ikke en juridisk bedømmelse.
- Efter retsmæglingen
  - oplysninger fremkommet under retsmæglingen er fortrolige, jf. § 277, stk. 1;
  - U (bl.a.): kan anvendes som grundlag for editionsbegæring;
  - retsmægleren må ikke bagefter være dommer eller advokat i sagen, § 279 (U: kan føre et forlig i sagen til retsbogen).

22.3. Forligsmægling

- I første instans
  - skal mægle forlig i alle civile 1.-instanssager (U: skønnes forgæves);
  - dvs. normalt byretten, § 268, stk. 1;
  - sker ofte efter hovedforhandlingens gennemførelse;
  - kombineres ofte med en "tilkendegivelse", dvs. hvad en dom ser ud til at ville lyde på (evt. med forbehold);
  - tilkendegivelsen fører ofte til et retsforlig, jf. herom nedenfor …
  - og i forliget kan begge parter evt. "få noget", som de ikke ville kunne opnå ved en dom;
  - en tilkendegivelse kan være mundtlig (her og nu) eller skriftlig (kommer om nogle dage – svarer til et udkast til domspræmisser).
- Under anke
  - kan mægle forlig under anke, § 268, stk. 3;
  - også dette kan kombineres med en tilkendegivelse …
  - fx om, at anken bør hæves (fordi den er udsigtsløs).
- Fortrolighed undervejs
  - dørene kan evt. lukkes under forligsmæglingen, § 269 (bruges ikke);
  - hver parts drøftelse med egen advokat er naturligvis fortrolig;
  - konklusionen meddeles modparten og retten.

22.4. Retsforlig

- Stor praktisk betydning – de fleste 1.-instanssager forliges!
  - bemærk udsagnet hos *Gomard* & *Kistrup* s. 549 …
    - "De fleste dispositive civile retssager, som ikke afgøres ved udeblivelsesdom, sluttes med et forlig."
    - dette er helt korrekt – dvs. forlig er reglen, dom er undtagelsen!
- Procesfuldmagten – til en parts advokat
  - omfatter ikke indgåelse af forlig, medmindre partens krav fuldt ud imødekommes;
  - dvs. en advokat skal have særskilt bemyndigelse til at indgå forlig på "ringere" vilkår end partens påstand;
  - vi stoler normalt (i Danmark) på, at en advokat, der indgår forlig for klienten, har den fornødne bemyndigelse.
- Indgåelsen – forlig efter hovedforhandlingen
  - hovedforhandlingen er gennemspillet …
  - og retten har (i 1. instans) fremsat sin tilkendegivelse;
  - nu ved parterne, hvad en dom må forventes at gå ud på …
  - og spørgsmålet er, i hvilket omfang de "har brug for" en dom – ofte har de det ikke; de har brug for en afgørelse af sagen;
  - parterne er til stede eller repræsenteret;

- selskaber mv. v/ én, der har repræsentationsmagt (medlem af bestyrelse eller direktion);
- et retsforlig behøver ikke underskrives af parterne;
- selv om der evt. gives kredit ved forliget, skal der ikke gives kreditoplysninger, jf. kreditaftalelovens § 3, stk. 2.

Indgåelsen – forlig under forberedelsen

- ofte brev fra hver advokat til retten;
- enkle forlig: brevene gengiver indhold;
- mere komplekse: et forligsdokument er udarbejdet og ønskes tilført retsbogen som retsforlig;
- behøver ikke afskrives i retsbog – der kan henvises til dokumentet, jf. *UfR 1998.1075 Ø*.

Hvilke retter kan retsforlig indgås for?

- enhver ret – men da det er en judiciel funktion, skal retten beklædes af en jurist (ikke en kontorfuldmægtig);
- også fogedret og skifteret er omfattet;
- det kræves ikke, at sagen først har været ført som retssag for den pågældende ret;
- eksempel på fogedret og retsforlig:
  - en arrestsag kan munde ud i et retsforlig om realiteten – herefter spares justifikationssag etc.;
  - en umiddelbar fogedforretning (udsættelse mv.) kan tilsvarende munde ud i et retsforlig om (rekvirentens) pengekrav (som ellers skulle afgøres ved særskilt retssag);
  - en fuldbyrdelse af et forkyndt betalingspåkrav kan munde tilsvarende ud – hermed er realiteten forligt.

Retsforligets indhold samt omkostninger

- forligets indhold kan afvige fra parternes påstande
  - nye vilkår mv. kan komme ind;
  - i det hele taget: aftalefrihed.
- kan aftale detaljer om omkostninger, § 312, stk. 1
  - eller overlade fastsættelsen af omkostninger til rettens afgørelse.
- kan påkæres i samme omfang som andre omkostningsafgørelser (jf. straks nedenfor)
  - dvs. kæreforbehold er unødvendigt, jf. *UfR 2008.926 H* (ny praksis efter motiver i bet. fra Retsplejerådet).
- kære fra byret til landsret
  - er underlagt en 20.000 kr. grænse, § 389, stk. 1;
  - dvs. hvis omkostningerne er fastsat til højst 20.000 kr., kan der ikke kæres (U: tilladelse fra Procesbevillingsnævnet);
  - hvis retten ophæver omkostningerne (dvs. hver part skal bære sine egne omkostninger), gælder 20.000 kr. grænsen ikke.

- kære fra landsret (eller fra SHR) til Højesteret
  - ↬ kræver tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, § 392, stk. 2.

- Eksigibilitet – § 478, stk. 1, nr. 2 …
  - udtaler ikke selv, at det er eksigibelt – det er det.

- Ugyldighed
  - et retsforlig er en aftale;
  - kan være ugyldigt pga. fuldmagtsoverskridelse hos procesfuldmægtig …
  - eller pga. fejlskrift + ond tro, jf. aftl. § 32;
  - i det hele taget: alle formuerettens ugyldighedsregler mv.;
  - gyldigheden anfægtes normalt ved en ny 1.-instanssag, § 270, stk. 2, 1. pkt.;
    - ↬ dvs. retten kan ikke genoptage sagen og præcisere retsforliget;
    - ↬ jf. *UfR 2001.518/2 H* – retsforlig i sag om prisafslag på ejendom; efterfølgende tvist, om forligsbeløbet skulle forrentes; ØL genoptog og uddybede ved dom, men HR ophævede dommen.
  - evt. under tvangsfuldbyrdelse af forliget ved fogedretten, jf. § 501, stk. 2, modsætningsvis – *UfR 1985.914 H (fuldmagtsoverskridelse)*;
  - fejl fra retten gøres gældende ved kære, der kan føre til ugyldighed, § 270, stk. 2, nr. 2 – fx urigtig tilkendegivelse om retstilstanden (hvis fejlen har haft væsentlig betydning) …
    - ↬ NB: det er slet ikke nok til ugyldighed, at en anke af sagen ville føre til et andet resultat end rettens tilkendegivelse!

22.5. Udenretligt forlig

- Begreb – et forlig, der ikke er et retsforlig, dvs. som ikke tilføres retsbogen.

- Terminologi – udenretligt forlig = frivilligt forlig.

- Parterne kan når som helst forlige sagen udenretligt – og meddele retten dette, jf. dispositionsmaksimen.

- Eksigibilitet – § 478, stk. 1, nr. 4
  - er kun eksigibelt, når det udtrykkeligt står i forliget;
  - "… kan tjene som grundlag for fuldbyrdelse";
  - skal angå forfalden gæld – ikke til hinder for en afdragsordning;
  - skal være skriftligt – en e-mail er ikke nok, *UfR 2009.81 Ø* (hvad, hvis underskrevet med digital signatur eller NemID?).

- Kreditaftaleloven
  - hvis der gives kredit: det udenretlige forlig omfattes af kreditaftaleloven, modsat retsforlig;
  - dog ikke, hvis kredittiden er max. 3 mdr., jf. lovens § 3, stk. 1, nr. 1;
  - dvs. skal indfries senest 3 mdr. fra aftalens indgåelse;
  - hvis +omfattet: der skal gives oplysninger efter loven (rente, årlige omkostninger, samlet ydelse etc.);
  - ligger indbygget i typiske advokatsystemer.

Efter hvilke regler skal det afgøres, om et indenretligt forlig er ugyldigt?

Samme spørgsmål om et udenretligt forlig.

Kapitel 23

Retsafgørelsernes form

23.1. På hvilke måder udtrykker en domstol sig?

- Procesledende bemærkninger, spørgsmål mv.
  - spørgsmål til vidner, rpl. § 183, stk. 2 (stille spørgsmål; evt. overtage afhøringen);
  - afklarende spørgsmål til påstande, anbringender mv., § 339, stk. 1;
  - opfordringer til stillingtagen, § 339, stk. 2 (til retlige og faktiske spørgsmål);
  - opfordringer til bevisførelse, § 339, stk. 3 (men jo altså kun opfordring, ikke påbud);
  - vejledning til selvmøder i byret, § 339, stk. 4.
- Tilkendegivelser – fx ad forligsmulighed, § 268, stk. 1 (forligsmægling)
  - pas på med tilkendegivelser på et for tidligt stadium, jf. habilitetshensyn;
  - dog vil tilkendegivelse under forberedende møde normalt ikke medføre inhabilitet, *UfR 1996.40 Ø* (tilkendegav sin foreløbige opfattelse af sagen; mæglede forlig).
- Beslutninger – formalitetsspørgsmål, som der ikke er tvist om
  - i virkeligheden: "andre beslutninger" (§ 214, stk. 1) …
  - for domme og kendelser er jo også "beslutninger".
- Kendelser
  - formalitetsspørgsmål, som der er tvist om;
  - andre spørgsmål, hvor kendelse er foreskrevet, § 217 (jf. eksempler straks nedenfor);
  - fogedretten afgør alle tvister ved kendelse, ikke dom;
  - derimod kan en skifteret sagtens få brug for domsformen …
  - fx dom om en anmeldt, omtvistet fordring;
  - kendelser kan skrives på to måder:
    - opbygget (næsten) som en dom ("fuld kendelse", "løsbladskendelse" – indgår i dombogen) ("Thi bestemmes: …");
    - retsbogskendelser – retsbogstilførslen munder ud i en kendelse ("retsbogskendelse" – indgår i retsbogen) ("… hvorfor bestemmes: …").
- Domme – sagens materielle afgørelse
  - bringer sagen til afslutning ved denne instans;
  - sagen standser her (derfor på fransk: *arrêt*);

- konklusionen indledes med: "Thi kendes for ret: …";
- i fuldbyrdelsesdomme (her: betalingsdomme) tilføjes en tvangsklausul: "Det idømte beløb skal betales inden 14 dage efter afsigelsen af denne dom" (fuldbyrdelsesfristen, § 480, stk. 1).

✍ Og dog – nogle gange afsluttes sagen ikke med dom, men med beslutning eller kendelse

- afvisning pga. mangelfuld stævning, der ikke afhjælpes – beslutning eller kendelse, § 349;
- afvisning pga. sgr.s udeblivelse fra forberedende møde – beslutning, § 360, stk. 1 (U: dom for tingfæstet modkrav);
- afvisning pga. sgr.s manglende processkrift eller påstandsdokument med tilkendegivet U-virkning – beslutning, § 360, stk. 5 (samme U ad modkrav);
- henvisning pga. saglig kompetence – kendelse, § 232, stk. 2-3;
- henvisning til rette værneting – kendelse, § 248, stk. 2, 3. pkt.;
- kan henvisning ikke ske (fx til udenlandsk domstol) – afvisning ved dom, § 248, stk. 2, 4. pkt.

✍ Tvist om evt. afvisningsgrunde – fx spørgsmål om retlig interesse

- sagen admitteres, efter at retten *ex officio* har taget spørgsmålet op – beslutning;
- sagen admitteres efter formalitetsprocedure – kendelse;
- sagen afvises – dom.

✍ Husk sammenhængen med appel – her: appelformen

- domme ankes (som Ho.) – dvs. mundtlig ankesag (som Ho.);
- beslutninger og kendelser kæres, § 389 – dvs. skriftlig kærebehandling (som Ho.);
- dvs. tids- og omkostningsfaktoren påvirkes af afgørelses- og dermed appelformen …
  - ↬ fx kendelse om gældssanering – kæres til landsret, dvs. hurtig behandling

Hvornår bruges kendelse, og hvornår bruges dom?

Er der nogle sagstyper, hvor der altid bruges kendelse?

Kapitel 24

Delafgørelser

24.1. Fælles

- Et nyttigt og procesbesparende instrument – § 253
  - husk, at § 253 (nu) ikke kun omfatter realiteten, men også formaliteten;
  - "ældre" jurister er vant til, at formalitetsspørgsmål lever deres eget liv, afgøres særskilt, kan appelleres særskilt etc.;
  - men nu skal også formalitetsspørgsmål ind i § 253-rammen;
  - derfor helt korrekt af *Gomard* & *Kistrup* at behandle realitet og formalitet særskilt under § 253.
- Bemærk, at retten har to kompetencer efter § 253
  - behandlingen opdeles, § 253, stk. 1;
  - afgørelsen opdeles, § 253, stk. 2;
  - dvs. at retten ikke ved at opdele behandlingen har forpligtet sig til også at opdele afgørelsen;
  - ofte vil særskilt behandling dog føre til særskilt afgørelse (hvilket jo er én af grundtankerne med § 253);
  - kan ikke udskyde noget af det til et ny søgsmål – skal afgøres under denne sag.
- Bemærk også sondringen – "krav" eller "spørgsmål"
  - krav – flere poster; evt. krav/modkrav;
  - spørgsmål – andre forhold af betydning …
    - nogle eksempler på spørgsmål – bemærk, at der både er formalitet og realitet imellem;
    - lovvalg, værneting, rettens kompetence, søgsmålsfrister, søgsmålskompetence, forældelse, passivitet;
    - flere eksempler (med domme) følger nedenfor;
    - størst praktisk betydning ad spørgsmål;
    - det er her, procesbesparelsen for alvor ligger.
- Bemærk også sondringen – om delaførelsen kan fuldbyrdes eller ej
  - dette er normalt kun relevant for enkelte krav, fx et krav, der (nu) erkendes;
  - når retten træffer afgørelse om det, kan retten bestemme, at det særskilt kan fuldbyrdes (ellers kan det ikke);
  - dermed kan det også særskilt appelleres, § 253, stk. 3;

- ellers kræver appel (normalt: kære) af en § 253-delafgørelse tilladelse fra ankeinstansen.

Rekapitulering ad appel
- delafgørelser kan ikke frit appelleres, hverken ad realitet eller formalitet;
- ændret i 1998, jf. *bet. nr. 1348/1997* fra Retsplejerådet – vistnok ikke opdaget af alle endnu;
- appel kræver enten …
  - at delafgørelsen særskilt kan fuldbyrdes (efter bestemmelse fra retten i afgørelsen), fx ét blandt flere krav under sagen, eller
  - at appelinstansen tillader særskilt appel, jf. § 253, stk. 4, fx afgørelse, der admitterer søgsmålet mod sgt.s indsigelse
  - se *Erik Werlauff* i UfR 2013 B s. 11 ff. (kæretilladelse til formalitetsafgørelser)
- selve appellen anses da også for at være en ansøgning om tilladelse til appel, *UfR 2004.1612 H* (kære af delafgørelse = anmodning om tilladelse til kære; praksisændring);
- appel af delafgørelse i en ankesag kræver også Procesbevillingsnævnets, § 371 (anke) eller § 392 (kære) – dobbeltkompetence;
- hvis landsrettens afgørelse ikke kan særskilt fuldbyrdes, kræves også HR's tilladelse, § 253, stk. 4;
- dvs. man må i så fald 1) appellere, 2) søge P-nævnet og 3) (dernæst eller samtidig) søge HR.

Retten anvender § 253 *ex officio* – men …
- parterne bør selv være opmærksomme på muligheden og bringe den på bane;
- jf. procesbesparende hensyn over for klienten (og retten).

24.2. Delafgørelse om realitetsspørgsmål

Dette er det klassiske område for § 253.

En række principielle spørgsmål (med stor præjudikatværdi) – er afgjort på denne måde …
- uden at vi normalt tænker over det, når vi læser "dommen" …
- som netop ofte ikke er en dom, men en kendelse;
- kreditkøbslovens forbrugerbegreb, jf. *UfR 1995.432 H* om lånefinansierede diamantkøb (lånekøb);
- internationalt lovvalg, jf. *UfR 1990.540 V* om lovvalg for pant i simpel fordring;
- spørgsmål om leasingaftalers undtagelse fra lejelovgivningen, jf. *UfR 1999.401 H (Scandic Hotel)*;
- produktansvarslovens udstrækning, jf. *UfR 2001.2338 H* om et hospitals ansvar for beskadigelse af en nyre til transplantation (med præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen).

- Andre praktiske eksempler:
  - er denne ansvarsfraskrivelse juridisk holdbar?, jf. *UfR 1975.339 SH*;
  - er denne forhandlerkontrakt ugyldig efter aftalelovens § 33?, jf. *UfR 1977.543 SH*;
  - er der her et ansvar for en stedfunden kollision?, jf. *UfR 1979.342 SH*;
  - kunne denne funktionær lovligt afskediges?, jf. *UfR 1980.540 H*;
  - er dette køberetlige krav forældet eller bortfaldet pga. for sen reklamation?, jf. *UfR 1985.570 H*;
  - har fælleskreditorerne i denne sag fortrinsret til en I/S-lignende formue?, jf. *UfR 1988.42 H*;
  - skal dansk eller tysk ret finde anvendelse på en bestemt tvist?, jf. *UfR 1992.253 H*;
  - skal gamle eller nye regler for behandling af udlændingesager anvendes? *UfR 2010.2910 H*;
  - er det med rette, der er gjort arrest i en ejendom tilhørende tredjemand, som menes at være stråmand for den skyldneren som den reelle ejer? Jf. *UfR 2012.2158 V*.
- Praktisk særlig vigtigt – er der erstatningsansvar?
  - svares der nej, kan der afsiges frifindelsesdom;
  - svares der ja, fortsætter sagen …
    - hvis der tillades appel heraf, kan sagen enten fortsætte nu …
    - eller den kan udsættes i afventen af appelafgørelsen, jf. § 345 (alm. udsættelsesregel, også anvendelig her).
- Også delafgørelse i familieretlig statussag?
  - i hvert fald ikke først bidragsafgørelse og dernæst dom til separation eller skilsmisse!
  - men evt. omvendt: først skilsmisse (som måske er uomtvistet), dernæst vilkår?
  - negativ motivudtalelse, FT 1968-69, till. A, sp. 2980 …
  - til rpl. § 454, stk. 2, hvorefter der kan ankes særskilt ad ét eller flere vilkår;
  - *UfR 2003.781 Ø* afviser (jf. motiverne) særskilt dom til skilsmisse eller separation – og først dernæst bidragsdom;
  - men flere domme udskiller i hvert fald § 56-krav (urimeligt ringe-reglen) til særskilt afgørelse, *UfR 1993.94 Ø*, *T:FA 2000.467 Ø*;
  - men § 56 ligner jo også en efterfølgende "bodeling" – mindre betænkeligt at udskille dette;
  - § 253 kan også anvendes under et ægtefælleskifte ved skifteretten, jf. *T:FA 2011.336 V* forudsætningsvis …
  - hvor § 253 dog konkret ikke anvendes (på påstand om skævdeling efter SKL § 69 a – thi nær sammenhæng med bodelenes størrelse, som ej var afgjort).

- Kan evt. føre til dom – nemlig hvis spørgsmålet afgør hele sagen
  - delafgørelse om forældelse – og kravet er forældet: sgt. frifindes;
  - i så fald: dommen kan ankes efter de helt alm. regler – dommen afslutter jo sagen ved denne instans.
- Krav og modkrav – varsomhed bør udvises
  - normalt helst ikke eksigibel dom om et enkelt krav, da man jo ikke ved, om det opsluges af et modkrav;
  - dog – hvis hovedkravet er 120, og modkravet er 100, kan der evt. gives eksigibel deldom for de overskydende 20.

24.3. Delafgørelse om formalitetsspørgsmål

- Nogle eksempler fra praksis – omfattet af § 253
  - er denne sgr. søgsmålskompetent?
  - er denne tvist omfattet af en voldgiftsklausul mellem parterne?
  - er søgsmålsfristen i skatteforvaltningsloven sprunget?
- Men § 253 omfatter ikke ethvert formalitetsspørgsmål – uden for lovreglen falder fx …
  - spørgsmål om sagens tilrettelæggelse;
  - skal søgsmålet have opsættende virkning (for efterlevelsen af en forvaltningsafgørelse)?
  - skal sagen afvises pga. mangelfuld stævning, § 349?
  - skal sagen henvises til landsretten, § 226?
  - skal sagen afvises pga. sgr.s udeblivelse eller manglende processkrift med tilkendegivet u-virkning, § 360, stk. 1 og 5?
  - alle disse afgørelser – følger de normale regler;
  - afvisningsdom pga. manglende retlig interesse mv. – anke;
  - afvisningsdom pga. søgsmålsfrist eller ikke rette værneting (og henvisning ikke mulig) – kære, § 391, stk. 3;
  - kendelse ved byret om admittering mv. – kær, § 389;
  - kendelse fra landsret eller SHR: kun kære med tilladelse fra Procesbevillingsnævnet, § 392, stk. 2.
- Sammenfattende
  - omfattet af § 253: appelafskæring, § 253, stk. 4;
  - ikke omfattet: normale appelregler.

> Giv efter hukommelsen eksempler på nogle formalitetsspørgsmål, som omfattes henholdsvis ikke omfattes af rpl. § 253.

Kapitel 25

Dommens og kendelsens indhold

- Domme og kendelser skal begrundes – § 218, stk. 1 (både civile sager og straffesager – "skal ledsages af grunde").
- Andre beslutninger – behøver ikke at begrundes, § 218, stk. 2.
- Dissens
  - der var ikke enighed i en kollegial ret om resultatet;
  - se nedenfor om, hvordan beslutningen så træffes (rettens "rådslagning");
  - lige her ser vi på, hvordan det ses i dommen;
  - i fx EU-Domstolens domme ses det ikke, om der var uenighed.
- Navngiven eller anonym dissens – hvad er dét?
  - navngiven: man ser stemmetal og personer;
  - anonym: man ser stemmetal, men ikke personer.
- Civile sager
  - byret
    - én dommer – navn ses automatisk via dommen;
    - byret, flerdommersag – navne ses, jf. § 218, stk. 3, 1. pkt. (også sagkyndige dommere).
  - landsret
    - navne ses, jf. § 218, stk. 3, 1. pkt. (også sagkyndige dommere).
  - Højesteret
    - navne ses, jf. § 218, stk. 3, 1. pkt.
- Straffesager
  - byret
    - éndommersag (politisag) – navn ses automatisk via dommen;
    - domsmandssag – kun stemmetal angives, ulovreguleret;
    - nævningesag – kun stemmetal angives (dommer/nævning), § 218, stk. 2 – skyldspørgsmål, både resultat og begrundelse (udmåling: i praksis do.; ulovreguleret).
  - landsret
    - tredommersag (politisag) – kun stemmetal angives, ulovreguleret;
    - domsmandssag (3 + 3) – kun stemmetal angives, ulovreguleret;
    - nævningesag – kun stemmetal; skyldspørgsmål, både resultat og begrundelse (udmåling: i praksis do.; ulovreguleret).

- Højesteret
  - navne angives ad både skyld og udmåling, § 218, stk. 3, 2. pkt.

Dissens kan vedrøre – begrundelse og/eller resultat
- uenig i både begrundelse og resultat;
- uenig i begrundelse, men enig i resultat;
- ved afstemningen i en kollegial ret følges der en resultatmetode (§ 216, stk. 1: "stemmeflerhed … for afgørelsen"), jf. nedenfor.

Dommens indhold – lovens mindstekrav, § 218 a:
- påstande,
- anbringender (civil sag),
- fremstilling af sagen,
- (i fornødent omfang) de afgivne forklaringer,
- faktiske og retlige omstændigheder, der er lagt vægt på ved sagen afgørelse,
- tiltalen (straffesag).

Dommens indhold – i praksis
- domshoved – en service fra UfR, TfS, TBB, T:FA, T.FK etc.; er naturligvis ikke med i selve dommen;
- ofte kort indledning til selve dommen – "Denne sag drejer sig om, hvorvidt …";
- påstande – det, man ønsker at se i domskonklusionen;
- anbringender – det, man ønsker at se i præmisserne;
- sagsfremstilling (narratio = fortællingen), med …
  - vigtigste dokumentbeviser – kort refereret;
  - partsforklaringer – kort;
  - vidneforklaringer – kort;
  - evt. syn og skøn (+ afhjemling).
- advokaternes procedure;
- rettens præmisser – faktum ("Retten lægger til grund, at …") + jus;
- rettens konklusion – "Thi kendes for ret: …" ("Thi" er gammelt dansk for: "Derfor …").

Ankedomme – nogle ekstra krav:
- af hvilken ret er den indankede dom afsagt? § 220, stk. 2 ("Den indankede dom er afsagt af Retten i Aalborg");
- ændres den indankede dom? ny begrundelse;
- stadfæstes den indankede dom?
  - enten stadfæste "i henhold til de i samme anførte grunde": "Af de grunde, der er angivet i landsrettens dom, stadfæster Højesteret dommen";
  - eller "i henhold til ny begrundelse" – dvs. enig i resultat, men vil begrunde bedre/anderledes;
  - eller (i praksis) en kombination: "Af de grunde …, og med bemærkning, at …, stadfæster Højesteret …".

- Præmissernes betydning – alm. overvejelser
  - dommeren – tvinger til eftertanke;
  - parterne – ankeovervejelser;
  - omverdenen – præjudikatværdien.
- Hvad indgår i præmisserne? – ulovreguleret
  - husk forbindelsen mellem tilkendegivelse (ad forlig) og præmisser (ad dom);
  - relevante lovregler – nævnes oftest;
  - lovmotiver (FT mv.) – nævnes ofte (mest af HR);
  - præjudikater? citeres enkelte gange (af HR);
  - litteratur? citeres kun yderst sjældent;
  - skal alt i fx en ægteskabssag indgå?
  - skal en børnesagkyndig udtalelse i en forældremyndighedssag omtales?
  - parterne skal se alle væsentlige anbringender overvejet;
  - meget mangelfulde præmisser strider mod EMRK artikel 6:
    - *Torija mod Spanien (EMD 9. december 1994)*, anbringende om forældelse var overset;
    - *Dulaurans mod Frankrig (EMD 21. marts 2000)*, nova afvist af Cour Suprème var faktisk fremført i både 1. og 2. instans – dommen var derfor "åbenbart urigtig".
- Kort (summarisk) byretsdom – praktiske hensyn, § 218 a, stk. 2
  - kun i éndommersag;
  - "Indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling";
  - påstande skal med;
  - men sagsfremstillingen: blot en kort angivelse af anbringenderne;
  - udførlig (!) begrundelse (NB: i princippet de bedst begrundede byretsdomme!).
- Anke af summarisk dom – her kommer sagsfremstillingen!
  - man anker ("i blinde") til landsretten;
  - nu skal byretsdommeren give en supplerende redegørelse for sagen (til landsretten og parterne), § 218 a, stk. 3 …
  - snarest muligt efter, at byretten har fået meddelelse om anken
  - redegørelsen …
    - skal også omfatte parts- og vidneforklaringer;
    - er et bilag til dommen;
    - optages i retsbogen;
    - og er undergivet aktindsigt for enhver, ligesom selve dommen, § 41 b.

Hvad skal med i præmisserne til en velskrevet dom?

Kapitel 26

Rettens votering

- Enedommer – overvejer naturligvis med sig selv
  - går ofte ud i voteringslokalet og tænker og skriver …
  - før han/hun returnerer med sin tilkendegivelse og forligsmægling.
- Kollegial ret
  - domme, kendelser og beslutninger "vedtages ved afstemninger efter forudgående rådslagning", § 214, stk. 1;
  - voteringen er ikke offentlig, § 214, stk. 2.
- "Afstemningsordenen" – dvs. rækkefølge mv., § 214, stk. 1
  - formanden skal altid stemme sidst;
  - domsmænd skal altid stemme før de juridiske dommere;
  - yngre domsmand stemmer før den ældre;
  - formanden forestår rådslagningen og afstemningen;
  - afstemningen sker mundtligt;
  - domsmandssag ved byret …
    - dømmes T mod dommerens stemme, skal dette nævnes i retsbogen (god ankegrund);
    - dommeren bør kræve det gentaget i selve dommen.
  - ellers: retten bestemmer selv "afstemningsordenen".
- Dommeren skal have deltaget i hele hovedforhandlingen – ellers kan han/hun ikke dømme i sagen, § 214, stk. 3 …
  - *UfR 2003.1461 Ø (færdselsstraffesag)*; ét retsmøde med 4 vidner, endnu ét med 1 vidne; to forskellige dommere; dommen ophævet af ØL og sagen hjemvist til ny behandling i byretten;
  - men o.k. med forskellige dommere til delafgørelse efter § 253 og selve hovedforhandlinger, *UfR 2008.1707 V*.
- Hvad gør man ved forfald? – hvem kan "undværes"?
  - max. 1 dommer, nævning, domsmand sagkyndig mv. i en kollegial ret må få forfald, efter at hovedforhandlingen er begyndt, § 214, stk. 4-5;
  - hvis flere: sagen må gå om;
  - større sag: reservedommer deltager ofte.
- Voteringen påbegyndes
  - byret (flerdommersag) og landsret: normalt straks (i voteringslokalet);
  - Højesteret: straks (i selve retssalen, der først tømmes);

- modsat fx EU-Domstolen, hvor der voteres senere (og ofte ad flere runder gennem uger eller måneder).

Hvis uenighed – flertallet er afgørende, § 216.

Resultatmetoden eller begrundelsesmetoden?
- resultatmetoden, uanset teoriens overvejelser;
- dvs. det resultat, der er flertal for, uanset den enkelte dommers begrundelse for sit votum.
- *UfR 1962.59 H (hospitalets defekte iltapparater)*
  - 7 dommere deltager;
  - 3 vil dømme pga. culpa hos hospitalet;
  - 2 vil dømme pga. objektivt ansvar (ingen culpa);
  - 2 vil frifinde, da ingen culpa bevist, og da de mener, at der ikke gælder et objektivt ansvar;
  - *hvad er der flertal for?* at dømme hospitalet (5-2) (patienterne får medhold i resultatet – penge).
- Tvind-lærernes interessentskab, som SKAT ville omkvalificere til en forening (så de mistede deres personlige fradrag), *UfR 1999.1225 H* (*TfS 1999, 419 H*)
  - 9 dommere deltager;
  - 3 vil omkvalificere til foreningsformen;
  - 4 vil omkvalificere, men siger ikke, til hvad;
  - 2 vil ikke omkvalificere;
  - *hvad er der flertal for?* at det i hvert fald ikke er et I/S, og at dømme skatteyderen (7-2) (SKAT får medhold i resultatet – fradrag nægtes).
- gælder også afgørelse af formalitetsspørgsmål – igen: uanset teoriens usikkerhed;
- *UfR 1940.36 H (afvisningssagen)*
  - 9 dommere deltager;
  - 3 dommere vil afvise af én grund;
  - 2 dommere vil afvise af en anden grund;
  - 4 dommere vil ikke afvise, men admittere;
  - hvad er der flertal for? at afvise sagen (5-4).

Kvantitativ uenighed – erstatningsudmåling mv.
- sammentæller fra oven, indtil der er flertal for et domsbeløb – dette anses for vedtaget.

Stemmelighed
- civil sag – retsformandens stemme er afgørende;
- straffesag – det for T gunstigste resultat gælder.

> Hvis der ikke gjaldt en resultat-, men en præmismetode, hvordan skulle man da have voteret om de defekte iltapparater? Kunne det have påvirket resultatet?

Kapitel 27

Sagen optages til dom, og dommen afsiges

- Når hovedforhandlingen er slut – optages sagen til dom
  - det meddeles parterne, hvornår dommen vil blive afsagt, § 219, stk. 2.
- Dom afsiges "snarest muligt" – efter optagelsen til dom, § 219, stk. 1
  - er dommen færdig (længe) før det bebudede tidspunkt, skal den derfor afsiges før dette, jf. "snarest muligt".
- Inden for rammen "snarest muligt" – nogle max.-frister (U: særlige omstændigheder, § 219, stk. 4):
  - småsager (kap. 39, max. 50.000 kr.) – 2 uger;
  - "nemme sager" (1-dommer byret, ankesag landsret) – 4 uger;
  - "svære sager" (de øvrige): 2 måneder.
- Dommen afsiges – § 219, stk. 5-6
  - kan afsiges i eller uden retsmøde;
  - hvis retsmøde: domskonklusionen oplæses;
  - hvis fremmødt: modtager domsudskrift;
  - hvis ikke: sender domsudskrift.

Hvad gør man, hvis der kort efter hovedforhandlingen, som endte med, at sagen blev optaget til dom, kommer afgørende nye oplysninger frem?

Kapitel 28

Retskraft

28.1. Begrebet formel og materiel retskraft

- Formel retskraft – afgørelsen er endelig …
  - dvs. kan ikke ændres ved appel eller genoptagelse – uden særlig tilladelse;
  - *Der Urteil ist rechtskräftig – The judgment is final.*
- Materiel retskraft – afgørelsen er bindende …
  - positivt – lægges uprøvet til grund under en ny sag mellem disse parter om andre forhold (præjudicerende virkning);
  - negativt – ny sag mellem parterne om identisk spørgsmål skal afvises (*ne bis in idem*; afvisningsvirkningen).
- Igen – nemt at huske …
  - formel retskraft – afgørelsen er endelig;
  - materiel retskraft – afgørelsen er bindende …
    - negativt – afvisningsvirkning;
    - positivt – er afgjort (er "*res judicata*").
- Sammenhæng med litispendens
  - er to sider af samme sag – afvisningsvirkningen;
  - når sag er anlagt mellem disse parter om dette krav, spærrer litispendensvirkningen for nyt sagsanlæg om identisk spørgsmål ("afvisningsvirkning 1");
  - når retskraftig dom foreligger i sagen, spærrer den negative materielle retskraft for nyt sagsanlæg om identisk spørgsmål ("afvisningsvirkning 2" – til afløsning for "afvisningsvirkning 1");
  - dvs. at lige fra sagsanlægget opnås der en afvisningsvirkning …
  - både i rent danske sager (efter rpl.) …
  - og i sager efter Bruxelles I-forordningen.

Forklar de juridiske lighedstræk mellem litispendens og retskraft.

28.2. Retskraft contra eksekutionskraft

- Forskel fra eksekutionskraft
  - har eksekutionskraft = er eksigibel = kan tvangsfuldbyrdes gennem fogedretten;
  - eksekutionsfristen for domme er 14 dage, § 480 (U: dommen bestemmer andet);
  - kendelser kan fuldbyrdes straks, § 481 (U: hvis de bestemmer andet).
- Ankefrist og fuldbyrdelsesfrist – er ikke sammenfaldende
  - ankefrist som bekendt 4 uger (tidligere: 4 uger fra byret, 8 uger fra landsret);
  - når ankefristen udløber, uden at der er anket, opnår dommen retskraft;
  - men fuldbyrdelsesfristen er (normalt) 14 dage, jf. ovenfor;
  - dvs. dommen i 1. instans bliver eksigibel (14 dage), inden den bliver retskraftig (4 uger);
  - anke inden fuldbyrdelsesfristen har opsættende virkning for fuldbyrdelsen (U: dommen bestemmer andet);
  - nogle refleksioner herover …
    - hvis man vil anke, er det klogere at gøre det efter 13 dage end efter 15 dage;
    - god rådgivning til en klient, der har tabt, omfatter derfor ikke kun ankefristen, men også eksekutionsfristen;
    - man kan altså fuldbyrde en dom, der ikke er retskraftig endnu;
    - dette kan kun forhindres ved at anke (inden fuldbyrdelsesfristen).
  - ankes der, men efter fuldbyrdelsesfristen, kan anken dog under særlige omstændigheder tillægges opsættende virkning (således at dommen ikke kan eksekveres) …
    - ankeinstansen, § 480, stk. 3;
    - fogedretten under udlægsforretning, § 502, stk. 1, nr. 1;
    - men ikke Procesbevillingsnævnet;
    - men kalkulér ikke med denne mulighed!
- Anderledes i strafferetsplejen – her er ankefrist og eksekutionsfrist sammenfaldende (14 dage).

> Hvad betyder sondringen mellem retskraft og eksekutionskraft for rådgivningen til en klient, der tabte i byretten og nu overvejer anke?

28.3. Retsgrundlag og baggrund for retskraft

- Ingen lovhjemmel – men detaljeret udviklet i teori og retspraksis …
  - lovreglerne forudsætter retskraft som begreb;
  - fx appelreglerne, genoptagelsesreglerne;

- — også § 223 a – Justitsministeriet kan ved bkg. give udenlandske domme og retsforlig "bindende virkning" her i riget (jf. nedenfor om Bruxelles I-forordningen) …
- — dvs. her tales der om den materielle retskraft.

Afvejning af modsatrettede hensyn
- — forkerte afgørelser bør korrigeres (anke);
- — på et tidspunkt skal de være endelige (retskraft);
- — retskraftlæren afvejer disse hensyn;
- — må nødvendigvis have forskelligt indhold inden for forskellige dele af retsplejen …
  - man kan generelt bedre leve med en urigtig civil dom end med en urigtig, alvorlig straffedom;
  - nogle afgørelsers retskraft bør være ekstra svag, fx procesledende kendelser (§ 222), fængslingskendelser mv. – skal til enhver tid kunne omgøres.

Enhver form for genoptagelse – indebærer et indgreb i retskraften
- — afgørelsen er ellers endelig, men nu tages den op til ny overvejelse;
- — strafferetsplejen – Den særlige Klageret, § 976 og § 977 – fx *UfR 1983.121 H (Pedal Ove-sagen)*;
- — strafferetsplejen – udvisningsbestemmelse i straffedom, *UfR 2000.2103 V*;
- — anke efter ankefristen – ligeledes udtryk for indgreb i retskraft, § 372, stk. 2: anketilladelse fra ankeinstansen (op til ét år);
- — ekstraordinær genoptagelse – tilsvarende udtryk for indgreb, § 399: Højesteret, dels ad egne afgørelser, dels andre afgørelser ud over 1 års-fristen (men kun ad helt uacceptable domme);
- — ulovreguleret genoptagelse og ophævelse af egen dom – også indgreb i retskraft, *UfR 1995.821/2 H* (omtales nærmere nedenfor);
- — berigtigelse af skrivefejl, § 221 – også et (lille) indgreb, men praktisk nødvendigt …
  - *ex officio* eller efter begæring;
  - kun skrivefejl ad ord, navne, tal, regnefejl samt fejl og forglemmelser vedrørende form;
  - dvs. kun formelle, ikke materielle ændringer – men sondringen er vanskelig;
  - skriver sgt. i stedet for sgt. (ad pålæg af omkostninger) – kan ændres, *UfR 2001.2575 Ø*;
  - fortryder de omkostninger, domfældt T skal bære – kan ikke ændres, *UfR 2000.1660 Ø* (ophæver byrettens efterfølgende ændring, dvs. oprindelig dom står ved magt) …
    - fortryder frifindelse og ændrer til afvisning (ofte svært at vælge) – kan ikke ændres, *UfR 2007.1156 Ø;*
    - glemmer, at en rentesats er "pr. måned" – kan dette ændres? ja, *UfR 2001.2426 Ø* (men det var en erkendelsesdom – ville det ellers kunne ændres?).

28.4. Retskraft for forskellige typer af afgørelser

- Hvad er lakmusprøven? – på, om afgørelser af denne type har retskraft?
  - det er, om retten frit kan omgøre sin egen afgørelse;
  - kan retten dét, kan man ikke sige, at afgørelsen er retskraftig.
- Domme – naturligvis det stærkeste eksempel på afgørelser, der kan retskraft …
  - selv om det allerede af eksemplerne foran fremgår, at der kan gøres indgreb i retskraften.
- Kendelser – vil normalt have retskraft …
  - men en række kategorier af kendelser kan omgøres og er derfor ikke retskraftige …
    - falsmålskendelse over for vidne, § 178 – bøde, politiafhentning, tvangsbøder op til 6 mdr., forvaring op til 6 mdr.;
    - beslutning om sikkerhed for sagsomkostninger, fx udenlandsk sgr. uden for EU/EØS, *UfR 2010.40 Ø*;
    - anholdelse, varetægtsfængsling, § 766 ("… til enhver tid omgøre …").
- Fogedretsafgørelser – hvilken retskraft?
  - kan ikke besvares generelt;
  - direkte hjemmel til genoptagelse: fogedsager generelt, § 504; arrest, § 638; fogedforbud, § 648;
  - afhænger af, hvor indgående og betryggende sagsbehandling der har været tale om – svarer det til en "rigtig" retssag?
  - fogedafgørelser, der normalt frit **kan** omgøres …
    - afgørelser truffet af § 17 a, stk. 2-fuldmægtige;
    - afgørelse om ikke at fremme en begæret fogedforerretning …
    - kan evt. alligevel fremmes, såfremt nye oplysninger …
    - og har i hvert fald ikke negativ retskraft (afvisningsvirkning) for efterfølgende retssag …
    - jf. *UfR 2009.589 V* om en nægtet forbudsforretning;
    - og *UfR 2013.571 H* om en nægtet arrestforretning, hvorunder kravet ansås for forældet, men hvor Højesteret understregede, at dette var uden retskraft for en retssag om spørgsmålet; dommen rummer principielle bemærkninger.
  - fogedafgørelse, der **ikke** frit kan omgøres – og som kan have retskraft i form af afvisningsvirkning på en evt. efterfølgende retssag:
    - *UfR 2009.1672 Ø* – låner krævede fly udleveret i henhold til låneaftale (umiddelbar fogedforretning) …
      - bevisførelse for fogedret – endte med, at låneaftalen ansås for bortfaldet (og forretningen nægtedes fremme) …
      - dette havde afvisningsvirkning for efterfølgende retssag om låneaftalen "… efter læren om retsafgørelsers negative retskraft" (!) (ØL);
      - tilsvarende utrykt sag om revisors konkurrenceklausul; indgående procederet under forbudssag; forbuddet gjaldt ikke; dette havde retskraft under efterfølgende voldgiftssag.

- Skifteretsaførelser – hvilken retskraft?
  - skifteretsafgørelser, der normalt frit **kan** omgøres:
    - undlade sagsanlæg vedrørende muligt boaktiv, *UfR 1992.635 Ø* – heller ikke retskraftig over for modparten (sgt.).
  - skifteretsafgørelser, der normalt **ikke** frit kan omgøres:
    - dom i sag om anmeldt krav – svarer helt til alm. byretsdom, afgør jo det materielle spørgsmål, KL § 246;
    - godkendelse af endeligt boregnskab – og dog …
    - selv her er genoptagelse mulig, fx i dødsbo, hvor arving, aktiv eller passiv er overset, jf. DSL § 103 (modelleret over rpl. § 504 ad fogedretlig genoptagelse).
- Skifteretsafgørelser – særlige typer
  - kendelse om gældssanering;
  - kan omgøres under særlige omstændigheder (svig, afgørende ændrede forhold etc.), KL § 228;
  - kendelse om gældssanering er (modsat oprindelig opfattelse) ikke til hinder for en ny kendelse om sanering på et senere tidspunkt, *UfR 2002.2275 H*.
- Arbejdsrettens domme – har (naturligvis) retskraft …
  - men kun for parterne (dvs. organisationerne);
  - ikke for fx arbejdsgiveren eller arbejdstageren;
  - derfor enkelte absurde eksempler med ny retssag mellem AG og AT, fx i Polen.
- Delafgørelse – af enkelt spørgsmål, § 253
  - er retskraftig under sagen …
  - indgår til sidst i dommen og opnår derved retskraft som dom;
  - delafgørelse kan ikke frit omgøres af retten, *UfR 2008.1707 V* – om hvorvidt NSAB var vedtaget mellem parterne.
- Realitets- og formalitetsafgørelser – principielt lige retskraftige
  - dog væsentlig forskel ad afvisningsdom …
  - bygger ofte på formalitetsmangler …
  - og hvis disse kan afhjælpes, kan sagen anlægges på ny;
  - dvs. har ikke almindelig retskraft.
- Forlig – retsforlig og udenretlige forlig?
  - har ikke retskraft!
  - er "kun" = aftaler;
  - dvs. retssag kan anlægges om gyldighed, efterfølgende omstændigheder mv., § 270, stk. 2, nr. 1;
  - meget klart udtalt i *UfR 1996.190 Ø* (landsretten, modsat byretten) …
    - retsforlig mellem advokat og forsikringsselskab om salær mv.;
    - "… ikke nogen formel retskraft, … derimod aftaleretligt bindende mellem parterne".
  - U: indsigelser støttet på fejl fra rettens side: kære, § 270, stk. 2, 2. pkt.

- Afgørelser, der har status som retsforlig – pr. definition:
  - en stadfæstet tvangsakkord, KL § 189,
  - en kendelse, der giver gældssanering, KL § 226,
  - dvs. at disse afgørelser alene har status som aftaler (mellem debitor og kreditorerne),
  - vil én af parterne have afprøvet, hvor meget der egentlig skyldes …
  - spærrer afgørelsen ikke for en ny sag i 1. instans …
  - idet afgørelsen ikke har en doms retskraft.
- Voldgiftskendelse – hvilken retskraft?
  - sag, der hører under voldgift, skal afvises fra domstolene, vgl. § 8, stk. 1;
  - men hvilken virkning har selve voldgiftskendelsen?
  - den er eksigibel som en dom (for erhvervsmæssige kendelser endog eksigibel i alle lande, der er med i New York-konventionen – langt de fleste lande);
  - men stadig: hvilken retskraft har kendelsen?
  - den har ikke en doms retskraft …
  - men alene aftalevirkning, dvs. ligesom retsforlig og frivillige forlig;
  - dvs. voldgiftskendelsen har ikke negativ retskraft, afvisningsvirkning;
  - der kan anlægges retssag i 1. instans …
  - men vgl. har begrænset de søgsmålsgrunde, der kan påberåbes …
  - kompetenceoverskridelse;
  - grove tilblivelsesmangler;
  - *ordre public*.

Hvilken retskraft og eksekutionskraft har en dansk voldgiftskendelse i andre lande?

En dansk dom?

Kapitel 29

Udenlandske domme mv. – hvilken retskraft?

29.1. Domme fra andre nordiske lande

- Er retskraftige i Danmark – i medfør af den nordiske domskonvention fra 1932, fornyet 1977. Jf. nærmere nordisk domslov.
- Men viger for Bruxelles I – dvs. nordisk konvention har mistet meget af sin betydning.

29.2. Civile domme omfattet af Bruxelles I-forordningen

- Dvs. EU-lande – samt EØS-lande og Schweiz, jf. parallelkonv. (Luganokonv.).
- Er retskraftige (og eksekutionskraftige)
  - uanset om den udenlandske domstol støttede sin kompetence på forordningen henholdsvis konventionen eller ej;
  - og uanset evt. rettergangsfejl hos den udenlandske domstol.
- Skal falde ind under forordningens sagstyper
  - ellers afgøres retskraften efter samme principper som for andre udenlandske domme, jf. nedenfor herom;
  - omfattet er fx ikke sager om "konkurs, akkord og lignende ordninger";
  - se fx *C-111/08 (Alpenblume AB mod SCT Industri AB i likvidation)* …
    - svensk konkursbo;
    - kurator solgte aktier i et østrigsk selskab til en køber, K;
    - en østrigsk domstol kender salget ugyldigt;
    - K anlægger sag ved svensk domstol (naturalopfyldelse);
    - har den østrigske dom retskraft ifølge forordningen, dvs. afvisningsvirkning? nej.
- Retskraften gælder kun for **domme** (retsafgørelser)
  - **ikke** for retsforlig! – pas på …
  - retsforlig er eksigible i de andre stater (forudsat at de er det i forligsstaten), jf. Brux. I artikel 58 …
  - men de er ikke retskraftige som domme! De er "kun" = aftaler (ligesom retsforlig i Danmark. jf. rpl. § 270);

- tilsvarende efter nordiske domslovs § 4, stk. 2;
- godt huskeeksempel herpå:
  - *C-414/92 (Solo Kleinmotoren GmbH)*
    - tysk retssag mellem tysk part (Ty.) og italiensk part (It.);
    - ender med retsforlig: It. betaler et beløb til Ty.;
    - derefter anlægger It. sag mod Ty. ved italiensk domstol – og får dom for et stort beløb fra Ty.;
    - It. ønsker nu den italienske dom fuldbyrdet i Tyskland …
    - men er det modsatrettede tyske retsforlig ikke til hinder herfor? (Brux. artikel 34, stk. 3 – modsatrettet retsafgørelse hindrer anerkendelse af ny dom om det samme);
    - nej, for retsforliget er ikke en "retsafgørelse", kun en aftale;
    - hindrer derfor ikke fuldbyrdelse af den italienske dom!
  - husk det: retsforlig har ikke retskraft som en dom, kun aftaleretlig virkning.

Hvad skulle det tyske firmas advokat i Solo Kleinmotoren have gjort under sag nr. 1, da det italienske firma erkendte at skylde et beløb?

29.3. Domme uden for nordisk konvention og Bruxelles I – hvilken retskraft?

- Har ikke retskraft – ej heller eksekutionskraft.
- Har det altid været sådan?
  - før 1932: tillagde normalt udenlandske domme retskraft (gennem domstolenes praksis);
  - i 1932: Den Nordiske Domskonvention indføres, og samtidig udelukkes som udgangspunkt andre domme, men Justitsministeriet får bemyndigelse, § 223 a (retskraft) og § 479 (eksekutionskraft);
  - smh. fx USA …
    - det står i forfatningen, at domme (og andre myndighedsafgørelser) fra søsterstater har retskraft (*full faith and credit*);
    - derfor en langvarig tradition for også at give mange domme afsagt uden for USA retskraft.
- Dansk sagsanlæg er nødvendigt – skaffer "eksekvatur" til den udenlandske dom
  - "eksekvatur" = "kan fuldbyrdes";
  - dvs. opnår dom for dansk retskraft og dansk eksekutionskraft;
  - Bruxelles I gælder ikke, thi "tredjeland", jf. EUD i *C-129/92 (Owens Bank Ltd.)*;
  - dvs. eksekvaturprocessen følger national procesret.

- Hvad den udenlandske dom har lagt til grund som bevist …
  - er retskraftigt i det pågældende land …
  - men ikke i Danmark;
  - sagen er derfor åben for bevisførelse;
  - se fx *T:FA 1999.123 Ø* (= *UfR 1999.499 Ø*) om dansk sag til eksekvatur af tyrkisk forældremyndighedsdom; fri bevisførelse om BF's udøvelse af samvær mv. i Tyrkiet;
  - se tysk eksempel (ville blive afgjort tilsvarende i Danmark), *EuZW 1994.283 BGH*;
    - tysker sagsøgt i USA – erstatning for bedragerier;
    - deltog først, men udeblev så; blev dømt;
    - US-sgr. ønskede nu dommen fuldbyrdet i Tyskland …
    - men måtte først anlægge sag for at opnå eksekvatur;
    - nu havde sgt. indsigelser mod det materielle – havde ikke bedraget etc.;
    - BGH: kan under eksekvaturproces fremføre "dobbelt-relevante omstændigheder" …
    - dvs. (evt.) både ad den udenlandske domstols kompetence …
    - og også ad substansen – her: havde ikke bedraget;
    - også nye omstændigheder, dvs. opstået efter den fremmede dom, kan herved inddrages.

- Udenlandsk dom kan dog lægges til grund
  - fx hvor den bruges som dokumentation for krav anmeldt i dansk konkursbo;
  - *UfR 2001.1949 Ø (Skjold Burne mod Taster Wine)*
    - argentinsk dom tillagt retskraft;
    - prøvede dog først, om der var sådanne fejl og mangler ved dommen …
    - at den burde tilsidesættes (helt eller delvis).
  - en udenlandsk retsafgørelse kan også i ét eller anden omfang uden for § 223 a tillægges "afgørende betydning" …
    - jf. Højesterets udtalelse i *UfR 2015.1402 H (dansk-koreansk forhandleraftale)* om en koreansk retsafgørelse
    - konkret dog ikke tillagt "afgørende betydning", da den alene svarede til en forbudsafgørelse.

- Familieretlige statusdomme – fra udenlandske domstole
  - anerkendes normalt;
  - vi forventer jo også, at vore skilsmissedomme anerkendes i andre lande;
  - dvs. vi anerkender normalt en udenlandsk skilsmisse;
  - hvis en part, der er skilt ved den udenlandske dom, vil giftes igen i Danmark, må vi bede om en erklæring fra den udenlandske domstol om, at "*The judgement is final, and no appeal has taken place*";
  - derimod har vilkårene i den udenlandske dom (forældremyndighed, underholdsbidrag) ikke automatisk retskraft;
  - kan relativt frit prøves herhjemme.

Hvad er en sag om eksekvatur, og hvornår er den nødvendig?

Kapitel 30

Retskraftens udstrækning – hvem og hvad omfattes? (om domme)

30.1. Der er tre spørgsmål at tage stilling til

- **Hvem** har dommen retskraft for? – dvs. personel udstrækning.
- **Hvad** har dommen retskraftigt afgjort? – dvs. saglig udstrækning.
- Er ny sag **identisk** med den tidligere sag – dvs. identitetsspørgsmålet
  - dels ad afvisningsvirkningen – negativ materiel retskraft;
  - dels ad den præjudicerende virkning – positiv materiel retskraft.
- Dvs. tre spørgsmål – hvem? (parter) hvad? (sagens genstand) og identitet (gammel/ny sag)

30.2. Første spørgsmål: hvem har dommen retskraft for?

- Dette er spørgsmålet om retskraftens personelle udstrækning – hvilke personer omfatter den? ("personer" er herved selvfølgelig både fysiske og juridiske personer).
- Hovedregel – kun sagens parter omfattes …
  - dette skyldes først og fremmest forhandlingsmaksimen;
  - parterne "fik" jo sagen og dermed dommen på det grundlag, de selv ønskede;
  - fællestræk ved undtagelserne nedenfor: en universel retskraft, dvs. en virkning "*erga omnes*".
- Også en parts successorer bindes
  - dom over afdøde binder boet og arvingerne;
  - dom over fallenten binder konkursboet;
  - men NB, jf. nedenfor: dom over dødsboet er ikke = dom over arvinger …
  - og dom over konkursboet er ikke = dom over fallenten;
  - thi boet er en særskilt retsenhed.

- Domme, der binder enhver – virkning *erga omnes*, dvs. undtagelser til udgangspunktet om, at kun parterne bindes:
  - U-1: familieretlige statusdomme – skilsmisse, faderskab mv.
    - de fleste lande anerkendes hinandens skilsmissedomme;
    - hvorimod fx en dansk skilsmissebevilling ikke nødvendigvis tillægges retskraft i andre lande.
  - U-2: dødsformodningsdomme – efter borteblevneloven
  - U-3: mortifikationsdom – gældsbrev mv. mortificeres ved dom
    - (er jo en stærk ugyldighedsgrund – rammer objektivt alle).
  - U-4: generalforsamlingsbeslutning kendes ugyldig/ændres
    - dommen har "gyldighed" (= retskraft) også for kapitalejere, der ikke har anlagt sagen;
    - jf. selskabslovens § 109, stk. 4, nr. 3;
      - (U: udeblivelses- eller erkendelsesdom, *UfR 1977. 123 H*);
    - også retskraft for det offentlige – ændringen registreres hos Erhvervs- og Selskabsstyrelsen på grundlag af dommen.
  - U-5: immaterialret kendes ugyldig – patent, brugsmodel, design mv.
  - U-6: evt. præjudikatværdi
    - betydning for andre, nye sager;
    - betydning for andre, verserende sager;
      - (en ellers "bindende proceserklæring" kan evt. fragås pga. mellemkommende modsatrettet præjudikat), jf. fx *UfR 1998.937 H* (efter *UfR 1995.362 H* – TL § 37 omfattede alligevel ikke mink-avlsdyr, bindende proceserklæring bandt derfor alligevel ikke).
    - betydning for andre, afgjorte sager?
      - normalt ikke;
      - må afgøres efter formueretlige principper om *condictio indebiti*;
      - hvis der fx ikke er taget forbehold ved betaling, vil et nyt præjudikat oftest ikke ændre noget ved det, der allerede er betalt, jf. fx *UfR 1992.763 Ø* (efter præjudikatet *UfR 1990.21 H*).

- Nogle udslag af, at dommen kun binder parterne
  - dom over et dødsbo er ikke = dom over arvingerne (uanset om de hæfter for boets gæld);
  - dom over et konkursbo er ikke = dom over fallenten …
    - dvs. kan efter konkursens afslutning bestride kravet (hæfter stadig, men jo kun hvis der er et krav);
    - løsning: sgr. kan stævne både boet og fallenten for at opnå retskraft over for dem begge, KL § 141.
  - dom over konkursbo om fortrinsstilling for et krav er ikke = dom over andre fx LG …
    - dvs. LG bindes ikke af dommen, *UfR 2000.2283 H*;
    - løsning: kunne medsagsøge LG for at opnå retskraftig dom også i forhold til LG.

- Pas på med ansvarsforsikring – særlige retskraftspørgsmål
  - kan være fx en ansvarsforsikring for en rådgiver, en sagkyndig ad tilstandsrapport etc.;
  - skadelidte (kunden mv.) har intet direkte krav mod forsikringsselskabet – dette kan ikke sagsøges af skadelidte;
  - først skal forsikringstagerens (rådgiverens mv.) ansvar som skadevolder fastslås;
    - dvs. skadelidte må sagsøge skadevolderen;
    - skadelidte kan ikke sagsøge forsikringsselskabet direkte.
  - dette ses af FAL § 95, stk. 1 – intet direkte krav …
    - U-1: motoransvar (FL § 108), hundeansvar (HL § 8), nukleart ansvar;
    - U-2: forsikringspolicen kan hjemle et direkte krav (alle advokatforsikringer, jf. ADV 2006/6 s. 12 og 2006/10 s. 28);
    - U-3: forsikringstageren er insolvent, FAL § 95, stk. 2 (indført efter *UfR 2001.1285 H*, bet. 1423/2002).
  - NB: skadevolderen = rådgiveren mv. = forsikringstageren kan adcitere forsikringsselskabet …
    - påstår da regres mod forsikringsselskabet, såfremt han dømmes over for skadelidte;
    - dvs. skadelidtes krav mod skadevolderen beror på retsforholdet mellem skadelidte/skadevolder, fx en rådgivningsaftale;
    - skadevolderens krav mod forsikringsselskabet beror på forsikringsaftalen (policen) mellem dem.

> Hvad er det drilagtige ved forsikringsaftalelovens § 95, og hvorfor har den overhovedet noget med retskraft at gøre?

30.3. Andet spørgsmål: hvad har dommen retskraftigt afgjort?

- Følgende **indgår** i bedømmelsen:
  - domskonklusionen,
  - præmisserne,
  - påstandene,
  - anbringenderne.
- Følgende indgår **ikke** i bedømmelsen:
  - et *obiter dictum* (= "for øvrigt udtalt").
- Følgende må bedømmes **konkret**:
  - en præjudiciel udtalelse i dommen;
  - sgr. fik dom til udlevering af en ting, fordi retten anså ham for at være tingens ejer;

- dette medfører, at ejendomsretten er retskraftigt afgjort;
- sgr. skal ikke herved stilles ringere …
  - end hvis han havde nøjedes med en anerkendelsespåstand om ejendomsretten …
  - hvorefter dommen kunne være "fuldbyrdet" gennem en umiddelbar fogedforretning …
  - eftersom han med dommen kan opfylde klarhedskravet.

Er et modkrav retskraftigt afgjort?

- fremsat til selvstændig dom: ja, er afgjort i samme omfang som et hovedkrav;
- fremsat til kompensation:
  - er "kun" en indsigelse, dvs. et anbringende;
  - men også dette kan være retskraftigt afgjort;
  - i hvert fald den modregnede del af modkravet må anses for at være retskraftigt afgjort – sgr. krævede 100; sgt. fremsatte modkrav 70 til kompensation; sgt. blev kun dømt til 30; modkravet på 70 er retskraftigt afgjort;
  - men et overskydende modkrav er ikke nødvendigvis retskraftigt afgjort (det behøvede retten jo ikke for at nå til sin dom) – sgr. krævede 100; sgt. fremsatte modkrav på 120 til kompensation; sgt. blev frifundet; de overskydende 20 er ikke nødvendigvis retskraftigt afgjort).

30.4. Tredje spørgsmål: er den nye sag identisk med den tidligere? dvs.: afvisningsvirkningen

Dette er således afvisningsvirkningen – dvs. den negative materielle retskraft af dommen i den tidligere sag.

Selve dette spørgsmål – kan afgøres efter § 253

- dvs. delafgørelse om retskraften er mulig;
- fører den til afvisning, kan sagen slutte her.

Afgøres det *ex officio*?

- som udgangspunkt ja;
- i tvivlstilfælde dog betydelig vægt på, om parterne evt. er enige om admittering.

En realitetsbedømmelse

- der vil kun sjældent være 100 pct. identitet;
- og i hvert fald formelt vil spørgsmålet aldrig blive fremført som præcis det samme;
- skal prøve at skue ind bag facaden: er det reelt det samme spørgsmål, der nu søges prøvet på ny?

Oprindelige omstændigheder – kan ikke prøves på ny

- dvs. det, der forelå allerede på tidspunktet for den første sag;
- hvis det blev gjort gældende – er det udelukket nu;

- hvis det kunne have været gjort gældende – er det ligeledes udelukket nu.

Efterfølgende omstændigheder – kan evt. prøves nu
- kriterium: forholdet mellem parterne skal have ændret sig så meget, at der reelt foreligger en ny sag;
- de nye omstændigheder skal føre til ny påstand og/eller nye anbringender;
- nye beviser for samme påstande og anbringender er derimod ikke nok;
- eksempel fra litteraturen …
  - nabosag afgjort på grundlag af daværende géne (som ikke overskred tålegrænsen);
  - nu er forholdet eskaleret – og kan påberåbes under ny sag (med nye påstande/anbringender);
  - jf. *UfR 1962.511 H*, håndværkerens nye, ekstra larmende maskineri (installeret efter sag nr. 1).
- må ikke være …
  - forhold, der allerede er taget højde for i dommen;
  - forhold, der kunne være fremført dengang.

Påstanden – ikke ordlyd, men realitet er afgørende
- en tidligere anerkendelsespåstand (som sgr. tabte) dukker nu op igen, evt. forklædt som en fuldbyrdelsespåstand, eller vice versa;
  - forskellig herfra: fik først anerkendelsesdom (for ansvar etc.), søger nu fuldbyrdelsesdom for tabet – dette er naturligvis o.k.;
  - *UfR 2008.1753 V*, italiensk dom sagde: +eneforhandling; nu søgtes (ved dansk domstol) erstatning i konsekvens heraf.
- kriterium (igen): er det reelt det samme spørgsmål, der søges prøvet?
- fx den private fællesvej, *UfR 1974.485 H*
  - 1. sag: sgr. ville have kommunen tilpligtet at skulle istandsætte en privat fællesvej: kommunen blev frifundet;
  - 2. sag: sgr. krævede dom for bestemte beløb (til ophold andet steds, indtil istandsættelsen var foretaget) – reelt identisk: afvist;
- eller den utilfredse ejendomssælger, UfR 2013.1886 Ø
  - 1. sag: sgr. krævede erstatning fra mægleren for ikke at have fået et maksimum med i købsaftalen for sælgers pligter iht. et forbehold fra køber;
  - 2. sag: sgr. krævede mæglerens salær tilbage – ikke identisk: 2. sag admitteret.

Påstanden – kan være identisk, hvis anbringendet er nyt …
- forudsat det er et efterfølgende anbringende, som ikke kunne være fremført dengang;
- fx nyt retsgrundlag for samme krav:
  - 1. sag: kræve sgt. dømt til at betale kr. x – anbringende om culpa som retsgrundlag; sgt. blev frifundet;
  - 2. sag: kræver sgt. dømt til at betale kr. x – anbringende om efterfølgende løfte herom fra sgt.: ikke identisk sag, skal admitteres.

- Påstanden – man kan ikke vilkårligt "udstykke" sit krav
  - er det fulde krav modent til påkendelse, skal det med under sag nr. 1. Og dog …
    - U-1: enighed om at udstykke, fx prøvesag om en mindre del af kravet (énsidigt forbehold er normalt ikke nok);
    - U-2: kun en del var forfaldent – stævnede for dette;
    - U-3: en del var ubestridt, men blev ikke betalt – stævnede for dette;
    - U-4: en del kunne (nemt) opgøres – stævnede for dette (fx ved personskade).
  - hvis énsidig udstykning – skal efterprøve om der var en anerkendelsesværdig, saglig interesse i at udstykke;
  - *UfR 2010.1431 H* – det var der ikke; derfor afvisning.

- Anbringende – efterfølgende faktiske omstændigheder
  - eksemplet foran: culpa dengang forkastet, men gør nu gældende, at der siden da er givet et løfte; admitteres.

- Anbringende – oprindelige faktiske omstændigheder, der burde være gjort gældende ("kendte forhold")
  - burde være trængt til bunds i sagen dengang – kan ikke nu gøre anbringendet gældende;
  - *UfR 1979.195 V (loftsisoleringen)*
    - 1. sag: påstår frifindelse for tømrers krav; mener, isoleringen var mangelfuld: syn og skøn; dømmes til at betale;
    - 2. sag: nu krav mod tømreren til udbedring af loftsisolering; kunne og burde være konstateret under 1. sag: afvisning.

- Anbringende – oprindelige faktiske omstændigheder, der ikke burde kendes dengang ("skjulte forhold")
  - kræver en kombination af 1) skjulte forhold + 2) "noget mere" (typisk: betydelig skadevirkning, hvis afvisning nu);
  - *UfR 1975.257 V (de smuldrende mursten)*
    - 1. sag: kræver erstatning fra murer for misfarvede mursten: opnår dom herfor;
    - 2. sag: kræver nu erstatning til helt nye ydermure – murstenene smuldrer; kunne/burde ikke have vidst dette: admitteret.
  - må ikke blive til accept af "udstykning" af sagen – der skal være "noget særligt" (og risiko for betydeligt retstab).

- Nyt juridisk anbringende – fx lovændring med tilbagevirkende kraft
  - 1. sag: parten havde i sit anbringende "alt med", fx påstand om ugyldighed efter aftl. § 36 (daværende udformning) af en aftale (hvor et tilbagevendende vederlag er alt for lavt): fik ikke medhold i ugyldighed;
  - 2. sag: nu er § 36 ændret, så den også kan føre til forhøjelse af et vederlag; ny sag med et sådant anbringende (og ny påstand i konsekvens heraf): må admitteres;

— men – generelt tilbageholdenhed med at tillægge ændret retroaktiv lovgivning (eller do. retsopfattelse) betydning, thi ellers udhules retskraftbegrebet – jf. problematikken i sagen om ejerpantebrevsrenterne.

✍ Nyt juridisk anbringende – vedvarende retsforhold
— her har man det "skidt" med at fortsætte (uendeligt) med "forkert" afgørelse;
— jf. § 36-eksemplet foran;
— fx i lejesag, *UfR 2000.2047 H*
  ⇜ huslejenævn skulle i ny sag inddrage mellemkommende (højesterets)praksis;
  ⇜ må gælde også for ny retssag, ikke blot for administrative sager.

✍ Nyt juridisk anbringende – som også fandtes som mulighed dengang: tilbageholdenhed med at admittere …
— mange sager kan føres efter flere regelsæt, og parterne får ikke nødvendigvis påberåbt sig dem begge …
  ⇜ en sag om plagiat mv. kan føres efter skrevne/uskrevne enerettigheder – og/eller efter markedsføringsloven (bl.a. MfL § 1);
  ⇜ en sag om efterligning af plakatsøjler, standere mv. kan føres efter alm. enerettigheder som nævnt – og/eller efter fotografiloven;
  ⇜ en sag om smuldrende eternittage kan føres efter købeloven, jf. *UfR 2002.249 H* – og/eller alm. erstatningsret;
  ⇜ en sag om ledelsesansvar kan føres efter selskabslovens ansvarsregler – og/eller efter uskrevne erstatningsprincipper, jf. *UfR 1993.789 V*.
— i obligationsretten diskuterer man fsv. angår parallelle regelsæt, om der skal ske "konkurrence eller konsumption";
— nogle gange gælder begge regelsæt – og kan føre til forskellige resultater;
— man kan ikke anlægge en sag nr. 2 under påberåbelse af de juridiske anbringender, som man glemte under sag nr. 1.

✍ Nye beviser – kan ikke begrunde ny sag om samme anbringender og påstande …
— heller ikke selv om de ville kunne føre til et andet resultat;
— heller ikke, selv om det er fuldt undskyldeligt, at parten ikke kendte dem dengang (U: falsk forklaring);
— her adskiller civilprocessen sig således afgørende fra straffeprocessen (genoptagelse efter dom fra Den Særlige Klageret, §§ 976 og 977);
— man må (inden for snævre tidsrammer) bruge ét af følgende retsmidler:
  ⇜ anketilladelse op til 1 år fra dommen, § 372, stk. 2 (ankeinstansen ansøges);
  ⇜ 3.-instansbevilling op til 1 år fra dommen, § 368, stk. 2 (principiel-kriteriet);
  ⇜ særlig Højesterets-kompetence:
    • Højesteretssag kan genoptages, § 399, stk. 1 ("undtagelsesvis", "anses for givet, at …", "undgå indgribende tab");
    • dvs. skal være oplagt, at der foreligger en forkert dom, som får store konsekvenser for den pågældende;

- byrets- eller landsretsdom kan ankes også efter 1-årsfristen, jf. § 399, stk. 2;
- samme ekstraordinære betingelser;
- kort: skal være en helt uacceptabel dom, som systemet ikke kan "leve med".

✍ Apropos særlig højesteretskompetence – uskreven sund fornuft må gælde supplerende:

— *UfR 1995.821/2 H* – helt speciel situation, hvor Højesteret selv omgående ophævede sin egen doms retskraft
  - Skatteministeriet mod *Christian Holck Nielsen*;
  - indanket af SKAT;
  - dom afsagt af Højesteret den 4. maj;
  - efterfølgende talte skatteyderen med sin advokat om, at han genkendte én af dommerne – fra behandlingen i Landsskatteretten!
  - advokaten forlangte navnene på LSR-dommerne udleveret (er ellers hemmelige);
  - det var den samme dommer – han havde (forståeligt nok) glemt alt om LSR-sagen;
  - herefter trådte 7 andre højesteretsdommere straks sammen (i sommerferien – "lappeferien");
  - og afsagde ny dom den 3. juli:
  - "Højesterets dom af … ophæves, og sagen genoptages til fornyet behandling";
  - den nye sag fik materielt samme resultat som den første (SKAT vandt anken);
  - genoptagelsen (og tilsidesættelsen af den 1. doms retskraft) dækkes ikke af ordlyden i § 399 …
  - men genoptagelsen var ganske enkelt nødvendig.

> Hvad var retsgrundlaget for genoptagelse af sagen, ophævelse af dommen og afsigelse af ny dom i Holck Nielsen-sagen?

30.5. Den positive materielle retskraft

✍ Spørgsmålet om retskraftens saglige udstrækning – kan blive aktuelt også på andre måder end som en afvisningsvirkning …

— nemlig hvis andre spørgsmål prøves mellem parterne …
— og det retskraftigt afgjorte spørgsmål dukker op igen;
— det skal da betragtes som "*res judicata*", dvs. kan ikke rejses på ny.

✍ Dette er dommens præjudicerende virkning – den retskraftige dom "præjudicerer" udfaldet af andre sager, hvor det gamle spørgsmål dukker op.

- Dom nr. 1 – anerkendelsesdom
  - sag nr. 1: anerkendelsesdom, fx af erstatningspligt;
  - sag nr. 2: fuldbyrdelsespåstand – nu ønskes erstatning; erstatningspligten er naturligvis *res judicata*.
- Dom nr. 1 – fuldbyrdelsesdom
  - har præjudicerende virkning for det, den direkte afgør (domskonklusionen) …
  - men ikke for ansvarsgrundlaget (culpa mv.);
  - dvs. viser der sig nu videregående tab, som ikke kunne tages i betragtning under sag nr. 1 …
  - står ansvarsgrundlaget til ny prøvelse;
  - gælder særligt, hvis den første sag kun var om et mindre beløb – men nu er det langt større tab, der er på spil.
- Dom for enkelt(e) rate(r) af løbende ydelse
  - livrente (fra forsikringsselskab);
  - aftægtsydelse (på fast ejendom);
  - ratevis købesum (LL § 12 etc.);
  - dom for én eller enkelte ydelser – har ikke retskraft for hele grundlaget for ydelsen; dvs. kan omtvistes på ny under sag nr. 2 om flere ydelser;
  - vil en part have et endeligt opgør:
    - sgr.: kan påstå både anerkendelsesdom (for grundlaget) og fuldbyrdelsesdom (for de forfaldne ydelser);
    - sgt.: kan påstå negativ anerkendelsesdom.
- Begrænsninger i den præjudicerende virkning
  - anerkendelsesdomme, der rækker langt frem i tid …
  - kan evt. blive overhalet af udviklingen;
  - mellemkommende lovgivning gør den handlemåde, som dommen stempler som uretmæssig, retmæssig;
  - mellemkommende begivenheder viser, at dommen byggede på klart forkerte forudsætninger (og er meget byrdefuld for domfældte);
  - eksempel:
    - anerkendelsesdom fastholder domfældte på en konkurrenceklausul;
    - men mellemkommende (HR-)praksis viser, at en sådan klausul er i strid med præceptive, offentligretlige regler i konkurrenceloven (KKL § 6).
  - eksempel:
    - anerkendelsesdom fastslår pligter for en landmand i forhold til naboejendommen;
    - men mellemkommende (HR-) praksis viser, at det fastslåede strider mod præceptiv, offentligretlig landbrugslovgivning.

Nævn eksempler på, at afgørelsen i en anerkendelsesdom er henholdsvis ikke er *res judicata* i en efterfølgende sag, hvor der ønskes fuldbyrdelsesdom.

Kapitel 31

Præprocessuelt – nogle handlemuligheder

31.1. Få konflikten overført til hjemmebane

- Nogle vigtige retsskridt, som man altid kan foretage i sit hjemland – uanset værnetinget i øvrigt:
  - (hastende) syn og skøn vedrørende købte varer mv. – rpl. § 323 om "isoleret bevisoptagelse" (går forud for Bruxelles I);
  - en umiddelbar fogedforretning vedrørende ting, der er her i landet, jf. rpl. §§ 596 ff. (fogederne kan ikke "række over" landegrænsen);
  - fogedforbud vedrørende ting, begivenheder mv. her i landet, jf. § 641 ff.;
  - arrest i aktiver her i landet, jf. §§ 627 ff.;
  - også arrest og forbud, selv om der er aftalt voldgift, jf. vgl. § 9 (+ § 17).
- Nogle aftalemuligheder ad hoc
  - kan der aftales mediation? fx ved mediator udpeget ad hoc af Voldgiftsinstituttet;
  - kan der aftales en *grandfather*-klausul? dvs. sagen op på bestyrelsesniveau …
    - involverede selskabers bestyrelsesformænd (evt. + CEO's) påhører tvist og søger at forlige;
    - ofte er tvisten meget længere "nede" i systemet og vil derfor kunne bilægges af hensyn til forretningsforbindelsen.
  - kan der aftales en teknisk undersøgelse?
  - fx fælles udpegning af Teknologisk Institut med skønslignende opdrag (husk at aftale, hvilken juridisk status resultatet skal have under evt. efterfølgende retssag);
  - kan vi aftale gensidigt ankeafkald, hvis der bliver retssag – evt. betinget af tredommerbehandling (eller af 1 dommer + 2 sagkyndige)? svarer til billig voldgift, alene for retsafgiftens pris (jf. om retsafgift nedenfor).
- Husk generelt i denne fase:
  - ekstrem omhu med bevissikring;
  - giver meddelelse, reklamerer, vælger sanktion (hæver, fastholder etc.) – klar, koncis, bevisfast.

Husk påkravsrenter

- er det din klient, der (netto) må forventes at have et tilgodehavende hos modparten?
- hvis ja: er det allerede rentebærende?
- hvis nej: afgiv nu rentepåkrav (i ét af krævebrevene), jf. RtL § 3;
- ellers: får kun procesrente fra sagsanlæg;
- hvis dit krav bestrides, bestrides enhver rente naturligvis også …
- men ender du med at få medhold (ved dom), kan rentepåkravet gøre en forskel;
- og forhandles der forlig, har du tilsvarende mere at "handle med";
- psykologisk viser rentepåkravet desuden, at du mener dit krav alvorligt.

Nævn nogle præprocessuelle tiltag, der ensidigt kan gennemføres, og nogle, der kræver gensidig overenskomst.

Kapitel 32

Retssag er anlagt

32.1. Hvad du stadig kan nå

- Gensidigt ankeafkald – evt. betinget af 3-dommerbehandling eller 1 dommer + 2 sagkyndige.
- Mediation eller retsmægling.
- Bevissikring som nævnt – sagsgenstanden eksisterer jo ofte stadig, og dispositionsmaksimen gælder.

32.2. Er der billigere alternativer til full-case?

- Betalingspåkrav – hvis man mener at kunne springe domsfasen over, rpl. §§ 477 a-g
  - krav på max. 100.000 kr. ekskl. renter og omkostninger;
  - dom kan overspringes, direkte til fogedretten;
  - blanket anvendes, downloades på *www.domstol.dk*;
  - husk at udfylde, at …
    - hvis ej indsigelse: udlæg ønskes uden fornyet anmodning, § 477 e, stk. 2;
    - hvis +indsigelse: retssag ønskes på grundlag af påkravet (= stævning), § 477 f.
  - fogeden lader påkravet forkynde;
  - sgt. har 14 dages indsigelsesfrist;
  - hvis +indsigelse: standser ved fogedretten; oversender til retssagsafdelingen;
  - ellers: fogeden giver påkravet påtegning og iværksætter udlæg …
    - U: sgt. kan inden for 4 uger kræve genoptagelse.
- Småsagsbehandling – en klagenævnslignende *small-claims case* i discountudgave ("behandling af sager om mindre krav"), rpl. §§ 400-410:
  - alle typer byretssager, også boligsager;
  - max. 50.000 kr. (eller uden øk. værdi);
  - kan aftale småsagsbehandling også for større krav …
    - forbruger: først aftale, når tvist er opstået;
    - erhvervsdrivende: også aftale på forhånd.
  - bevisførelse kræver rettens tilladelse, § 403;

- sagkyndig erklæring kan indhentes af retten, § 404 (discount-syn og skøn; ligesom klagenævn);
- mulighed for retsmøde efter kontortid, § 405;
- retten forbereder sagen, § 406, stk. 2 (= klagenævn);
- kun sjældent retsmøde under forberedelsen, § 406, stk. 4;
- lave, standardiserede salærer (og dermed overskuelig procesrisiko):
  - genstand max. 5.000 kr.: 1.500 kr. + moms;
  - genstand over 5.000 kr.: 2.500 kr. + moms.
- anke, § 410:
  - 20.000 kr.-grænsen gælder også her;
  - ankestævning indgives til byretten;
  - ankesvarskrift kræves ikke, blot et brev;
  - nova er tilladt;
  - anken behandles skriftligt …
    - U-1: "grund til mundtlig" (bl.a. EMRK);
    - U-2: hvis enige – imødekommes normalt.

32.3. Hvad koster det i retsafgift?

Var før 2004 helt vildt – uden noget max.

- blev reformeret i 2004 (forslag fra Retsplejerådet);
- men er stadig dyrt – i international sammenligning;
- rets- og tinglysningsafgift er en pengemaskine for retsvæsenet;
- de samlede indtægter overstiger samtlige lønninger og øvrige driftsudgifter til hele retsvæsenet;
- før reformen 2004 var der alvorlig frygt for en EMRK-sag – meget høje afgifter kan hindre *access to court*, dvs. stride mod EMRK artikel 6 (men hvor går grænsen?).

Grundafgift ved sagens anlæg – 500 kr., RAL § 1, stk. 1.

Tillægsafgift ved sagens anlæg – yderligere 250 kr. + 1,2 pct. af værdien over 50.000 kr., RAL § 1, stk. 2 …

- kun, hvis sagen har en økonomisk værdi;
- er det ikke et penge-, men realkrav, må værdien evt. anslås, § 3, stk. 4;
- tillægsafgiften kan (nu) max. udgøre 75.000 kr.;
- dog max. 2.000 kr. for prøvelse af forvaltningsafgørelser (igen: skrækken for EMRK artikel 6), jf. *Frederik Waage* i UfR 2013 B s. 214 ff., der argumenterer for et meget bredt myndighedsafgørelses-begreb …
  - NB: Tinglysningsretten er ikke en forvaltningsmyndighed, *UfR 2011.2401 V* (erstatningssøgsmål, fuld afgift)
  - myndighed, der foretager udbud, er en forvaltningsmyndighed, jf. *UfR 2014.3307 Ø* (Forsvarets Materieltjeneste)
- betales sammen med stævningen;
- hvis ikke: kort frist; stævning tilbagesendes, RAL § 62, stk. 1 (dvs. sagen afvises).

- manglende betaling af afgift:
  - manglende betaling af afgift ved anke og kære har også afvisningsvirkning;
  - men retten skal bevise, at et påkrav herom er kommet frem til appellanten hhv. kærende;
  - dvs. forsigtighed ved telefonisk "opkrævning" af manglende afgift;
  - jf. *UfR 2014.137 H* – retten hævdede, at manglende kæreafgift var opkrævet telefonisk, men kunne ej bevise dette, og afvisning derfor ophævet, og sagen hjemvist;
  - dette må være et alm. princip ved påbud om indbetaling: retten skal bevise, at påbuddet er kommet frem; ellers kan afvisningsvirkningen ikke indtræde.

Grundafgift ved berammelse til hovedforhandling – 750 kr., § 2, stk. 2
- kun hvis sagen har en økonomisk værdi;
- betales, når hovedforhandling berammes (derfor: "berammelsesgebyret");
- dog tidligst 3 mdr. før hovedforhandlingen;
- bortfalder, hvis retten senest 6 uger før hovedforhandlingen får besked om, at sagen er bortfaldet (skal tilskynde til forlig – i god tid);
- udgør 750 kr.

Tillægsafgift ved berammelse til hovedforhandling – 1,2 pct. af værdien ud over 50.000 kr. (igen!), § 2, stk. 2
- tillægsafgiften kan (nu) max. udgøre 75.000 kr.;
- dog max. 2.000 kr. for prøvelse af forvaltningsafgørelser;
- påkrav fra retten; frist; afvisning, RAL § 62, stk. 3.

Nogle proceshandlinger koster fuld afgift
- sgt.s modkrav til selvstændig dom, § 7, stk. 1 (til kompensation: afgiftsfrit; er jo blot et anbringende);
- adcitation af ny sgt., § 6, stk. 1 (modsat en friholdelsespåstand over for en medsagsøgt – koster ikke afgift);
- hovedintervention, § 6, stk. 1. (biintervention: gratis, § 6, stk. 2.).

Ændres påstanden
- påstanden forhøjes: afgiften omberegnes, § 3, stk. 5;
- påstanden reduceres: afgiften fastholdes, § 3, stk. 5, e.c.

Nogle sager er afgiftsfri – bl.a. familieretlige statussager, § 12.

Klage over afgiftsberegningen – § 64
- inden 6 uger;
- klager til retten selv (overgår til justitskontoret);
- herefter: kendelse;
- kan påkæres efter alm. regler, § 64, stk. 6.

Vejledende beregning
- *www.domstol.dk/selvbetjening/beregndinafgift/Pages/default.aspx*.

- Et eksempel – sagsgenstand 1 mio. kr., 3 instanser, alm. pengekrav:
  - byretten
    - med stævningen: 12.150 kr.;
    - ved berammelsen: 12.150 kr.;
    - i alt for samlet behandling: 24.300 kr.
  - anke til landsret
    - med ankestævningen: 12.150 kr.;
    - ved berammelsen: 12150kr., RAL § 50, stk. 1-2;
    - i alt for samlet ankebehandling: 24.300 kr.
  - Procesbevillingsnævnet – 3.instansbevilling
    - gratis.
  - anke til Højesteret
    - med ankestævningen: 12.150 kr. x 150 pct. = 18.230 kr. (10-kr.-intervaller);
    - ved berammelsen: 18.230, RAL 50, stk. 1-2;
    - i alt for samlet ankebehandling: 36.460 kr.
  - i alt for 3 instanser:
    - 24.300 kr. + 24.300 kr. + 36.460 kr.;
    - dvs. i alt 85.060 kr.
- Den, der sagsøger henholdsvis anker, betaler afgiften herved …
  - men den, der taber, pålægges (normalt) at godtgøre ham (også) denne udgift, jf. rpl. § 312, stk. 1;
  - dette er en del af "procesrisikoen".

32.4. Hvad koster det i advokatsalær?

- Ingen faste takster
  - tidligere vejledende salærtakster fra Advokatsamfundet;
  - bortfaldt efter kendelse fra Konkurrenceankenævnet den 27. juni 1996;
  - ansås for konkurrencebegrænsende.
- Må ikke kræve højere vederlag, end hvad der er rimeligt
  - jf. rpl. § 126, stk. 2;
  - kan være aftalt eller efter regning;
  - klage til Advokatnævnet, § 146, stk. 1;
  - nævnets kendelse kan (selvfølgelig) domstolsprøves.
- Der er to retsforhold at være opmærksom på:
  - retsforholdet mellem advokat og klient
    - her gælder rimelighedsreglen, § 126, stk. 2;
    - advokaten kan godt fakturere mere eller mindre, end hvad parten får tilkendt, hvis parten vinder sagen;
    - dvs. man kan have "underskud", selv om man vinder;
    - man fik tilkendt 100.000 kr. til dækning af advokatsalær, jf. nedenfor – men advokaten fakturerede 120.000 kr.;

- det kan systemet ikke gøre noget ved (forudsat at faktureringen er rimelig, jf. § 126, stk. 2);
- ellers måtte man (som i fx Sverige) tilkende sagsomkostninger skadesløst efter regning;
- dét ønsker vi ikke i Danmark.

— retsforholdet mellem sagens parter
- taberen pålægges normalt at betale sagens omkostninger, rpl. § 312, stk. 1 ("… erstatte modparten de udgifter, sagen har påført modparten");
- erstatter "de udgifter, der var fornødne til sagens forsvarlige førelse", § 316, stk. 1.;
- udgift til advokat erstattes "med et passende beløb", § 316, stk. 2. (dvs. ikke krone for krone, jf. ovenfor);
- andre udgifter erstattes fuldt ud, dvs. krone for krone, § 316, stk. 2. – retsafgift, syn og skøn, vidnegodtgørelse mv.

Pas på momsen af advokatsalæret
— hvis vinderen er momsregistreret, skal han kun have erstattet et advokatsalær uden moms (han får jo momsen af salæret godtgjort fra SKAT som købsmoms);
— hvis vinderen ikke er momsregistreret, skal han have salæret med moms erstattet (han får jo ikke noget retur fra SKAT);
— derfor skal stævning og svarskrift altid oplyse: "Sagen angår/angår ikke sgr.s/sgt.s momspligtige virksomhed" – så retten ved, hvad omkostningsafgørelsen skal lyde på.

Et dilemma – de vejledende takster fra Advokatsamfundet blev forbudt af konkurrenceretlige grunde …
— men vinderen skal have sin advokatudgift erstattet "med et passende beløb", rpl. § 316, stk. 2;
— hvad er så et passende beløb?
— for at retten kan vide dette, må der være vejledende takster;
— disse fastsættes ved forhandling mellem præsidenterne for VL og ØL, senest pr. 1. januar 2009;
— de ligger på begge landsretters hjemmesider (som atter ligger under *www.domstol.dk*);
— de giver retten vejledning ved omkostningsfastsættelsen …
— men giver ikke parterne nogen garanti for, hvad der faktisk bliver faktureret dem af deres respektive advokater;
— taksterne blev revideret efter indstilling fra Retsplejerådet …
- generelt forhøjet i mindre sager (ellers ren "tilsætning" for advokaterne);
- generelt nedsat i større sager.

32.5. Advokatsalæret – vejledende takster

Sagens værdi	Salær (uden moms)	Salær (med moms)
0-50.000	10.000-18.000	12.500-22.500
50.001-200.000	11.000-37.500	13.750-46.875
200.001-500.000	22.000-55.000	27.500-68.750
500.001-1.000.000	37.500-82.500	46.875-103.125
1.000.001-2.000.000	55.000-115.000	68.750-143.750
2.000.001-5.000.000	87.500-225.000	109.375-281.250

- Hvor på skalaen er vi? – vejledningen tilføjer:
  - "Det vil afhænge af den enkelte sags karakter, om der er grund til at udmåle et beløb i den øvre, midterste eller nedre del af intervallet".
- Læg mærke til kombinationen
  - en evig diskussion: skal man tage efter tidsforbrug eller efter sagens værdi?
  - begge dele kan konkret være urimelige;
  - samme "problem" har voldgiftsdommere og voldgiftsinstitutter – hvad skal sagen koste?
  - her er der fundet en kombination:
    - udgangspunkt i sagens værdi;
    - dette fører til et interval for salæret;
    - hvor vi ligger på intervallet, afhænger af kompleksitet, tidsforbrug etc.

32.6. Samlet omkostningsbyrde

- Betragt venligst sagen fra før – værdi 1,0 mio. kr., alm. pengekrav.
- Retsafgift i hver instans – 24.300 kr., 24.300 kr., 36.460 kr.
- Advokatsalær
  - antag, at der faktureres svarende til de vejledende satser fra retspræsidenterne;
  - antag også, at begge parter er momsregistrerede, dvs. at der skal tilkendes salær uden moms;
  - sagsgenstand 1,0 mio. kr. fører til intervallet 37.500 til 82.500 kr.;
  - anvend nu forsøgsvis middeltallet: 60.000 kr. (stadig uden moms).
- Hvad skal taberen herefter pålægges? – i én instans
  - retsafgift (krone for krone): 24.300 kr.;
  - advokatsalær (passende beløb): 60.000 kr.;
  - syn og skøn, vidnegodtgørelse etc.: ikke medregnet her;
  - taberen pålægges i alt at bære: 84.300 kr. (afrundes nok i praksis, men dette ses der bort fra her).

- Hvad har sagen kostet taberen? – i én instans
  - salær til egen advokat (her sat til taksten): 60.000 kr.;
  - pålagt over for modparten: 84.300 kr.;
  - i alt udgift for én instans: 144.300 kr. (under alle de givne forudsætninger).
- Er det flere instanser – må vi gange op …
  - og huske, at retsafgiften for Højesteret er 1,5-dobbelt;
  - førte vi under de givne forudsætninger sagen i 3 instanser (og tabte den til sidst) …
  - ville samlet udgift til egne og modpartens udgifter (stadig under de givne forudsætninger) være 144.300 kr. + 144.300 kr. + 156.460 kr. = 345.060 kr.
- Dette er standpunktsrisikoen – her som procesrisiko, i synlig udfoldelse
  - der skal ikke rokkes ret meget ved regnestykket, før vi er på 500.000 kr. i samlet omkostningsbyrde;
  - fx manglende fradrag for moms af salærer;
  - fx ekstra udgift til syn og skøn, sagkyndige erklæringer etc.;
  - fx advokatsalærer i den højere ende af skalaen (principiel sag; kompleksitet).

Redegør for de sagsomkostninger, taberen normalt skal erstatte vinderen, og for, hvilke af dem der tilkendes efter regning, og hvilke der tilkendes skønsmæssigt.

Kapitel 33

Fri proces

- Grundbetingelser – for at få fri proces
  - man har rimelig grund til at føre sagen, § 328, stk. 1;
  - man er under visse indtægtsgrænser, § 325, stk. 2 + bkg.;
  - man har ikke en retshjælpsforsikring, der dækker, § 325, stk. 1.
- Rimelig grund
  - nærmere kriterier i § 328, stk. 2;
  - nogle har pr. definition "rimelig grund", § 327, stk. 1 (har vundet i et klagenævn etc.);
  - første vurdering heraf foretages af retshjælpsforsikringen, som skal dække inden for sit max.;
  - forsikringens vurdering indgår i fri proces-bedømmelsen, men binder ikke.
- Procespositionen er ikke afgørende
  - sgr. kan få fri proces;
  - sgt. kan få fri proces;
  - begge parter kan få fri proces;
  - vinder man helt eller delvis, og modparten anker, omfatter fri proces automatisk også anken, § 331, stk. 4 (både i 2. og 3. instans).
- Hvad sparer man, når man har fri proces?
  - det hele – både retsafgift, advokatsalær, udgift til syn og skøn etc., § 331, stk. 1, nr. 1-5;
  - selv hvis man taber, betaler statskassen omkostningerne til modparten, § 331, stk. 1, nr. 4.
- Hvis modparten taber – må han ikke "tjene" på, at den anden part havde fri proces …
  - dvs. han pålægges sagsomkostninger ligesom i andre sager, § 332, stk. 1, 1. pkt.;
  - men omkostningsbeløbet betales af taberen til statskassen, § 332, stk. 1, 3. pkt.

> Hvad betyder det for en part, der ikke har fri proces, at modparten har fri proces?

Kapitel 34

Voldgift som eventuelt alternativ

34.1. Nogle fordele ved voldgift

- Man vælger selv dommerne – dog ikke altid, jf. nedenfor.
- Hurtig – næsten altid.
- Diskret – men er der automatisk tavshedspligt?
  - dette er omtvistet;
  - skriv det i voldgiftsklausulen;
  - hvis klausulen tavs, gælder der ikke en automatisk fortrolighedsforpligtelse for aktører i kommercielle voldgiftssager undergivet dansk ret, jf. *Theis Sonne Hendrup* i Justitia 2012 nr. 3 s. 53 ff. …
  - … modsat retstilstanden via retspraksis for voldgift i fx UK og Frankrig …
  - … og via lov i fx Skotland, Spanien og New Zealand.
- Kun én instans – både fordel og ulempe. Kan også opnås gennem forhåndsafkald på anke, jf. rpl. § 370.
- Afgørelsen har retskraft og eksekutionskraft i (næsten) hele verden – jf. New York konventionen 1958 om "handelsvoldgift" (et bredt begreb).
- Efter domstolsreformen 2006 kan kun principielle sager komme for Højesteret
  - alle sager starter ved byret;
  - kan kun henvises til landsret, hvis de er principielle;
  - en stor civil tvist behøver ikke at være principiel, men kan alligevel dreje sig om mange penge.
- Omgivelserne – parterne kommer tættere på hinanden og dommerne (og man kan drikke kaffe eller te undervejs!)
  - forlig ofte nemmere at opnå.

34.2. Nogle ulemper ved voldgift

- Kan være relativt dyrt – dommerne skal honoreres; lokaler skal betales etc.
  - og dog – skal jo sammenholdes med retsafgift + advokatsalær i 2 (evt. 3) instanser ved de alm. domstole;
  - hvad ender med at blive dyrest?

- Kun én instans (ingen anke ad alm. jus og faktum – kun ved alvorlige sagsbehandlingsfejl, kompetenceoverskridelse mv., og ad dommernes honorarer).
- Lidt farligere for en "svag" part – har ikke offentligheden som vagthund.
- Fra retsvidenskabens synsvinkel – afgørelserne kan ikke læses i UfR mv.
  - nogle kan læses i T:BB mv.
  - og Voldgiftsinstituttet offentliggør nu mange afgørelser (anonymiseret).

34.3. Ad hoc voldgift?

- Udpeger én dommer hver – disse udpeger formand. Dette er voldgiftslovens baggrundsregel, jf. vgl. § 11, stk. 2.
- Ønskes en dommer som formand – kan de to andre kun "indstille" til retspræsidenten, jf. rpl. § 47 a, stk. 3.
- Retsgrundlaget er da 1) vgl., 2) voldgiftsaftalen og 3) voldgiftsrettens egen fastlæggelse af processen.
- Ingen faste honorarregler – men kan indbringes for domstolene, jf. vgl. § 34, stk. 3. Ofte hensyn til Voldgiftsinstituttets satser. Ses på www.voldgiftsinstituttet.dk.
- Ingen voldgiftsinstitution, der påser sagens fremme, kvalitet og stil i kendelsen etc.

34.4. Institutionel voldgift?

- Danske byggesager – Voldgiftsnævnet for Bygge- og anlægsvirksomhed, Voldgiftsnævnet (vedtages normalt gennem vedtagelse af AB 92 – voldgift "følger med i pakken"). – Ca. 400 sager årligt.
- Andre danske sager – Voldgiftsinstituttet (Danish Institute of Arbitration). Ca. 100 sager årligt (heraf 20-30 internationale).
- ICC Court, Paris – The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC). – Ca. 500 (ofte meget store) sager årligt.
- LCIA – The London Court of International Arbitration. Ca. 100 sager årligt.
- SCC – The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stockholms handelskammer). Ca. 120 sager årligt.

34.5. Fælles for de institutionelle

- Har satser for honorarer + gebyr – se på webside (ICC har endog en kalkulator som regneark. Ofte min. – max. (regn ofte med middeltal).
- Institutionen påser, at sager fremmes, og gennemser kendelser (særligt ICC, men også andre).

- Faste regelsæt hos institutionen – dvs. frister mv. (dog suppleret af relevant voldgiftslov + kontrakten, hvis den går i detaljer hermed).
- Voldgiftens sæde – behøver ikke at være i det pågældende land
  - skal skelne mellem *the court* (voldgiftsinstitutionen) og *the tribunal* (den konkrete voldgiftsret, der nedsættes);
  - kan fx vedtage ICC-voldgift "i Danmark";
  - dermed sættes den konkrete voldgiftsret i Danmark;
  - parter og vidner afhøres her; mundtlig hovedforhandling er her; kendelsen afsiges her;
  - og dansk vgl. gælder, jf. § 1, stk. 1 ("… voldgift, der finder sted her i landet …").
- Rekapitulér, hvilke kombinationsmuligheder der dermed er – til brug for forhandlingerne (opnå en fornuftig balance):
  - hvilken voldgiftsinstitution? – ICC, LCIA, SCC, Danish Arbitration;
  - hvilket land? – "… voldgift i Danmark";
  - hvilket sprog? – fx engelsk (som ikke er nogen af parternes sprog);
  - hvilket lands lov? – jf. foran om det IP-retligt lovvalg.
- Omkostninger – fordele og ulemper. Fordel: Faste satser; institutionen skal godkende dommernes honorarer. Ulempe: Skal også betale gebyr til institutionen selv.
- Ofte særlige processuelle specialiteter – *witness deposition*; *post hearing brief*; (kostbare) stenografer; sagkyndige vidner tilladt i vidt omfang (*legal opinions*).

34.6. Alternativ henholdsvis supplement til voldgift

- Forenklet voldgift – tilbydes af alle institutterne (billigere); evt. en enedommer (opmand).
- Mediation – tilbydes både af voldgiftsinstitutterne og af danske domstole (retsmægling).
- *Grandfather clause* – involverede selskabers bestyrelsesformænd (evt. + CEO's) påhører tvist og søger at forlige (ofte er tvisten meget længere "nede" i systemet og vil derfor kunne bilægges af hensyn til forretningsforbindelsen).
- DSB – *dispute settlement body*. Allerede udpegne dommere står klar; påhører tvist; mægler forlig (juridisk mediation); afsiger ellers en kendelse. Sikrer, at fx en stor, løbende byggeopgave ikke fastfryses pga. tvist.
- Særskilt påkendelse af teknisk spørgsmål – fx en reguleringsklausul, en kursberegning for aktie mv. Opmand udmeldt af fx FSR påhører og afgør tvisten. – Øvrig tvist kan være henskudt til alm. voldgift (hvis kompetence da er beskåret i netop det tekniske spørgsmål).

OBLIGATIONSRETTEN

Kapitel 1

Obligationsretten og dens grundbegreber

1.1. Obligationsretten som retsområde

- *Obligatio* = forpligtelse, dvs. læren om ret og pligt.
- Almindelig og speciel del.
- De tre privatretlige skyldgrunde:
  - løfte – *obligatio ex contractu*
  - culpa – *obligatio ex delicto*
  - berigelse – *obligatio ex lege*.
- Baggrundsrettens betydning
  - et godt og sigende udtryk for det, der gælder, hvis vi ikke aftaler andet (hvis vi da overhovedet har aftalefrihed til at aftale noget andet)
  - baggrundsretten står i baggrunden og giver svaret på, hvad der gælder i tilfælde af manglende aftale (om det pågældende spørgsmål)
  - baggrundsretten kan være lovregler eller generelle principper (som da oftest vil have karakter af retssædvane)
- Aftalefrihed – som udgangspunkt er der aftalefrihed
  - U-1: forbruger;
  - U-2: ansættelse;
  - U-3: tinglige spørgsmål.
- Vigtigste retskilde – aftalen (mellem parterne!).
- Aftaler skal holdes – retssystemet står klart
  - *UfR 1990.396/5 V (den nedrevne altan)*.

1.2. Obligationsretlige grundhensyn

- Erhvervsfrihed – grundloven § 74.
- Aftalefrihed – ellers: baggrundsretten.
  - intentionerne hos parterne.
- Forudsigelighed – omsætningens sikkerhed.

- Typeforudsætningernes betydning.
- Ydelse og modydelse (real-, penge-).
  - kontraktbalancen – aftl. § 36, hardshipklausul.
- Loyalitet
  - *UfR 2011.47 Ø (salget af caféen)*;
  - *UfR 2010.2928 H (leverancen til Rusland)*;
  - *UfR 2010.2757 V (aktier købt til indre værdi)*;
  - *UfR 2009.830 V (dyrlægens konkurrenceklausul)*;
  - *UfR 2007.3027 (Danfoss og Brunata)*;
  - *UfR 2004.1784 H (storkundens ordrestop)*;
  - *UfR 2000.365 H (Thrane, "manglende omsorg")*;
  - *UfR 1992.858 H (bistandsmodtageren)*;
  - om loyalitetspligt se *Louise Bach Algren* & *Stephanie Maria Steffensen* i Justitia 2011 nr. 4 s. 53 ff.

1.3. Standpunktsrisikoen

- Nogle udslag af standpunktsrisikoen
  - *UfR 2000.1980 H (den selvkørende trillebør)*;
  - *UfR 2007.829 (ØjenHospitalet Danmark)*;
  - *UfR 2009.199 H (Citroënforhandleren)*;
  - UfR 2012.2194 V (liglugten i lejligheden).
- Procesrettens regler om sagsomkostninger – er udslag af standpunktsrisikoen.
- Metoder til at mildne standpunktsrisikoen?
  - fx hævebeføjelsen – regulere den nærmere i aftalen …
  - fx således: anmode voldgiftsret om at få lov til hæve …
  - i stedet for *straks selv* at kunne hæve.

1.4. Baggrundsret og risikofordeling

- Baggrundsretten er udtryk for risikooovervejelser (og erfaringer).
- Hvorfor bærer låntageren risikoen for en lånt ting, jf. DL 5-8-1?
- Hvorfor bærer ejeren selv fortsat risikoen for opbevarede og deponerede ting, jf. DL 5-8-14?
- Hvorfor er der omvendt bevisbyrde ad culpa hos depositaren? jf. DL 5-8-14.

1.5. Baggrundsretten og aftalemulighederne

- Parternes indbyrdes retsstilling kan vendes 180 grader i forhold til baggrundsretten – gennem aftalen
  - *UfR 1995.856 H (pakhusbranden)* – vendte om på bevisbyrden for bortkomst af deponeret gods.

- Baggrundsretten overraske en part totalt
  - *UfR 2009.437/1 H (frysehuset)* – leverandør misforstod, hvornår noget er leveret.

1.6. Hvad kan ændre risikofordelingen?

- Det kan aftalen, jf. pakhusbranden (vender om på DL 5-8-14).
- Det kan culpa
  - *UfR 1972.746 H og UfR 1975.381 H (Swanesagerne)* (vender om på DL 5-17-5);
  - *UfR 1999.216 H (bogholderskens checks)*;
  - *UfR 2011.1235 V (leasingselskabets uforsigtighed)* – udleverede også del 2 af den todelte registreringsattest til en leaset bil (del 2 sætter brugeren i stand til at omregistrere bilen)
  - *UfR 2014.1061 Ø (leasingselskabets passivitet)* – tøvede 4 år med tilbagetagelse af leaset trailer, som leasingtageren i mellemtiden havde solgt til godtroende køber; leasingselskabets ejendomsret ekstingveret
  - *UfR 2015.3029 (Kvindens triumf)* – galleri udlånte Heerup-maleriet Kvindens triumf til en kunde, der videresolgte det til en godtroende køber – uforsigtighed samt 4 mdr.s passivitet fra galleriets side.
- Det kan modsatrettede risikoafvejninger
  - *UfR 2008.1512 V (den lånte kranvogn)* – entreprenør skulle bruge kranvogn til arbejdet – udlåntes til ham af opdragsgiveren – det objektive ansvar for lånte ting gjaldt ikke her.

1.7. Obligationsrettens internationalisering

- Særlig betydning for dansk virksomhed mv.
- Obligationsretten har **altid** været internationalt orienteret
  - de fleste principper stammer fra Romerretten, BGB mv.
- Romerretten, CC 1804, BGB 1896, HGB.
- CISG – FN-konvention 1980.
- Unidroit – *principles of international commercial contracts* (2010) (= *lex mercatoria*).
- EU's forbrugerdirektiver – aftl. §§ 38 a-d mv.
- US/UK-begreber – *leasing, factoring, franchising, confirming, covenants.*
- Romkonventionen/forordningen.
- Er baggrundsretten i en given sag overhovedet **dansk**?
  - dette testes via Rom I-konventionen/forordningen;
  - anvendes, hvis et lovvalg skal ske, artikel 1(1);
  - også hvis der peges på et ikke-EU-land, artikel 2;
  - aftalefrihed om lovvalget, artikel 1(1);

- ellers: nærmeste tilknytning, artikel 4(1);
- formodning for realdebitors land, artikel 4(2);
  - formodningen brydes, hvis det er tydeligt, at nærmere tilknytning til et andet land:
  - jf. første EU-dom om Rom I: *C-133/08 (Intercontainer)*
    - belgisk selskab skaffede jernbanefragt;
    - kunderne var to hollandske selskaber, og fragten startede i Amsterdam (til Frankfurt);
    - se *Peter Arnt Nielsen* i UfR 2011 B s. 53 ff.

Kapitel 2

Pengeydelser

2.1. Pengeydelse – hvorfor?

- En pengeydelse – ofte som betaling for en realydelse, dvs. ydelse mod ydelse.
- Som betaling for hvad?
  - — køb (løsøre, fast ejendom);
  - — leje (løsøre, fast ejendom);
  - — brugsret immaterialret (royalty, licens);
  - — ydelse på lån (hvilke bestanddele?);
  - — præmie for forsikring.
- Ensidige ydelser
  - — opfyldelse af gaveløfte (fortolkes indskrænkende; svage ugyldighedsgrunde bliver stærke);
  - — opfyldelse af kautionsløfte.

2.2. Hvordan betaler pengedebitor?

- Dvs.: med hvilke betalingsmidler?
- Hvis intet andet er aftalt: med penge
  - — fx kontant – eller hvad der er lige så godt:
    - ↬ dankort, netbank, PBS, dvs. via en betalingstjeneste.
- Eller med noget, der pr. aftale eller forudsætningsvis accepteres som betalingsmiddel:
  - — bus- eller togkort;
  - — check (og dog …);
  - — sælgerpantebrev i en ejendomshandel;
  - — veksel (kun efter aftale!). Karakteristika ved pengeydelser
- Penge er genus – derfor: pengemangel diskulperer ikke.
- Penge er den typiske modydelse for en realydelse …
  - — men modydelsen kan også være an anden realydelse (mageskifte, barter trade), dvs. real/real;
  - — og penge kan også være modydelse for penge (låneforhold), dvs. penge/penge.

- Præstationen er nem – derfor: 0-tolerance …
  - og dog – *UfR 1988.76 V (restauranten)* (2-1) – næppe noget stærkt præjudikat.
- Kan flyde frit over grænserne, jf. artikel 63 TEUF (ex artikel 56), også til/fra tredjelande uden for EU/EØS (den eneste af EU-frihederne, der også gælder i forhold til tredjkelande)
- Penge er en "ikke-karakteristisk" ydelse
  - dvs. i en grænseoverskridende aftale er det normalt den anden parts hjemlands lov, der skal anvendes (Romforordningen artikel 4, stk. 2);
  - U: lovvalgsaftale;
  - hvad med værneting (Brux.)? nedenfor.
- Der kan kun være én af fire retsgrunde til et pengekrav
  - løfte (aftaledebitor), *obligatio ex contractu*;
  - delikt (retsbrudsdebitor), obligatio *ex delicto*;
  - berigelse (berigelsesdebitor), *obligatio ex lege*;
  - en 4. retsgrund: offentligretlige krav.

2.3. Rette ydelse – pengedebitor

- Som altid 4 ting at spørge om – 4 elementer i begrebet "rigtig ydelse"
  - kvalitet – hvad?
  - kvantitet – hvor meget?
  - sted – hvor?
  - tid – hvornår?
- En 5. ting – som man evt. kunne spørge om:
  - hvorfor? (dvs. kontraktens årsag, svarende til Romerrettens *causa*)
  - dvs. hvorfor indgås denne kontrakt overhovedet?
  - kan i mange kontrakter give anledning til en præambel, der kan virke styrende ved fortolkningen af kontrakten …
  - idet kontrakter jo fortolkes subjektivt, intentionspræget, partsrelativt.
- De 4 nævnte grundlæggende spørgsmål stiller vi – både til realdebitors og pengedebitors ydelse.
- Svigter ét eller flere af disse elementer, foreligger der ikke-opfyldelse, dvs. misligholdelse.
- Er den mon også væsentlig **væsentlig** (dvs. hævebegrundende)?
  - realydelse: konkret bedømmelse (forudsætningssynspunkt);
  - pengeydelse: al forsinkelse er væsentlig, jf. nedenfor.

2.4. Rette tid – hvornår?

- Dvs.: opfyldelsestiden.
- Svaret er: Når det er aftalt!

- Her er påkrav ikke nødvendigt
  - jf. fx *UfR 2014.336 Ø – det måske momsregistrerede lejemål*
  - lejeren betalte lejen uden moms, da han "ikke kunne vide, om udlejeren stadig var momsregistreret" …
  - fordi han ikke modtog fakturaer
  - han skulle have betalt til forfaldstid, også uden faktura, og var derfor i misligholdelse.
- Ellers: Efter påkrav, jf. gbl. § 5, stk. 1 (dvs. anfordringsgæld).
- Bankoverførsel
  - ved debiteringen på debitors bankkonto;
  - uanset evt. senere kreditering på kreditors konto:
  - jf. allerede lov nr. 322 af 31. maj 1991 om Girobank A/S …
  - hvortil der henvises i *UfR 2013.2974 H* om lejelovgivningens betalingsregler.
- Løbedage (7 ekstra dage)?
  - kun hvis det er aftalt (fx pantebrevsformularen);
  - eller: hvis juni/december termin er aftalt, gbl. § 5, stk. 3 (forældet regel)
- Hvis forfaldsdag er aftalt: påkrav er unødvendigt.
- Advarsel + efterfrist (*Nachfrist*)?
  - kun, hvis aftalt eller lovhjemmel;
  - TL § 42 a, stk. 2: pantebrev i fast ejendom (NB: kun ved låne- eller sælgerpantebrev, ikke ved ejerpantebrev! her gælder det underliggende gældsforhold);
  - godt forbillede for aftaletekst, fx i gældsbrev.
- Al forsinkelse er væsentlig (da penge er nemme at præstere (hvis man har dem), og da pengemangel ikke diskulperer).
- Modif.: rimelighedsbetragtninger, jf. den nævnte *UfR 1988.76 V (restauranten)* (2-1) – men som nævnt: svagt præjudikat.

2.5. Rette sted – hvor?

- Dvs. opfyldelsesstedet.
- Svaret er igen: Hvor det er aftalt!
- Modif.: tre præceptive lovregler:
  - forbruger kan altid betale i (dansk!) bank, jf. KAL § 25;
  - pantebrevsdebitor do., jf. TL § 42 a, stk. 1;
  - lejer altid betale i "et pengeinstitut"), jf. LL § 32, i.f.
- Disse regler (særligt LL) er værd at indskrive i parternes aftale.
- Hvis betalingsstedet ikke er aftalt – debitor skal da betale hos kreditor, jf. gbl. § 3 (evt. analogt)
  - thi "Pengeskyld er bringeskyld" …
  - hvorimod "anden skyld er henteskyld", jf. kbl. § 9, stk. 1.

- Skaber betalingsstedet også værneting?
  - m.a.o.: kan kreditor K sagsøge debitor D ved K's hjemting?
  - i rent danske skyldforhold: nej, jf. rpl. § 242;
  - i grænseoverskridende: ja, jf. Brux. I-forordningens artikel 5, stk. 1 (opfyldelsesstedets værneting);
  - jf. *UfR 2006.2501 Ø (norsk A/S)*, der skulle friholde dansk A/S for kaution over for bank, kunne sagsøges i Danmark;
  - NB: fra og med Brux. I-forordningen er denne vilkårlighed i værnetinget væk fsva. varer og tjenesteydelser, jf. artikel 5, stk. 1, litra b …
    - varer og tjenesteydelser…
    - leveringsstedet er værneting for både penge- og realkrav.
- Kreditor kan ensidigt flytte betalingsstedet
  - til et andet sted i samme land;
  - hvis ikke væsentlig ulempe/udgift for D, jf. gbl. § 3, stk. 2 (evt. analogt)
  - skal e.o. ske på en klar og tydelig måde, jf. *UfR 2014.2302 H (lejeopkrævning)* – ny bank og nyt kontonummer var blot skrevet på det "sædvanlige" sted på opkrævningen, uden særlig fremhævelse.
- Hvornår kan det fx være relevant at flytte betalingsstedet?
  - fx hvis kravet administreres af K's bank (dvs. "inkassofuldmagt");
  - hvis fordringen er overdraget til K2 (da betale til ham), jf. (princippet i) gbl. § 29.

2.6. Rette kvalitet – dvs. hvad skal erlægges (valuta mv.)?

- Penge er vel penge?
- Nej, der er som bekendt mange valutaer (og deres værdi kan fluktuere!).
- Hvilken valuta da?
  - den, der er aftalt!
  - aftalen herom er ofte en del af prisen, fx på et lån (tænk på forskellen mellem et lån i schweizerfranc contra et lån i islandske kroner!).
- Man kan (blot eksempelvis) gennemføre følgende i fremmed valuta:
  - handel med varer eller tjenesteydelser;
  - køb af fast ejendom (kan tinglyses i digital tingbog);
  - lån, også med pant i fast ejendom (kan tinglyses);
  - påstand og dom/kendelse under retssag el. voldgiftssag.
- To lovregler om fremmed mønt:
  - euro kan altid bruges som betaling i eurolande, jf. forordning nr. 2560/2001,
  - hvis aftalens valuta afviger fra betalingsstedets valuta: debitor vælger, hvilken valuta han vil betale i, jf. gbl. § 7 (kan være fraveget i aftalen gennem et krav om effektiv betaling i …)

- I Danmark er euro fortsat "fremmed mønt"
  - men følgende kan føres/aftales i euro: købsaftaler mv., lån, pant, A/S- og ApS-kapital, årsrapport;
  - ønsker man det, kan man dermed være en "euro-virksomhed".

2.7. Kvantitet – hvor meget (vederlag, justering, renter mv.)?

- M.a.o.: hvilken pris skal der betales?
- Igen: det, der er aftalt!
- Hvis intet aftalt: hvad der er rimeligt
  - kbl. § 5 (+ § 72): rimeligt;
  - CISG artikel 5, stk. 5: hvad der er sædvanligt for tilsvarende vare under tilsvarende omstændigheder;
  - Unidroit Principles of International Commercial Contracts pkt. 5.7.1.: *a reasonable price*;
  - hvilken vej vender bevisbyrden i disse tilfælde?
  - og hvad indebærer det, om den vender den ene eller den anden vej?
- Eksempel på justering af vederlag ud fra hensynet til kontraktbalancen:
  - *UfR 2000.656 H (balletten "Et eventyr")* – bestillingsarbejde;
  - komponistens vederlag ved uropførelsen: 100.000 kr.;
  - derefter 14 pct. af billetindtægt ved senere opførelser – men sådanne kom ikke!
  - kunne Det kgl. Teater dømmes til flere opførelser? nej;
  - var der erstatningspligt? nej;
  - ekstra honorar pga. "forrykkelse af balancen mellem K's indsats og vederlaget herfor"? ja! (3-2 i HR);
  - krævede 1.000.000 kr., ØLR: 300.000 kr.; HR: 200.000 kr.;
  - sagsomkostninger "ophævet" – hvad betyder dét?
- Skal der betales mere? (moms, rente).
- Kommer der moms oveni en annonceret/aftalt pris?
  - forbruger:
    - formodning for, at moms er indbefattet, jf. markedsføringslovens § 13 og § 12 a, stk. 1, nr. 6 (og forbrugeraftalelovens § 11, stk. 1, nr. 3, ved e-handel); Forbrugerombudsmanden har jævnligt måttet indskærpe
  - erhvervsdrivende:
    - formodning for det modsatte, dvs. en aftalt/annonceret pris er ekskl. moms; der kommer moms oveni.
- Kommer der renter oveni?
  - hvis en kreditrente er aftalt, fx banklån, pantebrev mv.;
  - hvis man énsidigt tiltager sig kredit, jf. *U 1981.221 H* ("… klar over, at han opnåede et til overtrækket svarende lån") – 17 pct. p.a.;
  - hvis der er grundlag for morarente, jf. nedenfor.

- Morarente
  - hvis forfaldsdag aftalt på forhånd: fra denne dag, jf. RtL § 3, stk. 1;
  - ellers (1): 30 dage fra modtagelse af betalingsanmodning, jf. RtL § 3, stk. 2;
  - anmodningen kan gives særskilt eller allerede på fakturaen;
  - hvis tvist + forhandling: husk at give påkrav!
  - ellers (2): fra sagsanlæg ("sædvanlig procesrente"), jf. RtL § 3, stk. 4;
  - sats: Nationalbankens udlånsrente + 7 pct.-points, jf. RtL § 5, stk. 1 (p.t. 1 pct. + de 7 pct.) …
    - U-1: højere lånerente aftalt, RtL § 6;
    - U-2: aftalt højere i erhverv, RtL § 7, e.c.;
    - U-3: sædvane for højere i erhverv, RtL § 1, stk. 4.

Kapitel 3

Gensidighed, samtidighed og risiko

3.1. Ydelse mod ydelse

- Fokus på ydelsen
  - under øvrige emner: på den enkelte ydelse;
  - nu: på sammenhængen mellem ydelserne.
- Ældste obligationsretlige princip
  - *quid pro quo* (= noget for noget);
  - *do ut des* (= jeg giver, for at du skal give).
- Har to konsekvenser
  - afbalancerer hinanden (kontraktbalancen);
  - udveksles samtidig (u: andet aftalt).
- Fravigelse af samtidighed
  - prænumerationskøb – pengene forud;
  - kreditkøb – pengene bagud (fx når faktura udstedes).

3.2. Samtidighed – rendyrket eller tilstræbt

- Ses i kbl. § 14
  - og i overskriften: "Om retten til at kræve ydelse mod ydelse".
- Og CISG artikel 58 (påkrav unødvendigt, artikel 59).
- Men i løbende kontraktforhold
  - 100 pct. samtidighed kan ofte ikke opnås;
  - hvem skal præstere først (og løbe en risiko)?
  - beror på aftalen;
  - ellers: risikoovervejelser, typeløsninger (og styrkeforhold!).
- Leje af ejendom: leje forud – hvorfor?
- Leasing af løsøre: do. – hvorfor?
- Ansættelse: løn bagud – hvorfor?
- Entreprise: betaling bagud – hvorfor?
  - men dog i bidder;
  - AB 92 § 22, stk. 1: månedligt eller

— AB 92 § 22, stk. 4: betalingsplan.

3.3. Fravigelse af samtidighed – kredit eller forudbetaling

- Salg på kredit – varer, tjenesteydelser
  - — er ofte den reelle hovedregel;
  - — ydelsen præsteres, faktura sendes: kredit!
  - — kbl.s ord: "henstand" (men hvad er henstand)?
- Kun kredit, hvis det er aftalt
  - — fejlagtig aflevering uden at få penge: kan hente (thi anses uskrevet at have taget "kontantforbehold");
  - — svigagtigt opnået kredit kan tilsidesættes og varer hentes, *NJA 1985.178 HD*, stålpladerne – handelen ugyldig pga. svigagtige oplysninger om købers økonomiske situation; sælger derfor separatist i købers konkursbo.
- Det modsatte: forudbetaling (*prænumeration*)
  - — billetkøb; rejser; evt. tilvirkningskøb; værdipapirer;
  - — hvordan er man sikret, hvis sælgeren går konkurs? (det er man ikke).

3.4. Risikofordelingen – *res perit domino*

- Risiko for hvad? det hændelige!
  - — dvs. alt uden for parternes rækkevidde;
  - — også T's handling (+ regres mod T).
- Tungt udgangspunkt: ejeren bærer risikoen (= *res perit domino* = tingen tilintetgøres/går under for ejeren).
- Men nogle afgrænsningsproblemer
  - — salg: hvornår går risiko over fra S til K?
  - — opbevaring: hvem bærer risikoen?
- *UfR 1989.232/2 H (varehusrøveriet)*
  - — hvis penge var det, der blev røvet?
  - — taskerne med pengene var overgivet til bankens bud;
  - — derfor var det bankens penge, der ramtes af *res perit domino*
- *UfR 1997.26 V (andelskassen og døgnboksen)*
  - — hvis penge var det, da andelskassen gik konkurs?
  - — de var smidt i boksen, og derfor var det andelskassens penge, nu boets …
  - — dvs. kunden havde i stedet "kun" en fordring mod andelskassen;
  - — hvad hvis pengene havde ligget i kundens boks? separatist!
  - — hvad hvis de var indsat på kundens konto? fordring;
  - — derfor så man under finanskrisen i 2008, at kunder gik i banken, hævede penge – og lagde dem i boks …
  - — thi hvis banken krakkede, var der separatistret til pengene (men så jo til gengæld ingen renter);

— da krisen drev over (for denne bank), tog kunden pengene ud af boksen og satte dem atter på konto (herefter igen: "kun" en fordring).

- Terminologi
  - "*depositum regulare*": en bestemt ting (species) (modsat: *irregulare*): penge mv. (genus)
  - deponent (ejeren) – depositar (opbevareren).
- Det er stadig ejeren, der bærer risikoen for den deponerede tings undergang, når der er tale om en bestemt ting (species).
- Men pga. uigennemskueligheden om, hvordan tingen gik til grunde, er der omvendt bevisbyrde vedrørende culpa
  - DL 5-8-14: "… at giemme som sit eget Gods …"
  - "… eller det af anden Grund forkommer tillige med hans eget Gods" – dvs. et præsumptionsansvar.
- Den **omhyggelige** depositar – kunne løfte bevisbyrden for 0 culpa …
  - *UfR 2000.350 H (værkstedet og nøgleboksen).*
- Den **sløsede** depositar – kunne ikke løfte bevisbyrden for 0 culpa …
  - *UfR 1964.256 H (taxaerne med nøgler i).*
- Den **snu** depositar – traf aftale om ligefrem bevisbyrde for culpa, dvs. at det dermed var ejerens opgave at bevise, at depositaren (lagerhotellet) var skyld i branden (modsat baggrundsretten: DL 5-8-14, hvorefter lagerhotellet skulle have bevist, at det *ikke* var skyld i branden …
  - *UfR 1995.856/2 H (pakhusbranden).*

3.5. Risikoovergang ved salg – løsørekøb

- Generelt: ved leveringen, kbl. § 17, stk. 1
  - *UfR 2009.437/1 H (isværket).*
- Afhentningskøb (*ex works*, EXW)
  - når K afhenter;
  - U: tidsrum begyndt, og tingen klar: nu, § 17, stk. 2;
  - analogt anvendelig på aflevering af et reparationsarbejde, jf. *UfR 2012.376 V (en repareret bil).*
- Forsendelseskøb
  - ved overgivelse til 1. transportør, kbl. § 10, CISG artikel 31 a;
  - U: forbrugerkøb – når i hænde, kbl. § 73.
- Særlige salgsklausuler, fx FOB – *free on board*, kbl. § 62 (bedre: Incoterms).

3.6. Risikoovergang ved salg – fast ejendom

- Er ejer fra købekontraktens underskrift.
- Men risiko går først over ved "leveringen", dvs. på overtagelsesdagen (typisk: kl. 12:00).

- Aftaler dog, at brandrisiko ("ildsvåde") fra købet.
- Hvad er (ved løsøre, fast ejendom) rationalet bag disse fravigelser af *res perit domino*?
  - S har endnu ikke præsteret sin ydelse (ikke før leveringen);
  - risikofordelingen tilskynder S til at passe på tingen indtil leveringen.

3.7. Overblik over risikoen

- Udgangspunkt: ejerens risiko (*res perit domino*).
  - U-1: har lånt tingen ud, DL 5-8-1;
  - U-2: har solgt, men ikke leveret, kbl. § 17;
  - U-3: depositaransvaret (præsumption) …
    - ↬ UU: modsat aftale.
  - U-4: transportøransvaret …
    - ↬ UU: modsat aftale.
- Konkrete forhold kan medføre fravigelse …
  - *UfR 2008.1512 V (entreprisen og kranvognen).*
- Og igen: Aftalen kan medføre fravigelse …
  - *UfR 1995.856/2 H (pakhusbranden).*

Kapitel 4

Misligholdelse – en række fælles problemer

4.1. Ikke-opfyldelse

- Ikke-opfyldelse = misligholdelse.
- Hvad kan misligholdelse vedrøre?
  - udeblivelse eller forsinkelse: rette tid, rette sted;
  - mangler (faktiske eller retlige): rette kvalitet, rette kvantitet.
- Fordringshavermora – indebærer det misligholdelse?
  - ofte må dette antages – partens pligter er jo …
  - at præstere egen ydelse og
  - at modtage den anden parts ydelse;
  - S skal installere maskine, men K er ikke klar;
  - K skal åbne remburs, men gør det ikke;
  - flypassager siger: "Jeg har en bombe!" – og kommer ikke med;
  - rederi har påtaget sig at fragte forurenet jord, men må afvise den som for fugtig – og dermed farlig for skibets stabilitet (og kan få erstatning for fragttab mv.), jf. *UfR 2011.585 H (Stema Shipping A/S)*;
  - ved mere komplekse ydelser: bør uddybes i aftalen;
  - levere el, vand, internetadgang etc.;
  - have specialværktøj etc. klar;
  - penge- eller værdipapirdebitor kan deponere ved modpartens fordringshavermora, jf. deponeringslovens § 1.

4.2. Misligholdelsesbeføjelserne

- Beføjelser, der berører **ydelserne**
  - tilbageholde sin ydelse (dvs. standsningsret);
  - fastholde aftalen (dvs. naturalopfyldelse);
  - hæve (dvs. hævebeføjelse) – ved væsentlig misligholdelse.
- Beføjelser, der påvirker **pengene**
  - prisafslag (på objektivt grundlag);
  - erstatning (på culpa-grundlag)

- køber, fx af fast ejendom: pas på under retssag mod sælgeren!
  - hvis køberen alene påstår erstatning, men ikke kan bevise culpa, skal sælgeren frifindes, jf. civilprocessens forhandlingsmaksime, rpl. § 338
  - hvis køberen subsidiært påstår prisafslag, kan han få dette på objektivt grundlag, dvs. uden at skulle føre bevis for culpa hos sælgeren (men prisafslag er et anbringende, der skal gøres gældende, jf. forhandlingsmaksimen)

Hvis der er flere **beføjelser**: valgretten er hos den krænkede part
- kan fastholde eller hæve (hvis væsentlig);
  - men må gøre det klart, hvad der vælges;
- kan samtidig kræve erstatning, forudsat culpa (eller strengt ansvar)
- kan under retssag få flere beføjelser prøvet;
  - principalt: kræver erstatning;
  - subsidiært: kræver prisafslag;
  - husk herved som nævnt forhandlingsmaksimen, rpl. § 338!

4.3. Parallelle retsgrundlag

Hvad er nu dét?

Jo, der kan være **konkurrerende** regelsæt
- U: dog ikke, hvis det kan ses, at reglen er udtømmende.

Køb, reklamationsfrist 2 år, jf. kbl. §§ 54 og 83
- U-1: svig henholdsvis uhæderlighed;
- U-2: alm. erstatningsret – *UfR 2002.249 H (eternitsagen)*.

Selskabsretlige ansvarsregler ctr. alm erstatningsret
- *UfR 1993.789 V (telefonregningerne)*
- *TfS 1997.110 H (Satair)* – kapitalejer ellers kun ansvar for forsæt eller *grov* uagtsomhed, men da moderselskabet M havde grebet ind i ledelsen (og beordret selskabets midler udleveret til en køber uden at sikre SKATs usikrede krav), måtte M (uhjemlet) bedømmes ud fra ledelsesansvaret, dvs. at *simpel* uagtsomhed var nok til at dømme

Men fx TL § 5 er udtømmende (og kræver grov uagtsomhed) – her kan der ikke være et konkurrerende regelsæt.

4.4. Hvad hæfter man for ad misligholdelse?

Spørgsmålet er, i hvilket omfang en forpligtet part identificeres med andres handling eller undladelse.

Din egen ikke-opfyldelse – hæfter herfor, naturligvis.

Dit eget firmas indre organisation.

Dine medarbejdere, jf. DL 3-19-2 (også ekstreme handlinger, thi her: i kontrakt; modsat uden for kontrakt).

- Din husstand (i visse tilfælde) – i lejemål, hvor den, man giver adgang til det lejede, foretager grove handlinger, jf. fx *UfR 2013.3112 H*, lejerens søns brandstiftelse i bebyggelsen (NB.: proportionalitetsprincip skal iagttages).
- Din fuldmægtig
  - *UfR 1993.96 V (Jydekompagniet og Diskontobanken)* – bankens fuldmægtig (en speditør) gav pantsætteren (JK) ukontrolleret adgang til håndpantsatte cykler i lagerhaller; bankens panteret derved fortabt.
- Din pengemangel
  - "pengemangel diskulperer ikke"
    - debitor D kan ikke undskylde manglende/forsinket betaling med D's egen pengemangel
    - kreditor K kan ved forsinkelse fra D med betalingen ikke kræve erstatning for mistede forretningsmuligheder, som K skulle have brugt pengene fra D til at finansiere
    - U: grove tilfælde – *UfR 1996.120 SH (Danske Bank og Helsinges borgmester Claus Lange)*
- Dit standpunkts rigtighed (standpunktsrisikoen)
  - når du tager et standpunkt over for en aftalepart, *hæfter du på objektivt grundlag for, at dit standpunkt var rigtigt*
  - hvis der er uenighed, kan det tage flere år at få afklaret gennem retssag, hvem der havde ret – men han har da pr. definition haft ret hele tiden, og den anden er objektivt ansvarlig for følgerne af sit forkerte standpunkt
  - K afviser at have købt; S sælger til anden side og kræver erstatning; S får ret: K havde købt; K er erstatningspligtig på objektivt grundlag
  - K mener at have fået løfte om en rabat og fratrækker den ved betalingen; S er uenig og hæver deres (agentur)aftale; S får medhold: han havde ikke lovet rabat; derfor har S hævet med rette
  - eneforhandler E har handlet i strid med forhandleraftalen, og agenturgiveren AG hæver aftalen; E får medhold ved retten i, at E nok havde misligholdt, men dog ikke væsentligt; dermed er det AG, der har misligholdt (ved at tage forhandlingen fra E) og bliver erstatningspligtig (skønt AGs udgangspunkt jo var rigtigt: E havde misligholdt)
  - interessenterne A, B og C hæver over for interessent D, som har misligholdt I/S-aftalen, og smider ham ud af I/Set; D får medhold ved retten i, at hans misligholdelse ikke var væsentlig; herefter er A og B erstatningspligtige over for ham på objektivt grundlag
  - standpunktsrisikoen er så vigtigt et princip, at den *også gælder inden for civilprocessen*…
    - den tabende part pålægges normalt at betale sagsomkostninger til den vindende part, rpl. § 312, stk. 1

- dette sker på objektivt grundlag, dvs. man er også under en retssag ansvarlig på objektivt grundlag for, at ens standpunkt er det rigtige (processuel standpunktsrisiko)
  - særlige grunde kan føre til et andet resultat, § 312, stk. 3

4.5. Nærmere om standpunktsrisikoen

- Er et udslag af retten til at gøre diverse beføjelser gældende.
- Modregner (fejlagtigt) rabat, man mener at have krav på
  - *UfR 2000.1980 H (den selvkørende trillebør)*.
- Hæver, fordi man mener, der er væsentlig misligholdelse
  - *UfR 2009.199 H (citroënforhandleren og de uoriginale reservedele)*;
  - *Rt. 2007.1587 H (ejerlejlighedskøberen og manglerne)*;
  - *UfR 2007.829 H (Øjenhospitalet Danmark og den illoyale partner)*.
- Anlægger retssag, fordi man mener at have et krav
  - sagsomkostninger, rpl. § 312, stk. 1 – som nævnt: et udslag af standpunktsrisikoen (pålægges objektivt, skyld-uafhængigt).
- Kan man **aftale sig ud af standpunktsrisikoen**?
  - aftale:
    - kan kun modregne erkendte modkrav
    - kan dog være byrdefuldt for en svag part at aftale; kan udsultes ved at skulle betale effektivt uden modregningsret
  - aftale:
    - kan kun hæve, hvis forudgående accept hertil fra domstol/voldgiftsret
    - undgår derved den barske, objektive standpunktsrisiko (som i ovennævnte sager om forhandlere mv.)
    - en sådan tilladelsesmodel anvendes ofte i forpagtningskontrakter (fordi en ophævelse, der viser sig ubegrundet, kan få uoverskuelige følger)
    - det er ligeledes den deklaratoriske løsning i europæiske firmagrupper (EØFG = en slags europæisk I/S), jf. firmagruppe-forordningens artikel 27, stk. 2, 1. og 2. led:
      - Ethvert medlem af firmagruppen kan ekskluderes af de i stiftelsesoverenskomsten anførte grunde og under alle omstændigheder, hvis der foreligger grov misligholdelse af dets forpligtelser, eller hvis det forårsager eller vil kunne forårsage alvorlige vanskeligheder for gruppens virke.
      - Denne eksklusion kan kun finde sted ved en retsafgørelse truffet efter fælles anmodning fra flertallet af de øvrige medlemmer, medmindre andet er fastsat i stiftelsesoverenskomsten.

4.6. Kontrakten kan definere misligholdelse

- Pantebrevsformularen – ydelse udebliver, eller pantet forringes.
- *Cross-default clause* – andre lån misligholdes (U: forbudt i pantebrev, jf. TL § 42 b; UU: ejerpantebrev + underliggende skyldforhold med *cross-default clause*).
- I/S-aftale, læger – stof-/alkoholmisbrug mv.
- I/S-aftale, advokat/revisor: disciplinærstraf.
- Forsømmelse af covenants i låneaftale.
- Licenstagerens regnskabspligt – skal fx inden en bestemt frist sende revisoratteseteret regnskab over det forløbne års royaltyberegning mv. til licensgiveren, jf. *UfR 2011.115 H (Effect Furniture)*.
- Kan også definere, hvad der er "væsentligt"
  - fx NLM 94 – når 15 ugers dagbod á 0,5 pct. er forskyldt.

4.7. Fortid, nutid og fremtid – misligholdelsens tidspunkt

- Nutidig misligholdelse
  - ydelser skulle udveksles nu.
- Fortidig misligholdelse
  - beføjelser kan evt. være tabt;
  - passivitet, "indretningssynspunkt";
  - I/S eller ansættelse med ældre forseelse;
  - betydningen af en advarsel? (påbud)
  - misligholdelsen kan have været ukendt for den ene part, fx ved afregning
    - hvis en kapitalejer må skal indløses …
    - og prisen reduceres i tilfælde af hans misligholdelse …
    - men de øvrige ikke da kendte til misligholdelsen?
    - UfR 2014.2105 H (den opsagt direktør/kapitalejer)
      - blev indløst til markedskurs, 12 mio. kr.
      - havde groft misligholdt, hvilket de andre opdagede 1 måned senere
      - skulle pga. misligholdelsen kun have haft indre værdi = 3 mio. kr.
      - dømt til at tilbagebetale forskellen på 9 mio. kr.
      - voldgift sagde: grov misligholdelse, og dette var bindende
      - klausulen om reduktion ved misligholdelse var ikke urimelig ud fra aftl. § 36
      - han kendte jo selv til sin misligholdelse, da han modtog de 12 mio. kr. …
      - og måtte derfor bære risikoen for, at selskabets forudsætninger for at betale de 12 mio. kr. var svigtet

- Fremtidig misligholdelse – anticiperet
  - Ho.: kun hæve for denne ydelse, kbl. § 22, stk. 1;
  - u: hvis gentagelse må ventes, kbl. § 22, stk. 2;
  - tilsvarende – CISG artikel 72, stk. 1.

4.8. Udelukkelse af misligholdelse – overblik over retsgrundlag

- Ugyldighed (der er ingen aftale).
- Bristende eller urigtige forudsætninger (forudsætningslæren).
- Ikke-opfyldt betingelse.
- *Force majeure* (= vis major).
- Hardship (klausul).

4.9. Udelukkelse af misligholdelse – ugyldighed

- Almindelige ugyldighedsregler
  - svig, aftl. § 30;
  - alm. hæderlighed, § 33;
  - urimelighed, § 36.
- Specielle ugyldighedsregler
  - urimelige renter el. omkostninger, KAL § 22;
  - aftl. § 38 c …
    - NB.: direktivstyrede ugyldighedsregler som fx § 38 c (direktiv 93/13 om forbrugeraftaler) har to vigtige egenskaber, jf. *C-618/10 (Banco Español)*, om morarente på 29 pct. i en banks låneaftale):
      - de skal anvendes ex officio, uanset forhandlingsmaksimen;
      - de må ikke føre til ændring af vilkåret, kun til, at det kendes ugyldigt;
      - jf. grundsætningen om EU-rettens effektivitet;
      - se *Marie Jull Sørensen* i UfR 2013 B s. 383 ff.
  - konkurrencebegrænsende aftale, KKL § 6.
- Nullitet – DL 5-1-2: strider mod lov og ærbarhed
  - *UfR 2006.1914 V (bestikkelse i Irak)*;
  - *UfR 2000.631 H (ejendomsformidling i strid med spansk lovgivning)*;
  - *UfR 2000.2325 V og UfR 2001.447 V (omgåelse af landbrugslov)*;
  - *UfR 2015.1868 Ø (købesum under bordet ved spansk ejendomshandel)*

4.10. Udelukkelse af misligholdelse – bristende/urigtige forudsætninger

- Kendes i alle lande
  - *condition subsequent*;
  - *Wegfall der Geschäftsgrundlage*;
  - *caducité*.
- Tre led skal være opfyldt:
  - væsentlig betingelse,
  - kendelig betingelse og
  - rimeligt at lade den anden part bære risikoen.
- Vil ofte alligevel ikke kunne påberåbes – meget hellere udtrykkelige betingelser i aftalen.

4.11. Udelukkelse af misligholdelse – *force majeure*

- "Kvalificeret umulighed".
- Fritager endog genussælgeren fra ansvar.
- "Hændelig undergang af alle genstande …"
  - kbl. § 24 – ikke burde have taget det i betragtning.
- "*An empediment beyond his control …*"
  - CISG artikel 79 – *could not have taken into account*.
- Krig, importrestriktioner etc.
  - også arbejdskonflikt? (ikke altid; skriv derfor egen klausul!).
- Generelt: kræver "et isbjerg i Storebælt – i juli måned".

4.12. Udelukkelse af misligholdelse – hardshipklausul

- Uforholdsmæssig vanskelighed.
- Uncitral 1988 …
  - "*a change … that causes serious adverse economic consequences to a party*";
  - ICC Publication No. 650/2003 – klausuler.
- Blød *hardship* – skal blot genforhandle …
  - fx i samarbejdsaftale, direktørkontrakt;
  - ansvarsfrit at afvise at forhandle? (nej, vil ofte være illoyalt).
- Hård *hardship* – løsning skal findes …
  - voldgift – "billighedsafgørelse", VGL § 28, stk. 3;
  - forholdet til aftl. § 36 – *hardship* efterprøves først (specialregel).

4.13. Udelukkelse af misligholdelse – rekonstruktionsbehandling

- Hvis skyldneren kommer under rekonstruktion efter KL – kan dette udelukke muligheden for at afgive hæveerklæring, jf. KL § 12 o.
- Med rekonstruktørens (advokatens) samtykke …
  - kan skyldneren videreføre allerede indgåede, gensidigt bebyrdende aftaler …
  - selv om medkontrahenten ellers ville kunne hæve, jf. § 12 o, stk. 1, 1. pkt.
- Selv hvis medkontrahenten har afgivet hæveerklæring …
  - inden for de seneste 4 uger …
  - kan skyldneren alligevel videreføre aftalen …
  - og således overtrumfe hæveerklæringen, forudsat rekonstruktøren samtykker.
- Dette bortfald af en allerede afgivet hæveerklæring …
  - gælder dog ikke …
  - hvis medkontrahenten allerede har "disponeret i henhold til ophævelsen";
  - fx ved (i salgssituationen) at tage solgte genstande tilbage;
  - eller ved (i købssituationen) at foretage dækningskøb.
- Aftalen kan heller ikke videreføres …
  - hvis medkontrahenten "bortset fra rekonstruktionsbehandlingen havde adgang til at hæve aftalen …
  - af andre årsager end skyldnerens forsinkelse med egen ydelse", jf. § 12 o, stk. 2;
  - denne undtagelse gælder, uanset om medkontrahenten har nået at disponere eller ej;
  - dvs. hævebeføjelsen bevares, hvis der hæves pga. anden form for væsentlig misligholdelse end betalingsmisligholdelse.
- Licensaftaler med skyldneren som licenstager medfølger
  - dog ikke hvis det vil være urimeligt at gennemtvinge en overdragelse over for licensgiveren, fx:
    - hvis licensaftalen giver licenstageren adgang til licensgiverens erhvervshemmeligheder, eller
    - hvis erhververen konkurrerer med licensgiveren.
  - jf. *Birgit Liin* & *Chr. Bülow* i UfR 2012 B s. 300 ff.
    - de nævner, at overdragelsen sker uden høring af licensgiveren …
    - som derfor evt. må gribe til civil retssag hhv. forbud for at standse overdragelsen.

Kapitel 5

Pengekreditors beføjelser

5.1. Debitors pligter – et overblik

- Præstere rigtig ydelse, dvs. rette …
  - tid – aftalen eller gbl. § 5, stk. 1,
  - sted – aftalen eller gbl. § 3,
  - kvantitet – aftalen eller kbl. § 5 (evt. analogt),
  - kvalitet – aftalen eller gbl. § 7.
- Også betale renter?
  - ja, hvis aftalt kreditrente;
  - ellers fra forfald – RtL § 3, stk. 1;
  - ellers fra anmodning + 30 dg. – RtL § 3, stk. 2;
  - ellers fra sagsanlæg – RtL § 3, stk. 4.
- Løbedage ud over forfaldsdagen?
  - eller gbl. § 5, stk. 3 – juni og december termin;
  - pantebrevsformularen – alle terminer;
  - aftale i øvrigt.
- Er påkrav nødvendigt?
  - Ho.: nej, D skal selv tage initiativet;
  - U-1: anfordringsgæld – gbl. § 5, stk. 1;
  - U-2: forsikringspræmier – FAL § 12, stk. 1 (21 dage);
  - U-3: aftale om påkrav.

5.2. Kreditors beføjelser – et overblik

- Standse sin ydelse – fx salgsgenstand.
- Hæve – fx salg eller lån.
- Fastholde – dvs. inddrive kravet og erlægge sin ydelse.
- Erstatning
  - penge er genus, dvs. strengt ansvar;
  - men ikke erstatning for mistet forretningsmulighed, for "pengemangel diskulperer ikke";
  - dvs. kun erstatning for renter, gebyrer mv.

- Hvilke krav taler vi fx om?
- Krav, hvor gensidigheden fortsat er til stede – dvs. at der fortsat kan hæves
  - leje – bruger stadig det lejede;
  - leasing – bruger stadig genstanden;
  - løn – er stadig ansat;
  - lån – lånet løber fortsat;
  - levering (varer, tjenesteydelser) – levering ikke sket, men betaling skulle være sket.
- Krav, hvor gensidigheden er væk
  - fakturakrav – levering er sket;
  - lån – som er opsagt;
  - leje, leasing, ansættelse – som er ophørt;
  - erstatningskrav – i eller uden for kontrakt.

5.3. Grundsætninger om penge

- Pengemangel diskulperer som nævnt ikke
  - debitor D kan ikke undskylde manglende/forsinket betaling med Ds egen pengemangel
  - kreditor K kan ved forsinkelse fra D med betalingen ikke kræve erstatning for mistede forretningsmuligheder, som K skulle have brugt pengene fra D til at finansiere
  - U: grove tilfælde – *UfR 1996.120 SH (Danske Bank og Helsinges borgmester Claus Lange)*.
- Debitor bærer forsinkelsesrisikoen og forsendelsesrisikoen
  - U: KAL § 25, TL § 42 a, LL § 32, stk. 3.
- Kreditor har ikke pligt til at modtage del-betaling
  - U: aftale.
- "Pengereglen"
  - penge modtaget i god tro kan normalt beholdes;
  - fra umyndig, fra tyveri etc.;
  - *UfR 2004.1626 V (bankoverførsel hidrørende fra underslæb)*;
  - svarer til gbl. § 14 om vildfarent ihændehavergældsbrev (som der dog i praksis ikke findes mange af længere).
- Penge er genus
  - dvs. pengeydelsen skal præsteres;
  - enhver ikke-opfyldelse er misligholdelse (og oftest væsentlig);
  - U: *force majeure* – generel finansstrejke, generelt systemnedbrud, embargo mv.
- D må finde sig i ændret betalingssted (i samme land) – gbl. § 3, stk. 2
  - U: væsentlig ulempe.

- D må finde sig i transport til K2 – og dermed ny K at betale til
  - legitimationsreglen i gbl. § 29;
  - ignorerer D transporten, må han betale igen – *UfR 1990.630 H (rejsebureauet og det amerikanske flyselskab)*;
  - U: negligeringsreglen – princippet bag rpl. § 511, stk. 3.

5.4. Hvornår er pengemisligholdelse væsentlig?

- Det korte svar (ud fra baggrundsretten):
  - "Når indgribende betydning for kreditor".
- Køberetten: hæve
  - U: uvæsentlig (kbl. § 28, CISG artikel 64).
- Præcisering gennem aftale: nærmere herom nedenfor.
- Præcisering gennem lovregel: LL § 93, stk. 2
  - "pligtig pengeydelse";
  - U: uvæsentlig betydning, LL § 94, stk. 1 …
  - forum: fogedretten;
  - plads til subjektive hensyn;
  - *UfR 2006.1864 H*: a-bolig; gentagne restancer; nu 3.751 kr.; ekstra frist givet; psykisk syg; værge betalt; foged: ej udsætte; ØL (2-1): udsætte; HR: ej udsætte. – Hvad sker der under kæremålet?
  - *UfR 2012.2041 H:* a-bolig igen; lovens 14-dages regel kan gyldigt erstattes af en 3-dages regel i vedtægterne (ikke urimelig – loven sagde tidligere også: 3 dage).
- Præcisering gennem lovregel: KAL § 29
  - kreditkøb med ejendomsforbehold;
  - forum: fogedretten;
  - 30 dg.; restance 10 % (5% hvis flere afdrag eller restbeløb).
- CISG artikel 25 – en definition, der siger det hele:
  - En parts misligholdelse er væsentlig, hvis den medfører en sådan ulempe for den anden part, at den i betydelig grad berøver ham for ("… *substantially to deprive him of* …"), hvad han i henhold til aftalen er berettiget til at forvente, medmindre den misligholdende part ikke forudså – og en fornuftig person i samme situation og under tilsvarende omstændigheder ikke ville have forudset – et sådant resultat.
- Prøv at dissekere CISG-reglen
  - misligholdelse (= kontraktbrud) – *a breach of contract*;
  - ulempe for modparten – *detriment to the other party*;
  - smh. med berettiget forventning i.h.t. kontrakten – *what he is entitled to expect under the contract*;
  - medmindre det ikke var kendeligt for den misligholdende – *unless the party in breach did not foresee … and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen …*

- bemærk, hvad vej undtagelsen (bevisbyrden) vender;
- bemærk *bonus-pater*-figuren!

Aftalen kan definere noget som væsentlig misligholdelse …
- endog uden at kalde det "misligholdelse";
- pantebrevsformularen: "kapitalen kan forlanges indfriet, hvis …";
- banklån med aftale om fx 25% overvækning i sikkerhedsdepot;
- fusionsklausul (*merger clause*) i låneaftale mv.

Husk, hvad der ligeledes kan aftales:
- påkrav skal gives af K (baggrundsretten: nej);
- løbedage (baggrundsretten: kun gbl. § 5, stk. 3);
- efterfrist *ad modum* TL § 42 a, stk. 2 (baggrundretten: nej).

5.5. Deponering

Vigtig sondring:
- deponering ifølge aftale: udbetaling ved ejendomskøb; depositum i lejeforhold, LL § 34, stk. 1 (max. 3 mdr. leje i boliglejemål);
  ↬ hvornår frigives det deponerede?
- deponering i stedet for betaling: dep.loven.

Man kan ikke vilkårligt "deponere", hvis man er uenig i modpartens standpunkt …
- hvis man erkender en del, hvorfor bør man da betale denne del?

Deponeringsloven er udtømmende.

Deponeringslovens § 1, stk. 1-2 (udtømmende)
- fordringshavermora eller
- uforskyldt tvivl hos D om rette kreditor (deponering fjerner standpunktsrisiko fra D).

Kun hos autoriseret bank, § 6.

Krav til deponeringsskrivelsen, nærmere i § 3.

Banken efterprøver ikke, om deponering er berettiget.

"… anses, som om han havde opfyldt".

Rette kreditor: forlig eller dom, § 4, stk. 2.

5.6. Særlig offentligretlig deponeringsregel – ansvar for tidligere selskabs-tab

Moms og andre afgifter, opkrævningslovens § 11.

Fire gange restance inden for seneste 12 afregningsperioder, og nu restance over 25.000 kr. …
- eller: Ejer, leder, bestyrelsesmedlem mv. har inden for seneste 5 år været med til sammenbrud, der kostede SKAT over 50.000 kr.

- Så: deponere restance + 3 mdr. gennemsnitligt tilsvar inden 8 dage.
- Deponering freder for udlæg og konkursbegæring …
  - men ikke for modregning, fx i negativt momstilsvar, jf. SKAT-meddelelse i TfS 2006 s. 589.
- Hvis deponering undlades
  - registrering inddrages;
  - dvs. virksomhed må standse (+ personlig hæftelse for alt).

5.7. Renter og gebyrer – kreditrente

- Skal som Ho. blot betale hovedstolen, ikke renter
  - U-1: kreditrente;
  - U-2: morarente.
- Rente for en aftalt kredit
  - fast rente, fx realkredit;
  - variabel rente, fx bank eller realkredit;
  - kan kobles på LIBOR, CIBOR eller Nationalbankens udlånsrente (+ et spread, fx 1,5 %-points);
  - hvem må selv bestemme variationen? KAL § 15, stk. 2;
  - må variationen være "vilkårlig"? *UfR 1999.633 SH (Forbrugerombudsmanden mod Danske Bank)*.
- Rente for en énsidigt tiltaget kredit, *UfR 1981.221 H*.

5.8. Renter og gebyrer – morarente

- Sædvane har forrang for RtL, § 1, stk. 4
  - dvs. hvis særlig kutyme kan påvises;
  - hvilke brancher? korn- og foderstof mv. (risikobrancher).
- Forfaldsdag fastlagt i forvejen: fra denne, § 3, stk. 1.
- Betalingsanmodning + 30 dage, § 3, stk. 2 (faktura).
- Ellers: Fra sagsanlæg, § 3, stk. 4
  - U: særlige forhold, dvs. retten kan styre tidspunktet, § 3, stk. 5.
- Renter omfattes af forhandlingsmaksimen, rpl. § 338, dvs. rente kun efter påstand (og højst med den påståede sats).
- Særregel i FAL § 24: 14 dg. efter at forsikringsselskabet har alle relevante oplysninger (evt. aconto).

5.9. Renter og gebyrer – rentesatsen

- Kreditrente
  - som aftalt (fast el. variabel);
  - U: urimelig, KAL § 22 – *UfR 1987.699 V (studielån)*.

- Morarente
  - forbruger: Nationalbankens udlånsrente + 7 %-points, RtL § 5 (præceptiv, § 7);
  - erhverv: aftalefrihed (ellers som RtL § 5);
  - også her: evt. sædvane.
- Rentes-rente?
  - kreditrente: ja – pga. periodisk tilskrivning;
  - morarente: nej (uanset evt. langt tidsrum).

5.10. Gebyr og provision

- Kræver hjemmel – aftale, kutyme eller lov
  - K's rykningspåtegning på tinglyst pantebrev – gebyr kræver aftale, *UfR 2003.1581 H*.
- Bank, realkredit, stormagasin, tv-forretning
  - stiftelsesprovision, løbende provision;
  - skal oplyses, jf. KAL § 13 (direktivstyret).
- Kutyme – nogle brancher.
- Hvis D er i restance – fire typer omkostninger
  - rykkergebyr – 100 kr., 3 gange, 10 dg. mellemrum, RtL § 9 b, stk. 2;
  - inkassogebyr – 100 kr., én gang, § 9 b, stk. 3;
  - inkassosalær – advokater mv.;
  - sagsomkostninger – rpl. § 312, stk. 1.

5.11. Hvordan får kreditor sine penge? – hvis der *er* tinglig sikkerhed

- Underpant – fast ejendom, bil, virksomhedspant
  - udlæg + tvangsauktion, rpl. kap. 50-51.
- Håndpant – værdipapir, maleri
  - Ho.: tvangsauktion uden udlæg;
  - U-1: børs/AMP-papirer, u/h-salg, rpl. § 538 a, stk. 1, nr. 2;
  - U-2: u/h-salg aftalt (loyalitetspligt iagttages!);
  - pas altid på § 538 a, stk. 2: 1-uges-frist til D.
- Ejendomsforbehold
  - umiddelbar fogedforretning, KAL § 36 + rpl. § 596;
  - +udlæg for evt. restbeløb.
- Ejendomsret, fx leasing
  - umiddelbar fogedforretning, rpl. § 596;
  - +sagsanlæg, dom og udlæg for tilgodehavendet.

5.12. Hvordan får kreditor sine penge? – hvis der ikke er tinglig sikkerhed

- Dvs. der er kun det obligationsretlige krav, ingen tinglig sikkerhed derudover.
- Andre hæfter
  - privat kautionist;
  - bankgaranti (= kaution fra en bank);
  - tabskaution, simpel kaution, selvskyldnerkaution.
- Kun D selv hæfter
  - skelne mellem, om kravet bestrides eller ej;
  - dvs. om +/- tvist.
- Kravet bestrides **ikke**
  - højst 100.000 kr.: betalingspåkrav, direkte i fogedretten, rpl. § 477 a;
  - hvis derover: anlæg af civil retssag (byret), dom, udlæg, tvangsauktion;
  - lønindeholdelse for privat gæld? nej (men reform har været på vej – meget længe).
- Særligt fundament (sparer sagsanlæg og dom)
  - gældsbrev med fuldbyrdelsesklausul, § 478, stk. 1, nr. 5;
  - også medunderskrivende selvskyldnerkautionist, § 478, stk. 4;
  - pantebrev, direkte udlæg, rpl. § 478, stk. 1, nr. 6.
- Kravet **bestrides**
  - civil retssag + udlæg;
  - hvis højst 50.000 kr. (eller aftalt småsagsproces): småsagsproces, rpl. § 400 (derefter: dom, udlæg og tvangsauktion).

Kapitel 6

Misligholdelse – hvad kan der aftales?

6.1. Klausuler om misligholdelse – hvordan skal vi afgrænse dem?

- To hovedgrupper
  - direkte om misligholdelse;
  - indirekte om misligholdelse – nemlig ved at definere ydelsen;
  - i endnu videre forstand: klausuler om lovvalg, værneting og voldgift;
  - i dette afsnit: koncentreres om misligholdelse i snæver forstand, dvs. "direkte om misligholdelse".

6.2. Klausulen skal være aftalt

- En klausul om misligholdelse skal være **aftalt** – her grupperet efter juridisk holdbarhed:
  - individuelt forhandlede vilkår;
  - standardvilkår (med henvisning);
    - afbalancerede, fx agreed documents, fx AB 92;
    - brancheudarbejdede, men fornuftige, fx NSAB (*pakhusbranden!*), NL 01, NLM, Orgalime S1000;
    - egne standardvilkår – fremhævet;
    - egne standard – ikke fremhævet.
  - forbruger:
    - aftl. § 38 b, stk. 1: uforhandlet vilkår fortolkes mod affatteren; *in dubio, contra stipulatorem* (= i tvivl: fortolkning mod affatteren, dvs. "uklarhedsreglen");
    - men hvor langt rækker uklarhedsreglen? den har kun denne relativt begrænsede rækkevidde: uforhandlede vilkår.

6.3. Hvornår er standardvilkår vedtaget?

- Vedtagelse kræves – jf. *UfR 1995.856 H (pakhusbranden)*.
- Vilkårene fulgte med et tilbud: er vedtaget.
- Vilkårene fulgte med en ordrebekræftelse: er vedtaget (når køberen er passiv).

- Vilkårene fulgte med en faktura: er ikke vedtaget.
- Hvis begge parter henviser til egne standardvilkår
  - *the battle of forms – who wins the battle?*
  - løsning 1: *He who fires the first shot*;
  - løsning 2: *He who fires the last shot* – CISG artikel 19, stk. 2, men ikke gældende i Danmark;
  - *knock-out* modellen? – de ophæver hinanden – og baggrundsretten gælder.

6.4. Overblik over de juridiske instrumenter

- Fælles karakteristika:
  - forbedrer eller forringer retsstillingen i forhold til baggrundsretten (som dermed fraviges);
  - kan bruges i mange typer af kontrakter.
- Garanti ("partsgaranti") – i K's interesse.
- Ansvarsfraskrivelse – i S' interesse.
- Konventionalbod – kan etableres i begges interesse (ofte dog i K's, fx ved virksomhedskøb).
- Længere frister, fx ad reklamation – i K's interesse.
- *Cut-off* – S' interesse.
- I det følgende – fokus på tre af beføjelserne: Garanti, fraskrivelse og bod.

6.5. Nogle indledende undersøgelser af klausulen – gyldighed og lovvalg

- Klausulen kan konkret blive ugyldig.
- Første test – er den overhovedet vedtaget? jf. ovenfor.
- Næste test – er den konkret urimelig?
  - dvs. aftl. § 36, fx en helt eksorbitant bod;
  - ikke korrekt at sige, at § 36 slet ikke kan bruges mellem erhvervsdrivende;
  - se fx *UfR 1998.281 H (BYG og Danske Malermestre)* – fusionsklausul konkret tilsidesat.
- Lovvalget – tjek allerførst, om klausulen overhovedet skal bedømmes efter dansk ret
  - norsk hvervgiver, dansk entreprenør, dansk underentreprenør (bod), *UfR 2008.2665 V* – hvilket lands lov? (ville det *in casu* i øvrigt have gjort nogen væsentlig forskel?).

6.6. Garanti

- Dette er en partsgaranti – modsat: tredjemandsgaranti (= kaution)
  - partsgaranti – man indestår for egen ydelse;
  - tredjemandsgaranti – man indestår for en andens ydelse.
- Partsgarantien giver normalt modtageren bedre retsstilling end baggrundsretten
  - partsgaranti til en forbruger …
  - ordet "garanti" må kun bruges, hvis forbrugeren bliver væsentligt bedre stillet end ellers, jf. MfL § 12, stk. 1;
  - typeområde: vil også hæfte for efterflg. mangler (modsat kbl. § 44, der kun omfatter oprindelige mangler).
- Partsgarantien kræver meget klare ord
  - "garanterer", "indestår", "tilsikrer", "erklærer";
  - "Indestår for, at den solgte ejendoms tag er tæt", "Indestår for, at det solgte programmel er kompatibelt med K's egne it-systemer";
  - også ordet "erklærer …" kan e.o. være nok til en garanti;
    - jf. fx *UfR 2011.3342 H (ejendomskøberens advokats brev)*, der ansås som et tillæg til købsaftalen:
      - "… en erklæring om, at alle VVS-installationer er udført fagmæssigt korrekt …"
- Pas på ordene: "… ham bekendt …"
  - de ændrer garantiens karakter …
  - fra at være en objektiv indeståelse (uafhængig af, om culpa hos S eller ej) …
  - til kun at være en faktuel oplysning (som kun udløser erstatning, hvis S vidste eller burde vide noget andet) …
  - kort sagt: dermed er det ikke længere nogen garanti!
- Garanti ved virksomhedssalg (APA = *asset purchase agreement* eller majoritetssalg (SPA = *share purchase agreement*) – garanterer fx …
  - at … verserende retssag eller miljøsag max. vil koste …;
  - at det solgte selskabs egenkapital er mindst …;
  - at alle aftaler med medkontrahenter er lovlige (fx konkurrenceretligt).
- Eller der er foretaget en *due diligence* (DD) – dvs. en aftalt, systematisk undersøgelse af virksomheden (en udvidelse af K's undersøgelses-"pligt" efter kbl. § 47) …
  - og ved denne DD er der fundet noget for den potentielle K uacceptabelt, fx risiko ved afgivne garantier, miljøsager etc.;
  - S afparerer nu K's tilbagetræden ved at indestå.
- Et SPA-eksempel – *UfR 2009.1598 H*
  - dødsboet efter fabrikant Erik Roug sælger Herning Beholderfabrik A/S (en SPA);
  - boet som sælger indestod for …
  - "at selskabet ikke var part i nogen sag for domstole, kommissioner, nævn, offentlige myndigheder eller lignende", og …

- at "selskabets virksomhed i øvrigt er i overensstemmelse med gældende lovgivning i enhver henseende, herunder – men ikke begrænset til – pris-, monopol- og arbejderbeskyttelseslove";
- Arbejdstilsynet konstaterede nu støvproblemer – var der garanteret herimod?

Tjenesteydelse – "kun" en bestræbelsespligt (dvs. pligt til *best effort*)

- modsat salg af en genstand – her indestås der jo objektivt for, at den leveres (eftersom S bærer risikoen indtil leveringen);
- anderledes ved en tjenesteydelse – vil her gøre det så godt som muligt …
- men lover ikke noget bestemt resultat (U: reparation, renovering etc. – her skal det aftalte resultat opnås);
- tjenesteyderen har kun en resultatpligt, hvis der er indestået for et bestemt resultat;
- fx *UfR 1995.545 Ø (omprioriteringssagen)* (=Næstvedsagen) – bankens oplysning om et bestemt provenu efter omprioritering var ikke en indeståelse;
- eller *UfR 2002.2578 Ø (togvognssagen)* – Ernst & Young indestod ikke for fradragsretten (og denne blev nægtet ved en leading case, *UfR 2001.556 H (Cargolux)*).

Garanti kan skabes pr. lovregel – såkaldt "legal tilsikring"

- vanhjemmel (= en lovhjemlet, automatisk garanti)
  - sælger varer – indestår for, at ejendomsret og ubehæftet, kbl. § 59, CISG artikel 41;
  - sælger et tilgodehavende – indestår for, at fordringen består, gbl. § 9 (*nomen esse verum*);
  - også uden for lovreguleringen følger det af alm. obligationsretlige principper, at man indestår for eksistensen af den ret, man sælger, jf. fx *UfR 2012.2081 H* (salg af leasingkontrakt; leasede softwarelicenser fandtes ikke);
  - men "forståelse" for "hårdheden" i automatiske indeståelser kan evt. vises via erstatningsudmålingen (der evt. kan nedrundes) – den solgte rørledning til optiske fibre, *UfR 2008.2772 H*.
- ejendomsformidlers hæftelse for bestemte oplysninger (= en lovhjemlet, automatisk garanti), ejendomsformidlingslovens § 24
  - indeståelse til køber: størrelsen af årlig ydelse efter købet skal være som angivet i salgsopstilling;
  - til sælger: størrelsen af provenu ved salget;
  - selv ved en fejl i den elektroniske kursliste, som mægleren ikke kendte eller burde kende, gælder den automatiske indeståelse, jf. *UfR 1997.488 V* (hvad med mæglerens regres mod operatøren af kurslisten? rammes af ansvarsfraskrivelse, jf. nedenfor).

6.7. Ansvarsfraskrivelse og ansvarsbegrænsning

- Giver normalt den anden part en ringere retsstilling end baggrundsretten.
- Som udgangspunkt gyldig.
- Følgende er det dog **ikke** muligt at fraskrive sig:
  - 2-års reglen i forbrugerkøb, kbl. § 83;
  - pligt til at iagttage "god skik" hos professionel (advokat, mægler, revisor, bank);
  - total fraskrivelse (U: dødsbos og videresælgende tvangsauktionskøbers fraskrivelse);
  - vanhjemmel (retsmangler) – T's ejendomsret, ejendomsforbehold, pant;
  - forsæt – jf. sagen om ejendommens vandforsyning, *UfR 2009.1636 V*;
  - den muligvis forurenede ejendom, *UfR 2010.556 H*.
- Følgende fraskrivelser er normalt holdbare
  - en saglig, klar fraskrivelse om noget, som K kan overskue;
  - videregående tab: driftstab (*consequential loss*);
  - K frafalder hævebeføjelse og erstatning …
    - mod at S har afhjælpningspligt;
    - U: afhjælpning mislykkes – K's beføjelser genopvågner.
  - ansvarsbegrænsning hos transportør, flyselskab mv., beregnet som SDR (á 1,3 USD);
  - K's efterfølgende frafald – pga. forhandlingsmaksimen, rpl. § 338 (dvs. ved at undlade at påberåbe sig nogle af S' pligter).
- Eksempel – en banks kreditoplysning
  - banker afgiver ofte kreditoplysninger (= soliditetsoplysninger);
  - fx når man overvejer at handle med (og give kredit til) en ny kunde;
  - udformes ret rutinemæssigt: "Om god for kredit stor kr. …?";
  - har ofte en indbygget ansvarsfraskrivelse ("Afgivet uden ansvar for banken");
  - hvad er virkningen heraf?
  - gør det nogen forskel, om fraskrivelsen er så brev og generel som her, eller om den retter sig mod specifikke forhold (som banken mangler viden om)?
- Også rådgiveren (og andre professionelle) kan i rimeligt omfang begrænse deres ansvar gennem klar aftale
  - fx således at der kun hæftes i det omfang, en (rimelig!) ansvarsforsikringsdækning rækker;
  - og således at ansvar for indirekte tab er fraskrevet;
  - jf. *Carsten Munk-Hansen* i UfR 2011 B s. 21 ff.

6.8. Konventionalbod

- Begreb – standardiseret erstatning for en parts misligholdelse.
- Nogle typeområder
  - virksomhedssalg (= APA, *asset purchase agreement*) – konkurrenceklausul for S + bod ved overtrædelse;
  - majoritetssalg, dvs. et selskab sælges (= SPA, *share purchase agreement*) – konkurrenceklausul for S + bod ved overtrædelse;
  - tavshedserklæring under forhandling – helgarderes med bestemmelse om bod (sikrer "S" mod *culpa in contrahendo* fra "K");
  - forsinkelse med levering eller entreprise – NLM, AB 92 etc.;
  - ejeraftale (= aktionæroverenskomst, anpartshaveroverenskomst) – fx ved salg i strid med de andres forkøbsret, ved aftalestridig stemmeafgivning etc.
- Bodens angivelse
  - et absolut beløb, fx 500.000 kr. (pr. overtrædelse);
  - eller pct. af salgs- henholdsvis entreprisesum (evt. pr. dag/uge).
- Udbakningsmulighed?
  - ofte er boden formuleret som alt eller intet – dvs. overtrædelse (ofte tilmed: "ved enhver overtrædelse …") udløser den fulde bod;
  - kunne dog evt. formuleres med en udbakningsmulighed:
    - "Kan det forhold, der påberåbes som bodsudløsende, berigtiges, …
    - skal der gives den bodsforpligtede en efter omstændighederne rimelig frist hertil" …
    - "… Sker berigtigelse inden for fristen, bortfalder boden" (alternativt: "… reduceres boden til 25.000 kr.");
    - en udbakningsregel vil ofte gøre boden nemmere at få igennem under en forhandling.
- Anfægtelsesmuligheder – den bodsforpligtede vil ofte søge at anfægte boden, og dette kan ske fra forskellige vinkler:
  - "Den bodssanktionerede pligt er ugyldig", fx ved konkurrenceklausul i en APA/SPA …
    - aftl. § 38, stk. 1 – udstrækning i tid, geografisk etc.;
    - KKL § 6 – konkurrencebegrænsning.
  - "Den bodssanktionerede pligt er ikke krænket" …
    - dyrlægen med ny ansættelse, *UfR 2009.830 V (illoyal handlemåde).*
  - "Den bodsberettigede har selv misligholdt" …
    - vognmændenes klausul om ikke selv at køre for UPS, *UfR 2009.2800 SH*;
    - fik ikke 1 måneds, men kun 2 dages opsigelse;
    - klausul og bod 250.000 kr. pr. vognmand derfor bortfaldet.
- "Boden er urimeligt stor"
  - fortrød bilkøb – 10 pct. bod, *UfR 2002.706 H*, ikke holdbar;
  - men: underentreprenørens kundeklausul – bod på 1.000.000 kr., *UfR 2008.2665 V*; holdbar.

Kapitel 7

Direkte krav – skyldforholds tredjemandsvirkning

7.1. Udgangspunktet: aftalens partsrelativitet

- Det siges med rette: "Aftalen er vores vigtigste retskilde".
- Korrekt, men …
  - den gælder jo til gengæld kun mellem parterne;
  - den er "partsrelativ";
  - den har ingen tredjemandsvirkning (T-virkning);
  - dvs. den skaber hverken ret eller pligt for T.
- A og B kan sagtens indbyrdes aftale ret for T …
  - men dette skaber ikke ret for T;
  - det er "kun" et uegentligt T-løfte;
  - klassikeren: *UfR 1959.751 Ø (det opmagasinerede indbo)*, "Politiet holder indboet forsikret" – var kun et uegentligt T-løfte; bandt ikke politiet i forhold til indboets ejer (= den udsatte lejer);
  - eller: A lover D at ville kautionere for D's gæld til banken B …
    - men løftet skaber ikke ret for banken – uegentligt T-løfte;
    - hvad hvis D til B overdrager (transporterer) løftet fra A? så får B ikke bedre ret over for A, end A har, jf. princippet bag gbl. § 27 …
    - dvs. en meget uhensigtsmæssig form for kaution. Hvad skal der til, for at T kan støtte ret på andres aftale mv.?
- Der er forskellige muligheder – jf. straks nedenfor.
- Et løfte over for T – dvs. et egentligt T-løfte.
- En lovregel, der skaber T-virkning.
- En cessionsvirkning (cession = overdragelse)
  - overdragelse fra S til K1 til K2;
  - kan et evt. krav mod S følge med til K2?
  - hvis ja, får K2 ikke bedre ret mod S, end K1 havde, jf. princippet bag gbl. § 27.

- En retsbrudsvirkning
  - S begik et "kvalificeret retsbrud" da han bragte tingen, ejendommen mv. i omsætning;
  - et sådant retsbrud kan også påberåbes af andre end hans direkte medkontrakt (K1) …
  - her således også af K2.
- Mellemfacit: tre mulige (klassiske) retsgrunde – lov, løfte, culpa
  - lov – loven hjemler en T-virkning;
  - løfte – løftet er givet (også) til T;
  - culpa – retsbruddet kan påberåbes af T (når det er kvalificeret).

7.2. Egentligt tredjemandsløfte

- Skaber direkte ret for T – som jo er løftemodtager.
- Klassikeren – *UfR 1923.682 Ø ("Aftenpostens" juleindsamling)*, "Enke med 7 børn" – egentligt T-løfte.
- Ejerskifteklausul i privat pantebrev – modsat realkreditpantebrev
  - er et løfte (til enhver) om, at en køber af ejendommen kan indtræde som ny debitor, D2 – dvs. et egentligt T-løfte;
  - hvis der er en sådan klausul: TL § 39 angiver proceduren (underskrivelse af gældsovertagelsesdeklaration etc.) – men § 39 indeholder ikke et T-løfte i sig selv;
  - U: misbrug af ejerskifteklausul: 16 pct.-pantebrevet og bistandsmodtageren som D2, *UfR 1992.858 H* (illoyalt af D1 over for K);
  - klausulen kan være betinget – kreditgodkendelse af ny debitor, ikke et ApS (U: kaution fra ejer) etc.
- Ejeraftale med konkurrenceklausul over for en udtrædende aktionær
  - kan påberåbes af selskabet (= T) – dvs. et egentligt T-løfte;
  - *VLK af 6. oktober 1993, j.nr. VLB 1925-27/1993*;
  - selskabet kunne derfor få nedlagt fogedforbud;
  - selskabslovens § 82 ("Ejeraftaler har ingen bindende virkning for selskabet") gør ingen forskel i denne henseende.
- Entrepriseaftale med vedtagelse af AB 92
  - bygherren B har i så fald ikke blot et krav mod sin entreprenør E;
  - men også et direkte krav mod E's underentreprenør U;
  - dog kun som et subsidiært krav, AB 92 § 5, stk. 5 (skal først prøve hos E);
  - AB 92 skal (naturligvis) være vedtaget af U, jf. *UfR 2010.365 V (Bøjden Strand Feriepark)*.
- Garanti udstedt til "enhver"
  - fx en vognmands bankgaranti (som er betingelse for køretilladelsen);
  - kan påberåbes ("kaldes" = *call*) af enhver, der lider tab – dvs. et egentligt T-løfte;

- hvis vognmanden går konkurs, og garantien ikke allerede er kaldt, overgår retten til at kalde den til konkursboet.

Kollektiv overenskomst + ansættelseskontrakt
- kollektiv overenskomst mellem en arbejdsgiver og en fagforening;
- skal af arbejdsgiveren anvendes på alle lønmodtagere, der arbejder inden for overenskomstens område …
- også selv om de ikke er medlemmer af fagforeningen (= udenforstående);
- udenforstående lønmodtagere er ikke direkte berettigede efter overenskomsten …
- men ofte henvises der til den i deres kontrakt …
- og der er tilmed en formodning for, at alle arbejdsgiverens ansættelseskontrakter indgås på overenskomstvilkår, *UfR 2005.3332 H*.

Ansættelsesretligt EU-direktiv kan gennemføres via overenskomst, jf. artikel 153, stk. 3 TEUF …
- dvs. overlader det til arbejdsmarkedet parter gennem overenskomst at gennemføre direktivet;
- betingelser i overenskomsten binder da også den udenforstående (ret og pligt hænger sammen);
- *UfR 2009.1845 SH (ansættelsesbevis)*, 15 dage til at rette fejl fra arbejdsgiveren; i så fald: ingen godtgørelse.

7.3. Lovregel om tredjemandsvirkning – visse forsikringer

Tingsforsikring – gælder automatisk også til fordel for panthavere mv., jf. FAL § 54.

Ansvarsforsikring – gælder automatisk også til fordel for skadelidte, jf. FAL § 95 …
- dog først når kravet mod forsikringstageren er fastslået;
- dvs. ikke et direkte krav mod forsikringsselskabet (misforstås af mange);
- kan derfor ikke sagsøge selskabet, før erstatningskravet er fastslået (U: realitetsforhandling fra selskabets side uden forbehold, jf. *UfR 2013.36 Ø*);
- i nogle tilfælde styrker loven dog skadelidtes retsstilling – og skaber et direkte krav mod selskabet:
  - hvis forsikringstageren er insolvent (thi ellers skal skadelidte dele erstatningen fra selskabet dele med hans bo), jf. FAL § 95, stk. 2 (indsat i 2003 efter *UfR 2001.1285 H*);
  - motoransvar, jf. færdselslovens § 108;
  - hundeansvar, jf. hundelovens § 8, stk. 2;
  - hvis policen siger: direkte krav (således fx advokater fra 2006);
  - hvis en retssag mod forsikringstageren reelt er umulig, jf. *UfR 2007.371 H* – død, og proklama udløbet, og *UfR 2007.20 Ø* – sagsøgt og U-dom (bygningssagkyndigs fejlbehæftede tilstandsrapport).

7.4. Cessionsvirkning – springende regres via cession

- Gælder fx, når kravet (mod S) følger tingen;
  - dvs. overdrages tingen, så overdrages også kravet mod S.
- Hvornår følger kravet så tingen? – retstilstanden ikke fuldt afklaret
  - varegaranti ved forbrugerkøb (må ikke udslukkes ved videresalg af tingen) – modsat civilkøb;
  - nogle producentgarantier, jf. deres ordlyd;
  - en bankgaranti til en bygherre for entreprenørens 5-årige forpligtelser, hvor ejendommen i garantiperioden er blevet solgt videre, jf. *UfR 2015.3845 H (A/B-foreningen Dokhuset)* – lægger vægt på, at et videresalg var påregneligt
  - ved kostbare ting – ejendom (jf. nedenfor), skib, fly, maskine.
- Men cessionsvirkningen skaber "kun" et afledet krav – jf. princippet bag gbl. § 27 …
  - dvs. K2 får ikke bedre ret mod S, end K1 havde;
  - Højesteret erindrer herom i fx *UfR 2015.3845 H (A/B-foreningen Dokhuset)*
  - dette gælder reklamation, forældelse etc.;
  - der skal være en ubrudt kæde af cession, jf. *UfR 1992.2 V*;
  - og S skal (naturligvis) kun betale én gang – dermed er kravet "konsumeret" (og ophørt);
  - praksis tegnes af:
    - professionelle fra byggebranchen: *UfR 1985.700 Ø*, *TBB 2003.301 V* og *UfR 1992.2 V*;
    - private selvbyggere eller professionelle fra byggebranchen: *UfR 1973.413 H*, *UfR 1995.484 H*, *UfR 2004.114 H*, *TBB 2003.302*, *TBB 2007.487 V* og *TBB 2010.125 V*;
    - alle nævnt hos *David Kjølby Larsen* & *Rasmus Claus Laugaard Pedersen* i Justitia 2014 nr. 1.
- Et yderligere praktisk eksempel – *UfR 2006.3150 H*
  - ejendommen med den kostbare vandindtrængning;
  - S sælger til K1 – købesum 1.800.000 kr.;
  - LFFE-loven bruges ikke i retsforholdet mellem S og K1, dvs. et alm. mangelansvar gælder;
  - K1 sælger til K2;
  - LFFE bruges i retsforholdet mellem K1 og K2 …
  - men K2 fravælger ejerskifteforsikring (og har derfor intet mangelkrav mod K1);
  - vandindtrængen – udbedring 186.000 kr.;
  - K2 havde springende regres (direkte krav) mod S;
  - dvs. ejendommen var bærer af kravet – kravet fulgte tingen/ejendommen.

7.5. Retsbrudsvirkning – springende regres via retsbrud

- Kræver grovhed/klarhed …
  - dvs. der skal "noget særligt til";
  - et "kvalificeret retsbrud" og
  - et større beløb på spil;
  - fejlen skal være kvalificeret, men ikke nødvendigvis grov uagtsomhed;
  - *David Kjølby Larsen* & *Rasmus Claus Laugaard Pedersen* i Justitia 2014 nr. 1 påviser en interessant tendens i retspraksis:
    - fejlen objektiveres …
    - dvs. en traditionel culpavurdering hos den ansvarlige …
    - afløses af en mere obj. vurdering af fejlen og dens alvor for køberen;
    - praksis tegnes af:
      - *UfR 1995.484 H*, *UfR 2000.471 V*, *UfR 2004.114 H*, *TBB 2003.302 V*, *TBB 2010.125 V* og *UfR 2012.2255 H*.

- En **privat**, der handler groft
  - selvbyggerens grove fejl, fx el-installation;
  - S' forsømte "loyale oplysningspligt" ad skjulte fejl.

- En professionel, der begår en ***klar* faglig fejl**
  - revisors regnskabsfejl (ÅRL § 12 – skal støtte brugerne i deres økonomiske beslutninger);
  - vindmøllefabrikantens forkerte kapacitetsberegninger, jf. *UfR 2012.2255 H (Vestas)* – en dom, der har "det hele":
    - V's beregninger var forkerte …
    - V vidste, at de skulle bruges af senere omsætningsled;
    - derfor: ansvar direkte over for det seneste omsætningsled, skønsmæssigt 0,5 mio. kr.;
    - V's ansvarsfraskrivelse over for V's 1. køber var uden betydning (thi direkte krav mod V);
    - det seneste omsætningsleds for sene reklamation over for sin sælger var ligeledes uden betydning;
    - også sælgeren var ansvarlig (thi prisafslag), skønsmæssigt 0,5 mio.;
    - både V og sælgeren derfor dømt over for seneste omsætningsled;
    - V og sælgeren krævede sig gensidigt friholdt (regres) af den anden …
    - og V blev dømt til at friholde ham – atter pga. den professionelle fejl;
    - dommen er næppe udtryk for en skærpelse i forhold til "klassikeren" *UfR 2004.114 H*, jf. *Allan Kvist-Kristensen* & *Henrik Rise Jensen* i UfR 2013 B s. 129 ff.
  - arkitektfirmaets forkerte byggetegninger, jf. *UfR 2015.3792 Ø (A/B-foreningen Sølunden)*:
    - arkitektfirma A bistod bygherren med opførelse af ejendom, der nu tilhørte a/b-foreningen
    - der var klare faglige fejl i tegningsmaterialet; førte til kostbare utætheder

- fejlen erkendtes af A, men ikke at den var "klar" (*UfR 1995.484 H*) eller "graverende" (*TBB 2004.149 Ø*)
- byretten dømte og brugte vendingen "… en klar professionel fejl af en sådan karakter, at A er direkte erstatningsansvarlig over for a/b-foreningen"
- men ØLR frifandt pga. forældelse …
- thi a/b-foreningen var bistået af egen arkitekt, B …
- som ved modtagelsen af tegningerne burde have indset fejlen
- dette svarede til burde-viden hos a/b-foreningen

- Kreditoplysning – normalt ingen retsbrudsvirkning
  - er formålsbestemt og adressat-bestemt;
  - derfor kun ansvar over for rekvirenten (som køber den hos banken og betaler for den);
  - *UfR 1994.818 H* – underentreprenør så en erklæring om bygherren B, men kunne ikke påberåbe sig den;
  - men: får man transport i kravet mod B, følger retten iflg. erklæringen med …
  - jf. cessionsvirkningen, jf. *UfR 1999.1969 H*.

- Retsbrudsvirkningen er i nyere litteratur anført til støtte for et ejer- og ledelsesansvar for et selskabs gæld …
  - dvs. at selv om det som Ho. kun er selskabet, der er forpligtet …
  - vil ejer/lederen også hæfte, hvis der er tale om et groft forhold eller klar faglig fejl;
  - jf. *Erik Werlauff* i UfR 2012 B s. 203 ff. og *Erik Werlauff*: Erstatning i selskabsforhold – ledelse, ejere, revisor, kap. 5.
  - eksempler:
    - *UfR 1999.326 Ø (Microsoft-krænkelsen)* (uden for kontrakt; groft forhold);
    - *UfR 2009.2269 V (flyttefirmaet)* (i kontrakt; groft forhold);
    - *UfR 2003.915 Ø (arkitektens tilsynssvigt)* (i kontrakt; klar faglig fejl), modsat *UfR 2016.1329 V (arkitekts projekteringssvigt)* – faglig fejl, men ikke klar faglig fejl; arkitekten derfor ikke personligt dømt efter hans selskabs sammenbrud.

7.6. Offentlige attester mv. – hvornår kan de få tredjemandsvirkning

- Hvilke attester mv.?
  - ibrugtagningstilladelse for fast ejendom, miljøkontrol, bilsyn (men nu privatiseret – dette kan gøre en forskel).

- Traditionelt udgangspunkt – intet ansvar
  - tjener et bestemt lovmæssigt formål;
  - er ikke noget kvalitetsstempel – og skaber derfor ingen T-virkning;

- klassisk dom: *UfR 1985.1061 H* (4-3) …
  - kommunal erklæring til brug for realkredit;
  - kommunen overså div. ulovligheder;
  - men dette gav ikke noget krav mod kommunen for en godtroende, tablidende køber.

U-1: Når attesten er **beregnet til salg**

- skema til ejendomsoplysning, *UfR 2003.199 V* …
  - kørte på dispensation ad brandlovgivning;
  - lovliggørelse meget kostbar.
- men *UfR 2009.571 V* – svarede "kommunevej" i stedet for "privat fællesvej" …
  - alligevel ingen erstatning, thi advarsel på bagside af skema (selv søge oplysninger uddybet etc.);
  - og ikke "egnet og sikker oplysningskilde" for køberen (!)

U-2: Når fejlen er meget **graverende**

- alvorlig rusttæring på bil, *UfR 1976.219 Ø* …
  - import af Audi; skrev 1989 i stedet for 1986 – forskel 24.000 kr., *UfR 2003.559 H* (4-3);
  - 4 dommere: påregneligt, Justitsmt. ansvarligt;
  - 3 dommere: attesten tjener "andre formål";
  - privatiseringen af bilsynet må indebære en ændret holdning til ansvarsspørgsmålet;
- alvorlig olieforurening overset i ejendomsskema, *UfR 2010.399 V (Mariagerfjord kommune)* …
  - købt for 815.000 kr., oprensning kostede 775.000 kr., skønsmæssigt tilkendt 250.000 kr. fra kommunen.

Husk dog allerførst: Har myndigheden overhovedet begået en fejl?

- hele diskussionen bygger jo på overvejelser om …
- hvorvidt myndigheden kan være ansvarsfri (fordi attesten mv. tjener rent offentligretlige formål);
- se den jordnære *UfR 2012.2991 H* om et ejendomsskema …
  - hvor der svaredes nej til, om der var "en igangværende miljøsag";
  - det var der ikke, idet en sag var sluttet 8 år før …
  - og kommunen havde ikke pligt til af egen drift at undersøge, om der var tidligere sager.

Kapitel 8

Ophørsmåder – overblik

8.1. Kreditor bliver fyldestgjort

- Gennem opfyldelse – den rigtige, aftalte ydelse! findes trods alt stadig – er formentlig endog den praktiske hovedregel!
- Gennem én eller anden form for surrogat
  - modregning – konneks eller ukonneks;
  - deponering – efter deponeringsloven;
  - en anden ydelse – *datio in solutum*;
  - en ny fordring – novation;
  - hvilke af disse surrogater kan kreditor K tvinges til at modtage?

8.2. Kreditor bliver ikke fyldestgjort

- Bortfald pga. for sen udøvelse/håndhævelse af K's ret
  - passivitet – uskrevne grundsætninger (normalt med udgangspunkt i en culpa-vurdering);
  - præklusion;
    - dødsbo (DSL § 83), gældssanering (KL § 208 b);
    - ikke konkurs, ikke likvidation af selskab.
  - forældelse – forældelsesloven 2007 (3 år, 10 år).
- Bortfald pga. eftergivelse – **frivillig** for K
  - familielån – eftergivelse *inter vivos*, dvs. ved gave;
  - familielån – eftergivelse *mortis causa*, dvs. ved testamente (eller blot ved modregning i arv);
  - koncernforhold – bortfald gennem tilskud mv.;
  - frivillig akkord – hjemmel: aftale + KL-analogier.
- Bortfald pga. eftergivelse – **tvungen** for K
  - gældssanering – KL §§ 197-237, 5 års indtægter i tælleren, gælden i nævneren;
  - tvangsakkord – KL §§ 157-196;
  - men ikke konkurs – KL § 156 (U: tvangsakkord eller gældssanering i konkurs).

Kapitel 9

Berigelses-grundsætningen

- Berigelsen er en 3. privatretlig retsgrund, dvs. grundlag for retskrav
  - aftalen – dvs. et løfte (*obligatio ex contractu*);
  - erstatning uden for kontrakt – dvs. et retsbrud (*obligatio ex delicto*);
  - berigelse (*obligatio ex lege*);
  - (og den 4. og sidste retsgrund er: offentligretlige krav – skat afgift, bøde, konfiskation).
- Berigelseskravet er ikke et erstatningskrav
  - erstatning fokuserer på skadelidtes tab (som skal erstattes);
  - berigelse fokuserer derimod på den berigedes vinding (som han evt. skal lægge fra sig).
- Berigelseskravet er heller ikke udslag af en aftale
  - og det er derfor, der retteligt er tre privatretlige retsgrunde (her med deres klassiske latinske betegnelser) …
    - aftale – *obligatio ex contractu*;
    - skyld (culpa) – *obligatio ex delicto*;
    - berigelse – *obligatio ex lege* (af: lex).
- Et praktisk eksempel – *UfR 2003.2607 Ø*
  - den nye motor i den leasede bus;
  - leaser en bus og bestiller en ny motor til den (som leasingtageren ikke betaler for);
  - værkstedet kræver pengene fra leasingselskabet;
  - principalt anbringende fra værkstedet: ejendomsforbehold i motoren – ØL: nej;
  - subsidiært anbringende: leasingselskabet er blevet beriget – ØL: enig; derfor betale!
  - hvis det subsidiære anbringende ikke havde været fremført, ville værkstedet have tabt sagen …
  - jf. civilprocessens forhandlingsmaksime (rpl. § 338) …
  - hvorefter kun påberåbte anbringender (her: berigelse) kan tages i betragtning.

- Endnu et praktisk eksempel – lejerens evt. ret til at fjerne egne installationer mv. i det lejede
  - typeeksempel: Lejeren L har indføjet forbedringer (skillevægge, gulve etc.) – må han tage dem med?
  - ja, ellers opnår udlejer U jo en ugrundet berigelse;
  - men der er et modsatrettet hensyn: L må ikke skade U's ejendom
  - derfor har L alligevel kun ret til at fjerne (= "*jus tollendi* …" = retten til at løfte væk) …
  - hvis det kan ske uden at skade det lejede ("… *sine læsione prioris status*" = uden skade på den oprindelige tilstand);
  - dette er en generel grundsætning …
    - udtrykt konkret i LL § 99, stk. 1 og ELL § 75, stk. 1;
    - "Forbedringer, som L har foretaget, må kun fjernes, når L bringer det lejede i den stand, hvori L overtog det" (rendyrket *jus tollendi*).
  - anderledes, hvor tredjemand har udlejet fx et alarmanlæg …
    - og i aftalen betinget sig jus tollendi uden at bekoste eller stille sikkerhed for reparation …
    - jf. *UfR 2012.2185/2 V (G4S' alarmanlæg)*.
- En opkrævning, der ikke bliver foretaget som aftalt
  - stærke lighedspunkter med *condictio indebiti*, jf. nedenfor …
  - eftersom det er samme bagved liggende berigelsesgrundsætning, der styrer begge …
  - uanset om der er betalt for lidt – og derfor kræves efterbetaling …
  - eller der er betalt for meget – og derfor kræves tilbagebetaling;
  - se fx *UfR 2011.868 V (lejerens vandforbrug)* …
    - L skulle iflg. lejekontrakten lade opsætte egen måler og selv afregne vandforbrug over for værket;
    - fik det ikke gjort – og gennem 3 år betalte U derfor reelt L's forbrug;
    - U opdagede det og krævede refusion;
    - boligret: nej, thi U burde have udarbejdet forbrugsregnskab og givet det til L;
    - VL: jo, alm. berigelsesgrundsætninger – L kunne ikke regne med, at kontraktens bestemmelser om, at L skulle betale eget forbrug, var blevet ændret.
- Hvis "afdøde" alligevel ikke var død – men arvingerne fik hans formue
  - problem: Man kan godt skifte- og arveretligt blive anset for "død", selv om der ikke er et lig …
    - dødsfaldskendelse, DSL § 5, "anses for sikkert …" (flystyrt, skibsforlis);
    - dødsformodningsdom, borteblevnelovens § 5 – 5 år siden set i live (U: livsfare, 0,5 år), § 6 – advokat beskikkes for den borteblevne.
  - hvis "afdøde" alligevel lever – og dukker op inden for 10 år, skal have sin formue tilbage, § 17;
  - "arvinger" og "legatarer" skal da afgive berigelsen, § 18;
  - god tro hos dem er uden betydning (berigelse er objektiv);

- dette er klassiske berigelsesprincipper – blot med faste frister;
- hvis ond tro (fortav viden, svig – skjulte et postkort fra "afdøde") – alm. erstatningsregler, § 22, dvs. culpareglen.

Hvis en arving blev overset – dødsboet sluttedes, men han blev glemt

- dødsboet sluttedes, og arven fordeltes;
- men en arving blev overset – de andre blev derfor beriget;
- boet kan genoptages, dødsboskiftelovens (DSL) § 103, stk. 1, nr. 2, når …
- arven er fordelt forkert, eller udlodningen er foretaget forkert;
- alle (arvinger, legatarer) skal da tilbagebetale hver deres berigelse, § 104, stk. 1 …
  - penge: skal tilbagebetales 100 pct., uanset hvordan brugt;
  - andre formuegoder: kun, hvis i behold.
- en sådan genoptagelse kan ske efter flere år;
- må tage absolut åremål i betragtning;
- samt arvingens evt. passivitet efter kundskab – typisk: et forbigået barn født uden for ægteskab;
- fra praksis:
  - *T:FA 2001.321 V*: 3½ år fra død – +genoptaget;
  - *T:FA 2005.243 V*: 2 års passivitet – afskåret;
  - *UfR 2004.644 V*: 6½ år fra død – afskåret.
- genoptagelse og fralæggelse af berigelse sker uanset god tro hos de berigede;
- hvis ond tro (skjulte viden om det "glemte" barn etc.): alm. erstatningsregler, DSL § 104, stk. 2, dvs. culpareglen.

Berigelsesgrundsætningen kan også afskære et krav

- dvs. berigelsesgrundsætningen fører ikke nødvendigvis til, at man skal have penge (fra den berigede) …
  - den kan også vende modsat, således at penge, man skulle have haft, alligevel ikke skal betales …
  - nemlig hvis man ved at modtage pengene ville få en berigelse;
  - dvs. man har en ret …
  - men hvis udøvelsen vil medføre en ugrundet berigelse …
  - bortfalder retten!
  - dermed kan et retsbrud i eller uden for kontrakt kan blive gratis for den krænkende.
- Ambi-sagerne, *UfR 1994.430 H (Denkavit)*
  - EU-stridig afgift skulle betales tilbage …
  - men ikke hvis virksomheden derved ville få en berigelse;
  - Denkavit: intet tab, for ambi'en var overvæltet på næste omsætningsled;
  - kan det omsætningsled, som afgiften blev overvæltet på, så søge afgiften tilbage fra staten?
  - ja, siger EUD i *C-94/10 (Danfoss)*, dog ikke hvis afgiften kan søges tilbage fra den afgiftspligtige virksomhed (U: tilbagesøgning dér er umulig eller uforholdsmæssigt vanskelig).

- Skadelidtes erstatningskrav skal reduceres med, hvad han evt. har tjent på skaden …
  - thi ellers får han jo gennem erstatningen en ugrundet berigelse
    - derfor har erstatningsretten udviklet læren om *compensatio lucri cum damno* …
    - dvs. at en fortjeneste skal modregnes ved tabsopgørelsen.
  - fx *UfR 2009.2779 H (sagen om ejendommen Mønsgade 8, Århus)*
    - lejeren L forsømte sin kontraktmæssige vedligeholdelse;
    - men lejemålet ophørte, og U solgte ejendommen uden tab;
    - derfor bortfaldt U's krav mod L!
  - da ambi'en (en særlig momslignende afgift) kendtes EU-stridig, skulle virksomhederne have den tilbage …
    - dog ikke, hvis den var overvæltet på et senere omsætningsled (thi så ville tilbagesøgning medføre en ugrundet berigelse for virksomheden);
    - hvad nu, hvis der samtidig med indførelsen af ambi'en var sparet andre afgifter, som blev ophævet?
    - danske domstole sagde:
      - de skal fratrækkes; thi ellers berigelse gennem tilbagesøgningen;
      - endog en vinding, som et koncernforbundet selskab mv. ville få, skal fratrækkes i erstatningen …
        - ~ *TfS 1998.153 Ø (hovedaktionærs berigelse)*;
        - ~ *TfS 2001.233 H (andelshavers berigelse)*.
    - men EUD har sagt:
      - nej, sparet afgift pga. dennes ophævelse er ikke en berigelse, der skal fratrækkes;
      - jf. EUD i *C-398/09 (Lady & Kids)*;
      - men evt. tilbagebetalingskrav i de 27.000 afgjorte adm. sager og de 600 afsagte retskraftige domme er formentlig forældet, jf. *Jakob Waage* & *Nina Holst-Christensen* i EU&M 2011 s. 321 ff.
  - forsikringsaftaleretten lovfæster berigelsesgrundsætningen
    - erstatning fra forsikringsselskab må ikke føre til berigelse, jf. FAL § 39 …
    - derfor kun erstatte genanskaffelsesværdi, FAL § 37, dvs. ikke nyt for gammelt (dvs. +fradrag for slid og ælde).

- Berigelsesgrundsætningen kan blive afgørende for et regresopgør mellem to solidarisk ansvarlige skyldnere …
  - idet den ene af dem, D1, ellers vil få en ugrundet berigelse, hvis han ikke får regres mod den anden, D2
  - *UfR 2016.415 V (dyrlægen og den værdiløse hest)*
    - både sælger S af en værdiløs hest og dyrlæge D, der havde udstedt sundhedsattest til køberen K, var ansvarlige over for K
    - D fik regres mod S, idet S ellers ville få en ugrundet berigelse

— civile retsopgør efter finanskrisen
  - sparekassefonde havde for den underliggende bank båret driftsudgifter, som banken selv burde bære
  - både banken (nu Finansiel Stabilitet) og fondens ledelse var ansvarlige herfor
  - men ledelsen fik regres mod banken, idet denne ellers ville få en ugrundet berigelse
  - *V.L.D. 28. januar 2013, V.L. B-0616-11 (EBH-bonussagen)*: fonden havde til direktører i banken betalt bonus, som banken selv burde have båret
  - *V.L.D. 15. maj 2014, V.L. B-0258-11 (EBH ISI 6-sagen)*: fonden havde ad ejendomsprojekter i Tyskland båret omkostninger, som banken burde have båret

— selskabstømmersager
  - i det indbyrdes forhold mellem en hovedaktionær, H, der havde solgt sit selskab uden at sikre betaling af skyldig skat …
  - og rådgiveren, R, der havde medvirket hertil …
  - skulle H endeligt bære erstatningskravet over for SKAT …
  - ellers ville H modtage en ugrundet berigelse, hvis R endeligt skulle bære tabet.

Kapitel 10

Condictio indebiti

- Hvorfor hedder det sådan? – "*condictio indebiti*"
  - helt tilbage i romerretten …
  - en særlig type af søgsmål: *condictio* (= stævningstype) …
  - vedrørende det, der ikke skyldes ("*in-debitum*" – i ejefald);
  - dvs. en retssag om det ikke-skyldte …
  - kort sagt: anlæg af retssag for at få det for meget betalte tilbage.
- Problem:
  - "D" (i citationstegn, fordi han formentlig netop ikke skyldte beløbet) har betalt …
  - men skyldte det ikke (eller skyldte noget mindre end det betalte);
  - kan det for meget betalte nu kræves tilbage?
  - dvs.: er der grundlag for "condictio indebiti"?
- Først må vi spørge: Er der en hovedregel – eller bliver det altid en konkret vurdering?
  - obligationsretlig litteratur er delt …
  - er der et udgangspunkt: fejl skal rettes, berigelse skal tilbagebetales (*Ussing*, *Gomard*, *Werlauff*) …
  - eller er det hver gang en helt konkret vurdering? (*Bryde Andersen* m.fl.);
  - udgangspunktet her: fejl skal rettes, berigelse skal afstås etc.;
  - men – uanset det ene eller det andet teoretiske udgangspunkt …
  - vil den konkrete bedømmelse ofte føre i samme retning …
  - eftersom der er bred enighed om de elementer, der skal indgå i vurderingen;
  - eksempel på udgangspunktet: fejl skal rettes, er *UfR 2011.730 Ø (fejlagtigt tilbagebetalt depositum)* skulle tilbagebetales af lejeren L, skønt både U og L havde udvist uagtsomhed, og U tillige nogen passivitet.
- Tre grundlæggende momenter indgår i bedømmelsen:
  - berigelseshensyn – fejl bør rettes; K bør ikke beriges, man skal fralægge sig sin berigelse;
  - indretningshensyn – K har måske indrettet sig på *status quo*, kan beholde;
  - culpahensyn – hvem af de to er der konkret mest at bebrejde?

- Hvad kan tale for, at der skal betales tilbage?
  - — ond tro hos modtageren (viden, burde-viden) …
    - betaling via netbank; fik ved tastefejl USD 100,000 i stedet for 10,000, *UfR 2001.1560 V*;
    - SKAT sender negativ eksportmoms retur, men ved ikke, at virksomheden er konkurs (ville i så fald have modregnet i stedet for at betale effektivt), *UfR 2007.3052 H*.
  - — dobbeltdækning hos modtageren (ofte også ond tro) …
    - både ferie med løn og feriegodtgørelse, *UfR 1978.908/2 H*;
    - lærers pension fra både kommune og Økonomistyrelsen, store beløb, *UfR 2009.1663 V*.
  - — forkert opkrævning fra modtageren …
    - EU-stridig afgift, ambien, *UfR 1994.50 H (Bose)*;
    - EU-stridige A/S-gebyrer, EUD *C-188/95 (Fantask)*.
- Hvad kan tale for, at modtageren kan beholde det, der er betalt?
  - — fejl fra betaleren og god tro hos modtageren
    - ejerskifteafdrag fejlagtigt betalt, *U 1975.648 V*.
  - — passivitet hos betaleren efter opdagelsen
  - — betaling var o.k. efter daværende retsopfattelse
    - men en *leading case* har "ændret" retstilstanden;
    - renter af pantsat ejerpantebrev, *UfR 1990.21 H*: nej …
      - men allerede betalte renter stod ved magt, *UfR 1992.763 Ø;*
      - et forbehold fra betaleren ville have ændret sagen.
    - betydningen af en mellemkommende *leading case* er den samme …
      - uanset om den er dansk eller fra EUD;
      - jf. *Niels Fenger* i UfR 2011 B s. 313 ff. …
      - thi begge slags domme er konstaterende, ikke konstitutive.
  - — betaleren har allerede fået sit tab dækket
    - ambi-sagen igen – hvis overvæltet på næste omsætningsled – ingen tilbagebetaling, *UfR 1994.430 H (Denkavit)*.
  - — sociale hensyn til modtageren
    - fx løn, pension, underholdsbidrag;
    - U-1: grov uagtsomhed; bevidst urigtige oplysninger;
    - U-2: dobbeltdækning, store beløb etc., jf. foran.
- Tilbagesøgningskravet er et simpelt pengekrav
  - — dvs. D, der betalte for meget, vil normalt ikke have separatiststilling, hvis K, der fik for meget, bagefter går konkurs
  - — jf. fx *TfS 2015.167 Ø (345 kr. blev til 345.000 kr.)*
    - D skyldte K 345 kr., men indbetalte ved en fejl 345.000 kr. til Ks bankkonto!
    - D gik konkurs, og K ønskede separatiststilling for tilbagesøgningskravet på 344.655 kr. …
    - men fik det ikke, da pengene jo ved indbetalingen blev blandet sammen med andre midler på kontoen

- Forældelse af *condictio indebiti*-krav
  - rammes som nævnt af passivitet;
  - men også af egentlig forældelse;
  - den 3-årige forældelse i FL § 3, stk. 1:
    - 3 år fra forfald, dvs. fra fejlbetalingen;
    - udskydes ved undskyldelig uvidenhed, dog til max. 10 år i alt, FL § 3, stk. 2 og § 3, stk. 3, nr. 3;
    - uvidenhed om jus er ikke undskyldelig, dvs. udskyder ikke forældelsen, jf. fx *UfR 2000.1953 H (EU-stridige A/S-gebyrer)*.
  - fejl ved kommunal fordeling af selskabsskatter;
    - krav inden 3 mdr., kommuneskattelovens § 12, stk. 3;
    - derefter tabt, *UfR 2006.2593 H*.
  - *UfR 2006.2551 H (importafgifter)*
    - virksomheden betaler dem i årene 1995-97;
    - EU-domstolen omplacerer nomenklaturen ved dom i 2000;
    - kræver tilbage 14. marts 2001 – og har klart et krav;
    - men forordningen har 3 års absolut tilbagesøgningsfrist!
    - hele tilbagesøgningskravet er derfor tabt!
    - ville forbehold ved betalingen have hjulpet? nej – må stævne, dvs. tage konsekvensen af sit standpunkt;
    - hvad skulle virksomheden have gjort? betalt med forbehold om tilbagesøgning + stævnet;
    - tilsvarende 3-års forældelsesdom ad EU-regler: *UfR 2011.531 H*.

Kapitel 11

Modregning

11.1. Modregning som begreb – samt det praktiske behov

- Hvad er modregning? – begrebet
  - krav og modkrav mellem samme parter …
  - fratrækkes i hinanden …
  - så der kun skyldes differencen;
  - dette er "tvungen modregning", men normalt behøver man ikke tænke på tvangs-elementet …
  - idet modregning forekommer at være en selvfølge.
- Alle retssystemer anvender modregning
  - *set-off* (*against …*)
  - *Aufrechnung* (*gegen …*)
  - *compensation* (*contre …*).
- Tre reale grunde til modregning:
  - samtidighed
    - skal jeg betale min gæld til dig …
    - så skal du samtidig betale din gæld til mig.
  - risiko
    - hvorfor skulle jeg betale hele min (brutto)gæld til dig …
    - og risikere, at du ikke kan betale din gæld til mig?
    - dvs. "risiko for retstab".
  - sikkerhed
    - jeg har sikkerhed i noget værdifuldt …
    - nemlig i min egen gæld til dig.
- Fremstillingsmæssigt – det anskues fra modregnerens side
  - hovedmanden – H;
  - modregneren – M;
  - H kræver penge, men M vil modregne …
  - og dette er et påbud til H;
  - vi ser det hele fra M's perspektiv …
  - det er ham, der tager initiativet;
  - men dermed besvares jo samtidig det juridiske spørgsmål om …
  - hvorvidt H skal finde sig i modregningen.

- Hvordan møder vi modregning i praksis? – nogle eksempler
  - S har solgt grund til kommunen K
    - købesum 100 – skal betales af K;
    - men salget udløser frigørelsesafgift – fx 40;
    - K modregner og betaler kun 60;
    - her er kommunen K altså = M;
    - kunne der også være modregnet med den ejendomsavanceskat, som S skal betale? (nej, dels er det en statsskat, og dels er den ikke forfaldet).
  - landmand skal have hektarstøtte – 100
    - men er i restance med skat mv. – 70;
    - han får derfor kun udbetalt 30;
    - staten = M (og staten er her "en enhed").
  - frifundet T fra en straffesag skal have erstatning – 30
    - men er i restance med skat – 100;
    - får derfor 0 udbetalt – og skylder nu "kun" 70;
    - staten = M (enhed!).
  - bankkunde har indlånskonto i banken B – 30
    - men skylder på et forfaldent banklån – 100;
    - B modregner (B = M);
    - indlånet er nu 0 – og lånet er nedbragt til 70.
- Modkrav under en retssag
  - modkrav til kompensation – er kun en indsigelse;
  - modkrav til selvstændig dom – der kræves dom for modkravet;
    - modkravet kan evt. være større end hovedkravet;
    - modkravets betydning ad …
      - forhandlingsmaksimen, rpl. § 338;
      - retsafgift;
      - sagsomkostninger, RAL § 7.
  - modkravet kan overraske sagsøgeren, jf. fx *UfR 1993.657 H* …
    - *sale-and-lease-back* af erhvervsejendom, 64 mio. kr.;
    - lejeren (= sælgeren) krævede lejenedsættelse (boligret) (kun 560 kr/m2 i stedet for 835 kr./m2;
    - udlejeren (= køberen) fremsatte modkrav (dog kun til kompensation): erstatning eller afslag i købesummen!
    - "risiko for retstab, hvis ikke …";
    - og dette er jo modregningens kernegrund!
- Også under en sag i fogedretten kan der modregnes
  - H forlanger udlæg hos M for sit krav;
  - men også i fogedretten kan der modregnes;
  - dvs. at H's krav reduceres eller helt bortfalder (alt efter modkravets størrelse selvfølgelig);
  - modkravet skal være …
    - eksigibelt (dom, forlig etc.),
    - anerkendt af H (det er det nok ikke!) eller

  - "klart", rpl. § 522 ("… hvis rigtighed på anden måde må anses for godtgjort").
- H er rekvirenten, M er rekvisitus (rekvisita).

11.2. Betingelserne for, at der kan modregnes

- Der er tre betingelser – samt ét spørgsmål:
  - Huskeregel: KAI-K;
  - K = komputabilitet;
  - A = afviklingsmodenhed;
  - I = identitet;
  - K (igen) = evt. (i visse tilfælde) et krav om klarhed, jf. nærmere nedenfor.
- Alle spørgsmål om **udvidet** eller **indskrænket** modregningsadgang …
  - har relation til én af disse betingelser!
- Komputable krav
  - skal kunne sammentælles el. fratrækkes i hinanden (*computare*)
  - altid o.k. ad penge …
  - også ved forskellige valutaer.
- Afviklingsmodne krav
  - modkravet skal være forfaldent (thi M tvinger jo H til at betale);
  - hovedkravet må godt betales – dvs. dets "frigørelsestid" skal være kommet (M tvinger jo H til at modtage).
- Identitet – identiske parter
  - hovedkrav og modkrav skal være mellem de samme parter;
  - eller udtrykt mere formelt:
    - hovedkravets kreditor (H) er debitor på modkravet, og
    - modkravets kreditor (M) er debitor på hovedkravet.
- Kræves der konneksitet mellem hovedkrav og modkrav?
  - nej, de kan udspringe af forskellige retsforhold, jf. nogle af eksemplerne foran.
- Kræves der erklæring fra M?
  - ja, normalt, men "erklæringen" kan efter omstændighederne ligge i selve modregningen
  - se *UfR 2014.3237 V*, hvor lejeren L kunne bringe et af U erkendt, ukonnekst modkrav i modregning over for lejen og afgav erklæring om modregning forud for lejens forfald
- Kræves der "klarhed"? – den 4. evt. betingelse: -K
  - Ho.: nej – M kan også modregne med modkrav, som H bestrider (dette er jo ofte tilfældet);
  - U: i fogedretten, jf. foran, rpl. § 522 ("… hvis rigtighed på anden måde må anses for godtgjort");
  - M modregner dermed normalt på egen risiko (standpunktsrisikoen);

- hvis modkravet ikke bestod …
  - ↬ er M jo i misligholdelse med sin betaling;
  - ↬ og dette afgøres på objektivt grundlag.
- jf. eneforhandleren af de selvkørende trillebøre, *UfR 2000.1980 H* – uberettiget modregning (af formodet rabat); kom derved i misligholdelse; mistede eneforhandlingen.

11.3. Hvad kan påvirke adgangen til modregning?

Vi strammer eller slækker på
- K – komputabilitet;
- A – afviklingsmodenhed;
- I – identitet eller
- "K" – klarhed.

Hvordan?
- vi strammer K eller "K", eller
- vi slækker på A eller I.

Med hvilken hjemmel?
- retssædvane,
- lov eller
- aftale.

11.4. Indskrænket adgang til modregning

Nogle penge er vigtigere end andre
- de er øremærkede/formålsbestemte;
- her svigter K = komputabilitet;
- dvs. de øremærkede penge må ikke modregnes i ikke-øremærkede penge …
- men skal betales effektivt.

Løn, pensioner – forsørgelseshensyn
- skal bruges til at leve for;
- kan derfor normalt ikke mødes med modregning;
- U: kan modregne med konnekse krav (regulering pga. *condictio indebiti*, bod mv.).

Feriepenge, løn under ferie – forsørgelseshensyn
- kun "kvalificeret retskraftigt modkrav", fx taget af kassen;
- og modkravet skal være erkendt (eller dom), jf. feriel. § 39;
- manglende protest mod bortvisning er ikke = erkendelse, *UfR 2007.270 SH (Kvickly Valby)*, returførsler uden bilag;
- hvis sag er anlagt (el. politianmeldt) …
- dvs. et "kvalificeret sandsynligt modkrav" …
- kan der tilbageholdes, men ikke modregnes.

- Pensionskonti i bank – forsørgelseshensyn
  - kapitalpension, ratepension, indeksopsparing;
  - banken B kan derfor ikke modregne.
- Aktie- eller anpartstegning – pengene skal være effektivt til rådighed for selskabet …
  - skal derfor indbetales effektivt;
  - krav mod A/S'et eller ApS'et kan ikke modregnes, jf. selskabslovens (SL) § 34, stk. 4;
  - U: tilladelse fra bestyrelsen ("det centrale ledelsesorgan").
- Kan der modregnes i en bankgaranti?
  - situation:
    - garantien er stillet af banken B …
    - til garantimodtageren GM …
    - "på foranledning af" rekvirenten R;
    - spørgsmål: Kan B foretage modregning, når garantien skal udbetales?
  - B kan ikke bringe sit krav mod R i modregning over for GM
    - B har jo givet et løfte til GM.
  - derimod kan B godt modregne med sit krav mod GM
    - det svarer jo til, at GM har et indlån hos B, som der kan modregnes i;
    - *UfR 2006.1873 V (deponeringskonto)* GM skyldte penge for lån hos B.
  - og dog: Garantibeløbet kan være øremærket til tredjemand
    - fx ved åbning af remburs;
    - i så fald indebærer B's garanti et afkald på modregning;
    - *UfR 1997.1470 Ø*.
- Aftale i leasingkontrakt – om leasingtagerens afkald på modregning
  - "leasingydelserne skal betales effektivt – ingen modregning";
  - hvad kunne leasingtageren tænke sig at ville modregne, hvis han havde måttet? – mangelkrav vedrørende det leasede;
  - i stedet aftales det i kontrakten, at leasingtageren har et direkte krav mod leverandøren!
  - det er normalt rimeligt at anerkende en sådan aftale om forbud mod modregning …
  - fordi leasingkontrakten udgør en finansieringskilde for leasingtageren;
  - aftalen om forbud mod modregning må dog alligevel kunne tilsidesættes, hvis fx leasingselskab og leverandør er nærstående (fx koncernforbundet).
- Aftale i entreprisekontrakt – om bygherren B's afkald på modregning mv.
  - modregning kan økonomisk knække en part;
  - kan fx knække en entreprenør E, over for hvem bygherren B modregner med påståede krav;
  - løsning: en hurtig, summarisk afgørelse af, om B's modregning (eller tilbageholdelse af rater mv.) er berettiget;
  - sagkyndig udmeldes af Voldgiftsnævnet, jf. AB 92 § 22, stk. 14, og § 46;
  - den sagkyndiges afgørelse binder ikke en efterfølgende voldgift …

— og træder ikke i stedet for et senere syn og skøn;
— dvs. at parterne gennem aftalen indskrænker deres modregningsadgang.

11.5. Udvidet adgang til modregning

Konnekst modkrav – der skyldes automatisk kun forskelsbeløbet
— et konnekst modkrav udspringer af samme retsforhold som hovedkravet;
— fx en indsigelse fra dette køb, fra denne samarbejdsaftale etc.;
— her gælder et nettoprincip: der skyldes kun differencen;
— dette gælder fra aftalens indgåelse, dvs. *ex tunc*;
— afviklingsmodenhed kræves derfor ikke;
— endog et ikke længere retsgyldigt modkrav kan derfor modregnes;
— fx modkrav, der er ramt af forældelse eller præklusion;
— således nu udtrykkeligt forældelseslovens (FL) § 24;
— skal der afgives modregningserklæring? herskende opfattelse: "principielt ja".

Et praktisk eksempel – modregning med et konnekst, forældet modkrav
— i en lejekontrakt er det aftalt …
— at udlejeren U (med regres mod lejeren L) skal foretage bestemte indretninger;
— de koster 40.000 kr., som U i første omgang betaler …
— men U får dem ved en fejl ikke opkrævet hos L;
— mere end 3 år senere sker der fraflytning;
— L kræver nu sit depositum på 25.000 kr. tilbage;
— U opdager, at han har glemt at kræve de 40.000 kr. for istandsættelsen – men de er nu forældet;
— alligevel kan de bruges til modregning (pga. konneksiteten);
— dermed går L's krav på tilbagebetaling af depositum i 0 …
— men de overskydende 15.000 kr. er tabt for U (pga. forældelsen).

Staten er en enhed ad modregning – derfor udvidede modregningsadgang
— staten kan modregne landmandens krav på hektarstøtte i restancer med skat, moms, bøde, social sikring;
— er konkret udmøntet i lov 2006 om "en skattekonto";
— alle grene af staten er identiske ad modregning;
— omfatter ikke kommuner;
— men denne statslige "identitet" kan være helt urimelig:
  - entreprenør E bygger for det off., men skylder i skat;
  - det er to vidt forskellige krav: statens offentligretlige modkrav over for E's formueretlige hovedkrav;
  - derfor JMT-cirk. nr. 186 af 22. november 1983:
    - pålægger alle styrelser at undlade en sådan modregning (burde være en lov) …
    - og at undlade at aftale ret til en sådan modregning;
    - dog gerne modregne i den privates ikke-formueretlig krav, fx offentligretligt erstatningskrav mod staten;

- jf. *UfR 2011.2754 V (guldkæde)*, der bortkom i politiets forvaring – kunne modregnes i momsgæld.

Koncernenhed gennem **aftale** – udvidet modregningsadgang
- hovedreglen er ellers: de enkelte selskaber i en koncern er selvstændige parter (retssubjekter) – er ikke identiske, heller ikke ad modregning;
- men de kan aftale noget andet med en modpart;
- fx således at de fører en "koncernkonto" i en bankB;
- selskab S1 har indlån på 2 mio. kr. i B (til 2 pct. rente);
- selskab S2 har lånt 5 mio. hos B (til 6 pct. rente);
- dette er en dårlig forretning for koncernen som helhed;
- derfor "nettes" der gennem en aftalt koncernkonto;
- dermed har (*in casu*) ingen af dem indlån i banken …
- og S1 og S2 har sammen lånt 3 mio. kr. (hæfter solidarisk herfor).

Koncernenhed gennem **tvang** – udvidet modregningsadgang
- hovedreglen er fortsat: hvert selskab er en selvstændig part (egen ret og pligt);
- men i visse tilfælde identificeres de;
- den EU-stridige ambi-afgift kunne kræves tilbagebetalt;
- men evt. gevinst skal fratrækkes (thi ellers får det skadelidte selskab en ugrundet berigelse);
- da ambi'en indførtes, bortfaldt andre afgifter;
- alm. erstatningsprincip: *compensatio lucri cum damno* (besparelsen fratrækkes; kun nettotab erstattes);
- S1 skal have ambi tilbage fra staten;
- S2 har haft en besparelse – kan der modregnes?
- ja, hvis de fungerer som én samlet virksomhed, fx koncernforbundet, jf. bl.a. *TfS 1998.153 Ø – Werlauff* i TfS 1998 s. 178
- disse principper ændres ikke af, at selve de danske domsteles udgangspunkt om, at kun nettotabet kunne kræves erstattet, også viste sig at være i strid med EU-retten…
  - jf. EUD i *C-398/09 (Lady & Kids)*;
  - men evt. tilbagebetalingskrav i de 27.000 afgjorte adm. sager og de 600 afsagte retskraftige domme er formentlig forældet
  - jf. *Jakob Waage* & *Nina Holst-Christensen* i EU&M 2011 s. 321 ff.

11.6. Modregning i konkurs – en udvidelse med 6 indskrænkninger

Når fallenten F-H går konkurs – opleves det som særlig byrdefuldt for M, hvis han ikke kan modregne
- M skylder fallenten F-H (nu boet B) 100 …
- og M samtidig har 100 til gode i B …
- hvis nu M ikke kan modregne …
- skal han indbetale 100 effektivt til B …

- — og får kun en (ofte sparsom) dividende af sit krav på 100, måske kun 1-2 pct. heraf;
- — derfor: udvidet modregning over for et B ("modregning i konkurs"), KL § 42;
- — resulterer i en udvidelse med 6 indskrænkninger.

Hovedreglen – udvidet modregning

- — hovedregel: afviklingsmodenhed kræves ikke;
- — M's modkrav mod B behøver ikke at være forfaldent;
- — og frigørelsestiden for B's krav mod M behøver ikke at være kommet;
- — kort sagt: afviklingsmodenhed er underordnet;
- — denne udvidede modregningsadgang kendes fra konnekse krav, jf. ovenfor …
- — dvs. i konkurs lader vi, som om krav og modkrav er konnekse, uanset om de faktisk er ukonnekse …
- — simpelthen for at undgå ovennævnte, uacceptable resultat for M: indbetale 100 pct. af hovedkrav, modtage 1-2 pct. af modkrav.

Begge krav skal være opstået på **samme side af fristdagen** – *indskrænkning nr. 1*

- — begge krav skal være opstået enten før eller efter fristdag;
- — dvs. de skal ligge på samme side af fristdagen;
- — håndhæves benhårdt, jf. fx *UfR 2000.194 H (Margarinefabrikken Grønvang u/k)* (= F-H) …
  - kontrakt om leverancer af margarine til Coronet Cake (M);
  - F-H-Grønvang træder i betalingsstandsning den 24. august;
  - M køber stadig margarine hos F-H-Grønvang;
  - den 8. september: F-H-Grønvang meddeler, at det ikke kan opfylde kontrakten;
  - M foretager derfor dækningskøb hos andre – og har dermed et erstatningskrav;
  - M vil nu modregne sit erstatningskravet mod F-H-Grønvang i fakturaerne for leveringer?
  - fakturakravene er opstået efter 24. august (efter fristdagen) …
  - men modkravet (erstatningskravet) er opstået samtidig med kontraktens indgåelse …
  - jf. alm. opfattelse af, hvornår et krav på erstatning opstår …
  - derfor er modkravet opstået før fristdagen;
  - da krav og modkrav således er opstået på hver sin side af fristdagen …
  - kan der ikke modregnes!

Hvis man **skylder penge** til fallenten – kunne man opkøbe krav mod ham billigt og bruge dem til at betale sin gæld med via modregning

- — M må ikke opkøbe modkrav krav mod F-H for at bruge dem til at betale sin gæld til F-H med – *indskrænkning nr. 2 og 3*;
- — situation: M skylder penge til F-H – 100;
- — M ved, at F-H er økonomisk svækket;

- derfor opkøber M fordringer mod K;
- så kan kravene bruges til modregning;
- M giver måske kun 10 for et krav mod H, der lyder på 100;
- dermed kan M betale sin gæld på 100 med et beløb på kun 10;
- derfor kan M (jf. KL § 42, stk. 3) ikke modregne med:
  - modkrav købt inden for 3 mdr. før fristdag;
  - modkrav købt tidligere, men i ond tro.

Hvis man har **penge til gode** hos fallenten – kunne man købe varer på kredit hos ham for at få varer for sit tilgodehavende gennem modregning

- man må ikke købe på kredit hos F-H for derefter at modregne sin varegæld til F-H i det, man har til gode hos fallenten – *indskrænkning nr. 4*;
- situation: M har krav mod F-H;
- M ved, at F-H er økonomisk svækket;
- derfor køber M varer på kredit hos F-H;
- dermed kommer M til at skylde penge til F-H;
- hvis M nu kan modregne, får han reelt varer for sit tilgodehavende;
- derfor kan M (jf. KL § 42, stk. 4) ikke modregne over for:
  - krav mod F-H, der svarer til en omstødelig betaling (her: svarer til at få varer for sit tilgodehavende).

Efterstillede krav mod boet kan ikke modregnes i gæld til boet

- et efterstillet krav mod boet giver normalt ingen dividende:
  - konventionalbod (privatretligt krav);
  - bøde (offentligretligt krav);
  - renter fra konkursdekret.
- hvis de kunne bruges til modregning, ville det gå fra de øvrige kreditorer;
- derfor ingen modregning med efterstillede krav – *indskrænkning nr. 5*;
- den efterstillede kreditor må derfor nøjes med at få dividende af fx boden …
- samt indbetale sin egen gæld til boet 100 pct., jf. KL § 43.

Modregning, der krænker **lighedsprincippet**, må ikke finde sted

- ulovregulerede principper kan afskære modregning over for konkursboet;
- det konkursretlige lighedsprincip (= forbuddet mod forrykkelse) – *indskrænkning nr. 6*;
- dvs. gælden til boet skal indbetales effektivt;
- fx hvor boet har et omstødelseskrav mod M (hovedkrav) …
  - M kan ikke bringe sit eget modkrav i modregning, *UfR 1979.446 Ø*;
  - dvs. skal indbetale omstødelsesbeløbet effektivt til boet.
- eller hvor boet har et krav på tilbagebetaling af ulovligt aktionær- eller anpartshaverlån, som M har modtaget (= hovedkravet) …
  - M kan ikke bringe sit eget modkrav i modregning, *UfR 2009.2056 Ø*;
  - dvs. skal indbetale det ulovlige lånebeløb effektivt til boet.

Kapitel 12

Præklusion og passivitet

12.1. Rettighedsfortabelse pga. tid – overblik

- Proklama + tid = præklusion.
- Ond tro + tid = passivitet.
- "Lang tid" = forældelse.
- Retsgrundlag
  - præklusion: lovhjemmel;
  - passivitet: retssædvane (på lovniveau);
  - forældelse: lovhjemmel.
- Gammelt ord for forældelse: *præskription*.

12.2. Præklusion – dødsbo og gældssanering, men ikke konkurs

- Kræver lovhjemmel – præklusivt proklama.
- To områder:
  - dødsbo;
  - gældssanering.
- Konkurs – ikke-præklusivt
  - for sent anmeldt: får dividende, hvis det kan nås;
  - lille modif.: SKR kan sætte frist før en udlodning – ingen dividende (denne gang), KL § 134, stk. 2;
  - husk, at kravet bevares også efter konkursen, § 156 (der er ikke sket debitorskifte til boet!);
  - men evt. gældssanering i konkurs, § 231.
- Proklama i dødsbo – hvilke skifteformer? hvordan?
- Obligatorisk ved følgende – DSL § 81, stk. 2
  - privat skifte;
  - bobestyrerbehandling;
  - udlæg til ægtefælle efter 600.000 kr. regel;
  - udlevering til hensidden i uskiftet bo.

- Proklamaet
  - én gang i Statstidende, DSL § 81, stk. 2;
  - evt. i lokale blade, § 81, stk. 3;
  - indholdskrav, DSL § 81, stk. 3 (ugyldighedsvirkning);
  - særskilt til kendte udenlandske kreditorer, § 81, stk. 5.
- Skal anmelde inden 8 uger, DSL § 81, stk. 3, nr. 2.
- Foreløbig anmeldelse
  - inden 8-ugers-fristen;
  - endelig anmeldelse 8 uger efter fristen, § 82, stk. 3;
  - kan forlænges efter ansøgning;
  - hvis ikke rettidig endelig anmeldelse: får kun det foreløbigt anmeldte, *UfR 2001.1963 Ø*.
- Baggrunden behøver ikke uddybes i selve anmeldelsen
  - *T:FA 2000.395 Ø (erstatning fra ejendomskøb)*.
- Hvad prækluderes?
- Ho.: Ikke rettidig anmeldelse – kravet bortfalder, DSL § 83 …
  - forudsætter korrekt proklama, jf. foran.
- U-1: Krav fremsat skriftligt mellem dødsdato og proklamaudløb, § 83, stk. 2, nr. 1 …
  - brev eller mail er nok;
  - men kun til boet, ikke afdødes post.
- U-2: Ejendomsret til aktiver, DSL § 83, stk. 2, nr. 2 …
  - men kun hvis boet i ond tro, fx hvis mærket;
  - dvs. forskellig fra separatistret i konkursbo, KL § 82.
- U-3: Pantsikret krav, DSL § 83, stk. 2, nr. 3 (+ udlæg).
- U-4: Skatter og afgifter, § 83, stk. 2, nr. 4
  - (smh. med DSKL § 87, stk. 5)
- Gældssanering – nu præklusivt proklama.
- Gældssanering – kun fysisk person, KL § 197, stk. 6.
- Statstidende (+ evt. lokalt), 8 uger, KL § 208.
- Præklusivt (siden 2005), KL § 208 b.
- Omfatter krav stiftet før sagens indledning …
  - kan evt. skyde skæringsdag længere tilbage, KL § 199, stk. 1, 2. pkt.
- Brev til kendte kreditorer er en service …
  - men proklamaet er det afgørende;
  - prækluderes trods for sent brev til kendte kreditorer, *UfR 2007.23 Ø*.
- Kreditor i gældssanering er under dobbelt ild
  - proklamaet: overskrides fristen, er kravet væk;
  - saneringen: kravet kan ned- eller bortsaneres.

- U: Pantsikrede krav (+ ejendomsforbehold)
  - prækluderes ikke, KL § 208 b, stk. 2;
  - og ned- eller bortsaneres ikke, § 199, stk. 2;
  - denne "fredning" gælder dog kun i det omfang pantet strækker til;
  - dvs. restkravet rammes af præklusion henholdsvis sanering.
- Alle krav, der ramtes af gældssaneringssagen, genoplives
  - i tilfælde af senere konkurs, tvangsakkord eller ny gældssanering ("ny insolvensbehandling");
  - ellers: reduktion to gange;
  - prækluderede krav genopvågner, § 208 b, stk. 4;
  - sanerede krav genopvågner, § 230; (dog minus evt. udlodning i mellemtiden).
- Præklusion, sanering og forældelse – er stærke ugyldighedsgrunde.
- Husk om præklusion mv.:
  - præklusion, gældssanering og tvangsakkord;
  - er en stærk ugyldighedsgrund (ligesom "FUT" – falsk, umyndighed, tvang).
- Selv om en fordring mod D (et gældsbrev) udstedt til K1 købes af godtroende K2
  - kan D (henholdsvis D's bo) derfor gøre en indsigelse om præklusion eller sanering gældende mod K2;
  - endog ved et negotiabelt gældsbrev, gbl. § 17.
- Også en indsigelse om forældelse er en stærk ugyldighedsgrund, gbl. § 17 igen.
- Konneks modregning – trods præklusion, sanering og forældelse.
- Prækluderet krav kan stadig bruges til **konneks** modregning.
- Lejeren L har indbetalt depositum, 10.000 kr.
  - nu: "fraflytnings"-opgørelse: 12.000 kr.;
  - men L er død, og U's krav er prækluderet;
  - kan modregne de 10.000 kr., da konnekse krav;
  - de resterende 2.000 er tabt pga. præklusionen, *T:FA 2000.426 Ø*.

12.3. Passivitet

- Hjemmel: retssædvane (på lovniveau)
  - derfor meget kasuistisk.
- Baggrund: Hensyn til godtroende D
  - der tror, at K har opgivet kravet mod ham.
- Udslag af K's loyalitetspligt
  - dvs. culpastyret;
  - om loyalitetspligt se *Louise Bach Algren* & *Stephanie Maria Steffensen* i Justitia 2011 nr. 4 s. 53 ff.
- Derved får vi følgende kombination
  - godtroende D (i en vildfarelse);

- ondtroende K ("ond tro" som altid i vid forstand – viden eller burde-viden);
- *Jens Ravnkilde* formulerer passivitetsgrundsætningen således (UfR 2012 B s. 437 ff.): "Der skal reklameres over for retsbrud inden for rimelig tid, uanset om reklamaten [= den, der reklameres overfor] er i god eller ond tro. Endvidere skal et krav fremføres inden rimelig tid over for en skyldner i god tro".

Passivitet – når K burde have reageret:

- Politidirektørens opkrævning af afsoningsomkostninger – efter en årrækkes passivitet:
  - *UfR 1993.749 H* – bortfaldt (godtroende D);
  - *UfR 1994.934 Ø* – bestod (ondtroende D, advokat).
- *UfR 2009.865 V (Gulvarbejdet til 28.000 kr.)*
  - kunden D bestred størrelsen og sendte check på 14.000 kr.;
  - gulvfirmaet K turde ikke hæve checken (troede, at K herved mistede restkravet);
  - stævnede 2 år senere for alle 28.000 kr.;
  - de overskydende 14.000 kr. ansås tabt pga. passivitet.
- *UfR 2008.1263 Ø (Advokatens salærkrav)*
  - debiterede ikke alt arbejde;
  - var passiv i 2½ år efter fakturering – kravet tabt.
- *UfR 2009.2866 Ø (Samleverens checkfalsk)*
  - checkhæfte i uaflåst skuffe (ikke i sig selv culpøst);
  - samlever skrev falske checks og hævede;
  - kontohaver havde som Ho. krav på at få pengene tilbage fra banken (falsk er jo stærk ugyldighedsgrund);
  - men passiv i 4½ år – kravet mod banken derfor tabt.

Passivitet – fristen kan være kort

- *UfR 2009.2956 H (Orifarm og Sanofi-Aventis)*
  - O. parallelimporterede og ompakkede lægemidler;
  - co-brandede dem – men O's mærke var for dominerende;
  - Sanofi krævede erstatning – fik 1,5 mio. i SH;
  - men fik 0 i HR – pga. passivitet;
  - forordning kræver notifikation af mærke-ejeren;
  - O. notificerede Sanofi i februar og november;
  - Sanofi gjorde først indsigelse næste maj;
  - HR: "skal loyalt tage hensyn til den andens interesser";
  - skal derfor reagere "inden en rimelig frist";
  - bemærk, hvor kort passivitets-"fristen" dermed kan være!
- *UfR 2010.431 H (Restauratørens forkøbsret til lejet ejendom)*
  - 4½ mdr., burde ske "uden ugrundet ophold".

Passivitet – hvad mister K? alt eller kun noget?

- typisk vil K miste hele sit krav;
- men der kan også være tale om at miste én blandt flere rettigheder ("beføjelser");

- *UfR 2009.2772 H (gyllesprederen og patentet)*
  - A fik patent på gyllespreder;
  - B fik patent på en konkurrerende gyllespreder;
  - A forlangte fogedforbud, men frafaldt;
  - A førte sag ved patentmyndigheder og domstole;
  - nu også påstand om forbud (8 år efter frafaldet);
  - men B "kunne med rette forvente", at …
  - forbudsbeføjelsen derfor mistet;
  - bemærk, at A langtfra generelt var "passiv" gennem de 8 år, kun ad netop denne beføjelse.

Begge parter kan rammes af passivitet

- *UfR 2011.507 H (de to teleselskaber)*
  - indgik ny aftale om samtrafik;
  - fik ikke taget stilling til evt. efterbetaling under gammel aftale;
  - efter godt 2 år stævner den ene med krav om 52 mio. kr.;
  - modkrav fra den anden på 12 mio. kr. til selvstændig dom;
  - både krav og modkrav ansås bortfaldet pga. passivitet;
  - herved hensyn til: løbende aftale; begge professionelle; store beløb.

Kapitel 13

Forældelse

13.1. Begreb og retsgrundlag

- Begreb: En fordring bortfalder …
  - *ex nunc* (= fra nu af);
  - pga. et lovbestemt tidsforløb.
- "K mister retten til at kræve opfyldelse", FL § 23, stk. 2
  - "kravet bortfalder", FL § 23, stk. 2.
- Sprogligt
  - ældre dansk: præskription (præ-scribere: at skrive foran);
  - eng.: *prescription*; fr.: *prescription*; ty.: *Verjährung*.
- Forskel fra andre ophørsgrunde
  - fra passivitet: forældelse har faste lovregler;
  - fra præklusion: forældelse kræver ikke proklama (eller anden form for "advarsel").
- Retsgrundlaget
  - til og med 2007: DL 5-14-4 – 20 år; 1908-lov: 5 år;
  - fra 1. januar 2008: FL – Blokudvalget, bet. nr. 1460/2005.
- Andre loves forældelsesregler har forrang – *lex specialis*
  - men genbruger FL ad fx suspension og afbrydelse, FL § 28;
  - genoptagelsesregler i skatteforvaltningslovens §§ 26 ff.;
  - skattekrav er derfor under dobbelt ild, *TfS 2008.241 Skm*.
    - genoptagelse skal være tilladt, og
    - kravet må ikke formueretligt være forældet (3 år fra indbetaling).

13.2. Forældelsen løber fra forfaldsdagen

- Bygger på sondringen lang/kort – nu: 10 år/3 år.
- Begynder ved forfald – ligesom 1908-loven
  - suspenderes ved undskyldelig faktuel uvidenhed;
  - afbrydes ved retslige skridt (sagsanlæg mv.).
- Løber fra forfald, § 2, stk. 1
  - "når K kunne kræve opfyldelse".

- Løbedage i gældsbrev mv.: ved udløb, § 2, stk. 2.
- Kontrakt misligholdes
  - fra misligholdelsen, § 2, stk. 3
  - fx fra fejlagtig rådgivning, jf. *UfR 2015.1465 Ø (overpris for andelsbolig)* …
  - hvor advokat på vegne køber af andelsbolig stævnede sælgeren for at få overpris tilbage …
  - burde også have stævnet a/b-foreningen
  - forældelsesfristen for erstatningskravet mod advokaten begyndte på datoen for indleveringen af stævningen mod sælgeren
- Erstatning uden for kontrakt
  - fra skadens indtræden, § 2, stk. 4.
- Bestyrelse: fra hvervets ophør, § 10
  - U: over for kreditor: fra skaden.

13.3. Den korte frist – 3 år

- Er lovens hovedregel, § 3.
- Køb, også fast ejendom – modsat tidligere.
- Leje – fast ejendom, løsøre, leasing.
- Renter
  - U: hvis tilskrives inden for max., § 6, stk. 3.
- Erstatning uden for kontrakt.
- Skatter – både person- og selskabsskat.
- Afgifter
  - U: særlige regler, fx EU-forordning.
- Berigelseskrav og *condictio indebiti*.
- Ansættelse: særregel – 5 år, § 4 (gælder for begge parter).

13.4. Den lange frist – 10 år

- Gældsbrev, § 5, stk. 1, nr. 1.
- Dom, § 5, stk. 1, nr. 3.
- Forlig, § 5, stk. 1, nr. 3.
- Betalingspåkrav m/ fogedpåtegning, § 5, stk. 1, nr. 3.
- Anden bindende afgørelse, fx voldgift, § 5, stk. 1, nr. 3.
- Pengelån – og ikke-bevilget overtræk, § 6, stk. 1.
- Pensions**ret**, bidrags**ret**, § 8.
- Men renter og gebyrer: 3 år, § 5, stk. 2
  - ligeså enkelte pensions- og uh-ydelser, § 8 i.f.

- Indlån i bank: særregel – 20 år, § 7 (også renter)
  - regnes fra seneste bevægelse på kontoen.

13.5. Konkret fristberegning – § 27

- Fx fra 3. marts 2010
  - afbrydelse på selve den 3. marts 2013 er rettidig.
- Hvis den begyndte 29. februar (skudår)
  - udløber den 28. februar.
- Udløb helligdag eller weekend
  - forlænges til næste hverdag.
- Helligdage mv. – læs altid loven!
  - afbrydelse af forældelse – forlænges, FL § 27, stk. 2;
  - selskabsretlige anmeldelser – forlænges, SL § 23, stk. 5;
  - frister for anlæg af retssag – forkortes! (retspraksis).
- Et praktisk spørgsmål – selskabsretlig resthæftelse
  - Fra 1. marts 2011 kan man nøjes med 25 pct. indbetaling;
  - stift A/S for 500.000 kr., indbetal 125.000 kr.;
  - restkravet er et anfordringskrav, skal da indbetales inden 14 dage, SL § 33, stk. 2;
  - selskabsloven + bet. 1498/2008 tavse om forældelse;
  - 3 eller 10 år? eller helt ikke-forældeligt?
  - hvornår begynder den at løbe? ved påkrav;
  - kan selskabet selv gøre noget for at afklare? opret gældsbrev.
- Krav mod kautionist
  - samme længde som det krav, der kautioneres for (hovedskylden), § 11 (*Peter Blok* foreslog: 3 år);
  - kaution for pengelån, gældsbrev mv.: 10 år;
  - kaution for leje, leasing, køb: 3 år;
  - begynder først at løbe, når kautionskravet forfalder;
  - simpel kaution: hovedmanden H kan ikke betale (insolvent);
  - selvskyldnerkaution: H betaler ikke;
  - tabskaution: tab dokumenteres.
- Kautionistens regres mod H: samme frist, § 12, stk. 1
  - dog altid 1 år fra egen opfyldelse, § 12, stk. 2.

13.6. Udskydelse pga. undskyldelig, faktuel uvidenhed

- "Ubekendt med fordringen eller skyldneren".
- Løber først fra viden eller burde-viden, § 3, stk. 2.
- Fx snigende personskade – asbest, forurening.

- Fuldmægtigs/rådgivers burde-viden indebærer også burde-viden hos kreditor, jf. *UfR 2015.3792 Ø (A/B Sølunden)* om a/b-foreningens krav mod arkitekt A, der var forældet pga. burde-viden hos arkitekt B, der bistod a/b-foreningen under byggesagen.
- Men absolut max.frist: 10 år, § 3, stk. 3, nr. 2-3
  - person- og forureningsskade: 30 år, § 3, stk. 3, 1. pkt.
- Juridisk uvidenhed udskyder **ikke**
  - *UfR 2000.1953 H (A/S-gebyrerne)*;
  - må derfor selv anlægge retssag for at afbryde egen frist;
  - eller aftale suspension, § 26, e.c.;
  - er uvidenhed om en ret iht. en kollektiv overenskomst juridisk eller faktuel?
    - *UfR 2011.921 Ø (museumsmedarbejderen)*
      - museet glemte at indbetale pensionsbidrag iht. overenskomsten;
      - medarbejderen blev først opmærksom herpå en årrække senere;
      - byret: retlig – derfor ingen suspension, derfor forældet;
      - landsret: faktuel – derfor suspension, derfor ikke forældet.

13.7. 1 års mindstefrist – i visse tilfælde

- Nævner kun nogle af dem her …
- Forudsætter, at kravet ikke allerede forældet.
- Afventer forvaltningsafgørelse
  - 1 år fra afgørelsen, § 21, stk. 1-4;
  - skal være en afgørelse, ikke blot en vejledende udtalelse, jf. *UfR 2013.1553 V (Arbejdsskadestyrelsen)*.
- Afventer afgørelse fra privat ankenævn, § 21, stk. 3.
- Realitetsforhandling mellem "K" og "D"
  - 1 år fra forhandlingens slutning, § 21, stk. 5;
  - efter en konkret vurdering var der ikke sådanne i den nævnte *UfR 2013.1553 V (Arbejdsskadestyrelsen)*.
- Kunne ikke finde D og derfor ikke sagsøge
  - 1 år fra kendskab, § 14, stk. 1;
  - dog max. 10 år i alt (30 år ved person/forurening).

13.8. Sådan afbrydes forældelsen – "retsskridt eller erkendelse"

- Fire metoder
  - men kort udtrykt: ved retsskridt eller erkendelse.
- Væk er den gamle 20-årige efter 5-14-4
  - hvor "påmindelse" til D var nok.

- Når forældelse er afbrudt, løber ny frist
  - den kan være længere end den gamle;
  - et 3-årigt krav bliver til et 10-årigt …
  - gennem dom, forlig eller gældsbrev.
- Metode 1: D's erkendelse, FL § 15
  - brev, forlig, gældsbrev, handlemåde ("konkludent").
- Metode 2: K foretager retsskridt, FL § 16
  - retssag: stævning indleveres, rpl. § 348, stk. 1;
  - gælder også en stævning i et gruppesøgsmål, jf. *Erik Werlauff* i UfR 2014 B s. 54 ff. ("Gruppesøgsmålets ramme");
  - betalingspåkrav: indleveres til fogedretten;
  - voldgift: anmodning til sendes til "D", vgl. § 22.
- Metode 3: "Boanmeldelse" – eller konkursbegæring, § 17.
- Metode 4: Udlægsbegæring, FL § 18
  - også udlæg mv. i udlandet, jf. *UfR 2014.210/2 Ø*;
  - pantefoged: forretningens foretagelse, § 18, stk. 2;
  - eller meddelelse til D om lønindeholdelse, § 18, stk. 4 (fælles lønindeholdelsesregister, TfS 2008 s. 129, vejledning);
  - og sådan holder SKAT liv i sine krav.

13.9. Forældet fordring kan bruges til konneks modregning – FL § 24

- Nettoprincippet: kun differencen skyldes *ex tunc*.
- Eksempel (igen): lejeforhold
  - U fik depositum fra L, 20.000 kr.;
  - U har samtidig udgift til div. indretninger i L's interesse;
  - men U får ved en fejl ikke opkrævet disse 30.000 kr.;
  - L fraflytter mere end 3 år senere – kravet er nu forældet;
  - men de 20.000 kr. af dem (konnekse) kan modregnes i depositum;
  - de overskydende 10.000 kr. (ukonnekse) er tabt for U.
- Variationer til eksemplet
  - bortfald pga. U's passivitet?
  - hvad hvis U først fik depositum, efter at hans krav mod L var forældet? (læs § 24 + sund fornuft)?

13.10. Anvende gamle eller nye regler? – "intertemporal forældelsesret"

- FL bruges fra 1. januar 2008 – også på ældre krav.
- Til og med 2010 skulle foretages dobbelt prøvelse
  - skal være forældet efter både gamle og ny regler.

- Eks. 1: 20-årigt krav stiftet 10. januar 1991
  - nye regler: forældet allerede 10. januar 2001 (det går jo ikke!);
  - gamle regler: forældes 10. januar 2011;
  - facit: 1. januar 2011 (overgangsregler slut).
- Eks. 2: 5-årigt krav forfaldt 10. januar 2003
  - nye regler: forældet allerede 10. januar 2006 (går ikke!);
  - gamle regler: forældet 10. januar 2008;
  - facit: 10. januar 2008.

13.11. Hvad kan man aftale henholdsvis frafalde om forældelse?

- Udgangspunkt: **D** er den svage part
  - kan ikke aftale længere forældelse; § 26, stk. 1;
  - men kan godt aftale kortere forældelse.
- Men **K** kan konkret være den svage: hvis K er forbruger
  - kan ikke aftale kortere forældelse, § 26, stk. 2;
    - ↬ U: ihændehaver-tilgodebevis, § 26, stk. 4.
  - kan godt aftale længere forældelse.
- Efterfølgende, fx når tvist er opstået
  - kan aftale suspension, jf. foran;
  - kan undlade at påberåbe sig forældelse, rpl. § 338, forhandlingsmaksimen;
  - evt. delafgørelse om forældelse, rpl. § 253, *UfR 1985.570 H*.

13.12. IP og forældelse – lovvalget mellem flere landes regler

- Dansk opfattelse
  - forældelse er et materielt kontraktspørgsmål;
  - forældelse følger fordringens lov (*lex contractu*);
  - fordring underlagt dansk ret = dansk FL anvendes.
- IP-lovvalg (fx aftale) er derfor også FL-lovvalg.
- Faldgrube nr. 1
  - nogle stater betragter forældelse som procesret;
  - dvs. afgøres efter domstolens lands lov (*lex fori*).
- Faldgrube nr. 2
  - evt. man aftalt lex mercatoria (hvis voldgift);
  - men *lex mercatoria* har ingen forældelsesregler.

Kapitel 14

Test din viden om obligationsret

14.1. Introduktion til "Test din viden"

- Prøv at besvare spørgsmålene efter hukommelsen.
- Først derefter tjekker du dit svar med lærebog, plancher, forelæsningsnoter op/eller kolleger/medstuderende.

14.2. Obligationsretten og dens grundbegreber

- Hvorfor er der en almindelig og en speciel del af obligationsretten?
- Hvilke privatretlige skyldgrunde findes der?
- Definér begrebet "baggrundsretten".
- Nævn mindst to obligationsretlige grundhensyn.
- Hvad viser efter din opfattelse dommen om de sløjfede altaner?
- Nævn mindst tre cases fra retspraksis til illustration af loyalitetspligten.
- Hvorfor var der i Danfoss/Brunata-sagen ikke ansvar for positiv opfyldelsesinteresse?
- Hvad mener Højesteret med ordene "manglende omsorg" i Thrane-sagen?
- Nævn to cases fra retspraksis til illustration af standpunktsrisikoen.
- Nævn to konkrete udslag af baggrundsrettens risikofordeling.
- Nævn to cases, hvor baggrundsretten fraviges gennem aftale.
- Hvad er Romkonventionens hovedregel om lovvalg i mangel af aftale?

14.3. Pengeydelser

- Giv eksempler på gensidige og på énsidige pengeydelser.
- Nævn mindst 3 karakteristika ved pengeydelser.
- Angiv grundelementerne i begrebet "rigtig ydelse".
- Hvornår indtræder debitors opfyldelsespligt?
- Har debitor krav på advarsel og ekstra frist, hvis han glemmer at betale?

- Hvor er som hovedregel betalingsstedet efter dansk ret?
- Angiv mindst to undtagelser til hovedreglen om betalingsstedet.
- Hvilken sammenhæng er der mellem betalingssted og værneting?
- Kan kreditor énsidigt ændre betalingsstedet, bindende for debitor?
- Hvor meget skal pengedebitor betale for den realydelse, han har fået fra sin kreditor?
- Havde Det Kgl. Teater handlet erstatningspådragende i sagen om balletten "Et eventyr"?
- Hvad er morarente, og fra hvornår løber den?
- Kan pengekreditor i ét eller andet omfang selv påvirke, hvornår morarente løber fra?

14.4. Gensidighed, samtidighed og risiko

- Hvad forstår vi ved "kontraktbalancen"?
- Hvordan kan samtidighedsprincippet fraviges?
- Nævn mindst tre eksempler på, at samtidighed er afløst af forud- eller bagudbetaling.
- Er samtidighed fraveget, når der udstedes faktura med påskriften "Betaling: Løbende måned + 30 dage"?
- Hvad kan sælgeren gøre, hvis hans folk fejlagtigt har afleveret en kontantvare uden at få betaling?
- Hvad mener vi, når vi taler om, hvem der skal "bære risikoen"?
- Hvad betyder udtrykket "*res perit domino*"?
- Forklar resultatet i dommene om varehusrøveriet samt andelskassen og døgnboksen.
- Hvad er "*depositum regulare*" henholdsvis "*depositum irregulare*"?
- Hvem bærer risikoen for det opbevarede ved "*depositum regulare*", og hvordan er bevisbyrden?
- Forklar de varierende resultater i de tre domme om 1) værkstedet og nøgleboksen, 2) taxaerne med nøgler i og 3) pakhusbranden.
- Hvad var det, der kiksede for leverandøren i sagen om maskinerne til isværket?
- Hvorfor er der forskel på risikofordelingen ved lånte henholdsvis lejede ting?
- Hvorfor er bevisbyrden, som den er, ved depositaransvaret og transportøransvaret?

14.5. Misligholdelse – en række fælles problemer

- På hvilke måder kan real- eller pengedebitor misligholde?
- Giv mindst to eksempler på fordringshavermora?
- Hvornår kan pengedebitor frigøre sig gennem deponering?
- Prøv, om du kan huske samtlige misligholdelsesbeføjelser.
- Hvem vælger, hvis der konkret er flere misligholdelsesbeføjelser?
- Kan man under en retssag opstille sine påstande (= krav) ud fra en principal henholdsvis subsidiær rangordning af forskellige misligholdelsesbeføjelser?
- Hvilken betydning har civilprocessens forhandlingsmaksime i denne forbindelse?
- Hvad viser den svenske stålpladedom?
- Hvad forstås der ved "konkurrerende" regelsæt?
- Nævn 3 eksempler på, hvem og hvad man hæfter for, når det skal bedømmes, om man har misligholdt.
- Hvilken betydning har "standpunktsrisikoen", når man skal bedømme, om modparten har misligholdt, og om hans misligholdelse er væsentlig?
- Giv 2 eksempler på, hvordan parternes kontrakt kan definere, hvad der er misligholdelse.
- Kan misligholdelse vedrøre noget, man frygter vedrørende modpartens fremtidige handlemåde?
- Forklar forskellen mellem *hardship* og *force majeure*.
- Hvad er en blød henholdsvis en hård hardshipklausul?
- Forklar forskellen mellem betingelseslæren og en betingelse i kontrakten.

14.6. Pengekreditors beføjelser

- Definér (igen!), hvad der forstås ved "rigtig" ydelse.
- Forklar (igen!), hvornår pengedebitor ikke skal betale hovedstol, men også renter, og da fra hvornår.
- Nævn 2 eksempler på, at kreditor skal give påkrav, før gælden skal betales.
- Hvad betyder udtrykket "pengemangel diskulperer ikke"?
- Giv 2 eksempler på gensidigt bebyrdende aftaler, hvor gensidigheden mellem parterne fortsat består.
- Giv 2 eksempler på aftaler, der (nu) er udtryk for en énsidig pengeforpligtelse.
- Hvad er "pengereglen", og hvilken parallel har den på området for gældsbreve?
- Skal debitor finde sig i et påbud fra kreditor om at betale 1) et andet sted og/eller 2) til en ny kreditor efter transport?

- Hvilken risiko løber debitor ved at ignorere en transport af fordringen mod ham fra K1 til K2?
- Giv 2 eksempler på, at lovgivningen definerer, hvornår pengedebitors misligholdelse er væsentlig.
- På hvilke måder kan parternes aftale definere og uddybe væsentlighedskriteriet?
- Hvad indebærer deponering uden for deponeringslovens område?
- Hvordan foregår en deponering inden for deponeringslovens område?
- Hvornår skal en virksomhed deponere penge hos det offentlige for overhovedet at måtte fortsætte virksomheden?
- Hvilke former for forrentning kan man aftale, når der er tale om rente for en aftalt kredit, fx i banken?
- Har kutymer nogen juridisk betydning inden for området for morarente?
- Skal man betale rentes-rente eller kun simpel rente?
- Hvilke kategorier af gebyrer og omkostninger løber der på, hvis pengedebitor misligholder?
- Hvordan fyldestgøres kreditor, hvis han har sikkerhed i form af underpant?
- Hvordan fyldestgøres kreditor, hvis han har sikkerhed i form af håndpant?
- Hvordan fyldestgøres kreditor, hvis han har sikkerhed i form af ejendomsforbehold?
- Hvordan fyldestgøres kreditor, hvis han ikke har tinglig sikkerhed (og heller ikke kaution)?
- Skal kreditor altid have dom over sin debitor, før han kan sende sagen i fogedretten med anmodning om udlæg?

14.7. Misligholdelse – hvad kan der aftales?

- Hvad drejer klausuler om henholdsvis lovvalg, værneting og voldgift sig om?
- Nævn mindst 2 typer af standardvilkår.
- Hvad indebærer "uklarhedsreglen", og hvornår anvendes den?
- Hvor meget eller hvor lidt kræves der, for at en parts almindelige forretningsbetingelser er vedtaget mellem parterne?
- Skal byrdefulde vilkår altid være fremhævet?
- Kan der på forhånd aftales noget om bevisbyrden mellem parterne?
- Hvordan løser man konflikten, hvis begge parter henviser til egne standardvilkår?
- Nævn mindst 3 juridiske instrumenter, som anvendes til at ændre parternes retsstilling ved misligholdelse i forhold til baggrundsretten.

- Er det altid udelukket at bruge aftalelovens § 36 til at ændre på en parts forpligtelse mellem erhvervsdrivende?
- Forklar forskellen mellem partsgaranti og tredjemandsgaranti.
- Hvilke ord skal anvendes, for at der foreligger en partsgaranti?
- Hvad er APA og SPA?
- Hvis der foretages due diligence forud for APA eller SPA, udelukker dette da altid behovet for en partsgaranti?
- Hvad drejede tvisten sig om i sagen, hvor boet efter fabrikant Erik Roug havde solgt Herning Beholderfabrik?
- Forklar forskellen mellem resultatpligt og bestræbelsespligt.
- Hvorfor måtte skatteklienten hos Ernst & Young selv bære tabet, hans skattearrangement med togvogne var blevet underkendt?
- Nævn 2 eksempler på en partsgaranti, der er skabt via lovregel.
- Forklar kort, hvad der må kræves, for at en ansvarsfraskrivelse er juridisk holdbar.
- Nævn to praktiske tilfælde, hvor man ofte vil aftale en konventionalbod ved brud på aftalen.
- Nævn de argumenter, der må forventes fremført til støtte for, at en aftale om konventionalbod skal tilsidesættes helt eller delvis.
- Hvilke elementer indgår i vurderingen af, om en ansvarsfraskrivelse er juridisk holdbar?
- Nævn mindst to elementer, som en rådgiver kan tænkes at ville begrænse sit ansvar for gennem aftale, og forklar, i hvilket omfang en sådan klausul er juridisk holdbar.

14.8. Direkte krav – skyldforholdets tredjemandsvirkning

- Hvad forstås der ved aftalens "partsrelativitet"?
- Hvad er forskellen på et uegentligt og et egentligt tredjemandsløfte?
- Hvorfor fik ejeren af det brændte indbo ingen erstatning, skønt politiet havde lovet at holde indboet forsikret?
- Nævn de 4 situationer, hvor aftalen mellem A og B skaber ret for T.
- Hvad er en "ejerskifteklausul" i et privat pantebrev, og er den et eksempel på et egentligt tredjemandsløfte?
- Nævn mindst ét eksempel på, at en forsikring skaber ret for tredjemand.
- Er det ved ansvarsforsikring hovedreglen eller undtagelsen, at skadelidte har et direkte krav mod forsikringsselskabet?
- Forklar, hvad "springende regres", og giv mindst ét eksempel.

- Forklar, hvad cessionsvirkning er, og giv mindst ét eksempel.
- Hvad skal der til, for at en privats fejl kan påberåbes af nogen, som den private *ikke* havde kontrakt med?
- Hvis en attest udstedt af en offentlig myndighed viser sig urigtig og tabforvoldende, hvad skal der så til, for at skadelidte kan få erstatning?

14.9. Overblik over ophørsmåder – samt berigelse og condictio indebiti

- Nævn mindst tre måder, hvorpå en fordring kan ophøre.
- Hvad er forskellen på passivitet og forældelse?
- Hvordan kan eftergivelse af en fordring blive aktuelt?
- Hvad er "præklusion"?
- Hvis D går konkurs, og K1 alene får en dividende på 2 pct., skylder D da stadig de 98 pct.?
- Hvad siger "berigelsesgrundsætningen"?
- Repetér de tre privatretlige skyldgrunde, vi har.
- Hvad er "*condictio indebiti*"?
- Forklar, hvad sagen om den nye motor i den leasede bus viser 1) om berigelsesgrundsætningen og 2) om civilprocessen?
- Hvad er "*jus tollendi*", og er den en lovregel eller en retssædvane?
- Hvis man blev glemt som arving i et dødsbo og nu kræver sin retmæssige arv, skal der da anvendes berigelses- eller erstatningsregler?
- Hvordan kan man med rette sige, at sagerne om Denkavit (ambisag) og Mønsgade i Århus viser, at man helt konkret kan slippe gratis fra sit retsbrud?
- K har gennem et år fået for meget i løn eller pension indbetalt på sin konto. Hvordan afgør du, om han skal aflevere pengene igen?
- Du har som virksomhed betalt for meget i afgift, hvilket viser sig efter 2 år. Kan du være sikker på at få det overskydende tilbage?

14.10. Modregning

- Forklar, hvorfor der i ethvert retssystem nødvendigvis må være behov for at kunne modregne.
- Giv mindst 3 eksempler på en situation, hvor der modregnes.
- Hvis du på vegne sagsøgte under en retssag fremsætter et modkrav, hvad skal du så altid tilføje til erklæringen herom?

- Hvis K (rekvirenten) på grundlag af en dom, et forlig eller et forkyndt betalingspåkrav begærer udlæg hos D (rekvisitus), er D så afskåret fra at bruge sit krav mod K til modregning?
- Forklar de tre modregningsbetingelser, der ligger i huskereglen KAI.
- Er erklæring fra den modregnende part en modregningsbetingelse?
- Er modkravets klarhed en modregningsbetingelse?
- Forklar, hvilken betydning standpunktsrisikoen har, når en part påtænker at foretage modregning.
- Giv et praktisk eksempel på de juridiske konsekvenser af den nævnte standpunktsrisiko.
- Giv mindst 3 eksempler på, at en fordring "øremærkede penge" kan indskrænke adgangen til modregning.
- Skal en bankgaranti altid udbetales effektivt, eller kan den berettigede risikere at få 0, fordi banken modregner?
- Kan man gennem aftale give afkald på eller dog begrænse sin mulighed for at modregne?
- Er konneksitet en betingelse for enhver form for modregning?
- Hvis krav og modkrav er konnekse, hvilke ekstra muligheder for modregning giver dette så?
- Forklar eksemplet med opgørelsen ved lejerens fraflytning, hvor udlejerens forældede krav vågner op og alligevel kan bruges til modregning.
- Er de forskellige grene af staten altid at betragte som én part (identiske) i forbindelse med modregning?
- Er de forskellige selskaber i en koncern at betragte som én part (identiske) i forbindelse med modregning?
- Hvad er "en koncernkonto" i en bank?
- Hvad var det for et modregningsproblem, der opstod, da mange selskaber skulle have den EU-stridige "ambi"-afgift retur?
- Hvorfor er det særlig byrdefuldt for kreditor K, hvis han ikke kan modregne, når hans debitor D går konkurs, og K samtidig skylder D penge?
- Hvilken rolle spiller fristdagen for muligheden for at modregne i konkurs?
- Forklar, hvorfor Coronet Cake ikke kunne modregne, da margarinefabrikken Grønvang gik konkurs.
- Hvis man skylder 1,0 mio. kr. fallenten F, kan man så (til kurs 5) opkøbe diverse krav på 1,0 kr. mod ham og bruge dem til modregning (så man kommer ud af sin gæld til F for kun 50.000 kr.)?
- Hvad er et "efterstillet krav" i konkurs, og kan man bruge det til modregning, hvis man skylder fallenten (nu boet) penge?

14.11. Præklusion og passivitet

- Fuldfør sætningen: "Præklusion forudsætter udstedelsen af et …".
- Hvis man anmelder for sent, mister man så sit krav i et dødsbo? I et konkursbo? I en gældssanering?
- Hvis man er usikker på sit krav i et dødsbo, kan man så foretage en foreløbig anmeldelse?
- Nævn mindst 2 eksempler på, at man bevarer sit krav, selv om man anmelder det for sent i et dødsbo.
- Hvorfor kan man sige, at kreditor er "under dobbelt ild" i en gældssaneringssag?
- Rammer en kendelse om gældssanering også pantsikrede krav?
- K har 100.000 kr. til gode hos D, som nu får gældssanering med 95 pct. bortsanering. Inden D når at afdrage på den sanerede gæld, går han konkurs. Dividenden i boet er 5 pct. Hvor meget får K i dividende?
- Et negotiabelt pantebrev på 100.000 kr. udstedt af D opnår ingen dækning på tvangsauktion. Efterfølgende opnår D gældssanering med 100 pct. bortsanering. Pantebrevet ejes nu af K3, som ikke er bekendt med auktionen. Hvor meget kan K3 kræve betalt af D?
- Hvor findes retsgrundlaget til vore grundsætninger om retsfortabelse pga. passivitet?
- K kræver 100.000 kr. arbejde udført for D. D mener kun at skylde 70.000 kr. sender dette beløb til K med et brev om sine indsigelser. Hvor længe må K vente med at tage retsskridt til at få de resterende 30.000 kr.?
- Hvis noget er blevet stjålet fra én, hvor længe kan man så vente med at kræve det vindiceret fra en godtroende køber?
- Giv et eksempel på, at man gennem passivitet kan miste bestemte beføjelser, men ikke nødvendigvis hele sin fordring.

14.12. Forældelse

- Hvad er den korte, og hvad er den lange forældelsesfrist i dag? Hvilken af dem er hovedreglen?
- Hvis man vil have skat tilbage pga. forhold, som man først opdager nu, hvilke regler skal man så anvende?
- Hvornår begynder forældelsen at løbe for et pengelån?
- Hvornår begynder forældelsen at løbe for et erstatningskrav i kontrakt?
- Hvornår begynder forældelsen at løbe for et erstatningskrav uden for kontrakt?
- Nævn mindst 3 typer krav, der er underlagt 3-årig forældelse.
- Nævn mindst 3 typer krav, der er underlagt 10-årig forældelse.

- Gælder der samme forældelsesfrist for et pengelån og for renter af dette?
- Forlænges eller forkortes forældelsesfristen, hvis den udløber i en weekend? Hvordan skal det tilsvarende spørgsmål besvares for andre lovmæssige frister for anlæg af retssag og for anke?
- Hvordan forældes kravet på restindbetaling ved tegning af selskabsretlige kapitalandele med udskudt indbetaling (25 pct.-reglen)?.
- Hvor lang er forældelsesfristen for kreditors krav mod en kautionist, og hvornår begynder forældelsen at løbe?
- Hvad kan, og hvad kan ikke udskyde det tidspunkt, hvor forældelse begynder at løbe?
- Hvis K's krav mod D, der bestrides af D, er lige ved at være forældet, hvad medfører det så, hvis parterne indlader sig i realitetsforhandling for om muligt at finde en forligsmæssig løsning?
- Nævn mindst 2 eksempler på, at forældelses-uret sættes i stå, mens en begivenhed finder sted, og således at der efterfølgende gives en frist på altid mindst 1 år?
- Forklar med nogle få ord, hvad der kan afbryde en løbende forældelse.
- Er det korrekt forstået, at K kan holde sit krav forældelsesmæssigt i live gennem jævnlige udlægsforretninger hos D?
- Nævn (igen) et eksempel på, at en konneks fordring kan bruges til at modregne med, også selv om den er forældet.
- Hvad mente man med "dobbelt prøvelse" af visse forældelsesspørgsmål i tiden indtil 1. januar 2011?
- Kan man aftale kortere forældelse, end hvad loven fører til? Længere?
- Kan man aftale at udskyde (suspendere) forældelse, mens man venter på en anden sag, der betragtes som en *leading case* for nærværende sag?

KONTRAKTUDARBEJDELSE

Kapitel 1

Hvad er vigtigt at vide om kontrakter?

- (læs evt. bogen: *Erik Werlauff*: Kontrakter (3. udg., 2013)

1.1. Den, der arbejder med kontrakter, skal kunne følgende

- Udarbejde,
- Bedømme,
- Forhandle, og
- Fortolke kontrakter.

Hvad er en kontrakt?
Hvorfor er det berettiget at sige, at kontrakten er den vigtigste retskilde, vi har?
Gør det nogen forskel, om du (eller modparten) udarbejder det første udkast?
Hvornår gælder "koncipistreglen", herunder aftl. § 38 b?

1.2. Fem vigtige egenskaber hos kontraktkoncipisten

- Sæt dig ind i faktum ("faktum, faktum og faktum").
- Kend juraen (baggrundsretten).
- Formuler dig klart og enkelt (U: *common law contract*).
- Stil spørgsmål (gerne på tryk – en spørgsmålsliste til klienten).
- Tag i særdeleshed højde for evt. ufravigelig baggrundsret.

Hvilken "ufravigelig baggrundsret" skal du tage højde for?

1.3. Tre niveauer for det, du lærer af dette kompendium

- Det enkelte emne (naturligvis).
- Baggrundsretten.
- Hvad kan og bør man skrive i kontrakten?

> Bemærk de tre niveauer – de vil altid være relevante!

Kapitel 2

Nogle vigtige spørgsmål – fælles for alle kontrakter

2.1. Hvilken retskultur skal kontrakten anvendes i?

- Kontinental ret
  - "*I give you this orange*".
- Common law kulturen (UK, USA, Canada etc.)
  - "*I give you all and singular, my estate and interest, right, title, claim and advantage of and in that orange, with all its rind, skin, juice, pulp and pips, and all the right and advantage therein, with full power to bite, cut, suck and otherwise eat the same … with much more to the same effect*" (*Symonds*: The Mechanics of Law-making (1835) s. 75 og *Helge J. Thue* i Lov & Rett 2000 s. 449 f.).

> Er dette spørgsmål identisk med spørgsmålet om IP-retligt lovvalg?
>
> Er der retsområder, hvor common law-kontrakten reelt er en nødvendighed?

2.2. Hvordan skaffer du oplysning om baggrundsretten?

- Dansk ret: www.retsinfo.dk; foxylex.dk; djøf-lovsamling; Karnov
- EU-retten:
  - direktiver, forordninger mv.:
    - http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=da
  - EU-domme: samme sted, dvs.
    - http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=da
- Kutymer: www.danskerhverv.com (branchemæssige responsa).
- Fremmed ret: Google; lokal "retsinfo"; køb lærebog; lokal kollega
  - hvis fremmed ret er aktuel, hvad kan du så med fordel gøre i forhold til den anden part (som er "hjemme" i retssystemet)?

2.3. Hvilken betegnelse bør du bruge for kontrakten?

- Dansk: Aftale; Kontrakt; Overenskomst.
- UK/US: *Agreement* (modsat *Contract* = hele retsforholdet).
- Tysk: *Vertrag.*
- Fransk: *Contrat.*
- Sproglig oprindelse: *contraho* (latin) – sammendrager (dvs.: hvad vi har aftalt).
- "Aktionæroverenskomst" og "anpartshaveroverenskomst": fra 2010 – "ejeraftale" …
  - SPA – Share Purchase Agreement;
  - APA – Asset Purchase Agreement;
  - BTA – Business Transfer Agreement;
  - NDA – Non Disclosure Agreement.

2.4. Nogle vigtige standarddokumenter, du evt. kan bruge

- Nationale agreed documents (bl.a.)
  - AB 92 – byggeopgaver;
  - ABT 93 – totalentreprise;
  - ABService – tjenesteydelser til det offentlige.
- "Énsidige" dokumenter (bl.a.)
  - NSAB – Dansk Speditørforbund (opbevaring, fragt);
  - Danske Reklame- og Relationsbureauers Brancheforening, DRRB (marketing).
- Internationale agreed documents (bl.a.)
  - ICC Incoterms 2016 (løsørekøb);
  - ICC Model Distributorship Contract;
  - ICC Model Franchising Contract;
  - ICC Model Turnkey Supply;
  - ICC Model Mergers & Acquisitions Contract (APA eller SPA);
  - Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010.
- Paradigmaer – køb ad hoc eller abonnér
  - Karnov Group – Thomson Reuters Professional (abonnement, juradatabase);
  - Karnov Group – Thomson Reuters Professional ("Paradigma");
  - DJØF: Juridisk Formularbog (fysisk eller online);
  - køb ad hoc: www.dokumenter.dk.
- Paradigmaer – egne – oparbejd samling! (pas på ophavsret!).
- Egne standardvilkår (med individuel tilpasning) – vedtagelse!

Hvad er fordele og ulemper ved, at du anvender et paradigma?

Hvad er en tjekliste?

Hvad er en spørgsmålsliste?

Hvad er et kontraktresumé?

Hvad er "the battle of forms"?

Who wins the battle?

Hvilke funktioner har ICC? (vi møder dem igen under voldgift).

Skal der meget eller lidt til for at vedtage et standarddokument – *UfR 1995.856 H (pakhusbranden)* (DL 5-8-14 som baggrundsret).

2.5. Forskellige typer af aftaler

- Mundtlig aftale, DL 5-1-1
  - evt. udelukket gennem (forudgående) aftale: AB 92 § 4 (accept);
  - evt. udelukket gennem lov: ejendomsformidlingsaftale med forbruger – § 10 i lov om ejendomsomsætning;
  - evt. udelukket pga. emnets kompleksitet: ØLD 15. juni 1981 (17. afd. 170/80) – ny storaktionærs stemmeforpligtelse; løfte ansås ikke afgivet mundtligt.
- Aftale i kraft af "quasi-kontraktuel, konkludent handlemåde" – hvad er dét?
- Tilbud og accept.
- Ordrebekræftelse (ofte med egne leveringsbetingelser!).
- Brevbekræftelse (fx lånetilbud).
- Protokollat og referat – kan være lige så juridisk "stærk" som en kontrakt.
- Egentlig kontrakt (med begge parters underskrift).

Kan kontrakten bestå af fx 4 individuelle sider, der henviser til de vedhæftede branchevedtagne standardvilkår?

UfR 2009.967 H (reklameopgave, voldgift)

2.6. Prækontrakt og hensigtserklæring

- Prækontrakt, fx en NDA – *Non Disclosure Agreement*.
- *Letter of intent*; *letter of understanding* – vi har til hensigt at (men har endnu ikke forpligtet os til at) kontrahere med hinanden.

Hvad er *culpa in contrahendo*?

Hvordan kan brud på en prækontrakt sanktioneres?

Kunne der være et stærkere alternativ til et *letter of intent*?

2.7. Due diligence ved virksomheds- og majoritetskøb (APA og SPA)

- Kontraktens typiske ord – "… som beset" – hvad indebærer de?
- Købers undersøgelses-"pligt" – kbl. § 47 – *caveat emptor*
  - er dette en pligt for køber?
- Sælgers "loyale oplysningspligt" – *caveat venditor*
  - *UfR 2004.1784 H*, "glemte" at fortælle om storkundes ordrestop, momsrestancer mv.;
  - er dette en pligt for sælger? – CISG artikel 35, stk. 3.
- Systematiseret undersøgelse – *due diligence*.
- Finansiel contra juridisk *due diligence*.
- *Datarum* – alle dokumenter registreres og gennemgås
  - den typiske due diligence-klausul indebærer (jf. Tobias Bonde Frost i ET 2015 s. 123 ff.), at køber skal …
    - foretage en tilbundsgående undersøgelse af målselskabet,
    - stille datarumsspørgsmål til de forhold, der giver konkret anledning til bekymring for køber,
    - efterprøve de oplysninger, der stammer fra sælgers svar på spørgsmål, og
    - reagere med opfølgende spørgsmål, hvis sælgers svar er ufyldestgørende.
  - dermed vejer købers undersøgelsespligt ofte tungere end sælgers loyale oplysningspligt, antager Tobias Bonde Frost.

Hvad er fordele og ulemper ved due diligence, 1) før der handles (suppleret med et *letter of intent*), eller 2) efter at der er handlet (dvs. i form af en betinget handel)?

Hvad vil du særligt undersøge under en *due diligence*?

Kan *due diligence* risikere at svække købers mulighed for mangelindsigelser?

2.8. En præambel

- UK/US: en nødvendighed pga. kravet om *consideration*, dvs. vederlag for enhver aftale (ydelse/modydelse – skal være i balance).
- EU-direktiver og -forordninger: alle har de en præambel.
- Svarer til Romerrettens *causa* – selve årsagen til løftet el. kontrakten. Hvorfor indgår vi den?
- Danske kontrakter: kan med fordel udstyres med præambel.
- Vigtigt fortolkningsbidrag i tilfælde af tvivl – hvad var hensigten? (kontrakter fortolkes jo "subjektivt", intentionspræget).
- Billighed: Man kan aftale, at en evt. tvist afgøres "efter billighed" (*ex aequo et bono*); en voldgiftsret kan gennem voldgiftsklausulen eller ved konkret aftale udtrykkeligt bemyndiges til rimelighedsbaseret afgørelse, jf. vgl. § 38, stk. 3.

> Binder en billighedsaftale en domstol?
>
> Binder den en voldgiftsret? vgl. § 28, stk. 3.
>
> Hvad er forholdet mellem p.d.e.s. (1) forudsætningslæren, aftalelovens § 36 og hardship-klausuler og p.d.a.s. (2) en billighedsaftale?

2.9. Kontraktens opstilling, inddeling mv.

- Overskuelig, luft, indrykning, numre, litra (indsæt dem til sidst; start med at skrive xx – og til sidst søge på dette).
- Hvilket sprog?
  - Er principielt uafhængigt af IP-retligt lovvalg;
  - men sproget er mere end blot en "oversættelse" – mange begreber følger med.
- Overskrifter – skal de være i eller uden for kontrakten? – "*… ikke en del af kontrakten, men tjener alene til orientering*".
- Definitioner – "Sælgeren", "Køberen", "Selskabet", "Virksomheden", "Aktierne", "*the Seller*", "*the Purchaser*", "the NDA"; "the APA", "the SPA", "*the Company*".
- Skriver man visse betegnelser med stort? (Selskabet, Sælger, Køber)?
- Forkortelser.
- Understregning, kursiv, småtryk, fodnoter?
- Henvisninger til vedhæftede dokumenter.
- Krydshenvisninger til kontrakten selv (start med xx).

Hvis der ikke skrives noget om overskrifterne, har de så fortolkningsmæssig betydning?

UfR 2005.984 H (Midtbank) – VHL kap. 10's overskrift: "Misbrug af …".

Kapitel 3

Parterne

3.1. Vigtigt med præcis partsangivelse – men hvordan?

- Personligt firma: angivelse af personen + firmanavnet (ikke blot fx "Solcenteret").
- Selskab mv.: det fulde selskabsnavn + cvr-nr. (forlang sammenskrevet resumé fra ES). Alle firmanavne kan findes via www.cvr.dk – og alle cvr-nr. kan findes via firmanavne på www.cvr.dk.
- Udenlandsk selskab: "*Between Tupperware, Inc., a company organised and existing under the laws of Delaware, with a registered office in …., hereinafter called 'the Purchaser' and …*"
- Særligt om selskab mv.:
  - — må dette selskab godt indgå denne kontrakt?
  - — *ultra vires* handlinger kan være ugyldige, fx finansielle kontrakter (se på formålet, dvs. det sammenskrevne resumé fra ES) …
    - (*Erik Werlauff* om *ultra vires* i TfR 1995 s. 780 ff. og i ET 2006 s. 189 ff.);
    - *(UfR 2002.2644 H (Herning Elektro a/s)* – selskab ikke bundet af optionsaftaler).
- Praktiske oplysninger: adresse; telefon; (mange lande: også fax); e-mail (kan der gives bindende meddelelser til denne mailadresse? – hvis ja: skriv det); mobil på ledende medarbejdere.

Hvorfor er langt de fleste parter i kommercielle kontrakter selskaber, ikke personer?
Hvem ejer og styrer de selskaber, der er parter i kontrakten?
Hvordan bør kontrakten forholde sig til disse "reelle ejere" (parterne bag parterne)?

3.2. Særlige parts-overvejelser – flere parter på én side, koncerner etc.

- Skal flere parter på én kontraktside betragtes som én part? – og dermed hæfte solidarisk? – baggrundsretten: princippet bag gbl. § 2 om samdebitorer.
- "En koncern" kan ikke være part – koncernen er hverken en juridisk eller en fysisk person!
  - hvilke(t) koncernselskab(er) skal indgå som part?
  - skal moderselskabet hæfte? og/eller have ret og pligt til at indtræde som part, hvis datterselskabet misligholder?
  - må info flyde frit fra det partsbundne koncernselskab til andre selskaber i koncernen?
  - må andre koncernselskaber frit konkurrere med parterne?
- En nødvendig binding på mindst tre niveauer
  - selskabet D er part;
  - D ejes af holdingselskabet M;
  - M ejes af hovedaktionæren H;
  - hvem skal være part, og hvem skal tiltræde, evt. "indestå"?

> Hvad er konsekvenserne, hvis fx 10 partnere eller familiemedlemmer i en fælles kontrakt sælger hver deres aktier i (familie)selskabet til køberen K?
>
> Er der alternativer til, at et moderselskab påtager sig at hæfte (indestå) for det partsbundne datterselskab?
>
> Hvordan er moderselskabet M skattemæssigt stillet, hvis indeståelsen for datterselskabet D bliver effektiv?
>
> Hvordan er hovedaktionæren H stillet i en tilsvarende situation? *(TfS 2003.255 LR (opregulering af salgssum)*; *TfS 2003.852 LR (én efterregulering)*; *TfS 2007.641 Ø (kaution var nedslag)*; *TfS 2009.520 H (kaution var nedslag, som dog i forvejen var skattefrit)*.

3.3. Kan en part udskiftes?

- Pas på under forhandlingerne:
  - "*Jeg ved ikke lige, om det bliver mig eller mit selskab*". "*Vi ved ikke lige, hvilket selskab i koncernen det skal være*". "*Måske stifter vi et særskilt selskab til dette*". "*Kan vi ikke lade dette stå åbent lidt endnu?*"
- En part kan ikke frit udskiftes – Debitorskifte kræver kreditorsamtykke!
- "Udskiftning" via selskabsretlig universalsuccession
  - fusion og spaltning indebærer et partsskifte;
  - det samme gælder (ofte reelt) en majoritetsoverdragelse;

- baggrundsretten: medkontrahenten må finde sig i dette (hvorfor)?
- værnet herimod: *change-of-control*-klausul:
  - "*Hvis en part indgår i en fusion eller spaltning, eller hvis den bestemmende indflydelse over en part overgår til andre, har den anden part ret til at opsige kontrakten. Meddelelse om sådan opsigelse skal gives inden 30 dage efter modtagelsen af underretningen om fusionen mv. Opsigelsen sker med et varsel på 3 måneder til udgangen af en måned.*"

✍ Tilføjelsen af "*… eller ordre*" efter en parts navn
- fx efter køberen af en vare eller tjenesteydelse;
- bør undgås …
  - giver ret til uden samtykke at indsætte en anden i sit sted …
  - men fritager næppe automatisk for et hæftelsesansvar …
  - dvs. medfører som udgangspunkt ikke et debitorskifte, jf. *Kim Frost* i ET 2014 s. 23 ff., særligt s. 32.
- alternativt: skriv, at begge hæfter (som ved salg af en ikke fuldt indbetalt aktie, jf. nu SL § 34, stk. 5):
  - "*Overdrager en kapitalejer en ikke fuldt indbetalt kapitalandel, hæfter vedkommende solidarisk med erhververen og senere erhververe for den resterende indbetaling af kapitalandelen.*"

Hvis der ikke er en *change-of-control* klausul, og en part undergår et majoritetsskifte, har den anden part da hæve-, opsigelses- eller tilbagetrædelsesadgang?

UfR 1969.25 H (ejerskifteafdrag); *UfR 1966.145 H (hjemfaldspligt)*; *UfR 1982.87 H (ledende medarbejders fratrædelsesadgang)*.

Kapitel 4

Tre ting at huske

- Definitioner.
- Eksemplifikationer.
- Informationer.

4.1. Definitioner – geografisk, sagligt, tidsmæssigt etc.

- Geografisk udstrækning
  - hvor skal kontrakten gælde, fx en agent- eller forhandleraftale?
  - er der eneret til et område? – tjek da, at dette er konkurrenceretligt lovligt – www.ks.dk;
  - der er en kontraktretlig formodning mod eneret – *UfR 2009.799 H*, rammeaftale om kontormøbler til institutioner under Region Syddanmark efter EU-udbud.
- Saglig udstrækning
  - fast ejendom identificeres (matr. nr., adresse);
  - løsøre defineres om muligt (fabrikationsnr., stelnr.) – ellers: genus;
  - må den immaterialret, hvortil der aftales licens (fx patent, brugsmodel, knowhow), bruges til andet end det aftalte?
    - "*Nærværende kontrakt vedrører udnyttelsen af A's opfindelse kaldet Aquafon som beskrevet i vedhæftede bilag, dog alene til lægelige behandlinger under vand, men ikke til andre benyttelser eller til brug i andre væsker, idet A forbeholder sig eneretten til samtlige sådanne anvendelsesmåder.*" (lærebog s. 45)
- Ikrafttræden
  - baggrundsretten: straks (er fx nu ejer af købte ting);
  - men evt.: senere levering;
  - eller *closing* finder først sted, når bestemte betingelser er opfyldt (dvs. vigtigt at sondre mellem *signing* og *closing*).
- Varighed
  - enkeltstående, fx levering af maskine;
  - vedvarende – opsigelsesvarsel? uopsigelighedsperiode? tavs om opsigelse?
  - i så fald baggrundsret: rimeligt varsel – *UfR 2009.967 H (reklameopgaven)*.
- Tekniske begreber og specialudtryk – defineres.

- Tidsfrister – defineres:
  - hvad betyder "inden den 14. i den følgende måned"? "inden 14 dage efter, at …"?
  - leveringsklausuler: kan normalt henvise til Incoterms 2016 + den konkrete Incoterm-klausul (fx "Incoterm EXW"), jf. senere under Levering.

> Hvad er "*closing*"?
>
> Hvornår indtræder den?
>
> Hvad indebærer den?
>
> Hvorfor er Incoterms normalt bedre and købeloven at henvise til?

4.2. Eksemplifikationer

- Klogt at illustrere kontraktens abstrakte tekst med eksempler.
- Men de må ikke være udtømmende. "*… such as, but not limited to …*"; "*… herunder, men ikke begrænset til, …*".
- Omfattende regneeksempler optages i et bilag (som huskes! opremsning af bilag til sidst i kontrakten!).
- Regneeksempler – fx ved reguleringsklausuler (Arla Foods' investeringsselskab – reguleringsklausul gav helt uventet resultat (negativt tilgodehavende) – utrykt forlig).

> Hvad skulle "Arla Invest" have gjort ved udarbejdelsen af kontrakten? (Regne)eksempler! Hvis x, så y. Men er y acceptabelt?

4.3. Informationer

- Husk igen baggrundsretten: Sælgerens loyale oplysningspligt – *caveat venditor*; køberens undersøgelses-"pligt" – *caveat emptor*.
- Vigtigt at fastholde, hvad de hver især har oplyst om centrale forhold
  - men hvor? A) i præamblen; B) i en særskilt § lige efter præamblen; C) i tilknytning til de enkelte dele af kontrakten;
  - hvem har bevisbyrden, hvis det ikke er fastholdt i kontrakten?
- Bemærk sondringen:
  - faktuel oplysning: kun ansvar, såfremt der kan påvises culpa;
  - indestående: hæftelse på objektivt grundlag, dvs. uden culpa.
- Omsætning – virksomhed, patent, agentur (oplysning herom skal være korrekt).

- Tekniske egenskaber – "typegodkendt", "kapacitet", "servicebehov" (skal være korrekt)
  - APA om "ultralette", typegodkendte campingvogne, *UfR 1996.928 H*; var tunge og ikke typegodkendt; købesum 2,5 mio. kr.; erstatning 2,3 mio. kr.;
  - SPA ad oliesøgende ingeniørselskab, *ND 1996.607 H (Norge)*; S "glemte" at oplyse: var selv ved at få patent på nogle af Target's processer (boretårn).
- Er der opstået eller udsigt til …
  - reklamationer, dvs. køberetligt;
  - indsigelser fra myndigheder eller fra andre virksomheder – konkurrence- eller MfL-retligt;
  - produktansvar, dvs. PAL-lov eller praksisreguleret;
  - miljøsager, dvs. miljø- og/eller naboretligt;
  - arbejdsmiljø (*UfR 2009.1598 H (Roug-sagen)*, jf. senere ad indeståelse).
- Generel opsamlingsklausul kan være hensigtsmæssig:
  - "*… foreligger ikke juridiske eller faktuelle forhold, der kan være til hinder for, at kontrakten efterleves efter sit indhold*";
  - dvs. kontraktuel udmøntning af begge parters loyale oplysningspligt.
- Rangfølge for dokumenter – relevant fx ved entreprise, skibsbygning, tekniske specifikationer mv.

4.4. Offentlig godkendelse eller registrering

- Hvordan møder man kravet om godkendelse?
  - typegodkendelse af produkt – de ultralette campingvogne;
  - sundhedsgodkendelse af restaurant;
  - miljøgodkendelse af produktionsvirksomhed (listevirksomhed);
  - autorisation til at drive bank, forsikring, fondsmægler etc.;
  - børs- eller AMP-notering af selskab;
  - valutatilladelse (nogle lande uden for EU/EØS).
- Betydning for kontrakten
  - er opnåelsen en betingelse for kontrakten?
  - hvem skal ansøge, og hvem har ansvaret?
  - hvem bekoster? (uden regres – eller med ligedeling?)
  - hvem ejer rettigheden, når den er opnået? særskilt SPV hertil?
  - hvem opretholder rettigheden? hvem bekoster opretholdelsen?
  - hvad hvis rettigheden bortfalder?
  - båndlæggelse en årrække efter brug? – en "OMA-klausul".
- Registrering
  - fast ejendom – rettighed tinglyses/registreres;
  - patent, brugsmodel, varemærke, EU-varemærke – registrering;
  - hvem gør det? hvem bekoster det? oprette SPV hertil?

- Myndighed, der skal tages i ed – ellers: ugyldighed
  - mange lande: oprettes for notar – gyldighedsbetingelse;
  - konkurrencemyndigheder – nationale, EU;
  - hvem gør det? hvem bekoster det?

> Hvornår er det relevant at indhente godkendelse fra følgende: SKAT; KonkurrenceStyrelsen; Nasdaq OMX Københavns Fondsbørs; Finanstilsynet; Civilstyrelsen; Erhvervs- og Selskabsstyrelsen? Gennemgå kontrakten i disse relationer.

4.5. Kompetence

- Hvem kan underskrive kontrakten? – ES-udskrift vedhæftes.
- Udsendte medarbejdere – kan de binde selskabet? Eller er de i aftaleretlig forstand "bude"? project manager på pladsen?
- Lokal agent – binder han agenturgiveren? Baggrundsretten: kan ikke indgå aftale, handelsagentlovens § 16, stk. 1; ikke modtage betaling, § 20, stk. 1; men kan modtage reklamation, § 21.

> Hvilken del af baggrundsretten (hvilket retsområde) skal anvendes, hvis de netop ovenfor nævnte forhold ikke er afklaret?

4.6. Meddelelser mellem parterne

- Handelsagenten – kan (som nævnt) modtage reklamation, HGL § 21.
- Meddelelser mellem parterne – kan de gives via e-mail? skriv det! (hvad siger baggrundsretten?).
- Flere parter – orienteringskopier til øvrige.
- Aftaleseddel, mødereferat – refererer faktuelle forhold; men aftal gerne, at nye aftaler skal fremhæves:
  - "*[Bygherrens] modtagelse af referater indebærer ikke nogen godkendelse af det passerede …*"
- Nye udkast – kræve fremhævelse (fx i Word) af ændringer og udstregninger.

Kapitel 5

Kravene til ydelsen

5.1. To typer af ydelser – resultatpligt eller bestræbelsespligt ("best effort")?

- Resultatpligt – varesalg, entreprise, nogle tjenesteydelser (reparation mv.) …
  - genstanden skal leveres;
  - sælgeren bærer risikoen indtil da;
  - *UfR 2009.437/1 H (frysehuset)* – bar risiko indtil "levering".
- Bestræbelsespligt – mange slags tjenesteydelser: *best effort* er tilstrækkelig …
  - U-1: indeståelse for et bestemt resultat ("løfte");
  - U-2: culpa hos tjenesteyderen ("fejl");
  - U-3: en *incentive*-klausul.

> *UfR 2002.2578 Ø (fejlslagent skattearrangement)*.
>
> Hvilke to hovedanbringender må der under en retssag forventes fra klienten til støtte for et krav mod rådgiveren? (principalt: han indestod; subsidiært: han fejlede (culpa).
>
> Eksempler på relevansen af en *incentive*-klausul?

5.2. Grundlæggende om enhver ydelse – kontraktens hv-spørgsmål

- Hvorfor – en præambel med baggrunden.
- Hvem – den eller de forpligtede (cvr-nr.; evt. solidaritet mellem dem).
- Hvad – nærmere beskrivelse af ydelsen, der skal præsteres …
  - kvalitet;
  - kvantitet.
- Hvor – opfyldelsesstedet.
- Hvornår – opfyldelsestiden.

- Hvordan opfylde – opfyldelsesmåden.
- Hvordan bekoste – opfyldelsesomkostningerne.
- Hvad, hvis ikke – evt. særlige misligholdelsesbeføjelser.

> Definér om muligt baggrundsretten til hvert enkelt af disse spørgsmål.

5.3. Hovedydelse eller biydelse – er denne sondring stadig relevant?

- Hovedydelsen – det, der karakteriserer aftalen (den karakteristiske ydelse). Nyere retslitteratur: "kerneydelsen".
- Biydelser – alt andet, fx …
  - montering;
  - indkøring;
  - prøvekørsel – taking-over test;
  - forbrugsmaterialer til levering, montering, indkøring;
  - reservedele;
  - service;
  - emballage;
  - fragt;
  - forsikring;
  - teknisk dokumentation;
  - teknisk rådgivning – *know-how* + *show-how*.

> Evt. baggrundsret om hvert af disse elementer?
>
> Betydningen af misligholdelse af henholdsvis hoved- eller biydelse.

5.4. Ydelsens kvalitet – den ene del af spørgsmålet: "hvad"

- Udgangspunkt: hvad er sædvanligt/normalt? – CISG artikel 35, stk. 2, litra a:
  - "*… are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used*"; en god vending at indbygge i mange former for kontrakter.
- Dvs. et forventningssynspunkt – ud fra det sædvanlige, det normale, det forventelige.
- Specifikationsbeføjelse hos køberen? – AB 92 § 14, stk. 2 (ændringsret):
  - "*Der træffes snarest tillægsaftale om ændringer*". – Hvis enhedspris: skematisk prisændring; ellers: regningsarbejde, § 14, stk. 3-4. – Tilsvarende ved skibsbygning mv.

- Tolerancer – bør nævnes i kontrakten. Ordet "cirka" betyder +/- 5 pct. (dog 10 pct. for en hel skibs-, tog- eller vognladning), jf. princippet i kbl. § 66, stk. 2 + Incoterms 2016.
- Æstetiske tolerancer – evt. særligt ønske hos køber bør fremhæves i kontrakten; ellers spillerum for sælger.
- Specielle krav til produktet – præstations/produktionsevne; miljøvenlighed; skudsikkert materiale (!) – ambassadesagen: skudsikkerhed ej garanteret (er et relativt begreb); alene en bestemt DIN-norm mv. var garanteret; "Personsikkert". Er der relevante DIN-normer?
- Påtænkt anvendelse – sælger kan forudsætte det "normale" (CISG artikel 35, stk. 2, litra a); særlige krav hos køber bør fremhæves i kontrakten. – Gælder også fx slidstyrke.
- Lovlighed – **offentlig**retlige krav: særlige krav i købers land bør specificeres.
- Lovlighed – **privat**retlige krav:
  - objektiv indeståelse for krænkelse af tredjemands ret, fx ejendomsret, ejendomsforbehold eller pant. Analogi til vanhjemmel, kbl. § 59;
  - CISG artikel 41: "*The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim*";
  - kun culpaansvar for krænkelse af tredjemands bedre immaterialret;
  - CISG artikel 42: "*… right or claim of a third party … of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware …*"
  - om ansvarsgrundlaget ved immaterialretlig vanhjemmel se Lasse Buur Heisel & Dennis Bæckmann Rasmussen i UfR 2015 B s. 57 ff.

> Hvad vil det sige, at noget er et "regningsarbejde"? Hvad må det koste?
>
> Hvad indebærer den dobbelte vending "*free from any right or claims of which – at the time of the conclusion of the contract – the seller knew or could not have been unaware*" i CISG artikel 41-42?

5.5. Leveringstiden – svaret på "hvornår"

- Hvis uomtalt i kontrakten – skal ske efter påkrav, jf. princippet i kbl. § 12.
- Ellers tre modeller for fastlæggelsen – jf.CISG artikel 33, litra a) – c):
  - en bestemt dato – "*a date is fixed by or determinable from the contract*";
  - et aftalt tidsrum – sælgeren bestemmer inden for dette, kbl. § 13; "*a period of time is fixed by or determinable from the contract*";
  - inden rimelig tid – "*within a reasonable time after the conclusion of the contract*".

- Klausulerne primo, medio og ultimo – (= i begyndelsen, i midten, i slutningen); er henholdsvis den 1.–10., den 11.–20. og den 21.–sidste månedsdag, kbl. § 68, stk. 1 (særlig regel om værdipapirer, kbl. § 68, stk. 2).
- Tolerance? – "*period of grace*": kun, hvis aftalt (eller +kutyme).
- Hvad er det, der skal ske inden for leveringstiden? – Levering! Dvs. helt afgørende bliver, hvad der forstås ved "*levering*", jf. næste afsnit.

> Hvornår kan **sælgeren** have behov for at få indbygget en "*period of grace*"?
>
> Hvornår kan **køberen** have behov for at få indbygget "*a fixed date*"?
>
> Bør køberen i kontrakten angive årsagen hertil?

5.6. Hvad er "levering"?

- "Levering" er et **juridisk** begreb – det er afgørende for, om der er forsinkelse; om risikoen er gået fra sælger til køber; om tingen er mangelbehæftet eller mangelfri.
- Dommen om maskinerne til isværket – viser, at "levering" er et juridisk begreb …
  - ikke et spørgsmål om fysisk placering af maskiner mv., …
  - jf. *UfR 2009.437/1 H (frysehuset og ombygningsarbejderne)*;
    - ↬ omtales nærmere nedenfor.
- Levering er sket, når S har præsteret den i kontrakten aftalte ydelse, jf. atter *frysehusdommen*.
- Baggrundsretten om leveringssted
  - leveringsstedet er sælgerens forretningssted, kbl. § 9, stk. 1;
  - CISG artikel 31, litra c): "… *placing the goods at the buyer's disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract*".
- … anden skyld er henteskyld – "*Pengeskyld er bringeskyld [gbl. §§ 3-4], anden skyld er henteskyld [kbl. § 9]*".
- Baggrundsretten – tingen befandt sig andet steds, og køber vidste det: dette sted er dermed leveringsstedet, kbl. § 9, stk. 2.
- Klausulen ab fabrik (= *ex works* = EXW (Incoterms)) – fastholder, at køberen skal afhente ("henteskyld"), jf. næste afsnit.
- Sælgers forretningssted får stor betydning for IP-lovvalget
  - aftales der ikke andet i en international handel, gælder loven i det land, hvor sælger har sit forretningssted, da kontrakten indgås; jf. løsørekøbelovens § 4 og Romkonventionens (Rom I-forordningens) artikel 4, stk. 2;
  - om lidt ser vi også, at forretningsstedet kan få betydning for værnetinget ved evt. retssag.

Hvad er de juridiske konsekvenser, hvis leveringsstedet er sælgerens forretningssted, og leveringstiden er kommet – men køberen endnu ikke har hentet tingen, fx en maskine?

5.7. Særlige klausuler om leveringsstedet

- Dobbelt spørgsmål til hver klausul: 1) Hvad skal sælgeren henholdsvis køberen foretage sig? 2) Hvornår går risikoen over? – NB: Sælgeren kan godt have opfyldt sin forpligtelse, dvs. "levering" er sket, og risikoen kan godt være gået over, *selv om salgsgenstanden ikke er nået frem til køber*.
- Udenlandsk leveringssted skaber værneting – opfyldelsesstedets værneting, Domskonventionens og -forordningens artikel 5, stk. 1 (*Bruxelles I*) …
  - ellers kan man kun sagsøges ved sit hjemting;
  - men indgår man kontrakt om at levere varer eller tjenesteydelser i et andet land, kan man sagsøges (og sagsøge) dér;
  - NB.: En evt. værnetings- eller voldgiftsklausul har forrang for dette!
- Kbl. og Incoterms
  - Kbl. har nogle af definitionerne, men Incoterms 2016 er langt mere detaljeret;
  - læs ikke kbl., men Incoterms (og vedtag disse i kontrakten: "*EXW (Incoterms) …*", "*FCA (Incoterms) …*".

Giv eksempler på, at risikoen er gået over, selv om det købte stadig ikke er kommet i købers besiddelse.

5.8. Incoterms 2016 – (og husk ved hver klausul: "EXW (Incoterms)" etc.

- EXW – *ex works*: (Alle transportmidler). Køber betaler fragt og forsikring. Risiko overgår på det aftalte sted (fabrik, lager etc.). – "*… anden skyld er henteskyld*". – Kbl. § 9.
- FCA – *free carrier*: (Alle transportmidler). Køber betaler transportør og forsikring. Sælger leverer varen på aftalt sted. Risiko overgår ved afleveringen til transportøren. Skader under læsning er sælgers risiko, hvis læsningen sker på sælgers plads; ellers købers risiko. – Kbl. § 10. – *UfR 2009.2596 V (36 fl. "Flor de Pingus")*, købt til K's firma.
- FAS – *free alongside ship*: (Skib). Skib og forsikring betales af køber. Køber angiver havn. Risikoen overgår, når varen er leveret på kajen.

- FOB – *free on board*: (Skib). Fragt fra rælingen samt forsikring betales af køber; sælger betaler fragt til rælingen. Køber angiver havn. Risikoen overgår, når varen har passeret skibets ræling ("on board"). – Kbl. § 62. – Hvad hvis kranen taber varen (lige før henholdsvis lige efter den svinges over rælingen?)
- CFR – *cost and freight*: (Skib). Fragt betales af sælger til havnen, derefter af køber. Risikoen går som ved FOB over, når varen passerer skibets ræling. – Kbl. § 63.
- CIF – *cost, insurance, freight*: (Skib). Fragt og forsikring betales af sælger til havnen, derefter af køber. Risikoen går som ved FOB over, når varen passerer skibets ræling. – Kbl. § 64.
- CPT – *carriage paid to …*: (Alle transportmidler). Sælger betaler fragten frem til køber. Køber betaler forsikringen. Risikoen går over ved overgivelse til første transportør. – Modsat forbrugerkøb: "*… kommet i køberens besiddelse*", jf. kbl. § 73.
- CIP – *carriage and insurance paid to …*: (Alle transportmidler). Som CPT, men sælger betaler også forsikringen.
- DAF – *delivered at frontier*: (Bil eller jernbane). Risiko overgår, når varen stilles til købers disposition ved grænseovergangen. Fragt og forsikring skal fremgå nærmere af kontrakten.

5.9. Kbl.-termer

- Franco – (= "leveret"): Sælgeren bekoster forsendelsen. Levering er først sket ved afleveringen. "*Franco købers forretningssted*" …
  - NB: hvis ordet "leveret" bruges i sammenhæng med CIF, C&F etc., er ordet "leveret" uden betydning;
  - NB: "franco" kan have afvigende betydning – kan også blot betyde, at levering er sket ved overgivelsen til fragtfører (dvs. betyder blot, at sælgeren bekoster forsendelsen);
  - illustreres af *UfR 2001.1039 H (den italienske rørleverance)* (leveret "Franco Skanderborg (Jutland)";
  - pas på med at bruge "franco" (i internationale køb); brug evt. hellere CIP (Incoterms).

5.10. Afleveringsforretning?

- Ved køb af varer mv. – købers undersøgelse, evt. kassation.
- Ved mere komplekse ydelser – afleveringsforretning, byggearbejder, skibe, lejemål etc.; skaffer fælles bevis for …
  - hvornår færdigt;
  - hvilken tilstand;
  - hvilke mangler der skal udbedres for sælgers (entreprenørens, værftets, lejerens) regning;
  - risikoen er gået over;

- frister begynder at løbe – garanti, reklamation etc.

- Færdigmelding – fra entreprenøren, skibsværftet etc.
  - derefter afleveringsforretning senest 10 arbejdsdage senere;
  - ellers: anses for afleveret 10 arbejdsdage senere, AB 92 § 28;
  - bemærk den store betydning, en formel "melding" kan have.

- Afleveringsforretning – og afleveringsprotokol
  - protokollatet opregner de påberåbte mangler + evt. bemærkninger hertil;
  - skal tage klar stilling til: Er arbejdet afleveret?
  - underskrives af begge;
  - udeblivelse: Den anden gennemfører på egen hånd + protokollerer og underretter. AB 92 § 29.

- Fraflytningsforretning – ved aflevering af erhvervs- eller beboelseslejemål. LL § 98, stk. 2, ELL § 74 – ingen pligt til fraflytningsforretning, men god ide. Erhvervslejekontrakt: Foreskriv **altid** fraflytningsforretning.

> Hvilken bevis**værdi** har et protokollat fra en afleveringsforretning for en bygnings- eller skibsentreprise henholdsvis fra en fraflytningsforretning for et (erhvervs)lejemål under en evt. efterfølgende retssag?
>
> Hvad betyder protokollatet for bevis**byrden**?
>
> Giv andre eksempler på, at diverse former for "meldinger" har juridisk betydning (eventuelt under en anden betegnelse).

5.11. En illustration af vigtigheden af at definere "ydelsen" – leverancerne til frysehuset

- Hvad er ydelsen? Hvornår er den leveret? Og hvornår er risikoen dermed gået over?

- Illustreres af *UfR 2009.437/1 H (frysehuset og ombygningsarbejderne)*.
  - S havde allerede installeret en række maskiner i isværket, men nu brændte det, og alle maskinerne gik til grunde.
  - hvis risiko var dette? Svaret afhang af, om de køberetligt var leveret (i så fald: købers/isværkets risiko), eller om de ikke var leveret (i så fald: S's risiko, thi det var jo i så fald stadig hans maskiner).
  - maskinerne var helt klart **afleveret** hos isværket – men var de også **leveret** i kontraktretlig/køberetlig forstand?
  - Højesteret: Ombygningsarbejdet må forstås som S' ydelse; derfor er S' ydelse først præsteret ved afleveringen af den samlede kontraktmæssige ydelse.
  - derfor indtraf branden inden **leveringen** – og **derfor** var branden S' risiko, ikke isværkets.

- juridiske følger heraf:
  - isværket skulle intet betale for disse eller andre maskiner;
  - allerede betalte aconto-rater skulle tilbagebetales fra S til isværket;
  - S fik ikke lov til at omlevere (i stedet for at tilbagebetale), idet maskinerne var tilpasset netop denne bygning, og da den var brændt, var omlevering meningsløs.

Isværksdommen er naturligvis helt katastrofal for leverandøren, S.

Kunne kontrakten have taget bedre stilling til spørgsmålet?

Kapitel 6

Forudsætninger, betingelser og forbehold

6.1. Er forudsætningen typebestemt eller individuel?

- Typeforudsætning:
  - er uudtalt;
  - hvad der er "normalt" for denne ydelse;
  - svigter en typeforudsætning, er der en mangel;
  - har dog ikke hermed sagt, om den også er væsentlig.
- Individuel forudsætning:
  - denne part har en bestemt forudsætning – enten vedrørende hele aftalen eller vedrørende bestemte elementer i den.

6.2. Er forudsætningen stiltiende eller udtrykkelig?

- Stiltiende forudsætning:
  - er usikker at stole på;
  - dermed afhængig af "forudsætningslæren" (1. væsentlig; 2. kendelig; 3. stemmer med ret og rimelighed at lægge risikoen for forudsætningens brist på den anden part);
  - sondrer her mellem urigtig og bristende forudsætning (under ét: "svigtende" forudsætning).
- Udtrykkelig forudsætning: Er indskrevet i kontrakten (eller i et tillæg til denne); er langt det sikreste.
- En udtrykkelig forudsætning = en **betingelse** (= et forbehold).

Hvis en typeforudsætning svigter – hvornår er manglen så væsentlig?

6.3. Bør betingelsen udformes suspensivt eller resolutivt?

- Suspensiv betingelse:
  - kontrakten træder først i kraft, når betingelsen er opfyldt;
  - vi har en aftale, **hvis** …;
  - common law: *condition precedent*.
- Resolutiv betingelse:
  - kontrakten træder i kraft straks, men der er tilbagetrædelsesret el. lign., hvis ikke betingelsen opfyldes;
  - vi har en aftale, **medmindre** …
  - common law: *condition subsequent*.

6.4. Hvem skal kunne påberåbe sig betingelsen?

- Kun den part, der forlangte den ind i kontrakten? – Han vil ofte antage, at den er "hans" betingelse; han er rådig over betingelsen.
- Eller hver part? – Dette vil være baggrundsrettens løsning!
- Derfor vigtigt at tage stilling til dette i kontrakten – sker ofte i form af en klausul om, at part X (= den, der forlangte betingelsen) kan frafalde den.
- Fx tilbudsdokument på et børs- eller AMP-noteret selskab – tilbudsgiver betinger sig (bl.a.) opnåelse af accept fra 90 pct. af kapitalen i *Target Company*, men kan frafalde denne betingelse.

6.5. Hvad angår betingelsen – helt præcist?

- Hele kontrakten?
- Eller nærmere definerede elementer i denne?
- Skal det udløse en kompensation (= "optionspræmie") til den anden part (fx 1 pct. af købesummen, hvis en forbruger fortryder en aftale om køb af fast ejendom; 6 hverdage; § 7 i lov om forbrugerbeskyttelse ved køb af fast ejendom).
- Hvis betingelsen helt ligger på den pågældende parts banehalvdel
  - godkendelse fra bestyrelse, generalforsamling etc.;
  - skal i hvert fald forpligte sig til "*best efforts*" for at få betingelsen opfyldt;
  - optionspræmie bør aftales, hvis betingelsen ikke opfyldes, jf. eksemplet ovenfor.

6.6. Må betingelsen godt kunne få karakter af en fortrydelsesret?

- Advokat- eller bankklausul – "*… er fra A's side betinget af, at aftalen senest den … godkendes af A's advokat (pengeinstitut)*".

- Kan advokaten henholdsvis banken underkende af enhver årsag? – eller skal der være "saglig grund" til underkendelsen?
- Baggrundsretten:
  - villa mv.: enhver årsag, dvs. = fortrydelsesret, jf. *UfR 19834.471 H* og *UfR 1989.748 H* (U: kan skrive andet i kontrakten);
  - erhvervsejendom: kun "saglig" grund, jf. *UfR 2003.442 V* (U: kan skrive andet i kontrakten).

6.7. Kunne man evt. nøjes med "noget mindre" end en betingelse?

- Totalt bortfald af kontrakten er indgribende.
- Bør altid efterprøve, om mindre indgribende konsekvenser af en svigtende forudsætninger skal aftales i stedet.
- Eksempler på noget mindre:
  - regulering af købesum mv. som kompensation;
  - ændringsret vedrørende én eller flere (del)ydelser;
  - midlertidig suspension af en parts opfyldelsespligt;
  - pligt til genforhandling (evt. + voldgift med billighedsklausul, vgl. § 28, stk. 3).

6.8. Vurdér venligst følgende betingelser

- Køb af aktie- eller anpartsmajoritet (SPA) – "*egenkapital opgjort pr. overtagelsesdagen ikke under DKK 100 mio.*"
- Køb af hotel eller restaurant – "*køber opnår alkoholbevilling.*"
- Køb af majoritet (SPA) – "*reklamationerne vedrørende termoruder solgt i perioden … overstiger ikke DKK 10 mio.*"
- Bygning eller renovering af skib – "*fartøjet er godkendt som sødygtigt senest den …*"
- Køb af virksomhed (APA) eller majoritet (SPA) – "*SKAT godkender transaktionen som skattefri efter FUSL § 15 c-d henholdsvis ABL § 36 …*"

Skal de pågældende betingelser gøres suspensive eller resolutive?
Skal der opstilles en frist?
Kan mindre indgribende konsekvenser nå (næsten) samme mål?

Kapitel 7

Garanti, indestående og tilsikring

7.1. En garanti er et løfte, ikke kun en oplysning

- Garanti = indestående = tilsikring (retslitteraturen: en "partsgaranti").
- Garanti er en parts løfte om bestemte egenskaber – dvs. en partsgaranti (forskellig fra tredjemands garanti, fx en bankgaranti).
- Sprogbrugen skal være stærk – **ellers foreligger der ingen garanti**, jf. fx rådgivere og andre tjenesteydere: *UfR 2002.2578 H (revisors skatterådgivning)* og *UfR 1995.545 Ø (Næstvedsagen)* om banks omprioritering.
- Hvis der ikke er en garanti, gælder "kun" culpaansvaret.
- Bemærk forskellen: "*Den købte software er sælger bekendt kompatibel …*". – "*Sælger indestår for, at den købte software ham bekendt er …*". – "*Den købte software er kompatibel med købers it-system.*"
- Forskel på garanti i forbruger- og erhvervsforhold: **Forbrugergaranti** forudsætter klarhed og en væsentligt bedre retsstilling end efter baggrundsretten, MfL § 12. – **Erhvervsgaranti** – aftalefrihed.
- Garantier er så vigtige, at de ofte bør have en særskilt § i kontrakten. – Dette skærper opmærksomheden ved forhandling og formulering.

7.2. Garantieksempler

- Den solgte virksomheds egenkapital (ved SPA) andrager mindst kr. …
- Købers due diligence afdækker ikke værdiforringende forhold.
- Virksomhedens kontrakter er lovlige og gyldige, også i konkurrenceretlig forstand.
- Til virksomhedens it-programmer er der ikke benyttet *open source*.
- Den solgte erhvervsejendoms lejeindtægter andrager mindst kr. …
- Det licensbelagte patent er gyldigt og uangribeligt.
- Maskinen har en produktionskapacitet på mindst …
- Garanti mod efterfølgende mangler.
- Køberen friholdes for sit evt. produktansvar mod tredjemand.

Søg venligst – om muligt – i relevant omfang at præcisere, afgrænse og (via omformulering) at begrænse de citerede garantier.

7.3. En case om "at indestå" – salget af beholderfabrikken i Herning

- Godt lærestykke i, hvad en indeståelse egentlig er: *UfR 2009.1598 H*.
- Boet efter direktør *Erik Roug* solgte en beholder- og metalvarefabrik.
- Boet indestod som sælger for:
  - "at selskabet ikke er part i nogen sag for domstole, kommissioner, nævn, offentlige myndigheder eller lignende", og for,
  - "at selskabets virksomhed i øvrigt er i overensstemmelse med gældende lovgivning i enhver henseende, herunder men ikke begrænset til pris-, monopol- og arbejderbeskyttelseslove".
- Havde kort før kontraktens underskrift haft besøg af AT – og modtaget en rapport om alvorlige støvproblemer mv.
- Boet: indeståelserne er ikke konkrete, men holdt i generelle vendinger – og derfor uforpligtende.
- Fik ikke medhold heri; trods den lidt antikverede sprogbrug var meningen klar nok.
- Højesteret: "Boet efter *Erik Roug* har ved at afgive de nævnte indeståelser påtaget sig den økonomiske risiko for, at selskabets forhold ikke var som garanteret".

Hvordan måtte køberen nødvendigvis argumentere under retssagen, dvs. hvilke processuelle **anbringender** måtte der fremføres?

Kapitel 8

Særlige bestemmelser i kontrakten – "miscellaneous"

(common law: *miscellaneous* – udtalt: [*misə'leiniəs*])

8.1. Medkontrahenten er forpligtet til at modtage hovedydelsen

- Baggrundsretten – fordringshavermora (fordringshaveren "forhaler" det, han skal gøre).
- Håndværkerydelse – kunden skal være der og give adgang for håndværkere; ellers fordringshavermora.
- Bør uddybes i kontrakten:
  - forberede sælgerens montering af maskinen;
  - have byggepladsen klar og ryddet;
  - levere strøm, vand og internetadgang mv.;
  - have specialværktøj, forme mv. klar (hvem tilhører de bagefter?).

> Hvad er baggrundsretten om loyalitetspligt og fordringhavermora?
>
> Udskyder (suspenderer) fordringshavermora kun den anden parts pligt? Eller er det også erstatningspådragende?
>
> Hvorfor bør det uddybes i kontrakten?

8.2. Omsorgspligt (loyalitetspligt)

- Gælder helt generelt: loyalitet
  - adskiller kontraktforhold fra relationer uden for kontrakt; dermed kan passivitet også være retsstridig;
  - "*owes a duty of the utmost good faith to the other party*".
- Vurderes ud fra en bonus-pater-standard – dvs. svarende til en traditionel culpavurdering.

- Relevante meddelelser skal loyalt gives – *UfR 2007.3027 H (Danfoss/Brunata)*; projektet reelt opgivet, men dette blev ikke meddelt. Erstatning, dog kun negativ kontraktinteresse, ikke opfyldelsesinteresse.
- Hvis kontraktmæssig ret til personskifte – optræde loyalt, jf. *UfR 1992.858 H (debitorskiftet på gældsbrevet)*.
- Hvis købesummen skal reguleres – og køberen har mekanismerne hertil i sin magt, skal han regulere loyalt, jf. *UfR 2010.2757 V (aktier solgt på indre værdi)* (grove efterfølgende værdireguleringer på egenkapitalen udløste erstatning til sælger).
- Pligt til tabsbegrænsning
  - eksportørens anfordringsgaranti, som der uretmæssigt blev trukket på;
  - havde forsikring herimod – men burde han have begrænset sit tab ved at standse garantiudbetalingen via midlertidigt forbud (dengang: fogedforbud) (*injunction*)?
  - "*… take all necessary measures to mitigate the loss … provided that he can do so without unreasonable inconvenience or loss*".

Hvilke overvejelser styres den alm. passivitetsgrundsætning af?

8.3. Forsikringspligt

- Husk leveringsklausulerne – Incoterms, Kbl.
  - de tager alle stilling til: hvem gør hvad, herunder: hvem tegner og betaler forsikring?
- Hvis pligten forsømmes – erstatte, som om forsikring var tegnet, jf. *TfS 1986.676 LSK (leaset trykkerimaskine)*; leasingtager forsømte at tegne forsikring; erstatning da brand (hvorfor er det en skatteafgørelse?).
- Husk "panthaverdeklaration" – forsikring ej opsiges, ophæves eller ændres uden forudgående advis til den anden. – Hvem skal også forpligtes (ud over kontraktens parter), hvis dette skal blive effektivt?
- Nogle relevante forsikringstyper – og nogle dertil hørende behov for kontraktklausuler:
  - ansvar – aftal direkte krav (ellers kun afledet, FAL § 95);
  - produktansvar – aftal, at uden regres mod producenten;
  - driftstab – aftal, at til gengæld intet krav på indirekte tab (*consequential loss*);
  - transport – aftales altid som et integreret led i samtlige leveringsklausuler;
  - all risk – entreprenørens, værftets mv. forsikring dækker "det hele";
  - uretmæssigt træk på anfordringsgaranti (= *performace bond*) (alternativ: kontragaranti på ikke-anfordringsvilkår).

- Alternativt eller supplerende – regresaftale
  - producent P sælger til virksomhed V – vil ikke hæfte for produktansvar over for V;
  - P sælger til V – V skal friholde P for produktansvar i forhold til skadelidte T;
  - da indgået mellem erhvervsdrivende: aftalefrihed;
  - er standard i NL 01 og Orgalime S 2000.

8.4. Koblingsklausuler – man er forpligtet til "noget mere"

- Skal købe "noget mere" hos denne leverandør.
- Eksempler:
  - tapper Coca Cola på licens – skal både købe licens til formlen og også købe ekstrakten til drikken;
  - franchisetager skal købe *know-how*, *show-how*, licens til varemærke etc. og også købe bestemte produkter.
- Konkurrenceretlig fælde – kan e.o. være misbrug af dominerende stilling, jf. KKL § 11: "*… stilles som vilkår for en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handelssædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand*".
- Kriteriet er altså: naturlig forbindelse med aftalens genstand, jf. eksemplerne (som er o.k.). – Tvivl: tjek *www.ks.dk* (eller spørg Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen – gratis).

> Må et stort mejeriselskab betale en supermarkedskæde for, at kæden ikke aftager produkter fra et konkurrerende, mindre mejeri? (Arlas sag fra 2003).
>
> Hvorfor er vidtgående koblingsklausuler normalt o.k. i lige netop franchiseaftaler? (de er alternativer til, at det hele foregår inden for én koncern).

8.5. Underleverandører – ret/pligt til at bruge sådanne?

- Har en part **ret** til at benytte underleverandører?
  - Ho.: nej, jf. princippet i AB 92 § 5, stk. 3;
  - U-1: hvis det er "sædvanligt eller naturligt", § 5, stk. 4;
    - ↬ (UU: kontrakten kan udelukke det);
  - U-2: hvis det er hjemlet i kontrakten.
- Dvs. klogt at tage stilling hertil i kontrakten
  - fx at dette er tilladt;
  - hæfter da for disse som for sine egne folk;
  - skal underrette medkontrahenten om dem;
  - skal godkendes af medkontrahenten;
  - alternativt: kan modsætte sig dem, hvis saglig grund;

- har samme kontrolbeføjelse hos dem som hos den part, der benytter dem;
- begår de fejl, har medkontrahenten et direkte krav mod dem, jf. AB 92 § 5, stk. 5 (baggrundsretten: kun den, der har antaget dem, har et krav).

Har en part **pligt** til at benytte underleverandører mv.?
- Ho.: nej;
- U: kan være foreskrevet i kontrakten (underagenter/forhandlere for at opnå de budgetterede omsætningstal mv.).

8.6. Optioner – forlængelse, fornyelse, forkøbsret, køberet, medsalgsret/pligt etc.

Allerede mens en part overvejer at indgå aftalen – køber sig måske en option hertil (mod en optionspræmie).

Senere i aftaleforløbet – kan ifølge kontrakten have en option på at købe fast ejendom, maskiner, den anden parts aktier i et fælles selskab mv.

Option på …
- at forlænge kontrakten ved udløb;
- at få tilbudt nye produkter på samme vilkår (køb, eneforhandling);
- at købe den ejendom, man ellers er lejer i (forkøbsret, køberet);
- at købe hele medkontrahentens virksomhed, og dermed også produkter mv.

Husk altid at aftale …
- optionspræmie? (til gengæld for den rådighedsindskrænkning, som optionen pålægger den forpligtede);
- tidsbegrænsning af optionen?

Forkøbsret
- udløses, hvis et salg konkret påtænkes gennemført til anden side;
- abstrakt salgsønske er ikke nok, ej heller forhandlinger (og det er ikke illoyalt at forhandle), jf. *UfR 2009.3022 (Scotwork)* (licensgivers forkøbsret til licenstagers virksomhed);
- for at imødegå omgåelse: aftale, at forkøbsretten også udløses ved salg af selskabet henholdsvis dettes moderselskab ("*… direkte eller indirekte indebærer en overgang …*");
- dvs. forkøbsret bliver til en tilbudspligt; skal fortolkes indskrænkende, jf. *UfR 1993.868 H*: "*væsentligt indgreb i sædvanlige ejerbeføjelser*");
- i så fald: hvordan skal kursen beregnes? Der foreligger jo intet tilbud fra T, og dermed ingen pris (glemmes overraskende ofte);
- vilkårene i forhold til T skal være af et sådant indhold, at den forkøbsberettigede kan opfylde dem (dvs. ved fx mageskifte skal der sættes beløb på værdien);
- husk sondringen overdragelse/overgang (= ethvert ejerskifte).

- Køberet
  - en ret til at købe, når en bestemt betingelse er opfyldt, fx et bestemt tidspunkt, eller et bestemt samarbejde er fuldført;
  - husk at fastlægge kriterier for prisen – der er jo intet tilbud fra T;
  - en køb**eret** er ikke en købs**pligt** – ejeren af aktien, ejendommen mv. har derfor ingen sikkerhed for at kunne komme ud af forholdet;
    - U: kan være aftalt, om end sjældent – dvs. også en købs**pligt**.
- Medsalgs**ret**
  - en part (ofte en majoritetsaktionær) vil sælge, fx sine aktier (SPA);
  - nu har den/de øvrige et krav på at få tilsvarende tilbud;
  - modelleres over værdipapirhandelslovens § 31 om tilbudspligt;
  - forebygger håbløs minoritetsposition under ny majoritetsaktionær;
  - medsalgs**pligt**? – kun hvis hjemlet i kontrakten.
- Kuvertklausul
  - kan kræve fælles fremmøde hos notar eller advokat;
  - hver medbringer bud på den/de andres aktier;
  - medbringer også bankgaranti (på anfordringsvilkår) på købesummen;
  - kuverterne åbnes, og højestbydende overtager hele virksomheden (SPA);
  - **han** modtager straks de andres aktier, og **de** modtager hans bankgarantier;
  - de øvriges tilbud og deres bankgarantier annulleres.
- Musefældeklausul (= pingpong-klausul)
  - A tilbyder B at købe B's aktier til kurs x;
  - B har frist til enten at acceptere – **eller** vælge at købe A's aktier til den samme angivne kurs.

Disse klausuler om forkøbsret, køberet mv. er rent **aftale**retlige. Hvordan kan de også sikres **tingligt** – på fast ejendom?, på aktier/anparter?, på en virksomhed?

Kapitel 9

Undladelsespligter

9.1. Er de juridisk holdbare, og hvordan håndhæves de?

- Noget, der ellers ville være fristende for medkontrahenten: øge sin profit på kontrakten ved at konkurrere etc.; forhindres dog i dette, dvs. indskrænket handlefrihed.
- Øvrige pligter er handlepligter (levering, betaling etc.); dette er det modsatte.
- Er det konkurrenceretligt holdbart? – dette skal altid nøje overvejes (KKL § 6; evt. gruppefritagelse; individuel fritagelse etc.).
- Hvordan håndhæves undladelsespligterne?
  - overtrædelse kan være væsentlig misligholdelse, men konstatering heraf er ikke nok;
  - konventionalbod i kontrakten;
  - fogedforbud;
  - hvis voldgift er aftalt: fogedforbud fortsat muligt, VGL § 9; voldgiftsretten kan selv pålægge foreløbige skridt, VGL § 17.

Hvis der opstår tvist, og der er aftalt voldgift, kan spørgsmålet, om en undladelsespligt er ugyldig som stridende mod konkurrenceretten, så inddrages under voldgiftssagen? (*Erik Werlauff* i UfR 2008 B s. 152 ff.).

Kan godt påkende ufravigelig offentlig ret præjudicielt, dog inden for rammerne af ordre public. Se *UfR 2016.1558/2 H* – distributionsaftale ikke i strid med artikel 101 TEUF (forbud mod karteller); voldgiftsrettens kendelse kunne kun kendes ugyldig, hvis den stred mod ordre public ("sådanne overordentligt graverende fejl, at voldgiftskendelsen er åbenbart uforenelig med landets retsorden (ordre public)").

Kan der på forhånd gives afkald i kontrakten på at kræve sikkerhed ved midlertidigt forbud eller påbud? Tidligere: nej, jf. *UfR 2006.1356 Ø*; fra 1. juli 2013: ja, erhvervsdrivende + det off. som kontraktpart kan give forhåndsafkald, jf. rpl. § 415, stk. 4, indført på baggrund af Retsplejerådets bet. nr. 1530/2012.

9.2. Hemmeligholdelse – non disclosure agreement, NDA

- Baggrundsretten yder ringe beskyttelse
  - MfL § 19, stk. 2: en virksomheds "erhvervshemmeligheder"; ikke i 3 år "ubeføjet viderebringe eller benytte";
  - MfL § 19, stk. 4: tekniske tegninger, opskrifter mv.; må ikke "ubeføjet" benytte eller videregive.
- Behov for videregående beskyttelse i kontrakten – alle kategorier af oplysninger; må slet ikke benytte eller videregive (ofte + eksemplifikation, der rækker langt videre end MfL); længere årrække.
- Bør også aftale objektivt ansvar for, at det kommer tredjemand i hænde (ellers vil sagen strande på bevismangel – hvordan kom det til tredjemand?); dvs. skal binde egne medarbejdere, underentreprenører mv.
- "*… er forpligtet til at hemmeligholde de oplysninger, der fremgår af tegninger, beskrivelser, opskrifter, modeller og andet teknisk og merkantilt materiale, som overlades ham i henhold til derværende kontrakt. Såfremt sådant af forsømmelse kommer tredjemand i hænde, bærer … det fulde ansvar herfor.*"
- Se nærmere *Andreas Schønbeck:* Fortrolighedsaftaler (2015).
- Direktivstyret regulering af forretningshemmeligheder er på vej
  - se nærmere *Lone L. Hansen & Erik Werlauff* i R&R 2016 nr. 6 s. 17 ff. (Forretningshemmeligheder – stærkere beskyttelse på vej)

Hvor effektivt vil et midlertidigt forbud eller påbud være?
Andre relevante sanktioner, som forudsætter hjemmel i kontrakten?
Hvilket tab (og dermed hvilket erstatningskrav) vil der kunne påvises, hvis tavshedspligten brydes?

9.3. Konkurrenceforbud (= konkurrenceklausul)

- Under samarbejdet; efter samarbejdets ophør.
- Ikke forhandle konkurrerende produkter mv.; ikke "indirekte være interesseret" i en virksomhed, der gør dette (eller videregående: i en virksomhed, der konkurrerer med medkontrahenten).
- Typiske anvendelsesområder:
  - salg af virksomhed: sælgeren påtager sig k-klausul;
  - samarbejdsaftale: begge påtager sig k-klausul;
  - ejeraftale om fælles selskab: ejerne påtager sig k-klausul;
  - medarbejder: påtager sig k-klausul (særskilt herom nedenfor);
  - direktør: do.

- Hvordan kan de håndhæves af den berettigede?
  - midlertidigt forbud/påbud (+ justifikationssag; kravet herom bortfaldt pr. 1. juli 2013, jf. Retsplejerådets bet. nr. 1530/2012 om forbud og påbud; dog skal sag om substansen være anlagt inden 2 uger; evt. som voldgiftssag, hvis dette er aftalt);
  - konventionalbod (påstand herom under efterfølgende retssag); kan mildnes med en udbakningsklausul: Kan forholdet berigtiges, og bliver det dette inden 14 dage, nedsættes boden fra (250.000 kr.) til (25.000 kr.); dette gør klausulen mere spiselig, når kontrakten forhandles.
- Hvordan kan de evt. angribes af den forpligtede? – "eksaminer", som de skal bestå:
  - aftalelovens §§ 36 og 38 (mht. tid, sted og andre forhold går videre end påkrævet; eller på urimelig måde indskrænker adgangen til erhverv);
  - konkurrencelovens § 6 – konkurrencebegrænsning;
  - funktionærlovens §§ 18 og 18 a – beskyttelse af funktionærer.
- Hvilke elementer ser man på?
  - saglig udstrækning: hvad er det helt præcist, man ikke må?
  - geografisk udstrækning: hvor må man det ikke?
  - tidsmæssig udstrækning: hvor længe må man det ikke?
  - NB.: overhold et proportionalitetsprincip i alle tre henseender ved formuleringen.
- Sikring mod omgåelse – "direkte eller indirekte at være interesseret i …"
  - *UfR 2009.830 V (dyrlægens konkurrenceklausul)*;
  - måtte forstås sådan, at han som udgangspunkt godt måtte tage ansættelse som dyrlægeassistent hos en anden;
  - men konkret: nej til ansættelse i en helt nyetableret praksis, stiftet af en dyrlægestuderende;
  - var klausulen for vidtgående? 25 km var o.k.;
  - 15 år blev reduceret til 10 år;
  - konventionalbod 100.000 kr. var ikke urimelig; blev opretholdt.

Hvad blev afgørende for landsrettens vurdering af dyrlægens konkurrenceklausul?

Kunne man – hvis man havde tænkt på omgåelsesrisikoen – have taget højde for dette i kontrakten?

9.4. Kontraktmæssige undladelsespligter, hvor man balancerer på en knivsæg mht. holdbarheden

- Stol ikke på hukommelsen – tjek altid (Karnov ad KKL § 6; EU-Karnov ad artikel 101 TEUF; specialbøger; www.ks.dk).
- Eneforhandleraftaler – hvilken grad af områdebeskyttelse kan opnås?
  - må han forbydes **aktivt** salg til kunder i andre eneforhandleres områder? ja ("områdebeskyttelse");
  - må han forbydes **passivt** salg til kunder, der selv henvender sig fra andre områder? nej! ("fuld områdebeskyttelse" – en hard-core-forseelse i konkurrenceretten).
- Må videresalg forbydes?
  - kan konkret være o.k., fx en maskine til en bestemt produktion (men hvad så? pligt til tilbagesalg? ellers fastlåst);
  - også gyldigt vedtaget fsv. angår videresalg af avlssvin i *UfR 2014.106/1 H (Breeders of Denmark A/S)*, men fortolkedes indskrænkende, da byrdefuld klausul (omfattede derfor ikke levering af orner til "kontraktproduktion");
  - alm. handelsvarer mv.: videresalg kan normalt ikke forbydes, jf. fx NESA-afgørelse 25. november 1998 fra KonkurrenceRådet (forbud i vedtægter mod kunders videresalg af elektricitet).
- Ikke-angrebspligt – i hvilken udstrækning er den holdbar?
  - har licens til varemærke, patent mv. og må ikke anfægte dets gyldighed;
  - aftaleretligt: kan godt aftales (+ hævebeføjelse);
  - konkurrenceretligt: forbudt efter § 6, men kan tillades efter § 8 (proportionalitetsvurdering – om nyttevirkningen overstiger skadevirkningen);
  - immaterialretligt: enhver kan anfægte patent, varemærke mv. (uanset diverse kontrakter).

> Når den juridiske holdbarhed af disse undladelsespligter er så svær at vurdere, skal man så ikke hellere droppe dem for at være på den sikre side? – eller hvad?

Kapitel 10

Pengene – vederlag, betaling, rente

10.1. Kontraktens valuta

- Typisk: DKK, USD eller EUR.
- EUR er altid lovligt betalingsmiddel i eurolande, jf. forordning nr. 2560/2001.
- Også danske selskaber kan have aktie/anpartskapital i EUR og aflægge årsrapport i EUR (en "eurovirksomhed").
- Betydningen af gbl. § 7
  - situation: kontraktens valuta afviger fra betalingsstedets valuta;
  - fx EUR-betaling til dansk kreditor;
  - teoretisk iflg. § 7: betaleren har valgfrihed mellem de to valutaer;
  - fraviges ofte med ordene "… *effektiv betaling i EUR*";
  - AAU's japanske samarbejdspartner, der skulle betale i yen og gjorde det rettidigt, men hvor yen var faldet i forhold til DKK. – Hvis risiko er dét?

10.2. Forskellige måder at fastlægge/regulere vederlagets størrelse – omsætning, pristal etc.

- Fast pris – fx en maskine (eller en hel entreprise).
- Omsætningsbestemt
  - evt. maksimum og/eller minimum;
  - agenturaftale; licensaftale (varemærke, patent);
  - forpagtning (restaurant, hotel, landbrug);
  - lejekontrakt om erhvervslokaler;
  - husk nøje at definere "omsætning" (er i hvert fald altid ekskl. moms).
- Pristalsreguleret, fx nettoprisindeks
  - husk: "Hvis dette indeks måtte bortfalde …";
  - igen: evt. aftale max./min. (for ved lejeregulering: reguleres med nettoprisindeks, dog mindst 2 pct. og højst 4 pct. årligt).
- Råvareklausuler mv. – fx skibskontrakt:
  - ⅓ af vederlag reguleres efter stålpris;
  - ⅓ af vederlag reguleres efter metalpris minus stål;
  - ⅓ af vederlag reguleres efter lønindeks.

10.3. Fast pris eller "regningsarbejde" med overslag?

- Fast pris – kan kun reguleres, hvis det er aftalt, eller med tillæg for merarbejde mv.
- Regningsarbejde – må betale, hvad der kræves, hvis det ikke er urimeligt, jf. princippet i kbl. § 5.
- Overslag – er relevant ved regningsarbejde; er det totalt uforbindende, eller må variation kun være inden for +/- 10 pct.?
- Fast pris + regningsarbejde – merarbejde er oftest at betragte som regningsarbejde; kontrakten bør pålægge at underrette om, at det er merarbejde, og hvordan tillæg beregnes.
- Hvad hvis tvivl om rimelighed mv.? – under en efterfølgende …
  - alm. retssag – rpl. §§ 196 ff.;
  - småsag (max. 50.000 kr.) – rpl. § 404 ("sagkyndig oplysning");
  - nævnsbehandling, fx Forbrugerklagenævn ("sagkyndig");
  - voldgift – VGL § 26.

10.4. Refusionsopgørelse

- Hvor en part overtager noget fra en anden
  - virksomhed (APA og SPA);
  - udlejningsejendom;
  - landbrug.
- Omfatter – forsikring, rente af overtagne lån, ejendomsskat, renovation, forudbetalt leje (!), deposita (!), løn, feriepenge (!) – de markerede poster kan blive meget store.
- Aftales normalt, at der udarbejdes refusionsopgørelse – baggrundsretten: refusion skal finde sted ved en *forhandlet* overtagelse, *UfR 1986.714 Ø*, *UfR 1998.1728 V*
- Skæringsdag – overtagelsesdagen (ikke aftaledagen); *closing*.
- Saldo (ofte i købers favør) – er et konnekst modkrav; fragår i købesummen; skal helst kunne rummes i en kontant udbetaling (som dermed formindskes for sælgeren).
- Hvem udarbejder den? – den, der i øvrigt "berigtiger" handelen, dvs. enten sælgers eller købers advokat (alt efter aftale, subsidiært kutyme – afviger geografisk i landet).

10.5. Rabatter og andre nedslag – nogle typer og nogle problemer

- Skal have hjemmel i aftalen.

- Typer af rabatter
  - kontantrabat – for at betale straks eller inden en bestemt frist; skriv på fakturaen: "*Nedslaget forudsætter rettidig betaling*";
  - mængderabat – for i denne handel at overtage (mere end) en bestemt mængde;
  - flåderabat – for at lade mere end et bestemt antal biler, lastbiler mv. servicere og/eller lease hos samme leverandør;
  - entreprenør/håndværkerrabat – rabat til håndværker (modsat alm. køber) hos byggecenter mv.;
  - bonus – for årskøb mv., dvs. kan ikke beregnes pr. handel, men pr. periode, fx kvartalsvis.
- Nogle juridiske spørgsmål om rabat
  - også efter indgåelse af ny kontrakt?
    - UfR 2000.1980 H (den selvkørende trillebør).
  - også ved betalingsmisligholdelse? *UfR 2001.43 H*;
  - fornuftigt at aftale fx følgende: "*Rabat, bonus og nedslag af enhver art bortfalder i tilfælde af betalingsfristens overskridelse.*"

> Hvis der har været tvist mellem parterne, og der forligsmæssigt **uden**retligt aftales et beløb "til fuld og endelig afgørelse", hvad bør så nærmere aftales herom med henblik på 1) størrelsen i tilfælde af betalingsmisligholdelse? 2) renter? 3) Eksigibilitet?

10.6. Betaling med andet end penge – gældsovertagelse, mageskifte, barter trade etc.

- Kræver hjemmel i kontrakten – kreditor er ikke pligtig at modtage andet end penge, medmindre det er aftalt.
- Gældsovertagelse – ofte ved (erhvervs)ejendomme
  - dermed erlægges købesummen som summen af 1) overtaget gæld, 2) evt. udstedte sælgerpantebreve, 3) kontant betaling;
  - men "debitorskifte kræver kreditorsamtykke", og …
  - private pantebreve: har ofte ejerskifteklausul – " … *indestår uopsigeligt fra ejer til ejer …*";
  - realkredit og bank: kræver pantekreditors accept;
  - når gældsovertagelse er aftalt (på forhånd eller konkret), giver TL § 39 proceduren for gældsovertagelsen (men § 39 er ikke hjemmelen);
  - gældsovertagelsesdeklaration.
- Sælgerpantebrev som (delvis) betaling – kræver hjemmel i kontrakten (som nøje skal angive detaljer om pantebrevets vilkår).

- Byttehandel – det kræver (også her) hjemmel i kontrakten at præstere andet end penge som købesum …
  - *barter trade* ved international varehandel;
  - mageskifte ved køb og salg af fast ejendom;
  - forskellen fra kompensationskøb.

> Hvis et privat pantebrev i fx en erhvervsejendom har en ejerskifteklausul, kan der da ske overdragelse af ejendommen (og dermed debitorskifte) til hvem som helst som ny debitor? Se *UfR 1992.858 H (bistandsmodtageren)*. Kan der tages højde herfor i pantebrevet?
>
> Hvis pantebrevet er tavst derom, kan ejendommen da overdrages til et ApS? *UfR 1993.866 H (pantebrev i restaurant)*. Kan der tages højde herfor i pantebrevet?

10.7. Hvordan og hvor betales den kontante (del af en) købesum?

- På den måde, kontrakten foreskriver.
- Er kontrakten tavs: hos kreditor ("pengeskyld er bringeskyld"), jf. gbl § 3
  - kreditor kan énsidigt flytte betalingsstedet inden for Danmarks grænser, jf. atter § 3
  - skal e.o. ske på en klar og tydelig måde, jf. *UfR 2014.2302 H (lejeopkrævning)* – ny bank og nyt kontonummer var blot skrevet på det "sædvanlige" sted, uden særlig fremhævelse
- Check – kreditor kan afvise (jf. SKAT's generelle meddelelse), dog ikke banknoteret check (bankcheck); checks bruges langt mindre end tidligere.
- Veksel – bruges heller ikke ret meget længere (og er i øvrigt ikke et **betalings**middel, men et **kredit**middel; kan derfor naturligvis afvises, hvis ikke aftalt på forhånd).
- Bankoverførsel – kreditor har ofte angivet bankkonto: overførsel til denne (bankens reg.nr. + kontonr.), dvs. via webbank/netbank.
- International betaling – er nu ganske enkel: kreditor angiver IBAN-kontonummer til SWIFT-betaling (kan gennemføres over webbank); ofte angivet på faktura.

> Hvad er det normalt mest praktisk og hensigtsmæssigt at aftale om betalingsmåde og -sted?

10.8. Modkrav – hvornår må man modregne?

- Modkrav kan fratrækkes – de fire betingelser: **k**omputabelt, **a**fviklingsmodent, **i**dentitet og **k**larhed ("KAI-K").
- Dom eller forlig kræves således ikke – dvs. man modregner på egen risiko – jf. *UfR 2000.1980 H (selvkørende trillebør)* (standpunktsrisikoen).
- Kontrakten kan indskrænke modregningsadgangen – "… *kun ske modregning med krav, som er erkendt af den anden part, eller som er fastslået ved retskraftig dom eller voldgiftskendelse i henhold til kontraktens § …*".
- Modregning i koncernforhold – aftale, at koncernen er en enhed, dvs. udvidet modregningsadgang (slækker på 3. betingelse i "KAI-K").

> Angiv venligst nogle forhold, der kan tale for henholdsvis imod at ændre på baggrundsretten vedrørende modregning, dvs. at indskrænke eller udvide modregningsadgangen.

10.9. Påkrav, efterfrist og løbedage

- Påkrav kræves ikke – man skal selv sørge for at betale ved forfald.
- Her er påkrav ikke nødvendigt
  - jf. fx *UfR 2014.336 Ø – det måske momsregistrerede lejemål*
  - lejeren betalte lejen uden moms, da han "ikke kunne vide om udlejeren stadig var momsregistreret" …
  - fordi han ikke modtog fakturaer
  - han skulle have betalt til forfaldstid, også uden faktura, og var derfor i misligholdelse
- Ofte udstedes faktura
  - og denne angiver da normalt sidste betalingsfrist …
  - men som det ses af lejemålsdommen lige ovenfor …
  - skal der betales også uden faktura, når betalingstiden er aftalt på forhånd.
- Kontrakten kan bestemme … at kreditor selv skal være aktiv for at få sine penge
  - ethvert krav mod det offentlige: EAN-formular til e-faktura skal anvendes; gratis indkodning på:
    - https://www.virk.dk/myndigheder/stat/Digitaliseringsstyrelsen/NemHandel_Fakturablanket?nm_extag=Link%3D%2Cforside%2Cmestanvendte-fakturablanketten%2C
    - (bør etableres som skærm-ikon ved hyppig levering til det offentlige);
  - også (store) virksomheder kan betinge samhandel af brug af e-faktura, fx A. P. Møller Mærsk, Novo Nordisk etc. – hvad med *battle of forms*?

- Evt. aftalt efterfrist – så man ikke pludselig er i væsentlig, hævebegrundende misligholdelse pga. en enkelt forglemmelse …
  - uden aftale herom, ingen efterfrist! (dvs. straks hæveadgang, hvis væsentlighed – hvad betalingsmisligholdelse oftest er);
  - tag fx TL § 42 a, stk. 2 som skabelon for kontrakten:
    - "*Betales renter eller afdrag efter [denne kontrakt] ikke rettidigt, kan kreditor kun forlange kapitalen indfriet, såfremt debitor ikke har betalt renter og afdrag senest 7 dage efter, at skriftligt påkrav herom er afsendt eller fremsat. Kreditors påkrav skal være afgivet efter sidste rettidige betalingsdag og skal udtrykkelig angive, at kapitalen kan forlanges indfriet, hvis renter og afdrag ikke betales inden fristens udløb.*"

Hvornår opererer man i en kontrakt med betalinger i rater? Hvornår bruger man en egentlig betalingsplan? Angiver en betalingsplan mon eksakte datoer – eller "noget andet"?

10.10. Renter – tre måder at sætte "rentetaxameteret" i gang

- Forfaldsdagen ligger fast på forhånd – forrentning begynder automatisk, jf. RTL § 3, stk. 1.
- Betalingsanmodning – forrentning begynder efter 30 dage, jf. RTL § 3, stk. 2 …
  - kræver ikke "påmindelse", blot anmodning;
  - i kontrakten kan (mellem erhvervsdrivende) aftales, at renten begynder tidligere, fx efter 7 dage.
- Ved anlæg af retssag eller voldgiftssag – fra sagsanlægget, men …
  - retten (eller voldgiftsretten) tilkender ikke renter automatisk, men er underlagt forhandlingsmaksimen (rpl. § 338), dvs. rentepåstand er nødvendig (ellers får man ingen rente);
  - og lige så vigtigt: Det er spild af penge, såfremt man først opnår renter fra sagsanlægget …;
  - man kunne jo have afgivet betalingsanmodning længe inden (typisk i en "brevfase", hvor et omtvistet krav diskuteres mellem parterne);
  - anmodning under brevfasen (efter en redegørelse for, hvorfor man har et krav):
    - *"Det foran opgjorte krav er efter vor opfattelse forfaldent, og vi skal herved anmode om betaling af det. Rente påløber fra 30 dage efter denne betalingsanmodning.*" – Dvs. man bruger RTL § 3, stk. 2 til at starte rentetaxameteret.

Kan der i kontrakten aftales en højere rentesats end Nationalbankens officielle udlånsrente + 8 pct.-points (RTL § 5)? Hvornår kan det være relevant at være så "skrap" i kontrakten? Særlige brancher?

10.11. Præceptive ydergrænser for betalingsfrister

- EU har beskyttet den "svage" leverandør (varer, tjenesteydelser) over for den stærke kunde med egne standardvilkår med betalingsbetingelser.
- Direktiv 2011/7 om "bekæmpelse af forsinket betaling i handelstransaktioner – indføjet i renteloven; trådte i kraft 1. marts 2013 (forfaldstid afgørende).
- Kan ikke fraviges ved aftale, handelsbrug eller anden sædvane, jf. RtL § 1, stk. 4 – og dog: se straks nedenfor om nogle undtagelser i hver af reglerne.
- Betalingsfrist for virksomhed som kunde, jf. RtL § 3 a:
  - Ho.: max. 30 dage fra anmodning om betaling (faktura);
  - U: leverandøren har godkendt (fx i kontrakten) en længere frist, som ikke er urimelig over for ham.
- Betalingsfrist for off. myndighed som kunde, jf. RtL § 3 b:
  - Ho.: max. 30 dage fra anmodning om betaling (faktura);
  - U: JMT kan godkende frist på max. 60 dage for off. virksomheder omfattet af direktiv 2006/111 om gennemskuelighed i virksomhedens forbindelse med staten.
- Særregel om aftalt ratevis betaling – de 30 dage mv. regnes fra aftalt forfaldsdag for den enkelte rate, jf. RtL § 3 c.
- Godkendelses- og kontrolprocedure – dvs. aftale om udvidet "undersøgelsespligt" – hvor længe må den vare? RtL § 3 d
  - Ho.: max. 30 dage efter modtagelsen;
  - U: hvis leverandøren har godkendt (fx i kontrakten) en længere frist, der ikke er urimelig for leverandøren.
- Sammenfattende – velmente regler, men gennemsyret af undtagelser, der giver spillerum for kontrakten.
- Ud over rente – har leverandøren ved forsinkelse ret til et særligt kompensationsbeløb, jf. RtL § 9 a,3 (fastsættes generelt af JMT)
  - skal selvfølgelig tilskynde til rettidig betaling;
  - kan ikke udelukkes ved aftale, handelsbrug eller anden sædvane;
  - kræver ikke hjemmel i kontrakten …
  - er direkte hjemlet i loven.

Forklar rationalet bag og de væsentligste elementer i de direktivstyrede regler om beskyttelse af den "svagere" leverandørvirksomhed over for den "stærkere"

købervirksomhed, for så vidt angår betalingsfrister for leverancer af varer og tjenesteydelser.

Kapitel 11

Sikring via samtidighed, sikkerhed, garanti mv.

11.1. Samtidighed som sikringsmetode

- Baggrundsrettens teoretiske udgangspunkt – ydelse mod ydelse, kbl. § 14, CISG artikel 58. Dvs. køb er ifølge baggrundsretten som udgangspunkt kontantkøb – i praksis dog ofte urealistisk.
- En "tilnærmet" samtidighed – der "opsamles" og betales
  - vare- og maskinkøb med delleverancer: betaling erlægges, inden næste leverance fremkommer;
  - byggeri og skibsentreprise mv.: betalingsplan sikrer "opsamling" og betaling, før nye dele præsteres. – AB 92 § 22, stk. 4.
- Men generelt – virkelig samtidighed i "*real time*" er normalt ikke mulig.
  - en sædvanlig faktura (med angivelse af en betalingsfrist) er udtryk for kredit – dvs. er **ikke** et kontantkøb.

11.2. Sikkerhed i den anden parts ting

- Ejendomsforbehold i en enkelt ting – fx en maskine (husk hvis bil: skal tinglyses i bilbog). – Ingen udbetaling kræves (hvis erhvervskøb).
- Ejendomsforbehold i varelager – *konsignation* (afregning i takt med videresalg; regnskab; kontrol). – Ingen udbetaling kræves (erhvervskøb).
- Ejendomsforbehold i råvarer og halvfabrikata – da det er en "ophørende sikkerhed", skal konsignationsreglerne iagttages (afregning i takt med videresalg; regnskab; kontrol), jf. *UfR 2001.2400 V (skibspladerne)*. – Ingen udbetaling kræves (erhvervskøb).
- Confirming
  - varelager
    - mellem sælgeren S og køberen K indtræder finansieringsselskabet F, der (1) køber kontant fra S og (2) videresælger på **konsignation** til K.

— maskiner – mejetærskere, traktorer mv.
  - mellem sælgeren S og køberen K indtræder en (lovreguleret!) indkøbsforeningen F, der (1) køber kontant fra S og (2) videresælger med **ejendomsforbehold** til K:
  - siden 1939: lov om indkøbsforeninger for mindre virksomheder i landdistrikterne, p.t. lovbkg. nr. 999 af 19. august 2010.

- *Retention* – tilbageholdsret i den anden parts ting (reparatør, transportør, speditør, revisor)
  — også handelsagenten, jf. handelsagentlovens § 7;
  — retentionsret giver ikke panteret, men dette kan aftales i kontrakten, jf. NSAB 2000.

- Overlevering af særlige dokumenter
  — recepten på et lægemiddel mv. (hemmelig knowhow);
  — fuldmagt til at ændre ejerregistrering af immaterialret, fx patent eller varemærke;
  — fuldmagt til at sælge bestemte ting, fx fast ejendom, jf. *UfR 2003.1482 H (Hellerup Bank)*.

> Hvordan sikrer den anden part sig mod misbrug af fuldmagten hhv. af deponeringen?

11.3. Kaution eller "støtteerklæring" fra moderselskab eller hovedaktionær

- Simpel kaution – skal betale, når insolvens hos den forpligtede er dokumenteret (enten forgæves udlæg i fogedretten eller konkurs indledt i skifteretten) – dette er baggrundsrettens hovedregel (når intet andet er aftalt).

- Selvskyldnerkaution – skal betale, når sidste betalingsfrist er overskredet, og der **rent faktisk** ikke er betalt. – Kræver ordene "… *som selvskyldner* …".

- Tabskaution – skal betale, når tabet er dokumenteret (normalt gennem en afsluttet konkurs). – Anvender ordene "… *indestår for det tab, som* …".

- Støtteerklæring – fra moderselskab eller hovedaktionær, der ikke vil hæfte, men kun "bakke moralsk op" (*gentlemen's agreement*)
  — *letter of comfort*; *letter of awareness*;
  — ofte er kaution blevet krævet, men afslået;
  — kan blive bindende, hvis den er formuleret lige så stærkt som en kaution, jf. *UfR 1994.470 H (Engesvang Træ)*;
  — en støtteerklæring, der har Højesterets ord for **ikke** at være bindende, kan afskrives fra *UfR 1998.1289 H (SCS)*.

Hvis det kommer til en konkret retssag, og den berettigede prøver at støtte et krav på et *comfort letter*, hvilket subsidiært anbringende (ud over det principale anbringende om kaution) kan det da ofte være hensigtsmæssigt for den berettigede at gøre gældende?

11.4. Bankgaranti

- En bankgaranti = et kautionsløfte – afgivet af en bank (en sparekasse eller et forsikringsselskab)
  - dvs. er ikke "bedre" end bankens egen soliditet (kontrakten bør angive, hvilken bank).
- Hvad der garanteres for (hvilken begivenhed) – bør nøje udpensles i kontrakten
  - skriv gerne garantiteksten ind i kontrakten, evt. som bilag til denne;
  - tjek derefter altid, at den modtagne garanti stemmer med kontrakten!
- Tidsbegrænsning
  - banken skal have garantien ud af sine bøger igen;
  - vil derfor altid forlange en udløbsdato for garantien;
  - tag stilling hertil i kontrakten ("rummelig" løbetid);
  - hvad er det, der skal være sket inden udløbsdatoen? ofte: at garantikravet skal være **fremsat** over for banken! (stilling hertil i kontrakten og garantiteksten!) – baggrundsretten: kravet skal være **opstået** inden udløbet.
- Hvornår skal banken betale?
  - udgangspunkt: når debitor er insolvent, dvs. simpel kaution;
  - kan udformes som selvskyldnergaranti: "… *indestår som selvskyldner for, at* …";
  - kan i stedet være en tabsgaranti: "… *indestår for det tab, NN evt. lider ved, at* …"; i så fald: tabet skal først bevises.
- Hvad, hvis kravet, der dækkes af garantien bestrides af den "forpligtede"?
  - så må og kan banken intet udbetale!
  - denne blokering gælder, uanset om det er en simpel, selvskyldner- eller tabsgaranti.

11.5. Anfordringsgaranti som vigtigt alternativ

- Overvinder alle forhindringer
  - banken skal udbetale "på anfordring";
  - dvs. stærkere end selvskyldnerkaution;
  - kræver ikke dom eller forlig – der skal blot betales;
  - "*on demand*", "*auf erste Anforderung*";
  - dvs. en *performance bond*.

- Typiske anvendelsesområder
  - alle steder, hvor alternativet er penge på en depotkonto, som kreditor kan hæve fra;
  - ses ofte af garantiteksten: "… *træder i stedet for kontant depositum* …";
  - erhvervslejemål: lejerens garanti (for fx 6 mdr.s leje);
  - eksport af projekt eller byggeopgave: eksportørens garanti for rettidig og mangelfri ydelse;
  - entreprise: bygherrens garanti for betaling;
  - entreprise: entreprenørens garanti for mangelfri ydelse.
- Terminologi
  - banken; rekvirenten; den berettigede (den sikrede).
- Nærmere om garantien
  - godt udgangspunkt kan være "*ICC Uniform Rules for Demand Guarantees*", 2010 revision, including model forms, ICC 758, som kan købes online hos www.iccbooks.com;
  - for at undgå efterfølgende tvist er det hensigtsmæssigt at aftale garantiens indhold allerede i kontrakten;
  - formuleringen kan fx være som følger:
    - AA applies and arranges, at the expence of AA, for at demand payment guarantee for the amount mentioned above in section …, € …
    - The demand payment guarantee must be issued by a [Danish] bank accepted by BB, and handed over to BB not later than the day where both parties have signed this agreement.
    - The demand payment guarantee must be subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010 revision, ICC publication No. 758.
    - The text of the payment demand guarantee must be as follows:
      - Guarantor [the bank]
      - To: BB.
      - Date [date of issue]
      - Type of guarantee: Payment guarantee.
      - Guarantee No. [the bank's guarantee reference number]
      - The Guarantor [name and address of the bank]
      - The Applicant: AA.
      - The Beneficiary: BB.
      - The underlying relationship: The Applicant's obligation in respect of …
      - Guarantee Amount and currency: € …
      - Any document required in support of the demand for payment, apart from the supporting statement that is explicitly required in the text below: None.
      - Language of any required documents: No documents required.
      - Form of presentation: Paper form, delivered to the Guarantor from the Beneficiary per registered letter.

- Place for presentation: [Guarantor to insert address of branch where a paper presentation is to be made].
- Expiry: When the total amount of € … has been paid to the Beneficiary.
- The party liable for any charges: The Applicant, AA.
- As Guarantor, we hereby irrevocably undertake to pay the Beneficiary any amount up to the Guarantee Amount upon presentation of the Beneficiary's complying demand, in the form of presentation indicated above, supported by such other documents as may be listed above (none), and in any event by the Beneficiary's statement, whether in the demand itself or in a separate signed document accompanying or identifying the demand, indicating in what respect the Applicant is in breach of its obligations under the Underlying Relationship.
- Any demand under this Guarantee must be received by us on or before Expiry at the Place of presentation indicated above.
- This Guarantee is subject to the Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) 2010 revision, ICC Publication No. 758.
- Signatures.

✍ Hvad skal den berettigede gøre, når han vil trække på garantien?
- — det, som garantien (med hjemmel i kontrakten) siger, at han skal gøre;
- — typisk: (1) angive, at han trækker (og hvor meget, evt. alt) + (2) angive, at medkontrahenten (rekvirenten) har misligholdt kontrakten (og da hvilke punkter i denne);
- — evt. også (3): bekræfte, at anmodningen ikke fremsættes i ond tro;
- — færdig! banken skal nu udbetale!

✍ Under kontraktforhandlingerne
- — den berettigede – vil kræve bankgaranti på anfordringsvilkår;
- — den forpligtede – vil prøve (1) helt at undgå bankgaranti, (2) eller dog at undgå **anfordrings**garanti, (3) og hvis anfordringsgaranti: da at kræve **kontra**garanti.

✍ Kontragaranti
- — en bankgaranti nr. 2 – stillet af den berettigede i henhold til anfordringsgarantien;
- — skal sikre rekvirenten i h.t. garanti nr. 1 mod uretmæssigt træk på garanti nr. 1;
- — garanti nr. 2 (kontragarantien) er ikke på anfordringsvilkår;
- — den udbetales først, når det ved forlig, dom eller voldgiftskendelse er fastslået, at *trækket på garanti nr. 1 var uberettiget*, og hvad der dermed skyldes.

✍ Midlertidigt forbud (*injunction*) – mod en banks udbetaling af en anfordringsgaranti?
- — i princippet mulig, om end stridende mod hele ideen med en anfordringsgaranti;

- formentlig kun forbud, hvis det er åbenlyst, at den, der trækker på garantien, gør det i ond tro;
- skriv evt. dette ind i garantien (dog naturligvis kun med hjemmel i kontrakten).

Omkostninger
- hver part bærer omkostningerne ved egen garantistillelse;
- dette er baggrundsretten, men bør *ex tuto* skrives i kontrakten;
- typisk udgift: 1) *up-front fee* til banken, ofte 1 pct. af garantisum, + 2) løbende provision, indtil udløb eller indfrielse, ofte 1-2 pct. p.a.

Kontrasikkerhed
- banken bærer en risiko gennem garantistillelsen (banken er kautionist);
- medmindre rekvirenten er åbenlyst betalingsdygtig, vil banken normalt kræve kontrasikkerhed;
- ofte i form af obligationsdepot eller bankkonto, der spærres (sikkerhedsdepot).

Hvor mange bankgarantier (og hertil hørende kontrasikkerheder) vil der kunne være i spil på én gang, hvis:

1) eksportøren skal stille anfordringsgaranti for mangelfri ydelse,

2) køberen skal stille anfordringsgaranti for (en del af) købesummen,

3) køberen skal stille kontragaranti for uretmæssigt træk på anfordringsgarantien,

4) sælgeren imødegår et forsøg på træk på anfordringsgarantien med et fogedforbud (som kræver sikkerhedsstillelse), og

5) én af parterne derefter indleder voldgift mod den anden (og voldgiftsdommerne kræver sikkerhed for deres honorarer)?

Kapitel 12

Misligholdelse

- Det lønner sig at gennemtænke og regulere dette i kontrakten – selv om parterne ofte helst vil vige udenom ("*Vi har da tillid til hinanden …*").

12.1. Kontrakten kan i høj grad påvirke, hvad der er misligholdelse, og om den er væsentlig

- **Indirekte** – gennem kravene til ydelsen – dette får jo indirekte virkning for, *hvad der er ikke-opfyldelse* – og dermed misligholdelse.
- **Direkte** – ved simpelthen at definere noget som misligholdelse – her gælder aftalefrihed
  - pantebrevsformularen: pantet væsentligt forringes; ydelse udebliver ud over 7 dage etc.;
  - cross-defaul clause: misligholdelse af andre lån end dette (NB: forbudt ved pant i fast ejendom, jf. TL § 42 b);
  - I/S-aftale mellem læger: afhængighed af stoffer, alkohol mv.;
  - I/S-aftale mellem advokater, revisorer: disciplinære straffe mv.;
  - forsømmelse af *covenants,* fx om tilsendelse af regnskab, finansielle oplysninger;
  - licenstagerens forsømmelse af inden en bestemt frist at sende revisoratteseret regnskab over det forløbne års royaltyberegning mv. til licensgiveren, jf. *UfR 2011.115 H (Effect Furniture)*.
- Kan også på forhånd definere det som væsentligt og hævebegrundende – jf. fx I/S-aftalerne.
- Kan definere væsentlighedsgrænsen kvantitativt
  - forsinkelse med (del)leverancer, entreprise mv.;
  - til og med x dage: dagbøder. Derudover: hæve. Definition af væsentlighed
- CISG's definition har det hele – kan med fordel anvendes som generelt udtryk for, hvad der er væsentligt.
  - CISG artikel 25
  - "*En parts misligholdelse er væsentlig, hvis den medfører en sådan ulempe for den anden part, at den i betydelig grad berøver ham for* ('*… substantially to deprive him of …*'), *hvad han i henhold til aftalen er berettiget til at forvente, medmindre den misligholdende part ikke forudså – og en fornuftig person i*

samme situation og under tilsvarende omstændigheder ikke ville have forudset – et sådant resultat";

↬ engelsk formulering i lovsamling (+ retsinfo.).

✍ Prøv at dissekere CISG-reglen

— misligholdelse (= kontraktbrud) – *a breach of contract*;
— ulempe for modparten – *detriment to the other party*;
— smh. med berettiget forventning i.h.t. kontrakten – *what he is entitled to expect under the contract*;
— medmindre det ikke var kendeligt for den misligholdende – *unless the party in breach did not foresee … and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen …*;
— bemærk, hvad vej undtagelsen (bevisbyrden) vender;
— bemærk *bonus-pater*-figuren!

✍ **Fejlbedømmelse** af, om der overhovedet *foreligger* misligholdelse – kan føre til uberettiget ophævelse (og dermed misligholdelse og erstatningspligt "den anden vej") …

— når en finbedømmelse viser, at den anden part slet ikke var i misligholdelse;
— *UfR 2009.3022 H (Scotwotk)*;
— licensgiver havde forkøbsret til licenstagers virksomhed;
— han mente, at forkøbsretten var udløst alene pga. licenstagers forhandling med T om evt. salg;
— dette var ukorrekt, og da licensgiver derefter hævede, var han i misligholdelse (objektivt; han tog fejl)

✍ **Fejlbedømmelse af**, om misligholdelse er *væsentlig* – kan tilsvarende føre til uberettiget ophævelse …

— når den krænkede part påberåber sig misligholdelse og finder denne væsentlig, hvorfor han hæver, *bærer han standpunktsrisikoen*;
— hvis der ganske vist er misligholdelse, men den ikke var væsentlig, er hæveerklæringen uberettiget (og dermed erstatningspådragende!);
— *UfR 2009.199 H (Citroën-forhandleren)*;
— i strid med kontrakten med importøren anvendte forhandleren uoriginale reservedele til garantireparationer;
— dette førte til, at importøren hævede kontrakten som misligholdt;
— Højesteret: +misligholdelse, men ikke væsentlig (begrænset omfang, ikke forsætligt);
— hæveerklæring derfor uberettiget – derfor ifaldt importøren erstatningsansvar over for forhandleren! (sagen vendte 180 grader).

Kunne en passende bestemmelse i kontrakten have gjort nogen forskel? Kunne importøren have handlet anderledes i den konkrete misligholdelsessituation?

12.2. Defineret som hævebegrundende – uden at det betegnes som "misligholdelse"

- Banklån med sikkerhed i depot af værdipapirer – kræver altid fx 25 pct. oversikkerhed; ellers "opsige".
- *Merger clause* ("fusionsklausul") – fusion, *takeover* etc. udgør grund til "opsigelse".
- Angreb på et licensbelagt patent – også selv om det ifølge baggrundsretten ikke er misligholdelse fra patentejeren, at hans patent angribes (licenstagerens interesse i kontrakten svækkes allerede pga. angrebet).
- Husk generelt – kontrakten definerer, hvad der er 1) misligholdelse, 2) væsentlig, hævebegrundende misligholdelse eller – som her – 3) opsigelsesgrund i øvrigt (på niveau med misligholdelse).

12.3. Påmindelse og reklamation

- Baggrundsretten – man kan hæve, hvis misligholdelsen er væsentlig; "advarsel" kræves ikke.
- Påkrav kan være fornuftigt – undgår hæveerklæring som lyn fra en klar himmel …
  - skal stå i kontrakten – og har kun relevans, hvis forholdet kan berigtiges;
  - "*… hvis det forhold, der agtes påberåbt som misligholdelse, vil kunne berigtiges, skal der skriftligt gives den anden part en frist hertil på mindst 14 dage, medmindre det er åbenbart, at berigtigelse ikke vil kunne finde sted …*";
  - frist til berigtigelse kan dog konkret være meningsløs – *UfR 2009.2180 H (Mazda Motor)*:
    - forhandler videresolgte til uautoriserede forhandlere; importøren skulle iflg. kontrakten give 3 mdr. til berigtigelse, men behøvede det alligevel ikke, da forhandleren bestred misligholdelse og fortsatte videresalgene.
- Reklamation – fx over et vareparti
  - baggrundsretten: i handelskøb "straks", og ellers "uden ugrundet ophold", jf. kbl. § 52, stk. 1 (CISG mildere: "inden rimelig tid", jf. artikel 39, stk. 1);
  - kan være unødigt hårdt – derfor evt. en bestemt frist i kontrakten (erstatter i så fald lovens "straks").
- Bevissikring – god ide med aftalt procedure
  - fx aftale: (1) reklamation inden x dage efter modtagelse; (2) modpart skal inden y dage tage stilling til, om den påberåbte mangel erkendes, og ellers (3) retter køber inden z dage henvendelse til … for at få varernes tilstand dokumenteret;
  - undgår herved mange tvister + omkostninger til syn og skøn.

12.4. Skal sælgeren have *ret* til at foretage afhjælpning?

- Baggrundsretten – sælger har normalt ingen afhjælpnings**ret**
  - U-1: kutyme;
  - U-2: reparation, tilvirkningskøb, produceret i ordre;
  - U-3: forbrugerkøb, kbl. § 78, stk. 3;
    - (UU: væsentlig ulempe).
  - U-4: CISG-køb, artikel 48, stk. 1;
    - (UU: urimelig ulempe).
- Baggrundsretten – facit
  - den almindelige sælger (uden for CISG, uden for forbrugerkøb) har ikke ret til at forsøge afhjælpning;
  - er det tilfredsstillende for sælgeren?
- Bør overveje at indføre afhjælpningsret i kontrakten
  - brug evt. CISG som model: "… *kan sælger, selv efter leveringstidspunktet, på egen bekostning afhjælpe enhver misligholdelse fra hans side, hvis dette kan gøres uden urimelig forsinkelse for køber, og uden at denne udsættes for en urimelig ulempe eller usikkerhed om, hvorvidt hans udlæg vil blive godtgjort af sælger*".
- Mange standarddokumenter har indbygget afhjælpningsret
  - NL 01;
  - Orgalime S 2000;
  - AB 92 § 31, stk. 1.

> Kan det gøres enklere i kontrakten end en ordret afskrivning af ovenstående lange CISG-formulering? Er det en teknik, der med fordel kan bruges også i andre sammenhænge?

12.5. Skal sælgeren have *pligt* til at foretage afhjælpning?

- Baggrundsretten – sælger har normalt ingen afhjælpnings**pligt**
  - U-1: kutyme;
  - U-2: forbrugerkøb, kbl. § 78, stk. 1;
    - (UU: umulig, eller uforholdsmæssige omkostninger).
  - U-3: CISG-køb, artikel 46, stk. 3;
    - (UU: urimeligt).
- Baggrundsretten – facit
  - den almindelige sælger (uden for CISG, uden for forbrugerkøb) har ikke pligt til at forsøge afhjælpning;
  - er det tilfredsstillende for køberen?

- Bør overveje at indføre afhjælpningspligt i kontrakten
  - brug evt. også her CISG som model: "… *Lider varen af en mangel, kan køber kræve, at sælger afhjælper manglen, medmindre det under hensyn til samtlige foreliggende omstændigheder er urimeligt at kræve dette.* …"
- Mange standarddokumenter har indbygget afhjælpningspligt
  - NL 01 – ret og pligt;
  - Orgalime S 2000 – ret og pligt;
  - AB 92 § 31, stk. 1 – ret og pligt.
- Uforholdsmæssige omkostninger ved afhjælpning – et eksempel
  - UfR 2008.2772 H (rørledningen til optiske fibre)
    - solgte en rørledning til fibre – men havde kun lejet den; derfor: vanhjemmel!
    - køber forlangte omlevering (= afhjælpning), dvs. nedgravning af ny rørledning – dette ville koste sælgeren 2,7 mio. kr.;
    - Højesteret: dette ligger uden for, hvad købsaftalen kan forpligte sælgeren til; derfor "kun" 0,7 mio. kr. i erstatning til køberen.

> Kan det gøres enklere i kontrakten end en ordret afskrivning af ovenstående CISG-formulering? Er det en teknik, der med fordel kan bruges også i andre sammenhænge?

12.6. Ansvarsfraskrivelse

- Udgangspunkt: aftalefrihed
  - men "saglighed" er vigtig;
  - "noget for noget" (*quid pro quo*): (1) køber fik nedslag i prisen, men accepterer til gengæld sælgers ansvarsfraskrivelse for maskinens …; (2) sælger har både ret og pligt til afhjælpning, men køber accepterer til gengæld sælgers ansvarsfraskrivelse for indirekte tab, herunder driftstab; etc.;
  - kan ikke gyldigt fraskrive sig ansvaret for forsæt (eller grovere uagtsomhed);
  - professionel rådgiver kan ikke fraskrive sig pligten til god skik;
  - men med disse forbehold: +aftalefrihed.
- Egenskaber ved ydelsen, fx en salgsgenstand
  - utæthed i udlejningsejendommens tag; andre fysiske ting (normalt: tilstandsrapport);
  - videresalg af ejendom overtaget på tvangsauktion (eller solgt af dødsbo);
  - om der evt. kan være brugt open source kilder til afhændet software, fx ved virksomhedskøb (APA og SPA);
  - kan aldrig fraskrive sig ansvar for vanhjemmel (men grænsen mellem vanhjemmel og alm. mangler kan være usikker);
  - kan heller ikke fraskrive sig ansvaret for noget, som sælgeren selv er i ond tro om (og som sælgeren må vide, at køberen er i god tro om).

- Eksempel på uholdbar ansvarsfraskrivelse:
  - *UfR 2009.1636 V (salg af ejendom med egen vandforsyning)*
    - "*Sælger er uden ethvert ansvar for vandets fremtidige kvalitet og kvantitet*";
    - fik dog ikke lige oplyst: vandet havde en metallisk bismag; overskred grænseværdierne for jern og mangan; sælgeren havde selv i årevis kørt vandet gennem en kaffemaskine, før han drak det;
    - dette var af så væsentlig betydning for køberne, at sælgeren havde fortiet sin loyale oplysningspligt;
    - "*under disse omstændigheder [var] hans ansvarsfraskrivelses-klausul uden betydning*".
- Fraskrivelsen medfører (når den er gyldig), at der ikke foreligger en mangel …
  - mangelbegrebet er jus, nemlig defineret i forhold til aftalen;
  - hvis kontrakten fastlægger, at køber accepterer forholdet, kan dette ikke udgøre en mangel;
  - selv den mest hullede og forfaldne båd kan være køberetligt mangelfri;
  - sælger skal være i god tro, dvs. handle og oplyse loyalt.
- Fraskrivelse af ansvar for videregående tab – driftstab, profittab mv.
  - baggrundsretten er uklar mht. rækkevidden af sælgers pligt;
  - fraskriver sig det ofte i kontrakten (til gengæld: afhjælpningspligt);
  - driftstab – *loss of production*;
  - mistet fortjeneste – *loss of profit*;
  - afsavn – *loss of use*;
  - mistede øvrige kontrakter – *loss of contracts*;
  - "*… or for any other consequential loss whatsoever*".
- Beløbsmæssige begrænsninger
  - transportør, speditør, luftfart;
  - ofte angivet i SDR – *special drawing rights*;
  - SDR er en alternativ valuta etableret af IMF;
  - 1 SDR = ca. 1,3 USD;
  - i "*conditions of carriage*" bruges SDR som max. for flyselskabernes økonomiske ansvar ved død og invaliditet;
  - hvis en speditør begrænser sit ansvar for bortkommet gods mv. til max. 50.000 SDR pr. opgave, er dette altså ca. DKK 325.000.

Romerretten havde som tidligere nævnt en grundsætning om løftets *causa* – årsagen til løftet. Det er den, vi benytter os af, når vi skriver en præambel til kontrakten. Hvilken rolle kan *causa* evt. spille i nærværende sammenhæng?

12.7. Bevisbyrde

- Spiller en enorm rolle, når tvist først er opstået – men nævnes aldrig "ved navn" ("bevisbyrden for …") i kontrakten.
- Men talrige punkter i kontrakten har reelt afgørende betydning for bevisbyrden.
- Bemærk formuleringen – "… *hvis* (= såfremt) …", modsat: "… *medmindre* …"; "… *if* (provided that) …", modsat: "… *unless* …". – De regulerer indirekte bevisbyrden for det efterfølgende.
- Kan der træffes bevisbyrdeaftaler i kontrakten?
  - ikke helt generelt ("vore referater/kontoudtog er altid definitivt bevis for., at …";
  - men gerne specifikt og sagligt: "*Mødereferatet/byggereferatet anses for at være en korrekt gengivelse af det på mødet passerede, medmindre der inden 5 hverdage skriftligt gøres begrundet indsigelse*";
  - ved nærmere eftersyn vrimler aftalen med forhold, der (indirekte) fastlægger bevisbyrden.
- En bevisbyrde, som det ofte er næsten umuligt at løfte – tabets størrelse!
  - derfor: konventionalbod! jf. nærmere nedenfor.
- Pakhusbranden – et skoleeksempel på en bevisbyrde, der helt afgørende blev vendt om gennem parternes kontrakt (blev nævnt allerede i 1. forelæsning):
  - *UfR 1995.856 H (brand i pakhus)*, hvor motorcykler mv. gik tabt; forsikringssummerne var slet ikke tilstrækkelige; brandårsagen blev aldrig afklaret;
  - hvad siger baggrundsretten? DL 5-8-14: depositaren er ansvarlig, medmindre han beviser, at han er uden skyld (dvs. pakhusets ejer hæftede);
  - hvad sagde kontrakten? "*NSAB gælder*" (fodnote på ordrebekræftelse);
  - NSAB har ligefrem bevisbyrde – ejeren af varerne skal bevise, at depositaren har udvist skyld (dvs. pakhuset hæftede ikke);
  - Vestre Landsret: byrdefuldt vilkår – krævede særlig fremhævelse;
  - Højesteret: nej, professionelle parter – må læse kontrakten;
  - derfor: NSAB er vedtaget; bevisbyrden er derfor ligefrem; motorcyklernes ejer har ikke bevist, at pakhuset udvist skyld; pakhuset frifindes.
- Morale af pakhussagen – nogle få ord eller henvisninger kan gøre en gigantisk forskel; professionelle parter må læse kontraktmaterialet; motorcyklernes ejer skulle have gjort indsigelse mod ordrebekræftelsen.
- Leasingsagerne som yderligere eksempel:
  - bogtrykkeren leaser en trykkerimaskine; den brænder (hændeligt);
  - hvad siger baggrundsretten? leasingselskabet er ejeren og bærer derfor risikoen (*res perit domino* – tingen går til grunde for ejeren);
  - men hvad sagde kontrakten? "*Det påhviler leasingtageren at holde det leasede forsikret*"; dette havde bogtrykkeren forsømt;

- dette kontraktbrud medførte erstatningspligt hos ham, dvs. tabet var nu hans;
- kontrakten flyttede således risikoen i forhold til baggrundsretten;
- sagen er fra skatteretten (pga. bogtrykkerens ønske om fradrag for tabet), jf. *TfS 1986.676 LSK*.

Kan du fra din basale obligationsret huske, hvem der bærer risikoen for en ting, der **lånes**? (DL 5-8-1).

Hvorfor er der forskel på baggrundsrettens regler om risikoen for (1) **lånte ting** henholdsvis (2) **lejede eller opbevarede ting**?

12.8. Force majeure og hardship

- Kvalificeret umulighed – *force majeure*
  - fritager endog genussælgeren fra det ellers objektive ansvar;
  - kbl. § 24: "*…såsom ved hændelig undergang af alle genstande af den art eller det parti, købet angår, ved krig, indførselsforbud eller lignende*";
  - CISG artikel 79: "*proves that the failure was due to an empediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account … or to have avoided or overcome its consequences*";
  - gengiv evt. CISG i kontrakten (eller henvis);
  - skal arbejdskonflikt være force majeure? baggrundsretten er uklar; bør reguleres i kontrakten (*Jeppe Høyer Jørgensen* i UfR 2008 B, s. 331 ff.).
- Uforholdsmæssig vanskelighed – hardshipklausul.
- UNCITRAL 1988 – "*a change in economic, financial, legal or technological factors that causes serious adverse economic consequences to a contracting party, thereby rendering more difficult the performance of his contractual obligations*".
- ICC Publication No. 650/2003 – klausuler.
- Blød hardshipklausul – parterne skal blot **genforhandle**
  - samarbejdsaftale;
  - direktørkontrakt;
  - kan ikke gennemtvinge ændring …
  - men en blank afvisning af forhandling kan e.o. være væsentlig misligholdelse pga. illoyalitet.
- Hård hardshipklausul – en ændring kan **gennemtvinges**.
- Eksempel på hård hardship:
  - forpagtningskontrakt om landbrug;
  - hvis urimelighed: genforhandling; kompetence hos voldgift til at ændre/omskrive;
  - i 2005 ændredes EU's jordbrugsstøtte: nu støtte til brugeren (i stedet for til ejeren);

- skulle selve rettighederne til støtten da tilfalde forpagteren? (dvs. ikke blot nydes af ham i forpagtningstiden?);
- voldgiftsretten: hardshipklausulen kan her bruges til ændring;
- dermed bortfalder behovet for aftl. § 36;
- nægtelse af forhandling kunne være hævegrund …
- og en part, der hævede ved énsidig erklæring …
- overså aftalens klausul om, at først indbringe for voldgift;
- dvs. voldgiftsretten giver "tilladelse" til at hæve;
- god metode til reduktion af standpunktsrisikoen;
- *Clement Salung Petersen* finder i UfR 2013 B s. 35 ff. …
  - at en domstol ikke vil kunne anvende en hård hardshipklausul, idet området for rets*anvendelse* herved overskrides;
  - fsv. angår voldgift finder han, at en aftalebestemt ændringskompetence ikke omfattes af vgl. …
  - men blot er udtryk for en aftaleændring v/ tredjemand efter parternes bemyndigelse.

> Hvilken slags kompetence er det, man giver en voldgiftsret ved en hård hardshipklausul? Er der hjemmel hertil i vgl. § 28, stk. 3 (billighedsafgørelser)? Hvordan forholder klausulen sig til aftl. § 36? til forudsætningslæren?

Et P.S. om aftl. § 36

- direktivstyrede ugyldighedsregler som fx § 38 c (direktiv 93/13 om forbrugeraftaler) har to vigtige egenskaber, jf. *C-618/10 (Banco Español)* om morarente på 29 pct. i en banks låneaftale):
  - de skal anvendes *ex officio*, uanset forhandlingsmaksimen;
  - de må ikke føre til ændring af vilkåret, kun til, at det kendes ugyldigt;
  - jf. grundsætningen om EU-rettens effektivitet;
  - se *Marie Jull Sørensen* i UfR 2013 B s. 383 ff.

12.9. Konventionalbod

Fordi det er så svært at bevise et tab og dets størrelse – og desuden af præventive grunde (skal virke "adfærdsregulerende").

"Konventional-…" = en aftalt bod = et fast beløb (naturligvis forskellig fra en strafferetlig bøde – trods flertalsformen: bøder).

Anvendelsesområder

- overtrædelse af virksomhedssælgers konkurrenceklausul;
- overtrædelse af (betroet) medarbejders konkurrence- eller kundeklausul;
- overtrædelse af aktionær- eller anpartshaveroverenskomst (ejeraftale);
- forsinket færdiggørelse af entreprise med bygning;
- forsinket færdiggørelse af skib;

- forsinket levering af maskineri;
- overtrædelse af hemmeligholdelseserklæring.

Kan være én bod eller flere bøder (ofte: dagbøder)
- konkurrenceklausul mv.: én bod – men ofte tilføjet: "*hver overtrædelse udløser bod*";
- bygnings-, skibs- og maskinleverance: dagbod (som pct. af kontraktsum) pr. dag eller uge, forsinkelsen varer – dog max. DKK …, og efter x uger: hævebeføjelse.

Kræves der culpa, for at bod udløses?
- ikke ved fx forsinket leverance;
- men i et vist omfang ved fx overtrædelse af konkurrenceklausul.

Kan der kræves erstatning, hvis tabet påviseligt er større end boden?
- baggrundsretten: nej, boden er "til fuld og endelig afgørelse";
- kontrakten: tilføjer ofte, at "*… betaling af bod gør ikke handlemåden retmæssig og afskærer ikke fra … erstatning for dokumenteret tab ud over boden*";
- en sådan klausul er gyldig – men tabet er som nævnt svært at bevise.

Endnu et forbehold, det kan være rimeligt at tage i kontrakten
- baggrundsretten: bodsbestemmelse afskærer ikke fra fogedforbud;
- kontrakten: understreger ofte, at "*… betaling af bod gør ikke handlemåden retmæssig og afskærer ikke fra … foreløbige retsmidler i form af forbud og arrest*".

Pas på sproget
- *penalty* – culpa kræves;
- *liquidated damages* – bodsbestemmelsen er blot en bestemmelse om på forhånd afmålt erstatning; culpa kræves ikke.

Hvordan vil en konventionalbod ofte blive søgt angrebet juridisk?
- principalt – angreb på den underliggende forpligtelse (konkurrenceklausul mv.); angribes efter aftl. §§ 36 og 38 og/eller konkurrencelovens § 6;
- subsidiært – angreb på bodens størrelse; størrelsen urimelig, jf. aftl. § 36? multipliceret bod ved gentagne overtrædelser reduceres, jf. aftl. § 36? (nøje kalkulerede dagbøder i pct. af kontraktsum kan normalt ikke angribes);
- eksempel på, at boden ofte fastholdes: *UfR 2008.2665 V (underentreprenørens kundeklausul)*, som han påtog sig for at få underentreprisen (en offshore-kontrakt);
- den var hverken i strid med aftl. § 36 eller konkurrencelovens § 6;
- den var indgået mellem erhvervsdrivende – og var en naturlig del af kontrakten;
- boden var 1.000.000 kr., og dette beløb blev ikke nedsat.

Repetér efter hukommelsen sagsøgtes indsigelser i sagen om de norske offshorearbejder samt rettens stillingtagen til hver indsigelse.

Kapitel 13

Kontraktens ophør

13.1. Kan en part udtræde og overdrage sin del af kontrakten til andre?

- Som udgangspunkt: nej – debitorskifte kræver kreditorsamtykke; i en gensidigt bebyrdende kontrakt er begge parter både debitor og kreditor.
- Men man kan overdrage sin ret til det økonomiske vederlag
  - den, der skal udføre en opgave for en anden; sælgeren af en ting; entreprenøren;
  - men den, der får transport, opnår ikke bedre ret end den part, der transporterede kravet til ham, jf. princippet bag gældsbrevslovens § 27 (erhververen får ikke bedre ret end overdrageren);
  - dvs. at indsigelser (mangler, forsinkelse etc.) også rammer ham, der fik transport;
  - i visse tilfælde kan transporten helt negligeres af medkontrahenten i kontrakten, jf. princippet bag rpl. § 511, stk. 3 ("negligeringsretten");
  - kontrakten kan tage stilling hertil, fx ved at gengive § 27 henholdsvis § 511, stk. 3;
  - eller som AB 92 § 5, stk. 2: "… *Overdrager entreprenøren uforfaldne krav i henhold til aftalen, går transporter, der står i forbindelse med arbejdets udførelse, forud for andre transporter*";
  - dvs. transport til en underentreprenør eller leverandør går forud for transport til banken, uanset tidsprioritet.
- Nogle transporter er helt sædvanlige
  - køberen af et parti varer under transport har måske allerede videresolgt varerne;
  - dette er helt i orden – men han hæfter stadig over for sælgeren.
- Fra 2010 kan aktier og anparter indbetales med kun 25 pct. (dog mindst 80.000 kr.) – dvs. der hæftes for de 75 pct. (resthæftelsen)
  - den ikke fuldt indbetalte aktie/anpart kan sælges (U: omsættelighedsindskrænkning i vedtægterne);
  - men aktionær nr. 1 (overdrageren) hæfter over for selskabet som selvskyldnerkautionist (solidarisk med aktionær nr. 2) for restbeløbet på 75 pct., jf. selskabsloven (SL) § 34, stk. 6.

- Ejerskifteklausul i pantebrev – er nævnt tidligere.
- Selskab K-1 vil gerne kunne overføre kontrakten til K-2 i samme koncern – kræver hjemmel i kontrakten, jf. *UfR 1985.664 V (stoleproduktionen på licens)*.
- Erhvervslejeren L-1 vil gerne kunne afstå lejemålet til sit selskab L-2
  - baggrundsretten: erhvervslejelovens (ELL) § 55, stk. 1;
  - L-1 skal have stemmemajoritet i L-2 …
  - og L-1 skal indestå som selvskyldnerkautionist for L-2;
  - og videreoverdragelse til L-3 kræver tilsvarende (1) en fysisk person med stemmemajoritet i L-3 og (2) selvskyldnerkaution fra den fysiske person.
- ELL's model kan kopieres – andre tilfælde, hvor der er en kontraktmæssigt aftalt "afståelsesret"
  - baggrundsretten – er der "afståelsesret", kan også et ApS mv. indtræde som ny part, jf. *UfR 1993.866 H (pantebrevet i restauranten)*;
  - kontrakten – bør kopiere ELL § 55, stk. 1 for at sikre mod "afståelse" til svagt ApS.

> Hvad menes der lige ovenfor med, at erhvervslejelovens model kan kopieres?
>
> Skitsér hovedtræk af en sådan kopierende kontraktklausul.

13.2. Opsigelse

- Husk altid forskellen på **opsigelse** og **ophævelse**!!
- **Opsigelse** af kontrakten
  - baggrundsretten – altid opsige med rimeligt varsel, fx 3-6 mdr. – jo længere tids samarbejde, desto længere varsel
    - *UfR 2014.3499 H (parkering i gården)* – Us stiltiende accept af lejernes gratis parkering i gården skabte kun en ret indtil videre – kunne bringes til ophør med rimeligt varsel som sket
  - kontrakten – bør tage stilling hertil; uheldigt at overlade til baggrundsretten; kan være et vist varsel (evt. en vis tids uopsigelighed);
  - opsigelse kræver ikke begrundelse (modsat ophævelse);
  - når intet er aftalt, se fx *UfR 2009.1159 H*, transport- og distributionssamarbejde, der havde varet 5½ år;
  - opsagt med 14 dages varsel;
  - opsagte part havde blandt andet 17 lastbiler i drift, forsynet med den opsigende parts logo;
  - varsel på løbende mdr. 3 mdr. fandtes passende;
  - erstatning ud fra sidste års DB før afskrivninger mv.
- Kan en part énsidigt "afbestille"?
  - baggrundsretten – nej, kontrakten binder;

— kontrakten – kan tage stilling til kravet, hvis der uretmæssigt annulleres;
— fødselsdagsarrangement på restaurant: kutyme for 75 pct. af aftalt pris, godkendt ved *UfR 2007.637 V*;
— annulleret bilkøb: 10 pct. af købesum som aftalt "bod" var ugyldig, *UfR 2002.706 H* (men dette var over for en forbruger).

Forklar forskellen på at opsige og at ophæve en kontrakt.

Kan man mon regne med at ikke-jurister uden videre anvender denne sprogbrug?

Hvis man kan op**hæve**, kan man da nøjes med at op**sige**?

13.3. Afvikling efter ophør

- Forhandler, agent – indeværende ordrer afvikles.
- Den anden parts fysiske materiale tilbageleveres
  — tekniske oplysninger og tegninger;
  — reklamemateriale, brochurer;
  — specialværktøj, forme, måleværktøj.
- Overdragelsespligt
  — patent, varemærke og andre immaterialrettigheder;
  — kundekartoteker;
  — fælles selskab, der blev anvendt til samarbejdet, likvideres eller overdrages (til den ene part).
- Forbedringer ved det lejede, leasede etc.
  — baggrundsretten – må kun fjernes, når det lejede bringes i den stand, hvori det blev overtaget;
  — romerretlig grundsætning: *jus tollendi* ("retten til at fjerne") – *jus tollendi sine læsione prioris status*;
  — konkret udtrykt i lejelovens § 99, stk. 1: "*Forbedringer, som lejeren har foretaget, må kun fjernes, når lejeren bringer det lejede i den stand, hvori han overtog det.*" – Kan kopieres uden for lejeforhold.
- Køberet og købspligt
  — ret (og evt. pligt?) til at købe materiel, som man nu selv skal bruge, men som tilhører den anden part.
- Godtgørelse for den anden parts oparbejdelse af kundekreds, som man nu selv overtager …
  — baggrundsretten: kun, hvis der er hjemmel i lov eller aftale;
  — handelsagentlovens §§ 25-29; direktivstyret (direktivet stærkt påvirket af tysk *Handelsgesetzbuch,* HGB);

- kun hvis agenten har (1) skaffet nye kunder eller betydelig udvidelse af handelen med gamle kunder …
- og (2) godtgørelse er rimelig, navnlig pga. agentens tab af provision fra denne kundekreds;
- max. svarende til 1 års vederlag (gennemsnit af seneste 5 år);
- ikke hvis kontrakten ophæves pga. agentens misligholdelse;
- Heller ikke hvis agenten selv opsiger (U-1: pga. agenturgivers forhold; U-2: pga. agentens svagelighed);
- skal kræves senest 1 år efter kontraktens ophør, ellers bortfaldet;
- disse regler er præceptive;
- kan evt. kopieres i en kontrakt uden for handelsagentlovens område.

Kapitel 14

Lovvalg – tilknytning til flere lande

14.1. Hvornår er der behov for "lovvalg" i kontrakten?

- Behov herfor, når parterne har domicil i forskellige lande.
- Den udpegne lov udgør baggrundsretten – dvs. hvor kontrakten er tavs, samt for fortolkning og udfyldning.
- Terminologi – "international-privatretligt lovvalg"; "IP-lovvalg"; "international lovkonflikt";
  - "*kontrakten er underlagt dansk ret / tysk ret / engelsk ret*";
  - "*ethvert spørgsmål om kontraktens forståelse, fortolkning og gyldighed afgøres efter dansk ret / tysk ret / engelsk ret*" …
  - men lovvalget kan ikke altid gøre 100 pct. op med, hvilken lovgivning der kan medføre ugyldighed.
- Selv om lovvalget peger på fx tysk ret, i hvilket omfang kan der da alligevel komme andre regler end i billedet end den valgte lov, når spørgsmål om ugyldighed skal afgøres?

14.2. Internationale løsørekøb

- Disse køb har deres egen lov – ældre end Romkonventionen: Haagerkonvention.
- Dvs. Romkonventionen må **ikke** anvendes her. "Løsørekøb af international karakter" – løsørekøbslov (i lovsamling); må ikke forveksles med "CISG – international købelov" (jf. dog om CISG nedenfor).
- Gælder kun løsøre – ikke skib, fly, tjenesteydelse, samarbejdsaftale, entreprise mv.; ikke forbrugerkøb (§ 1).
- Aftalefrihed – jf. § 3.
- Ellers – sælgerens domicil ved bestillingen, § 4, stk. 1.
- Hvis bestilling i købers land – købers lov gælder, § 4, stk. 2.
- Købers undersøgelse mv. – købers lov gælder, § 5
  - gælder også frister, reklamation mv.;
  - dansk sælger, italiensk køber – italiensk ret ad undersøgelse;

— ønsker man dét? – ellers: lovvalgsaftale. "*Kontrakten er underlagt dansk ret (CISG), også for så vidt angår spørgsmål om købers undersøgelsespligt, reklamation mv.*"

✍ Hvad er det så for en lov, der herved peges på?
- — da internationalt løsørekøb: CISG;
- — CISG kan naturligvis udelukkes ved aftale, jf. CISG artikel 6, nærmere *Morten Schwartz Nielsen* & *Dicle Duran* i ET 2009 s. 359 ff.
- — fx således: "*Den internationale køberetskonvention CISG finder ikke anvendelse i retsforholdet mellem parterne*"
- — i så fald gælder alm. købelov i det udpegne land, dvs. normalt sælgers lands lov …
- — hvilket dog normalt vil være en klar forringelse i forhold til CISG, jf. *Joseph Lookofsky* i UfR 2012 B s. 281 ff.
- — CISG skal altid fortolkes på international måde, jf. artikel 7, stk. 1
- — og man kan gratis finde domme mv. til hver enkelt artikel i CISG på CLOUT – *Case Law on Uncitral Texts*;
- — www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

14.3. Hvad siger Romkonventionen – og hvad tillader den, at man skriver i kontrakten?

✍ Anvendes, så snart der skal foretages et valg mellem forskellige landes love, jf. artikel 1(1)
- — behovet for lovvalg skyldes typisk parternes forskellige domicil;
- — konventionen gælder alt andet end erhvervsmæssige løsørekøb (tjenesteydelser, samarbejde, ansættelse, forbrugerkøb etc.).

✍ Den udpeger kontraktstatuttet – "kontraktens lov", *the proper law of the contract*; *lex contractu*.

✍ Også selv om der peges på et land uden for EU/EØS – fx USA, Schweiz, Rusland etc., jf. artikel 2.

✍ Grundprincip nr. 1: **aftalefrihed** – dvs. partsautonomi, jf. artikel 3, stk. 2
- — mellem erhvervsdrivende skal der ikke "meget til" en vedtagelse; behøver ikke at være i en kontrakt;
- — man kan vedtage den ene parts lov …
- — eller man kan vedtage tredjelands lov, der af begge opleves som neutral, fx schweizisk eller engelsk ret;
- — tradition for vedtagelse af engelsk ret: søfart, søtransport, luftfart, it-ydelser; internationale låneaftaler;
- — lovvalgsaftale indebærer ikke *renvoi*, dvs. man vedtager kun landets materielle ret, ikke dets IP, jf. Romkonventionens artikel 15;
- — har disse parter flere særskilte aftaler med hinanden, vil en lovvalgsklausul i én aftale normalt ikke automatisk gælde for de øvrige, jf. *UfR 2012.2816 Ø (det tjekkiske mineralvand).*

- *Lex mercatoria*
  - kan man vedtage *lex mercatoria*?
  - dvs. internationalt anerkendte kontraktprincipper);
  - man vedtager da fx Unidroit Principles on International Commercial Contracts (p.t. 2010);
  - men (indtil videre) dog kun hvis der er aftalt voldgift;
    - NB: *lex mercatoria* havde tidligere ingen forældelsesregler, dvs. enten henvise til bestemt lands lov herom – eller domstolene bruger *lex fori* (egne regler).
    - fra 2010 har Unidroit Principles forældelsesregler, der (i forkortet form) meget ligner de danske;
    - vedtagelse af Unidroit Principles kan ske gennem følgende klausul i kontrakten:
      - "This contract shall be governed by the UNIDROIT Principles (2010)".
    - ønsker man at undtage enkelte Unidroit-regler, tilføjer man:
      - "*… except as to Articles …*"
    - litteratur til forståelse og anvendelse af UNIDROIT Principles i dine kontrakter:
      - *Erik Werlauff*: International Contracts – the UNIDROIT Principles as an alternative to clauses on governing law (Ex Tuto Forlag)
      - *Erik Werlauff*: Forudsigelighed i aftale med udenlandsk part – vedtag afbalanceret færdigt regelsæt i stedet for fremmed ret (Werlauff Publishing).

- Afgørelse efter "billighed" (= rimelighed)
  - kan vedtages, men kun hvis der også er aftalt voldgift;
  - se voldgiftslovens §28, stk. 3;
  - dvs. voldgiftsdommerne skal udtrykkeligt bemyndiges til at afgøre sagen "*ex aequo et bono*".

- Vigtige modifikationer til aftalefriheden
  - internationalt præceptive regler i den lov, der ellers ville blive peget på, jf. artikel 3, stk. 3;
  - forbrugere i et andet land "bearbejdes" (annoncering el. modtagelse af bestilling i forbrugerens land), jf. artikel 5, stk. 2;
  - ansættelsesforhold: medarbejderen kan vælge og plukke både fra den aftalte lov og fra den lov, der ellers ville gælde (normalt: dér hvor arbejdet sædvanligvis udføres, *lex loci labori*), jf. artikel 6, stk. 1;
  - "nær tilknytning" til tredjeland – den domstol, sagen kommer for, kan da anvende tredjelands lov, jf. artikel 7, stk. 1;
  - internationalt præceptive regler i domstolens eget lands lov – *lex fori*, jf. artikel 7, stk. 2;
  - grundlæggende retsprincipper i domstolslandet – *ordre public*, *public order*, jf. artikel 16.

- Romkonventionen gælder **ikke** tinglige spørgsmål
  - derfor hjælper det ikke tyske konsignationssælgere, der sælger til danske virksomheder …
  - at aftale, at "*Parternes retsforhold reguleres i dets helhed af tysk lovgivning*";
  - hvis varerne sendes til Danmark og skal lagerføres her, gælder danske konsignationsprincipper (for disse er jo tinglige);
  - dvs. krav om afregning i takt med videresalg, regnskab og kontrol;
  - jf. fx *UfR 1992.373 V (lastvognstilbehør)* og *UfR 2000.1865 V (de jugoslaviske værktøjsmaskiner)*.
- Grundprincip nr. 2: Hvis ingen lovvalgsaftale – **nærmeste tilknytning**
  - den "individualiserende" metode: alle tilknytningsmomenter inddrages og vægtes;
  - en vigtig formodningsregel: den part, der skal præstere den karakteristiske ydelse ("andet end penge") – denne parts hjemland;
  - slagord: realdebitors domicillands lov – tjenesteyderen, leverandøren etc.
- Hvis man "tvinges" til at acceptere medkontrahentens lands lov – nogle praktiske muligheder:
  - forlang notat om de vigtigste retsregler i medkontrahentens lov – undgår dermed at blive fanget i "særegenheder";
  - forlang at få værneting i dit eget land til gengæld;
  - eller: forlang at få voldgift i dit eget land til gengæld (og forlang evt. også dit eget lands sprog anvendt under voldgift).

Kampen om lovvalget – hvad kan du gøre, hvis du under kontraktforhandlingerne er ved at tabe kampen?

Kapitel 15

Værneting – hvilket lands domstole? hvad kan der skrives?

15.1. Hvornår er værnetingsspørgsmålet relevant – og hvilke muligheder er der?

- Når man siger "værneting" – siger man også "domstolene" (dvs. modsætning til voldgift).
- Overvejelser og forhandlinger – inddrager ofte spørgsmål om værneting og voldgift i én samlet forhandlingsfase (de er jo alternativer til hinanden).
- Hvis begge/alle parter er danske – værneting ikke så væsentligt; vigtigere er, om voldgift skal aftales
  - kan aftale den ene byret i stedet for den anden;
  - kan ikke frit aftale Sø- og Handelsretten, eftersom dens kompetence efter domstolsreformen 2007/08 er begrænset (ikke "handelssager", men "internationale erhvervssager", søsager, immaterialret mv.);
  - kan nu give forhåndsafkald på anke, jf. retsplejelovens § 370 (kun mellem erhvervsdrivende); kan betinges, fx af 3-dommerbehandling (eller af 1 eller 3 dommer(e) + 2 sagkyndige) – herved opnås en billig "voldgift".
- Hvis parterne er fra forskellige lande, og én af dem er i EU – Bruxelles I-forordningen anvendes
  - Danmark er med i forordningen qua en parallelkonvention;
  - er med i Karnov (og Retsinfo: lov nr. 1563/2006).
- De fire vigtigste typer værneting at huske på – hjemting, filialværneting, opfyldelsesværneting, aftaleværneting. Nærmere herom i det følgende:
- Udgangspunkt – **hjemtinget**
  - en part kan altid sagsøges ved domstolene i sit hjemland, jf. Bruxelles I artikel 2 ("domicilværnetinget");
  - dermed afgørende, hvem der anlægger en sag – thi stævner den anden ved dennes hjemting;
  - hvis parterne er tilfredse hermed, er en værnetingsaftale i kontrakten unødvendig;

- hjemtinget for et selskab mv. er dets vedtægtsmæssige hjemsted eller dets faktiske hovedkontor eller hovedvirksomhed (hvis dette er i en anden stat), jf. artikel 60; sagsøger kan altså i så fald vælge.

Lige så "godt" som hjemtinget – **filialværnetinget**
- Bruxelles I artikel 5, nr. 5;
- "sager vedrørende driften af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed";
- der, hvor filialen mv. er beliggende;
- dvs. handler man med et (udenlandsk) selskab via dets filial (her i landet), kan man stævne selskabet her.

Vigtigste undtagelsesværneting – **opfyldelsesstedets værneting**
- kan anlægge sagen i det land, hvor det krav, som der stævnes for, skulle opfyldes, jf. Bruxelles I artikel 5, stk. 1;
- dansk kreditor kan dermed stævne for sit krav ved danske domstole – opfyldelse skal jo ske her ("pengeskyld er bringeskyld");
- Tessilikriteriet – 1) hvilket lands lov? 2) hvor er opfyldelsesstedet efter denne lov? 3) i dette land kan der stævnes!
- derfor kunne Scanbroker sagsøge Nomura i Danmark i sagen om de svigtede "holdeforretninger", jf. *UfR 1996.786 H* (men realiteten blev desværre tabt, jf. *UfR 1998.455 H*);
- kan føre til konkurrerende værneting: 1) køberen kan stævne i sit eget land, hvor ydelsen skulle præsteres; 2) sælgeren kan stævne i sit eget land, hvor pengene skulle betales. – Det første søgsmål spærrer for det næste, jf. procesrettens litispendens;
- dette har ført til en fast regel i artikel 5, stk. 1: varer og tjenesteydelser – der er kun opfyldelsesværneting på leveringsstedet (+ altid ved hjemting);
- dvs. også i denne henseende får leveringsstedet i kontrakten stor betydning – det skaber opfyldelsesværneting!
- EUD i *C-87/10 (Electrosteel Europe)*: hensyn til Incoterms mv. samt fysisk leveringssted
- hvis man skal flyve fra München til Vilnius med Air Baltic (Riga), og afgangen annulleres – hvor er der så opfyldelsesværneting? Både på afgangs- og ankomststedet (efter passagerens valg); han kunne altså stævne "hos sig selv" (München), jf. EUD *C-204/08 (Rehder mod Air Baltic)*.

Aftalefrihed – **værnetingsaftale** (aftaleværneting)
- indgås særdeles enkelt, særligt mellem erhvervsdrivende, Bruxelles I artikel 23-24;
- kan endog "indgås", ved at der sagsøges – og sagsøgte giver møde uden at bestride rettens kompetence;
- aftalen kan pege 1) på et bestemt lands domstole, eller 2) på en bestemt domstol ("*Venue: London*"; "*Gerichtsstand: Köln*");
- dog begrænsninger vedrørende forbrugere, medarbejdere, forsikringstagere og fast ejendom.

— har disse parter flere særskilte aftaler med hinanden, vil en værnetingsklausul i én aftale normalt ikke automatisk gælde for de øvrige, jf. *UfR 2012.2816 Ø (det tjekkiske mineralvand).*

✍ Nogle vigtige retsskridt, som man (næsten) altid kan foretage i sit hjemland – uanset værnetinget i øvrigt:

— hastende syn og skøn vedrørende købte varer mv. – retsplejelovens § 343 om "isoleret bevisoptagelse" (går forud for Bruxelles I – og forud for voldgiftsklausul, jf. *UfR 2013.3020 V*);
— en umiddelbar fogedforretning vedrørende ting, der er her i landet, jf. rpl. §§ 596 ff. (fogederne kan ikke "række over" landegrænsen); der skal være fogedretligt værneting i DK.
— midlertidigt forbud/påbud vedrørende ting, begivenheder mv. her i landet, jf. rpl. §§ 411 ff.; der skal være alm. værneting i DK.
— arrest i aktiver her i landet, jf. §§ 627 ff.;
— også arrest og forbud, selv om der er aftalt voldgift, jf. voldgiftslovens § 9.

Hvem vil mon typisk "vinde" forhandlingen om en værnetingsaftale?

Hvem har ingen interesse i at berøre spørgsmålet om værneting?

Hvad kan en part, der "taber" forhandlingen om værneting, fx prøve at forlange til gengæld under forhandlingerne? (og er det realistisk)?

Kapitel 16

Voldgift

16.1. Nogle fordele

- Vælger selv dommerne – og dog, jf. nedenfor.
- Hurtig – næsten altid.
- Diskret – men er der automatisk tavshedspligt? – dette er omtvistet. Man kan også i en retssag lukke dørene ved erhvervshemmeligheder.
- Kun én instans – både fordel og ulempe. Kan dog af erhvervsdrivende/det offentlige også opnås gennem forhåndsafkald på anke, jf. retsplejelovens § 370.
- Afgørelsen har retskraft og eksekutionskraft i (næsten) hele verden – jf. New York konventionen om "handelsvoldgift" (bredt begreb).
- Har disse parter flere særskilte aftaler med hinanden – vil en værnetingsklausul i én aftale normalt ikke automatisk gælde for de øvrige, jf. *UfR 2012.2816 Ø (det tjekkiske mineralvand).*

16.2. Nogle ulemper

- Dyrt – dommerne skal honoreres; lokaler skal betales etc.
- Kun én instans (ingen anke ad alm. jus og faktum – kun ved alvorlige sagsbehandlingsfejl, kompetenceoverskridelse, ordre public mv., og ad dommernes honorarer).
- Lidt farligere for en "svag" part – har ikke offentligheden som vagthund.
- Fra retsvidenskabens synsvinkel – afgørelserne kan ikke læses i UfR mv. (men nogle kan læses i T:BB mv., nu også anonymiseret hos Voldgiftsinstituttet, www.-voldgiftsinstituttet.dk).

16.3. Ad hoc voldgift

- Udpeger én dommer hver – disse udpeger voldgiftsrettens formand. Dette er baggrundsretten, jf. voldgiftslovens § 11, stk. 2.
- Ønskes en dommer som formand – kan de to andre kun "indstille" til retspræsidenten, jf. retsplejelovens § 47 a, stk. 3.

- Retsgrundlaget er da 1) voldgiftsloven, 2) voldgiftsaftalen og 3) voldgiftsrettens egen fastlæggelse af processen.
- Ingen faste honorarregler – men kan indbringes for domstolene, jf. voldgiftslovens § 34, stk. 3. Skeler ofte til Voldgiftsinstituttets satser.
- Ingen voldgiftsinstitution, der "kigger voldgiftsdommerne i kortene" (læs: holder dem i ørerne).

16.4. Institutionel voldgift – hvilke institutter er relevante?

- Danske byggesager – Voldgiftsnævnet for Bygge- og anlægsvirksomhed, Voldgiftsnævnet (vedtages normalt gennem vedtagelse af AB 92 – voldgift "følger med i pakken"); ca. 400 sager årligt.
- Andre danske sager – Voldgiftsinstituttet (Danish Institute of Arbitration); ca. 100 sager årligt (heraf 20-30 internationale).
- ICC Court, Paris – The International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC); ca. 500 (ofte meget store) sager årligt.
- LCIA – The London Court of International Arbitration; ca. 100 sager årligt.
- SCC – The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (Stockholms handelskammer); ca. 120 sager årligt.

16.5. Fælles for de institutionelle

- Har satser for honorarer + gebyr – se på webside (ICC har endog en kalkulator som regneark. Ofte min. – max. (regn ofte med middeltal).
- Indbetaler en part ikke sin sikkerhedsstillelse …
  - kan v-instituttet afsige eksigibel kendelse særskilt herom (= delkendelse om refusion);
  - jf. § 6, stk. 2, 4. pkt., i Voldgiftsinstituttets Regler for behandling af voldgiftssager, gældende fra 1. maj 2013 (voldgiftssagens indledning er afgørende).
- Isoleret bevisoptagelse mulig?
  - fortrænger voldgiftsaftalen rpl. § 343 om isoleret bevisoptagelse, fx syn og skøn?
  - Ho.: nej, jf. *UfR 2012.1124 H* og *UfR 2013.3020 V*;
  - U: hvis instituttet selv har regler om isoleret bevisoptagelse i voldgiftssager …
    - og det har Voldgiftsinstituttet, jf. § 32 + bilag 2-3;
    - dvs. dermed fortrænges rpl. § 343.
- Institutionen påser, at sager fremmes, og gennemser kendelser (særligt ICC, men også andre).
- Faste regelsæt hos institutionen – dvs. frister mv. (dog suppleret af relevant voldgiftslov + kontrakten, hvis den går i detaljer hermed).

- Voldgiftens sæde – behøver ikke at være i det pågældende land
  - skal skelne mellem *the court* (voldgiftsinstitutionen) og *the tribunal* (den konkrete voldgiftsret, der nedsættes);
  - kan fx vedtage ICC-voldgift "i Danmark";
  - dermed sættes den konkrete voldgiftsret i Danmark;
  - parter og vidner afhøres her; mundtlig hovedforhandling er her; kendelsen afsiges her;
  - og dansk voldgiftslov gælder, jf. § 1, stk. 1 ("… *voldgift, der finder sted her i landet* …").
- Rekapitulér, hvilke kombinationsmuligheder der dermed er – til brug for forhandlingerne (opnå en fornuftig balance):
  - hvilken voldgiftsinstitution? – ICC, LCIA, SCC, Danish Institute of Arbitration;
  - hvilket land? – "… *voldgift i Danmark*";
  - hvilket sprog? – fx engelsk (som ikke er nogen af parternes sprog);
  - hvilket lands lov? – jf. foran om det IP-retligt lovvalg.
- Omkostninger – fordele og ulemper. Fordel: Faste satser; institutionen skal godkende dommernes honorarer. Ulempe: Skal også betale gebyr til institutionen selv.
- Ofte særlige processuelle specialiteter – *witness deposition*; *post hearing brief*; (kostbare) stenografer; sagkyndige vidner tilladt i vidt omfang (*legal opinions*).

16.6. Alternativ henholdsvis supplement til voldgift – husk følgende muligheder

- Forenklet voldgift – tilbydes af alle institutterne (billigere); evt. en enedommer (opmand).
- Mediation – tilbydes både af voldgiftsinstitutterne og af danske domstole (retsmægling). Indebærer ikke afkald på retssag henholdsvis voldgiftssag. (Retsmægling: 7.000 kr. + moms for de første 5 timer; derefter 1.450 kr. + moms pr. time).
- *Grandfather clause* – involverede selskabers bestyrelsesformænd (evt. + CEO's) påhører tvist og søger at forlige (ofte er tvisten meget længere "nede" i systemet og vil derfor kunne bilægges af hensyn til forretningsforbindelsen).
- DSB – *dispute settlement body*. Allerede udpegne dommere står klar; påhører tvist; mægler forlig (juridisk mediation); afsiger ellers en kendelse. Sikrer, at fx en stor, løbende byggeopgave ikke fastfryses pga. tvist.
- Særskilt påkendelse af teknisk spørgsmål – fx en reguleringsklausul, en kursberegning for aktie mv. Opmand udmeldt af fx FSR påhører og afgør tvisten. – Øvrig tvist kan være henskudt til alm. voldgift (hvis kompetence da er beskåret i netop det tekniske spørgsmål).

Blot for øvelsens skyld: Hvor kort kan en voldgiftsklausul egentlig udformes?

Kapitel 17

Afsluttende bestemmelser – der kan få stor betydning

17.1. Nogle (accept)forbehold, der kan blive overraskende vidtgående

- Forbehold om accept fra bestyrelse, direktion etc. – er det reelt en annullationsret? Forhandlerne bør have mandat.
- Advokat- eller bankforbehold – samme spørgsmål. Erhvervsejendom: kun saglig fortrydelse, *UfR 1984.471 H* og *UfR 1989.748 H*. Beboelse: enhver slags fortrydelse, *UfR 2003.442 V*.
- Forbehold for *funding* – bør være på plads, inden aftalen indgås. Ellers kan fusion, *takeover* mv. væltes, jf. erfaringer fra bankkrisen, fra kapitalfonde mv.
- Forbehold for konkurrencemyndigheder – fx konkurrencelovens § 6. Hvem forelægger? Hvor længe skal man vente? Kan det ikke søges afklaret under forhandlingerne?

17.2. Underskrift, tegning og gyldighed

- Hvem kan tegne deltagerne?
  - tegningsudskrift for selskaber fremskaffes allerede til forhandlingerne;
  - "stillingsfuldmagt" er meget usikker at forlade sig på;
  - hvis forhandlerne skal hjem og indhente godkendelse, har denne part reelt en ubetinget fortrydelsesret.
- Underskriv helst hver side – i hvert fald ved enhver international kontrakt.
- Notar eller vidner?
  - notarbekræftelse er en gyldighedsbetingelse i mange lande (for visse kontrakter – fast ejendom, selskab);
  - vidnebekræftelse kan være en god ide (særligt hvis kontrakten sendes med post).

17.3. Kontraktomkostninger

- Undervurdér aldrig transaktionsomkostningerne – og undervurdér heller ikke diskussionen om dem (den kan tage tid og/eller være deal-breaker!). Dette bør altid reguleres i kontrakten (og man bør have overblik over dem).
- Hvad der ofte ligedeles
  - fælles sagkyndige.
- Hvad hver part normalt bærer
  - egen advokat;
  - egen revisor;
  - egen virksomheds- eller ejendomsmægler;
  - egen vurdering mv., fx forud for APA eller SPA;
  - registreringsafgift til fast ejendom, immaterialret, selskab mv.: ofte den, der køber det (men evt. modsatrettet kutyme, fx ligedeling).
- Pas på ikke indirekte at skulle bære medkontrahents omkostninger
  - ved køb af selskab, dvs. SPA (modsat APA);
  - skal hidtidig revisor, advokat, mægler mv. kunne fakturere over for det selskab, som nu skal ejes af køber? Næppe – men så må det modsatte aftales.

> Hvorfor skal køberen tænke anderledes vedrørende aftalen om fordeling af omkostninger i en SPA end i en APA?

VEDTÆGT OG EJERAFTALE

Kapitel 1

Vigtige grundbegreber og metoder – stemmebinding mv.

1.1. Forvaltning, økonomi, disposition (exit)

- Tre typer ejerrettigheder:
  - forvaltningsmæssige rettigheder
    - stemmeret, minoritetsrettigheder mv.;
    - kort sagt: magten i selskabet;
    - husk, at der gælder et flertalsprincip i kapitalselskaber;
    - modsat personselskabet, I/S.
  - økonomiske rettigheder
    - ret til udbytte, udlodning ved kapitalnedsættelse, likvidation mv.;
    - kort sagt: pengene.
  - dispositionsmæssige rettigheder
    - retten til at disponere over sin aktie/anpart;
    - kort sagt: *exit*.

- Tænk altid på dette – ved konkret udfærdigelse (koncipering) eller gennemgang og kommentering af en kontrakt hhv. et udkast
  - er alle disse tre rettigheder tilstrækkeligt reguleret?

- Tænk først på, hvad der skal gælde i dette selskab
  - begynd ikke med at tænke "vedtægter", "forretningsorden", "ejeraftale";
  - begynd med det materielle, substansen: hvad skal der egentlig gælde i dette selskab?
  - først dernæst overvejes midler og instrumenter. Hvilken juridisk form skal bindingerne have? vedtægt, FO, ejeraftale

- Vedtægterne
  - hvad loven ubetinget kræver ("obligatoriske emner");
  - hvad loven kræver, såfremt der skal gælde noget om det ("betinget obligatoriske emner");
  - hvad loven giver mulighed for, at man regulerer i vedtægterne (medmindre man vil bruge FO eller ejeraftale, jf. nedenfor) ("fakultative emner").

- Forretningsordenen
  - det katalog, som loven nævner (husk: skal nu skræddersys, er ikke en stangvare længere, jf. SL § 130, stk. 2);
  - også fx regulering af inhabilitetssituationen (foreløbig redegørelse, inden den inhabile går udenfor, etc.);
  - tavshedspligten (gentager lovens regel og tilføjer fx et punkt til dagsordenen om stillingtagen til kommunikation af beslutninger).
- Ejeraftale
  - er der overhovedet brug for en ejeraftale? (når alt foranstående er gennemarbejdet ordentligt) ja, ofte, jf. nærmere i det følgende;
  - hvad der ønskes "hemmeligholdt";
    - U: kurspåvirkende aftale i børsselskab – hovedindhold skal oplyses.
- Bestyrelsesaftale
  - se kompendiet i ledelses- og ejeransvar med paradigma på bestyrelsesaftale;
  - er en aftale mellem 1-2 eksterne, der indtræder i bestyrelsen …
  - og på den anden side selskab og hovedaktionær/moderselskab;
  - kan næppe henregnes til ejeraftalerne.

1.2. Magtspredning eller magtkoncentration?

- Sondringen påvistes af *Carl Martin Roos* – Avtal och rösträtt (disputats).
- Magtspredning
  - A, B og C har ⅓ hver (fåmandsselskab);
  - A og B kan bestemme, men deler magten med C;
  - dvs. C tillægges rettigheder, som han ellers ikke ville have;
  - dette kan (og bør) ofte gøres gennem vedtægterne.
- Magtkoncentration
  - A og B har ikke et flertal (større selskab, evt. børs- el. AMP-noteret);
  - men får et sådant ved hjælp af C's stemmer;
  - dvs. C skaffer A og B (og C selv) rettigheder, som de ikke ville have haft hver for sig;
  - dette kan ofte ikke gøres gennem vedtægterne;
  - en ejeraftale er derfor fortsat relevant her.
- Reglerne skal skrives i den rigtige "ånd"
  - man skal gøre sig klart …
  - om man tilsigter magtspredning eller magtkoncentration.
- Bemærk atter – munden/diktafonen kan ikke blot løbe til en ejeraftale.
- Der skal tænkes således:
  - hvad skal gælde?
  - hvordan kommer det til at gælde? (hvilke regelsæt?)

1.3. Stemmeoverførsel eller stemmebinding?

- Relevant ved ejeraftale.
- Stemmeoverførsel
  - stemmerne puljes hos uafhængig tredjemand;
  - de betros ham (heraf for øvrigt oprindelig begrebet "*trust*");
  - bruges traditionelt ikke meget i de nordiske lande;
  - snarere i USA, UK mv. (evt. pga. manglende indbyrdes tillid?);
  - problemer efter SL fra 2010:
    - kan ikke binde selskabet, jf. SL § 82;
      - fuldmagt kan frit tilbagekaldes, jf. SL § 80, stk. 2, 2. pkt.: "… skal kunne tilbagekaldes til enhver tid".
  - dvs. stemmeoverførsel ofte ikke relevant;
  - det må dog bestemt antages, at følgende har overlevet SL § 82;
    - overdragelse af stemmeret ved pantsætning, *call*-optioner og suspensivt betingede overdragelsesaftaler;
    - jf. *Eigil Lego Andersen*: Dirigent og generalforsamling s. 259 ff. (en fremragende og uundværlig bog!)
- Stemmebinding
  - aftale om at ville stemme på en bestemt måde:
    - bestyrelsens sammensætning;
    - udbyttets størrelse etc.
  - gennemtænk den typiske ejeraftale – de fleste pligter er stemmebindingsforpligtelser;
  - men også de rammes jo af SL § 82 – binder ikke selskabet, dirigenten eller generalforsamlingen.
- Langt de fleste danske ejeraftaler er …
  - magtspredning (A – B – C);
  - stemmebinding;
  - de er således lige i kernepunktet for SL § 82;
  - § 82 rammer de parter, der har "fået" noget ved aftalen!

1.4. Hvem bindes af de enkelte regelsæt?

- Af vedtægterne?
  - selskabet;
  - bestyrelse og direktion;
  - ejerbogsfører (hvad enten det er selskabet selv eller ekstern e-fører);
  - erhververe af aktier/anparter.
- Af forretningsordenen?
  - bestyrelse og direktion;

— U: nogle forskrifter skal i vedtægterne (må gerne gentages i FO, men er kun gyldige,hvis de står i vedtægterne):
  - formandens evt. udslaggivende stemme, jf. SL § 124, stk. 3, 2. pkt.;
  - højere fremmødekrav (quorum) end lovens, jf. SL § 124, stk. 1, 1. pkt.;
  - højere flertalskrav (majoritet) end lovens, jf. SL § 124, stk. 3, 1. pkt.

Af en ejeraftale?

— kun parterne – ejeraftalen er ligesom andre aftaler "partsrelativ";
  - **u-1:** SL §§ 6-7: koncerndefinitionen – heri indgår også bestemmende indflydelse via ejeraftale, dvs. i denne sammenhæng binder ejeraftalen selskabet;
  - **u-2:** i en række skattemæssige sammenhænge …
    - sambeskatning: ad bestemmende indflydelse, SEL § 31 C;
    - kontrollerede transaktioner: ad fælles bestemmende indflydelse, LL § 2;
    - her er resultatet afgørende, ikke det juridiske instrument
  - **(u-3:)** oms.begrænsninger – tinglig sikring
    - muligvis kan det antages, at omsbegrænsninger i en ejeraftale kan sikres tingligt i forhold til en T…
    - hvis man kan slutte analogt fra SL § 65, stk. 2 (om sikringsakten ved overdragelse af kapitalandele) …
    - dvs. at underretning til selskabet + notering i ejerbogen skaber tinglig sikring af ejeraftalens oms.begrænsninger
    - for analogi bl.a. *Christian Damgaard Lunde & Claus Aschou Johannesen* i UfR 2014 B s. 171 ff.
    - imod analogi *Søren Friis Hansen* i NTS 2012 nr. 6., s. 44 f og 47, NTS 2013 nr. 3 nr. 3 s. 18 ff. og (forudsætningsvis) i UfR 2014 B s. 148 ff, med henvisning til artikel 3 i kapitaldirektivet, 2012/30/EU.

Kapitel 2

Hvorfor ejeraftaler? Tjekliste og introduktion af § 82

2.1. Hvorfor er der overhovedet et behov for ejeraftaler?

- Fordi der gælder et flertalsprincip – som indebærer følgende:
- Den, der behersker over 50 pct. af stemmerne på generalforsamlingen (SL § 105) …
  - godkender regnskabet;
  - beslutter at udbetale (eller undlade at udbetale!) udbytte;
  - vælger og afskediger samtlige generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer (og råder dermed også indirekte over ansættelse/afskedigelse af direktionen);
  - afgør, om selskabet skal kunne købe eller belåne egne kapitalandele;
  - vælger og afskediger selskabets eksterne revisor(er).
- Den, der behersker en dobbelt ⅔ majoritet (SL § 106), kan …
  - ændre vedtægterne;
  - beslutte kapitalforhøjelse;
  - fravige fortegningsretten, hvis dette er sagligt begrundet og sker til markedskurs;
  - beslutte fusion eller spaltning;
  - beslutte opløsning (og dermed tage aktiverne ud af selskabet).
- Ejeraftaler udspringer af disse enkle flertalsregler – og vil ofte indebære en kombination af …
  - magtspredning og
  - stemmebinding (jf. *Carl Martin Roos*' terminologi)
  - eller helt enkelt: ejeraftalen lægger bånd på flertallet og beskytter mindretallet.

2.2. Tjekliste til ejeraftalen

- Aftalefrihed
  - forrang for vedtægter (*inter partes*);

  - til gengæld "partsrelativ": binder kun parterne (§ 82), jf. dog de foran nævnte skattemæssige undtagelser.

- Omsættelighedsbegrænsninger
  - forkøbsret;
  - køberet (købepligt?);
  - medsalgsret (medsalgspligt?) (evt. ad modum VHL § 31);
  - ping-pong klausul (= musefældeklausul);
  - kuvertklausul;
  - auktionsklausul.
- Sammensætning af bestyrelsen – kerneområdet for stemmebinding.
- Udbytteforskrifter – maksimalt udbytte, mindsteudbytte.
- Ret/pligt til børsnotering under visse omstændigheder.
- Konkurrerende aktiviteter forbudt for parterne …
  - enten generelt …
  - eller ved udtræden, hvor der er betalt en aktiekurs, som indbefatter goodwill;
  - konkurrenceklausulen tilsigter (også) at beskytte selskabet …
  - og må betragtes som et tredjemandsløfte til dette …
  - som ikke omfattes af § 82.
- Stemmefordeling
  - ens stemmeret gøres forskellig – bestemte ejere får forøget stemmevægt;
  - forskellig stemmeret gøres ens – forskelle i kapitalbesiddelse udjævnes;
  - tidsbegrænsning relevant? begivenhedsbegrænsning relevant?
- Nyetableret IT, biotek, medicinal mv. – milestones udløser …
  - pligt til yderligere kapitalindskud …
  - ret til udbytte.

2.3. Deadlock – modeller til løsning (ved $^{50}/_{50}$-ejerskab)

- A udpeger bestyrelsens formand
  - B udpeger direktøren;
  - formandens stemme er udslaggivende ved stemmelighed (skal stå i vedtægterne).
- Formandsposten går på skift 1 eller 2 år ad gangen mellem A og B (kan stå i vedtægterne, hvis klasseopdeling).
- Voldgiftsret/opmand afgør sagen, jf. billighedsreglen i voldgiftslovens § 28, stk. 3
  - bør kombineres med exit-ret, såfremt nedstemt i et fundamentalt spørgsmål) – forudsætter en ejeraftale – ikke i vedtægterne;
  - voldgiftslovens § 28, stk. 3: "Voldgiftsretten afgør kun tvisten efter billighed, hvis parterne udtrykkeligt har bemyndiget voldgiftsretten hertil".

- *Grandfather clause* – tvistende selskabers bestyrelsesformænd afgør
  - forudsætter en ejeraftale mellem lidt større parter, der begge er selskaber;
  - klausulen virker i praksis – men vil samtidig tilskynde til en løsning på et lavere niveau i de to selskaber.

2.4. SL § 82 – hvad siger den, og er den en rent dansk specialitet?

- SL § 82 foreskriver (som bekendt), at ejeraftalen ikke binder selskabet eller dets generalforsamling
  - dirigenten må derfor kun rette sig efter lov og vedtægter, ikke efter en ejeraftale;
  - hvis dirigenten følger ejeraftalen frem for vedtægterne, handler han/hun ulovligt;
  - et brud på ejeraftalen kan få aftaleretlige følger, men kan ikke påvirke beslutningen på generalforsamlingen …
  - ej heller påvirke en beslutning i bestyrelse eller direktion.
- Er § 82 en irriterende dansk specialitet? – nej, slet ikke, jf. *Niels Bang* & *Mahmut Duvarci* i NTS 2011 nr. 4 s. 24 ff., særligt s. 30 ff. ("ejeraftaler i andre jurisdiktioner").
- Skandinaviske lande – aftalen binder ikke selskabet.
- Kontinentaleuropa og Asien – aftalen binder ikke selskabet (U: Luxembourg).
- Angelsaksisk ret – *common law*: selskabet kan tiltræde aftalen og blive bundet (dvs. ligesom i Danmark før SL § 82).
- Kilde – gratis tilgængelig på nettet: *Alessandro Varrenti* m.fl.: Shareholders' rights – jurisdictional comparisons (2011).
- Konklusion – SL § 82 er kommet for at blive; der er en alm. tendens i denne retning i langt de fleste lande.

Kapitel 3

Metoder til helgardering af bindinger i en ejeraftale

3.1. Aftaleretlig metode (= indirekte metode)

- To hovedmetoder til at sikre pligterne:
  - indirekte sikring – i aftalen selv;
  - direkte sikring – i vedtægterne.
- Aftaleretlige metoder – den indirekte metode
  - konventionalbod
    - kan evt. forsynes med udbakningsregel …
    - dvs. at hvis boden fx er 500.000 kr., aftales det, at boden reduceres til fx 25.000 kr. …
    - såfremt 1) forholdet kan berigtiges, 2) faktisk bliver det inden for 3 hverdage efter indsigelse, og 3) den reducerede bod betales inden samme frist;
    - kan evt. hjælpe til at få klausulen om bod accepteret under kontraktforhandlingerne.
  - billig overtagelse af den misligholdendes kapitalandele …
    - kombineret med gensidig pantsætning af kapitalandele hos advokat, revisor, bank;
    - husk at sikre pantsætningen tingligt over for selskabet;
    - § 82 er ikke til hinder for denne konstruktion.
  - naturalopfyldelse af ejeraftalen – hvis dette er relevant og muligt
    - kan skrives i ejeraftalen, men gælder normalt alligevel;
    - eks. fra voldgiftspraksis:
      - ejeraftalen siger: altid forholdsmæssig fortegningsret ved kapitalforhøjelse;
      - en aktionær A får nu gennemtrumfet rettet emission til sig selv – og dette registreres i ES (selvfølgelig);
      - den krænkede B kan imidlertid få dom/voldgiftskendelse til naturalopfyldelse …
      - B skulle have haft nom. xx aktier, hvis ejeraftalen var overholdt …

- B har nu krav på at købe dem af A – og kan få dom/kendelse herfor …
- og denne dom/kendelse kan selvfølgelig fuldbyrdes …
- har jo intet med § 82 at gøre;
- derfor fejlagtigt at tro, at en ejeraftale gratis kan ignoreres.

3.2. Selskabsretlig metode (= direkte metode)

- Vidtgående – indskrives i vedtægterne, jf. eksempler i det følgende:
  - skrives normalt i ændret form i vedtægterne (kortere, mere præcist);
  - kan i nogle tilfælde kræve klasseopdeling af kapitalen …
    - således at rettighederne nu knyttes til klassen, ikke til aktionæren;
    - A, B og C får da hver deres klasse: A, B og C;
    - dette er fx nødvendigt, hvis der skal disponeres over et flertal af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer …
    - for dette kan ikke gøres via navns nævnelse i vedtægterne (jf. nedenfor) …
    - eftersom flertallet skal være generalforsamlingsvalgt.
  - det, der skrives i vedtægterne, skal være "vedtægtsrelevant", jf. ES' vejledning om ejeraftaler …
    - men ganske meget kan være "vedtægts-relevant" …
    - også fx en stifters visioner med et selskab …
    - fx således i vedtægterne for Egebjerggård A/S:
      - "Formålet er at eje og drive godset Egebjerggaard i Nordfyns kommune, idet driften og udviklingen af godset stedse skal ske under respekt af Mads Eg Damgaards tanker om at bevare en vel vedligeholdt herregård, der alene beskæftiger sig med jordbrug, skovbrug og jagtvæsen og anden virksomhed med nær tilknytning hertil."
    - dvs. vedtægter kan reelt godt forsynes med en "præambel" omtrent som i en aftale.
- Mindre vidtgående – der henvises (i tilladt omfang!) til ejeraftalen gennem vedtægterne …
  - men det tilladte omfang er yderst begrænset …
  - jf. ES' vejledning;
  - nemlig ved udøvelse af skønsmæssig, vedtægtsfæstet kompetence til at give eller afslå samtykke til erhvervelse af kapitalandele SL § 68.
- Navns nævnelse i vedtægterne – er i vidt omfang muligt
  - fx veto over for bestemte former for vedtægtsændringer, jf. SL § 106, stk. 1, 2. punktum);
  - valgret til bestyrelsen, jf. SL § 120, stk. 2 (men flertal skal være generalforsamlingsvalgt);
  - hvornår relevant?
    - en stifter med vetoret, valgret mv.;
    - en bankforbindelse/investor med do.;

  - ↬ forening/fond med do.
- — Saxo Bank har opbygget sine vedtægter med navngivne rettigheder for de vigtigste kapitalejere – lige efter bogen (men ophører ved en evt. børsnotering);
- — misforståelse: "dette kræver klasseopdeling af kapitalen" –
  - ↬ forkert! når metoden med navns nævnelse anvendes …
  - ↬ gøres der ikke forskel på aktierne, dvs. klasseopdeling unødvendig …
  - ↬ der gøres forskel på aktionærerne (hvis den nævnte da overhovedet er aktionær).

✍ En mellemform – særskilt regulativ mv. med vedtægtsmæssig status
- — kan i vedtægterne henvise til dokumenter, som ikke er ejeraftaler;
- — kan være et eksternt regelsæt, fx anbefalingerne vedrørende *corporate governance*, som selskabet vil overholde;
- — kan også være et selskabsretligt dokument hos selskabet selv …
- — fx et særligt regulativ …
  - ↬ som kun kan indføres og ændres på samme måde som vedtægterne …
  - ↬ og som selskabet må (være klar til at) offentliggøre;
  - ↬ fx hvor en investor stiller krav om, at selskabets gæld til moderselskab, hovedaktionær mv. kun må tilbagebetales …
    - i en bestemt takt …
    - og kun, hvis selskabets økonomi opfylder bestemte kriterier;
    - disse kriterier fylder måske 10 sider og bør ikke belaste vedtægterne …
    - men de ønskes løftet op på vedtægtsniveau og dermed væk fra SL § 82's begrænsninger;
    - "Regulativ om selskabets gældsservicering" etc.

3.3. Pligt til at stemme klausuler fra en ejeraftale ind i vedtægterne?

✍ Endnu uafklaret, men klart udgangspunkt: skal vedtages som enhver anden vedtægtsændring; dvs. frivilligt, om den enkelte kapitalejer vil stemme ja eller nej.

✍ Nogle bindinger kan det blive katastrofalt "kun" at have i en ejeraftale, hvis denne ignoreres af medkontrahenten
- — fx en forkøbsret til et selskab, der er "livsvigtigt" for den forkøbsberettigede;
- — ligeså med en repræsentation i bestyrelsen.

✍ Obligationsrettens loyalitetspligt – kan den mon strækkes så langt, at man skal stemme for indføjelse i vedtægterne?
- — selvsagt kun af simple, entydige forskrifter fra en ejeraftale, der er så enkle, at de lige så godt kunne have stået i vedtægterne …
- — dvs. ikke pligt til at stemme for komplekse ændringer (med ny klasseopdeling etc.).

- Se herom *Erik Werlauff* i UfR 2010B s. 130 ff. ("Ejeraftalens håndhævelse – da aftalen ikke binder selskabet")
  - inspiration fra *UfR 1981.300 H (den stædige panthaver)* – blev tvunget til en ændring af pantsætningsaftalen (relaksere pant i ejendom, der skulle udstykkes, mod fuldgod(!) bankgaranti);
  - *Lynge Andersen* & *Palle Bo Madsen*: Aftaler og mellemmænd, s. 448 f.:
    - "Et rimeligt ønske fra en kontraktpart om ændringer i en indgået kontrakt må man således under særlige omstændigheder anføre 'loyale grunde' for at kunne modsætte sig".
- En parallel – nødvendig tinglig sikring (fx tinglysning) af en aftale, hvis dette er muligt …
  - dette vil der ofte være en naturlig pligt til, også selv om aftalen ikke udtrykkeligt siger det;
  - stærke lighedspunkter med den "selskabsretlige sikring" af en ejeraftale.

3.4. Processuel metode (= brevstemmemetoden)

- Nævnt af *Hasse Olesen* & *Nicholas William Boe Senderup* – i Justitia 2011, nr. 6 s. 51 ff.
- Skriv i ejeraftalen – at der er pligt til at brevstemme inden 2 dage efter enhver indkaldelse til en generalforsamling (en afgivet brevstemme kan ifølge motiverne ikke tilbagekaldes).
- De indkomne stemmer synliggør – evt. misligholdelse i "god" tid inden generalforsamling.
- Skal kombineres med *fast-track* voldgift – iht. ejeraftalen.
- En foreløbig voldgiftskendelse (voldgiftslovens § 17 – forbud/påbud) må kunne træde i stedet for egen stemmeafgivning, dvs. uden om SL § 82.
- Foreløbige retsmidler efter voldgiftslovens § 17 kan være både forbud og påbud
  - fra 1. juli 2013 gælder dette nu også forbud og påbud ved domstolene, jf. rpl. §§ 411 ff. …
  - modsat tidligere, hvor kun forbud var mulige.
- Den processuelle metode (brevstemmemetoden) – er uden tvivl juridisk holdbar …
  - men problemet er tidsfaktoren …
  - kan man (trods al aftale om, *fast track* etc.) være sikker på at nå at få et forbud/påbud inden generalforsamlingen?

3.5. Selskabet kan være part i ejeraftalen, men …

- Men stadig kun **aftale**retligt – kan fx ikke binde generalforsamlingen; § 82 gælder stadig.
- Og kun med henblik på egne kapitalandele.

- Selskabet kan fx binde sig – vedrørende forkøbsret mv. til egne andele, der ejes eller fremtidigt bliver ejet af selskabet.
- Selskabet kan jo nu have langt mere end 10 pct. egne kapitalandele – fx 90 pct. (forudsat bemyndigelse fra generalforsamlingen og tilstrækkelige frie reserver) …
  - og en ejeraftale om, hvordan selskabet skal forholde sig med disse kan derfor være påkrævet;
  - ellers kan bestyrelsen ved et "rettet salg" af egne kapitalandele skabe ny majoritetsaktionær i selskabet uden om generalforsamlingen;
  - sådanne forskrifter kan selvsagt også optages i vedtægterne (sikrest).
- Scan Energy A/S nu u/k – apportindskud af vindmølleselskaber mv. fra aktietegnere
  - hvis ej børsnoteret inden en bestemt frist …
  - ville selskabet ifølge den oprindelige investeringsaftale tilbagekøbe deres aktier …
  - "i det omfang lovgivningen tillader dette";
  - hvad skete der? frie reserver var faldet så meget, at "lovgivningen ikke tillod" tilbagekøbet.
- Kan (udenlandsk) investor/aktietegner få garantier fra selskabet?
  - udgangspunkt: nej, thi må ikke tegne aktier/anparter under forbehold, jf. SL § 31;
  - kan naturligvis få garantier fra moderselskab, hovedaktionær mv., men som udgangspunkt ikke fra det indskudsmodtagende selskab selv;
  - og dog: i stedet for aktietegning kan der fx indskydes lånekapital, samtidig med at selskabet sælger warrants (fritstående tegningsretter), SL §§ 167 og 169;
  - garantiopfyldelsen sker da gennem regulering af tegningskursen, der knyttes til disse i warrants;
  - skal naturligvis være helt objektivt udregnelig, dvs. knyttet til bestemte økonomiske tal i selskabet;
  - dvs. dårlige nøgletal fører til, at investor får flere aktier for de samme penge;
  - hermed sker der indirekte en "garantiopfyldelse" fra selskabets side.

Kapitel 4

Læren af 72 ejeraftaler – Martin Chr. Kruhls observationer

- Ph.d.-afhandling – forsvaret 2010, udkom som bog 2011
  - *Martin Chr. Kruhl*: Ejeraftaler (Karnov Group), 355 sider.
- Empirisk materiale – via Lett Advokatfirma
  - 72 ejeraftaler – 42 om A/S, 30 om ApS;
  - Gennemgår ejeraftaler …
    - i praksis;
    - i selskabsretligt perspektiv;
    - i aftaleretligt perspektiv;
    - udfærdigelse (koncipering);
    - håndhævelse;
    - ophør;
    - værdiansættelsesklausuler;
    - skat(!);
    - dog ingen paradigmaer.
- Alle de undersøgte aftaler omfattede **samtlige** ejere
  - ville have gjort en forskel før den 1. marts 2010, jf. *UfR 1996.1550 H*;
  - gør nu ingen forskel, jf. SL § 82;
  - Advokatrådets kompromisforslag til § 82:
    - skulle omfatte børsselskaber mv.;
    - hvorimod alle unoterede selskaber skulle fortsætte under hidtidig retstilstand;
    - blev som bekendt ikke vedtaget – § 82 omfatter alle.
- Alle aftalerne var jyske
  - gør dét da nogen forskel?
  - selvfølgelig ikke efterprøvet af *Kruhl* …
  - men voldgiftserfaring kan synes at tyde på:
    - sjællandske: måske lidt mere afslappede; ikke altid ajourført (skal aftalen fra S1 gælde, nu hvor vi viderefører vore aktiviteter i S2?);
    - jyske: måske lidt mere pernitne/skeptiske; søger ofte at spørge og besvare: "Hvad nu, hvis …?";
  - generelt er det en god idé at spørge (og skrive om) "Hvad nu, hvis …?"

- Bestemmelser om udpegning af direktionen
  - erkender, at dette er et bestyrelses-prærogativ (og var det også før § 82) …
  - derfor i princippet "uregulérbart" i en ejeraftale …
  - en klausul herom er "strengt taget ikke gyldig" (*Kruhl*) …
  - men "den praktiske virkelighed er dog, at bestemmelserne de facto efterleves" (*Kruhl*) – enig;
  - dvs. velkommen til virkeligheden;
  - men man bør dog advare klienterne om, at juraen er kapituleret her …
  - dvs. at bestemmelsen ikke er juridisk gyldig …
  - men at den alligevel kan virke adfærdsregulerende i praksis.
- Forkøbsret – helgardering på moderselskabsniveau
  - skal forkøbsretten også udløses, hvis den ultimative ejer (af en fysisk person bag et holdingselskab) sælger det (holding)selskab, der ejer aktierne?
  - hvis ja, så husk værdiansættelsesprincipper …
    - thi ingen pris kendes jo for selve aktierne …
    - medmindre holdingselskabet intet andet ejer;
    - dvs. forkøbsretten er blevet til en køberet, hvor principper for prisfastsættelsen er nødvendige.
  - væsentligt, eftersom næsten alle (aktive) deltager i dag ejer deres aktier via et holdingselskab;
  - men en overraskelse (*Kruhl*):
    - kun ca. 25 pct. af ejeraftalerne regulerer dette;
    - og kun ca. 5 pct. af vedtægterne regulerer det.
  - i energisektoren har man endog sager om, hvorvidt ejerskifte på bedstemoderniveau udløser forkøbsretten;
  - baggrundsrettens løsning:
    - da byrdefuldt vilkår, skal det fortolkes indskrænkende;
    - dvs. griber kun, hvad der med sikkerhed omfattes.
  - vil blive omfattet, hvis man bruger den vidtgående vending: "… direkte eller indirekte skifter ejer" …
    - men kan man overskue konsekvenserne heraf? forsigtighed hermed!
- Selskabet som part i ejeraftalen
  - har tidligere været brugt til at sikre selskabsretlig gennemslagskraft;
  - kan ikke længere lade sig gøre – SL § 82 har forrang;
  - hjælper heller ikke at "underrette" selskabet om aftalen – § 82 gælder stadig;
  - alligevel ikke meningsløst at lade selskabet indgå som part …
    - nemlig hvis selskabet har (eller kan få) egne aktier;
    - kan jo nu være langt mere end 10 pct.;
    - kan også ske i ApS;
    - selskabet (dvs. ledelsen) kan derfor blive en magtfaktor mht. hvem egne aktier/anparter skal sælges til;
    - i yderste konsekvens kan majoritetsforholdet svinge herved;
    - kan løses ved …
      - gennem aftalen at give de øvrige forkøbsret;

- dette gribes helt klart ikke af SL § 82;
- bør som nævnt foran endog overvejes vedtægtsfæstet.

Er der plads til forudsætningslæren – hhv. aftl. § 36?

— ja, i små og mellemstore selskaber;
— citerer utrykt *VLD 16. juni 2008, ankesag V.L. B-1197-07*
  - ejeraftale fra 1970: ingen af de to grupper (ca. $^{50}/_{50}$) må nedstemme den anden;
  - nu 25 år senere – fordelingen var nu 86/14;
  - var ejeraftalen (om ikke at nedstemme) bortfaldet?
  - byret: ja, jf. aftl. § 36;
  - VL: ja, jf. forudsætningslæren.
— Aftl. § 36 kan dog også bruges, særligt ved uens styrkeforhold:
  - *UfR 2003.1067 SH (Exiquon)*, medarbejder, helt ensidig kursaftale tilsidesat;
  - *UfR 2011.2654 H (MACH)*, medarbejder, pligt til tilbagesalg ved fratrædelse uanset årsag tilsidesat (3-2).
— *Kruhl*: anvendelse af § 36 må kræve "kvalificerede omstændigheder" – enig;
  - *UfR 2014.2105 H (opsagt direktør/kapitalejer)*
    - blev indløst til markedskurs, 12 mio. kr.
    - havde groft misligholdt, hvilket de andre opdagede 1 måned senere
    - skulle pga. misligholdelsen kun have haft indre værdi = 3 mio. kr.
    - dømt til at tilbagebetale forskellen på 9 mio. kr.
    - voldgift sagde: grov misligholdelse, og dette var bindende
    - klausulen om reduktion ved misligholdelse var ikke urimelig ud fra aftl. § 36
    - han kendte jo selv til sin misligholdelse, da han modtog de 12 mio. kr. …
    - og måtte derfor bære risikoen for, at selskabets forudsætninger for at betale de 12 mio. kr. var svigtet
— aftale om værdiansættelse til indre værdi uden goodwill …
  - *Kruhl*: næppe grundlag for tilsidesættelse;
  - Erik Werlauff: *ex tuto* bør klausulen anføre de "reale grunde" til, at parterne har aftalt dette …
  - fx fordi de har brugt den skattemæssigt godkendte elevatormodel for ledende medarbejdere, godkendt ved *TfS 2002.188 LR* og *TfS 2002.875 LR*;
  - følgende er utvivlsomt bindende (og unddraget § 36 mv.):
    - køber nu 51 pct. fra gamle ejere;
    - betaler hele indre værdi plus goodwill *up-front*;
    - til gengæld skal de sidste 49 pct. kunne købes om 7 år, og da til ren indre uden tillæg af goodwill.

- Pas på ordene! – *Kruhl*
  - skriver jævnligt "forkøbsret", skønt der klart menes: "køberet";
  - skriver jævnligt: "overdragelse", skønt der menes: "overgang" …
    - overdragelse = frivillig (salg, gave, arv);
    - overgang = enhver form for ejerskifte.
  - Godt, at der (netop ved en aftale) er plads til en subjektiv, intentionspræget fortolkning.
- Aftaleretlige instrumenter
  - præambel – kan anbefales i de fleste ejeraftaler …
    - kan guide fortolkeren;
    - må ikke være intetsigende.
  - giv eksempler:
    - god ide at illustrere fx beregninger;
    - giv eksempler på virkningen af en reguleringsklausul mv.;
    - skræmmeeksempel: utrykt forlig om Arla Foods' investering (reguleringsklausul for rente – renten blev negativ!);
    - dette er jo imidlertid blot "Hvad nu, hvis …?" endnu en gang!
- Værdiansættelsesklausuler – hvordan udformes de?
  - min erfaring:
    - mindst halvdelen af voldgiftssagerne om ejeraftaler angår værdien …
    - samt om der er misligholdt eller ej.
  - *Kruhl*:
    - værdiansættelse er ikke en eksakt videnskab – enig;
    - derfor er udtrykket "den virkelige værdi" håbløst at bruge – enig;
    - "kvaliteten af værdiansættelsesklausulerne varierer betydeligt" (!)
  - koncipisten kan …
    - give så detaljerede retningslinjer som muligt;
    - og/eller tvinge parterne til egen (årlig?) fastlæggelse hhv. ajourføring;
    - FSR – Danske revisorer: udmelder revisor til bindende overskøn.
  - eksempel på bestemmelse om årlig kursfastsættelse:
    - "*Hvert år fastlægger den ordinære generalforsamling efter indstilling fra selskabets revisor den kurs, hvortil indløsning skal ske, indtil en ny kurs er fastlagt. Kan generalforsamlingen som følge af stemmelighed ikke træffe beslutning, eller fører beslutningen til et urimeligt resultat, kan dette anfægtes ved domstolene i overensstemmelse med forskrifterne i selskabslovens § 67.*

      Ved den årlige kursberegning tages der udgangspunkt i den årsrapport, der indstilles til generalforsamlingens godkendelse samtidig med kursfastsættelsen. Den regnskabsmæssige egenkapital opjusteres for reserver, der ikke fremgår af regnskabet, herunder goodwill, merværdi på driftsmidler, inventar og fast ejendom, men nedjusteres for latent skattebyrde (også på opskrivningerne), dog tilbagediskonteret til nutidsværdi ud fra en tidssvarende rente og et skønt over realisationstidspunktet. Ved eventuel opskrivning af aktiver tages hensyn til den manglende afskrivningsret for opskriv-

ningen. Goodwill, også i eventuelle datterselskaber og associerede selskaber, tillægges med et afrundet beløb, der tilnærmelsesvis afsættes til halvdelen af gennemsnittet af de tre seneste 12 måneders regnskabsperioders nettoindtjening efter realiseret og afsat skat. Den således fremkomne kurs reduceres med 10 pct. og nedrundes til nærmeste med 10 delelige pointtal."

- — eksempel på bestemmelse om FSR-overskøn:
  - "*Såfremt en af parterne ikke kan godkende den af selskabets revisor fastsatte kursværdi, kan enhver af disse for egen regning begære kursfastsættelsen fastsat af to af FSR Danske Revisorer udpegede sagkyndige vurderingsmænd, hvoraf den ene skal være branchekyndig, og den anden skal være statsautoriseret revisor. Begæring herom skal fremsættes til FSR senest 14 dage efter revisors kursfastsættelse. I modsat fald er denne kurs bindende for parterne.*"

- Fakturering for ejeraftalen
  - — *Kruhl*:
    - ejeraftalen må ikke faktureres over for selskabet (maskeret udlodning mv.)
  - — Enig, men – ejeraftalen er ofte et led i en samlet pakke …
    - rådgivning, vedtægter, FO (som ikke længere må være standardvare, jf. SL § 130, stk. 2: udgangspunkt i selskabets behov) …
    - … plus en ejeraftale;
    - bør fakturere (mindre) vederlag for selve ejeraftalen over for kapitalejerne selv;
    - ellers risiko for skat af maskeret udlodning.

Kapitel 5

Ajourføring af vedtægter – "intertemporal selskabsret"

- "Det har vi da gjort for længst!" – virkelig?
- Skal for længst have bragt vedtægterne i overensstemmelse med SL + bekendtgørelsen på "førstkommende generalforsamling" efter 1. marts 2010, jf. bekendtgørelsens § 55, stk. 2 …
  - er vedtaget, når blot én aktionær/anpartshaver stemmer for forslaget, jf. bekendtgørelsens § 55, stk. 3;
  - ApS uden direktion, men med bestyrelse har frist til 1. marts 2014 til at ajourføre vedtægter, jf. bekendtgørelsens § 60, stk. 1 (igen: én stemme er nok);
  - selskab med repræsentantskab (ikke banker mv.), der vælger bestyrelse skal have ændret dette …
    - ved nuværende valgperiodes udløb …
    - dog senest den 1. marts 2014, jf. bekendtgørelsens § 61, stk. 1-2 (igen: én stemme er nok).
- Generel huskeregel:
  - tidspunktet for den retsstiftende beslutning eller handling er afgørende;
  - før hhv. efter (fra) den 1. marts 2010.
- Enkelt eksempel:
  - likvidation
    - påbegyndt før 1. marts 2010: gamle regler;
      - U: se nedenfor
      - påbegyndt 1. marts 2010 eller senere: nye regler.

Kapitel 6

Erhvervsstyrelsens vejledning – med enkle vedtægtsparadigmaer

6.1. Hvem kan anvende vejledningen?

- I motiverne til SL blev der lovet en **populær vejledning** – som enhver kan bruge til at stifte A/S og ApS.
- Dette blev indfriet – med "Vejledning om stiftelse af et kapitalselskab, inkl. udkast til en vedtægt for et aktieselskab og anpartsselskab", www.erst.dk.
- Dog generelt – en klient, der selv bruger vejledningen, vil komme tilbage til advokaten! (hermed ingen kritik af vejledningen, som klart opfylder sit formål).
- Selve vejledningen – fremhæver en række (for advokater) "almene" forhold:
  - hvem der kan være stifter;
  - kravet om stiftelsesdokument + vedtægter;
  - mindstekravene: 80.000 kr. (nu 50.000 kr., IVS: 1 kr.) hhv. 500.000 kr. (men nævner ikke det gode fif om at starte med et ApS, indtjene reserver, udstede fondsanparter og omdanne til A/S – hvorefter klienten fik "et A/S til et ApS' pris");
  - kravet om at påse et "forsvarligt kapitalberedskab" til enhver tid, herunder foretage de nødvendige henlæggelser;
  - ved kontantstiftelse:
    - kravet om dokumentation for indbetaling (når advokat eller revisor registrerer via ES' it-system, skriver han/hun under på, at …) – ellers bankudskrift ("Kopi af en check udstedt til selskabet er ikke tilstrækkelig dokumentation").
  - at stiftende generalforsamling ikke kræves;
  - de vedhæftede paradigmaer på vedtægter "opfylder minimumskravet i SL" …
  - intet paradigma på FO (som nu skal "tage udgangspunkt i selskabets virksomhed og behov", jf. SL § 130, stk. 2 – nærmere herom nedenfor);
  - er man i tvivl om, …
    - hvorvidt "det er relevant at omtale et givet forhold i vedtægterne, …
    - eller har man specifikke krav/ønsker til sine vedtægter, …

- skal styrelsen anbefale stifter at søge rådgivning hos en advokat, revisor eller anden rådgiver" (helt korrekt).

6.2. Vedtægterne – A/S

- Formålet – er meget bredt (om end med tilføjelsen: "Andet formål kan indsættes"): "… at udøve virksomhed med handel og service samt aktiviteter i tilknytning hertil".
- Hjemsted er ikke med – og der er en helt korrekt fodnote: "Der er ikke længere krav om, at hjemstedskommunen fremgår af vedtægten. Man kan dog frivilligt vælge at skrive selskabets hjemsted i vedtægten".
- Der er ingen klasseopdeling – er jo for de mere komplekse vedtægter.
- Der er ikke elektronisk kommunikation – men blot brevindkaldelse mv.
- Der er dagsorden for ordinær generalforsamling – men korrekt med tilføjelsen: "Valgfri bestemmelse, da SL ikke indeholder krav om, at dagsordenen for den ordinære generalforsamling skal fremgå af selskabets vedtægter".
- På dagsordenen står: "Valg af revisor" – med tilføjelsen: "Kan undlades, hvis selskabet opfylder betingelserne for at fravælge revision af sine årsrapporter."
- Jf. også regnskabs-§'en: "Selskabets regnskaber revideres af …", …
  - med tilføjelse: "Valgfri bestemmelse, da SL ikke stiller krav om, at selskabets vedtægt indeholder oplysning om revisor";
  - dvs. kan udelades, også selv om der er +revisionspligt;
  - bør stå på advokaters tjekliste ved stiftelse og rådgivning: fravalg af revision – derfor helt korrekt, at ES erindrer om det;
  - hvilke selskaber kan fravælge revision, ÅRL § 135:
    - hvis selskabet i to på hinanden følgende regnskabsår på balancetidspunktet ikke overskrider to af følgende størrelser:
      - balancesum 4 mio. kr.;
      - nettoomsætning 8 mio. kr. (tidligere: 3 mio. kr.);
      - gennemsnitligt antal heltidsbeskæftigede i løbet af regnskabsåret: 12.
    - m.a.o.: man må godt overskride én af grænserne hvert år (ligegyldigt hvilken af de tre) …
    - eller to af dem i ét år (ligegyldigt hvilke to);
    - huskeregel "Ikke to overskridelser i to år";
    - hermed er mere end 70 pct. af alle danske selskaber fritaget fra revisionspligten! (U: ikke holdingselskaber);
    - kan kun fravælges med fremtidig virkning, dvs. ved stiftelse eller (fremadrettet) på ordinær generalforsamling;
    - kan fravælge revision og tilvælge "noget mindre", fx udvidet gennemgang …
      - bekendtgørelse med standard hertil fra Erhvervsstyrelsen;
      - revisor skal da registreres.

- hvis man vil fravælge revision, og hvis man vil skrive noget om det i vedtægterne, foreslår ES følgende (i regnskabs-§'en):
  - "*Selskabets generalforsamling har besluttet at anvende reduktionen af revisionspligten, og selskabets årsrapporter vil derfor ikke være revideret.*"

✍ Bestyrelsen – paradigmaet har en bestyrelse på 3-5 plus direktion og tilføjer:
- "Der kan alternativt vælges en ledelsesmodel med et tilsynsråd og en direktion";
- udmærket at få denne diskussion;
- hvornår kan et tilsynsråd evt. være relevant? besvaret af *Erik Werlauff* i UfR 2009 B s. 247 ff.:
  - hvor det danske A/S indgår i en koncern med ultimativt tysk moderselskab (u: lille dansk ApS – her næppe interessant);
  - dansk datter af international koncern, der lægger vægt på direkte kontakt (læs: instruks) fra koncernen til det danske selskabs direktion;
  - hvor der lægges særlig vægt på tilsyn og kontrol med direktionen (dog ikke i banker, jf. kravet i FVL § 12, stk. 2 om, at finansielle virksomheder har en bestyrelse);
  - hvor man hidtil har haft et repræsentantskab (skal jo væk inden 1. marts 2014, jf. fane 4.11) ("stående aktionær-udvalg"), fx familieselskaber, selskaber med aktiv aktionærkreds, der vil "følge med i selskabets forhold";
  - selskaber med meget stor direktion, dvs. med et organ, der i forvejen fordeler opgaverne indbyrdes;
  - selskaber, der vil have medarbejderrepræsentanter lidt "på afstand". Foreskriv tilsynsråd i stedet for bestyrelse (medarbejderne må tage selskabet, som det er ifølge dets vedtægter);
  - ejer/lederens selskab (deler ikke den reelle magt med en bestyrelse!).

✍ Tegningsregel – paradigmaet har forslag: "… af den samlede bestyrelse eller af en direktør alene"
- og med tilføjelsen: "Anden tegningsregel kan indsættes, hvis selskabet har valgt en anden ledelsesstruktur".

6.3. Vedtægterne – ApS

✍ Vejledningen har samme bemærkninger som til A/S vedrørende …
- formål;
- ingen anpartsklasser (og fuld stemmeret til alle kapitalandele);
- ingen e-kommunikation;
- foreslår dagsorden for ordinær generalforsamling;
- direktøren tegner alene (hvem ellers?);
- § om revision: "valgfri" + samme forslag ad formulering.

Kapitel 7

Tjeklister til vedtægterne

7.1. Obligatoriske emner – skal altid med

- Navn og eventuelle binavne, jf. SL §§ 2 og 3.
- Formål.
- Selskabskapitalens størrelse og …
  - antallet af kapitalandele (dvs. stykaktier – ny mulighed) eller
  - kapitalandelenes pålydende værdi (dvs. nom. aktier – traditionel model), jf. SL §§ 4 og 47.
- Kapitalandelenes rettigheder (i særdeleshed: stemmeretten), jf. SL §§ 45-49 og §§ 67-68.
- Ledelsesorganer, jf. SL § 111, stk. 1.
- Indkaldelse til generalforsamling, jf. SL § 76 ff.
- Regnskabsår.

7.2. Betinget obligatoriske emner – skal med, hvis baggrundsretten ønskes fraveget

- Forskellige kapitalklasser, jf. SL § 46.
- Stemmeløse- eller stemmesvage kapitalandele, jf. SL § 48, stk. 2 (NB: husk at omtale, om de har repræsentationsret).
- At ejerbogen skal føres eksternt, jf. SL § 50 (i så fald: navn + CVR-nr. på ejerbogsfører), fx således:
  - "*Fortegnelsen over selskabets aktionærer (ejerbogen) føres på selskabets vegne af Computershare A/S, CVR.nr. 27 08 88 99.*"
- At ejerbogen i A/S skal åbnes for kapitalejerne, jf. SL § 51, stk. 1.
- Mortifikation uden dom af negotiable ejerbeviser, jf. SL § 66, stk. 3.
- Forkøbsret, jf. SL § 67, stk. 1 – købspligt.
- Samtykkeklausul til overdragelse eller til enhver overgang, jf. SL § 68, stk. 1 (ES-vejledning: her må ejeraftale nævnes!).
- Indløsningsret, jf. SL § 69.

- Kapitalnedsættelse ved indløsning, jf. SL § 74.
- Indskrænkninger i ledelsens kompetence til at bestemme, hvem der kan overvære generalforsamlingen, jf. SL § 76, stk. 4.
- Indskrænkninger i ledelsens kompetence til at beslutte delvis elektronisk generalforsamling, jf. SL 77, stk. 1.
- Anmeldelsesfrist forud for generalforsamling, jf. SL § 84, stk. 4 (noterede) og § 84, stk. 5 (unoterede).
- At generalforsamling kan afholdes andet sted end hjemstedet, jf. SL § 87.
- At kapitalejere i A/S, der ejer mindre end 5 pct., kan kræve ekstraordinær generalforsamling, jf. SL § 89, stk. 3.
- Dato (eller tidsrum) for afholdelse af ordinær generalforsamling og dato for fremsættelse af krav om emner på dagsordenen, jf. SL § 90, stk. 3.
- Beslutning om elektronisk kommunikation, jf. SL § 92, stk. 3.
- Forlængelse af 2-ugers fristen for indkaldelse til generalforsamling, jf. SL § 94, stk. 1 (hhv. af 3-ugers fristen for børsnoteret selskab, jf. § 94, stk. 2).
- At en kapitalejer ikke behøver at stemme samlet på sine kapitalandele, jf. SL § 104, stk. 1.
- At personvalg ikke afgøres ved lodtrækning, hvis stemmerne står lige, jf. SL § 105.
- Skærpelse af beslutningskravene til vedtægtsændringer, jf. SL § 106, stk. 1 (majoritet, quorum).
- Offentlige myndigheders eller andres ret til at udpege medlemmer af bestyrelse eller tilsynsråd, jf. SL § 120, stk. 2.
- Særlig valgperiode for medlemmer af bestyrelse eller tilsynsråd, jf. § 120, stk. 4.
- Direkte valg mv. af formanden for bestyrelsen eller tilsynsrådet, jf. SL § 122.
- Afskæring af mulighed for at stemme ved fuldmagt i bestyrelse eller tilsynsråd, jf. SL § 124, stk. 2 – evt. blot i FO eller som protokolleret beslutning.
- At formandens (eller næstformandens) stemme er afgørende ved stemmelighed i bestyrelsen eller tilsynsrådet, jf. SL § 124, stk. 3.
- Begrænsning af ledelsens tegningsret, jf. SL § 135, stk. 3 (NB. dvs. en tegningsregel!)
- Bemyndigelse for ledelsen til …
  - kapitalforhøjelse, jf. SL § 155, stk. 1;
  - udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants, jf. § 155, stk. 2.
- At fortegningsret ("tegningsretter") ikke kan overdrages, jf. SL § 162, stk. 1.
- At der skal være fortegningsret inden for de enkelte klasser, jf. SL § 162, stk. 3
  - NB: en bestemmelse herom er absolut påkrævet ved enhver klasseopdeling!

- her skal man fravige baggrundsretten! – som er, at alle har fortegningsret på tværs af klasseopdelingen;
- dvs. ingen klasseopdeling uden også at huske klassevis fortegningsret;
- dette gælder både A/S og ApS (før 2010: gjaldt kun A/S).

7.3. Generalforsamlingsbeslutninger – som bestyrelsen *kan* indskrive i vedtægterne

- At generalforsamlingen holdes på andet sprog end dansk med simultantolkning, jf. SL § 100, stk. 2 (simpelt flertal).
- At generalforsamlingen holdes på svensk, norsk eller engelsk uden simultantolkning, jf. SL § 100, stk. 3 (simpelt flertal).
- At generalforsamlingen igen holdes på dansk, jf. SL § 100, stk. 5 (simpelt flertal).
- At generalforsamlingsdokumenter udarbejdes på svensk, norsk eller engelsk, jf. SL § 100, stk. 7 (simpelt flertal).

7.4. Generalforsamlingsbeslutninger – som bestyrelsen *skal* indskrive i vedtægterne

- At generalforsamlingen generelt holdes under fravigelse af SL's regler om form og frist, jf. SL § 76, stk. 3 (enstemmighed).
- At generalforsamlingen afholdes på andet sprog end dansk, svensk, norsk eller engelsk uden simultantolkning, jf. SL § 100, stk. 4 (dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal).
- At generalforsamlingsdokumenter udarbejdes på et andet sprog end dansk, svensk, norsk eller engelsk, jf. § 100, stk. 8 (dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal).
- Ledelsens beslutning om, at skriftlig, forudgående spørgsmålsret skal udøves inden for en fastsat frist, jf. SL § 102, stk. 3 – afskriv §'en i vedtægterne.
- Generalforsamlingens beslutning om udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants (tegningsretter) (SL § 168).
- Ledelsens beslutning om udstedelse af konvertible gældsbreve eller warrants (SL § 170).
- Børs/AMP-noteret selskab: Godkendte retningslinjer for incitamentsaflønning af ledelsen, jf. § 139, stk. 2.

7.5. Klasseopdeling – hvornår kan det være relevant (SL § 45)?

- Forskellig stemmeret.
- Forskellig udbytteret – simpel (år for år) eller kumulativ (med opsamling).
- Forskellig udlodningsret ved opløsning.

- Klassevis valgret til bestyrelsen.
- Børs-/AMP-notering af én klasse, men ikke af en anden klasse.
- Omsættelighedsindskrænkning (samtykke, forkøbsret, køberet) i én, men ikke i en anden klasse.
- Ret til at forlange et vist mindsteudbytte.
- Ret til at modsætte sig udbytte over en vis størrelse, dvs. kræve konsolidering.
- Indløsnings- eller amortisationsregler for én, men ikke for en anden klasse.
- Når flere aktionærer driver hver deres virksomhed ejet af selskabet og skal have udbytte efter resultatet af hver deres V, jf. *TfS 2012.362 SR*.

7.6. Klasseopdeling – permanent eller tids-/begivenhedsbegrænset?

- At kapitalandelene har været ejet i en bestemt periode (loyalitetsaktier, jf. påmindelsen i betænkning nr. 1498/2008)
  - fx dobbelt stemmeret efter 2 år (fransk ret);
  - den dobbelte stemmeret mistes bl.a. ved overdragelse;
  - hvordan dette konkret kunne indføres i dansk ret …
  - behandles af *Jesper Birkedal* i Justitia 2012 nr. 2 s. 3 ff.;
  - og af *Dorthe Kristensen Balshøj* i NTS 2012 nr. 3-4 s. 73 ff. ("vigtigt instrument til reel aktionærindflydelse").
- At kapitalandelene fortsat ejes af bestemte kapitalejere (som enten angives ved navn eller defineres ved andre krav, fx erhvervsmæssig tilknytning).
- At der gives klassens kapitalejere et vist udbytte (investor-aktier med passiv position, forudsat de får deres mindsteudbytte).
- At selskabets drift eller egenkapital ikke talmæssigt kommer under visse mindstegrænser (investor-aktier …)
- At klassens ejere nu har fået i alt kr. X i udbytte siden den …

7.7. Rettighed ved navns nævnelse – kan være et alternativ til klasseopdeling

- Ret til at udpege ét eller flere bestyrelsesmedlemmer, jf. SL § 120, stk. 2 (dog aldrig bestyrelsens flertal).
- Ret til at udpege en medrevisor, jf. SL § 144, stk. 1.
- Ret til at modsætte sig alle eller visse vedtægtsændringer, jf. SL § 106, stk. 1, fx formålsændring eller kapitalforhøjelse (samt ændring af selve reglerne om den pågældendes individualbeføjelser i selskabet).
- Ret til at modsætte sig visse beslutninger, der træffes med almindeligt stemmeflertal, jf. SL § 105, stk. 1, fx udbytte over en vis størrelse, salg af virksomheden

eller væsentlige omlægninger af denne mv. (i så fald må det tillige være vedtægtsfæstet, at sådanne sager ikke kan afgøres af bestyrelsen på egen hånd).

- Ret til at udpege bestyrelsens formand (enten blandt de allerede valgte bestyrelsesmedlemmer eller gennem udpegning efter SL § 120, stk. 2, af et bestyrelsesmedlem, der samtidig er "født" formand), jf. SL § 122).
- Tegningsbeføjelse med navns nævnelse.

Kapitel 8

Skattemæssige fælder og muligheder

8.1. Vedtægterne – formålsbestemmelsen

- Pas på ikke at "skrive" selskabet ind i en skattemæssig næringssituation, som det ikke havde behøvet.
- Selskaber er jo skatte**pligtige** af så mange ting, selv om det ikke er næring
  - kursgevinst på alle obligationer, pantebreve, andre fordringer, KGL § 2;
  - avance på børsnoterede porteføljeaktier, ABL § 9.
- Men selskaber er også skatte**fri** af en række avancer
  - datterselskabsaktier (10 pct. af kapital), ABL § 4 A + § 8;
  - koncernselskabsaktier (bestemmende indflydelse), ABL § 4 B + § 8;
  - unoterede porteføljeaktier ved under 10 pct. kapitalbesiddelse, ABL § 4 C;
  - egne aktier, ABL § 10;
  - uheldigt at gøre sig skattepligtig af disse eller nogle af dem.
- En "næringsrelateret" formåls-§ ***kan*** trække i retning af næringsbeskatning (sammen med andre, faktuelle momenter) …
  - næringsreglen har forrang for de andre ABL-regler, ABL § 17.
- Tilsvarende kan selskabet være *delvis* skatte**frit** af visse avancer
  - ejendomsavancer (regulering, ejertidsfradrag, bundfradrag mv.), EABL §§ 5, 5 A og 6;
  - men ved næringsejendomme beskattes alt, krone for krone – thi EABL viger (EABL § 1, stk. 2) og erstattes i stedet af næringsreglen i SL § 4;
  - ligeledes uheldigt at gøre sig skattepligtig af disse eller nogle af dem.
- I enkelte tilfælde kan næring modsat være **ønskværdig**
  - den bør da afspejle sig i formålsbestemmelsen (+ den faktiske handlemåde);
  - fx hvor pengetankreglen ellers ville forhindre familiesuccession
    - Ho.: der kan ikke succederes i aktier i et selskab, hvis virksomhed i overvejende grad består i udlejning af fast ejendom, besiddelse af kontanter, værdipapirer el.lign., DSKL § 29, stk. 3, 1. pkt.; også +pengetank, selv om selskabet driver næring med køb og salg af fast ejendom, jf. TfS 2015.522 LSK;

- U: succession er alligevel mulig, hvis selskabet "udøver næring ved køb og salg af *værdipapirer* eller finansieringsvirksomhed", DSKL § 29, stk. 3, 2. pkt.;
- igen: formåls-§'en er ikke nok – faktisk handlemåde tages også i betragtning.

- Denne ideelle formåls-§ …
  - accepterer skattepligt, hvor dette er uundgåeligt …
  - og gør denne skattepligt til næringsbeskatning …
  - og understreger samtidig, at øvrige investeringer er i anlægsøjemed …
  - husk dog hele tiden: ikke nok at skrive det – selskabet skal også handle derefter:
    - "*Selskabets formål er 1) at drive næring med køb og salg af værdipapirer samt finansiering, idet denne næring omfatter børsnoterede porteføljeaktier og børsnoterede stats-, realkredit- og virksomhedsobligationer, og 2) at investere i anlægsøjemed i unoterede porteføljeaktier, noterede eller unoterede datterselskabs- og koncernselskabsaktier samt fast ejendom til domicilbrug eller udlejning.*"

8.2. Ændring af vedtægterne *kan* udløse afståelsesbeskatning – "identitetsændring" af aktien

- Gælder, hvis en vedtægtsændring reelt flytter værdier, fx fra senior til junior.
- Fx gennem indførelse, ændring eller ophævelse af en opdeling i aktieklasser.
- I så fald anses "aktiens identitet" for ændret, og dette medfører afståelsesbeskatning efter ABL, jf. fast praksis hos SKAT.
- Der skal være tale om en formueforskydning, jf. principiel udtalelse i TfS 2008.897 SR.
- Også stemmeforskydning kan indebære formueforskydning, jf. *TfS 2007.656 SR* – seniors A-aktier mistede majoriteten, der tilgik juniors B-aktier – alle aktier i selskabet ansås for at være afstået.
- Afståelse kan statueres, uanset om aktierne rent fysisk ombyttes eller ej i forbindelse med vedtægtsændringen.
- Praksis gennemgået af *Nicolai Thorsted* & *Erik Banner-Vogt* i TfS 2009 s. 358.

8.3. Vedtægtsændringer, der *ikke* kan indebære identitetsændring og afståelsesbeskatning

- Hvis der ved ændringen kun er én aktionær, jf. *TfS 2008.1018 SR* – ophævede opdeling af A- og B-aktier.
- Oprettelse af ny B-klasse uden udbytteret, og uden ændring af bestående (A-)aktiers stemmeret, jf. *TfS 2011.40 SR*.

- Sløjfning af *ubetydelig* udbyttepræference til B-klasse, *TfS 2011.93 SR*.
- Sløjfning af klasseopdeling ifm. klargøring til børs- eller AMP-notering, jf. *TfS 2011.306 SR*
  - do. i *TfS 2011.162 SR* – sløjfede øk. forskelle – havde aftalt dette ved investeringen.
- Afnotering, jf. *TfS 2011.28 Ø*.
- Overgang fra DKK- til EUR-aktier, jf. *TfS 1999.172 (Skd.)*
- Når der gives modydelse for forringelse (noget for noget)
  - *TfS 1993.285 LSK* – noteret selskab sløjfer A/B-opdeling – modydelse til A-aktier (via skæv fondsudstedelse);
  - *TfS 2008.897 SR* – ønskede forskellige konsolideringsniveauer for forskellige klasser – ikke-udlodning medførte "opsparing" – lærestykke i klasseopdeling som alternativ til spaltning.
- Forretningsmæssigt begrundet (evt. påkrævet) modernisering
  - *TfS 2006.1049 SR* – revisorer ville gå fra IV til reel værdi (inkl. goodwill mv.) ved udtræden;
  - *TfS 2013.204 SR* – overførsel af stemmer via vedtægtsændring pga. krav i revisorlovgivningen om max. ejerskab.
- Forretningsmæssigt begrundet klasseopdeling mellem partnere med modstående interesser …
  - og med hver sin virksomhed i selskabet;
  - jf. *TfS 2012.362 SR* …
  - hvor 5 partnere drev hver deres V i selskabet;
  - og (nu) ejede 20 pct. hver;
  - havde hidtil udlignet forskelle i de 5 V'ers resultater via forskellig bonus til de 5 …
  - men bonus er jo dyrt beskattet …
  - ville derfor hellere opdele i aktieklasser med udbytte, der varierer efter resultatet i ejerens V …
  - og det fik de lov til.
- Det glidende generationsskifte – afsnøringsmodellerne (A/B-modellerne)
  - junior(s holdingselskab) nytegner til kurs 105 (billigt);
  - men beskatning indtræder alligevel ikke, fordi der gives senior en modydelse i form af forlods ("afsnøret") udbytteret;
  - *TfS 2003.229 LR*, *TfS 2003.314 LR*, *TfS 2005.656 LR*, *TfS 2011.268 SR*; *TfS 2015.429 SR; TfS 2015.507 SR*
  - størrelsen af det afsnørede udbytte (forlods kumulativ udbytteret på i alt kr. X) skal beregningsmæssigt tage højde for tidsforskydning (tilbagediskontering) + risiko;
  - husk at helgardere vedtægtsmæssigt: forlods udbytte + forlods likvidationsprovenu + klassevis fortegningsret.

8.4. Andre transaktioner, der (utilsigtet) kan føre til beskatning

- Salg til tredjemand af familiens aktier – skævdeling af salgsprovenu, jf. *UfR 1996.97 H* (*TfS 1995.783 H*).
- Ejeraftale om skævdeling af udbytte
  - *TfS 1986.462 H* – afkaldsgivende aktionærer udbyttebeskattes af det ikke-modtagne – modtagende aktionærer personbeskattes af det for meget modtagne;
  - ejeraftale med afkald på udbytte kan udløse afståelsesbeskatning, jf. LV S.G.2.3.1.2.
  - men forretningsmæssigt begrundet skævdeling er hidtil anset for o.k., jf. *TfS 2000.564 V* (2-1) – passive investorer ville ikke deltage i kapitalforhøjelser – aftalt, at deres kurs fastlåstes;
  - kan denne praksis opretholdes?
    - formentlig ikke;
    - udbyttet skal nu formentlig være, hvad der fremstår ud fra vedtægter, lov og faktisk aktiefordeling, jf. *Guldmand*, *Vinther* & *Werlauff* i TfS 2010, 49A ("Udbytteaftalens skatteretlige virkning") …
    - igen: klasseopdeling som en mulig løsning.

8.5. Ejeraftaler (og vedtægter) kan få (tilsigtet eller utilsigtet) betydning for sambeskatning

- Sambeskatning forudsætter bestemmende indflydelse, jf. SEL § 31 C.
- M skal (for at kunne blive betragtet som et M) have "beføjelse til at styre de finansielle og driftsmæssige forhold i D i henhold til vedtægts eller aftale."
- Sambeskatning kan derfor kobles ind – oftest tilsigtet
  - M1 og M2 har hver 50 pct. af stemmer i D;
  - M1 får pr. ejeraftale afgørende stemme ved stemmelighed;
  - M1 er herefter "M" i § 31 C's forstand;
  - M1 og D skal derfor sambeskattes (oftest tilsigtet).
- Sambeskatning kan ligeledes kobles ud – ofte utilsigtet
  - har M stemmeflertal, er der en formodning for +bestemmende indflydelse;
  - men formodningsreglen kan brydes;
  - hvis ejeraftalen giver medejerne vetoret eller kræver enighed, er der en sådan modsatrettet påvisning (dvs. der er etableret en "*fælles* bestemmende indflydelse", jf. LL § 2);
  - dette gjaldt ikke før 1. marts 2010, men gælder fra denne dato – også for eksisterende ejeraftaler;
  - dvs. ejeraftalen kan bryde koncernforholdet;
  - detaljeret redegørelse i *TfS 2010.491 SR* – med principielle udtalelser fra E&S + SKAT;

- se også *Martin Chr. Kruhl*: Ejeraftaler (ph.d.-afhandling 2011) s. 317 ff.;
- og *Trine Bonde Jensen* i R&R 2009 nr. 12 s. 51 ff.;
- koncernforholdet var ikke brudt i *TfS 2013.387 SR* (spørgsmål nr. 3), hvor der efter ejeraftalen …
  - skulle 75 pct. flertal til en række væsentlige beslutninger, og
  - M udpegede 3 af de i alt 5 bestyrelsesmedlemmer i D, mens de øvrige kapitalejere i D udpegede de øvrige 2.
- tilsvarende i *TfS 2014.123 SR* (dansk SE-selskab, der ville flytte til Malta):
  - 75 pct. flertalskrav til vigtige beslutninger i h.t. ejeraftale var ikke nok til, at koncernforholdet var brudt (der forelå ikke "*fælles* bestemmende indflydelse").

Se godt paradigma i *TfS 2012.114 SR* – bestemmende indflydelse forelå, og derfor +sambeskatning

- der var vetoret for de øvrige ejere vedrørende …
  - ændring af selskabets hidtidige virke;
    - ansættelse og afskedigelse af personale;
    - aflønning og ændring af ansættelsesvilkår for direktører og ansatte kapitalejere og disses ægtefæller;
    - anlægsinvesteringer over 50.000 kr., der ikke vedrører den sædvanlige daglige drift;
    - optagelse af banklån; afgivelse af kautions- og garantierklæringer;
    - køb, salg og pantsætning af fast ejendom;
    - indgåelse, ændring og opsigelse af leje- og leasingkontrakter.
  - heroverfor stod:
    - det selskab, der af SKAT anerkendtes som M, "havde" både formands- og direktørposten;
    - "havde" i den forstand, at de begge ifølge vedtægterne skulle udpeges blandt dem, der var udpeget af M.

Kapitel 9

Udvidet lovmæssig minoritetsbeskyttelse – ikke stor praktisk værdi

9.1. Ekstraordinær generalforsamling efter minoritetsbegæring

- ApS: kan som hidtil kræves af hver enkelt, SL § 89, stk. 2.
- A/S: kræver siden 2010 kun 5 pct. tilslutning, SL § 89, stk. 3.
- 5 pct.-brøken i A/S
  - er ikke koordineret med den 10 pct. brøk, …
  - der kan kræve fysisk generalforsamling uanset vedtægtsregel om generalforsamling pr. e-mail, cirkulation mv., SL § 76, stk. 3;
  - dvs. aktionær(er) kan risikere at have ret til ekstraordinær generalforsamling (5 pct. er her nok) …
  - men ikke som en fysisk generalforsamling (10 pct. kræves hertil);
  - bør reguleres i vedtægterne …
    - hvis der ønskes en regel om generalforsamling pr. e-mail mv.;
    - dvs. bør da fastlægge en fælles brøk på 5 pct. Majoritetsmisbrug – den krænkede kan nu også kræve at indløse skadevolderen
- Velkendt – den undertrykte minoritet kan fortsat kræve sig indløst, dvs. en *exit*-løsning, SL § 362, stk. 2.
- Siden 2010 – minoriteten kan nu også (alternativt eller fx som en principal påstand) kræve at indløse skadevolderen, dvs. en *squeeze- out*-løsning, § 362, stk. 3 …
  - bet. 1498/2008 s. 1240: "hvis konfliktsituationen er blevet så tilspidset, at der reelt foreligger samarbejds-umulighed, bør den krænkede part have mulighed for tvangsmæssigt at købe den krænkende part ud";
  - kan fx anvende følgende fremgangsmåde:
    - principal påstand om *squeeze-out*, subsidiær om egen *exit*;
    - syn og skøn over kapitalandelenes værdi;

- er værdien høj, frafaldes principal påstand, dvs. ønsker sig indløst …
- er værdien lav, frafaldes subsidiær påstand, dvs. ønsker at indløse skadevolderen.

9.2. Håndfast "tvistløsning" – registreringsblokering

- Erhvervsstyrelsen (ES) har ikke kompetence til at løse tvistigheder mellem kapitalejere …
  - men med SL kom der enkelte nye redskaber ind i loven.
- Og bevisbedømmelse ligger fortsat uden for ES' kompetence
  - forhold, der kræver en sådan, må derfor afklares på anden måde;
  - ved aftale, domstolsafgørelse eller voldgiftskendelse.
- Men hvis der er tvivl om lovligheden af foretagne eller anmeldte registreringer, kan ES blokere for registreringer …
  - selvregistrering gennem ES' it-system kan afskæres;
  - registrering af modtagne anmeldelser sættes i bero …
  - alt indtil forholdet er afklaret …
  - fx ved at et omtvistet ejerskab til kapitalandele er afklaret, jf. SL § 16, stk. 3, 1. pkt.
- Offentliggørelse af grunden til blokeringen
  - ES kan i it-systemet offentliggøre meddelelse om grundlaget for beslutningen, jf. SL § 16, stk. 3, 3. pkt.;
  - tidligere fik offentligheden ikke kendskab til tvivl om ejerforholdene.
- ES kan afregistrere ledelsen
  - ES kan i en blokeringssituation af egen drift registrere, at ledelsen er fratrådt, jf. SL § 16, stk. 4;
  - særligt tiltænkt tilfælde, hvor det som følge af tvivl om adkomsten til selskabet ikke er muligt at fastslå, hvilken ledelse der er valgt;
  - kun særlige tilfælde, hvor der er tvivl om, hvem der har retten til at tegne selskabet …
  - og registrering af fratrædelse er nødvendig for at forhindre tab i selskabet eller for dettes medkontrahenter;
  - formodes at lægge pres på stridende kapitalejere for at enes om en løsning …
  - der kan bringe registreringsblokeringen til ophør;
  - ellers: tvangsopløsning, idet selskabet er uden ledelse, jf. SL § 225, stk. 1, nr. 2.
- Kritisk til denne lovregel er *Troels Michael Lilja* i UfR 2012 B s. 429:
  - finder, at ES reelt har fået funktion som foged, men uden tilstrækkeligt afbalancerede hensyn til "rekvisitus" (selskabet);
  - muligt i strid med 1. selskabsdirektivs artikel 3, stk. 3 og artikel 12 (da registreringen de facto gør selskabet ude af stand til at agere);

— påpeger, at brug af reglen reelt lukker selskabets bankkonti (fordi banken ikke ved, hvem der tegner selskabet og dermed kan trække på fx en kk.);
— finder, at reglen bør ophæves.

9.3. Når den ene trods alle fine aftaler "tager noget" fra 50/50-selskabet – hvad kan den anden gøre?

- Han kan indlede retssag – kan jo selv beslutte dette.
- Hvis det er et samhandelskrav mv. – dvs. andet end ledelsesansvar
  — *UfR 2011.2726/1 H* – selskabets tilgodehavende provision;
  — HR: direktionen kan anlægge sagen;
  — at den grove er anpartshaver og medlem af direktionen, ændrer ikke herved …
  — uanset at beslutninger i direktionen ellers krævede enighed (vedtægter) …
  — var den grove jo inhabil …
  — og den pæne kunne derfor beslutte sagsanlægget på egen hånd.
- Hvis det havde været et ledelsesansvar – samme resultat
  — skal jo besluttes på generalforsamlingen, jf. SL § 364, stk. 1;
  — den grove er her inhabil, SL § 86;
  — dvs. beslutningen træffes også her af den pæne anpartshaver (nu blot på en generalforsamling).
- Disse resultater gælder – på tværs af alle vedtægts- og ejeraftale-bestemmelser.

Kapitel 10

Sådan kan bindinger skrives i vedtægt i stedet for ejeraftale

10.1. Et praktisk eksempel – *step by step*

- Situation – en større koncern har købt 51 pct. af en mindre konkurrent.
- Sælgerne skal virke i målselskabet i en årrække.
- Refleksmæssigt ville man tidligere regulere bestyrelsesrepræsentation, udbytte, revision mv. i en ejeraftale.
- Men følgende kan evt. skrives i vedtægterne:
- Følgende ønskes:
  - gamle ejere kan frit handle anparter indbyrdes;
  - er der ingen købere blandt de gamle ejere, overtages deres anparter af den nye ejer;
  - på en bestemt fremtidig dato overtager den nye ejer hele selskabet;
  - både gamle ejere og ny ejer repræsenteres i bestyrelsen;
  - den gamle revisor fortsætter så vidt muligt.
- Instrument hertil
  - indføjes i vedtægterne, og ejeraftale undlades (næsten!);
  - gamle ejere bliver A-anpartshavere (en "gestus");
  - ny ejer bliver B-anpartshaver;
  - ingen forskel ad stemmeret;
  - i stedet bruges klasseopdelingen til alt det andet, der ønskes fastlagt.
- Kapitalen opdeles i A- og B-anparter – gamle ejere er A, mens ny ejer er B; gamle ejere er fordelt ligeligt på tre ejere:
  - "*Selskabets anpartskapital er 300.000 kr. fordelt i anparter á kr. 1.000 og multipla heraf. Af anpartskapitalen er kr. 147.000 A-anparter, mens kr. 153.000 er B-anparter.*"
- Gamle kan frit handle indbyrdes:
  - "*Ved enhver overgang af A-anparter inden den 1. maj 2027 har de øvrige ejere af A-anparter ret til at købe de pågældende A-anparter, forholdsmæssigt i forhold til deres besiddelse af A-anparter …*"

- Vil ingen af de gamle købe, overtages deres anparter af den nye ejer:
  - "*… Ønsker ingen A-anpartshaver at købe, har ejerne af B-anparter ret og pligt til at købe de pågældende A-anparter forholdsmæssigt i forhold til deres besiddelse af B-anparter.*"
- På en bestemt fremtidig dato overtager den nye ejer hele butikken – som udgangspunkt gennem selskabets indløsning af A-anparterne:
  - "A-anparter, som den 1. maj 2027 ikke ejes af B-anpartshavere, indløses af selskabet …"
- Under visse omstændigheder skal det ikke ske i form af indløsning, men i form af et traditionelt køb af A-anparterne:
  - "*… Hvis (a) B-anpartskapitalen i enighed bestemmer det, (b) lovgivningens betingelser for indløsning ikke er opfyldt, eller (c) det påviseligt indebærer skattemæssige ulemper for ejere af A-anparter at blive indløst af selskabet, har ejerne af B-anparter i stedet for den nævnte indløsning ret og pligt til at købe de pågældende A-anparter, forholdsmæssigt i forhold til deres besiddelse af B-anparter.*"
- Hvis A-anpartshavere forbryder sig mod køberetten, bliver de simpelthen indløst:
  - "*… Finder der overgang af A-anparter sted uden iagttagelse af køberetten efter stk. 1, indløser selskabet de pågældende A-anparter.*"
- Her sker al overdragelse og al indløsning til (ajourført) indre værdi (evt. fordi de gamle ejere fik forskud på hele goodwill ved den første handel):
  - "*Ethvert køb og enhver indløsning af A-anparter efter bestemmelserne i stk. 1-3 finder sted til et beløb, der modsvarer de pågældende anparters indre værdi, forstået som anparternes forholdsmæssige andel af selskabets regnskabsmæssige egenkapital på købs- henholdsvis indløsningstidspunktet.*

    Det regnskab, der danner grundlag for beregningen, opgøres i overensstemmelse med lovgivningens krav og selskabets hidtil anvendte regnskabsmæssige principper.

    Hvis statusdagen i den senest aflagte årsrapport ligger mere end 5 måneder forud for købs- hhv. indløsningstidspunktet, udfærdiges der et perioderegnskab efter samme regnskabsmæssige principper og med en statusdag, der ikke ligger tidligere end 5 måneder forud for købs- henholdsvis indløsningstidspunktet."
- Der er ingen stemmemæssig forskel på A- og B-anparter:
  - "*Ethvert anpartsbeløb på kr. 1.000 giver én stemme.*"
- De gamle ejere skal som udgangspunkt samtykke, hvis revisor skal udskiftes:
  - "*Til vedtagelse af beslutning om nyvalg af revisor kræves der enstemmighed på generalforsamlingen …*"
- Dog ikke, hvis loven kræver en anden revisor, eller hvis den gamle revisor er for dyr:
  - "*… Hvis det påvises, (1) at nyvalg er en nødvendig følge af lovmæssige krav, eller (2) at revisors honorarer væsentligt overstiger, hvad der må anses for*

markedsmæssige vilkår for sådanne ydelser, træffes beslutningen om nyvalg dog ved simpel stemmeflerhed som nævnt i stk. 1."

- Gamle ejere besætter halvdelen af bestyrelsen, ny ejer besætter halvdelen (bemærk, at klassevis valgte anses for at være generalforsamlingsvalg):
  - "*Selskabet ledes af en bestyrelse på 6 medlemmer, der varetager den strategiske og overordnede ledelse, og som vælges for ét år ad gangen. På generalforsamlingen vælges 3 bestyrelsesmedlemmer af A-anpartskapitalen, og 3 bestyrelsesmedlemmer vælges af B-anpartskapitalen …*"
- De tre gamle ejere kan, men behøver ikke at være enige om alle deres tre mandater:
  - "*… Hvis hele A-anpartskapitalen ikke stemmer på de samme 3 personer, skal en person anses som valgt, hvis vedkommende har opnået stemmer fra nom. kr. 49.000 A-anparter.*"
- Da nogle af de gamle ejere skal sidde i direktionen, skal de ikke frit kunne fyres af den nye ejer (som jo har flertal på generalforsamlingen):
  - "*Bestyrelsens beslutning om afskedigelse af en direktør er kun gyldig, hvis den er tiltrådt af mindst ét af de bestyrelsesmedlemmer, der er valgt af A-anpartskapitalen. Dette gælder dog ikke, hvis direktøren har givet rimelig anledning til opsigelsen eller ophævelsen ved at undlade at opfylde sine forpligtelser i henhold til ansættelsesaftalen eller andre forpligtelser over for selskabet.*"
- Den nye ejer (= det nye moderselskab) besætter formandsposten:
  - "*Bestyrelsen vælger blandt de 3 medlemmer, der er valgt af B-anpartskapitalen, en formand samt en næstformand, der ved formandens forfald udøver de formanden tilkommende funktioner.*"
- Formandens stemme skal naturligvis være udslaggivende i tilfælde af stemmelighed:
  - "*Formandens stemme, eller ved formandens forfald næstformandens, er afgørende i tilfælde af stemmelighed, både ved valg og ved andre beslutninger i bestyrelsen.*"
- Større nyanskaffelser skal der være enighed om i bestyrelsen:
  - "*Selskabets beslutning om køb, leje eller leasing af anlægsaktiver til en værdi af kr. 1.000.000 eller derover skal godkendes enstemmigt af bestyrelsen …*"
- Men den nye ejer skal dog have fat i den lange ende, dvs. at nødvendigt materiel mv. alligevel skal kunne tilvejebringes:
  - "*… Opnås en sådan enstemmig godkendelse som nævnt i 1. pkt. ikke, kan selskabets moderselskab dog vælge at anskaffe det eller de pågældende anlægsaktiver og lease dem til selskabet på markedsmæssige vilkår.*"
- Der skal være gensidig vetoret over for lån til moderselskabet, tilkøb af virksomheder, fusion mv.:
  - "*En bestyrelsesbeslutning om ét af følgende emner skal godkendes enstemmigt i bestyrelsen: (a) selskabets ydelse af lån til eller garanti eller sikkerhedsstillelse for dets moderselskab, uanset om et sådant lån mv. er tilladt efter selskabslo-*

vens § 211, (b) selskabets afgivelse af kautions- eller garantiløfte eller sikkerhedsstillelse for andres gæld, (c) udarbejdelse af årsrapport under anvendelse af ændrede regnskabsprincipper, medmindre ændringen er en nødvendig følge af krav i lovgivningen, (d) ansættelse af ny direktør efter fratræden af en direktør, (e) køb eller salg af noget datterselskab til selskabet eller (f) fremsættelse af forslag om selskabets indgåelse i en fusion eller spaltning som ophørende eller fortsættende selskab i fusionen eller som spaltet eller modtagende selskab i spaltningen."

- Samhandel med moderselskabet skal ske på armslængdevilkår:
  - "*Bestyrelsen og direktionen påser, at selskabets samhandel om køb, salg, produktion, leje, leasing mv. med dets moderselskab og andre koncernforbundne og associerede selskaber sker på markedsmæssige vilkår.*"

- Moderselskabets folk i bestyrelsen må ikke kunne nedstemmes (fx hvis der er inhabilitet), dvs. i så fald skal sagen til generalforsamlingen (hvor moderselskabet har flertal):
  - "*I tilfælde af, at der i bestyrelsen træffes en beslutning, hvorved formanden eller ved formandens forfald næstformanden kommer i mindretal, kan ethvert medlem af bestyrelsen inden mødets afslutning kræve, at sagens endelige afgørelse henskydes til generalforsamlingen. I tiden indtil generalforsamlingens afgørelse må der ikke foretages dispositioner, der foregriber afgørelsen.*

    Stk. x [foranstående stk] finder tilsvarende anvendelse, såfremt der træffes en beslutning, hvorved ét eller flere bestyrelsesmedlemmer, der er valgt af B-anpartskapitalen, har været inhabile."

- Den løbende reservedannelse i selskabet kan kræves udloddet:
  - "*Hvis en anpartshaver kræver det skriftligt over for selskabet senest en uge før den ordinære generalforsamling, skal der som ordinært udbytte udloddes et beløb svarende til, hvad selskabets frie reserver, jf. selskabslovens § 180, stk. 2, er forøget med, siden der sidst blev udloddet overskud, jf. dog pkt. y [nedenfor med en dato for ikrafttrædelsen af ordningen].*"

- Bestyrelsen har vetoret over for udbytte, og dette kan vedtægterne ikke fravige. Derfor må der tages stilling til, at bestyrelsen evt. anvender vetoretten:
  - "*Såfremt der ikke kan ske udlodning i overensstemmelse med stk. 1, fordi bestyrelsen ikke tiltræder udlodningen, jf. selskabslovens § 180, stk. 1, 2. pkt., skal bestyrelsen indkalde til ekstraordinær generalforsamling med henblik på udlodning af det manglende som ekstraordinært udbytte, så snart bestyrelsen skønner, at dens indvendinger i medfør af den nævnte lovgivning er bortfaldet.*"

- De reserver, der var i selskabet, da den nye ejer kom ind, kan ikke kræves udloddet. Derfor må der være en overgangsordning:
  - "*Retten efter stk. 2 kan første gang bringes i anvendelse i forbindelse med selskabets ordinære generalforsamling i 2018. Når retten efter stk. 2 anvendes første gang, omfatter den et beløb svarende til, hvad selskabets frie reserver, jf.*

selskabslovens § 180, stk. 2, er forøget med siden statusdagen den 30. april 2017."

10.2. Supplerende ejeraftale – hvad bliver der tilbage at regulere?

- En ejeraftale er – i det foregående eksempel – en god ide som en udfyldende norm til helt begrænsede funktioner.
- Dvs. enhver type ejeraftale er ikke blevet overflødig med de nye regler.
- Der er brug for en (ejer)aftale, der mindst regulerer:
  - selve købet af aktierne/anparterne;
  - spørgsmål om offentliggørelse, omkostninger mv. ved købet;
  - den "initiale" aftale om at ændre vedtægterne, dvs. den aftale, der sætter det nye vedtægtssystem i gang;
  - mediation ved tvist;
  - voldgift;
  - gennemtænkt, således at enhver tvist (bortset fra SL § 109) omfattes;
  - ikke blot tvist om købet, men enhver senere tvist;
  - dvs. selskab v. direktør ad ansættelse;
  - selskab v. moderselskab ad samhandel mv.;
  - ejer v. ejer vedrørende kursberegning mv.;
  - al regres, friholdelse, retskraft mv. skal være gennemarbejdet …
    - således at man ikke sætter sig mellem to stole (én, der udgør voldgift, og én, der kræver traditionel retssag);
    - derfor skal i givet fald *multiparty* reglerne anvendes (evt. Voldgiftsinstituttet).
  - evt. forenklet (billigere) voldgift med en enkelt opmand ved en sagsgenstand under fx 1,0 mio. kr.;
  - og evt. klausuler om jævnlig ajourføring;
  - evt. ligeledes en *hardship*-klausul i tilfælde af, at kurser, beløb mv. bliver helt urimelige – dvs. voldgiftslovens § 28, stk. 3;
  - m.a.o.: ejeraftalen udgør en afrunding, opsamling og helgardering *inter partes* – når alt det firkantede, selskabsretlige er sat på plads gennem vedtægterne;
  - en ny form for anvendelse af ejeraftaler.

10.3. Voldgiftsklausulen

10.3.1. Mediation og voldgift

- Enhver tvist, der måtte opstå i forbindelse med denne kontrakt eller senere under Sælgernes og Købers indbyrdes retsforhold vedrørende Selskabet, skal søges bilagt ved mediation ved Voldgiftsinstituttet efter de af instituttet vedtagne regler herom, som er gældende ved indgivelsen af anmodningen om mediation.

- Mediationen er ikke til hinder for, at en part anlægger voldgiftssag i overensstemmelse med det anførte nedenfor eller indleder andre retslige skridt i anledning af den opståede tvist.
- Hvis mediationen afsluttes, uden at tvisten er bilagt, skal tvisten afgøres ved voldgift ved Voldgiftsinstituttet efter de af instituttet vedtagne regler herom, som er gældende ved voldgiftsagens anlæg.
- I sammenhæng med nærværende aftale er der vedtaget tillæg til de direktørkontrakter, der er indgået mellem Selskabet og Sælgernes ejere, A, B og C. Såfremt en tvist om nærværende aftale måtte have forbindelse med Selskabets og/eller Købers retsforhold til Sælgerne og/eller disses ejere, A, B og C, skal både mediation og voldgift ved Voldgiftsinstituttet kunne foregå som en samlet *multiple-party* sag om samtlige verserende tvistigheder.
- Voldgiftsretten skal kunne afgøre tvisten efter billighed, jf. voldgiftslovens § 28, stk. 3.
- Hvad der foran i stk. 1-5 er bestemt om mediation og voldgift i relation til nærværende aftale, skal også gælde ethvert spørgsmål om fortolkning, gyldighed og håndhævelse af det til enhver tid værende retsforhold i øvrigt vedrørende Selskabet mellem Sælgerne, disses ejere, A, B og C, og/eller disses eventuelle successorer, ligesom det også skal gælde retsforholdet til Selskabet.
- Tvist mellem Selskabet og Køber om samhandel eller andre indbyrdes aftaleretlige relationer skal tilsvarende være omfattet af nærværende klausul om mediation og voldgift. Det samme gælder enhver tvist mellem Køber og Sælgernes ejere, A, B og C, i anledning af denne aftale eller det løbende retsforhold mellem parterne i relation til deres direkte eller indirekte besiddelse af ejerandele i Selskabet.

Kapitel 11

Klasseopdeling eller navns nævnelse i vedtægterne?

- Velkendt situation: Investor (INV) – binder via ejeraftale selskabet på en række punkter …
  - hvis ejeraftalen skal være holdbar trods § 82 …
  - må den oversættes til vedtægtsstof;
  - muligvis endog oversættes fra et fremmed sprog (hvis ejeraftalen fx er på engelsk).
- Er klasseopdeling af kapitalen nødvendig?
  - ja, hvis der skal skabes en række forskellige rettigheder for flere aktionærer, og der skal disponeres over et flertal af bestyrelsen (thi flertallet sal jo vælges af generalforsamlingen, og hertil medregnes også klassevalgte – alle generalforsamlingsvalgte kan fx være klassevalgte);
  - men ikke hvis investor blot skal have en række rettigheder, herunder vetorettigheder; her vil navns nævnelse i vedtægterne være en enklere metode.
- Vedtægtsbestemmelse om vetoret for investor (INV) – ved navns nævnelse i vedtægterne:
  - "*Hverken selskabets generalforsamling, bestyrelse eller direktion må uden INV's forudgående skriftlige samtykke træffe eller stemme for en beslutning om … [oversat og forenklet fra den bagved liggende ejeraftale].*"

Kapitel 12

Vedtægtsemne: elektronisk kommunikation

- Husk mulighederne for: Elektronisk kommunikation med ejerne, § 92.
- Kan besluttes ved alm. vedtægtsændring, dvs. dobbelt ⅔ flertal
  - den tidligere gældende vetoret for 25 pct. af kapitalen er nu væk (thi elektronisk kommunikation er blevet mere udbredt).
- Elektronisk kommunikation kan formuleres som en "option" for selskabet …
  - selskabet kan i stedet konkret vælge at skrive brev (skriv dette i vedtægterne).
- Hvis ikke i vedtægterne: Altid mulighed for individuel aftale med den enkelte ejer om "elektronisk kommunikation", § 92, stk. 4 …
  - mind evt. herom i vedtægterne.
- Selskabet registrerer en elektronisk adresse for ejeren …
  - og denne har ansvaret for at ajourføre den ved flytning, skift af e-mail etc.;
  - dvs. meddelelse på angiven adresse må betragtes som lovligt afgivet af selskabet.
- Vedtægtsbestemmelsen kan evt. formuleres således:
  - "*Elektronisk kommunikation*

    stk. 1. Selskabet anvender elektronisk dokumentudveksling og elektronisk post (elektronisk kommunikation) i sin kommunikation med aktionærerne (anpartshaverne, kapitalejerne). Selskabet kan endvidere til enhver tid vælge at kommunikere med almindelig brevpost

    stk. 2. Elektronisk kommunikation kan af selskabet anvendes til alle meddelelser og dokumenter, som i henhold til selskabets vedtægter og/eller selskabsloven skal udveksles mellem selskabet og (kapitalejerne), herunder for eksempel indkaldelse til ordinær og ekstraordinær generalforsamling med tilhørende dagsorden og fuldstændige forslag, fuldmagter samt i øvrigt generelle oplysninger fra selskabet til (kapitalejerne). Sådanne dokumenter og meddelelser [lægges på selskabets hjemmeside, www.xxx.dk] og tilsendes (kapitalejerne) pr. e-mail i det omfang, det er påkrævet.

    stk. 3. Oplysning om kravene til de anvendte systemer samt om fremgangsmåden i forbindelse med den elektroniske kommunikation fremgår af selska-

bets hjemmeside, www.xxx.dk.

stk. 4. Det er den enkelte (kapitalejers) ansvar at sikre, at selskabet er i besiddelse af korrekt e-mailadresse.

stk. 5. [eventuel tilføjelse af hensyn til mere "konservative" kapitalejere]: Uanset stk. 1-4 sendes indkaldelse til generalforsamling efter (kapitalejerens) anmodning med almindelig brevpost til den postadresse, som (kapitalejeren) har opgivet til selskabet. Anmodningen har virkning, så længe den pågældende er kapitalejer i selskabet og ikke giver anden meddelelse til selskabet.

stk. 6. Selskabet kan beslutte, at anmodning om at få tilsendt adgangskort til generalforsamling skal afgives elektronisk på selskabets hjemmeside, www.xxx.dk."

Kapitel 13

Vedtægtsemne: generalforsamlingen

13.1. "Form og frist" kan fraviges – generelt eller konkret

- Når der står i SL § 76, stk. 3: "Kapitalejernes beslutninger på generalforsamlingen kan **generelt** træffes under fravigelse af lovens regler om form og frist" …
  - skal dette forstås som en udvidelse af den tidligere "totale" ApS-frihed til nu også at omfatte A/S;
- Skal dog holdes fysisk, hvis 10 pct. af kapitalen kræver det
  - NB: denne brøk er som allerede nævnt ikke koordineret med A/S-minoritetsbrøken til indkaldelse af konkret generalforsamling: nu 5 pct., § 89, stk. 3 (modsat ApS: enhver anpartshaver, § 89, stk. 2);
  - dvs. indfører man "fravigelse af form og frist" (fx cirkulationsbeslutning, e-mail mv.) i vedtægterne …
  - bør man samtidig opstille en brøk på 5 pct.
- Kan også blot **konkret** beslutte at fravige form og frist – eventuelt erindre herom i vedtægterne:
  - "*Hvis samtlige aktionærer er enige om det, kan deres beslutninger på generalforsamlingen træffes under fravigelse af lovens og vedtægternes krav til form og frist.*"

13.2. Indkaldelsen

- Er i børsnoterede selskaber successivt udbygget – hvad bør der stå i vedtægterne:
  - "*Generalforsamlinger indkaldes af bestyrelsen med mindst 3 ugers og højst 5 ugers varsel ved offentliggørelse via selskabets hjemmeside samt skriftligt til alle i ejerbogen noterede aktionærer, som har fremsat begæring herom.*
  - *I indkaldelsen skal angives tid og sted for generalforsamlingen samt dagsorden, hvor det fremgår, hvilke anliggender der skal behandles på generalforsamlingen. Såfremt forslag til vedtægtsændringer skal behandles på generalforsamlingen, skal forslagets væsentligste indhold angives i indkaldelsen. Indkaldelsen til generalforsamling, hvor der skal træffes beslutning efter selskabslovens § 77,*

stk. 2, § 92, stk. 1 eller 5, eller § 107, stk. 1 eller 2, skal indeholde den fulde ordlyd af forslaget til vedtægtsændringer.

- *Indkaldelsen skal endvidere mindst indeholde:*
  - *en beskrivelse af aktiekapitalens størrelse og aktionærernes stemmeret,*
  - *en tydelig og nøjagtig beskrivelse af de procedurer, som aktionærerne skal overholde for at kunne deltage i og afgive deres stemme på generalforsamlingen, jfr. nærmere selskabslovens § 97, stk. 2,*
  - *registreringsdatoen med en tydeliggørelse af, at kun personer, der på denne dato er aktionærer, har ret til at deltage i og stemme på generalforsamlingen,*
  - *angivelse af, hvor og hvordan den komplette uforkortede tekst til de dokumenter, der er nævnt i selskabslovens § 99, stk. 1, nr. 3 og 4, og dagsordenen kan fås, og*
  - *angivelse af den internetadresse, hvor de oplysninger, der er nævnt i selskabslovens § 99, vil blive gjort tilgængelige.*
- *Senest 3 uger før generalforsamlingens afholdelse inklusiv dagen for denne afholdelse skal selskabet gøre følgende oplysninger tilgængelig for aktionærerne på selskabets hjemmeside:*
  - *Indkaldelsen.*
  - *Det samlede antal aktier og stemmerettigheder på datoen for indkaldelsen.*
  - *De dokumenter, der skal fremlægges på generalforsamlingen.*
  - *Dagsordenen og de fuldstændige forslag.*
  - *Formularer der skal anvendes ved stemmeafgivelse ved fuldmagt og ved stemmeafgivelse pr. brev."*

13.3. Frister – registreringsdato og anmeldelsesfrist

- ES har præciseret og eksemplificeret i et notat af 1. oktober 2010 – med skematiske oversigter og eksempler (idet der har hersket usikkerhed).
- Børsnoterede selskaber **skal** have en registreringsdato – hvor aktiebeløb og stemmetal opgøres
  - det er ugedagen før generalforsamlingen ved døgnets udløb kl. 23:59, SL § 84, stk. 1;
  - denne dato ligger fast (thi den er en statusdag = skæringsdag).
- Eksempel på formulering af registreringsdato – børsnoteret selskab:
  - "*Aktionærens ret til at deltage i generalforsamlingen og afgive stemme på denne fastsættes i forhold til de aktier, aktionæren besidder på registreringsdatoen. Denne dato ligger 1 uge før generalforsamlingens afholdelse.*"
- Unoterede selskaber (både A/S og ApS) **kan** have en sådan registreringsdato, SL § 84, stk. 3.
- Eksempel på formulering af registreringsdato – unoteret selskab …
  - kan anvende den foran gengivne formulering.

- Børsnoterede selskaber **kan** have en 3-dages anmeldelsesfrist, § 84, stk. 1, i.f.
- Unoterede selskaber **kan** have en tilsvarende 3-dages anmeldelsesfrist, § 84, stk. 3 …
  - nu også uden at de samtidig indfører en registreringsdato;
  - dvs. det unoterede selskab behøver ikke at tage "hele pakken" …
  - men kan nøjes med (fx) en noteringsfrist.
- 3-dages anmeldelsesreglen skal læses i sammenhæng med beregningsreglen i SL § 21, stk. 1-2 (= "helligdagsreglen")
  - stk. 1: man regner fra dagen før begivenheden;
  - stk. 2: ved udløb i weekend mv. skal handlingen foretages hverdagen før.
- Netop pga. forvirringen giver ES eksempler:
  - generalforsamlingen skal holdes fredag den 12.;
  - fristen regnes baglæns, begyndende fra torsdag den 11.;
  - tre dage baglæns fører til: mandag den 8. (kl. 23:59).
- Endnu et eksempel:
  - generalforsamlingen holdes onsdag den 10.;
  - fristen regnes baglæns, begyndende fra tirsdag den 9.;
  - tre dage baglæns fører umiddelbart til: lørdag den 6.;
  - men det skal i stedet være hverdagen før, dvs. fredag den 5.
- Rekapitulerer:
  - registreringsdato er uforanderlig: ugedagen før, sluttende 23:59;
  - 3-dages fristen for anmeldelse skal læses sammen med § 21;
  - dvs. begynder tællingen på dagen før generalforsamlingen;
  - tæller 3 dage baglæns;
  - rammer man herved en weekend mv., tager man i stedet den forudgående hverdag.
- Husk ad eksisterende vedtægter (typisk en 5-dages regel, dvs. 5 kalenderdage)
  - de skulle for længst være revideret, men …
  - er de ikke blevet det, skal de alligevel læses svarende til de her nævnte regler …
  - dvs. omfortolkes til en moderne 3-dages regel.
- Eksempel på formulering af anmeldelsesfrist – noteret eller unoteret selskab:
  - "*Enhver aktionær er berettiget til at deltage i generalforsamlingen, såfremt aktionæren senest 3 dage før generalforsamlingens afholdelse har anmeldt sin deltagelse i generalforsamlingen. Den nævnte frist kan ændres, i det omfang dette følger af selskabslovens § 21.*"

13.4. Forslagsfrist – gengivelse af lovens regler

- "Forslags"-frist – 6 ugers reglen, SL § 90, stk. 2
  - gammel regel: skal være fremsat "i så god tid", at …
  - nuværende regel – ApS: ingen frister, § 90, stk. 1;

- nuværende regel – unoteret A/S: altid frem til 6 uger før generalforsamlingen; derefter konkret afgørelse, § 90, stk. 2;
- ny regel – noteret A/S: som unoteret, men skal bekendtgøre fristen senest 8 uger før generalforsamlingen, § 90, stk. 3.

✍ Eksempel på formulering – børsnoteret selskab:

- "*Enhver aktionær er berettiget til at fremkomme med forslag til behandling og afgørelse på selskabets generalforsamlinger efter følgende forskrifter. Selskabet skal senest 8 uger før dagen for den påtænkte afholdelse af den ordinære generalforsamling offentliggøre datoen for den påtænkte afholdelse af generalforsamlingen samt datoen for den seneste fremsættelse af krav om optagelse af et bestemt emne på dagsordenen for aktionærerne. Krav om optagelse af et bestemt emne på dagsordenen skal fremsættes skriftligt over for selskabets bestyrelse. Fremsættes kravet senest 6 uger, før generalforsamlingen skal afholdes, har aktionæren ret til at få emnet optaget på dagsordenen. Modtager selskabet aktionærens krav senere end 6 uger før generalforsamlingens afholdelse, afgør bestyrelsen, om kravet er fremsat i så god tid, at emnet kan optages på dagsordenen.*"

13.5. Fuldmagt – gengivelse af lovens regler

✍ Vedtægterne behøver ikke gengive lovens regler – men gør det ofte som en "service".

✍ Eksempel på fuldmagtsregel – unoteret selskab:

- "*En aktionær kan skriftligt give en anden person fuldmagt til at møde på generalforsamlingen. Aktionæren kan udpege en fuldmægtig og tilbagekalde fuldmagten skriftligt eller ad elektronisk vej.*"

✍ Eksempel på fuldmagtsregel – børsnoteret selskab:

- "*En aktionær kan skriftligt give en anden person fuldmagt til at møde på generalforsamlingen. Aktionæren kan udpege en fuldmægtig og tilbagekalde fuldmagten skriftligt eller ad elektronisk vej. Selskabet stiller en skriftlig eller elektronisk fuldmagtsblanket til rådighed for aktionærerne på den måde, der er nærmere foreskrevet for børsnoterede selskaber i selskabslovens § 80, stk. 5.*"

13.6. Valg af bestyrelse

✍ Vedtægternes regler om valg af bestyrelse – kan fx være således (med suppleanter)

- "*Selskabets bestyrelse består af 3-10 medlemmer. Hertil kommer det antal medlemmer, der måtte blive valgt i henhold til selskabslovens regler for medarbejderrepræsentation. Bestyrelsen vælger en formand og en næstformand.*

  Bestyrelsen vælges af den ordinære generalforsamling for ét år, og således at medlemmers hverv ophører ved afslutningen af den ordinære generalforsamling, der afholdes ét år efter valget. Fratrædende medlemmer kan genvælges.

  Selskabets generalforsamling kan vælge 3-10 suppleanter, således at der

vælges én suppleant for hvert generalforsamlingsvalgt bestyrelsesmedlem. Hertil kommer de suppleanter, der måtte blive valgt i henhold til selskabslovens regler for medarbejderrepræsentation. Suppleanterne træder i medlemmernes sted i tilfælde af forfald. Foranstående regler om 1-årigt valg mv. finder tilsvarende anvendelse for suppleanterne."

- Vedtægtsbestemmelse med valgret for en investor (INV) med navns nævnelse – og med 1-2 uafhængige bestyrelsesmedlemmer:
  - "*Selskabet ledes af en bestyrelse på 5-7 medlemmer, hvoraf ét medlem udpeges af INV. Af de generalforsamlingsvalgte medlemmer skal 2 medlemmer være uafhængige, dog kun ét medlem, såfremt INV har udnyttet sin udpegningsret. Uafhængighed forstås som defineret i 'anbefalinger for god selskabsledelse' fra Komitéen for god selskabsledelse, for tiden pkt. 3.2.1. i anbefalingerne fra maj 2013. Alle valg og udpegninger gælder for ét år ad gangen.*"

Kapitel 14

Vedtægtsemne: bestyrelse og direktion

14.1. Bestyrelsen og dens funktion

- Vedtægtsbestemmelse om bestyrelsens funktion – børsnoteret selskab; formandens stemme er ikke udslaggivende:
  - "*Bestyrelsen forestår sammen med direktionen ledelsen af selskabet.*

    Alle bestyrelsens medlemmer har lige stemmeret, og alle beslutninger træffes ved almindelig stemmeflerhed blandt de fremmødte. Bestyrelsen er beslutningsdygtig, når flertallet af dens medlemmer er til stede. Bestyrelsens formand leder bestyrelsesmøderne i overensstemmelse med en forretningsorden, hvorved bestyrelsen fastsætter nærmere bestemmelser om udførelsen af sit hverv. I tilfælde af formandens forfald fungerer næstformanden som formand.

    Over det på bestyrelsesmøderne passerede føres en protokol, der underskrives af samtlige tilstedeværende medlemmer af bestyrelsen."

- Vedtægtsbestemmelse med beskyttelse af en investor – gennem jævnlige møder, rummelige frister for indkaldelse mv.:
  - "*Bestyrelsen, der selv vælger sin formand, har den overordnede ledelse af selskabets anliggender. Bestyrelsen udarbejder en forretningsorden, hvoraf blandt andet skal fremgå følgende:*
    - *bestyrelsen mødes mindst hvert kvartal,*
    - *indkaldelse med dagsorden skal udsendes mindst 15 dage før hvert bestyrelsesmøde,*
    - *selskabet godtgør bestyrelsesmedlemmerne deres rimelige udgifter til rejse og ophold i selskabets tjeneste, samt udgifter til aktiviteter i forbindelse med bestyrelsesmedlemmernes udførelse af deres hverv, idet sådan refusion skal ske i det maksimale omfang, som dansk lov tillader,*
    - *bestyrelsesmøder kan holdes skriftligt og elektronisk som omtalt i selskabslovens § 125, og*
    - *der kan gives enkeltstående fuldmagt som omtalt i selskabslovens § 124, stk. 2, 2. pkt.*"

14.2. Direktionen og dens funktion

⟿ Vedtægtsbestemmelse om direktionens funktion – børsnoteret selskab:

— "*Til at varetage selskabets daglige ledelse ansætter bestyrelsen en direktion på 2-8 medlemmer. Direktionen skal sørge for, at selskabets bogføring sker under iagttagelse af lovgivningens regler herom, og at formueforvaltningen sker på betryggende måde. Direktionens ansættelsesvilkår fastsættes af bestyrelsen.*

Direktionen varetager den daglige ledelse af selskabet og skal derved følge de retningslinjer og anvisninger, som bestyrelsen har givet. Alle sager af væsentlig betydning for selskabet, herunder fastlæggelse af drifts- og kapitalbudgetter, udbyttepolitik, væsentlige dispositioner vedrørende erhvervelse eller salg af aktiver, principperne for erhvervelse eller salg af selskabets aktiver inden for det normale forretningsområde og selskabets påtagelse af gældsforpligtelser, skal af direktionen forelægges til bestyrelsens godkendelse, medmindre bestyrelsens godkendelse ikke kan afventes uden væsentlig ulempe for selskabets virksomhed."

14.3. Incitamentsbaseret aflønning

⟿ Vedtægtsbestemmelse om incitamentsaflønning – børsnoteret selskab:

— "*Selskabet har på generalforsamlingen den … vedtaget overordnede retningslinjer for incitamentsaflønning af selskabets direktion. Retningslinjerne er offentliggjort på selskabets hjemmeside www.xx.dk.*"

Kapitel 15

Vedtægtsemne: fortegningsret

- Hvis der er klasseopdeling i selskabet – husk klassevis fortegningsret
  - dvs. en bestemmelse om, at der skal være fortegningsret inden for de enkelte klasser, jf. SL § 162, stk. 3;
  - i tilfælde af udvidelse af selskabskapitalen har A-aktionærerne fortegningsret til nye A-aktier, ligesom B-aktionærer har fortegningsret til tegning af nye B-aktier.
- Fortegningsretten kan gøres uoverdragelig – for at helgardere omsættelighedsbegrænsninger:
  - "*Fortegningsretten kan ikke overdrages til tredjemand, jf. selskabslovens § 162, stk. 1.*"
- En investor (INV) kan ønske enhver fravigelse af fortegningsretten forbudt – evt. beskyttet med navns nævnelse:
  - "*Enhver fravigelse af aktionærernes forholdsmæssige fortegningsret ved kapitalforhøjelse, jf. selskabslovens § 162, stk. 2, kræver tiltrædelse fra INV. Det samme gælder udstedelse af værdipapirer mv., der kan konverteres til aktier, eller som giver ret til udbytte fra selskabet. Det samme gælder vedtægtsændringer, hvorved der indføjes bestemmelser i vedtægterne om bemyndigelse til udstedelse af aktier mv. uden fortegningsret for aktionærerne.*"
- For at sikre mod udhuling af fortegningsret – kan investor forlange en lang, vedtægtsbestemt frist til at udøve sin fortegningsret:
  - "*Meddelelse om muligheden for tegning skal gives på samme måde som ved indkaldelse til generalforsamlinger, og med en frist på ikke under 30 dage for udøvelse af fortegningsretten.*"

Kapitel 16

Vedtægtsemne: udbytte

16.1. Ordinært og ekstraordinært udbytte

- Godt overblik i Erhvervsstyrelsens "Vejledning om udbytte i kapitalselskaber" – tager her nogle centrale punkter.
- Husk terminologien
  - ordinært udbytte – på grundlag af årsrapporten;
  - ekstraordinært udbytte – alt andet udbytte (uanset om besluttet af generalforsamlingen eller af ledelse).
- Ledelsens vetoret
  - nu både A/S og ApS, SL § 180, stk. 1, 2. led;
  - vedtægtsregler bør tage højde herfor.
- Hvad kan anvendes til **ordinært** udbytte
  - kun frie reserver i henhold til årsrapporten;
  - ikke opskrivningshenlæggelser;
  - ikke reserver for nettoopskrivning efter indre værdis metode;
  - ikke reserve for egne kapitalandele.
- Ekstraordinært udbytte – behøver ikke længere nævnes i vedtægterne
  - oprindelig krævedes bemyndigelse i vedtægterne;
  - nu er selve bemyndigelsen (+ protokollering) nok;
  - dvs. enhver må regne med, at frie reserver sidder "løst".
- Ekstraordinært udbytte – én årsrapport skal være aflagt.
- Hvad kan anvendes til **ekstraordinært** udbytte
  - frie reserver ifølge seneste årsrapport;
  - overskud i løbende år frem til datoen for beslutningen …
  - forudsat at beløbet ikke er udloddet, forbrugt eller bundet;
  - også frie reserver, der opstår eller frigøres i det løbende år, kan anvendes (dog minus skat, der udløses).
- Balance – kræves dét?
  - A/S – balance kræves altid;
  - ApS – ledelsen beslutter, om balance skal udarbejdes.

- Mellembalance – kræves dét?
  - upåkrævet ved beslutning inden for 6 mdr. efter seneste statusdag, fx ved beslutning den 15. juni (hvor seneste status var 31. december);
  - men kræves ved beslutning senere end 6 mdr. efter statusdag, fx den 15. august;
  - revisionspligt?
    - aldrig pligt til egentlig revision af mellembalancen;
    - hvis selskabet er revisionspligtigt: review (gennemgang) af mellembalancen;
    - hvis selskabet ikke er revisionspligtigt: review (gennemgang) er frivilligt.
- Udlodning af værdier – apportudbytte, SL § 181 og § 183, stk. 5
  - fx udlodning af en post aktier (i et datterselskab mv.);
  - apportreglerne skal iagttages, dvs. vurdering;
  - skal sikre, at udbytte, der angives til 100, ikke er fx 120 værd.
- Forsvarlighed
  - ledelsen skal påse, at udbyttet er forsvarligt, § 179, stk. 2;
  - derfor vetoretten, jf. ovenfor (§ 180, stk. 1, 2. led.);
  - gælder også ad vedtægtsfæstet udbytteret for minoritet, kapitalklasse mv.
  - vetoretten har (naturligvis) også forrang for en ejeraftale.
- For højt udbytte – tilbagebetalingspligt
  - ved udbytte – forudsætter viden eller burde-viden hos modtageren, § 194, stk. 1, 1. led;
  - ved anden udlodning – tilbagebetaling på objektivt grundlag, § 194, stk. 1 – supplement til omstødelsesreglerne.

16.2. *Earn-out* og generationsskifte via udbytteregler i vedtægterne

- Generationsskifte via udbytteregler
  - husk et par gode modeller for generationsskifte;
  - junior (eller medarbejder) uden mange midler …
  - kan tegne nye aktier/anparter til lav kurs, fx 105 …
  - mod, at reelle merværdier afsnøres som forlods udbytte til senior (+ klasseopdeling) – afsnøringsmodellen (A/B-modellen); jf. foran i afsnit 8.3.
- *Earn-out* model med ret til et vist mindsteudbytte – til sælgende kapitalejere, der forbliver som minoritet
  - den løbende reservedannelse i selskabet kan kræves udloddet:
    - "*Hvis en anpartshaver kræver det skriftligt over for selskabet senest en uge før den ordinære generalforsamling, skal der som ordinært udbytte udloddes et beløb svarende til, hvad selskabets frie reserver, jf. selskabslovens § 180, stk. 2, er forøget med, siden der sidst blev udloddet overskud, jf. dog pkt. y [nedenfor med en dato for ikrafttrædelsen af ordningen].*"

- men bestyrelsen har vetoret over for udbytte, og dette kan vedtægterne ikke fravige. Derfor må der tages stilling til, at bestyrelsen evt. anvender vetoretten:
  - "*Såfremt der ikke kan ske udlodning i overensstemmelse med stk. 1, fordi bestyrelsen ikke tiltræder udlodningen, jf. selskabslovens § 180, stk. 1, 2. pkt., skal bestyrelsen indkalde til ekstraordinær generalforsamling med henblik på udlodning af det manglende som ekstraordinært udbytte, så snart bestyrelsen skønner, at dens indvendinger i medfør af den nævnte lovgivning er bortfaldet.*"
- de reserver, der var i selskabet, da den nye ejer kom ind, kan ikke kræves udloddet (dem har ny ejer jo betalt for). Derfor må der være en overgangsordning:
  - "*Retten efter stk. 2 kan første gang bringes i anvendelse i forbindelse med selskabets ordinære generalforsamling i … Når retten efter stk. 2 anvendes første gang, omfatter den et beløb svarende til, hvad selskabets frie reserver, jf. selskabslovens § 180, stk. 2, er forøget med siden statusdagen den …*"

Kapitel 17

Vedtægtsemne: forkøbsret, indløsning mv.

17.1. Lovens udgangspunkt – fri omsættelighed

- "Kapitalandele er frit omsættelige – og ikke indløselige …
  - … medmindre andet følger af lovgivningen" (SL § 48, stk. 1).
- Selvfølgelig er de frit omsættelige – det er jo dispositionsbeføjelsen, dvs. den tredje af de selskabsretlige rettigheder …
- Som er – forvaltningsmæssige, økonomiske og dispositionsmæssige
  - m.a.o.: magt, penge og exit.
- Her naturligvis: exit!

17.2. Rangforhold mellem ejeraftale og vedtægter

- Ejeraftalen kan indeholde omsættelighedsbegrænsning, selv om vedtægterne ikke gør det
  - aftalen har mellem parterne forrang for vedtægterne …
  - men gælder kun mellem parterne;
  - et aktie/anpartssalg, der kommer frem til notering i ejerbogen …
  - skal noteres af selskabet, uanset en evt. modstående ejeraftale (med fx forkøbsret) …
  - eftersom selskabet (ejerbogsføreren) skal notere ejerskiftet, …
  - "hvis der ikke efter vedtægterne er noget til hinder for erhvervelsen", jf. SL § 53, stk. 2.
- Der kan i vedtægterne henvises til ejeraftalen i (meget begrænset omfang) i vedtægterne, jf. ES' vejledning om ejeraftaler …
  - men kun i én meget snæver henseende …
  - skønsmæssige kriterier vedrørende forkøbsret og samtykkeregler …
  - og det er alligevel bedre at have (også) disse i vedtægterne.

17.3. Forkøbsret

- Forkøbsret – SL § 67
  - kan ifølge foreskrives "i tilfælde af overdragelse af kapitalandele" …
  - men kan også foreskrives ved anden overgang … – loven er ikke udtømmende;
  - forkøbsretten kan tilkomme "kapitalejere eller andre";
    - "andre" kan være en bestemt aktieklasse;
    - eller det kan være selskabet selv (nu ingen 10 pct. grænse);
    - hvis det er selskabet selv …
    - kan der ved selskabets senere "udsalg" af de egne aktier evt. være forkøbsret for alle aktionærer …
    - og dette kan stå i vedtægterne …
    - eller i en ejeraftale (som selskabet kan være part i uanset SL § 82).
  - vedtægterne skal indeholde nærmere regler herom …
  - herunder om fristen for udøvelse af forkøbsretten;
  - fører vedtægterne til en åbenbart urimelig pris eller åbenbart urimelige vilkår i øvrigt …
  - kan de "helt eller delvis tilsidesættes ved dom";
  - "delvis tilsidesættes" = ændres (ligesom aftl. § 36);
  - men er det ved forkøbsret, der er særlig brug for tilsidesættelse?
  - snarere ved køberet!

- Vedtægtsbestemmelse om forkøbsret ved enhver form for overgang:
  - "*Ved enhver overgang af aktier, herunder ved retsforfølgning og konkurs samt (hvis en aktionær er en fysisk person) ved overgang gennem arv eller gave eller (hvis en aktionær er en juridisk person) ved likvidation, har de øvrige aktionærer ret til at købe den pågældende aktionærs aktier i selskabet. Tilbud herom skal sendes ved anbefalet brev til de øvrige aktionærer, som er pligtige straks og senest 14 dage efter tilbuddets modtagelse at gøre retten gældende. Købesummen skal erlægges senest 3 uger efter købesummens fastsættelse.*"

- Forkøbsret ved indirekte overgang af aktien
  - husk, at en vedtægtsbestemmelse om forkøbsret …
  - konkret kan komme til at fungere som en køberet …
  - nemlig hvis "forkøbsretten" udløses ved salg af det (holding)selskab, der ejer aktierne …
  - i så fald er der jo ikke et eksternt tilbud på aktierne (eftersom det er ejerselskabet, der handles) …
  - gennemtænk, om en forkøbsret skal helgarderes på moderniveau (måske endog også på bedstemorniveau);
  - her er lovens urimelighedsregel vedrørende værdiansættelsen mere relevant.

17.4. Samtykke fra selskabet

- Samtykke til salg – SL § 68
  - dvs. en vedtægtsregel om "samtykke til overgang af kapitalandele"
    - dvs. ifølge loven: al overgang = ethvert ejerskifte;
    - kan dog også blot gælde ved det mindre: ved overdragelse …
    - men igen: vogt sproget – ordene betyder noget!
    - omfattes pantsætning?
      - ja, formentlig allerede ved selve pantsætningen
      - *Anders Ørgaard* i NTS 2014 nr. s. 46 ff.: formentlig først, når panthaveren vil realisere pantsatte kapitalandele
      - *UfR 2013.2985 V* tager ikke stilling hertil.
- Hvor hurtigt skal afgørelsen om accept/afslag træffes?
  - afgørelsen (om ja/nej) skal træffes "snarest muligt efter anmodningens modtagelsen";
  - den, der har anmodet om samtykke, skal "hurtigst muligt underrettes om afgørelsen" …
  - og samtykke anses for at være givet, hvis afslag ikke er givet senest 4 uger efter anmodningens modtagelse;
  - disse forskrifter kan ganske udmærket gentages i vedtægterne.
- Hvem er det, der skal give sit samtykke?
  - det kan være selskabet – og er det oftest …
  - men det kan også være andre …
    - fx en stifter,
    - en fond,
    - en majoritetsaktionær,
    - et moderselskab,
    - ejeren af en bestemt aktie (*golden share*),
    - en navngiven aktionær (jf. ovenfor om rettigheder ved navns nævnelse).
- Hvis det er selskabet, der skal samtykke – hvilket selskabsorgan træffer beslutningen?
  - bestyrelsen træffer beslutningen (ApS uden bestyrelse: direktionen), jf. SL § 68, stk. 2;
  - U: vedtægterne kan bestemme, at generalforsamlingen træffer afgørelsen …
    - upraktisk i større selskaber …
    - men ofte rimeligt i små selskaber …
  - kan foreskrive, at enighed kræves …
    - svarende til I/S-principperne …
    - thi her rimeligt at give hver enkelt en vetoret mod nye medejere;
    - derfor bør den konkrete formulering e.o. afvige fra lovens formulering.

- Kriterier for afslag/godkendelse
  - vedtægterne kan indeholde kriterier for tilladelse eller afslag, fx …
    - krav om branchetilknytning;
    - krav om aktiv deltagelse i selskabet;
    - krav om tiltrædelse af ejeraftaler.
  - kan uddybes i ejeraftale (som der kan henvises til i vedtægterne).
- Skal et afslag begrundes?
  - ikke ifølge SL (jf. betænkning nr. 1498/2008 s. 825);
  - men vedtægterne kan indeholde krav om begrundelse.
- Manglende samtykke – fx til en pantsætning …
  - kan ikke bagefter påberåbes af den, der foretog pantsætningen mv. og forsømte at indhente samtykke;
  - jf. *UfR 2013.2985 H (European Wind Farms A/S)*.
- Skal der være en saglig grund til afslag?
  - ja, "efter almindelige regler", siger *bet. nr. 1498/2008* s. 825 …
  - og: "det kan næppe anses for udelukket at anlægge sag mod selskabet med påstand om opnåelse af samtykke til en overdragelse, som formenes at være nægtet af chikane" (s. 825);
  - men kan en sådan sag også vindes? (hvis der ikke er begrundelsespligt ifølge vedtægterne).

17.5. Ejerbetingelser er ikke det samme som samtykkeregler

- En ejerbetingelse er **ikke** = en samtykkeregel
  - vedtægterne kan opstille bestemte kriterier for, at man overhovedet kan være kapitalejer i selskabet …
  - fx at kun kooperative virksomheder kan være aktionærer;
  - dette er ikke en samtykkeregel, dvs. den indebærer ingen skønsbeføjelse for ledelsen …
    - ledelsen skal ved noteringen af erhvervelsen alene (objektivt) påse …
    - at erhververen opfylder betingelserne.
  - jf. *UfR 2012.1823 H (Roskilde og Omegns Fællesbageri A/S)* …
    - hvor bestyrelsen fejlagtigt opfattede det som en samtykkeregel, …
    - når der i vedtægterne stod, at …
    - "… enhver overdragelse af aktier skal for at opnå gyldighed …
    - noteres af bestyrelsen i [ejerbogen]".

17.6. Indløsningsregel – helgardering af bindinger, der før stod i en ejeraftale

- Indløsning – SL § 69
  - er jo en alvorlig sag (tvangsmæssigt at skulle afstå) …
  - skal derfor stå i vedtægterne lige fra stiftelsen …
  - eller indføres med dobbelt $^{9}/_{10}$ flertal efter SL § 107.

- Vedtægterne skal angive "betingelserne for indløsningen" …
  - dvs. hvad der udløser den (= "triggeren") …
  - hvad betalingen skal være …
  - og hvornår den skal erlægges;
  - naturligvis domstolsprøvelse ad åbenbar urimelighed (§ 67 genbruges).
- Vedtægterne skal også angive, hvem der har ret til at forlange indløsning
  - det behøver ikke være selskabet, men kan fx være en majoritetshaver;
  - normalt bedst at indløse med selskabets midler (som med sikkerhed kun er beskattet én gang og med 22-25 pct. hos selskabet).
- Kan godt differentiere efter, om der foreligger misligholdelse
  - dvs. foreskrive lavere kurs ved misligholdelse
  - fx laveste af markedskurs eller indre værdi, hvis der foreligger misligholdelse
    - *UfR 2014.2105 H (den misligholdende direktør og de 12 mio. kr.)*
      - blev indløst til markedskurs, 12 mio. kr.
      - havde groft misligholdt, hvilket de andre opdagede 1 måned senere
      - skulle pga. misligholdelsen kun have haft indre værdi = 3 mio. kr.
      - dømt til at tilbagebetale forskellen på 9 mio. kr.
      - voldgift sagde: grov misligholdelse, og dette var bindende
      - klausulen om reduktion ved misligholdelse var ikke urimelig ud fra aftl. § 36
      - han kendte jo selv til sin misligholdelse, da han modtog de 12 mio. kr. …
      - og måtte derfor bære risikoen for, at selskabets forudsætninger for at betale de 12 mio. kr. var svigtet
- Indløsningsregler rummer langt større muligheder, end mange vistnok tror (og de skal i vedtægterne – ejeraftale er ikke nok)
  - kan bruges til at helgardere aktionærens vedtægtsmæssige forpligtelser (men ikke pligter ifølge en ejeraftale) …
    - fx ved overdragelse (eller enhver overgang) i strid med vedtægterne: indløsning!
    - fx hvis en aktionær ikke længere opfylder betingelserne for at være selskabsdeltager (aktiv i selskabet etc.): indløsning!
    - fx ved aktionærens død, insolvens mv.: indløsning!
      - fratager aktionærens bo dets normale valgret (indtræde eller ej) …
      - her indløses der simpelthen efter vedtægterne.
    - fordel: selskabet har fat i den lange ende – skal ikke ud og "hente" vildfarne aktier, men inddrager dem og betaler;
    - en indløsningsregel har forrang for alm. aftaleretlige regler i tilfælde af aktionærens konkurs …
      - hvis de øvrige aktionærer har en (fordelagtig) aftalebaseret køberet ved en aktionærs konkurs …
      - kan boet så undlade at indtræde i aftalen og beholde aktierne? (KL §§ 55-58);

- omtvistet i litteraturen …
- men spørgsmålet kan definitivt løses gennem en indløsningsregel i vedtægterne: selskaber inddrager aktierne og udbetaler summen til aktionærens bo.

17.7. Musefælde-, kuvert- og auktionsklausuler

- Musefældeklausul (= pingpong) – ulovreguleret
  - aktionær (A), der ønsker det, kan rette tilbud til den anden (B) om køb af dennes aktier til kurs x;
  - B har fx 2 uger til at svare …
  - enten med accept af at sælge sine aktier til A til kurs x …
  - eller med krav om at købe A's aktier til samme kurs: x;
  - forudsætter omtrent ensartet økonomisk styrke hos begge;
  - forudsætter normalt kun to aktionærer.
- Kuvertklausul – ulovreguleret
  - A kan kræve fremmøde hos notar eller advokat;
  - alle aktionærer medbringer tilbud på samtlige øvrige aktionærers aktier …
  - i lukket kuvert, vedhæftet bankgaranti på anfordringsvilkår for betalingen;
  - kuverterne åbnes, og højestbydende overtager de andres aktier;
  - de andre modtager "deres" bankgaranti og transporterer deres aktier til A;
  - de andre tager deres tilbud og deres bankgarantier med sig hjem igen;
  - forudsætter omtrent ensartet økonomisk styrke hos alle;
  - kan bruges med et (lidt) større antal aktionærer.
- Auktionsklausul – ulovreguleret
  - A kan indkalde til fremmøde hos notar eller advokat;
  - her holdes egentlig auktion;
  - højestbydende skal betale, og de øvrige underskrive transport, inden fx 3 bankdage;
  - stærke lighedstræk med kuvertklausulen (som jo også er en auktionsform).

17.8. Alternativ til omsættelighedsbegrænsning – skal opretholde en vis aktiebesiddelse

- Alternativ til omsættelighedsindskrænkning – og alternative til ejeraftaler …
  - en investor kan evt. lægge særlig vægt på …
  - at bestemte aktionærer bevarer deres aktieposter;
  - hvordan helgarderes dette i vedtægterne …
  - uden at der etableres egentlig omsættelighedsbegrænsning …
  - og uden at der foretages klasseopdeling?

- Vedtægtsbestemmelse om mindste-kapitalbesiddelse i selskabet – navngiven rettighed for investor (= INV):
  - "*Selskabets moderselskab må ikke bringe sin besiddelse af aktier i selskabet under 67 pct. af selskabskapitalen uden forudgående skriftligt samtykke fra INV. For disse aktier gælder, at moderselskabet heller ikke må pantsætte aktierne, indgå ejeraftaler om disse med andre end INV eller på anden måde binde eller disponere over disse aktier uden INV's forudgående skriftlige samtykke.*

    Selskabets administrerende direktør må ikke bringe sin besiddelse af aktier i selskabet under … stk. aktier á … kr. uden forudgående skriftligt samtykke fra INV. For disse aktier gælder, at den administrerende direktør heller ikke må pantsætte aktierne, indgå ejeraftaler om disse med andre end INV eller på anden måde binde eller disponere over disse aktier uden INV's forudgående skriftlige samtykke."

Kapitel 18

P/S-Vedtægter – som A/S, men med tilføjelser

- Partnerselskabet (P/S'et) – et K/S, hvor kapitalen er fordelt på aktier, SL § 5, nr. 21 og EVL § 2, stk. 2.
- Vejledning om partnerselskaber, ES.
- Praktisk behov
  - oprindelig tanke: en selskabsform for iværksættere;
  - praktisk udvikling:
    - ejendomsselskaber;
    - privathospitaler og -klinikker;
    - privat bilsyn;
    - kædevirksomheder;
    - advokater;
    - revisorer (ét af landets store revisionsselskaber er et P/S bestående af over 50 individuelle ApS'er).
- Lever et juridisk dobbeltliv – og heri ligger netop fordelen!
  - selskabsretligt: reguleres af SL som et A/S, men er et K/S;
  - skatteretligt: er transparent, dvs. deltagerne er skattesubjekter.
- Derfor attraktive
  - hvor man selv har overskud, men venter underskud (i P/S'et);
  - hvor man selv har underskud, men venter overskud (i P/S'et);
  - hvor deltagerne har meget forskellig beskatningsform (en kommune, en bank og et inv.selskab ejer et ejendomsselskab med et butikscenter);
  - hvor sambeskatning mellem A/S og ApS ikke er mulig – fx ny overskudsaktivitet i P/S (for at udnytte akkumuleret underskud).
- Der er endnu kun godt 200 danske partnerselskaber
  - til sammenligning: A/S: over 40.000 kr.; ApS: over 180.000 kr.
- P/S'et har følgende fra A/S'et
  - selskabskapital – mindst 500.000 kr. (med mulighed for kun 25 pct., hvis kontant, ligesom A/S);
  - fast kapital – modsat alm. K/S;
  - SL's udbytteregler mv.;

- velkendte selskabsorganer: generalforsamling, bestyrelse/tilsynsråd, direktion;
- plus resten af SL "med de fornødne tilpasninger", SL § 358.

Hvilke "tilpasninger" er "fornødne"? – dvs. hvad skal med i vedtægterne?

- dem, der er nødvendige for at give komplementaren (reelle) forvaltningsmæssige og økonomiske beføjelser, EVL § 2, stk. 2;
- forvaltningsmæssige beføjelser til komplementaren, fx:
  - repræsentation i bestyrelsen (men ikke et flertal, § 120);
  - veto mod (visse) vedtægtsændringer;
  - veto mod visse (større) beslutninger;
  - indgår i t-reglen ved navns nævnelse (men må ikke udpege direktør og kan ikke træde i stedet for direktør).
- økonomiske beføjelser til komplementaren:
  - andel i nettooverskud, fx 1 pct.;
  - andel i omsætning (bruttoindtægter);
  - forrentning af indskud.

Kan et P/S fusionere?

- ja, men kun med et P/S (praksisændring hos ES, efteråret 2010);
- ikke med A/S, ApS, S.m.b.a. mv.;
- dvs. fusion ikke særligt attraktiv.

Kan der omdannes til eller fra et P/S?

- ja, fra P/S til A/S, fx når underskuddet er ved at være brugt;
- og dermed også fra P/S til ApS (via A/S som mellemstation);
- ligeledes modsat vej: fra A/S til P/S;
- eller fra ApS (via A/S) til P/S;
- NB: skat!

LEDELSES- OG EJERANSVAR

Kapitel 1

Ansvaret og retsgrundlaget

1.1. Hvad siger loven? – ledelsens ansvarsnorm

- Litteratur: *Erik Werlauff:* Erstatning i selskabsforhold – ledelse, ejere, revisor (2016)
- Ho.: Den alm. culpanorm …
  - U-1 advokat eller anden professionel Som formand;
  - U-2 fremtidige bankbestyrelser (?);
  - U-3 tilsynsråd, der forsømmer tilsyn.
- SL § 361, stk. 1: "… medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade, er pligtige at erstatte denne"
  - har det hele i én sætning: culpa, skade, kausalitet
- Bemærk, at »ved overtrædelse af denne lov eller vedtægterne« er udgået – dvs. kravet om "retsstridighed" er rent formelt udgået
  - motiverne siger: dette krav består stadig
  - men dets praktiske betydning var ikke stor
  - er det fx afgørende for en bankbestyrelses ansvar, om FIL er krænket?
  - nej, afgørende er sondringen *forsvarlig/uforsvarlig*
  - jf. fx Capinordic-dommen, Erik Werlauff i R&R 2015 nr. 12 s. 48 ff.
- At de alle nævnes i én sætning ("medlemmer af ledelsen"), betyder ikke, at normen er ens for alle:
  - bestyrelse – "den overordnede og strategiske ledelse", SL § 111, stk. 1, nr. 1, 1. sætning;
  - direktion med en bestyrelse – "daglig ledelse", SL § 111, stk. 1, nr. 1, 2. sætning;
  - 111, stk. 1, nr. 2, 1. sætning;
  - (ApS kun med direktion – eller ApS eller A/S med et tilsynsråd);
  - tilsynsråd – "hyrer/fyrer direktør" + "fører tilsyn", SL § 111, stk. 1, nr. 2, 2. sætning.

- Hvem kan skaden være tilføjet?
  - selskabet, SL § 361, stk. 1, 1. pkt.;
  - kapitalejere (direkte), SL § 361, stk. 1, 2. pkt.;
    - *UfR 1999.1080 V (Protech)* – unødvendig opløsning;
    - *UfR 2010.2557 V (VMI)* – aktiesalg ud fra næste IV.
  - "tredjemand" = kreditorer (direkte), SL § 361, stk. 1, 2. pkt.

- Særligt om kreditorerne
  - boet som skadelidt – typisk ved …
    - forøgelse af passiver (underbalance) efter håbløshedspunkt;
      - dvs. fejl/forsømmelse over for selskabet;
      - fodboldselskabet, *UfR 1998.1137 H*;
      - fiskeeksportøren Aurora, *UfR 2013.1669 Ø*.
    - eller formindskelse af aktiver efter håbløshedspunktet;
      - jf. *UfR 2013.1273 V* – tilgodehavende fra VO overdraget til engelsk selskab, som videreoverdrog.
  - enkeltkreditor som skadelidt
    - ved direkte handling over for denne kreditor;
    - dvs. fejl/forsømmelse over for netop ham (hhv. denne kreds).
  - forholdet mellem boets og kreditors søgsmål
    - UfR 2014.1346 H, eHuset
      - afgørende for, om kreditors søgsmål har forrang for boets, er …
      - "… angår en skade, som direkte og individuelt har ramt denne kreditor"
    - ligeledes besvaret i *UfR 2014.2918 H (Aurora)* (justerer UfR 2013.1669 Ø) (se Anne Malling Hansen & Jonatan Hjortdal i UfR 2015 B s. 69 ff.)
    - både boet og to leverandører havde stævnet revisor (R), Beierholm;
    - boets krav gøres gældende af kurator, jf. KL § 135;
    - lighedsprincippet gælder;
    - mellemfacit:
      - kreditor kan ikke i konkurrence med boet anlægge sag om erstatning …
      - på samme faktiske og retlige grundlag.
    - var det så det samme faktiske og retlige grundlag?
      - i udgangspunktet ja – at R ved at give blank påtegning havde begået ansvarspådragende fejl;
      - men herefter afgørende forskel …
        - ~ boets krav baseret på, at ledelsen ville have været nødt til at standse driften, hvis årsrapporten havde været korrekt;
        - ~ de to leverandørers krav baseret på, at de ved R's fejl blev formået til at fortsætte levering på kredit …
          - · m.a.o.: de gør et direkte og individuelt tab gældende;
          - · derfor har boets og de to kreditorers erstatningskrav ikke samme grundlag …
          - · og derfor kan de gennemføre individuelle søgsmål

- hvordan undgår man så et dobbelt ansvar hos skadevolder?
  - ~ R's model var:
    - · hvis R blev dømt over for de to leverandører …
    - · skulle de give R transport for et tilsvarende beløb ud af deres samlede anmeldte krav i boet;
    - · forkastet af både KBR og ØLR.
  - ~ de to leverandørers model var:
    - · bindende proceserklæring fra dem om at ville reducere deres krav i boet …
    - · med ethvert beløb, som de måtte blive tilkendt fra R;
    - · accepteret af både KBR og ØLR;
- Processuelt:
  - ~ boet og hver af de to leverandører havde anlagt separate sager …
    - · disse sager kumuleredes, jf. rpl. § 254 …
    - · og leverandørerne indtrådte som hovedintervenienter i boets sag.
  - ~ rangfølgen udskiltes til delbehandling, jf. rpl. § 253,1, og til delafgørelse;
    - · i delafgørelsen medvirkede 3 dommere, jf. rpl. § 12, stk. 3.
  - ~ de to leverandører afgav som nævnt bindende proceserklæring …
    - · om at ville reducere deres krav i boet med ethvert beløb, som de måtte blive tilkendt fra R;
    - · dvs. havde hermed afpareret risikoen for dobbelt erstatning fra R.
  - ~ for processuelle feinschmeckere:
    - · R's påstand om transport i en del af leverandørernes krav i boet …
    - · blev afgjort sammen med den samlede delafgørelse, dvs. som et led i kendelsen …
    - · men burde være afgjort ved dom.

↬ Højesteret justerede resultatet i Aurora til følgende:

- … at konkursboets sagsanlæg ikke "kan afskære [de individuelle kreditorer] fra at kræve erstatning hos tredjemand for en skade, som direkte og individuelt har ramt disse kreditorer"

1.2. Revisorerne

✍ Samme §, men ikke samme norm.

✍ Professionsansvaret – er det en illusion?

✍ Nej, en skærpet variant af culpaansvaret.

✍ Kort karakteristik: hvis fagets normer er overtrådt, tåles ingen individuel undskyldning (modsat ledelsesmedlemmer).

- Illustreres af Hafnia – Sø- og Handelsrettens dom, *UfR 2002.2067 H* (kommenteret af *Peer Schaumburg-Müller* & *Erik Werlauff* i UfR 2002 B s. 437 ff. ("Efter Hafnia").
- SL § 361, stk. 3: "Er et revisionsselskab valgt til revisor, er både revisionsselskabet og den revisor, som revisionen er overdraget til, erstatningsansvarlige".
  - er det ren teori?
  - nej, i fx banksagerne sagsøges firmaet og hver enkelt af de konkret medvirkende revisorer personligt;
  - parallel: rpl. § 124 b – advokat, der udøver virksomhed i et advokatselskab …
    - hæfter personligt …
    - for ethvert krav, der er opstået som følge af vedkommendes bistand til en klient.
- Begrænsning af revisoransvaret?
  - klare tendenser til at foretage begrænsning
  - EU-Kommissionens henstilling 2008/473/EF – forskellige metoder foreslået i artikel 5
  - andre lande:
    - Tyskland: max. EUR 1 mio. for unoteret selskab, max. EUR 4 mio. for noteret
    - Belgien: hhv. 3 og 12 mio.
    - Østrig: tilsvarende
    - Grækenland: max. 5 gange højesteretspræsidentens årsløn(!)
    - andre muligheder:
      - aftaler om absolut max. fx svarende til honoraret
      - aftale om max. svarende til dækningen på ansvarsforsikringen
  - *Lise Kolding Foged-Ladefoged* i R&R 2014 nr. 9 s. 46 ff.
  - *Lise Kolding Foged-Ladefoged & Erik Werlauff* i European Company Law (ECL) 2014 s. 271 ff.

1.3. Andre aktører, der omtales – SL § 361, stk. 2

- Vurderingsmænd.
- Ejerbogsførere – hvis ekstern: SL § 50, stk. 3, 1. pkt.
- Granskningsmænd – vender senere tilbage til særlige spørgsmål omkring advokatundersøgelser (et "uhjemlet", men nyttigt fænomen).

1.4. Kapitalejerens erstatningspligt

- SL § 361, stk. 1: "… skal erstatte tab, som den pågældende forsætligt eller groft uagtsomt har tilføjet selskabet, andre kapitalejere eller tredjemand".
- Afspejler hæftelsesbegrænsningen – SL § 1, stk. 2, 1. pkt.

- "… hæfter ikke personligt for kapitalselskabets forpligtelser, men alene med deres indskud".

Men fortæller ikke hele sandheden om ejerens ansvar
- (majoritets)ejer, der leder, hæfter også for simpel uagtsomhed, jf. fx selskabstømmersagerne;
- (majoritets)ejer, der beordrer tredjemandskrænkelse, hæfter sammen med selskabet:
  - uden for kontrakt – *UfR 1999.326 Ø (Microsoft- krænkelsen);*
  - i kontrakt – *UfR 2009.2269 V (flyttefirmaets metoder)*;
  - *UfR 2003.915 Ø (arkitektens tilsynssvigt)*;
- ved urimelig risikoforskydning kan hæftelsesgennembrud indtræde (for moder, søster mv.) – *UfR 1997.1642 H (Midtfyn)*.

Andre reaktioner over for en kapitalejer end erstatningsansvar
- skal indløse en krænket medejer, § 362, stk. 2 – fortsat misbrug (dvs. forsætligt el. groft uagtsomt påfører skade …);
- (nyt) skal tåle at blive indløst af øvrige ejere eller af selskabet, § 362, stk. 3 – fortsat misbrug;
- kræver ikke, det er en enkelt majoritetsejer – kan være flere, der disponerer sammen (dvs. hver enkelt skadevolder er pligtsubjekt);
- hidtil tandløs regel – nu evt. interessant pga. nyt stk. 3;
- dvs. exit-pligt kan nu ramme den, der misbruger – som i typisk I/S-kontrakt;
- hæftelse pga. identifikation, jf. nærmere nedenfor.

1.5. Hvis der er flere erstatningspligtige

Solidarisk ansvarlige, § 363, stk. 2, 1. pkt. – som i alm. erstatningsret
- ses fx i alle bankstævningerne;
- bærer præg af "amerikanske tilstande", og at retsafgiften har fået et maksimum på;
- fx EBH Banks (nu: Finansiel Stabilitet A/S') krav om 700.000.000 kr. fra bestyrelse, direktion, revision + nogle ledende medarbejdere.

Regres påkendes – men kun efter påstand …
- hvis regressen kræver adcitation – fuld retsafgift;
- hvis regressen er en friholdelsespåstand over for medsagsøgte – afgiftsfri.

Regres afgøres ud fra "… størrelsen af den skyld, der måtte påhvile hver enkelt, samt omstændighederne i øvrigt", § 363, stk. 2, 3. pkt.
- direktør ofte nærmere end bestyrelse;
- formand ofte nærmere end menige – jf. nærmere nedenfor;
- revisor (på sit område) ofte nærmere end ledelse …
  - bør gennemskue, at …
  - og/eller har også rådgivet (betydelige fakturaer).

- professionel administrator ofte nærmere end ledelsen – bank som administrator af fond (garantidækket krav).
- *UfR 1998.1137 H (fodboldselskabet)* – hvor endte regressen?
- *UfR 2007.497 H (Calypso Rejser)* – ledere friholde bestyrelsen.

Banksagerne: Påstår naturligvis regres (friholdelse)
- A påstår regres mod B;
- B påstår frifindelse – og påstår selv regres mod A;
- men bør alligevel bruge 98 pct. af energien i fællesskab på at blive frifundet alle sammen;
- udstrakt samarbejde på sagsøgtesiden;
- alle sender mails med argumenter, udkast mv. til hinanden;
- opretter mailgrupper fra begyndelsen.

En berigtiget er nærmere til at bære regressen – end en alm. erstatningspligtig
- derfor vigtigt om nogen er beriget
- den berigede er normalt nærmere til at bære tabet end den, der "kun" handlede culpøst
- fx hovedaktionær i selskabstømmersagerne, Erik Werlauff i TfS 1997, 114
- fx et sparekasse-A/S, som bestyrelsen i en sparekassefond culpøst berigede på fondens bekostning
- *VLD 15. maj 2015, V.L. B-0258-11 (EBH "ISI 6-sagen")*
- *VLD 17. marts 2016, V.L. B-0652-10 (EBH "MidtFactoring-sagen")*

1.6. Lempelse af ansvaret

§ 363, stk. 1: "… kan nedsættes, når dette findes rimeligt under hensyn til skyldgraden, skadens størrelse og omstændighederne i øvrigt".

Gælder både § 361: ledelse mv., og § 362: ejere (trods kravet om grov uagtsomhed).

Suppleres af EAL § 24 (overskrift: "Almindelig lempelsesregel")
- "… når ansvaret vil virke urimeligt tyngende … eller når ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt …";
- langt mere nuanceret end SL § 361, stk. 1;
- "… hensyn til:
  - skadens størrelse,
  - ansvarets beskaffenhed,
  - skadevolderens forhold,
  - skadelidtes interesse,
  - foreliggende forsikringer samt
  - omstændighederne i øvrigt".

Lempelse også ved åbenbar "naivitet"?
- *UfR 1979.777 V (købmandsselskabet)* – 85 pct. bortlempet;
- *UfR 2011.2815 V (faderen på 89)*
  - "rimeligt tilsyn" kunne have standset sønnens udtræk;

- ikke nærmere oplysninger om faderens øk. forhold;
- "ikke tilstrækkelige konkrete momenter …" til, at …
- derfor: usikkert, om "tyngende";
- dvs. forklaringsopgave! …
- ikke nok, at "synd for ham".

- Lempelse og regres ud fra "nærheden" til skadens årsag
  - utrykt *VLD 22. oktober 1984* i tilknytning til *UfR 1985.940 H*;
  - *UfR 1998.1137 H (fodbolddommen)*.

- Kan bruges på sagsøgers eget initiativ
  - mildner sagens karakter;
  - brugt af den sagsøgende sparekassefond i nogle af *EBH-sagerne* …
  - men ikke af den sagsøgende bank (Finansiel Stabilitet) i 700 mio. kr. sagen mod alle.

- Kan naturligvis først og fremmest bruges af sagsøgte
  - subsidiært anbringende (+ evt. subsidiær påstand) …
    - dem, der fik fri proces i EBH …
    - fik det ikke til en blank frifindelsespåstand …
    - men til at påstå frifindelse mod betaling af et mindre beløb …
    - så det blev: … mod betaling af 1 kr.
  - som "handelsvare" til et samlet forlig.

1.7. Hvem kan anlægge erstatningssag?

- Selskabets generalforsamling, § 364, stk. 1
  - generalforsamlingens tiltrædelse kan evt. indhentes efterfølgende – *UfR 1999.707 H (Future Advance A/S)*;
  - husk, at de selv er inhabile, SL § 86 (også med fuldmagtsstemmer, og også til at stemme via fuldmagt gennem andre);
  - hvis nej på generalforsamlingen: 10 pct. af kapitalen kan anlægge sag, § 364, stk. 3 – frist: 6 mdr. fra déchargebeslutningen, § 365;
  - bærer da hele risikoen – og skal aflevere evt. nettogevinst til selskabet;
  - et primitivt "gruppesøgsmål" – der ikke frister nogen i praksis; er aldrig blevet anvendt.

- Kurator, hvis selskabet går konkurs, § 364, stk. 4 + § 365 – træder jo i stedet for samtlige selskabsorganer.

- Gruppesøgsmål, rpl. § 254 a ff. – Retsplejerådets betænkning nr. 1468/2005
  - skal godkendes af retten som gruppesøgsmål (ensartede krav)
  - UfR 2012.1561 V, Hedgeforeningen Jyske Invest – godkendt
  - stiller kun en beskeden sikkerhed, dvs. begrænser sin procesrisiko
  - UfR 2012.2938 H, Watzerath Parken – 1.200 kr. pr. K/S-andel
  - behøver ikke være erstatningskrav; kan fx være indløsningskrav
  - UfR 2012.1228 H, bankTrelleborg
  - "rammen" fastlægger, hvilke kategorier af sagsøgere/krav der kan være med

— jf. *Erik Werlauff* i UfR 2014 B s. 54 ff. ("Gruppesøgsmålets ramme").

- Ved direkte påført tab
  - — tablidende medejer;
  - — tablidende kreditor.
- Ikke-selskabsretligt søgsmål
  - — dvs. andet end ledelsesansvar …
    - fx misligholdelse af aftaleforhold med selskabet;
    - eller uretmæssig konkurrence med selskabet;
    - eller fjerner værdier fra selskabet.
  - — kan anlægges af ledelsen;
  - — i den klassiske $^{50}/_{50}$-situation med to sidestillede direktører …
    - hvor den ene "mishandler" selskabet, og den anden ønsker sag anlagt …
    - kan den loyale direktør beslutte dette på egen hånd;
    - jf. *UfR 2011.2726/1 H (Kazai Denmark ApS)* med ganske principielle udtalelser om spørgsmålet.
  - — ejeraftaler – der indeholder andet end ejeraftale-stof …
    - fx en konkurrenceklausul, der påhviler udtrådte ejere (som får goodwill ved udtræden);
    - hvis klausulen brydes af en udtrådt ejer …
    - kan selskabet da håndhæve klausulen over for ham?
      - ja, selvfølgelig, ejeraftalen er jo her et T-løfte til selskabet;
      - ikke omfattet af definitionen i SL § 5, nr. 6: "aftale, der regulerer ejer- og ledelsesforhold i selskabet" …
      - kunne lige så godt have stået i særskilt aftale (ikke-ejeraftale);
      - skaber ret, ikke pligt for selskabet;
      - konsekvens: selskabet kan få nedlagt forbud.

1.8. SKAT's særlige mulighed for 0-stilling

- SKAT kan på nem måde få erstatning fra hovedaktionær/direktør …
  - — der har fået løn fra selskabet …
  - — men hvor A-skatten ikke er betalt;
  - — kan ske via nulstilling;
  - — dvs. lønnen anses for at være udbetalt uden skattetræk …
  - — hvorefter hovedaktionæren hæfter (og kan udpantes);
  - — godkendt ved *UfR 1981.473 H (Herning Kranudlejning A/S)* …
  - — men kun hvor hovedaktionæren måtte indse, at der ikke var penge til at betale A-skatten (dvs.: +culpa);
  - — gælder også hovedaktionærens ægtefælles indeholdte A-skat …
    - hvis hun vidste eller burde vide …
    - at der ikke var økonomisk realitet bag selskabets indeholdelse af A-skat og AM-bidrag, jf. *UfR 2013.1843 H*
    - tilsvarende TfS 2015.794 B – pga. bestyrelsespost og ægteskabet måtte hun være bekendt med selskabets alvorlige økonomiske situation

- gælder ikke blot A-skat af løn samt AM-bidrag, men også indeholdt udbytteskat, jf. *UfR 2013.1843 H*;
- kræver ikke dom, men er en SKAT-beslutning …
- der kan klages:
  - før 2014: til Landsskatteretten;
  - fra 2014: til Skatteankeforvaltningen.
- LSR's praksis beskrives af *Signe Wesenlund-Lund* & *Winnie Smidt Pålsson* i TfS 2011 s. 170 – viser, at brugen af 0-stilling er praktisk forekommende;
- en 0-stillingsafgørelse lyder typisk sådan:
  - "SKAT nulstiller tidligere indeholdt A-skat og AM-bidrag med i alt kr. … for indkomståret … i henhold til praksis på området. Nulstillingen vedrører indkomst fra selskabet …"
  - og: "Ændringen medfører, at du hæfter personligt for betalingen af skatten. Skatten vil, blive opkrævet ved en ny årsopgørelse".
- der ydes omkostningsgodtgørelse til sagkyndig bistand, jf. *TfS 2013.586 LSK*.

1.9. Tilbage til alm. erstatningsspørgsmål: der skal være forårsaget et tab

- fejlen eller forsømmelsen skal påviseligt have forårsaget et tab.
- hvis beviset for kausalitet og tab ikke føres, skal der frifindes.
- ofte 3-dobbelt argumentation fra sagsøgte:
  - ingen culpa påvist,
  - ingen kausalitet påvist,
  - egen skyld hhv. accept af risiko.
- eksempler på frifindelse pga. manglende kausalitet
  - *UfR 1981.893 H (Røde Vejrmølle)* – direktør opnået for lavt dækningsbidrag i forhold til det aftalte, men i markedet kunne ej opnås mere;
  - *UfR 2000.595 H (Hope Computer)* – fejl i perioderegnskab, men ej bestemmende for investeringen;
  - *UfR 2001.781 H (revisordommen)* – revisors forbehold droppet efter pres, men ej bestemmende for långivningen;
  - *UfR 2014.345 H (Arctic Umiac Line)* – direktør forsømte at indhente farttilladelse til skib, men ved hans fratrædelse kunne dette være nået endnu
  - *UfR 2014.1346 H (eHuset)* – revisorer R begået fejl og tilsidesat god revisionsskik, men ikke grund til at antage, …
    - (ad banks krav) at bank som långiver ville have handlet anderledes, hvis årsregnskaberne var blevet revideret korrekt, eller
    - (ad boets krav) at en korrektion af årsresultaterne ville have ændret bestyrelsens positive forventninger til fremtiden, og at bestyrelsen ville have ageret væsentligt anderledes, hvis den var blevet præsenteret for regnskaber, der var revideret i overensstemmelse med god revisionsskik.

- *UfR 2015.2075 H (Memory Card Technology)* – revisor ej gennemskuet svindlerisk hovedaktionærs regnskabsfusk (varelager, amerikansk fordring), i alt mindst 100 mio. kr., i strid med god regnskabsskik, men som i eHuset ej grundlag for at antage, at bestyrelsen ville have standset eller tilpasset driften, selv om regnskabstallene havde været anderledes
- se hertil *Erik Werlauff* i UfR 2015 B s. 244 ff. (Selskabsrettens tilpasningspunkt) – om kausalitetskravet *også* i selskabsretlige erstatningssager.
- *Bøggild & Kolja Staunstrup* i R&R 2015 nr. 11 s. 34 ff.

her *var* der kausalitet – prospektansvar

- *UfR 2013.1107 H (bankTrelleborg)* – fejl i prospektet, og havde garanterne ikke konverteret deres garantkapital til aktier, ville de ikke have tabt deres penge (sagde H.R., til forskel fra Ø.L.R.)

1.10. Foreninger, fonde og A.m.b.a.'er

Nogle har skrevne regler, andre har ikke …

- ikke-erhvervsdrivende fonde – FL §§ 40-42;
- erhvervsdrivende fonde – EFL §§ 44-47;
- ikke-erhvervsdrivende foreninger – ingen skrevne regler;
- erhvervsdrivende foreninger, F.m.b.a'er (EVL) – ingen skrevne regler.

Under alle omstændigheder samme principper – skal sondre:

- hvis ikke sidestilles med erhvervsvirksomhed
  - mildere culpanorm, jf. *UfR 2006.2637 H (AOF Århus)* (men var konkret = erhverv) – principiel udtalelse fra HR;
  - skal ikke være teknikere:
    - *UfR 2006.3242 V (a/b-forening)* – foreningen, men ikke bestyrelsen ansvarlig over for køber, der betalte for meget.
  - handler de ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn normalt ikke være ansvarspådragende:
    - *UfR 2013.1312 H (Skodsborg Grundejerforening)*
    - ankede uden at have midler til i værste fald at tabe sagen;
    - byret og landsret var kommet til det modsatte resultat, jf. *UfR 2011.402 Ø (grundejerforening)* – principiel udtalelse fra H.R.:
      - "Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer".
- hvis sidestilles med erhverv
  - samme culpanorm som A/S og ApS, jf. AOF Århus
  - men det vil ofte ende "samme sted" som i Skodsborg-sagen (UfR 2013.1312 H)…
  - thi ansvarsnormen fra Skodsborg er så "universel" …
  - at den også kan anvendes i en sag om en erhvervsdrivende enhed:

- "Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer"
- … måske kræves der blot lidt mere, for at der foreligger et "rimeligt beslutningsgrundlag" i en erhvervsdrivende enhed.

Forskel fra A/S og ApS
- i fondene kan *fact-finding* samt evt. sagsanlæg beordres af en offentlig myndighed;
  - kan gøre ansvarsrisikoen mere nærliggende.
- granskning
  - efter Erhvervsstyrelsens beslutning, jf. EFL § 59 (sparekassefondene!);
  - retssikkerhedslovens § 10 skal iagttages …
    - oplysningspligten viger for forbuddet mod selv-inkriminering, EMRK artikel 6, stk. 2;
    - derfor: ej pligtig at udtale sig;
    - skrækeksempel: Saunders v. UK (EMRK-sag) – tvunget til at levere beviser mod sig selv i kartelsag;
    - myndighed (her: g-mand) skal vejlede om retten, jf. retssikkerhedslovens § 10, stk. 3.
- sagsanlæg
  - kan iværksættes både af fondens bestyrelse (hhv. kurator) og af fondsmyndigheden, FL § 41, EFL § 45.

1.11. Internationalt lovvalg for ledelsesansvar

Problem – det materielle lovvalg
- dvs. hvilket lands selskabslov …
- og hvilket lands alm. erstatningsprincipper?

Ansvar over for selskabet – hhv. dets konkursbo
- følger selskabsstatuttet;
- dvs. det land, hvor selskabet har sit registrerede hjemsted;
- er man i ledelsen for selskab i udlandet, vil det pågældende lands selskabs- og erstatningsregler gælde (fx en evt. delt bevisbyrde ad culpa, dvs. et præsumptionsansvar);
- *UfR 1998.1071 Ø (Gibraltarselskabs krav mod dansk direktør)*.

Ansvar direkte over for en kreditor eller en ejer
- alm. IP-erstatningsret: skadesstedets lands lov, *lex loci delicti*;
- kan være = selskabsstatuttet …
- men kan også være kreditors/investors eget land (hvis forhandlet dér, kampagne dér etc.).

1.12. Værneting for ledelsesansvar

- Det sagsøgte ledelsesmedlem har domicil i Danmark
  - selskabets krav: kan sagsøges ved selskabets hjemting, rpl. § 238, stk. 4 (i.e.: det faktiske hovedsæde);
  - kreditorers og investorers krav: skadesstedet, rpl. § 243;
  - (vil ofte pga. virkningsstedet føre til selskabets hjemting).
- Det sagsøgte ledelsesmedlem har domicil i det øvrige EU/EØS
  - alle krav: skadesstedet, jf. Bruxelles I-forordningens artikel 5, nr. 3 (+ parallelkonventioner);
  - fortrænger rpl.
- Det sagsøgte ledelsesmedlem har domicil i det øvrige udland
  - alle krav: skadesstedet, jf. rpl. § 243 smh. med § 246;
  - UfR 2011.2772 V (sagsøgt i Sydafrika)
    - selskabsværnetinget uanvendeligt …
    - da § 246 (udlændingereglen) ikke viser tilbage til § 238, stk. 4.
  - men skadesstedet/virkningsstedet vil alligevel ofte føre til selskabets hjemting.
- Sammenfatning:
  - sagsøgte i DK: selskabet kan sagsøge ved selskabets hjemting;
  - alle andre tilfælde (selskab, kreditorer): skadesstedets værneting
- NB: vigtige nuancer ad værnetinget for direktører:
  - hvis der var et underordnelsesforhold: det eksklusive værneting ansættelsesforhold skal anvendes (*Holterman*, C-47/14) – dommens første spørgsmål
  - hvis der påberåbes brud på selskabsretlige regler: kontraktværnetinget kan anvendes (*Holterman*, C-47/14) – dommens andet spørgsmål
  - hvis der påstås begået ulovligheder: deliktværnetinget kan anvendes (*Holterman*, C-47/14) – dommens tredje spørgsmål (fejl i den danske version af dommen).

1.13. Formandens særlige opgaver – corporate governance

- Er opregnet af *Erik Werlauff* i R&R 2013 nr. 3 s. 44 ff.
- Artiklen tager også højde for selskaber, der skal følge *corporate governance* …
  - dvs. enten noteret på "et reguleret marked" …
  - eller har selv valgt det, fx pga. stor aktionærkreds (eller "aspirerer" til senere børsnotering.
- Se tjeklisten bagest om *corporate governance* – dvs. de selskaber (børsnoterede mv.), der skal følge eller forklare anbefalingerne om *corporate governance*.

Kapitel 2

Ansvaret og fokuspunkterne

2.1. "Ledelsen er ansvarlig for"

- Flittigt brugt udtryk i SL.
- Er prisen for de stærkt øgede frihedsgrader fra 1. marts 2010.
- Må nødvendigvis påvirke den fremtidige culpastandard – når pligterne kan læses sort på hvidt – den svenske professor *Rolf Dotevall*'s teser.
- Må også påvirke forebyggelsen og tilrettelæggelsen.

2.2. Udpluk fra SL – "ledelsen er ansvarlig for ..."

- At et apportindskud uden vurdering (jf. de nye undtagelsesmuligheder) ikke er til skade for kapitalselskabet eller dets kapitalejere eller kreditorer (§ 38, stk. 2).
- At efter-erhvervelse af aktiver i et A/S (2-års reglen) ikke er til skade for aktieselskabet eller dets aktionærer eller kreditorer (§ 42, stk. 2).
- At ordinært udbytte, ekstraordinært udbytte og kapitalnedsættelse med udbetaling ikke overstiger, hvad der er forsvarligt under hensyntagen til selskabets (og i moderselskaber: koncernens) økonomiske stilling …
  - ikke sker til skade for selskabet eller dets kreditorer, og
  - at der efter uddelingen er dækning for de reserver, der er bundne i henhold til lov eller vedtægt (§ 179, stk. 2);
  - generelt: *her er der ansvarspotentiale – thi de frie reserver sidder meget løst!*
    - *det regnskab, du læser i dag (med store frie reserver), kan allerede være dybt forældet…*
    - *idet alt kan være udloddet som ekstraordinært udbytte.*
- Bestyrelsen skal …
  - varetage den overordnede og strategiske ledelse (§ 115, indledningen).
  - sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed (§ 115 igen – advokatrapport om EBH Bank: bestyrelsen svigtede her, siger rapporten).
- Hvad er »fokuspunkter«?
  - det er relevant at tale om bestyrelsens arbejde og ansvar
  - man skal jo ikke hele tiden tænke "ansvar" …
  - men først og fremmest gøre sit arbejde godt!

- *Torben Ballegaard*: Når bestyrelsen skaber værdi (2014)
  - bedste beskrivelse i mange år
  - tidligere (5-10 år tilbage)
  - tilsyn med direktionen
  - godkende regnskaber
  - sikre overordnede strukturer
  - nu langt mere aktiv…
  - i strategiarbejdet
  - implementering af strategien
  - og risikostyringen
  - tæt faglig sparring med daglig ledelse
  - opfølgning på resultater og planer
  - konsekvenser af denne udvikling
  - skærper kravene til medlemmernes faglighed
  - skærper kravene til internt samarbejde
  - *og øger potentielt ansvarsrisikoen* (thi er nu langt mere nede i maskinrummet end tidligere tiders bestyrelser).

- Bestyrelsen skal påse, at … (modsat om direktionen: sikre, at …) (§ 115, nr. 1-5):
  - bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter selskabets forhold er tilfredsstillende,
  - der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller,
  - bestyrelsen løbende modtager den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold,
  - direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og efter bestyrelsens retningslinjer og
  - selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt,
    - herunder at der er tilstrækkelig likviditet til at opfylde selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder,
    - og selskabet er således "til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt" (§ 115)
    - NB: dette er *ikke* en objektiv hæftelse for, at kapitalberedskabet er tilstrækkeligt!

- Tilsvarende skal "påses" af et evt. tilsynsråd (§ 116)
  - men ordene "… og efter bestyrelsens retningslinjer" er her væk
  - hvorfor?
    - fordi udstedelse af retningslinjer = ledelse (om end overordnet og strategisk);
    - og tilsynsrådet må ikke have nogen del i ledelsen;
    - tilsynsråd: skærpet norm – *Søren Bergenser*: Tilsynsrådets erstatningsansvar (ph.d. 2012);
    - og *Jesper Lett*: Tilsynsrådet i dansk ret, Justitia 2013 nr. 2 s. 55 ff.

- Alt det, bestyrelsen skal "påse" …
  - skal direktionen "sikre" (§ 118).
  - viser, at direktionen skal udføre det.
- Kompetenceoverskridelse – direktionen
  - det, bestyrelsen tolererer, mens man er "venner", påberåbes ofte som erstatningsbegrundende, når man skilles som uvenner;
  - betydelig vægt på dette selskabs tradition og praksis;
  - UfR 2012.2533 H (Rheoscience A/S)
    - havde udbetalt bonus trods bestyrelsens tilkendegivelse om, at der skulle spares;
    - alligevel frifundet, thi mangeårig kompetence til at forhandle løn og give skønsmæssig bonus …
    - og andet var ikke tilkendegivet ham nu;
    - kommenteres af *Lennart Lynge Andersen* & *Peer Schaumburg-Müller* i ET 2012.397 ff. …
    - bemærker, at en bestyrelse ikke blot kan nikke i årevis og så buldre løs, når man bliver utilfreds med direktøren;
    - tilsvarende *voldgiftskendelse af 16. september 2013 (Anders Eldrup mod DONG)* – fast praksis i selskabet; direktør ej misligholdt;
    - kommenteret af *Lennart Lynge Andersen* & *Peer Schaumburg-Müller* i ET 2014 s. 101 ff.

2.3. Forretningsorden – slut med massefremstilling

- Skal nu tilpasses netop dette konkrete selskabs behov.
- Skal "tage udgangspunkt i kapitalselskabets virksomhed og behov" (§ 130, stk. 2).
- Dvs. FO må ikke (længere) være en standardvare, men skal altid drøftes nærmere – og honoraret skal selvsagt afspejle dette.
- Bestyrelsen hhv. tilsynsrådet "bør særligt overveje" …
  - konstitution;
  - arbejdsdeling;
  - tilsyn med daglig ledelse;
  - føring af bøger, protokoller etc.;
  - skriftlige og elektroniske møder;
  - tavshedspligt;
  - suppleanter?
    - eller hellere: fuldmagt i bestyrelsen? SL § 124, stk. 2, 2. pkt.;
    - kun hvis betryggende;
    - vedtægt kan sige nej (eller konkret bestyrelsesbeslutning).
  - regnskabskontrol;
  - underskrift på revisionsprotokol;
  - sikring af det nødvendige grundlag for revision;

- disse elementer er taget fra den nyttige opremsning i AL § 56, stk. 7 (der samtidig er fjernet) om kravet til FO i børsnoterede selskaber.

- Indvending – denne traditionelle FO er passiv og rent kontrollerende
  - kunne snarere være en FO for et tilsynsråd;
  - en tidssvarende FO for en bestyrelse indeholder en række proaktive elementer.

- "Proaktive elementer" til en tidssvarende forretningsorden – også disse skal drøftes individuelt (ikke alle er relevante hver gang):
  - planlægning af bestyrelsens arbejde – "årshjulet";
  - formandens rolle;
  - et evt. formandskab (formand + næstformand i samspil);
  - bestyrelsesudvalg – sammensætning, nedsættelse, etablering;
  - selvevaluering i bestyrelsen;
  - bestyrelsens evaluering af direktionen;
  - evaluering af forholdet bestyrelse/direktion;
  - rapportering til bestyrelsen mellem møderne;
    ↬ SL § 115, nr. 3 – men nærmere: hvordan?
  - ressourcer til bestyrelsen;
  - et evt. sekretariat for bestyrelsen;
  - strategi og risikostyring;
  - evaluering af bestyrelsens sammensætning.

- Det er derfor, en FO i dag skal koste penge at få skrevet – og jævnligt bør repeteres og justeres, så den svarer til virkeligheden.

2.4. "Bestyrelsesaftalen" – med paradigma

- Når nu vi er ved de nutidige krav til dokumenterne …

- Ud over ejeraftale, vedtægter, FO mv. et relativt nyt begreb: Bestyrelsesaftaler.

- Hvornår relevant?
  - i et ejer-ledet selskab …
  - eller et familieselskab …
  - hvor interne og eksterne ønskes sammenbragt;
  - dvs. hvor fx 2 eksterne "professionelle" bestyrelsesmedlemmer inviteres ind i selskabet;
  - udenlandsk moderselskab vil ofte forlange formel aftale med eksterne bestyrelsesmedlemmer i datterselskaber.

- Hvor hører aftalen hjemme i det selskabsretlige univers?
  - er en særegen tjenesteydelsesaftale …
  - om forventninger til og tilrettelæggelse af et samarbejde;
  - hvis de eksterne ikke er aktionærer, er det formelt ikke en ejeraftale, men den har nogle af de samme elementer.

Fordele
- afstemmer indbyrdes forventninger;
- tager salærdiskussionen *up-front*;
- øger ansvarsforebyggelsen(!) – *forebyggende elementer i bestyrelsesaftalen er markeret med (*) nedenfor*.

BESTYRELSESAFTALE

Mellem på den ene side

[Hovedaktionær], herefter blot: H,

i dennes egenskab af ejer af hele selskabskapitalen i

[Selskabet], herefter blot: Selskabet,

og på den anden side

[Ekstern], herefter blot: E,

er der d.d. indgået følgende aftale om bestyrelsesarbejde i S

1. Aftalens baggrund

Aftalen er foranlediget af H's ønske om at tilføre bestyrelsen for S den kompetence, som E besidder, særligt inden for områderne … og tillige inden for generel virksomhedsledelse.

Ud over E er det aftalt, at bestyrelsen vil bestå af … samt af yderligere et eksternt bestyrelsesmedlem, som i lighed med E ikke – bortset fra bestyrelsesposten – er knyttet til virksomheden eller familien, men som besidder kompetencer, virksomheden har behov for.

Det er aftalt, at … skal varetage hvervet som formand for bestyrelsen.

2. E's opgaver

Der holdes mindst fire bestyrelsesmøder om året. (*)

Heraf vil 1 møde være et strategimøde af en dags varighed, mens de mindst 3 øvrige møder normalt må forventes at have en varighed af 3-4 timer. (*)

Herudover vil bestyrelsen hver måned modtage en rapport om den forløbne del af regnskabsåret og om forventningerne til resten af regnskabsåret. (*)

Indholdet af rapporten aftales nærmere i bestyrelsen.

E vil være til rådighed for telefoniske konsultationer mellem møderne, ligesom det forventes, at E reagerer, såfremt den månedlige rapport giver anledning til spørgsmål eller kommentarer. (*)

3. Arbejdsdeling mellem direktion og bestyrelse

Med henblik på at sikre bestyrelsens muligheder for at varetage sin opgave som bestyrelse, og i lyset af, at H – ud over sit hverv som menigt medlem af bestyrelsen – udgør selskabets direktion, er følgende aftalt:

Selskabets forretningsorden skal respekteres af direktionen, herunder om rettidig udsendelse af materiale til bestyrelsesmøder etc. (*)

Større beslutninger eller beslutninger af usædvanlig karakter skal altid forelægges bestyrelsen forud for den endelige, reelle beslutning i sagen, herunder:

- Større udvidelser eller indskrænkninger i selskabets aktiviteter.
- Større investeringer, herunder køb og salg af større anlægsaktiver.
- Indgåelse eller opsigelse af større samarbejdsaftaler.
- Indgåelse eller opsigelse af større kontrakter i øvrigt.
- Igangsætning af større udviklingsprojekter, herunder indgang på nye markeder. (*)

Der gennemføres hvert år i forbindelse med strategibestyrelsesmødet en bedømmelse af bestyrelsens arbejde samt en bedømmelse af samarbejdet mellem direktion og bestyrelse. Bedømmelsen foretages på grundlag af et aftalt vurderingsskema og ledes af bestyrelsens formand. (*)

4. Honorar
Honoraret som bestyrelsesmedlem er indtil videre aftalt til kr. 60.000 pr. år, [baseret på ca. 30 timer], formanden det dobbelte og næstformanden halvanden gange det nævnte beløb.

Hvis arbejdet væsentligt overstiger opgavebeskrivelsen ovenfor, herunder i forbindelse med enkeltstående opgaver som bestyrelsesmedlem, kan et særskilt honorar aftales, ligesom det foran angivne niveau kan tages op til drøftelse med virkning for fremtiden [evt. kvartalsvis fakturering].

5. Aftalens varighed og opsigelse
Aftalen tager sin begyndelse ved E's indvælgelse i bestyrelsen under den ordinære generalforsamling den … og aftalen er påtænkt at løbe indtil den ordinære generalforsamling 4 år senere, idet E dog er på valg ved hvert års ordinære generalforsamling.

Aftalen kan opsiges med øjeblikkelig virkning fra begge sider, idet der i tilfælde heraf hurtigst muligt skal indkaldes til en ekstraordinær generalforsamling, hvor fratrædelsen endeligt vedtages. (*)

Ved opsigelse fra H's side inden 2 år efter E's indtræden i bestyrelsen har E krav på fuldt honorar for det kalenderår, hvor opsigelsen sker. Ved senere opsigelse har E krav på forholdsmæssigt honorar for det løbende regnskabsår, regnet efter antal påbegyndte måneder.

Uanset hvilken af parterne der måtte opsige aftalen, og uanset årsagen hertil, er begge parter pligtige at iagttage tavshed over for andre om de nævnte forhold, bortset fra tilfælde, hvor der efter lovgivningen er pligt til at afgive forklaring mv.

2.5. Fuldmagt i bestyrelsen

Ho.: "Har et medlem forfald, og er der valgt en suppleant, skal der gives suppleanten adgang til at træde i medlemmets sted, så længe forfaldet varer." (§ 124, stk. 2, 1. pkt.).

- U: "Medmindre andet er besluttet af bestyrelsen eller tilsynsrådet eller fastsat i vedtægterne, kan et medlem i enkeltstående tilfælde give fuldmagt til et andet medlem i stedet for at indkalde en suppleant, hvis dette er betryggende henset til emnet for drøftelserne" (§ 124, stk. 2, 2. pkt.).
  - kan modtage fuldmagt fra flere …
  - men ønsker dette selskab dét?
- NB.: kun "i enkeltstående tilfælde".
- Motiverne tilføjer: "… og om et konkret spørgsmål" (s. 908)
  - må dog alligevel kunne gælde hele det pågældende møde;
  - men ikke fx flere møder.
- Fuldmagt kan udelukkes gennem vedtægterne, gennem FO eller efter beslutning i bestyrelsen hhv. tilsynsrådet, jf. lovteksten.
- Tilføjelsen kom ind efter forslag fra Advokatrådet (s. 17): "… hvis dette er betryggende henset til emnet for drøftelserne".

2.6. Inhabilitet

- Uændret regel (§ 131), men nyttig motivudtalelse (betænkning 1498/2008 s. 919), nemlig følgende:
  - Inhabilitet udelukker (som hidtil) ikke, at den inhabile giver bestyrelsen en redegørelse om det pågældende emne;
    - ↬ tidligere retsopfattelse herom blev (forudsætningsvis) lovfæstet.
  - kan dermed give en faktuel redegørelse (mundtlig/skriftlig);
  - forlader *derefter* lokalet (både under drøftelse og beslutning);
  - dette må gerne nævnes i FO.

2.7. Tavshedspligt – husk næstsidste punkt på hvert møde

- Retstilstanden uændret: "… ikke uberettiget videregive …" (§ 132).
- Men nu en "*materiel* bestemmelse".
- Indført for at understrege selve pligten, dvs. ikke blot indirekte via strafferegelen bagest i SL.
- Motiverne understreger (betænkning s. 920 og 934):
  - kan udløse erstatningspligt, hvis selskabet påføres tab ved overtrædelse;
  - pligten gælder også fuldt ud for medarbejdervalgte;
  - hensigtsmæssigt med en aftale ved slutningen af hvert møde om, hvad der videregives, og af hvem (med tavshed fra de andre til følge);
  - god leveregel – husk til FO;
  - kunne evt. have undgået *Real Danmark-sagen (UfR 2009.2142 H)* (*Knud Grøngaard* & *Allan Bang*).

2.8. Tilbage til ansvaret efter SL – som Ho. et normalt culpaansvar

- Som nævnt: "Stiftere og medlemmer af ledelsen, som under udførelsen af deres hverv forsætligt eller uagtsomt har tilføjet kapitalselskabet skade, er pligtige til at erstatte denne. Det samme gælder, når skaden er tilføjet kapitalejere eller tredjemand" (§ 361).

2.9. Rekapitulerer overblikket over ansvarsreglerne – normalt culpaansvar

- Aktieselskaber: § 361, jf. ovenfor.
- Anpartsselskaber: ligeledes § 361, dvs. fælles med aktieselskaber.
- Erhvervsdrivende fonde:
  - tidligere § 44 i lov om erhvervsdrivende fonde (EFL), svarende til SL § 361 (jf. nu fx EBH-sagen);
  - EFL 2014: dennes §§ 126-129.
- Ikke-erhvervsdrivende fonde: tilsvarende, uskrevne principper.
- Andelsselskaber (A.m.b.a.): uskrevet, men svarende til aktieselskaber.
- Erhvervsdrivende foreninger (F.m.b.a.) og andre erhvervsdrivende virksomheder (S.m.b.a., som ikke længere kan oprettes): uskrevet, men svarende til aktieselskaber.
- Ikke-erhvervsdrivende foreninger og andre ikke-erhvervsdrivende juridiske personer:
  - uskrevet, men omtrent svarende til aktieselskaber;
  - dog med ekstra tolerance ("fejlmargin"), fordi hvervet ofte er ulønnet, og fordi det ikke er en virksomhed, der drives;
    - husk Højesterets udtalelse i *UfR 2006.2637 H (AOF Århus)* …
    - afgørende, om det er eller kan sidestilles med erhvervsvirksomhed;
    - var konkret = erhverv.

2.10. Bred margin for fejlskøn mv. – forretningsmæssige beslutninger

- Varetager man efter bedste skøn selskabets interesser, er der en bred margin for fejlskøn, jf. *Morten Samuelsson* i ET 2009 s. 136 ff.
- Gælder også efter selskabsreformen 2010 trods de mange fremhævelser af, at *det er "ledelsens ansvar, at …"*
- Capinordic-dommen
  - anerkender ledelsens skønsmargin (*business judgment rule*)
  - *Ø.L. 9. oktober 2015, 13. afd. nr. B-876-11 og B877-11*

- meget vigtig udtalelse fra landsretten er følgende (s. 1261):
  - "Landsretten finder, at der bør udvises forsigtighed med at tilsidesætte det forretningsmæssige skøn, der er udøvet af Bankens bestyrelse og direktion ved bevillingen af et lån"
- dog væsentlig begrænsning (s. 1261):
  - "I de tilfælde, hvor en bevilling af et lån eller en anden disposition foretaget af de sagsøgte har været til fordel for et bestyrelsesmedlem eller et selskab kontrolleret af denne eller for et andet selskab i Capinordic koncernen, finder landsretten dog, at der må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat".

UfR 1977.274 H (Havemann) – er stadig gældende ret
- måtte afveje risikoen for ikke at kunne betale dagens leverandører …
- mod risikoen for, at rekonstruktionen gik i vasken (hvis man pludselig betalte kontant);
- vægt på, at rekonstruktionen ikke var urealistisk (håbløshedspunktet var ikke passeret);
- tilsvarende *UfR 2015.2734 Ø (håndbolddommen)*
  - direktør ansatte træner, kort før selskabet opgav at drive kontrakthåndbold og gik konkurs; men stolede på formandens løfter om kapitaltilførsel; frifundet for trænerens erstatningskrav
- anderledes, hvor håbløshedspunktet er passeret …
  - *UfR 1998.1137 H (fodbolddommen)*
    - ikke fra dagen, hvor regnskabet blev vedtaget …
    - men fra modtagelse af senere besked om håbløshed;
    - sammenligner 2 balancer (og frasorterer en række anmeldte krav).
  - *UfR 2002.2263 H (SKAT)*;
  - *UfR 2006.243 H (Mindshipfonden)* – fortsatte restaurantionsdrift trods håbløshedspunkt.

UfR 1999.707 H (Future Advance A/S) – er stadig gældende ret
- formanden anbragte millionbeløb som aftaleindskud i bank, der gik konkurs;
- indskudsmåden afveg ikke afgørende fra bestyrelsens beslutning, og formanden frifandtes derfor.

UfR 2013.1312 H (Rudersdal-sagen)
- Højesterets foran nævnte principielle udtalelse ad grundejerforeninger mv.:
  - "Hvis bestyrelsen disponerer ud fra et rimeligt beslutningsgrundlag, vil fejlskøn som udgangspunkt ikke være ansvarspådragende for bestyrelsens medlemmer"
- en professionel (advokat, revisor) ville ikke have haft en tilsvarende skønsmargin
  - se fx (*UfR 2016.1995 V, kurators tabte sag)*
  - kurator havde anlagt sag for boet mod Nykredit Bank
  - boet tabte og blev pålagt sagsomkostninger til NYK

- men der var ikke midler nok i boet hertil
- advokaten (der i øvrigt havde sikret sit eget salær i sagen) blev erstatningsansvarlig over for NYK for det manglende beløb

2.11. Snæver margin – såfremt særinteresser varetages

- jf. landsrettens reservation i Capinordic-dommen til anerkendelsen af *business judgment rule* (s. 1261):
  - "I de tilfælde, hvor en bevilling af et lån eller en anden disposition foretaget af de sagsøgte har været til fordel for et bestyrelsesmedlem eller et selskab kontrolleret af denne eller for et andet selskab i Capinordic koncernen, finder landsretten dog, at der må stilles skærpede krav til, at de sagsøgte har sikret, at hensynet til Banken ikke blev tilsidesat".
  - jf. Erik Werlauff i R&R 2015 nr. 12 s. 48 ff.
- *Vestre Landsrets dom 22/10 1984*, passivitet over for betydelige lån til hovedaktionær, der blev straffet herfor ved *UfR 1985.940 H*.
- *UfR 1986.513 H (blankolån til aktionærs familie)*.
- *UfR 1989.812 H*, begunstigelse af hovedaktionærs tilgodehavende gennem virksomhedssalg fra kriseramt selskab (ærgerlig "klapfejl").
- *UfR 2010.190 H (Russmarine A/S)*
  - havde som direktør opsagt selskabets ellers 5-årige shippingkontrakter – tab 3,6 mio. kr.;
  - samt overført dets søfartsvirksomhed til sit eget selskab og herved ruineret selskabet(!);
  - ualmindeligt grov sag!

2.12. Uddrag af praksis om tilsyns- og kontrolpligt – dvs. nogle leveregler

- Man må i bestyrelsen ikke være eftergivende og passiv fx over for en stærk direktør, jf. *UfR 1959.421 SH*.
- Man skal generelt overvåge selskabet grundigt, jf. *UfR 1984.1115 SH*.
- Man skal i bestyrelsen også sørge for effektivt tilsyn med ansatte, som disponerer over selskabets midler, jf. *UfR 1962.151 H*.
- Man har ganske vist ikke pligt til et nøje indseende med alle detaljer i komplicerede sager, *UfR 1962.452 H* og *UfR 1997.1680 H* …
  - … men man skal foretage de undersøgelser og den kontrol, som konkret er nødvendig, jf. samme domme.
- Man må ikke forholde sig passiv over for noget, der kan indebære, at penge strømmer ud af selskabet, jf. *UfR 1979.777 V*.

- *UfR 2015.2075 H (Memory Card Technology)*
  - bestyrelsen generelt
    - vigtigt, at de fulgte godt med og stillede spørgsmål
  - formanden
    - enkeltstående fejlvurdering udløser ikke ansvar…
    - når man i øvrigt lever op til sine forpligtelser
  - revisorerne
    - professionsansvar – overtrædelse af god regnskabs/revisionsskik udløser ansvar
    - kan revisor ikke gennemskue noget teknisk, må han/hun søge ekspert-hjælp (varelageret – stikprøver ej nok)
    - men også for revisoransvaret gælder (som for alt erstatningsansvar) et krav om årsagssammenhæng mellem fejl og tab
    - fejl kan blive "gratis", hvis de ikke fører til tab
    - og "gratis" er de jo alligevel ikke – jf. tid, omkostninger, belastning, renommé etc.

- Comitel-sagen som eksempel på et tilstrækkeligt tilsyn;
  - *UfR 2016.1870 H (Comitel)*
  - den, der var hovedaktionær, bestyrelsesmedlem og i en periode også direktør, blev frifundet for et erstatningskrav på 144 mio. kr. fra SKAT
  - Comitel havde været involveret i en "momskarrusel", hvor selskabet fik købsmoms retur…
  - men hvor de firmaer, som selskabet købte sine varer fra (mobiltelefoner og it-komponenter)…
  - svigagtigt ikke afregnede deres salgsmoms
  - lederen af Comitels brokervirksomhed fandtes at have deltaget i svindelen og idømtes 5 års fængsel
  - men hovedaktionæren havde ikke deltaget i svindelen og burde heller ikke have opdaget den
  - han havde løbende fulgt med i Comitels udvikling…
  - herunder omsætning, omkostninger, resultat, budget, bankkonti mv.
  - herefter var det ikke bevist, at hovedaktionæren havde udvist uforsvarlig adfærd (uagtsomhed)…
  - ved den opgavefordeling, der blev gennemført mellem ham og lederen af brokervirksomheden, eller
  - som følge af manglende tilsyn og kontrol med brokervirksomheden.

- Hvis der er alvorlig mistanke om misbrug, kan man ikke altid nøjes med at udtræde, men skal sikre selskabets midler, underrette aktionærerne mv., *UfR 1997.283 H (Dokoff)* og *UfR 2004.2253 H*.

2.13. Forventelig tendens – successiv skærpelse

- Klare tendenser i retslitteraturen – successiv skærpelse.
- *Rolf Dotevall*: Bolagsledningens skadeståndsansvar, 2. udg., 2010
  - jo flere skrevne regler, desto klarere culpanorm udvikles der (banker, børsselskaber);
  - hvor de skrevne regler slipper op: en loyalitetsstandard ("andres penge", *diligentia quam in suis* = samme omhu som i egne sager).
- *Thorbjørn Sofsrud*: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999)
  - en række "fokuspunkter" …
  - i forhold til disse er ansvaret strengere.
- *Sara Hele Andersen & Nikolaj Højgaard Svorin* i Justitia 2011 nr. 6 s. 3 ff.
  - udenlandsk praksis (tysk, engelsk) viser tendenser til skærpelse;
  - selskabsreformen 2010 kalder på skærpelse (til gengæld for de mange øgede frihedsgrader);
  - øget professionalisering af ledelsesmedlemmerne;
  - videregående loyalitetspåbud i forhold til selskabets kreditorer.
- *Klaus Stubkjær Andersen*: Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring (2011)
  - ingen mild bedømmelse for tantebestyrelser (s. 114 f.);
  - bemærk HR i *UfR 2001.873 H (bilhusdommen)* …
    - ↬ bestyrelsesarbejdet forventes udført "rimeligt professionelt".
- *Søren Bergenser*: Tilsynsrådets erstatningsansvar (ph.d. 2012).
- Retsopgøret efter bankkrisen i 2008 …
  - kan muligvis forventes at føre til en skærpelse af ansvarsstandarden …
  - og til en yderligere fokusering på de (mange!) skrevne reglers betydning;
  - jf. i samme retning *Carsten Fode* & *Mads Reinholdt Sørensen* i *Mette Neville* & *Karsten Engsig Sørensen*: Selskaber – aktuelle emner (2013) s. 331 ff.
- Præjudikatværdi af tidligere domme
  - domfældelse – fuld præjudikatværdi;
  - frifindelse – skal granskes nærmere; kan have mistet præjudikatværdi.

Kapitel 3

Ejernes hæftelse – moderselskab, hovedaktionær

3.1. Udgangspunkt: ingen identifikation mellem selskabet og dets moderselskab/hovedaktionær

- Moderselskabet M hæfter ikke for datterselskabet D.
- Hovedaktionæren H hæfter ikke for sit selskab "D".
- Hvert selskab er bærer af ret og pligt.
- Man kan ikke kontrahere med "en koncern", kun med ét eller flere specifikke selskaber.
- Overblik over undtagelser – 6 stk. i alt:
  - lov,
  - løfte,
  - økonomisk enhed,
  - medvirken,
  - illoyalitet,
  - gennembrud …
    - et selskabsretligt problem?
    - US: forlængelse af materiel ret (erstatningsret, kartelret, miljøret etc.);
    - forlængelse af konkursretten, jf. ny KL § 167 om hæftelse ved overtrædelse af konkurskarantæne.
- Nyere litteratur
  - *Erik Werlauff* i UfR 2012 B s. 203 ff. ("Medhæftende majoritetsejer");
  - *Mads Søbye* & *Carsten Jacobsen* i Justitia 2013 nr. 2 s. 3 ff.

3.2. U-1: lov

- Heldigvis sjældent forekommende.
- Dansk eller international sambeskatning
  - administrationsselskabet i Danmark hæfter for skat af sambeskatningsindkomsten (når adm.-selskabet har modtaget bidragene fra koncernens overskudsselskaber);

- "det ultimative moderselskab (i Danmark)";
- selskabsskattelovens (SEL) § 31, stk. 4, og § 31 A, stk. 4.

Lovændring 2012
- alle sambeskattede selskaber hæfter for skatten af hele sambeskatningsindkomsten;
- dog at frasolgt selskab ikke længere hæfter …
- dvs. kan sælges, uden at køberen risikerer hæftelse for gammel skat i sælgerkoncernen …
- til gengæld øges de tilbageværende selskabers hæftelse tilsvarende.

Hæftelse ved overtrædelse af konkurskarantæne – KL § 167
- er lovbestemt …
- men har så stærke lighedstræk med hæftelsesgennembrud …
- at bestemmelsen bedst behandles dér.

3.3. U-2: løfte

Kaution/garanti, dvs. alene obligationsretligt forpligtet.

Tredjemandspant, dvs. tingligt forpligtet.

Evt. en kombination af 1 og 2.

Støtteerklæring – *letter of comfort*
- tilsigter ikke at være dispositiv;
- men kan efter konkret fortolkning være det:
  - *UfR 1994.470 H (*Engesvang Trælast)
    - +hæftelse;
    - begyndte med "hensigtserklæring", men sluttede med dispositiv ordlyd.
  - *UfR 1998.455 H (*Scanbroker/Nomura)
    - ingen hæftelse;
    - Nomura "stod bag" holdeforretningerne;
    - dette var ikke en tilstrækkeligt dispositiv tekst.
  - *UfR 1998.1289 H (*SCS Holding)
    - ingen hæftelse;
    - "vil økonomisk støtte D, så D kan opfylde …";
    - HR-flertal: kun faktuel udtalelse;
    - dissens: svarer til Engesvang;
    - herefter er denne ordlyd et godt paradigma – når der ikke skal hæftes!
  - *UfR 2011.2726/2 H (*ProTeleVision)
    - principiel udtalelse fra Højesteret:
      - "Det følger af Højesterets praksis vedrørende støtteerklæringer, at det i første række er indholdet af den konkrete støtteerklæring, som er bestemmende for, i hvilket omfang en erklæringsgiver bliver forpligtet over for erklæringens adressat."

- hverken …
  - ~ det forhold, at M havde lovet ikke at afhænde aktierne i D, men at dette var gået konkurs, eller
  - ~ et udsagn om, at "[M] løbende gennemgår [D's] status, som det er [M's] politik at støtte økonomisk med henblik på at sikre, at [leverandøren] ikke lider et tab …" …
- kunne føre til, at M hæftede, hverken når man betragtede det citerede afsnit isoleret eller sammenholdt med erklæringens øvrige indhold;
- Den originale engelske tekst lød således:
  - ~ "*[W]e confirm that we shall continuously review the status of PTV, which it is our policy to support financially, and that we shall use our influence to ensure that GPV will not suffer any loss …*"
  - ~ dermed er også dette et godt (engelsksproget) paradigma på ikke-hæftelse.

↬ *UfR 2009.1512 H (*Centralsavværket A/S)

- årsberetning: "Bestyrelse og ejere vil sørge for den nødvendige kapital til S' fortsatte drift og fremadrettede udvikling";
- næste år: "… stille likviditet til rådighed, således at S samlet forventes at have den nødvendige likviditet til at kunne gennemføre de budgetterede aktiviteter for det kommende år";
- HR: "Generelle udsagn rettet til en ubestemt personkreds …
  - ~ … uden at det fremgår, at der er tale om en indeståelse for S' forpligtelser over for kreditorerne".
- tysk ret: M's årsrapport med sådan erklæring er et tilbud – accepteres ved at kontrahere med et omfattet D.

	Engesvang Trælast (Jyske Bank A/S) *UfR 1994.470 H*	**S. C. Sørensen** (Varde Bank A/S) *UfR 1998.1289 H*
Hvad slags kredit?	Driftskredit efter rekonstruktion	Kreditramme på 100 mio. kr. til valutaspekulation
Ordlyden af letter'et	"… om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige midler er til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Jyske Bank A/S"	"… økonomisk at ville støtte D med henblik på, at D vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Varde Bank A/S"
Løftegiverens handlepligt	"tilføre selskabet … midler"	"økonomisk støtte selskabet"
Den angivne følge af handlingen	"tilstrækkelige midler til, at det … er i stand til at opfylde …"	"… med henblik på, at det vil være i stand til at opfylde …"
Retsfølge (Højesteret)	hæftelse som ved kaution	ingen hæftelse

Figur 1: Sammenligning af teksten i Engesvang hhv. SCS.

3.4. U-3: "økonomisk enhed" (= samvirke)

- Nyere (EU-)udtryk: udgør en økonomisk enhed.
- Dvs. deltagelse i en "økonomisk enhed" …
  - svarende til I/S eller fælles virksomhed.
- Særligt EU-Domstolen har understreget vigtigheden af denne efterprøvelse.
- *C-97/08 P (Akzo Nobel)*
  - D'er fremstillede B-vitaminer til veterinær anvendelse;
  - deltog i ulovlig karteldannelse – bøder, evt. erstatning;
  - hæftede M?
  - ikke automatisk, sagde EUD;
  - men havde afgørende indflydelse på D'erne;
  - indgik herved i en "økonomisk enhed", der begik overtrædelsen;
  - en "økonomisk enhed" kan bestå af flere juridiske personer;
  - har "personligt ansvar for den økonomiske enhed" (I/S-lignende);
  - bevis for M's faktiske deltagelse i kartellet krævedes ikke;
  - men EUD understreger: det er ikke et "objektivt ansvar" (præmis 77).
- *C-179/12 P (Dow Chemicals)*
  - går endnu videre mht. at statuere ansvar hos M
  - to M'er ejede et fælles JV (= D) $^{50}/_{50}$
  - nu deltog D i en karteldannelse i strid med artikel 101 TEUF
  - hæftede de to M'er?
    - Dow: nej, de har jo kun negativ indflydelse, ikke bestemmende
      - EUD: jo, M'erne + D udgør en øk. enhed, og Retten har vurderet de "øk., organisatoriske og jur. faktorer, der binder D til M'erne"
    - Dow: når D er "selvstændigt fungerende" efter fusionskontrolreglerne, kan M'erne vel ikke have bestemmende indflydelse på D
      - EUD: jo, M kan godt alligevel skulle have strategiske beslutninger godkendt hos M'erne …
      - dermed udgør M'erne og D alligevel en øk. enhed…
      - og dermed hæfter M'erne for D!
- *T-543/08 (RWE)*
  - følger op på bl.a. Dow Chemicals
  - det er nok til afgørende indflydelse…
  - at M skal have strategiske beslutninger hos D forelagt til godkendelse…
  - fx gennem sine repræsentanter i Ds selskabsorganer
- *C-508/11 P (Eni SpA)*
  - karteldannelse inden for plastindustrien;
  - EU's konkurrenceret omfatter virksomheder, og en virksomhed kan omfatte flere juridiske personer (præmis 82);
  - D's adfærd kan tilregnes M, såfremt D ikke frit bestemmer sin adfærd (præmis 46);

- — når M ejer størstedelen af D's kapital, er der en afkræftelig formodning for, at M faktisk har udøvet en afgørende indflydelse på D (præmis 47);
- — intet retssikkerhedsmæssigt betænkeligt herved, da formodningen er afkræftelig (præmis 50).

✍ Men synspunktet om "økonomisk enhed" er da også fuldt ud accepteret også i dansk ret

- — jf. ambi-tilbagebetalingssagerne …
- — hvor (koncern)forbundne selskaber, hovedaktionærer, andelshavere mv. i forbindelse med tilbagebetaling af ambi …
- — blev identificeret i relation til *compensatio lucri cum damno* (fradrag for sparede, bortfaldne afgifter) …
  - ⇜ *TfS 1998.153 Ø* – selskabs tab, hovedaktionærs vinding fradraget;
  - ⇜ *TfS 2002.435 Ø* – lejers (et K/S's) tab, udlejers (hovedaktionær i komplementarselskabet) vinding fradraget;
  - ⇜ *TfS 2001.232 H* og *TfS 2001.233 H* – selskabs tab, andelshaveres vinding fradraget;
  - ⇜ fradraget for sparede afgifter blev som bekendt underkendt af Domstolen ved *C-398/09 (Lady & Kid)* …
  - ⇜ men genoptagelse af dommene om identifikation efter rpl. § 399 blev nægtet ved *UfR 2012.3564 H;*
  - ⇜ men tilbage til hovedsporet: identifikation:
- — *Erik Werlauff* i TfS 1998 s. 178
  - ⇜ afgørende for +/- modregning må være …
  - ⇜ om fælles virksomhed eller ej (økonomisk enhed);
  - ⇜ dvs. et konkret samvirke = driftsfællesskab;
  - ⇜ den selskabsretlige (koncern)forbindelse er (naturligvis) ikke nok.

3.5. U-4: medvirken

✍ Kan være …

- — selskabets forpligtelse uden for kontrakt;
- — selskabets forpligtelse i kontrakt;
- — forholdet til medejer(e).

✍ Kan ligeledes være …

- — en handlemåde, der er culpøs i sig selv (oftest);
- — en handlemåde, der ikke er culpøs, men blot gør den pågældende til medvirkende.

✍ Medvirken vedr. selskabets ansvar uden for kontrakt

- — *UfR 1999.326 Ø (Microsoft-krænkelsen)*.

✍ Medvirken vedr. selskabets ansvar i kontrakt

- — *UfR 2003.915 Ø (arkitektens tilsynssvigt)*
  - ⇜ klar faglig fejl for alvorlige byggeskader;
  - ⇜ hans selskab var opløst;

- byggeskadefonden havde regres mod ham
- se nedenfor om arkitektsag om medvirken – med modsat resultat (samt hvorfor)

— *UfR 2009.2269 V (flyttefirmaet)*
- firmaets forretningsmetoder ved tilbudsgivning og gennemførelse af opgaver var ualmindeligt grove;
- hovedanpartshaver/direktør derfor personligt ansvarlig over for kunderne, sammen med ApS'et

— bemærk lighedspunkter til "springende regres":
- grov handlemåde og/eller
- klar faglig fejl (hvilket forklarer de modsatrettede arkitekt-dommene):
  - *UfR 2003.915 Ø:* arkitekts selskab; klar faglig fejl
  - *UfR 2016.1329 V:* arkitekts selskab; faglig fejl, men ikke klar.

✍ Også den ikke-culpøse medvirken kan medføre hæftelse – jf. fx …

— *C-358/08 (Aventis Pasteur)*
- fransk M, britisk D;
- D markedsførte vaccinen i UK;
- patient i UK blev alvorligt skadet af vaccinen;
- sagsøger britisk D ved britisk domstol;
- men henvises til, at "EU-producenten" er M i Frankrig;
- når UK-importøren peger på "EU-producenten", går importøren fri;
- patienten bad om lov til at udskifte sagsøgte, men nu var 10-års fristen i direktivet om produktansvar udløbet!
- EUD blev spurgt om udskiftningen og 10-års fristen – og svarede nej;
- men EUD tilføjede af egen drift, at situationen måske alligevel kunne tackles på én af to måder (= gratis retshjælp fra EUD):
  - britisk D havde svaret uklart på spørgsmål om, hvem der var producent – kunne måske derfor selv betragtes som producent;
  - havde fransk M besluttet at bringe vaccinen på markedet i UK? – i så fald kunne M selv betragtes som importør (og da indsættes som sagsøgt i stedet for UK-selskabet) (= ikke-culpøs, objektiv medvirken);
  - m.a.o.: betragt D's og M's konkrete medvirken …
    - ~ gør evt. D til producent, eller
    - ~ gør evt. M til importør.

3.6. U-5: illoyalitet

✍ Dvs. en særlig. kvalificeret variant af culpabegrebet.

✍ Kan være over for …

— kreditorer og medkontrahenter i øvrigt;

— en medejer.

- Illoyalitet over for kreditor – forringer fyldestgørelsesmuligheden
  - *UfR 1997.364 H (Satair)* (*TfS 1997.110 H*, *Erik Werlauff* i TfS 1997 s. 114)
    - M ledede D og gav instruks (om at udlevere bankindeståendet til en selskabskøber, der derefter tømte selskabet);
    - derfor ansvar hos M "som ledelse", dvs. simpel uagtsomhed er nok (= ledelsesansvaret, SL § 361, stk. 1);
    - ikke kun ansvar som aktionær (hvor grov uagtsomhed kræves (= kapitalejer-ansvaret), SL § 362, stk. 1)
    - endog et skærpet culpaansvar, når den sælgende aktionær agerer sammen med en professionel rådgiver, nemlig som følge af aktiv identifikation, jf. *Marie-Louise Holle* i UfR 2015 B s. 147 ff., særligt s. 151 f.
  - *UfR 2006.3050 H (Taster Wine)* – udtræk fra D, mens sag verserede mod D
  - Ulmadan Production *(UfR 2011.1052 H)*
    - selskabet U havde en finasieringsaftale med factoringselskabet F
    - F havde sikkerhed i de udestående fordringer, der blev factoringfinansieret
    - men da U gik ned, viste det sig…
    - at der var skabt modkrav hos factoring-debitorerne…
    - ved at U havde købt på kredit hos dem
    - disse modkrav skulle F respektere, jf. GBL § 27 …
    - og factoring-debitorerne skulle derfor ikke betale (de fulde) beløb til F – hvorved F led tab
    - dette tab blev F's direktion ansvarlig for (havde jo gennemført de køb, der udløste modkravene)
  - *UfR 2015.869 H (Extreme Land Scandinavia)*
    - selskabets direktør blev dømt på lige fod med selskabet for grove varemærkekrænkelser begået over for en tidligere samhandelspartner
    - det var D, der havde truffet beslutningerne om salg, markedsføring mv. af de pågældende jakker
- Illoyalitet over for medejer – forårsager værdispild over for ham
  - *UfR 1999.1080 V (Protech ApS)*
    - $^{50}/_{50}$-ejet selskab;
    - kapitalforhøjelse nødvendig, ellers opløsningstruet;
    - den ene ville ikke selv deltage – og ville ikke medvirke til, at den anden tegnede forhøjelsen;
    - tvangsopløst – tab;
    - erstatningspligt herfor – loyalitetsgrundsætning.
  - *UfR 2010.2757 V (VMI)*
    - aktier solgt på indre værdi pr. næste 31. december (reguleres);
    - medejere ændrer regnskabsprincipper (afskrivning, udestående fordringer etc.) – nedjusterer herved egenkapital (og dermed også købesummen);
    - illoyalt – skulle betale differencen op til hidtidige principper.

3.7. U-6: hæftelsesgennembrud

- Objektiv hæftelse i form af identifikation med selskabet- "hæftelsesgennembrud".
- Kræver noget ganske særligt
  - "kvalificeret, relativ underkapitalisering" – i forhold til omfang af risici mv.;
  - tilsidesættelse af selskabsretlige formalia (særligt: formuesammenblanding).
- US-praksis: Yellow cabs (two-cab companies)
  - *Robinson v. Chase Maintenance Corp. (1959)*;
  - *Walkovsky v. Carlton (1966)*;
  - tilsvarende i andre lande:
    - USA/UK: *piercing (lifting) the veil* (= sløret);
    - Tyskland: *Haftungsdurchgriff*;
    - Sverige: *ansvarsgenombrott* …
      - men svensk lovforslag i SOU 1987:59 – opgivet.
- Midtfyn Festival (*UfR 1997.1642 H*)
  - Midtfyn: culpa? nej – derfor eneste løsning: gennembrud;
  - en vis grad af formuesammenblanding må kræves (en *conditio sine qua non* for hæftelsesgennembrud);
    - derfor: kun gennembrud ad søsterselskab, ikke ad fysisk hovedaktionær.
  - ligeledes må kræves en vis "kvalificeret, relativ underkapitalisering", dvs. for ringe kapital i forhold til risici mv.
    - ét selskab lukrerer på et andet selskabs risikotagning;
    - næppe udelukket at overføre dette på holdingselskab med datterdrifts-selskab, der kontinuerligt holdes slankt ved profithjemtagning.
  - amerikanske og tyske domme: ligeledes vægt på, om selskabsretlige formalia er overholdt;
  - kreditor-typer …
    - offentlig tvangskreditor (her: SKAT): + gennembrud ("… i hvert fald over for SKAT, der var tvangskreditor …";
    - privat tvangskreditor (erstatning): +gennembrud;
    - privat aftalekreditor: ej gennembrud.
  - *Erik Werlauff* i TfS 1997 s. 822;
  - *Børge Dahl* & *Jørgen Nørgaard* i UfR 2000 B s. 399 ff.
    - ikke introduceret kreditortyper af 1. og 2. grad, men mere nærliggende at statuere over for SKAT her.
  - *Jan Pedersen* i SR-skat 2002 s. 324 ff., særligt s. 336 ff.
  - konklusion:
    - den kombination, der skal falde i hak, for at hæftelsesgennembrud kan statueres efter dansk ret, er dermed:
      - formuesammenblanding,
      - risikoforskydning plus
      - relativ underkapitalisering.

- Endnu et praktisk eksempel – dog uden en dom: Ballerup Siemens Arena
  - bygherre: Ballerup Superarenafonden;
  - opført af Hoffmann A/S som hovedentreprenør;
  - taget kollapsede i 2003 – skade for 50 mio. kr. (kun tingsskade);
  - Hoffmann ansvarlig over for fonden;
  - Hoffmann regres mod Lilleheden Advance A/S (= D), som havde projekteret (thi fejlberegning af spærenes konstruktion);
  - dømt ved voldgift – men derved insolvent;
  - moderselskab Lilleheden A/S (= M) havde leveret materialer, men ville ikke hæfte (og var ej part i voldgiftsklausul);
  - hæfter M for sit nu insolvente D?
    - over for Hoffmann? (bygherre = aftale-kreditor, dvs. frivillig kreditor)? nej;
    - hvis der havde været tilskadekomne (= retsbrudskreditor, dvs. tvangskreditor)? ja, meget muligt.
- Hvordan kan man forebygge gennembrud – fx aktuelt ved etablering af D i lande med klar retstradition for gennembrud? – 5 simple råd! *Erik Werlauff* i TfS 1997 s. 822:
  - udstyr D med en relativt betragtet rimelig egenkapital, ikke blot lovens absolutte kapitalkrav;
  - lad D beholde en ordentlig del af sit overskud (dvs. undgå *profit-stripping*);
  - overhold alle selskabsretlige formalia (ingen formuesammenblanding);
  - undgå 100 pct. sammenfald mellem D's og M's bestyrelser;
  - lån ikke penge fra D, og lån ikke penge til D;
    - U: alm. daglig mellemregning.
- Lovreguleret hæftelsesgennembrud – hvis konkurskarantæne overtrædes
  - til imødegåelse af konkursrytteri blev der i 2013 indført regler i KL på grundlag af Konkurslovrådets betænkning nr. 1525/2011 om konkurskarantæne;
  - personer, som har været medlem af ledelsen i en virksomhed, der er gået konkurs, kan pålægges konkurskarantæne;
  - omfatter også personer, som reelt har været medlem af ledelsen i en virksomhed uden at være registreret (stråmandsvirksomhed = *Erik Werlauffs* udtryk fra disputatsen: "kontrolgruppen");
  - kun karantæne, hvis personen pga. groft uforsvarlig forretningsførelse er uegnet til at deltage i ledelsen af en virksomhed, jf. KL § 157;
  - *Christine Marie Andersson* i Justitia 2013 nr. 1. s. 3 ff.:
    - kunne være *UfR 2007.497 H (Calypso Verdensrejser)*, hvis reglerne havde været gældende dengang;
    - de erstatningspligtige ledelsesmedlemmer ville højst sandsynligt ville være blevet pålagt konkurskarantæne;
    - jf. Højesterets bemærkninger om, at "selskabet gennem hele perioden blev drevet på en måde, som må betegnes som klart uforsvarlig".

— nu kommer så pointen – et lovhjemlet, rimelighedsbaseret hæftelsesgennembrud:
  - er man (KK) under konkurskarantæne, har man forbud mod at deltage i ledelsen af en virksomhed, hvori man ikke hæfter personligt og ubegrænset – normalt 3 år, jf. KL § 158;
  - KK'er registreres i et Konkurskarantæneregister hos Erhvervsstyrelsen, jf. KL § 169;
  - hvis KK deltager i ledelsen af en virksomhed, der går konkurs med en fristdag, der ligger inden udløbet af karantænen (eller hvor fristdagen ligger inden for et år efter udløbet af karantænen, jf. KL § 167, stk. 3) …
  - hæfter KK personligt, på objektivt grundlag for den del af gælden, der ikke dækkes af konkursmassen, jf. KL § 167, stk. 1 – dvs. et lovhjemlet hæftelsesgennembrud.
  - skifteretten kan helt eller delvis fritage for denne hæftelse, jf. KL § 167, stk. 2;
    - motiver: hvis deltagelsen i ledelsen har haft et meget begrænset omfang.
  - skal lægge vægt på, om det under hensyn til de vigtigste årsager til konkursen og KK's andel heri er rimeligt at pålægge hæftelse, jf. KL § 167, stk. 4;
  - inden skifteretten indkalder til afsluttende skiftesamling, skal kurator indleveret stævning til skifteretten med påstand om hæftelse, jf. KL § 168, stk. 1;
    - dvs. endnu en kuratoropgave;
    - alm. regler om sagsomkostninger gælder.

3.8. Rekapitulerer – udgangspunkt og undtagelser

Ho.: hvert selskab bærer egen ret og pligt.

U'er:
— lov – sambeskatning;
— løfte – Engesvang, modsat SCS;
— medvirken – Akzo Nobel (kartel), Aventis Pasteur (UK-datter), Eni SpA (kartel);
— culpa – Satair, Microsoftkrænkelsen, flyttefirmaet;
— gennembrud – Midtfyn, udenlandsk ret.

3.9. Anden form for identifikation mellem D og M (hhv. H)?

Klart udgangspunkt: nej!
— M og D er selvstændige retssubjekter;
— derfor særbehandling, særhæftelse etc.

- Nogle eksempler på følgerne heraf:
  - M og D kan handle med hinanden
    - *UfR 1985.664 V*, stoleproduktionen på licens.
  - M og D kan overdrage en virksomhed indbyrdes
    - *C-234/98 (Amalgamated Construction)*.
  - M kan ikke automatisk straffes for D's handlinger
    - *UfR 2001.777 H (Telia A/S/Telia Telecom A/S)* (ej berigtige i A-skrift).
  - M kan gå konkurs, uden at D's aktiver indgår i M's bomasse
    - UfR 1986.697 V (chokoladeselskabets datterfinans)
      - derfor hidtil: datter-finans-modeller.
    - M's udestående fordringer overføres til D på markedsvilkår …
    - og M pantsætter sine aktier i D til banken;
    - reduceret behov herfor, da nu mulighed for virksomhedspant, TL § 47 c og fordringspant, TL § 47 d;
    - men dog fortsat behov for specifik adskillelse i specialiserede selskaber, der kan kontrahere med hinanden, jf. fx *UfR 2002.139 H (Jyske Bank og de leasede lastbiler)*.
  - M kan fx til sikkerhed for bankgæld pantsætte ét eller flere D'er
    - stigende tendens hertil under krisen fra 2008;
    - fx gav Parken Sport & Entertainment A/S i 2008 pant til Nordea Bank i fitness.dk og I Lalandia A/S, Rødby;
    - og Axcel (via Royal Scandinavia Holding A/S) gav i 2009 sine banker pant i Royal Copenhagen A/S og i (dele af) Georg Jensen A/S.
  - SL § 82 begrænser naturligvis ikke muligheden for aftaler mellem selskabet og dets bankforbindelse;
  - men en række af disse aftaler tilsigter at binde bestyrelsen og/eller generalforsamlingen …
  - og bør af den grund ind i vedtægterne;
  - fx særlige flertalskrav i bestyrelsen (bankens "mand" etc.);
  - warrants/tegningsretter til banken etc.

3.10. Som følge af særbehandlingen er "eternitløsninger" mulige

- Et økonomisk "overbelastet" koncernselskab S-1 kan (og bør) isoleres.
- Dets virksomhed overdrages til søsterselskabet S-2 – på armslængde-vilkår.
  - det sælgende selskab har, når køberselskabet har samme ejer(kreds), "en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen sker på markedsmæssige vilkår", jf. *UfR 2015.2219 H (FC Nordsjælland)*
- Hvis frygten for S-1 viser sig begrundet, kan S-1 gå konkurs, uden at hverken M eller S-2 hæfter.
- Er dette "uetisk"?
  - nej, koncernbestyrelsen har pligt til at søge at begrænse tab!

- — ansvar for ikke at gøre noget;
- — men også ansvar for at gøre det – forkert (*UfR 1989.812 H* – de usikrede krav, der overførtes og derved blev fuldgode).

- *UfR 2002.249 H (Eternitsagen)* – kun om det køberetlige spørgsmål
  - — smuldrende eternittage;
  - — holdbarheden af modellen ej efterprøvet …
  - — thi "S-1" blev frifundet i Højesteret!

- Orifarm A/S (fra dagspressen; ingen sag/dom)
  - — påståede patentkrænkelser i medicinalindustrien;
  - — frygt for "S-1"s overlevelse

- *UfR 1997.179 H (Staldbyggeriet)*
  - — "HR finder ikke fuldt tilstrækkelig anledning til at dømme …"
  - — og omkostninger ophævet, trods frifindelsen;
  - — ikke et eksempel til efterlevelse – frifundet på en knivsæg!

3.11. U: identifikation – dansk praksis

- D's aktiver *kan* blive betragtet som M's aktiver
  - — *UfR 1978.880 V (Inka Print)* – håndpant via særskilt selskab; rådighedsberøvelse ej anerkendt;
  - — *UfR 1980.806 V (Frigor)* – proformaopdeling i flere selskaber ej anerkendt.

- M *kan* komme til at hæfte for D
  - — *UfR 1997.1642 H (Midtfyn)* (dog her: "søsterselskaber").

- M's gevinst *kan* blive modregnet i D's tab ad erstatning
  - — *TfS 1998.153 Ø (ambi) – compensatio lucri cum damno*;
  - — *Erik Werlauff* TfS 1998 s. 178 ("Koncern-enhed og ambi-krav")

- M og D *kan* blive betragtet som én leverandør ad omstødelse
  - — *UfR 1994.621 H (Dagrofa)* – ét selskab tager varer tilbage ("usædvanligt betalingsmiddel"), et andet leverer nye på kredit;
  - — her var det "godt" for koncernen at blive identificeret.

3.12. U: identifikation – EU-praksis

- M og D *kan* blive betragtet som én virksomhed – ad karteldannelse – aftaler mellem virksom*heder*
  - — *C-73/95 P (Parker)*, (én virksomhed) – godt for M;
  - — *C-97/08 P (Akzo Nobel)*, (én økonomisk enhed) – skift for M;
  - — *C-508/11 P (Eni SpA)*, (M og D én virksomhed ad kartel);

- D's ekspertise *kan* blive betragtet som tilhørende M (udbud – påvisning af tilstrækkelig sagkundskab på området):
  - — *C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV)*;
  - — do. (2. gang), *C-5/97*.

Kapitel 4

Tvist om generalforsamlingen – bestyrelsens rolle

4.1. Retssag om beslutningers gyldighed

- Parallel: Forvaltningsakt fra en offentlig myndighed kan være behæftet med mangel:
  - tilblivelse,
  - indhold,
  - gælder også for en beslutning fra generalforsamlingen.
- Beslutningen kan kendes ugyldig ved dom.
- Det er som udgangspunkt kun domstolene, man kan henvende sig til
  - **U-1+2:** i begrænset omfang vil E&S kunne hjælpe kapitalejere, der mener, at en vedtægtsændring er ugyldig og derfor ikke bør registreres;
  - **U-1:** fundamentale tilblivelsesmangler kan medføre registreringsnægtelse …
    - fx EAN-kendelse 25. november 1998, Årsberetning 1998 s. 192 ff.
      - US-selskab havde solgt aktier til dansk køber …
      - men hævede nu handelen, udøvede selv stemmeretten og udskiftede bestyrelsen;
      - dansk køber klagede til Erhvervsstyrelsen (som ville have afvist klagen og registreret ændringen);
      - EAN: skal nægte at registrere og henvise US-selskab til at anlægge sag om ophævelse af aktiehandelen;
      - vægt på, at der var en handel, og at dansk køber havde fået aktiebreve udleveret(!)
  - **U-2:** do. ad indholdsmangler
  - ledelsen skal nægte at efterkomme en generalforsamlings-beslutning …
    - der kan være ugyldig, jf. SL § 127, stk. 1, 2. pkt.;
    - dvs. ledelsens lovpligtige filterfunktion;
    - bemærk konjunktivformen: "… hvis beslutningen måtte være ugyldig" – er jo ikke selv dommer, men må skønne.

- En kapitalejer (eller et ledelsesmedlem) kan anlægge retssag om en beslutning, som …
  - ikke er blevet til på lovlig måde:
    - *UfR 1992.393 H (foreningsret)* – forslag om at afsætte formand var rettelig ikke vedtaget; fik lige så mange stemmer som modkandidat;
    - *UfR 1982.249 Ø (foreningsret)* – ekskluderede var ej indkaldt og fik ej taleadgang.
  - eller er i strid med SL eller selskabets vedtægter;
  - "denne lov" fortolkes bredt – også andre love, der gælder for dette selskab;
  - men modstrid med ejeraftale kan som bekendt ikke (længere) være ugyldighedsgrund, jf. den navnkundige SL § 82 …
    - *UfR 1996.1550 H* er dermed retshistorie – kendte valghandling i strid med ejeraftale ugyldig;
    - … og derfor ofte bedre med vedtægtsfæstelse, der bringer retsforholdet mellem parterne i et jerngreb.
- Medkontrahenter, kreditorer og andre udenforstående …
  - kan ikke gennem et søgsmål efter SL § 109 gribe ind i selskabets interne beslutningsproces;
  - de er henvist til alm. sag mod selskabet, jf. SL § 20;
  - fx ved navne- og varemærkekrænkelser.
- Retssag om generalforsamling anlægges mod selskabet – ikke mod dirigenten
  - jf. *UfR 2008.60 Ø* …
  - sag mod dirigent afvist;
  - kan heller ikke medsagsøges.
- Anlægges senest 3 måneder efter beslutningen – § 109, stk. 2
  - **U-1:** dog ikke hvis beslutningen ikke lovligt kunne tages selv med samtlige kapitalejeres samtykke, § 109, stk. 3, nr. 1 – fx hvis der påberåbes majoritetsmisbrug (§ 108, generalklausulen, jf. *UfR 2006.1448 H*);
  - **U-2:** eller hvis samtykke skulle gives fra "alle eller visse kapitalejere", og det ikke er givet, § 109, stk. 3, nr. 2 (alle: fx nye pligter; visse: fx lighedsgrundsætning);
  - **U-3:** eller hvis reglerne for indkaldelse væsentligt er tilsidesat, § 109, stk. 3, nr. 3 – fx hvis kritiske aktionærer "tilfældigvis" ikke er indkaldt;
  - **U-4:** eller hvis det vil være åbenbart urimeligt at anvende fristen, § 109, stk. 3, nr. 4 (dog max. 24 mdr.) – *UfR 2006.1448 H*, billigt salg af D, billig forpagtning.
- Ved dommen …
  - kendes beslutningen ugyldig – ligesom en forvaltningsakt, § 109, stk. 4, 1. pkt;
  - eller den ændres, § 109, stk. 4, 2. pkt. …
    - fx udbyttets størrelse;
    - fx en valghandling;
    - kræver påstand, jf. udtrykkeligt § 109, stk. 4, 2. pkt.;

- ⇜ kræver, at det kan konstateres, hvad den korrekte beslutning ville have været;
- ⇜ fx Louis Poulsen (lamperne): utrykt *Østre Landsrets dom af 30. april 1996*, nr. B-1408-95 og B-2726-95 (i kølvandet på *UfR 1991.133 HK* og i *UfR 1994.234 H*) …
  - dommen forkaster dirigentens beslutning (hvorefter en gruppe aktionærer af dirigenten ansås for at have solgt deres aktier og derfor var uden stemmeret);
  - dommen indsætter den bestyrelse, der skulle være valgt …
  - hvis stemmerne var blevet tildelt korrekt;
  - og dommen foreskriver 7 dages fuldbyrdelses-frist …
  - samt at fuldbyrdelse kan ske uanset evt. mellemkommende anke!
  - dvs. efter 7 dage indtager ny ledelse bestyrelses- lokalet …
  - og beslutter som første punkt på dagsordenen at opgive anke!

✍ Dommen har også retskraft ("gyldighed") for de kapitalejere, der ikke har anlagt sagen, jf. SL § 109, stk. 4, 3. pkt.

— når dommen sendes til Erhvervsstyrelsen …
— ændres det registrerede i overensstemmelse med dommen.

Kapitel 5

Forsikringsafdækning af ledelsesansvaret

5.1. Konsekvenser for privatøkonomi af sag

- *Klaus Stubkjær Andersen*:
  - Ledelsesansvar og ledelsesansvarsforsikring s. 125 ff. påpeger …
- Hvis sag anlægges – likviditetsbelastning til advokatudgift.
- Fri proces – Civilstyrelsens praksis (Roskilde Bank, Løkken Sparbank, EBH Bank mv.)
  - økonomisk grænse ca. 280.000 kr. (husstand ca. 356.000 kr.);
  - rpl. § 329 – særlige grunde, samfundsmæssig betydning, principiel etc.;
  - men praksis tilbageholdende med at bruge § 329 …
  - og hvad hvis "professionelt bestyrelsesmedlem"? esller direktør?
  - evt. sondre: medarbejdere får, andre gør ikke.
- Beskikkelse af advokat – uden fri proces: nærmere nedenfor om nogle muligheder. Kreativ anvendelse af rpl. § 259, stk. 3 (thi her "andre hensyn end ad fri proces").
- Retshjælpsforsikring – dækker ikke "erhvervsudøvelse".
- Hvis sagen tabes – helt eller delvis – hvad står der på spil?
  - egen advokat – fx "700 mio. kr. sagen", "nytårssagen";
  - sagsomkostninger til modpart;
  - selve erstatningsbeløbet + procesrenter;
  - syn og skøn – EBH Baltic, EBH ISI 6 etc.;
  - hvor mange instanser?
  - reel risiko: personlig konkurs.
- Hvis sagen vindes – alligevel en underskudsforretning
  - tilkendte omkostninger dækker jo aldrig fuldt ud (modsat fx svensk ret: omkostninger tilkendes efter regning);
  - egen tid erstattes ikke ødelæggende for egen forretning.

5.2. Nogle misforståelser om ledelsesansvarsforsikring

- *Klaus Stubkjær Andersen* – påpeger nogle udbredte misforståelser.
- Taler om "bestyrelsesansvar"
  - men det er rettelig et ledelsesansvar, dvs. inkl. direktionen …
  - som ofte e.o. kan være nærmere til at bære et ansvar.
- "Kun sager ved domstole er relevante"
  - forkert – langt de fleste sager afgøres ved forlig (eller voldgift);
  - derfor vigtigt, at forsikringen både dækker dom og forlig;
  - samt naturligvis også sagsomkostninger og forlig.
- "Dækker ikke grov uagtsomhed"
  - jo da, de gode forsikringer undtager kun forsæt …
  - og ofte er overgangen mellem simpel og grov uagtsomhed jo også glidende.
- "Forsikringssummen danner maksimum" – så det er alligevel ligegyldigt
  - *Stubkjær*: summen er ofte resultat af indgående undersøgelser;
  - enig, og er man fornuftig og har tegnet forsikring …
  - kan der evt. lempes for resten;
  - Stubkjær tilføjer (s. 131): der er 15 forsikringsselskaber med dette produkt på det danske marked …
  - og præmien er i dag overkommelig, thi skarp indbyrdes konkurrence mellem forsikringsselskaberne (sagt af en forsikringsmand: "Man kommer langt med 30-50.000 kr. i årlig præmie").
- "Tegner den nok blot, fordi de andre gør"
  - nej, siger *Stubkjær*, bygger på rationelle overvejelser;
  - ellers ville ca. 95 pct. af alle børsnoterede danske selskaber ikke have ledelsesforsikring;
  - tænk, hvad den dækker …
    - et stort børsselskab trues med stævning mod selskab og ledelse for dårlig info til markedet;
    - hvis US- og EU-forlig kan opnås, vil forsikringen (forligsmæssigt) dække fx 70 pct. af samlet udgift;
    - US-forlig: class action (med opt-out);
    - EU-forlig: hollandsk WCAM-procedure;
    - dækker normalt også selskabets eget ansvar.
- "Man kan blot give décharge" – ansvarsfrihed
  - men traditionen for décharge bliver mindre og mindre;
  - binder kun selskabet, hvis der blev givet "i alt væsentligt rigtige fuldstændige oplysninger" til generalforsamlingen, jf. SL § 364, stk. 2;
  - kurator kan altid stævne inden for 2 år, jf. § 364, stk. 4;
  - décharge beskytter ikke mod individuelt kreditorsøgsmåls, fx fra SKAT, en leverandør mv.
- "Handler man i god tro ud fra bedste skøn" – går man fri

- ja, men som det ses, er der en stadigt snævrere margin, jf. dommene;
- og om "god tro" etc., vil jo ofte først vise sig under sagen …
- dvs. man bliver sagsøgt – og har dermed omkostningerne.

Mellemfacit – om ledelsesansvarsforsikring
- ofte fornuftig at tegne – rimelig i pris …
- men i praksis opleves det alligevel ofte, at forsikringen ikke vil hæfte …
- fx fordi kravet er anmeldt for sent …
- eller fordi forsikringsselskabet påberåber sig urigtige oplysninger;
- og afslås dækning, kan skadelidte jo ikke blot adcitere selskabet …
- eftersom skadelidtes krav mod selskabet kun er et indirekte krav …
- jf. FAL § 95, stk. 1:
  - "Når den sikredes erstatningspligt over for den skadelidte er fastslået og erstatningens størrelse bestemt, indtræder den skadelidte i den sikredes ret imod selskabet, for så vidt han ikke er fyldestgjort"
- **Ho.:** skadelidte kan ikke stævne forsikringsselskabet direkte;
- **U:** police med direkte krav (som ved fx advokatansvarsforsikring);
- forsikringstageren (= skadevolderen) kan selvfølgelig altid selv stævne (regresinddrage) forsikringsselskabet.

5.3. Hvem og hvad dækkes, og hvad er undtaget?

Hvem dækkes?
- "ledelsen", dvs. medlemmer af bestyrelse (tilsynsråd) og direktion;
- også ledelsesmedlemmer, der ikke er registreret i Erhvervsstyrelsen, forudsat de faktisk kan ifalde ledelsesansvar;
- har man et *advisory board*, kan dette meddækkes;
  - er en person død, dækkes også dødsbo, ægtefælle, reg. partner hhv. samlever (i de fleste forsikringer);
  - NB: den dækkede personkreds er de "sikrede" i policens forstand …
- dvs. det er dem, der gennem policen dækker deres ansvar …
- uanset om det er ansvar over for selskabet eller tredjemand (herunder akkumuleret gæld, jf. fodboldselskabet);
- der dækkes efter et først-til-mølle princip (inden for max.);
- også selskabets ansvar kan dækkes, jf. ovenfor.

Hvad dækkes?
- formuetab og sags- og forsvarsomkostninger
  - formuetab = direkte økonomisk tab;
    - ikke skat, kildeskat(!), afgift(!), moms(!), bøde, bod.
  - NB: særligt ad kildeskat, moms mv. kan tilkøb være relevant, jf. nedenfor om tilkøbsmuligheder;
  - også forligsbeløb omfattes;
  - kan konkret blive af stor betydning (har noget at "handle med").
- indirekte tab el. følgeomkostninger dækkes ikke
  - indirekte tab er fx manglende løn, manglende bonus.

Hvad er **undtaget**?
- forsætlig skadeforvoldelse
  - direkte forsæt, sandsynlighedsforsæt, *dolus eventualis* – sidstnævnte er dog omtvistet).
- men grov uagtsomhed dækkes (næsten alle);
- det er ikke *dolus eventualis* at udsætte (visse) kreditorer for en kalkulerbar risiko i forbindelse med et seriøst redningsforsøg, jf. *UfR 1977.274 H (Havemann)*;
- personlig gevinst;
- krav fra majoritetsaktionær (evt. fra enhver aktionær) …
  - burde skelne mellem aktiv og passiv majoritetsaktionær …
  - men gør det ikke i praksis;
  - tilkøb bør overvejes, jf. nedenfor;
  - forsikringsselskabet vil som tilkøb gerne dække krav fra passivt M.
- personskade og tingsskade;
- professionelt ansvar (skal dækkes af særskilt forsikring);
- udstedelse af værdipapirer (nye aktier, obligationer);
  - dvs. aktietegneres krav er ikke dækket(!)
  - selv om ej udtrykkeligt undtaget: klassificeres som "fareforøgelse" (og dækkes derfor ikke) – "hul" i dækningen;
  - tillægsforsikring bør overvejes, jf. nedenfor.
- forurenings-, erhvervs- og produktansvar;
- behov for separate forsikringer (bør rejses i bestyrelsen):
  - erhvervsansvar,
  - produktansvar,
  - miljøansvar,
  - prospektansvar,
  - (*litigation buy-out insurance*).

5.4. Forsikringsperioden – *claims made* og afløbsperiode

Forsikringsperioden
- normalt en 12-18 måneders periode, som forsikringen løber i;
- kan naturligvis fornyes og dette sker normalt automatisk;
- der er to begrænsninger:
  - **1)** skadevoldende begivenhed skal opstå i forsikringstiden, jf. hovedreglen i FAL § 91 …
    - dvs. skadesårsagsprincippet;
    - NB: pas på ved skift af forsikringsselskab!
    - der kan konkret aftales retroaktiv dækning, dvs. visse kendte risici medforsikres.
  - **2)** kravet skal være rejst over for sikrede og anmeldt til forsikringsselskabet i forsikringsperioden …
    - *claims-made*-princippet (står i policen);
    - er ikke i strid med FAL § 91, thi denne er deklaratorisk, jf. FAL § 3;

- afløbsdækning forlænger perioden:
  - ~ forlængelsesmulighed nr. 1: krav rejst mod sikrede i forsikringsperioden anmeldes over for forsikringsselskabet i en afløbsperiode (næsten alle policer);
  - ~ forlængelsesmulighed nr. 2: krav rejst mod sikrede efter forsikringsperioden anmeldes (naturligvis) over for selskabet i en afløbsperiode (mange policer);
  - ~ afløbsdækningens relevans: forsikringen ophører, fx pga. selskabets opløsning.

Hvad kan der **tilkøbes**? – udvidet dækningsområde

— dvs. bør rejses af selskabets advokat ved forhandling om forsikringen;
— anmod om vilkår og pris for udvidet dækningsområde;
— bør forespørges emne for emne, dvs. særskilt pris for hvert omspurgt emne;
— eksterne ledelsesposter i relaterede virksomheder mv.:
  - ⇜ et associeret selskab;
  - ⇜ et "fælles datterselskab" (som jo er uden for den forsikrede koncern);
  - ⇜ en interesseorganisation.
— repræsentation ved undersøgelser mv.:
  - ⇜ granskning/advokatundersøgelse;
  - ⇜ forundersøgelse ved fx dawn-raid (kartelsag).
— PR-konsulent til genoprettelse af renommé (!)
— personlig skattehæftelse (visse landes specialregler)
— dækning af skat, herunder kildeskat(!) – hul i dækningen!
— dækning af moms og andre afgifter(!) – hul i dækningen!
— krav fra majoritetsaktionær (herunder moderselskab, M) …
  - ⇜ er som nævnt næsten altid undtaget fra dækningen;
  - ⇜ årsag: skal ikke kunne tjene på egen risikofyldt styring af selskabet;
  - ⇜ bør forhandles bort, evt. således at disse krav dækkes, medmindre forsikringsselskabet beviser, at M medvirkede til eller godkendte beslutningerne);
  - ⇜ dvs. igen: passivt M bær dækkes (hhv. passiv H).
— udstedelse af værdipapirer (nye aktier, obligationer) …
  - ⇜ hvis ikke der købes tillægsdækning, er de undtaget …
  - ⇜ enten udtrykkeligt eller via begrebet "fareforøgelse" – hul i dækningen!
  - ⇜ NB: vanskeligt at forhandle denne undtagelse bort i praksis;
  - ⇜ NB: hvis ej generelt medforsikret: overvej konkret prospektansvarsforsikring ved emission.

Kapitel 6

Erfaringer fra ansvarssager

6.1. Afvisningsgrunde?

- Bør som sagsøgt naturligvis altid være opmærksom på evt. afvisningsmuligheder.
- I banksagerne fx følgende:
  - i ny EBH Banks sag var mange bilag udeholdt (tavshedspligt efter finansiel lovgivning over for rpl.'s krav til stævningen?) – ej medhold heri;
  - i ny EBH Banks sag var banken opløst – og reassumeredes med henblik på et skattekrav (kan reassumptionen også begrunde anlæg af erstatningssag?) – ej medhold heri;
  - i én af EBH Fondens mange sager er der en meget bred anerkendelsespåstand – hele underbalancen (for ubestemt?) – ej medhold heri;
  - voldgiftsklausuler – i kontrakter for sagsøgte ledende medarbejdere (afvisningsgrund)? medhold heri.

6.2. Delbehandling og evt. delafgørelse?

- Husk instrumentet i rpl. § 253 – delbehandling + delafgørelse.
- Kunne i banksagerne **bruges** til delbehandling af spørgsmål om
  - afvisning pga. manglende bilag;
  - afvisning pga. ubestemt anerkendelsespåstand;
  - afvisning pga. søgsmål uden for reassumptions-formål;
  - afvisning pga. voldgiftsaftale;
    - medarbejdere;
    - bank som administrator af fond.
- Kunne i banksagerne **ikke** bruges til spørgsmål om …
  - generel forståelse af lov om sparekassers omdannelse til A/S – hvad må fonden hjælpe banken med?
- Husk endvidere om § 253
  - omfatter (nu) ikke kun realitets-, men også formalitetsspørgsmål;
  - får man ja til § 253, skal der formuleres påstande inden for rammerne af § 253;
  - fri proces kan evt. gives i flere steps – først til § 253-spørgsmålet;

— delhovedforhandling har egne påstandsdokumenter, egen ekstrakt, egen delhovedforhandling etc.;
— ja til delbehandling er ikke nødvendigvis også et ja til delafgørelse;
— ikke fri anke (P-nævn/ankeinstans).

6.3. Lempelse – hvad skriver man i påstanden?

Lempelse bør altid huskes – er meget ofte relevant
— bør det give sig udslag i en subsidiær påstand?
— nej, det er ofte for meget at "give fra sig";
— blot det er med som et anbringende …
— gælder jo påstandsmæssigt princippet om "det mindre i det mere" …
  jf. fx *UfR 1976.385 H (knallertulykken)* – dårlig vej
    • påstod fuld erstatning fra kommunen;
    • kommunen påstod frifindelse;
    • der var dækning for egen skyld (uforsigtighed) i kommunens procedure, men ikke i parternes påstande;
    • halv erstatning i Højesteret, dvs. ikke alt-eller-intet for kommunen.

6.4. Fri proces?

Staten vil ellers gerne have ført de "principielle" sager …
— og de henvises gerne til landsret …
— men det kniber med at anvende rpl. § 329 (opsamlingsreglen) til at give fri proces …
— selv om § 329 er designet til sager af principiel betydning, samfundsmæssig betydning mv.;
— her får det meget stor betydning, hvis sagen er "erhvervsmæssig":
  rammer fx bankdirektørerne,
  og bestyrelsesformænd med flere poster ("professionelt bestyrelsesmedlem"),
  og sagkyndige, fx ejendomskyndige, bestyrelsesmedlemmer.
— flere af afslagene endvidere begrundet med "ej udsigt til medhold" (sagt til folk, der er sagsøgt for måske hundreder af mio. kr.).

Dette er problematisk i flere henseender
— økonomisk helt umuligt for den enkelte – tænk blot på én sag: EBH Banks 700 mio. kr. sag mod bestyrelse, direktion, revision, ledende medarbejdere etc.;
— takstmæssigt salær 3 pct., dog stærkt nedrundet, men alligevel;
— til Roskilde Banks formand tilføjede Procesbevillingsnævnet: ikke udsigt til at vinde – munter besked at få for sagsøgte;
— meningen med opsamlingsreglen i § 329 var at se (mere) bort fra det evt. "erhvervsmæssige" element;
— hertil kommer betydningen af EMRK artikel 6, stk. 1 – adgangen til domstolsprøvelse;

- adskillige domme fra Menneskerettighedsdomstolen viser, at beskikkelse af advokat kan være nødvendig for at opnå reel ligestilling mellem parterne (*equality of arms*);
- alligevel afslag fra Civilstyrelsen og stadfæstet af Procesbevillingsnævnet;
- har anvendt et kunstgreb (Løkken, EBH mv.):
  - advokat fratræder,
  - opfordrer til advokatpålæg + beskikkelse, rpl. § 259, stk. 3,
  - eller bedre: beder om tilkendegivelse, før man gør noget som helst drastisk.

6.5. Forvent ikke noget ivrigt samarbejde fra myndigheder

Det sås i EBH-sagen, at selv "pæne" myndigheder viser kløer, hvis de har noget "i klemme".

Finanstilsynet
- udsendte meddelelse (+ ministersamråd) om, hvor kritisk man havde været over for banken;
- men den faktiske tilsynsrapport fra dengang så helt anderledes positiv ud – og var først skrevet 10 mdr. efter besøget hos banken;
- ministeren blev ristet herfor i Folketingets Erhvervsudvalg.

Erhvervsstyrelsen
- baserede hele opgøret med fonden på en retsopfattelse, hvorefter sparekassefonde ikke må satse deres egenkapital på banken …
- men kun må satse de frie reserver, der fondsretligt kunne være udloddet;
- også granskningsberetningen blev 100 pct. baseret på denne retsopfattelse;
- men retsopfattelsen i omdannelseslovens motiver fra 1988 sagde det modsatte: "Fonden og banken driver sammen den tidligere sparekasses virksomhed" etc.;
- og i alle de mellemliggende år var loven blevet administreret (også af Erhvervsstyrelsen) ud fra denne retsopfattelse;
- i processkrifterne kæmpede de sagsøgtes advokater mod den nye retsopfattelse;
- ny EBH Bank (medsagsøgt i fondens sager som fondens daværende administrator) indhentede to uafhængige juridiske responsa:
  - professor, dr. jur. *Mads Bryde Andersen*: den nye retsopfattelse er ikke korrekt;
  - professor, dr. jur. *Karsten Revsbech*: selv om den havde været korrekt, er den en praksisændring, som kun kan anvendes fremadrettet;
  - da banken havde indhentet dem og sendt dem til kollegerne, fremlagde jeg dem for Vestre Landsret;
  - forsvarede dette med, at situationen var anderledes end i de klassiske sager, der nægter responsa fremlagt …

- *UfR 1996.1293/1 H* (med kritik fra *Lennart Lynge Andersen* & *Bernhard Gomard* i UfR 1997 B s. 231 ff.) samt *UfR 2011.479 H* (udenlandsk fondsret);
- der blev ikke protesteret fra fonden, og VL skred ikke ind *ex officio*.

6.6. Regn med risikoen for, at ny jus søges anvendt retroaktivt

- Også dette sås i EBH-sagerne.
- Ny EBH Banks 700 mio. kr. erstatningssag om ledelses- og revisionsansvar
  - anvendte "Tilsynsdiamanten" til at argumentere for, at bankens tal havde været alt for risikobetonede mv.;
  - diamanten er helt sikkert et nyttigt ledelsesredskab …
  - den eksisterede blot ikke dengang, hvor begivenhederne fandt sted.
- Fondens konkursbos ansvarssager
  - baseredes på Erhvervsstyrelsens opfattelse i et brev primo 2010, hvorefter sparekassefonde kun må støtte "deres" bank med frie fondsmidler, der kunne være udloddet efter fondslovgivningen;
  - sådan var reglerne imidlertid ikke blevet forstået eller håndhævet i de mellemliggende år, fra omdannelsesloven blev vedtaget i 1988.
- Granskning
  - skal klienten deltage eller ignorere?
  - hvis +deltage, da hvordan?
  - fremlæggelse under retssag? Ja;
  - hvilken bevisstyrke?
  - på tidspunktet for granskningen meget svært at overskue, hvad der kan blive omdrejningspunktet for en evt.- ansvarssag.
- Bør hele tiden være på vagt over for, …
  - om den jus, der hævdes anvendt, var gældende, da sagen udspillede sig;
  - husk generelt, at sagen må "leve med" de normer, der gjaldt på handlingstidspunktet;
  - jf. fx *UfR 2001.398 H*
    - Unibank/Nordeas rolle som emissionsbank ad konvertible obligationer i Nordisk Fjer, udstedt ét år før NF's kollaps;
    - baserede prospektet på regnskabstal fra revisor;
    - fik ikke mistanke om, at regnskaberne, som udviste en samlet egenkapital på 780 mio. kr., var "misvisende i en sådan grad, at der var grundlag for at betvivle koncernens soliditet";
    - dissens (1 dommer): finder ikke, at prospektet gav private investorer mulighed for at danne sig et velbegrundet skøn over Nordisk Fjers økonomiske stilling, og dette måtte banken indse;
    - flertallet (4 dommere): "… lagt vægt på, at der i nyere tid må antages at være sket en skærpelse af de krav, der stilles til et emissionsinstitut, såle-

des at Privatbankens forhold i den foreliggende sag ikke bør vurderes efter den målestok, som i dag må antages at være gældende".

Kapitel 7

Advokatundersøgelser

- Nyttig publikation fra Danske Advokater: "Advokatundersøgelser – praktisk vejledning til udførelse af advokatundersøgelser".
- Typer af advokatundersøgelser:
  - den almindelige advokatundersøgelse
    - advokaten er "klientens mand" m/k;
    - ingen særlige habilitetskrav ud over de advokatetiske regler;
    - dvs. rekvirenten må godt bruge egen advokat.
  - den uvildige advokatundersøgelse
    - advokaten er "almenhedens mand" m/k;
    - rekvirenten må ikke have et fast forhold til advokaten eller til en anden advokat fra samme advokatvirksomhed;
    - advokaten må ikke efterfølgende beskæftige sig med sager, som undersøgelsen lægger op til;
    - kan altså ikke springe fra at være undersøger til fx at være advokat for sagsøger i sagen.
  - granskning – men hvilken slags?
    - fondsretlig granskning – EFL § 59
      - udøver delegeret kompetence fra fondsmyndigheden;
      - skal derfor iagttage grundlæggende krav om høring, kontradiktion mv.;
      - skal iagttage retssikkerhedslovens § 10 (e.o. oplyse udspurgte om deres ret til tavshed).
    - selskabsretlig granskning – SL § 150
      - er selskabets mand m/k, og dermed alle aktionærers mand;
      - hvis børsnoteret selskab: er tillige almenhedens mand m/k.
- Kommissoriet
  - skal være præcist og klart formuleret;
  - må ikke være tvivl om, hvad der skal undersøges, eller hvordan opgaven afgrænses;
  - naturligvis skriftligt kommissorium, jf. Danske Advokaters vejledning;
  - fastlægger, om undersøgelse alene på skriftligt grundlag (hvilket er udgangspunktet);
  - eller om også udspørgning.

- De berørtes rettigheder – godt afsnit herom i Danske Advokaters vejledning …
  - hvis advokaten har sit mandat fra en offentlig myndighed – husk retssikkerhedslovens § 10 (ej pligt til at udtale sig etc.);
  - ret til brug af bisidder;
  - ret til kontradiktion – dvs. gennemsyn af relevante dokumenter samt udtalelse om de faktuelle forhold;
  - tilstedeværelse under andres forklaring? nej, kun undtagelsesvis;
  - normalt: orientering om rapportens konklusioner forud for afgivelsen af rapporten (såfremt rapporten belaster dem).
- Tjekliste – ved udarbejdelse af advokatundersøgelse
  - se nedenfor under tjeklister.

Kapitel 8

Tjeklister

8.1. Tjekliste (1): Ved hvert møde

- Er referatet af foregående møde dækkende?
- Hvilke dispositioner er der iværksat eller skal der iværksættes som følge af tidligere trufne bestyrelsesbeslutninger?
- Evt. fremlæggelse af revisionsprotokollen og gennemgang af eventuelle nye blade deri.
- Særlige meddelelser fra bestyrelsesformanden.
- Særlige meddelelser fra direktionen.
- Udførlig beretning fra direktionen om selskabets virksomhed siden sidste ordinære bestyrelsesmøde.
- Er der opstået forhold af væsentlig betydning siden sidste møde?
- Er der brug for at bede om en skriftlig redegørelse (kvartalsrapport, særlig rapport eller lignende) fra direktionen om forhold, som det forekommer vanskeligt at overskue på mundtligt grundlag?
- Eventuelle forslag fra direktionen til nye projekter og/eller nye investeringer?
- Gennemgang af perioderegnskab.
- Gennemgang af (rullende) budget.
- Er forsikringsforholdene ajour? (kaskoforsikring af aktiver, driftstabsforsikring, ansvarsforsikringer, herunder produktansvar og erhvervsansvar, eventuelt også bestyrelsesansvar).
- Er der behov for ændringer i forretningsordenen?
- Hvis selskabet er "børsnoteret" (handlet på et reguleret marked), har det da udarbejdet de lovpligtige interne forskrifter vedrørende aktiehandel, oplysningsforpligtelser mv., og trænger disse i givet fald til ajourføring?
- Hvis selskabet er børsnoteret, træffes der da på bestyrelsesmødet beslutninger, som skal meddeles Nasdaq OMX CPH?
- Træffes der på bestyrelsesmødet andre beslutninger, som bør meddeles medarbejdere, kunder, offentligheden eller andre?

- Har det børsnoterede selskab den revisionskomité, der kræves efter børsreglerne?

8.2. Tjekliste (2): Ved regnskabsmøde

- Foregår bogføringen, herunder regnskabsfunktioner, intern kontrol, IT-organisation og budgettering, på betryggende måde?
- Er proceduren til opfølgning af planer, budgetter og lignende betryggende?
- Er rapporteringen om likviditet, ordrebeholdning, finansierings- forhold, pengestrømme og særlige risici tilfredsstillende?
- Foreligger der det nødvendige grundlag for den eksterne revision? Er der eventuelt behov for en intern revision i selskabet?
- Er selskabets "kapitalberedskab" forsvarligt? (idet der med ordet "kapitalberedskab" ikke kun menes egenkapital, men også sikre, forsvarlige lånemuligheder).
- Er vurderingen af aktiverne i regnskabet forsvarlig?
- Er alle passiver medtaget?
- Foreligger der eventualforpligtelser, som bør noteforklares (eller som i virkeligheden er så sandsynlige, at de skal passiveres)? – mange domme.
- Er regnskabets enkelte poster blevet sammenlignet med de tilsvarende poster på forrige regnskab, og er forskydningerne blevet belyst nærmere?
- Er transaktioner med personer eller selskaber, som har nær forbindelse med dette selskab, udvist korrekt i regnskabet? (både tilgodehavender hos, gæld til, inklusive køb og salg, lån, overførsler, leasingarrangementer eller garantier i relation til sådanne personer eller selskaber) – Jydekompagniet!
- Har selskabet påtaget sig kautions-, garanti-, pensions- eller lignende forpligtelser ud over dem, der fremgår af regnskabsudkastet?
- Er der væsentlige tabsrisici, der eventuelt burde vises i regnskabet?
- Er der uafklarede krav eller retssager mod selskabet, som burde oplyses i regnskabet?
- Er der foretaget nødvendige hensættelser på alle væsentlige ukurante og langsomt omsættelige varer?
- Har selskabet fornøden registreret/tinglyst adkomst til alle dets aktiver?
- Er der nogen aktiver, der er pantsat eller på anden måde behæftet, ud over hvad der fremgår af regnskaber?
- Er der mulige væsentlige tab i forbindelse med tvistigheder om leverede varer eller manglende overholdelse af leveringsaftaler?
- Foreligger der væsentlige krav fra myndigheder, herunder vedrørende miljø- og arbejdsmiljølovgivningen?

8.3. Tjekliste (3): Ved budgetmøde

- Der bør foreligge årsbudget senest én måned før påbegyndelsen af det pågældende regnskabsår.
- Budgettet bør indeholde både resultatbudget og balancebudget.
- Hvis det skønnes nødvendigt, skal der tillige suppleres med investerings- og likviditetsbudget – thi ansvar for "kapitalberedskabet".
- Er budgettet opdelt på kvartaler?
- Er det ledsaget af en prognose (hvor usikker den end måtte være) i hvert fald i hovedtræk for de efterfølgende 2 regnskabsår?
- Sørger direktionen for, inden en måned efter udgangen af hvert kvartal, af egen drift at sende hvert enkelt bestyrelsesmedlem materiale med budgetopfølgning?
- Fremgår det klart af budgetopfølgningen, i hvilket omfang budgettet for det pågældende kvartal blev realiseret, i hvert fald hvad angår drifts- og statusbudgettet?
- Viser budgetopfølgningen også, hvilke forskydninger der må forventes for den resterende del af budgetperioden?
- Hvilke væsentlige usikkerhedsfaktorer med hensyn til renteniveau, konjunkturer mv. skal tages i betragtning ved læsningen af budgettet?
- Har der været særlige problemer med hensyn til at udarbejde budgettet, eksempelvis i henseende til intern kontrol, regnskabsfunktion, IT-system mv.?
- Er der noget i budgetterne der tyder på, at selskabets kapitalberedskab indenfor budgetperioden ikke vil være forsvarligt, set i forhold til selskabets drift?
- Er der noget i budgettet, der giver anledning til (eller pligt til) at offentliggøre nye meddelelser, prognoser mv. vedrørende selskabet?

8.4. Tjekliste (4): Corporate governance i 50 korte punkter – følg eller forklar (børsselskaber mv.)

Her følger en forkortet gengivelse af de 50 *corporate-governance*-anbefalinger fra Den danske "Komité for god Selskabsledelse" fra april 2013, nummereret fra 1-50, og med tilføjelse af deres særlige nummerering i komitéens anbefalinger:

Det anbefales,

- at bestyrelsen sikrer en **løbende dialog mellem selskabet og aktionærerne**, således at aktionærerne får relevant indsigt i selskabets potentiale og politikker, og bestyrelsen kender aktionærernes holdninger, interesser og synspunkter i relation til selskabet (1.1.1.);

- bestyrelsen vedtager **politikker for selskabets forhold til dets interessenter**, herunder aktionærer og andre investorer, samt sikrer, at interessenternes interesser respekteres i overensstemmelse med selskabets politikker herom (1.1.2.);
- selskabet offentliggør **kvartalsrapporter** (1.1.3.);
- bestyrelsen ved tilrettelæggelse af selskabets **generalforsamling** planlægger afviklingen, så den understøtter **aktivt ejerskab** (1.2.1.);
- der i **fuldmagter** til brug for generalforsamlingen gives aktionærerne mulighed for at tage stilling til hvert enkelt punkt på dagsordenen (1.2.2.);
- selskabet etablerer en **beredskabsprocedure for overtagelsesforsøg**, der vedrører perioden fra bestyrelsen får begrundet formodning om, at et overtagelsestilbud vil blive fremsat. Beredskabsproceduren bør fastsætte, at bestyrelsen afholder sig fra uden generalforsamlingens godkendelse at imødegå et overtagelsesforsøg ved at træffe dispositioner, som reelt afskærer aktionærerne fra at tage stilling til overtagelsesforsøget (1.3.1.);
- bestyrelsen mindst en gang årligt tager stilling til de forhold, der skal indgå i bestyrelsens **varetagelse af sine opgaver** (2.1.1.);
- bestyrelsen mindst en gang årligt tager stilling til selskabets overordnede strategi med henblik på at **sikre værdiskabelsen** i selskabet (2.1.2.);
- bestyrelsen sikrer, at selskabet har en **kapital- og aktiestruktur**, som understøtter, at selskabets strategi og langsigtede værdiskabelse er **i aktionærernes og selskabets interesse**, samt redegør herfor i ledelsesberetningen i selskabets årsrapport og/eller på selskabets hjemmeside (2.1.3.);
- bestyrelsen årligt gennemgår og godkender **retningslinjer for direktionen**, og herunder fastlægger krav til direktionens rettidige, præcise og tilstrækkelige **rapportering til bestyrelsen** (2.1.4.);
- bestyrelsen mindst en gang årligt drøfter **direktionens sammensætning**, udviklingsinitiativer, risici og succesionsplaner (2.1.5.);
- bestyrelsen årligt drøfter selskabets aktiviteter for at sikre **mangfoldighed i selskabets ledelsesniveauer**, herunder at der er lige muligheder for begge køn, samt at bestyrelsen fastsætter konkrete mål og i ledelsesberetningen i selskabets årsrapport og/eller på selskabets hjemmeside redegør for såvel sin **målsætning** som status for **opfyldelsen heraf** (2.1.6.);
- bestyrelsen vedtager politikker for **selskabets samfundsansvar** (2.2.1.);
- der vælges en **næstformand** for bestyrelsen, som fungerer i tilfælde af formandens forfald, og i øvrigt er en effektiv sparringspartner for formanden (2.3.1.);
- hvis bestyrelsen undtagelsesvis anmoder **bestyrelsesformanden om at udføre særlige driftsopgaver** for selskabet, herunder kortvarigt at deltage i den daglige ledelse, skal der foreligge en bestyrelsesbeslutning herom, der sikrer, at bestyrelsen bevarer den uafhængige overordnede ledelse og kontrolfunktion. Beslut-

ninger om formandens deltagelse i den daglige ledelse og den forventede varighed heraf skal oplyses i en selskabsmeddelelse (2.3.2.);

- bestyrelsen årligt redegør for,
  - hvilke **kompetencer** bestyrelsen skal råde over for bedst muligt at kunne udføre sine opgaver,
  - **sammensætningen** af bestyrelsen, samt
  - de enkelte medlemmers særlige kompetencer (3.1.1.);
- bestyrelsens udvælgelse og indstilling af **kandidater til bestyrelsen** gennemføres ved en grundig og transparent proces, der er godkendt af den samlede bestyrelse. Ved vurderingen af sammensætningen og indstilling af nye kandidater skal der tages hensyn til behovet for fornyelse og til behovet for mangfoldighed i relation til bl.a. køn, alder og international erfaring (3.1.2.);
- der sammen med indkaldelsen til generalforsamling, hvor valg til bestyrelsen er på dagsordenen, ud over det i lovgivningen fastlagte udsendes en **beskrivelse af de opstillede kandidaters kompetencer** med oplysning om kandidaternes
  - øvrige ledelseshverv, herunder poster i direktioner, bestyrelser og tilsynsråd, inklusive ledelsesudvalg, i udenlandske virksomheder
  - krævende organisationsopgaver, og at det oplyses,
  - om kandidater til bestyrelsen anses for uafhængige (3.1.3.);
- selskabet i vedtægterne fastsætter en **aldersgrænse** for medlemmerne af bestyrelsen (3.1.4.);
- de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er **på valg hvert år** på den ordinære generalforsamling (3.1.5.);
- **mindst halvdelen** af de generalforsamlingsvalgte bestyrelsesmedlemmer er **uafhængige**, således at bestyrelsen kan handle uafhængigt af særinteresser. For at være uafhængig må den pågældende ikke:
  - være eller inden for de seneste 5 år have været medlem af direktionen eller ledende medarbejder i selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab,
  - inden for de seneste 5 år have modtaget større vederlag fra selskabet/koncernen, et datterselskab eller et associeret selskab i anden egenskab end som medlem af bestyrelsen,
  - repræsentere en kontrollerende aktionærs interesser,
  - inden for det seneste år have haft en væsentlig forretningsrelation (f.eks. personlig eller indirekte som partner eller ansat, aktionær, kunde, leverandør eller ledelsesmedlem i selskaber med tilsvarende forbindelse) med selskabet, et datterselskab eller et associeret selskab,
  - være eller inden for de seneste 3 år have været ansat eller partner hos ekstern revisor,
  - være direktør i et selskab, hvor der er krydsende ledelsesrepræsentation med selskabet,
  - have været medlem af bestyrelsen i mere end 12 år, eller

- være i nær familie med personer, som ikke betragtes som uafhængige (3.2.1.);

- hvert enkelt medlem af bestyrelsen vurderer, hvor meget tid det er nødvendigt at bruge på det pågældende arbejde, således at vedkommende **ikke påtager sig flere hverv**, end at hvert enkelt hverv kan udføres på en for selskabet tilfredsstillende vis (3.3.1.);

- **ledelsesberetningen** udover det i lovgivningen fastlagte indeholder følgende oplysninger **om medlemmerne af bestyrelsen**:
  - den pågældendes stilling,
  - den pågældendes alder og køn,
  - om medlemmet anses for uafhængigt,
  - tidspunktet for medlemmets indtræden i bestyrelsen,
  - udløbet af den aktuelle valgperiode,
  - den pågældendes øvrige ledelseshverv, herunder poster i direktioner, bestyrelser og tilsynsråd, inklusive ledelsesudvalg, i udenlandske virksomheder samt krævende organisationsopgaver, og
  - det antal aktier, optioner, warrants og lignende i selskabet og de med selskabet koncernforbundne selskaber, som medlemmet ejer, samt de ændringer i medlemmets beholdning af de nævnte værdipapirer, som er indtrådt i løbet af regnskabsåret (3.3.2.);

- at selskabet på sin hjemmeside offentliggør:
  - **ledelsesudvalgenes** kommissorier,
  - udvalgenes væsentligste aktiviteter i årets løb og antallet af møder i hvert udvalg, samt
  - navnene på medlemmerne af det enkelte ledelsesudvalg, herunder udvalgenes formænd, samt oplysning om, hvem der er de uafhængige medlemmer, og hvem der er medlemmer med særlige kvalifikationer (3.4.1.);

- **flertallet af et ledelsesudvalgs** medlemmer er uafhængige (3.4.2.);

- bestyrelsen nedsætter et egentligt **revisionsudvalg**, der sammensættes således, at
  - formanden for bestyrelsen ikke er formand for revisionsudvalget og, at
  - udvalget tilsammen råder over en sådan sagkundskab og erfaring, at det har en opdateret indsigt i og erfaring med finansielle forhold samt regnskabs- og revisionsforhold i selskaber, der har aktier optaget til handel på et reguleret marked (3.4.3.);

- **revisionsudvalget inden godkendelsen af årsrapporten** og anden finansiel rapportering overvåger og rapporterer til bestyrelsen om:
  - regnskabspraksis på de væsentligste områder,
  - væsentlige regnskabsmæssige skøn,
  - transaktioner med nærtstående parter, og
  - usikkerhed og risici, herunder også i relation til forventningerne for det igangværende år (3.4.4.);

- **revisionsudvalget**
  - årligt vurderer **behovet for en intern revision**, og i givet fald, fremkommer med anbefalinger om udvælgelse, ansættelse og afskedigelse af lederen af en eventuel intern revision og den interne revisions budget, og
  - overvåger direktionens opfølgning på den interne revisions konklusioner og anbefalinger (3.4.5.);
- bestyrelsen nedsætter et **nomineringsudvalg**, der har bestyrelsesformanden som formand og som mindst har følgende forberedende opgaver:
  - beskrive de kvalifikationer, der kræves i bestyrelsen og direktionen og til en given post, og angive, hvilken tid der skønnes at måtte afsættes til varetagelse af posten samt vurdere den kompetence, viden og erfaring, der findes i de to ledelsesorganer,
  - årligt vurdere bestyrelsens og direktionens struktur, størrelse, sammensætning og resultater samt anbefale bestyrelsen eventuelle ændringer,
  - årligt vurdere de enkelte ledelsesmedlemmers kompetence, viden og erfaring samt rapportere til bestyrelsen herom,
  - overveje forslag fra relevante personer, herunder aktionærer og medlemmer af bestyrelsen og direktionen, til kandidater til bestyrelsen og direktionen, og
  - indstille til bestyrelsen om forslag til kandidater til bestyrelsen og direktionen (3.4.6.);
- bestyrelsen nedsætter et **vederlagsudvalg**, som mindst har følgende forberedende opgaver:
  - indstille vederlagspolitikken (herunder overordnede retningslinjer for incitamentsaflønning) for bestyrelsen og direktionen til bestyrelsens godkendelse forud for generalforsamlingens godkendelse,
  - fremkomme med forslag til bestyrelsen om vederlag til medlemmer af bestyrelsen og direktionen samt sikre, at vederlaget er i overensstemmelse med selskabets vederlagspolitik og vurderingen af den pågældendes indsats. Udvalget skal have viden om det samlede vederlag, som medlemmer af bestyrelsen og direktionen oppebærer fra andre virksomheder i koncernen, og
  - indstille en vederlagspolitik, der generelt gælder i selskabet (3.4.7.);
- et vederlagsudvalg **undgår at anvende samme eksterne rådgivere** som direktionen i selskabet (3.4.8.);
- bestyrelsen fastlægger en **evalueringsprocedure**, hvor den samlede bestyrelses og de individuelle medlemmers bidrag og resultater samt samarbejde med direktionen årligt evalueres. Væsentlige ændringer afledt af evalueringen bør oplyses i ledelsesberetningen eller på selskabets hjemmeside (3.5.1.);
- bestyrelsen i forbindelse med forberedelsen af generalforsamlingen overvejer, hvorvidt **antallet af medlemmer** er hensigtsmæssigt i forhold til selskabets behov. Herunder skal det sikres, at der kan foregå en konstruktiv debat og effek-

tiv beslutningsproces, hvor alle medlemmer har mulighed for at deltage aktivt (3.5.2.);

- bestyrelsen mindst en gang årligt **evaluerer direktionens arbejde og resultater** efter forud fastsatte klare kriterier (3.5.3.);
- direktionen og bestyrelsen fastlægger en procedure, hvorefter deres **samarbejde årligt evalueres** ved en formaliseret dialog mellem bestyrelsesformanden og den administrerende direktør, samt at resultatet af evalueringen forelægges for bestyrelsen (3.5.4.);
- bestyrelsen udarbejder en klar og overskuelig **vederlagspolitik for bestyrelsen og direktionen**, der indeholder
  - en detaljeret beskrivelse af de vederlagskomponenter, som indgår i vederlæggelsen af bestyrelsen og direktionen,
  - en begrundelse for valget af de enkelte vederlagskomponenter, og
  - en beskrivelse af de kriterier, der ligger til grund for balancen mellem de enkelte vederlagskomponenter. Vederlagspolitikken godkendes på generalforsamlingen og offentliggøres på selskabets hjemmeside (4.1.1.);
- der, hvis vederlagspolitikken indeholder **variable komponenter**,
  - fastsættes grænser for de variable dele af den samlede vederlæggelse,
  - sikres en passende og afbalanceret sammensætning mellem ledelsesaflønning, påregnelige risici og værdiskabelsen for aktionærerne på kort og lang sigt,
  - er klarhed om resultatkriterier og målbarhed for udmøntning af variable dele, og
  - er kriterier, der sikrer, at hel eller delvis optjening af en variabel del af en vederlagsaftale strækker sig over mere end et kalenderår (4.1.2.);
- medlemmer af **bestyrelsen ikke aflønnes med aktie- eller tegningsoptionsprogrammer** (4.1.3.);
- hvis der anvendes **aktiebaseret aflønning**, skal programmerne være revolverende, dvs. optionerne tildeles periodisk og bør tidligst kunne udnyttes 3 år efter tildelingen. Forholdet mellem indløsningskursen og markedskursen på tildelingstidspunktet skal forklares (4.1.4.);
- vederlagsaftaler for direktionen, der indeholder aftaler om variable lønandele, fastslår en ret for selskabet til i helt særlige tilfælde at kræve hel eller delvis **tilbagebetaling af variable lønandele**, der er udbetalt på grundlag af oplysninger, der efterfølgende dokumenteres fejlagtige (4.1.5.);
- aftaler om **fratrædelsesgodtgørelse** maksimalt udgør en værdi, der svarer til de sidste to års vederlag (4.1.6.);
- selskabets **vederlagspolitik** og dens efterlevelse forklares og begrundes i **formandens beretning** på selskabets generalforsamling (4.2.1.);
- aktionærerne på generalforsamlingen **godkender forslag til vederlag** til bestyrelsen for det igangværende regnskabsår (4.2.2.);

- der **i årsrapporten gives oplysning** om det samlede vederlag, hvert enkelt medlem af bestyrelsen og direktionen modtager fra selskabet og andre selskaber i koncernen, og at der redegøres for sammenhængen med vederlagspolitikken (4.2.3.);
- oplysninger om **fastholdelses- og fratrædelsesordningers** væsentligste indhold offentliggøres i selskabets ledelsesberetning (4.2.4.);
- bestyrelsen tager stilling til og i ledelsesberetningen redegør for de væsentligste strategiske og forretningsmæssige **risici**, risici i forbindelse med regnskabsaflæggelsen samt for selskabets risikostyring (5.1.1.);
- bestyrelsen sikrer en regelmæssig dialog og **informationsudveksling mellem revisor og bestyrelsen**, herunder at bestyrelsen og revisionsudvalget mindst en gang årligt mødes med revisor uden, at direktionen er til stede. Tilsvarende gælder for den interne revisor, hvis der er en sådan (5.3.1.);
- bestyrelsen mindst en gang årligt på baggrund af en indstilling fra revisionsudvalget beslutter, hvorvidt der skal etableres **intern revision** og herunder tager stilling til, om denne skal have direkte reference til bestyrelsen til understøttelse og kontrol af selskabets interne kontrol- og risikostyringssystemer (5.4.1.);
- bestyrelsen beslutter, hvorvidt der skal etableres en **whistleblower-ordning** med henblik på at give mulighed for en hensigtsmæssig og fortrolig rapportering af alvorlige forseelser eller mistanke herom (5.2.1.); og at
- **revisionsaftalen** og det tilhørende **revisionshonorar** aftales mellem bestyrelsen og revisor på baggrund af en indstilling fra revisionsudvalget (5.3.2.).

8.5. Tjekliste (5): Ledelsesansvarsforsikring – overvejelse og tilbudsindhentning

- Er der <u>behov</u> for ledelsesansvarsforsikring?
- Når tilbud indhentes, bed da samtidig om <u>policens standardtekst</u>.
- Husk nedenstående <u>tilkøbsmuligheder</u> – og spørg:
  - er det enkelte punkt allerede omfattet?
  - hvis ikke: pris og vilkår for hvert enkelt evt. tilkøb?
- <u>Tilkøbsmuligheder</u>:
  - eksterne ledelsesposter i relaterede virksomheder mv.
    - et associeret selskab;
    - et "fælles datterselskab" (som jo er uden for den forsikrede koncern);
    - en interesseorganisation.
  - repræsentation ved undersøgelser mv.
    - granskning/advokatundersøgelse;
    - forundersøgelse ved fx *dawn-raid* (kartelsag).
  - PR-konsulent til genoprettelse af renommé;
  - personlig skattehæftelse (visse landes specialregler);

- dækning af skat, herunder kildeskat;
- dækning af moms og andre afgifter;
- krav fra majoritetsaktionær (herunder moderselskab) …
  - bør forhandles bort, således at disse krav dækkes, medmindre M medvirkede til eller godkendte beslutningerne;
  - dvs. passivt moderselskab bør dækkes (hhv. passiv hovedaktionær).
- udstedelse af værdipapirer (nye aktier, obligationer) …
  - hvis ikke der købes tillægsdækning, er de undtaget …
  - enten udtrykkeligt eller via begrebet "fareforøgelse" – hul i dækningen!
  - NB: vanskeligt at forhandle denne undtagelse bort i praksis;
  - overvej konkret prospektansvarsforsikring ved emission.

✍ Kendte risici?
- er der allerede verserende kendte risici, som bør søges meddækket?

✍ Forsikringsperiode og afløb:
- afløbsdækning: er perioden herfor + øvrige vilkår tilfredsstillende?

✍ Protokollat i bestyrelsen:
- når forsikringen besluttes tegnet – protokollat (af hensyn til egen hukommelse + evt. nye i bestyrelsen + evt. kurator mv.) …
  - hvilket forsikringsselskab? policenr.?
  - væsentligste begrænsninger i dækningen;
  - væsentligste tilkøb.

8.6. Tjekliste (6): Strukturen i advokatundersøgelser

✍ Tjekliste – ved udarbejdelse af advokatundersøgelse
- baggrund for undersøgelsen;
- det udleverede materiale;
- medvirkende, herunder evt. sagkyndig bistand;
- eventuelle forbehold;
- resumé og konklusioner;
- anbefalinger med hensyn til evt. offentliggørelse.

MENNESKERETTIGHEDER

Kapitel 1

Overblik, praktisk betydning

1.1. Hvad er "menneskerettigheder"?

- Nogle grundlæggende rettigheder i forhold til statsmagten.
- Er en ret for alle mennesker, derfor: menneskerettigheder.
- Bedre dog: Grundlæggende ret, derfor: grundrettigheder (= frihedsrettigheder, borgerrettigheder, *civil rights*).
- Er naturretligt inspireret (modsat: retspositivismen, *Alf Ross*).
- Retskilder
  - Grundloven;
  - EMRK (Den Europæiske Menneskeretskonvention);
  - EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder …
    - Traktatstatus ved Lissabon-Traktatens ikrafttræden, jf. TEU artikel 6, stk. 1.
- Staten må ikke selv gribe ind
  - og skal sørge for, at andre heller ikke gør det! (dvs. EMRKs såkaldte *Drittwirkung*)
  - lovlig demonstration må ikke forstyrres af staten eller af andre (*Ärzte für das Leben*, Østrig);
  - parabolantenne (fx tyrkisk lejer);
  - tilsvarende synsvinkel i EU-retten: *C-265/95 (Kommissionen mod Frankrig)* – franske bønders aktioner mod spanske jordbær og belgiske tomater.

1.2. Hvorfor interessere sig for "menneskerettigheder"?

- Fordi de er helt tæt på os (byretten, SKAT etc.).
- Min egen erfaring
  - oprindelig: kun erhvervssager;
  - men så: forsvarer i sagen mod Jydebrødrene;
  - hvor dommeren kendtes inhabil af Højesteret ud fra EMRK.
- Advokater, forsvarere, dommere, embedsmænd skal først til at lære dem!

1.3. Hvordan fik vi grundrettighederne?

- Husk blot på nogle få centrale årstal:
  - 1748: *Montesquieu*: "*Esprit des lois*" – magtens tredeling
    - lever i bedste velgående … (i Danmark, grundloven § 3);
    - fx *UfR 1999.841 H (Tvind-dommen)* om mistet off. støtte – burde ikke være frataget ved lov, men ved en forvaltningsakt.
  - 1776: amerikanske uafhængighedserklæring
    - We the people of the United States…
    - We hold these truths to be self-evident …
    - that all men are created equal …
    - certain un-alienable rights …
    - among them are life, liberty, pursuit of happiness
    - to secure these rights, governments are instituted
  - 1789: franske revolution, nationalforsamlingens erklæring
    - Menneskene fødes og forbliver frie og lige i rettigheder;
    - frihed, ejendomsret, sikkerhed og ret til modstand mod undertrykkelse;
    - ingen kan udøve nogen myndighed, som ikke udtrykkeligt stammer fra folket.
  - 1939-45: 2. verdenskrig
    - nazistisk Tyskland;
    - massive overgreb på stater og egne borgere (jøder mv.);
    - vilkårlig retspleje (skræmmeeksempel: Folkedomstolen i Tyskland 1940-45: *Volksgerichtshof* retspræsident *Roland Freisler*).
  - 1948: FN's Verdenserklæring om menneskerettigheder
    - alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder.
  - 1950: Europæiske Menneskeretskonvention, EMRK
    - Danmark var med straks (men kun folkeretligt);
    - dvs. mest til fest- og skåltaler;
    - at påberåbe sig EMRK for en dansk domstol var festligt, men temmelig virkningsløst.
  - 1992: EMRK sættes i kraft i Danmark, dvs. i intern dansk ret
    - fortrænger dermed alle andre almindelige love (de må vige for EMRK-loven);
    - medmindre Folketinget bevidst vælger at tilsidesætte (forhåbentlig rent teoretisk);
    - dvs. enhver dansk lov skal nu fortolkes i lyset af EMRK, fx.
      - injurielovgivningen (ytringsfrihed, artikel 10);
      - retsplejeloven (retfærdig rettergang, artikel 6);
      - foreningsfrihedsloven (foreningsfrihed, artikel 11).
  - 1998: direkte søgsmålsret for borgere og virksomheder ved Domstolen i Strasbourg (Menneskeretsdomstolen = EMD)
    - dvs. beskyttelsen af individet (modsat staten) er nu fuldt udviklet;
    - koster kun et frimærke (ingen retsafgift);

- stævningen mod Danmark vedrørende eksklusivklausuler på arbejdsmarkedet blev skrevet på min skrivemaskine!
- (vundet mod Danmark: *Morten Sørensen mod Denmark (EMD 11. januar 2006)*).

1.4. Er Danmarks Riges Grundlov da ikke "god nok"?

- EMRK er langt mere udbygget og detaljeret.
- Og EMRK håndhæves af en ekstern Domstol, EMD (dvs. pres på danske myndigheder!).
- Jf. dommen om tilskuddene til Tvind! *UfR 1999.841 H*.
- Beskyttelsesniveauet højnes af konkurrence mellem domstole
  - ligesom varernes og tjenesteydelserne frie bevægelighed: dommenes frie bevægelighed!
  - EU-domstolen (EUD) presset af tysk Forfatningsdomstol (*"Solange"-sagerne*: EU's forrang accepteres kun, hvis EUD respekterer grundrettighederne!);
  - EUD presses også af EMD (fx ransagning af erhvervslokaler: EUD – *Hoechst*; men EMD: *Niemitz*);
  - Højesteret i Danmark presses af EMD (*Tvind*);
  - dvs. den domstol, der lægger den højeste standard, trækker de andre med sig!
  - skal domstolene …
    - lægge sig på sikker afstand af et EMRK-brud, jf. fx *UfR 2013.2587 H*, hvor der godt kunne have været sket udvisning, men ikke skete det …
    - eller nøjes med "en sikkerhedsmargin, som afspejler den politiske konsensus på området", jf. *Peter Starup* i UfR 2014 B s. 69 ff.?
    - det første!
- Overblik over domstolene
  - Højesteret, København (er også vores "forfatningsdomstol" – kan det hele);
  - EU-domstolen (EUD), Luxembourg – al EU-ret (også grundrettigheder i forbindelse med EU-retten);
  - EFTA-domstolen, Luxembourg – EØS-landene (Norge, Island, Liechtenstein);
  - Menneskeretsdomstolen (EMD), Strasbourg – al fortolkning af EMRK;
  - International Domstol, Haag – tvister mellem stater (*øen Jan Mayn*, Storebælt gennemsejlingshøjde, *Tyskland mod USA – LaGrand, US-henrettelser*);
  - særlige straffedomstole …
    - efter 2. verdenskrig: Nürnberg- og Tokyo-domstolene (Nürnbergprincipperne);
    - efter Jugoslavien: Jugoslavien-domstol, Haag;
    - efter Rwanda: Rwandadomstol, Rwanda/Haag.
  - permanent international straffedomstol, ICC, Haag;
    - folkedrab, gidseltagning, flykapring, tortur;

  - subsidiær i forhold til nationale domstole
- vigtig tendens:
  - individet som pligtsubjekt, fx. ad de nævnte straffesager;
  - individet som rettighedssubjekt: sagsøge staten direkte ved EMD i Strasbourg.

1.5. Lær disse enkle EMRK-principper

- Kig EMD-dommerne i kortene: her er de centrale redskaber:
- Der er altid et "stk. 2" i EMRK
  - ingen af rettighederne er absolutte
    - bortset fra artikel 6 om retfærdig rettergang
    - og så dog alligevel: praksis viser, at helhedsbilledet er afgørende, dvs. mindre fejl mv. må tåles
  - der vil, bortset fra artikel 6 som nævnt, altid være modsatrettede hensyn;
  - derfor forkert at sige (som man hører politikere gøre): "ytringsfriheden kan ikke gradbøjes!";
  - men "stk. 2"'erne er tværtimod én lang øvelse i afvejning af modsatrettede hensyn (kald det så blot "gradbøjning");
  - staten har en "skønsmargin" (*margin of appreciation*) …
  - den virkelige kunst er (når man først har fået en smule øgelse i at anvende EMRK på konkrete sager) ikke at konstatere, at der foreligger et indgreb i en grundrettighed (hvilket ofte vil være tilfældet);
  - men derimod at foretage "stk. 2"-afvejningen!
- Det modsatrettede hensyn kan være en anden EMRK-rettighed
  - se fx *von Hannover mod Tyskland (EMD 7. februar 2012)*
    - *prinsesse Caroline af Monaco* og hendes mand fotograferet uden samtykke på skiferie;
    - billederne blev bragt i 3 tyske aviser …
    - men tyske domstole nedlagde kun forbud mod 2 af dem;
    - nu klagede *Caroline* til EMD over det manglende forbud mod den 3. avis – stred mod hendes ret til privat- og familieliv efter EMRK artikel 8, mente hun;
    - men der var gode grunde til, at den 3. avis gik fri, fastslog EMD …
    - den 3. artikel var afbalanceret og bidrog til en generel debat …
    - og de tyske domstole havde nøje afvejet ytringsfriheden efter artikel 10 over for privatlivet efter artikel 8;
    - når hertil kom statens (og dens domstoles skønsmargin) …
    - var artikel 8 ikke krænket i forhold til *Caroline*.
- Der stilles følgende krav til ethvert indgreb i rettighederne
  - indgrebet skal have hjemmel i lov (legalitetsprincippet, *the rule of law – not of man*);
- behøver ikke være en formel lov; kan fx også være en retssædvane, jf. *Sunday Times* v. UK, 26. april 1979 (præmis 47)

- også *anstaltsforhold* (sygehus, gymnasium, skole) kan udgøre hjemmel til indgreb, jf. *Emilie Loiborg* i Justitia 2015 nr. 6 s. 3 ff.
  - indgrebet skal være tilgængeligt og forudsigeligt (*accessible*, *foreseeable*);
  - indgrebet må ikke gribe dybere ind end strengt nødvendigt (proportionalitetsprincippet).
- Nogle gange kommer en domstol *for nemt* til resultatet – uden at vise, at afvejningen er foretaget …
  - "der er ikke grundlag for at antage …";
  - "x-lov kan ikke antages at stride mod EMRK artikel …";
  - fx *UfR 2012.344 V* om tvangsanbringelse af et barn efter social servicelovs § 68 a
    - moderen argumenterede, at EMRK artikel 8 var krænket;
    - V.L.: "Der er ikke grundlag for at antage, at bestemmelsen i servicelovens § 68 a, hverken generelt eller i den foreliggende sag, er i strid med EMRK artikel 8";
    - burde have erkendt, at der *var* tale om et indgreb i rettigheder efter artikel 8 …
    - og dernæst foretaget afvejningen …
    - som meget vel kunne falde ud til fordel for lovlighefen a den stedfundne tvangsanbringelse.
- Det kan også blive nødvendigt at afveje to grundrettigheder over for hinanden
  - fx ytringsfriheden (EMRK artikel 10): "Sig, hvad du vil …";
  - " …og dog": skal afvejes over for beskyttelse mod racistiske udtalelser, straffelovens § 266 b (op til 2 års fængsel) (styret af FN-konvention mod racisme);
  - *UfR 2000.2234 H (Mogens Glistrup)* – han kunne straffes for sine ytringer.
- **Personlige** rettigheder
  - Livet, artikel 2.
  - Tortur og nedværdigende straf, artikel 3.
  - Slaveri og tvangsarbejde, artikel 4.
  - Frihedsberøvelse, artikel 5.
  - Privatliv, artikel 8.
  - Familieliv, artikel 8 igen.
  - Religionsfrihed, artikel 9.
  - Ytringsfrihed, artikel 10.
  - Foreningsfrihed, artikel 11 – også den negative.
  - Forsamlingsfrihed, artikel 11 igen.
- **Økonomiske** rettigheder
  - ejendomsretten – generelt, P1 artikel 1 (tillægsprotokol nr. 1, artikel 1 = P1 artikel 1).
  - ekspropriationserstatning, P1 artikel 1 igen.
  - vilkårlig eller retroaktiv skat, P1 artikel 1 igen.
  - generelt om EMRK P1 artikel 1

- altid anskue i samspil med Grl. § 73!
- erhvervsfriheden – ingen EMRK, men grundlovens § 74;
- processuel beskyttelse af ejendomsret mv., artikel 6 + P1 artikel 1
- diskriminationsforbud ad økonomiske rettigheder, artikel 14 + P1 artikel 1.

✍ **Processuelle** rettigheder
- adgang til domstolsprøvelse, artikel 6;
- retfærdig rettergang, artikel 6 igen;
- dom inden for rimelig tid, artikel 6 igen;
- formodning om uskyld i straffesager, artikel 6, stk. 2;
- frifinde i straffesag, men dømme i civil sag? (*O. J. Simson!*);
- ingen straffelov med tilbagevirkende kraft, artikel 7;
- *ne bis in idem*, P7 artikel 4 …
  - jf. *UfR 2013.834 H (udleveringen til Grækenland)*, hvor Højesteret indfortolkede et "*ne bis in idem*"-forbehold (ikke tiltale nogen to gange for det samme) i udlændingelovens regler …
  - og dermed nægtede at udlevere en græsk borger til hjemlandet …
  - fordi udleveringsbegæringen også omfattede et checkfalskneri til EUR 400.000, som han allerede tidligere *var* dømt for.
- erstatning efter frifindelse, P7 artikel 3.

1.6. Vil du vide mere?

✍ Organisationer
- EMD: www.echr.coe.int;
- Europarådet: www.coe.int;
- FN: www.un.org;
- FN, Nordiske lande: www.un.dk;
- FN, Højkommissariatet for menneskerettigheder: www.unhcr.ch.

✍ Materiale i Danmark
- Det Danske Center for Menneskerettigheder: www.humanrights.dk;
- do., nyheder mv.: www.menneskeret.dk;
- Kgl. Bibliotek med databasen REX: www.kb.dk;
- Statsbiblioteket med databasen SOL: www.statsbiblioteket.dk.

Kapitel 2

Personlige rettigheder

2.1. Overblik over rettighederne

- **Personlige** rettigheder
  - livet, artikel 2;
  - tortur og nedværdigende straf, artikel 3;
  - slaveri og tvangsarbejde, artikel 4;
  - frihedsberøvelse, artikel 5;
  - privatliv, artikel 8;
  - familieliv, artikel 8 igen;
  - religionsfrihed, artikel 9;
  - ytringsfrihed, artikel 10;
  - foreningsfrihed, artikel 11;
  - forsamlingsfrihed, artikel 11 igen.

2.1.1. Retten til livet, artikel 2

- Artikel 2, stk. 1: "Ethvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov".
- Rettigheden er ikke absolut, jf. stk. 2: nødværge, anholdelse, flugt, optøjer – men proportionalitet.
- Nødværge: hvad kan "nødværge" være? (nødværge er noget andet end "nødret", jf. straks nedenfor).
- Anholdelse:
  - *Ramsahai mod Holland (EMD 15. maj 2007)*: skudt under anholdelse – dette var o.k. men ej ordentligt efterforsket bagefter;
  - *UfR 2011.2510 H (Løgstørsagen)*: ej politimæssig fejl ved handlemåde efter anholdelse, og plausibel og overbevisende forklaring på begivenhedsforløbet.
- Artikel 2 forbyder ikke i sig selv dødsstraf, men dette er nu forbudt ved protokol nr. 6 (P6).
- Nu også forbudt i krigstid, P13.

- Luftangrebet 23. april 1999 mod Radio Televisia Serbia
  - klage mod Danmark m.fl. i *Bankovic m.fl. mod Belgien, Tjekkiet, Danmark m.fl.;*
  - afvist af EMD-storkammer …
  - idet angrebet var en "eksterritorial handling", dvs. uden for EMD's kompetence efter EMRK
  - en problematisk dom!
- Skal også beskytte borgerne mod andre borgere (jf. EMRK's virkning på det vandrette plan, *Drittwirkung*).
- Fx UK-sager om strafafsonere, der dræber andre (i cellen eller under flugt fra fængslet).
- Satte psykisk syg arrestant i strafcelle; han hængte sig; burde have anbragt ham i psykiatrisk institution – *Renolde mod Frankrig (EMD 16. oktober 2008).*
- Efterforskning af dødsfald – skal være effektiv
  - *Henriques mod Luxembourg (EMD 9. maj 2006)*
    - arbejdsulykke: sammenstyrtet mur under nedrivningsarbejde;
    - anklagemyndigheden gad ikke indhente sagkyndige erklæringer.
  - *UfR 2013.986 H (Røde Mellemvej-sagen)*
    - betjent skød biltyv under dennes vanvidskørsel;
    - havde netop livsfarligt kvæstet fodgænger og bragt andres liv i fare;
    - ad betjenten; afgørende, hvordan sagen fremstod for ham (nærliggende risiko etc.), dvs. subjektivt, ikke objektivt kriterium;
    - ad statsadvokatens undersøgelse: levede trods en række fejl op til kravene i EMD-praksis.
- Mistænkeligt dødsfald eller forsvinden – skal efterforskes
  - *Girard mod Frankrig (EMD 30. juni 2011)*
    - ældre ægtepar melder datter og svigersøn forsvundet;
    - mistænker én, der har købt svigersønnens restaurant;
    - ud over at prøve at efterspore datterens adresse foretager politiet ingen efterforskning;
    - senere findes datter og svigersøn myrdet, og køberen af restauranten dømmes;
    - EMD:
      - politiets handlinger var ikke "tilpasset omstændighederne";
      - levede ikke op til "det processuelle aspekt af den positive forpligtelse i EMRK artikel 2" – retten til livet.
- Nød**ret** (til forskel fra nød**værge**) giver ikke ret til at fravige artikel 2 (heller ikke selv om der kan spares menneskeliv)
  - hvordan ville følgende tyske sag mon være faldet ud i EMRK-systemet;
  - tysk grundlov siger: "*Jeder hat das Recht auf Leben …*", artikel 1, stk. 1;
  - forbundsdagen vedtog §§ 14-15 i *Luftsicherheitsgesetz* … tillod nedskydning af kapret passagerfly (på vej over by, atomkraftværk etc.);

- men forfatningsdomstolen (BverfG, *Bundesverfassungsgericht*) udtalte;
- strider mod retten til livet, dom af 15. februar 2006;
- ville EMD mon ræsonnere tilsvarende?

Må ikke udlevere til dødsstraf i en anden stat
- men kan normalt stole på en diplomatisk note fra den anmodende stat om, at dødsstraf ikke vil blive anvendt …
- jf. *Harkins & Edwards mod UK (EMD 17. januar 2012)*.

2.1.2. Tortur og nedværdigende straf, artikel 3

Tortur og "umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf" er forbudt.

Uberettiget forvaringscelle og fiksering udløste godtgørelse på 50.000 kr. i *UfR 2014.3045 H (den forvaringsdømte i sikringscelle)*
- blev *uberettiget* sat i sikringscelle og fikseret …
- blev desuden *berettiget* indsat og fikseret, men for langvarigt
- tilkendt godtgørelse efter EMRK artikel 3, sammenholdt med artikel 13 (effektive retsmidler) og artikel 41 (erstatning) i kombination med erstatningsansvarslovens § 26
- ikke i strid med EMRK at anvende den almindelige 3-årige forældelse i forældelseslovens § 3, stk. 2 …
- modsat strafansvar for overtrædelse af EMRK artikel 3, som efter EMD's praksis ikke må forældes

UfR 2012.1439 Ø – giver erstatning til frihedsberøvede demonstranter fra Klimakonferencen i København
- alle fik for frihedsberøvelsen (EMRK artikel 5, stk. 1) erstatning efter en standardiseret skala …
- nogle fik pga. krænkelse af artikel 3 ekstra 4.000 kr.;
- med disse (nuancerede) erstatninger (samt med *erkendelsen* af EMRK-krænkelserne) har de pågældende givetvis ikke længere "offerstatus" i EMRK's forstand;
- dommen anerkender samtidig EMRK artikel 5 som selvstændig erstatningshjemmel på objektivt grundlag …
- dvs. at culpa efter EAL § 26 ikke skal påvises, jf. *Ib Henricsson* i J 2012 s. 103 ff.

UfR 2000.2385 H (Peter Rohde), nægter erstatning til konkurrencesvømmer.
- *Rohde mod Danmark (EMD 21. juli 2005)*, Danmark frifundet med dommerstemmerne 4-3 (lagt vægt på +besøg af familie, venner, læge, præst etc. – ingen af dem fandt ham specielt plaget).

Må ikke udvise til tortur mv. i hjemland, jf. (svensk) *NJA 2007.574 HD (udvisning til Albanien)*.

Ej heller udvise (fx dansker) til tortur i et andet land, uanset udleveringsregler og -aftaler
- *UfR 2011.2904 Ø*, meget omtalt i pressen;

- dansker skulle udvises til Indien, mistænkt for terror dér;
- Justitsministeriet ville udvise …
- men de danske domstolene bremsede udvisningen …
- idet der (trods indiske forsikringer) var "en reel risiko for, at han i Indien ville blive udsat for en behandling i strid med EMRK artikel 3".

✍ Må danske soldater udlevere en fange til tortur hos fx amerikanske styrker? (efterprøves primo 2009 af Ø.L.: *Ghousoullah Tarin m.fl. mod Danmark*, kræver dom for, at uretmæssigt, + 50.000 kr. godtgørelse).

✍ Må man give en mistænkt et brækmiddel for at få en pose op, som han har slugt? (og som viste sig at indeholde 0,2 g kokain)?

- *Jalloh mod Tyskland (EMD 11. juli 2006)*;
- nej, dette var nedværdigende…
- burde have ladet den passere ud "ad naturlig vej" (EMD's egne ord);
- også artikel 6 var krænket (retfærdig rettergang);
- fordi kokainen blev brugt som bevis under den efterfølgende straffesag!

✍ Må man udsætte en arrestant for tortur for at redde andres liv?

- nej, jf. *Gäfgen mod Tyskland (EMD 1. juni 2010)*;
- havde kidnappet en 11-årig dreng;
- blev nu anholdt og truet med vold af politiet for at røbe, hvor drengen var;
- røbede da, at drengen allerede var død;
- artikel 3 var krænket (hvilket tyske domstole allerede havde fastslået);
- havde *Gäfgen* stadig offerstatus i relation til EMRK?
  - flertal (11): ja, for de tyske politifolk havde fået meget små straffe (betinget bøde);
  - dissens (6): nej, for EMD bør ikke stille specifikke krav til strengheden af den nationale sanktion.
- også spørgsmål ad artikel 6, retfærdig rettergang:
  - var det i orden at dømme på grundlag af ulovligt tilvejebragt bevis? ("snavset bevis");
  - flertal (11): ja, for domfældelsen var ej baseret herpå;
  - dissens (6): nej, for det var den jo reelt alligevel (thi fremkaldte hans tilståelse);
  - *Jens Elo Rytter* i EU-ret & Menneskerettigheder 2011.161, s. 166 f. enig med dissens – al anvendelse af "snavset bevis" bør være afskåret.

✍ Gäfken-dommen forekommer betænkelig og ulogisk

- der må jo godt ofres liv for at redde liv (nødværge), forudsat at absolut nødvendigt…
- dvs. en bankrøver, terrorist mv. må godt skydes af specialstyrkerne, hvis det er sidste udvej for at redde de mennesker, som han umiddelbart truer
- hvorfor må man så ikke anvende tortur for at få ham til at afsløre, hvor (i en større by) en tidsindstillet bombe er skjult – for derved at redde menneskeliv?

2.1.3. Slaveri og tvangsarbejde, artikel 4

- Ingen må holdes i slaveri eller trældom, og ingen må pålægges at udføre tvangs- eller pligtarbejde.
- Dvs. gamle dages fængsel i "arbejdslejr" (ad modum USA) er nu forbudt i Europa.
- Er dansk "samfundstjeneste" o.k.? (straffelovens §§ 62-67) – som (mildere) surrogat for fængsel formentlig o.k.
- Har vi "slaveri" her i landet?
  - — ja, formentlig
  - — importerede prostituerede fra østlandene…
  - — holdes i noget, der ligner "slaveri";
  - — skrider staten effektivt nok ind mod dette? (EMRK's vandrette virkning igen) – *Drittwirkung*;
  - — domfældelse herfor i *Rantsev mod Cypern & Rusland (EMD 7. januar 2010)* …
    - ikke nok for et land at have *love* herimod (straffelov, udlændingelov, specifikke erhvervslove);
    - skal også effektivt *håndhæve* lovene, og det havde Cypern ikke gjort;
    - også hjemlandet, Rusland blev dømt – havde ikke efterforsket hendes anmeldelse.

2.1.4. Frihedsberøvelse, artikel 5

- Artikel 5: Ingen må berøves friheden – undtagen i følgende tilfælde …
- Anholdelse, varetægtsfængsling, strafafsoning, psykiatrilovgivning etc.
- Her er Grundlovens § 71, stk. 3 mere præcis end EMRK:
  - — enhver anholdt skal for en dommer senest 24 timer efter anholdelsen;
  - — (eller løslades forinden) (+ evt. "opretholdt anholdelse" i op til 3 x 24 timer);
  - — til gengæld er EMRK artikel 5 skrappere i sit krav om hurtig behandling af en klage over *administrativ* frihedsberøvelse, jf. straks nedenfor.
- "Præventiv anholdelse" ulovlig, *UfR 1986.383 V (restaurant la Cabana)*
  - — også de præventive anholdelser ved Israel-demonstrationer 2009.
- I artikel 5 ligger der også et krav om proportionalitet …
  - — skal derfor løslade snarest muligt;
  - — henvist hertil i *UfR 1992.877 H*: 18-årig T havde dræbt sin voldelige bror, der terroriserede hele familien; T blev løsladt efter 6 mdr. af Højesteret (hvilket var uhørt efter hidtidig praksis).
- Administrativ frihedsberøvelse – krav om hurtig klagebehandling
  - — *Patoux mod Frankrig (EMD 14. april 2011)* – 46 dage, regnet fra klagen over psykiatrisk tvangsanbringelse, og til den nationale dom forelå, var for lang tid;

- — også danske myndigheder skal være opmærksomme på kravet om hurtig klagebehandling;
- — domstolsprøvelse af administrativ frihedsberøvelse …
  - rpl. kap. 43 a (§§ 468-75) + lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien;
  - afgørelse i 1. instans: regionens patientklagenævn;
  - kan domstolsprøves (byretten med fri appelmulighed til landsretten);
  - dvs. den frihedsberøvede henholdsvis eller den, der handler på hans vegne, kan begære lovligheden prøvet af byretten, jf. rpl. § 469;
  - skal være opmærksomme på de stramme krav efter EMRK artikel 5.

2.1.5. Privatliv, familieliv, hjem og korrespondance, artikel 8

Privatliv:

- — må et rederi kræve urinprøver af de ansatte og teste dem for alkohol og narko?
  - ja, jf. EMD i *Hans Eigil Madsen mod Danmark (7. november 2002)*;
  - alle ansatte på DFDS' rederier skal jævnligt give urinprøve;
  - de indgik alle i skibenes sikkerhedsberedskab;
  - derfor var det o.k. efter artikel 8, stk. 2: lovligt formål.
- — må politiet opbevare frifundet persons fingeraftryk?
  - *UfR 1992.948 V*: o.k., ikke i strid med EMRK artikel 8;
  - kritisk *Eva Smith* i UfR 1994B.99;
  - men fastholdt ved *UfR 2000.2101 V*;
  - dommen er forkert, jf. nu *EMD 4. december 2008*, *S. og Michael Marper mod UK (opbevaring af ikke-dømtes fingeraftryk)*;
  - siden da er dansk lovgivning ændret for at opfylde Marper-dommen fra EMD.
- — må politiet uden tilstrækkelig grund registrere nogen som "prostitueret"?
  - nej, jf. *Khelili mod Schweiz (18. oktober 2011)*;
  - blev registreret som prostitueret efter en politikontrol, hvor man fandt hendes visitkort …
  - "Sød, smuk kvinde i slutningen af 30'erne søger mand til at gå ud med fra tid til anden. Telefonnummer …";
  - dette var ikke grund nok til registreringen;
  - og selv om registreringen hos politiet senere blev ændret til "syerske" …
  - nægtede politiet at slette den *tidligere* registrering (prostitueret) …
  - der kunne skade hendes omdømme, og som evt. kunne videregives til andre myndigheder;
  - artikel 8 var derfor krænket.

Har en kvinde ret til fri abort?

- — hendes ret efter artikel 8 skal afvejes over for det ufødte barns ret til livet efter artikel 2;

- irsk abortsag: *A, B og C mod Irland (EMD 16. december 2010)*
  - flertal (11) anerkendte statens ret til et sådant forbud;
    - står i irsk forfatning, vedtaget ved folkeafstemning med stort flertal;
    - forhindrer ikke abort i et andet land;
    - berører religiøst-moralsk spørgsmål: hvornår begynder livet?
  - dissens (6) vægt på, at udbredt konsensus i Europa om abort;
    - vægter moderens ret til velfærd mv. tungere end fosterets ret til livet;
    - det irske forbud derfor uproportionalt, fandt mindretallet.

✍ må man bruge en persons identitet til en roman?

- hovedpersonens ret til at beskytte oplysninger af privat karakter …
- skal afvejes over for forfatterens kunstneriske ytringsfrihed …
- og ytringsfriheden vejede tungest i *UfR 2011.3021 Ø (romanen "Suverænen")* …
- der (med navn og billeder) brugte en nulevende persons identitet som afsæt for en roman;
- endog nogle "beskyldninger" mod ham i romanen for racistiske ytringer og for sympatitilkendegivelser over for medlemmer af en tysk terrororganisation …
- fandtes at have været fiktive og dermed o.k.;
- derfor i det hele frifindelse
- ville afvejningen mellem artikel 11 (ytringsfriheden) og artikel 8 (privatlivet) være faldet tilsvarende ud ved EMD? ikke nødvendigvis.

✍ Familieliv:

- her er nøglen til de senere års (ændrede) danske praksis fra Højesteret om udvisning i alvorlige straffesager …
  - man skal afveje dansk contra udenlandsk tilknytning …
  - + forbrydelsens grovhed …
  - for at finde frem til, om han/hun må blive i DK!
  - dvs. slet ikke samme automatik i udvisningen som tidligere
- var det o.k. at opgrave et lig for at tage DNA-prøver?
  - arvesag, hvor 2 personer hævdede at være arveberettigede, fordi de var biologiske børn af afdøde (sagde de);
  - *UfR 2002.2619 H*: o.k. at grave liget op for at tage DNA-prøver (ingen hjemmel i retsplejeloven eller dødsboreglerne);
  - boet klagede til EMD: artikel 8 krænket;
  - EMD: nej, boet som sådant kan ikke påberåbe sig artikel 8 …
  - og "afdøde ved boet" kan: heller ikke;
  - Boet efter Kresten Filtenborg mod Danmark (EMD 15. maj 2006)
- ret til at indgå homoseksuelt ægteskab?
  - EMD i *Schalk & Kopf mod Østrig (EMD 24. juni 2010)* (enstemmigt): nej;
  - retten til ægteskab følger af artikel 12, men forudsætter personer af forskelligt køn;

- kan ikke via dynamisk fortolkning udvides til at omfatte homoseksuelle ægteskaber;
- homoseksuelt ægteskab anerkendes kun af et lille mindretal af stater;
- men *hvis* en stat anerkender homoseksuelt ægteskab, må de pågældende ikke diskrimineres, jf. artikel 12 sammenholdt med artikel 14

— privatliv afvejet over for ytringsfrihed
- ofte vil ytringsfriheden veje tungest;
- fx *Mosley mod UK (EMD 10. maj 2011)*
  - britisk avis offentliggjorde seksuelle forhold om "Formel 1-top-chef" …
  - "Deltager i perverst naziorgie med 5 prostituerede";
  - Mosley fik erstatning ved britisk domstol …
  - men klagede også til EMD …
  - mente, at loven burde forpligte avis til at underrette personen inden offentliggørelse af private forhold;
  - EMD: nej, dels fordi dette ville have negativ virkning på ytringsfriheden …
  - og dels pga. vid margin for den måde, staterne beskytter privatlivet på efter artikel 8.

2.1.6. Religionsfrihed, artikel 9

Enhver har ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed.

Indebærer artikel 9 en ubegrænset ret til at bære tørklæde mv.? nej
— *Dahlab mod Schweiz (EMD 15. februar 2001)*: skolelærer; tørklædet kan have en "missionerende virkning", "vanskeligt foreneligt med ligestilling mellem kønnene"; forbuddet var o.k.;
— *Layla Sahin mod Tyrkiet (EMD 10. november 2005)*: medicinstuderende Istanbul Uni.; "værdier som pluralisme, respekt for andres rettigheder og navnlig mænds og kvinders lighed for loven"; forbuddet var o.k.;
— *Dogru mod Frankrig og Kervanci mod Frankrig (EMD 4. december 2008)*: o.k. at bortvise muslimske skolepiger, som trodsede klart forbud mod tørklæder; vægt på den franske forfatnings "sekulære princip" [dvs.: ikke-religiøse …];
— *UfR 2005.1265 H (Føtex A/S)*: beklædningsreglement sagligt begrundet; afvejning af hensynene til en arbejdsgiver, der kræver uniformering, og til en ansat, der af religiøse grunde ikke kan/vil opfylde kravet;
— dansk lov 2009 om forbud mod tørklæder i politiet;
— enquête i BT: "Er det i orden, at buschauffører afviser kvinder med tørklæde?".

Vigtig sondring ad tørklædeforbud mv.:
— er det "kun" et forbud på institutioner (skole, universitet)? – så afvejes hensynet til religiøs neutralitet over for religionsfriheden; kan meget vel falde ud til fordel for kravet om religiøs neutralitet, jf. dommene ovenfor;

- — er det et forbud i det offentlige rum? så skal der påvises konkrete hensyn til offentlig orden mv. – ellers vejer religionsfriheden tungest;
- — således *Ahmet Arslan m.fl. mod Tyrkiet (EMD 23. februar 2010)*
  - muslimsk sekt bar særlig turban, kjortel, stok mv. ved offentligt optog; blev dømt herfor;
  - dette krænkede artikel 9, thi ingen konkret risiko for den off. orden; derfor uproportionalt indgreb i artikel 9.

- Ulovlig kniv (våbenloven), *UfR 2007.316 Ø (sikhs kirpan, krumsværd)* – på vej med dette ind på US-ambassaden
  - — straffet, og kniven konfiskeret, uanset artikel 9.

- Forældremyndighedssag, *T:FA 2001.419 (Civilstyrelsen)*
  - — en forælders samværsret blev betinget af, at barnet ikke måtte tages med til Hare Krishnas møder;
  - — Ombudsmanden: denne betingelse er ikke i strid med artikel 9;
  - — thi den er ikke vendt mod samværsforælderens tro;
  - — men begrundet i, at den anden forælder var folkekirkemedlem …
  - — og barnet skulle ikke påvirkes af forældrenes "meget forskellige religiøse opfattelser".

- O.k., at ikke-medlemmer af folkekirken …
  - — skal anmelde fødsel til sognets kirkekontor (personregisterføreren) og
  - — via skatterne bidrager til statstilskud til folkekirken, jf. *UfR 2008.342 H (medlem af romersk-katolsk kirkesamfund)*.

- Militærnægtere – må ikke straffes
  - — den daværende EMRK-*Kommission* mente ikke, at militærnægtelse beskyttes af EMRK artikel 9;
  - — men der er nu "europæisk konsensus" om, at militærnægtelse er beskyttet af artikel 9;
  - — jf. *Bayatyan mod Armenien (EMD 7. juli 2011)*
    - skal tilbyde alternativ tjeneste, fx samfundstjeneste;
    - "et system, hvor en person risikerer fængsel, hvis vedkommende forbliver tro mod sin overbevisning, er ikke nødvendigt i et demokratisk samfund";
    - en ændret fortolkning af artikel 9 var forudsigelig, og Armenien kunne derfor dømmes.

2.1.7. Ytringsfrihed, artikel 10

- Meningsfrihed; frihed til at modtage eller meddele tanker og oplysninger (forhindrer ikke lovkrav om bevilling for at drive radio el. tv);

- Formentlig den vigtigste af alle EMRK-bestemmelser!

- Retten til at udtale sig … og til at opsætte parabol for at tage tyrkisk tv!

- Eller til at sende som tv-station
  - jf. *UfR 2011.918 Ø (ROJ TV A/S)*
    - tiltaltes efter terrorparagraffen, strfl. § 114 e …
    - og bankkonti beslaglagdes af politiet til sikkerhed for sagsomkostninger (har hjemmel i rpl.);
    - men beslaglæggelsen underkendtes af både KBL og ØLR …
    - thi den indebar et indgreb i ytringsfriheden (ville reelt standse stationen) …
    - og kunne ikke retfærdiggøres ud fra nogen af undtagelserne i EMRK artikel 10, stk. 2.
- Også retten til at være whistleblower som offentligt ansat, jf. *Guja mod Moldova (EMD 12. februar 2008)* (afslørede politisk pression mod anklagemyndigheden).
- Omfatter også "kommerciel ytringsfrihed"
  - jf. *Krone Verlag GmbH mod Østrig (EMD 11. december 2003)* om et forbud mod sammenlignende reklame …
    - EMD fandt indgrebet "for bredt og uproportionalt";
      - ville have vidtrækkende konsekvenser for muligheden for markedsføring.
  - Se også *Caroline Heide-Jørgensen*: Reklameret, 2008, kapitel 3.
- Men ytringsfriheden skal ofte afvejes over for "noget andet" – et par eksempler:
  - *UfR 2001.723 Ø (Hamburg-Mannheimer)*
    - tv-journalist ville infiltrere H-M og dets forsikringsmetoder;
    - søgte derfor job som forsikringssælger hos H-M;
    - men H-M krævede forevisning af en ren straffeattest;
    - hans var blank, men når H-M så den, ville man genkende hans navn fra tv;
    - derfor udraderede han 2 af sine i alt 4 navne, men attesten i øvrigt var uændret;
    - straffet for dokumentfalsk; dette vejede tungere end artikel 10.
  - *UfR 2008.671 H (grillkniven i lufthavnsgaten)*
    - journalist tog grillkniv fra restaurant i transitområdet …
    - med til gaten og lod sig fotografere med den;
    - ville afsløre brist i "security";
    - straffet (5-2), men strafbortfald pga. formildende omstændigheder.
  - *Haldimann m.fl. mod Schweiz (EMD 24. februar 2015)* – optagelse med skjult kamera
    - optog samtale med forsikringsmægler med skjult kamera for at afdække ulovlige metoder i branchen
    - slørede forsikringsmægleren ved udsendelsen
    - særligt fordi der fokuseredes på branchen og ikke på den enkelte mægler …
    - var krænkelsen af mæglerens privatliv ikke alvorlig nok til, at ytringsfriheden kunne begrænses

— *Mikkelsen & Christensen mod Danmark (EMD 24. maj 2011)* – køb af ulovligt fyrværkeri
  - to journalister købte ulovlige krysantemumbomber til brug for et dokumentarprogram om import og salg af ulovligt fyrværkeri;
  - blev idømt en bøde på 6.000 kr. hver;
  - selv om tv-programmet ikke blev standset eller på nogen måde hindret …
  - var domfældelsen et indgreb i deres ytringsfrihed …
  - men indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund …
  - og derfor berettiget efter EMRK artikel 10, stk. 2.

— *UfR 1999.122 H ("Politiets blinde øje")*
  - straffer to tv-journalister for i udsendelsen "Politiets blinde øje" at have antydet i spørgsmålsform …
  - at en kriminalinspektør under efterforskningen af drabssagen mod "Pedal-Ove" skulle have skjult/undertrykt en politirapport med en helt central vidneforklaring;
  - straffrihed i forbindelse med "berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse" kunne ikke statueres …
  - således som strfl. § 269, stk. 1 måtte forstås i lyset af EMRK artikel 10 (dissens herom);
  - godkendt af EMD 19. juni 2003 …
  - stadfæstet af Storkammer (9-8) den 16. december 2004 – dvs. straf var o.k.

— *UfR 2003.2438 V (Pizza Aage)*
  - pizzeria på Fanø nægtede at servere for tyskere og franskmænd …
  - fordi deres lande var imod krigen mod Irak;
  - han dømtes efter loven om racediskrimination … (FN-konvention);
  - som Vestre Landsret konkret vægtede tungere end EMRK artikel 10.

— *UfR 1999.1536 H (Kurt Thorsen)*
  - sad varetægtsfængslet i isolationsarrest, sigtet for dokumentfalsk (falske PFA-garantier);
  - isolationen blev ophævet, og herefter ville journalister fra Ritzau besøge ham i fængslet for at interviewe ham;
  - politiet: afslag på besøgstilladelse; besøget kan skade efterforskningen;
  - Højesteret: ikke grundlag for at tilsidesætte politiets skøn:
    - begrænser ganske vist hans ytringsfrihed …
    - men strider hverken mod grundloven § 77 eller EMRK artikel 10;
    - "omfanget af politiets information af pressen [T: politiet holdt sig ikke tilbage!] kan ikke tillægges betydning" ved den nævnte vurdering;
    - er det en rigtig kendelse?

- *UfR 2010.1859 H (behandlingshjemmet "Møllen")*
  - tv-optagelser med skjult kamera på behandlingshjem for alkoholmisbrugere;
  - hjem og medarbejdere ønskede fogedforbud mod visning;
  - byret ja, landsret og HR nej til forbud;
  - HR: krænkelse er ikke i sig selv nok til indgreb i ytrings- og informationsfriheden;
  - krænkelsen skal være så grov, at hensynet til den krænkede overstiger hensynet til ytrings- og informationsfriheden.
- *UfR 2012.1929 Ø (kræftoverlægen på Rigshospitalet))*
  - DR1-programmet "Når lægen ved bedst" beskyldte en navngiven overlæge …
  - for at vælge et bestemt kræftmiddel, som afkortede patientens liv …
  - ud fra hensyn til overlægens prestige og økonomi;
  - kendtes ubeføjet, og 10 dagbøder á 1.000 kr. …
  - og der forelå ikke en beskyttelsesværdig interesse i h.t. EMRK artikel 10 …
  - når der ikke faktuelt var grundlag for beskyldningerne.
- privatliv – afvejet over for ytringsfrihed
  - ofte vil ytringsfriheden veje tungest;
  - fx *Mosley mod UK (EMD 10. maj 2011)*
  - britisk avis offentliggjorde seksuelle forhold om "Formel 1-topchef" …
  - "Deltager i perverst naziorgie med 5 prostituerede";
  - *Mosley* fik erstatning ved britisk domstol …
  - men klagede også til EMD …
  - mente, at loven burde forpligte avis til at underrette personen inden offentliggørelse af private forhold;
  - EMD:
    - nej, dels fordi dette ville have negativ virkning på ytringsfriheden …
    - og dels pga. vid margin for den måde, staterne beskytter privatlivet på efter artikel 8;
    - "en *ex post facto*-erstatning udgør tilstrækkelig beskyttelse efter artikel 8".
- beskyttelse mod opfordring til vold – afvejet over for ytringsfrihed
  - kan en stat gøre det strafbart at bestride visse historiske facts?
  - fx i Tyskland strafbart at bestride kz-lejrenes eksistens (der er straf for offentligt at kritisere den s.k. "*Auschwitz-Lüge*", "A.-løgnen")
  - *EMD 17. december 2013 (Perinçek mod Schweiz)*
  - tyrkisk jurist bestred på konferencer i Schweiz, at der i 1915 fandt et tyrkisk folkemord på armenere sted
  - blev straffet herfor efter schweizisk lov
    - EMD:
      - ~ en stat kan godt anerkende en bestemt historisk kendsgerning…
      - ~ uden at skulle straffe folk for at benægte kendsgerningen

- ~ benægtelsen er ikke = opfordring til vold
- ~ derfor var domfældelsen i strid med artikel 10
- ~ den spanske og den franske forfatningsdomstol var kommet til tilsvarende resultat i 2007 hhv. 2012 (EMD lægger bl.a. vægt herpå)

— Spørgsmål: Har EU og EUD altid haft et tilstrækkeligt sikkert blik for bl.a. (princippet bag) EMRK artikel 10?

- ⇝ EUD 2. april 2009, *C-421/07 (anklagemyndigheden mod Frede Damgaard)*;
  - var uafhængig journalist med speciale i helsekost mv.; skrev på sin hjemmeside om hybenpulver og virkning mod gigt mv.
  - blev tiltalt for ulovlig reklame, jf. artikel 86 i direktiv 2991/83 lægemiddeldirektivet;
  - EUD var (naturligvis) opmærksom på EMRK artikel 10 (præmis 26) …
  - men fandt alligevel, at man e.o. kan straffes, også selv om man handler uafhængigt af fabrikanten (af hybenpulveret);
  - hvad ville den "rigtige" EMRK-domstol, EMD, have sagt hertil? (jf. den første irske abortsag, der anskuedes vidt forskelligt fra henholdsvis Luxembourg og Strasbourg);
- ⇝ dog stigende opmærksomhed hos EUD om "korrekt" anvendelse af EMRK …
- ⇝ og med Lissabon-traktaten er der fra 2010 skabt hjemmel til, at *EU som sådan tiltræder EMRK*;
  - herefter bliver EMD "overdommer" i forhold til (også) EUD;
  - konsekvenserne heraf behandles nærmere af *Peer Lorenzen* i Juristen 2011.193 og *Henning Fuglsang Sørensen* i Juristen 2012.159 …
    - ~ hvem skal man indklage – EU eller staten (eller begge)?
    - ~ er staten ikke indklaget, kan den indtræde som co-respondent.

2.1.8. Foreningsfrihed og forsamlingsfrihed, artikel 11

Artikel 11: ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger; foreningsfrihed, herunder fagforeninger.

Foreningsfriheden:

— også "negativ foreningsfrihed", dvs. til ikke at være medlem …

- ⇝ er "eksklusivklausuler" i kollektive overenskomster så ulovlige? – hvis man skrev under på den ved ansættelsen?
- ⇝ nej, sagde Højesteret, UfR 1999.1316 H – de er lovlige;
- ⇝ jo, sagde EMD-storkammer Sørensen & Rasmussen mod Danmark (Coop Danmark, EMD 11. januar 2006) – de er ulovlige, strider mod artikel 11 (dommerstemmerne 12-5);
- ⇝ dvs. lønmodtagere med e-klausuler kunne fragå dem fra EMD-dommens afsigelse 11. januar 2006;

- foreningsfrihedsloven herefter skyndsomst justeret; (og fx blev Advokatsamfundet ændret – nu frihed til at danne advokatforening, derfor "Danske Advokater";
- dommen bygger i høj grad på, at Danmark og Island efterhånden stod alene med accept af disse klausuler (dvs. så "tør" EMD godt gribe ind i dette politisk følsomme område);
- analyseret af Erik Werlauff i EU-ret & Menneskerettigheder 2006.257 ("Negativ foreningsfrihed sikret af EMD")

— *Emballageoverenskomsten (UfR 2015.3210 H)*
- overenskomsthjemlet (altså ikke lovhjemlet) supplerende sygehjælp var forbeholdt for de ansatte, der var medlemmer af én af de overenskomstbærende fagforeninger
- dette var o.k. ud fra foreningsfrihedsloven – beskytter kun i en ansættelses- hhv. afskedigelsessituation
- normalt også o.k. ud fra EMRK artikel 11 …
- dog alligevel ikke hvis forskelsbehandlingen reelt tvinger arbejdstageren ind i fagforeningen…
- navnlig hvis forskelsbehandlingen indebærer en trussel mod arbejdstagerens eksistensgrundlag eller har lignende indgribende karakter
- antagelig en meget klog og rigtig afbalancering; hvis det kun udgør et mindre supplement, og det kun er den overenskomstbaserede tillægsydelse, der er tale om…
- må det være acceptabelt.

Forsamlingsfriheden:

— en oprørende sag: *Öllinger mod Østrig (EMD 29. juni 2006)*
- organisationen "Kameradenschaft IV" ville holde offentligt møde …
- til minde om SS-soldater, der blev dræbt under 2. verdenskrig (et temmelig afskyeligt formål med en demonstration);
- heroverfor var anmeldt en moddemonstration …
- bestående af 6 personer (!) …
- der fredeligt ville forsamles på kirkegården …
- foran monumentet til minde om jøder dræbt i Salzburg under krigen;
- Salzburg politi: SS-mødet er en "folkelig ceremoni", der ikke kræver tilladelse …
- mens de seks personers mindehøjtidelighed er "en demonstration, der kræver tilladelse" – og den blev nægtet! …
- for ikke at "forstyrre den offentlige orden og sikkerhed"
- EMD:
  - et totalforbud mod de 6 er uproportionalt…
  - og derfor i strid med artikel 11.

2.1.9. Ret til uddannelse

- Retten til uddannelse følger af P1 artikel 2
  - og der må ikke diskrimineres, jf. EMRK artikel 14;
  - er det diskriminerende at sende romabørn (sigøjnere) i særlige læseklasser?
  - Orsus m.fl. mod Kroatien (EMD 16. marts 2010)
    - flertal (9): ja, indirekte diskrimination;
      - kun romabørn kom i disse klasser (men dog langtfra *alle* romabørn).
    - dissens (8): sagligt begrundet i børnrnes sprogvanskeligheder;
    - et usikkert præjudikat, jf. *Jens Elo Rytter* i EU-ret & Menneskerettigheder 2011, s. 161, s. 173 f.

2.2. Hvad blev der tilbage? Hvad er essensen?

- Måske husker I, at Paulus sagde:
  - "Så bliver da tro, håb og kærlighed – disse tre, men størst af dem er kærligheden" (1. Korinterbrev, 13,13).
- Er der mon også én, der er størst blandt frihedsrettighederne?
  - ja, *ytringsfriheden!*
  - den gennemtrænger det hele – religion, forsamling, forening, retfærdig rettergang, etc.;
  - hvis ytringsfriheden effektivt respekteres …
  - kan det ikke stå helt ringe til med de andre rettigheder;
  - og derfor skal de altid fortolkes i lyset af ytringsfriheden.

Kapitel 3

Økonomiske rettigheder

- Den vigtigste økonomiske rettighed: **ejendomsretten**
  - anskues her i forhold til grundlovens § 73 …
  - og EMRK, tillægsprotokol nr. 1, artikel 1 (= P1 artikel 1).

3.1. Grundlovens § 73

- § 73, stk. 1: "Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan tilpligtes at afstå sin ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning."
- En "stærk" grundlovsregel – betragtedes tidligere som stærkere end EMRK P1 artikel 1, men i dag …
- "Ejendomsretten er ukrænkelig"
  - det er den jo netop ikke!
  - dette er kun en politisk programerklæring;
  - intet selvstændigt juridisk indhold;
  - dvs. § 73's indhold er, hvad der skal til, for at man er pligtig at afstå.
- "… almenvellet krævet det"
  - pas på ordet: det almene vel = almenvellet (ikke: "…-væld**et**");
  - dette er en politisk beslutning, kan normalt ikke domstolsprøves;
  - men efter EMRK P1 artikel 1 kan man godt i særlige tilfælde efterprøve, om almenvellet kræver det …
    - *Motais de Narbonne mod Frankrig (EMD 2. juli 2002)* – ekspropriation til socialt byggeri, som 19 år senere endnu ikke var påbegyndt (herved mistede ejerne en betydelig værdistigning)
- "… kun ske ifølge lov"
  - dvs. der skal være lovhjemmel (legalitetsprincippet);
  - loven skal angive ekspropriations-formålet …
  - kan ikke generelt bemyndige fx. en minister til "at ekspropriere";
  - men selve ekspropriationen er normalt en administrativ beslutning.
- "… og mod fuldstændig erstatning"
  - dette er reglens vigtigste budskab;
  - der kan godt være en Taksationskommission og en Overtaksationskommission;

- men erstatningens størrelse skal altid kunne domstolsprøves, jf. grundloven § 73, stk. 3;
- fuldstændig erstatning: her er § 73 formentlig noget stærkere end P1 artikel 1, der ikke nødvendigvis kræver fuld erstatning.

Hvem beskyttes af § 73?

- ejeren – fysisk person, selskab, fond, kommune;
- også en selvejende institution (fond), jf. *UfR 1967.22 H (De islandske håndskrifter)*;
- men ikke en selvejende institution, der reelt er en del af staten, jf. *UfR 2004.2661 H (Københavns Havn)* – omdannedes til A/S.

3.1.1. Hvilke rettigheder beskyttes af § 73?

Nogle eksempler:

Ejendomsret, fx fast ejendom.

Også løsøre, jf. fx *UfR 1991.370 Ø (maleri omfattet af bygningsfredning)*.

Pensionsrettigheder?

- forfaldne krav: ja;
- private pensionsrettigheder? ja, jf. *UfR 1994.29 H (privatisering af Statsanstalten for Livsforsikring)*;
- sociale ydelser? nej, kan reguleres generelt af lovgivningen (norsk Højesteret: soc. ydelser, fx. folkepension, er beskyttet, jf. Rettstidende (Rt) 1996.1415 H);
- her er EMRK-beskyttelsen formentlig også stærkere.

Smuk udsigt, naturskønhed mv.? nej

- U: ekstraordinær ulempe, jf. *UfR 1999.353 H (motorvej 86 m fra stuen)* – en mere liberal praksis end før denne dom;
- nærhed til stærkstrømsledninger, *UfR 1996.540 H* og *UfR 1998.1515H*.

Erhvervsudøvelse? ja, jf. *UfR 1980.955 Ø (sejlads til Grønland)*

- modif.: kan regulere generelt, fx bevillinger.

Også jagt og fangst baseret på grønlandsk sædvaneret beskyttes, jf. *UfR 2004.384 H*.

Kan lokalplan være = ekspropriation? ja, under ganske særlige omstændigheder

- men ikke her: *UfR 2009.188 H (Skovshoved Hotel)*;
- lokalplan fastholdt hotellet som hotel (ikke ejerlejligheder).

Christiania – det var ikke ekspropriation efter § 73, at staten opsagde Christianias længerevarende lejemål, jf. *UfR 2011.1365 H* …

- og det stred heller ikke mod EMRK P1 artikel 1;
- eller mod magtens tredeling i grundloven § 3.

- " … afstå sin ejendom" – tre kriterier for, om man har "afstået", eller om man må tåle det uden at få erstatning
  - generelt/konkret – jo mere konkret (én eller få adressater), desto stærkere taler dette for, at der er tale om ekspropriation …
    - dvs. en konkret fredning giver ret til erstatning;
    - mens en generel lovregulering ikke gør, fx:
      - adgang til private skove, ophold på strande, *UfR 1972.189 Ø* og *UfR 1972.192 Ø*: ingen erstatning;
      - dyrkningsfrie bræmmer langs vandløb, *UfR 1998.1669 H*: ingen erstatning;
      - huslejeregulering: omkostningsbestemt husleje o.k. ud fra sociale hensyn.
  - *causa* – jo stærkere årsag, desto mere må man tåle uden at få erstatning
    - fx forbud mod ophold i sundhedsfarlige eller brandfarlige boliger (kondemnering);
    - rockerlovens benyttelsesforbud, *UfR 2001.1057 H*;
    - kun delvis erstatning ved aflivning af smitsom dyrebesætning, *UfR 2000.1 H*;
    - huslejereguleringen igen – omkostningsbestemt husleje.
  - intensitet – jo mere det begrænser rådigheden mv., (eller rammer uforholdsmæssigt hårdt) desto stærkere taler dette for, at der foreligger ekspropriation, fx. bygningsfredning …
    - museumslovens § 27: opdukkede fortidsminder – landbrugs dyrkningstab erstattes, men ikke fx forsinkelse ved byggeri
    - McDonalds i Rebild, *UfR 2015.902 H*
      - McDonalds havde forkøbsret til naboejendommen
      - frafaldt i 2006 sin forkøbsret mod at få tinglyst en servitut på naboejendommen om, at der ikke måtte drives restaurations- og fastfoodsalg
      - i 2010 vedtog Rebild Kommune ny lokalplan, der ophævede servitutten, dvs. nu frit drive sådanne konkurrerende aktiviteter på naboejendommen
      - McDonalds klagede til Naturklagenævnet, der fastslog…
      - at ophævelse af servitutter som Ho. er = erstatningsfri regulering…
      - men at servitutter med væsentlig værdimæssig betydning vil kunne udløse erstatning
      - efter påstand fra McDonalds kendte nævnet lokalplanen ugyldig…
      - og dette stadfæstedes ved dommen

3.2. EMRK tillægsprotokol nr. 1, artikel 1 (= P1 artikel 1)

- Artikel 1, stk. 1: "Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige princip".
- Mange lighedstræk med grundloven § 73 (derfor troede man længe, at P1 artikel 1 i hvert fald ikke gav nogen bedre beskyttelse end grundloven – men dette er ikke længere rigtigt)
  - "… ret til respekt for …": programerklæring (ligesom grundloven: "ukrænkelig");
  - "… berøves sin ejendom": omtrent som grundloven: "afstå";
  - "… i samfundets interesse …": svarer til grundloven: "almenvellet";
  - "… fastsat ved lov": svarer til grundloven: "ifølge lov" (legalitetskravet);
  - "… og følger af folkerettens alm. principper": skal ifølge folkeretten også beskytte udenlandske statsborgere og stater.
- Og samme afvejning af kollektive hensyn over for spørgsmålet, om netop denne klager er særlig hårdt ramt af en generel ejendomsregulering …
  - *Pindstrup Mosebrug A/S (EMD 3. juni 2008) – UfR 2006.1539 H*
    - 50-årig ret til spagnumtørv væk ca. midtvejs pga. miljøregler;
    - men HR var afbalanceret, rimelig, derfor EMRK-retligt o.k.

3.2.1. Fordele og ulemper ved EMRK i forhold til at påberåbe sig grundloven

- Fordel ved P1 artikel 1: omfatter nogle indgreb, som § 73 næppe kan ramme, fx diverse indgreb i "velerhvervede rettigheder", herunder gennem retroaktiv lovgivning (lovgivning med tilbagevirkende kraft).
- Fordel ved P1 artikel 1: en bedre forståelse for balancen mellem det offentliges og den enkeltes interesser ("stk. 2").
- Ulempe ved P1 artikel 1: garanterer ikke altid "fuld erstatning", modsat § 73.
- Ulempe ved P1 artikel 1: meget vaklende praksis hos EMD – en "ufærdig" europæisk frihedsret (den nævnte "balance" er svær at finde!).
- Derfor vigtigt at kunne påberåbe sig begge retskilder under en dansk retssag, fx. i *UfR 2001.1057 H (rockerborgene)* (dog ikke medhold).
- Og P1 artikel 1 har den fordel, at der er en "ekstern vogter": EMD!
- P1 artikel 1 påberåbes stadigt oftere over for EMD.

3.2.2. Hvilke rettigheder omfattes af P1, artikel 1?

Nogle eksempler:

- *Possessions* – dvs. principielt enhver (formue)rettighed.
- *Fx Beyeler mod Italien (EMD 5. januar 2000)*: statens forkøbsret til et *van Gogh*-maleri ødelagde reelt dets værdi.
- *Ex-kong Konstantin mod Grækenland (EMD 23. november 2000)* – var de eksproprierede slotte statens eller hans privatejendom?
- Uklar skattelovgivning kan evt. stride mod P1 artikel 1: *Spacek s.r.o. mod Tjekkiet (EMD 9. november 1999)* – uklar skattelovgivning (!), men Tjekkiet frifundet, da Spacek var et selskab, der måtte have råd til juridisk rådgivning (!!)
- Efterprøvelse af selve spørgsmålet om "almenvellet": *Motais de Narbonne mod Frankrig (EMD 2. juli 2002)* – ekspropriation til socialt byggeri, som 19 år senere endnu ikke var påbegyndt (herved unddraget ejerne en betydelig værdistigning).
- P1 artikel 1 har i særlig grad kunnet beskytte "velerhvervede rettigheder", herunder mod retroaktiv lovgivning – nogle eksempler:
  - erstatningslovgivning med tilbagevirkende kraft …
    - *Pressos Compania Naviera S.A. mod Belgien (EMD 20. november 1995)* – fritog staten for lodsers erstatningsansvar.
  - processuelle indgreb med tilbagevirkende kraft …
    - *Andreadis mod Grækenland (EMD 9. december 1994)* – ny lov gjorde gamle voldgiftsaftaler ugyldige.
  - "betvivlelse" af hævdvunden ejendomsret – *De hellige Klostre mod Grækenland (EMD 9. december 1994)* – hvis klostrene ikke kunne bevise ejendomsretten, tilfaldt de staten;
  - en case: da Danmark indførte holding-skatteregler med tilbagevirkende kraft (reelt for at ramme ét selskab: DMK Leasing A/S) …
  - endnu en case: ophævelse af A- og B-aktier ved lov …
  - endnu en case: forkert beregning gennem en årrække af fradrag i grundskat for forbedringer mv. (opdaget i 2010) …
    - hvis lovgivningsmagten (som det overvejedes) havde grebet ind og afskåret tilbagetalingskravet …
    - ville dette formentlig have været et indgreb i possessions efter P1 artikel 1;
    - man besindede sig dog (december 2010) og lovede fuld tilbagebetaling (klogt).

3.2.3. Konklusion

- På de fleste områder er P1 artikel 1 længere fremme end § 73 i sin beskyttelse af borgeren eller virksomheden.
- Dog kan helt konkrete regler i grundloven beskytte bedre, fx. 24 timers-reglen i § 71, fuld erstatnings-reglen i § 73 etc.
- Derfor: interessant samspil mellem grundloven og EMRK …
- Og i konkret sag altid overveje dem begge, både som lovgiver, advokat og dommer.

Kapitel 4

Processuelle rettigheder

4.1. Retfærdig rettergang (fair trial), artikel 6

- Har en række vigtige budskaber.
- Indeholder ikke en "stk. 2" (man kan ikke gradbøje kravet om retfærdig rettergang, men man kan foretage en helhedsbedømmelse).
- Se, blot hvor ofte Danmark har måttet ændre lovene.
- Første dom over Danmark:
  - *Hauschildt (EMD 24. maj 1989)* – inhabile dommere
    - havde varetægtsfængslet ham før selve retssagen på "særligt bestyrket mistanke";
    - hvordan kunne de så dømme uvildigt under selve sagen?
    - gav anledning til lovændring:
    - dommer, der har varetægtslet pga. "særligt bestyrket mistanke", må ikke dømme i sagen.

4.1.1. Selve retten til domstolsprøvelse (*access to court*), artikel 6, stk. 1

- *UfR 1999.841 H (Tvind)*
  - EMRK artikel 6 var her en (uudtalt) løftestang til forståelsen af grundloven § 3 – magtens tredeling: Den dømmende magt er hos domstolene.
- Meget høje retsafgifter ved domstolene kan være i strid med artikel 6
  - jf. Retsplejerådets betænkning nr. 1401/2001 s. 79 ff.:
    - i *UfR 2000.412 H* krævede landsretten en retsafgift på 4,5 mio. kr. af tre lejere!
    - de sagsøgte udlejeren vedrørende tilbudspligt;
    - men en sådan afgift var jo ødelæggende for deres søgsmålsmuligheder;
    - Højesteret reddede sagen på målstregen: fortolkede retsafgiftsloven således, at det var en sag uden "penges værdi", dvs. afgift 400 kr. (!)
    - siden da er retsafgifterne sat drastisk ned ved lov. Uafhængig og upartisk domstol, artikel 6, stk. 1.

4.1.2. Dom inden rimelig tid, artikel 6, stk. 1

- Thi "*late justice is injustice*".
- Hvor vanskelig er sagen? hvor længe har den ligget stille?
- Flere domme over Danmark, også forlig med betaling af "kulance-erstatning".
- Flere af sagerne mod selskabstømmere har varet for længe – over 10 år!
  - *Hasslund mod Danmark (EMD 11. december 2008)*;
  - *Moesgaard Petersen mod Danmark (EMD 11. december 2008)*.
- Hvis "rimelig tid" er overskredet
  - skal national dommer erkende EMRK-krænkelsen;
  - og give kompensation (penge eller andet);
  - idet T ellers fortsat har "offerstatus" og kan klage til EMD;
  - jf. *UfR 1997.1291 Ø (toldpladesagen)*:
    - gør ubetingede domme betingede
  - og *UfR 2011.2460 Ø (færdselssag):*
    - statskassen betalte sagsomk. for begge instanser, selv om T dømtes (til bøde + betinget frakendelse)
  - og *UfR 2014.1318 Ø (færdselssag)*
    - ubetinget frakendelse ikke helt undladt (modsat byretten)…
    - thi særlige hensyn til færdselssikkerheden bagved reglerne…
    - men dog kun frakendt 6 mdr. (modsat 12 efter normal praksis)…
    - hvorved T ansås tilstrækkeligt kompenseret for bruddet på EMRK artikel 6
  - men rabat kan gives på flere måder …
    - en række færdselssager med alvorlige fejl, men ukomplicerede sager – havde verseret for længe i systemet:
      - *UfR 2012.2310 H*, *UfR 2012.2315/1 H*, *UfR 2012.2315/2 H*, *UfR 2012.2316 H*, *UfR 2012.2317 H*, *UfR 2012.2322/1 H*
    - Højesteret:
      - ukomplicerede, varet for længe;
      - rabat på straf gives efter strfl. § 82, nr. 13, og 83, 2. pkt. …
      - også "selv om der ikke måtte foreligge en krænkelse af EMRK artikel 6, stk. 1" (bemærk ordvalget);
      - rabat herefter på bøde hhv. tillægsbøde …
      - og rabat gennem bortfald af sagsomkostninger …
      - men pga. hensynene bag frakendelsesreglerne: *ikke* rabat på frakendelse hhv. kørselsforbud (FL § 127);
      - dvs. EMRK har fået, hvad den skal have (og evt. offerstatus må anses fjernet) …
      - men de præventivt alvorlige sanktioner (frakendelse, kørselsforbud) fastholdes;
      - en fornem inddragelse af både national ret og EMRK-hensyn!

- Er staten ansvarlig for en evt. venteperiode hos EU-domstolen?
  - (præjudiciel forelæggelse efter artikel 267 TEUF);
  - hidtil nej, jf. EMD i *Pafitis mod Grækenland (EMD 26. februar 1998);*
  - men dette vil ændre sig, når også EU bliver tilsluttet EMRK …
  - hvilket Lissabon-traktaten som nævnt har skabt hjemmel til fra 2010.

4.1.3. Må heller ikke udlevere til "*unfair*" *trial* i et andet land, artikel 6

- Ved et andet lands begæring om udlevering
  - skal det efterprøves, at T kan forvente *fair trial* i det pågældende land;
  - jf. efterprøvelsen i *UfR 2002.555 H (Drabssigtelse i Brasilien)*.

4.1.4. Uskyldsformodning, artikel 6, stk. 2

- I en straffesag er man uskyldig, indtil det modsatte er bevist.
- Dvs. omvendt bevisbyrde er forbudt i straffesager.
- Man må heller ikke tvinges ud i selvinkriminering
  - ved at blive pålagt at "vidne" mod sig selv;
  - fx. over for en særlovsmyndighed (miljø, skat, finans, kartel etc.);
  - skrækeksempel: *Saunders mod UK (EMD 17. december 1996)*;
  - derfor retssikkerhedslovens § 10:
    - ved konkret mistanke om noget strafbart;
    - skal efterforskningen overgå til politiet.
- Hvis man frifindes for straf, men dømmes til erstatning:
  - som det skete for *O. J. Simpson*;
  - må erstatningsdommens præmisser ikke "sværte" ham til;
  - jf. *Orr mod Norge (EMD 15. maj 2008)*, British Airways andenpilot, påstået voldtægt, frifundet for straf, men pålagt erstatning med nogle belastende præmisser
- *UfR 2002.2729 V (Fotofælde)*
  - ejeren skal oplyse, hvem der har brugt bilen, jf. færdselslovens § 65 (bødebelagt);
  - også, hvis det kan have været ham selv? nej;
  - men hvis sikkert, at ejeren ikke selv kan have ført bilen (fx pga. fotoet);
  - kan EMRK ikke fritage ham fra oplysningspligten efter § 65;
  - jf. *UfR 2003.1029 H*.
- Tillader artikel 6, stk. 2 et "objektivt strafansvar", dvs. uden bevis for forsæt el. uagtsomhed?
  - vi har det faktisk i køre/hviletidsreglerne;
  - som er "godkendt" af Højesteret, jf. *UfR 1995.9 H*;
  - og af EUD *sag C-326/88 (Hansen & Søn)*;

- men EMD tillader det faktisk ikke, jf. *Salabiaku mod Frankrig (EMD 7. oktober 1988)*, narko i lufthavnen.

- Hvordan undgår man at tvinge nogen til selvinkriminering ved et *dawnraid* inden for kartelretten?
  - fx ved mistanke om rørkartel, elkartel, bankkartel;
  - koordineret *dawnraid* mod en række virksomheder;
  - Retten i første instans, 20. februar 2001, *T-112/98 (Mannesmannröhrenwerke AG)*;
  - oplysningspligten viger;
  - hvis svaret vil indebære tilståelse af en retsstridig adfærd;
  - som Kommissionen har bevisbyrden for;
  - o.k. at kræve eksisterende dokumenter og faktiske oplysninger;
  - men ikke vurdering af en beslutning, et formål med et møde etc.

- Højesteret satte det på plads i plastsagen, *UfR 2003.1328 H*
  - byretten og landsretten havde blot gengivet Kommissionens krav (alt skal frem!);
  - Højesteret sagde: "… kan ikke undslå sig fra at give rent faktiske oplysninger, selv om disse vil kunne anvendes som bevis for en overtrædelse …", men …
  - " …kan dog ikke pålægge en virksomhed pligt til at besvare spørgsmål, såfremt virksomheden derved tvinges til at afgive tilståelse om at have begået retsstridige handlinger, som det påhviler Kommissionen at føre bevis for".

- Massespejlinger ved *dawnraids*
  - *Peter Stig Jakobsen & Pernille Skovgaard Møller* i EU&M 2015 s. 259 ff.
  - Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen (K&F) tager massespejling af alle elektroniske dokumenter
  - kan ikke forhindres, men…
- virksomhedens advokater må have ret til at være til stede, når K&F behandler spejlet
- kan herunder udtage 1) dokumenter, der ligger uden for kontrolundersøgelsens rammer, og 2) dokumenter omfattet af *legal privilege* mellem virksomheden og dens eksterne advokater
- disse to kategorier af dokumenter skal tilbageleveres eller destrueres.

- Sag om insiderhandel – misbrug af intern viden til at tjene på køb eller salg af aktier
  - hvis den pågældende faktisk har insiderviden;
  - må man så godt formode, at han har brugt denne viden, når han konkret har handlet med aktier i det pågældende selskab?
  - ja, siger EU-domstolen i Specter-sagen, *C-45/08 (Specter Photo Group NV)*;
  - særligt fordi formodningen kan afkræftes.

- Myndighederne skal udtale sig varsomt – kan krænke uskyldsformodningen gennem deres udtalelser
  - jf. *Allenet de Ribemont mod Frankrig (EMD 10. februar 1995)*
    - artikel 6, stk. 2, krænket i en situation;
    - ledende politifolk og den franske indenrigsminister havde fremsat udtalelser om klagerens andel i en drabssag.
  - *Konstas mod Grækenland (EMD 24. maj 2011)*
    - universitetsfolk idømt lange fængselsstraffe for bedragerier;
    - under anken roste tre ledende ministre dommen;
    - artikel 6, stk. 2, herved krænket – gælder også under anke efter domfældelse.

4.1.5. Ret til effektivt forsvar, artikel 6, stk. 3

- Ret til egen bevisførelse (selvfølgelig!)
- Ret til forsvarer, hvis man ikke har råd (selvfølgelig!!)
- Har man som tiltalt ret til at underkaste sig "løgnedetektor" (polygraf)?
  - ingen EMD-dom herom, men en norsk dom siger nej, *Rt 1996.1114 H (forsikringssvindel)*.
- Har man som tiltalt ret til at afgive forklaring "under ed"?
  - i UK, USA mv.: ja, ingen pligt hertil, men ret;
  - Danmark og øvrige nordiske lande: nej (T har ingen pligt til at tale sandt og kan ikke begære sig sat "under ed" med sandhedspligt);
  - hvad siger EMRK herom?
- Har anklagemyndigheden ret til at bruge "anonyme vidner"?
  - dvs. et vidne, hvis identitet T ikke får at vide …
  - for at beskytte vidnet mod repressalier (bandekriminalitet, organiseret kriminalitet);
  - EMRK tillader det, jf. *Saïdi mod Frankrig (EMD 20. september 1993)* (narko), *Doorson mod Holland (EMD 26. marts 1996)* (narko), *Mechelen m.fl. mod Holland (EMD 23. april 1997)* (drab på politifolk);
  - men domfældelsen må ikke udelukkende bygge herpå;
  - Danmark forbød det tidligere;
  - men tillader det fra 2006, jf. retsplejelovens § 856, stk. 3;
  - i alvorlige sager med risiko for vidnet;
  - og hvor anonymiteten er "uden betydning for T's forsvar".
- Muligheden udvidet ved lov nr. 292 af 11. april 2011
  - jf. *Lise Bitsch* & *Anette Arnsted* i Juristen 2011.136;
  - men lovmotiverne 2011 understreger: må ikke være eneste eller afgørende bevis til domfældelse …
  - og der skal anonymiseres mindst muligt, jf. proportionalitetsprincippet.

4.1.6. Kvalitetskrav til domme og deres præmisser

- EMD er ikke en "4. instans" – men udøver alligevel en vis kontrol med kvaliteten af nationale domme og deres præmisser.
- Der kommer stadigt flere eksempler herpå:
  - *Torija mod Spanien (EMD 9. december 1994)* – glemte at tage stilling til centralt anbringende om forældelse;
  - *Mantovanelli mod Frankrig (EMD 18. marts 1997)* – lægesagkyndig afhørte selv vidner uden om parterne;
  - *Georgiadis mod Grækenland (EMD 29. maj 1997)* – gengav blot lovregel, men forbandt ikke med konkret gerning;
  - *News Verlags GmbH & Co. KG mod Østrig (EMD 11. januar 2000)* – offentliggørelse af foto af mistænkt forbudt uden afvejning af modstående hensyn;
  - *Dulaurans mod Frankrig (EMD 21. marts 2000)* – anbringende var forkastet som for sent fremført, men var faktisk rettidigt; "åbenbart urigtig dom", siger EMD;
  - *Sabeh El Leil mod Frankrig (EMD 29. juni 2011)* – sag mod ambassade afvist uden nærmere argumentation for eksterritorialitet; FN-konvention herom overset af nationale domstole;
  - *Boumaraf mod Frankrig (EMD 30. august 2011)* – domstolene må godt ændre en fast retspraksis, men skal anføre vægtige grunde herfor (*in casu*: ingen sådan fast retspraksis konstateret);
  - *Ullen De Schooten & Rezabek mod Belgien (EMD 20. september 2011)* – undladt præjudiciel forelæggelse for EUD skal begrundes ud fra de undtagelser til forelæggelsespligten, som EUD har udviklet i sin retspraksis.

4.2. Ingen straf uden lov; ingen retroaktiv straffelov, artikel 7

- *Nullum crimen sine lege* (ingen forbrydelse uden lov), *nulla poena sine lege* (ingen straf uden lov) – legalitetsprincippet (igen).
- Dvs. ingen *ex post facto* (retroaktiv) straffelov.
- Undtagen efter fjendtlig besættelse af landet
  - hvor lovgivningsmagten var sat ud af kraft;
  - og da kun for meget alvorlige ting – tyranklausulen i artikel 7, stk. 2;
  - fx. Danmarks retsopgør efter besættelsen (dødsstraf med tilbagevirkende kraft) – dengang dog ingen EMRK.
- EMD tillod retroaktiv tysk straffelov i straffesagen mod *Krenz, Streletz* og "*Karl Heinz W.*" (magthaverne i DDR's sidste tid) …
  - deres regulativ beordrede nedskydninger ved Berlinmuren, hvis man ville forlade DDR – Schiessbefehl (skydeordren);
  - efterfølgende tiltaltes magthaverne for medvirken til drab (nu efter vesttysk straffelov);
  - tysk forfatningsdomstol: det kan man godt dømme dem for; de har jo krænket retten til livet (men Tyskland har ikke benyttet sig af tyranklausulen!);

— *EMD 22. marts 2001*: enig, men af andre grunde (østtysk lovgivning gav faktisk hjemmel til at domfælde dem for ordre til drab, siger EMD!).

Kapitel 5

Opfyldelse af dommen fra EMD

- En dømt stat har pligt til at efterkomme dommen, jf. EMRK artikel 46, stk. 1.
- Men pga. statssuveræniteten kan dommen ikke "fuldbyrdes" over for en stat.
- Der er ikke et bøde – eller tvangsbødesystem (modsat EU-retten).
- Europarådets Ministerkomité overvåger dommens fuldbyrdelse, jf. EMRK artikel 46, stk. 2
  - overvåger klagerens ret i den konkrete sag …
  - og overvåger, at lovgivning mv. om fornødent ændres;
    - dvs. et betydeligt politisk pres på den dømte stat.
- Særlig hastemulighed – udsættelse af gennemførelse af en beslutning, dom mv.
  - Rule 39 i EMD's procesreglement;
  - fx i udvisningssager;
  - kammeret "henstiller" til staten (reelt: påbyder) at afvente EMD's dom i sagen;
  - skete fx i *Amrollahi mod Danmark (EMD 11. juli 2002)*, jf. bemærkningerne i dommens præmis 5.
- Mulighed for "påbud" i dommen – EMD "hjælper" staten med at præcisere, hvad den fremadrettet skal gøre
  - kræver ikke speciel hjemmel i EMRK eller procesreglement;
  - i stedet for kun at konstatere bruddet på EMRK præciserer EMD, hvad der bør gøres;
  - fx *Gluhakovic mod Kroatien (EMD 12. april 2011)*
    - samværssag, far boede i nabostat;
    - han arbejdede 3 dage i træk og havde fri én dag …
    - men myndighederne tog ikke hensyn hertil;
    - socialforvaltningen havde meddelt, at der ikke var noget mødelokale til samværet …
    - men myndighederne foreskrev, at samvær skulle finde sted hos social-forvaltningen;
    - EMD fandt EMRK artikel 8 krænket …
    - og påbød myndighederne at sikre effektivt samvær mellem klageren og hans datter …
    - på et tidspunkt, som var foreneligt med hans arbejdstider …
    - og på et egnet sted;

- EMD siger selv herom:
  - "… undtagelsesvis og pga. det uopsættelige behov for at gøre en ende på krænkelsen af artikel 8 …"

EMD kan beordre verserende sag standset

— fx *Grande Stevens m.fl. mod Italien (EMD 4. marts 2014)*
- Stevens m.fl. tiltalt af italiensk børstilsyn for insiderhandel med Fiat-aktier
- idømt strenge bødestraffe af tilsynet
- derefter tiltalt under rigtig straffesag ved domstolene for de samme handlinger
- klagede til EMD, endnu mens straffesagen verserede
- EMD:
  - denne tiltale nr. 2 for det samme forhold krænker P7 artikel 4, dvs. forbuddet mod *ne bis in idem* (= ikke to gange om det samme)
  - straffesagen beordres derfor standset "uden negative konsekvenser" for de tiltalte