

Torsten Iversen

Støtte- erklæringer

G•E•C Gads Forlag
København 1994

© G • E • C Gads Forlag 1994

Sat med TimesTenRoman 10/13
Grafisk tilrettelægning og sats hos
forlaget systime a/s, Herning
Omslag ved Axel Surland
Trykt hos Narayana Press, Gylling

Mekanisk, fotografisk eller anden
gengivelse eller mangfoldiggørelse
af denne bog er ikke tilladt ifølge
gældende dansk lov om ophavsret.

Printed in Denmark 1994
ISBN 87-12-02701-4

Forord

Det emne, som er gjort til genstand for behandling i den foreliggende afhandling, har *Erik Røsæg* behandlet i sin omfattende disputats fra 1992: "Garantier eller fattigmanns trøst?". På denne baggrund kunne man spørge, om en yderligere behandling af emnet tjener noget fornuftigt formål.

Ikke overraskende er det min opfattelse, at svaret må være bekræftende: *For det første* har *Røsæg* koncentreret sine undersøgelser om et ret snævert område (se *Røsæg* s. 574). *For det andet* er *Røsægs* drøftelser undertiden ret abstrakte – støtteerklæringerne anvendes som udgangspunkt for en række principielle, aftaleretlige diskussioner (se f.eks. *Røsæg* s. 188 ff. og s. 485 ff.). *For det tredje* har jeg måttet konstatere, at jeg ikke altid var enig i *Røsægs* resultater. *For det fjerde* – og vigtigst – har *Røsægs* arbejde betydet, at jeg dels kunne vælge en mere direkte angrebsvinkel, dels kunne behandle flere spørgsmål, end hvis jeg skulle være begyndt fra bunden.

De anførte grunde er ingen underkendelse af den betydning, som *Røsægs* værk har haft for mit eget arbejde – tværtimod: Uden *Røsægs* arbejde ville den foreliggende afhandling have set anderledes ud – og udarbejdelsen ville have taget længere tid.

Den foreliggende afhandling er indleveret til bedømmelse med henblik på opnåelse af den juridiske Ph.D.-grad.

Højesteretsdommer *Jørgen Nørgaard* har været vejleder på projektet fra min indskrivning som licentiatstuderende i december 1991 til indleveringen til bedømmelse ultimo april 1994. Jeg har følt det som et virkeligt privilegium, at *Jørgen Nørgaard* har kunnet afse tid til at varetage hvervet som vejleder helt til afhandlingens færdiggørelse. Jeg bringer ham min bedste tak for såvel den tålmodige vejledning som de talrige inspirerende og skarpsindige kommentarer, han er fremkommet med.

Også andre har fremsat værdifulde kommentarer eller på anden vis bidraget til afhandlingen: Professor, lic. jur. *Lennart Lynge Andersen*, professor, dr. jur. *Halfdan Krag Jespersen*, lektor, lic. jur. *Lars Hedegaard Kristensen* samt professor, dr. juris *Erik Røsæg*, som bl.a. har overgivet mig megen – særlig engelsksproget – litteratur om emnet. Jeg takker dem alle for deres hjælp.

Endvidere takker jeg advokat *Kjeld Kaalund*, Silkeborg, og advokat *Ole Ravnsbo*, Århus, som begge har været så venlige at meddele mig oplysninger

Forord

om forløbet af og proceduren i den sag, som blev afgjort ved Højesterets dom af 18. marts 1994 (højesteretssag nr. 105/1993). Jeg takker også de mange – særlig i pengeinstitut- og advokatverdenen – som har været så venlige at forsyne mig med materiale og oplysninger om emnet.

En hjertelig tak retter jeg til min kone, statsaut. translatør og tolk, cand. ling. merc. *Anne Schjoldager*, Engelsk Institut, Handelshøjskolen i Århus, som har gennemgået det engelske resumé, og som i tidens løb har måttet udholde ikke helt få monologer om juridiske emner.

Endvidere takker jeg adjunkt, lic. phil. *Steffen Krogh*, Institut for germansk Filologi, Aarhus Universitet, som har gennemgået det tyske resumé.

Endelig ønsker jeg at takke bestyrelserne for de fonde og legater, som har bidraget til et studieophold i Tyskland, nemlig – i alfabetisk orden – *Laurids Andersens Fond*, *Augustinus Fonden*, *Margot og Thorvald Dreyers Fond*, *Reinholdt W. Jorck og Hustrus Fond*, *Niels Th. Kjølbys Mindelegat*, *Sydbanks Fond*. En særlig tak går til mag. art. *Bente Kjølbys*, som ikke blot forestår et festligt og minderigt arrangement ved den årlige legatuddeling, men også interesserer sig for det forskningsmæssige og kulturelle udbytte, som legatmodtagerne efter hjemkomsten kan rapportere om.

Skønt det kan forekomme selvfølgeligt, bør det afslutningsvis understreges, at de opfattelser, der gives udtryk for i afhandlingen, i enhver henseende står for min egen regning.

Aarhus, maj 1994

Torsten Iversen

Med henblik på en eventuel senere udgave vil jeg være taknemmelig for tilsendelse af utrykte domme og oplysninger om retsforlig eller dommertilkendelser i sager om støtteerklæringer. Også udenlandske afgørelser – eller henvisninger hertil – har interesse. Sådant materiale bedes sendt til:

Torsten Iversen
Juridisk Institut
Afd. for Privatret
Aarhus Universitet
Bartholins Allé, bygn. 340
8000 Århus C.

På forhånd tak

T.I.

Indholdsfortegnelse

Kapitel I

Indledning	15
1. Indledning. Afhandlingens metode. Plan for fremstillingen.....	15
1.1. Indledning.....	15
1.2. Afhandlingens metode.....	16
1.3. Plan for fremstillingen.....	18
2. Historik	18
3. Afgrænsning af emnet	19
3.1. Afgrænsning over for hensigtserklæringer (<i>letters of intent</i>).....	20
3.2. Afgrænsning over for soliditetsoplysninger	22
3.3. Afgrænsning over for kaution og garanti	24
3.4. Afgrænsning over for bestyrelsesansvar	26
3.5. Afgrænsning over for hæftelsesgennembrud	29

Kapitel II

Støtteerklæringers baggrund, formål og faktiske udbredelse	35
1. Baggrund: Koncernret og koncernfinansiering	35
1.1. Finansiering med egne, indtjente midler	36
1.2. Finansiering med koncernintern egenkapital	37
1.3. Finansiering med koncernekstern egenkapital.....	37
1.4. Koncernintern fremmedfinansiering.....	38
1.5. Koncernekstern fremmedfinansiering	39
2. Formål	40
2.1. Likviditetserklæringens “kompromiskarakter”	40
2.2. Nogle bemærkninger om omgåelse.....	43
2.3. Undgåelse af regnskabsnote	44
2.4. Undgåelse af skatter og afgifter.....	45
2.5. Andre motiver.....	47
2.5.1. Valutarestriktioner.....	47
2.5.2. Tunge beslutningsprocedurer og manglende kompetence	48
2.5.3. Negativerklæring (<i>negative pledge</i>)	52
3. Faktisk udbredelse	56

Kapitel III

Kriterier for bedømmelse og systematisering af støtteerklæringer	57
1. Retlige kriterier	57
1.1. Løfter og “løfteforpligtende” adfærd	57
1.1.1. Løftebetingelserne	58
1.1.2. “Løfteforpligtende” adfærd	63
1.1.3. Betydningen af den grundlæggende aftalefrihed.....	67
1.1.4. Forskellige hovedtyper af løfter	68
1.1.4.1. Resultatforpligtelser	69
1.1.4.2. Bestræbelsesforpligtelser	69
1.1.4.3. Resultat eller bestræbelse? Et par retsafgørelser	69
1.2. Oplysninger	70
1.2.1. Indledende karakteristik	70
1.2.2. Retsvirkninger af oplysninger	71
1.2.3. Oplysninger, som reelt er løfter, eller som har virkning som løfter	76
1.3. Hensigtserklæringer	81
1.3.1. Terminologiske bemærkninger og retlige udgangspunkter	81
1.3.2. Kan rene hensigtserklæringer have retsvirkninger?.....	85
1.4. Sammenfatning af afsnit 1.1-1.3.....	90
2. Kritik af hidtidige systematiseringsforsøg. Kriterier, som anvendes i denne afhandling	91
2.1. Kritik af hidtidige systematiseringsforsøg.....	91
2.1.1. Erklæringens “emne”	91
2.1.2. Stærke, mellemstærke og svage erklæringer.....	93
2.1.3. Objektive og subjektive fakta samt udtalelser om fremtiden.....	93
2.1.4. Adfærdstilkendegivelse (adfærdsbeskrivelse og forventningsgrundlag)	94
2.2. Kriterier, som anvendes i denne afhandling	95

Kapitel IV

Regnskabsretlige bemærkninger	97
1. Årsregnskabslovens 3-delning	97
1.1. Gæld	98
1.2. Hensættelse	98
1.3. Forpligtelse “under strengen” (note)	98
2. Fuldstændig reciprocitet?	99
3. Overvågningspligt for kreditgiver?	102
4. Ugyldighedsvirkning af overtrædelse af ÅRL?	103

Kapitel V

Forskellige typer af støtteerklæringer	111
1. Kendskabserklæringer	111
1.1. Indhold og variationer	112
1.2. Retsvirkninger	112
1.3. Regnskabsmæssig behandling	112
2. Ejerskabserklæringer	112
2.1. Indhold og variationer	112
2.2. Retsvirkninger	113
2.3. Regnskabsmæssig behandling	115
3. Kontrolerklæringer	115
3.1. Indhold og variationer	115
3.2. Retsvirkninger	115
3.3. Regnskabsmæssig behandling	116
4. Erklæringer om at udøve indflydelse	116
4.1. Indhold og variationer	116
4.2. Retsvirkninger	117
4.3. Regnskabsmæssig behandling	118
5. Samhandelserklæringer	118
5.1. Indhold og variationer	118
5.2. Retsvirkninger	119
5.3. Regnskabsmæssig behandling	119
6. Managementerklæringer	120
6.1. Indhold og variationer	120
6.2. Retsvirkninger	120
6.3. Regnskabsmæssig behandling	121
7. Erklæringer om at ville søge en forhandlingsløsning	121
7.1. Indhold og variationer	121
7.2. Retsvirkninger	121
7.3. Regnskabsmæssig behandling	122

Indholdsfortegnelse

8. Likviditetserklæringer	123
8.1. Indhold og variationer	123
8.2. Retsvirkninger	124
8.3. Regnskabsmæssig behandling	125
9. Erklæringer afgivet over for almenheden eller D selv	125
9.1. Erklæringer afgivet over for almenheden	125
9.2. Erklæringer afgivet over for D selv	127

Kapitel VI

Opfyldelse og misligholdelse af en likviditetsforpligtelse	128
1. Likviditetsforpligtelsens indhold. Foreløbig retlig karakteristik	129
1.1. Likviditetsforpligtelsens indhold	129
1.2. Foreløbig retlig karakteristik	133
2. Rigtig opfyldelse. Spørgsmål om naturalopfyldelse	134
3. Misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser	140
3.1. Erstatning	140
3.2. Ophævelse i forhold til M?	142
4. Biforpligtelser	143
5. Ophørsgrunde	144
6. Er likviditetsforpligtelsen reelt en kautionsforpligtelse?	146

Kapitel VII

Erklæringens ordlyd	151
1. Ordlydens principielle betydning for fortolkningen af likviditetserklæringer	151
2. Almindelige fortolkningsregler	153
2.1. Primære fortolkningsregler	153
2.1.1. Aftaleretlige grundsætninger med forrang for ordlyden	154
2.1.2. Har grundsætningerne virkelig forrang for ordlyden?	158
2.1.3. Grundsætningernes betydning for fortolkning af likviditetserklæringer	159
2.2. Sekundære fortolkningsregler	163
2.2.1. Sproglige fortolkningsregler	163
2.2.2. Juridiske fortolkningsregler	164
2.3. Tertiære fortolkningsregler	171

3. Hvilke formuleringer signalerer løfteforpligtelser?	173
4. Det aftaleretlige bestemthedskrav	184
5. Sammenhængen mellem kravet om forpligtelse og kravet om bestemthed	190
6. Betydningen af visse særlige klausuler	196
6.1. “Udelukkelsesklausuler”	196
6.2. Bestemmelser om lovvalg, værneting og/eller voldgift	199
6.3. Bestemmelser om beløbsbegrænsning og/eller konventionalbod	199
6.4. Bestemmelser om tidsbegrænsning	200

Kapitel VIII

Aftalesituationen, 1. hovedafsnit:

Forhold vedrørende afgiveren

1. Afgiverens “status”	201
2. Afgiverens afvisning af at kautionere	208
3. Diverse forhold vedrørende afgiveren	211

Kapitel IX

Aftalesituationen, 2. hovedafsnit:

Forhold vedrørende modtageren

1. Modtagerens “status”	216
2. Betingelse for kreditgivning – indrettelsessynspunkter og vildledningsrisiko	220
3. Initiativet til erklæringen	226
4. Erklæringens udformning – standardkontrakt?	227
5. Skriftligt materiale ved siden af erklæringen	228
6. “Nærhedsgrad” mellem modtager og datterselskab	231
7. Modtagerens egen opfattelse	233

Kapitel X

Aftalesituationen, 3. hovedafsnit:

Forhold vedrørende datterselskabet	237
1. Koncernrelationen mellem M og D	237
2. Forholdene vedrørende D's kreditoptagelse	239
3. Aktualiseringsgrunden.....	243
4. Ekskurs: U 1994.470 H.....	244
4.1. Sagens omstændigheder.....	245
4.2. Sagens resultat – og begrundelsen herfor.....	248
4.3. Bemærkninger til resultatet og begrundelsen.....	249
4.3.1. Ordlydens betydning	249
4.3.2. Afvisningen af at kautionere	251
4.3.3. Andre momenter	252
4.3.4. Sammenligning med U 1989.618 V.....	255
4.3.5. Overordnede betragtninger og afvejning af momenterne	257
4.3.6. Mellemløsning mulig?	258

Kapitel XI

Formodningsregler og mellemløsninger	261
1. Enten-eller.....	261
2. Formodningsregel.....	262
3. “Kompromissynspunktet”	263
4. “Mellemløsninger”	267
4.1. Indledende bemærkninger om kompromissynspunktet og om betydningen af uklarhed	267
4.2. Mulige mellemløsninger	268
4.3. Bemærkninger til de mulige mellemløsninger.....	271
4.3.1. Kautionssurrogatløsningerne	271
4.3.2. De diminutive garantiløsninger	271
4.3.3. Lempelsesløsningerne	271
4.3.4. Almindelige fortolkningsløsninger	272
4.3.5. Selskabsretlige fortolkningsløsninger	279
4.3.6. Erstatningsansvar for urigtige oplysninger.....	281
4.4. Er mellemløsningerne gældende ret?	282
5. Forholdet til Årsregnskabsloven	284
6. Sammenfatning	286

Kapitel XII

Resumé og sammenfatning	287
1. Resumé af kapitel I-XI	287
2. Fremstillingens hovedresultater	291
2.1. Hovedresultater af de metodiske undersøgelser	291
2.2. Hovedresultater vedrørende løftespørgsmålet	294
2.3. Øvrige resultater	298
2.3.1. Terminologi	298
2.3.2. Støtteerklæringer og årsregnskaber	299
3. Indblik – aftaleret og selskabsret	300
4. Udblik – støtteerklæringernes fremtid	303
4.1. Støtteerklæringernes fremtid – idealbilledet	303
4.2. Støtteerklæringernes fremtid – set i lyset af “soft law-tendensen”	304

Kapitel XIII

Appendix	306
<i>Engelsk resumé</i>	306
<i>Tysk resumé</i>	314
<i>Litteraturfortegnelse</i>	323
<i>Forkortelser</i>	330
<i>Domsregister</i>	332
<i>Stikordsregister</i>	337

KAPITEL I

Indledning

1. Indledning. Afhandlingens metode. Plan for fremstillingen

1.1. Indledning

En “støtteerklæring” kan defineres som en erklæring, hvori en person over for en långiver udtaler, at den låntagende trediemand har en vis forbindelse til erklæringsgiver og er undergivet et vist tilsyn eller kan påregne en vis støtte fra denne.

Udtrykket “støtteerklæring” er introduceret i dansk ret af *Chr. Harboe Wissum* i UfR 1986 B s. 340. Det er muligvis et temmelig intetsigende ord, men det giver i hvert fald ingen forkerte associationer.¹ Ordet “hensigtserklæring” bør ikke anvendes synonymt hermed, jfr. nærmere afsnit 3.1 nedenfor.

I engelsk og amerikansk ret kendes støtteerklæringen under en række forskellige betegnelser, således *letter of awareness*, *back up-letter*, *letter of comfort*,² *letter of responsibility*, *letter of subordination*, *letter of support*, *keep well-letter*, *letter of undertaking*. Udtrykket *letter of intent* anvendes derimod ret konsekvent om hensigtserklæringer, jfr. herom ovenfor.

I Tyskland anvendes betegnelsen *Patronatserklärung*, og tilsvarende gælder for Holland (*patronaatsverklaring*).

I fransk ret benævnes erklæringerne *lettres de patronage* eller – sjældnere – *lettres de soutien*,³ men sprogbrugen er – ligesom i Danmark – inkonsekvent, idet der undertiden tales om *lettres d'intention*.

- 1 Ordet “støtteerklæring” har i øvrigt vundet et vist indpas i almensproget. Se således Berlingske Tidende den 22. februar 1992, 1. del, s. 1 (“[...] men Svend Auker fik ikke direkte en støtteerklæring.”), Jyllandsposten den 17. marts 1992, 2. del, s. 2 (“[...] og vedtog en støtteerklæring til Auker.”), Jyllandsposten den 7. april 1992, 1. del, s. 4 (“[...] en støtteerklæring til Poul Nyrup Rasmussen [...]” og “[...] en egentlig støtteerklæring”), Jyllandsposten den 23. maj 1992, 1. del, s. 4 (“[...] Vi har sendt en støtteerklæring til Flemming Kofod-Svendsen [...]”), DJØF-bladet nr. 12/1992, s. 20 (“[...] Lad os sende en støtteerklæring.”) samt Politiken den 11. februar 1993, 1. del, s. 1.
- 2 Også betegnelsen *comfort letter* anvendes. – Man bør være opmærksom på, at de *comfort letters*, som findes inden for EU-konkurrenceretten, kun har det til fælles med støtteerklæringer, at de kan være mere eller mindre uformelle, sml. *Koktvedgaard: Lærebog i konkurrenceret*, 2. udg. (1994) s. 81.
- 3 Lidt tvivlende m.h.t. denne benævnelse *Røsaeg* s. 3 med note 1. Men se *Revue de la Banque* (belgisk) nr. 2/1988 s. 26.

I Italien benyttes ikke sjældent en blanding af italiensk og fransk – *lettere de patronage* – men den italienske form *lettere de patrocinio* finder også udbredt anvendelse. Et andet udtryk er *lettere de conforto*.

I spansktalende lande bruges betegnelsen *cartas de patrocinio*.

Typisk er der tale om et moderselskab (M), der over for et pengeinstitut (P) erklærer at ville støtte et låntagende datterselskab (D).

En støtteerklæring kan eksempelvis lyde således:

“I anledning af, at De [P] har bevilget vort datterselskab D en kredit stor kr. 1.000.000 erklærer undertegnede herved, at vi er bekendt med denne kreditoptagelse.

Vi erklærer videre, at vi ikke vil sælge, pantsætte eller på anden måde råde over vore aktier i D, så længe ovennævnte kredit ikke er fuldt ud tilbagebetalt til Dem.

Endelig erklærer vi, at vi nøje vil følge den økonomiske udvikling i D, og at vi er indstillet på at yde D økonomisk støtte med henblik på tilbagebetaling af ovennævnte kredit.

[sign. M]”

Det helt centrale spørgsmål er, om det udsagn, der ligger i erklæringens tredje afsnit,⁴ er bindende – dvs. retligt forpligtende – eller ej. Dette spørgsmål kan naturligvis ikke besvares generelt. Hensigten med denne afhandling er at gennemgå og beskrive de momenter, der spiller ind ved afgørelsen af, om en konkret erklæring er bindende eller ej. Afhandlingen har for så vidt et helt overvejende retsdogmatisk sigte.

1.2. Afhandlingens metode

Da spørgsmålet om støtteerklæringernes forbindende kraft ikke kan besvares ved hjælp af lovregler, og da den foreliggende retspraksis er såre beskednen, må argumentationen i meget høj grad basere sig på friere overvejelser grundet i forholdets natur.⁵ Det har været hævdet, at dette er retspolitik, og

4 Det er vigtigt at være opmærksom på, at “støtteerklæring” almindeligvis benyttes dels om hele erklæringen, dels om udsagnet i tredje afsnit om at forsyne D med midler. For at undgå misforståelser anvendes “støtteerklæring” i denne afhandling alene som overbegreb (dvs. om hele erklæringen). Udsagn (“delerklæringer”) om at bistå D økonomisk benævnes derimod “likviditetserklæringer”, jfr. mit forsøg på at indføre denne terminologi i Revisionsorientering nr. 66 (1992).

5 Kritisk over for betegnelsen “forholdets natur” v. Eyben: Retskilderne, 5. udg. (1991) s. 293 f. Udtrykket er muligt ikke det bedste, men alle jurister har en fornemmelse af, hvad det dækker over: rimeligheds-, konsekvens- og hensigtsmæssighedsbetragtninger. Som fremhævet af Gomard i Højesteret 1661-1986 (1986) s. 58, er forholdets natur imidlertid en retskilde af en helt anden karakter end de andre retskilder: Dens indflydelse beror ikke på autoritet, men på argumenternes evne til at overbevise.

at de resultater, der fremkommer, er udsagn *de lege ferenda*.⁶ Den juridiske teori bør dog ikke vise spørgsmål fra sig, blot fordi det er usikkert, hvad der må betegnes som gældende ret. Grænsen mellem retsdogmatik og retspolitik er ikke skarp, og et arbitrært krav om "videnskabelighed" bør ikke medføre, at de mest interessante spørgsmål holdes ude fra dogmatiske fremstillinger.⁷ De resultater, der anføres i denne afhandling, hævdes at være gældende ret i den forstand, at de er egnede til nu for tiden at anvendes af de retsudøvende myndigheder.⁸

Udsagn *de sententia ferenda* adskiller sig fra udsagn *de lege ferenda* derved, at de førstnævnte hviler på retsstillingen, som den er eller må antages at være (uanset om den konkret har åbenbaret sig i en dom eller ej), de sidstnævnte på retsstillingen, efter at visse ændringer er gennemført. Hvad angår forholdets natur, er det afgørende således, om de argumenter, der anvendes, accepteres som gældende. Da juraen ikke er en eksakt videnskab, kan gyldigheden ikke konstateres objektivt. Kriteriet må være intersubjektiviteten.⁹

Det er klart, at de i denne afhandling angivne resultater ofte vil være usikre. Men der kræves ikke ændringer i lov eller retspraksis, for at man kan nå til dem, idet de antages at hvile på alment accepterede argumenter. I afhandlingen er resultaternes større eller mindre sikkerhed søgt angivet. Hvor der argumenteres for et resultat, som man ikke kan nå til efter gældende ret, er det anført, at resultatet hviler på retspolitiske overvejelser.

Den anvendte metode er traditionel. En række virkelige og tænkte situationer gennemgås og analyseres. Der er ikke lagt vægt på særlige retshistoriske eller retssociologiske studier, og afhandlingen prætenderer heller ikke at hvile på omfattende retssammenlignende undersøgelser, skønt en del udenlandsk teori og praksis inddrages. Udenlandske domme er inddraget i ikke ubetydeligt omfang. Sigtet hermed er at illustrere problemer med virkeligt materiale og angive løsninger, som er valgt i andre lande. Anvendelsen har ikke givet retskildemæssige anfægtelser: De udenlandske domme hævdes ikke at have nogen retskildeværdi i den forstand, at de skulle være mere eller mindre bindende for danske domstole. Derimod kan dommene siges at have retskildeværdi i den forstand, at de kan inspirere til tilsvarende løsninger i dansk ret.

6 Således *Sv. Gram Jensen* i J 1991 s. 213 ff., men heroverfor *Henrik Zahle* i J 1992 s. 8 ff., jfr. hertil atter *Sv. Gram Jensen* i J 1992 s. 306 ff.

7 Jfr. *Gomard* i Højesteret 1661-1986 (1986) navnlig s. 56 f.

8 Jfr. *Ussing: Almindelig del* (1967) s. 2.

9 *Sml. Stig Jørgensen: Ret og samfund* (1970) s. 8 f., s. 65 og s. 97.

1.3. Plan for fremstillingen

Fremstillingen falder naturligt i tre dele: *en indledende del* med præsentation af problemet, en oversigt over forskellige typer af støtteerklæringer og en beskrivelse af det nødvendige begrebsapparat; *en analyserende del*, hvori dette begrebsapparat anvendes på en række likviditetserklæringer, der har forskelligt indhold og varierende baggrund;¹⁰ og *endelig en konkluderende del*, hvori resultaterne sammenfattes.

2. Historik

Støtteerklæringen har formentlig sin oprindelse i Tyskland, hvor den har været anvendt siden midten af 1960'erne. En omtale finder man allerede i *Achterberg & Lanz: Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen* (1967/68) s. 1080. I øvrigt er de tidligste bidrag – så vidt ses – af *Rehbinder: Konzernaußenrecht* (1969) s. 330 ff., jfr. s. 307 (med henvisninger til amerikansk ret) og *Kamprad* i DB 1969 s. 327 f.

Baggrunden for udbredelsen af støtteerklæringer var navnlig en bestemmelse i den tyske lov om afgift af kapitaltilførsel (Kapitalverkehrssteuergesetz, forkortet KVStG). Efter § 3, stk. 2 i denne lov skulle der svares kapitaltilførselsafgift af lånekapital, der tilførtes et selskab, når lånet var sikret gennem en indeståelse fra en selskabsdeltager. Man fandt da på at udfærdige “uforbindende indeståelseserklæringer” for at undgå afgiften, jfr. nærmere *Kamprad* l.c. Skattemyndighederne var dog ikke indstillede på at acceptere dette synspunkt, men så vidt vides er det aldrig kommet til en retssag herom. Bestemmelsen i KVStG § 3 blev ophævet med virkning fra 1. januar 1973. Dermed forsvandt denne begrundelse for anvendelsen, og støtteerklæringens snarlige død blev forudsagt, jfr. *Lwowski: Kreditsicherheiten* (1972) s. 37. Dette kom dog ikke til at holde stik, jfr. allerede *Obermüller* i ZGR 1975 s. 3.

Støtteerklæringen kendes i alle vestlige lande, og der findes retsafgørelser fra – i hvert fald – følgende lande: Danmark, Norge, Sverige, England, Tyskland, Holland, Belgien, Frankrig, Schweiz, Østrig, Italien, USA og Australien.¹¹

Den danske litteratur om støtteerklæringer er efterhånden temmelig omfattende. Der kan henvises til følgende: *E. Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 8 ff., *Lennart Lynge Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellemmand*, 2. udg. (1991) s. 39 med note 25 og s. 105 med note 122, *Lennart Lynge*

10 Afhandlingens absolutte hovedvægt lægges på likviditetserklæringen, jfr. nærmere nedenfor i kapitel II.

11 Se hertil henvisningerne nedenfor i kapitel VI, afsnit 1.1.

Andersen og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, 2. udg. (1993) s. 29 f., *Lennart Lyng Andersen og Erik Werlauff*: Finans & kredit (1992) s. 385 ff., *Jan Plantener Andersen* i *Inspi* nr. 7/1993 s. 25 ff. og i nr. 8/1993 s. 18 ff., *N.J. Brasen* i *RR* nr. 2/1990 s. 35 ff., *samme* i *RR* nr. 4/1992 s. 18 f., *Bernhard Gomard* i *Forhandlingerne ved Det 30. nordiske Juristmøde, del I* (1984) s. 263, *samme*: Almindelig kontraktsret (1988) s. 55 f., *samme* i *FS Bolding* (1992) s. 161 ff., *samme*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 62 med note 10 og s. 270 med note 51, *Olaf Hasselager og Aksel Runge Johansen*: Årsregnskaber (1992) s. 557 f., *Torsten Iversen* i *Revisionsorientering* nr. 66 (1992) s. 1 ff., *Rimond Jørgensen* i *Fagskrift for Bankvæsen* 1978 s. 170 ff., *H.V. Godsk Pedersen* i *RR* nr. 5/1990 s. 30 ff., *samme*: Kaution, 3. udg. (1992) s. 105 ff., *E. Polack* i *Revisorbladet* nr. 5/1990 s. 19 ff., *Jens Skovby og Henry Heiberg* i *Faglige artikler for yngre revisorer* nr. 19, s. 16 ff., *samme* i *Artikler om konkurs og tvangsakkord* (1984) s. 176 ff., *Klaus Søgaard* i *RR* nr. 5/1991 s. 45, *Niels Taklo* i *RR* nr. 4/1992 s. 20 f., *Erik Werlauff*: Selskabsmasken (1991) s. 194 ff., *samme* i *U* 1993 B s. 431 f. (anmeldelse af *Erik Røsægs* nedennævnte værk), *Chr. Harboe Wissum* i *UfR* 1986 B s. 340 ff., *samme* i *Revisorbladet* nr. 1/1987 s. 37 ff., *samme* i *International Financial Law Review*, marts 1987 s. 23 ff., *Per Zerman* i *Advokaten* 1988 s. 277 f.

Af svensk litteratur henvises til *Michael Bogdan* i *TfR* 1988 s. 653 ff. (med visse ændringer optrykt i *Clas Blix, Michael Bogdan, Krister Moberg og Björn Lindquist*: Letters of Comfort (1989)), *samme* i *TfR* 1989 s. 242 f., *Lars Gorton* i *SvJT* 1989 s. 725 ff., *Jan Hellner*: Kommersiell avtalsrätt, 4. udg. (1993) s. 79 ff., *Krister Moberg* i *FS Bolding* (1992) s. 309 ff., *Curt Riberdahl* i *Advokaten* 1986 s. 161 ff., *Knut Rodhe* i *FS Hellner* (1984) s. 481 ff., *Jan Ramberg*: Medvetan otydlighet som avtalsrättsligt problem, i *JT* 1992-93 s. 358 ff. og *samme* i *JT* 1992-93 s. 718 f. (anmeldelse af *Erik Røsægs* nedennævnte værk). Der kan også henvises til bemærkningerne i den såkaldte *Nobel-utredning* (1992) s. 156 ff., jfr. hertil *Hellner* i *JT* 1992-93 s. 729 ff. Spørgsmålet berøres ikke af *Axel Adlercreutz*: Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om "letters of intent", principöverenskommelser m.m.), i *SvJT* 1987 s. 493 ff., jfr. s. 495.

I Norge foreligger der en disputats på henvend 600 tekstsider: *Erik Røsæg*: Garantier eller fattigmanns trøst? (1992), jfr. tidligere *sammes* utrykte seminarindledning ved Nordisk Institut for Sjørett (1988). Der kan endvidere henvises til *Carl-Bernhard Kjelstrup* i *Artikkelsamling til studiekurset i kreditt- og depotjus* (1984) s. 159 ff.

3. Afgrænsning af emnet

I den foreløbige definition, der er givet ovenfor i afsnit 1, ligger for så vidt allerede den væsentligste afgrænsning af emnet. Støtteerklæringen har imidlertid berøringsflader med en række andre juridiske fænomener, og det forekommer derfor påkrævet at gøre visse yderligere bemærkninger.

3.1. Afgrænsning over for hensigtserklæringer (*letters of intent*)

Som kort berørt ovenfor bør betegnelsen hensigtserklæring ikke anvendes om den type erklæring, der ovenfor er betegnet som støtteerklæring. Udtrykket hensigtserklæring anvendes i forvejen i to betydninger: dels som juridisk begreb, dels som betegnelse for faktiske udsagn om intentioner (*letters of intent*).¹²

“Hensigtserklæring” i den første betydning, dvs. som betegnelse for visse retligt uforbindende udtalelser¹³ – som pendant til begreberne løfte (udsagn med løftevirkning) og oplysning (udsagn om faktiske forhold) – vil blive behandlet nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.3.

I dette afsnit er det den anden betydning af “hensigtserklæring”, der fokuseres på, dvs. faktiske udsagn om intentioner og retningslinier for et fremtidigt kontraktsforhold. Sådanne *letters of intent* kan være mundtlige eller skriftlige. De kan afgives af den ene part eller udfærdiges af begge parter i forening.

Et *letter of intent* oprettes ikke sjældent, hvor to parter står foran at skulle indgå en større kontrakt, f.eks. om en virksomhedsoverdragelse eller om et *joint venture*. Skønt erklæringen således går forud for en intenderet kontrakt, er der ikke tale om en forkontrakt i juridisk forstand.¹⁴

Letters of intent kan anskues som en “delmængde” af hovedspørgsmålet: Hvor langt skal parternes forhandlinger være kommet, (1) før der foreligger en aftale, eller (2) før en afbrydelse af forhandlingerne vil pådrage erstatningsansvar?

Det grundlæggende synspunkt for en løsning af hovedspørgsmålet må være, at parterne skal være enige så langt, at der kun henstår detaljer, som kan udfyldes af domstolene.¹⁵

Hvad angår “delmængden”, må hovedsynspunktet være “[...] at *letters of intent* i almindelighed ikke er bindende og helt uden retsvirkninger”, jfr. *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 269.

Hermed er ikke sagt, at det er udelukket f.eks. at tilkende en part erstatning for afholdte udgifter, hvor modparten har optrådt illoyalt. Der må imidlertid kræves noget *særligt* for at nå en sådan løsning, og de meget vidtgående

12 Det er vigtigt at være opmærksom på, at en faktisk erklæring, der er benævnt “hensigtserklæring”, ikke nødvendigvis er en hensigtserklæring i juridisk forstand. Sml. et “løfte” om at invitere en person til middag, hvilket heller ikke er et løfte i juridisk forstand.

13 Undertiden benyttes også udtrykket “moralske løfter” om sådanne udsagn, men denne terminologi er næppe hensigtsmæssig.

14 Sml. *Ussing* s. 97 og nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.3., hvor der redegøres for, at der næppe er behov for kategorien “forkontrakt”, når man anvender kategorierne løfte – oplysning – hensigtserklæring.

15 Sml. *Stig Jørgensen* i TfR 1965 s. 422: “Der er et stærkt praktisk behov for, at forhandlinger mellem parterne kan forløbe uden risiko for retlig forpligtelse så længe som muligt, uden at det skal være nødvendigt at præcisere, at erklæringen ikke er forpligtende [...]”. – Denne formulering er for vidtgående – jfr. ordene “så længe som muligt” – men rammer dog noget centralt.

synspunkter, som i al *almindelighed* er hævdet af *Grönfors*: Avtalsgrunddande rättsfakta (1993) s. 74 ff., må således afvises.¹⁶

Litteraturen om såvel hovedspørgsmålet som “delmængden” er efterhånden temmelig omfattende. Se navnlig den grundige undersøgelse hos *Gomard*: Letters of intent (1984).

I *Precontractual liability* (Reports to the XIIIth Congress International Academy of Comparative Law, Montreal, Canada, 18-24 August 1990) (1991) findes en komparativ oversigt med bidrag af bl.a. *Ole Lando* (s. 111 ff.) og *Jan Ramberg* (s. 297 ff.).

Af svensk litteratur kan henvises til *Axel Adlercreutz*: Rättsverken av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av ofullständiga avtal (om ‘letters of intent’, principöverenskommelser m.m.), SvJT 1987 s. 493 ff. og *Sven Holmgren og Dick Lundqvist*: Letter of intent – värt mer än pappret? (1988).

Fra Finland foreligger *Carita Wallgren*: Letters of intent (1983).

I Tyskland er emnet behandlet af *Peter Siebourg*: Der Letter of Intent (1979) og *Marcus Lutter*: Der Letter of Intent (1983). En sammenligning af tysk og amerikansk ret er foretaget af *Paul Pérez-Maletz*: Der Schutz des Vertrauens auf das Zustandekommen von Verträgen im U.S.-amerikanischen Recht (1992).

Om retsstillingen i USA henvises til *Farnsworth* i FS Hellner (1984) s. 269 ff. (jfr. *samme*: Contracts, 1. udg. (1982) s. 187 ff.) og til *Ralph B. Lake og Ugo Draetta*: Letters of Intent and Other Precontractual Documents (1989).

Uforbindende udtalelser om intentioner finder man både i de her omtalte *letters of intent* og i støtteerklæringer. Til trods for denne lighed taler gode grunde for at sondre mellem de nævnte *letters* og støtteerklæringer:

- 1) Støtteerklæringer vedrører trepartsforhold. *Letters of intent* oprettes typisk kun mellem to parter.
- 2) Det centrale i støtteerklæringer er næsten altid et – forpligtende eller uforpligtende – udsagn om finansiel støtte fra et moder- til et datterselskab (en likviditetserklæring, jfr. ovenfor i note 4). *Letters of intent* kan vedrøre snart sagt alt.
- 3) Støtteerklæringer er endelige og skal ikke afløses af senere aftaledokumenter.¹⁷ *Letters of intent* er derimod i reglen prækontraktuelle udtalelser, som tilsigtes afløst af en egentlig aftale.

Der må følgelig udvises betydelig varsomhed med at overføre synspunkter vedrørende *letters of intent* på støtteerklæringer.

16 De kritiske bemærkninger hos *Gothard Calissendorff* i JT 1993-94 s. 236 ff. (anmeldelse af *Grönfors*' nævnte værk) kan jeg således fuldt ud tilslutte mig.

17 Jfr. *Gomard*: Letters of intent (1984) s. 263 og *Røsæg* s. 168.

3.2. Afgrænsning over for soliditetsoplysninger

En soliditetsoplysning indeholder – som betegnelsen angiver – en *oplysning* om en trediemands *soliditet*. Afgiveren af en sådan oplysning kan blive erstatningsansvarlig over for modtageren, såfremt oplysningen er fejlagtig eller mangelfuld. Oplysningens urigtighed skal dog bero på et *culpøst* forhold hos afgiveren, og modtageren skal have lidt et *adækvat tab i tillid til* – dvs. forårsaget af – *oplysningen*.

Egentlige soliditetsoplysninger afgives normalt af pengeinstitutter eller kreditoplysningsbureauer. Det forekommer dog også, at andre afgiver – typisk beroligende – oplysninger om en bestemt trediemands økonomi, f.eks. en advokat om en af sine klienter.

Om soliditetsoplysninger kan henvises til *Krüger Andersen* i Finans og invest nr. 2/1987 s. 27 ff., *Lyng Andersen og Møgelvang-Hansen* i U 1989 B s. 345 ff., *Lyng Andersen og Werlauff* s. 63 ff., *Lyng Andersen* i U 1992 B s. 466 ff., *Moltke* i Revisorbladet nr. 2/1987 s. 19 ff., *Møgelvang-Hansen* i Fagskrift for Bankvæsen 1992 s. 40 ff., *Torsten Iversen* i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 11 f., *Stoltenberg* i U 1990 B s. 232 ff., *A. Vinding Kruse: Advokatansvaret*, 6. udg. (1990) s. 132 f.,

Fra retspraksis foreligger følgende trykte afgørelser:¹⁸ U 1936.72 H (advokat), U 1944.862 H (advokat), U 1949.1139 Ø (kreditoplysningsbureau), U 1956.275 H (advokat), U 1959.327 H (advokat), U 1984.687 Ø, U 1986.301 H, U 1987.101 H, U 1990.2 Ø, U 1991.344 V, U 1992.867 H (NDs 1992.514) og U 1993.217 V. Af utrykte domme kan nævnes ØLD af 1. juli 1983 (8. afd., 504/1981), ØLD af 15. februar 1988 (8. afd., 107/1987), VLD af 6. marts 1990 (4. afd., B 17/1988), VLD af 7. september 1990 (8. afd., B 735/1988), VLD af 1. april 1992 (8. afd., B 2041/1989), dom af 28. november 1986 fra Københavns Byret (Afd. F, 1782/84), dom af 30. juni 1989 fra Retten i Hobro (BS 584/88), dom af 16. august 1989 fra Retten i Århus (1. afd., BS 66167-1/88), dom af 27. april 1989 fra Retten i Svendborg (BS 810/88), dom af 27. juli 1989 fra Retten i Hjørring (BS 977/87), dom af 8. august 1991 fra Retten i Vordingborg (BS 953/90). Se endvidere kendelse af 19. marts 1992 fra Pengeinstitutankenævnet (sag nr. 474/1991).

Der er selvsagt intet til hinder for, at et moderselskab kan afgive en soliditetsoplysning angående sit datterselskab. Faktisk indeholder støtteerklæringer ikke helt sjældent udsagn om datterselskabets soliditet, og det er klart, at moderselskabet kan ifalde ansvar for en urigtig eller mangelfuld oplysning.

Støtteerklæringerne giver næppe anledning til særlige problemer, hvad angår ansvaret for ukorrekte oplysninger. Hovedproblemet er, om der foreligger et løfte eller ej. Se i øvrigt nærmere om ansvaret for oplysninger i kapitel III, afsnit 2 nedenfor.

18 Hvor ikke andet er anført, vedrører dommen en oplysning afgivet af et *pengeinstitut*.

Det er i reglen ikke vanskeligt at afgøre, om en given tekst er en soliditetsoplysning eller en støtteerklæring. Bl.a. kendes støtteerklæringen på, at den typisk omhandler den erklærendes datterselskab. Der kan dog forekomme grænsetilfælde.

I en dansk soliditetsoplysning angående en entreprenør er jeg således stødt på følgende formulering:

“I f.b.m. opførelse af [...] boliger [...] har vi stillet den fornødne kredit til rådighed og vil i kraft af dette anse firmaet god for betaling af den nævnte [...] entreprise kr. 2,9 mio. og anser iøvrigt, at firmaet har evnen til at gennemføre projektet som hovedentreprenør [...] under henvisning til, at koncernen tidligere har gennemført entrepriser af samme størrelse” (udh. her).

Formuleringen synes at gå noget ud over, hvad der er sædvanligt for soliditetsoplysninger. Oplysningen må læses som et udsagn om, at pengeinstituttet har vurderet entreprenørens kreditbehov vedrørende den pågældende entreprise og stillet den fornødne kredit til rådighed. Der er altså ikke tale om en generel vurdering af kreditværdighed, men om en mere konkret vurdering af evnen til at fuldføre et enkelt projekt.

Fra norsk praksis kan i denne sammenhæng henvises til utrykt dom af 25. november 1986 fra Tromsø Byrett (sak nr. 102/86 A).¹⁹ Sagen angik en skrivelse af 27. marts 1985 fra et pengeinstitut (P). Skrivelsen havde følgende ordlyd:

“At request of [A], we hereby confirm that [P] has given the necessary guarantee and that [P] has given the necessary credits for the fulfillment of the [...] program 1985 [...] according to agreement between [B] and [A].

The guarantee towards Reiselivsfondet for the amount of NOK 4.250.000,- is according to Norwegian law.”

A var arrangør af rejser til Bulgarien. Selve rejsen hvilede på aftale mellem A og et flyselskab (C), opholdet på aftale mellem A og B.

Skrivelsen, der blev overgivet til A, indeholdt ingen angivelse af adressaten. A videregav skrivelsen til den bulgarske handelsattaché, som sendte den til Bulgarien, hvor bl.a. C modtog den.

I slutningen af august 1985 nægtede C at udføre flere flyvninger for A, idet A ikke præsterede de aftalte forudbetalinger. Den 1. november 1985 blev A erklæret konkurs, og C anlagde sag mod P med påstand om betaling af NOK 891.000, svarende til det beløb A skyldte C for udførte flyvninger.

Tromsø Byrett slog fast, at skrivelsen fra P ikke indeholdt en garanti eller et løfte om betaling.²⁰ Retten fandt derimod, at skrivelsen indeholdt en urigtig oplysning: P havde ikke bevilget den nødvendige kredit til gennemførelse af A's sommerprogram, men kun den kredit, som A havde bedt om, og som viste sig at være utilstrækkelig.²¹ Da der ikke var angivet nogen adressat i skrivelsen,

¹⁹ Afgørelsen er nærmere omtalt hos *Røssæg* s. 229 ff. og s. 367.

²⁰ Jfr. dommen s. 12.

²¹ Jfr. dommen s. 13.

måtte P regne med, at den kunne blive forevist for andre.²² Retten fandt derfor, at der forelå fornøden årsagssammenhæng mellem oplysningen og C's tab.²³ Retten fandt endelig, at C havde udvist egen skyld, idet C havde udført flyvninger for A uden at modtage de aftalte forudbetalinger og uden at undersøge, "hvor langt [P] sto bak [A]".²⁴ Resultatet blev, at C fik tilkendt 3/4 af det lidte tab (NOK 891.000).²⁵

Da det alligevel ikke er muligt at deducere et udsagns retsvirkninger af, om det rubriceres som det ene eller det andet, findes en nøjere afgrænsning mellem soliditetsoplysninger og støtteerklæringer ikke påkrævet. I nogle relationer kan der tværtimod være grund til at være opmærksom på *slægtskabet* mellem soliditetsoplysninger og visse støtteerklæringer.

3.3. Afgrænsning over for kaution og garanti

En kautionserklæring går ud på, at kautionisten skal betale kreditor, hvis debitor (hovedmanden) ikke kan eller ikke gør det. Kautionistens forpligtelse er – selv ved selvskyldnerkaution – *subsidiær*, idet kreditor skal kræve beløbet af hovedmanden først. Ofte siges det, at kautionsforpligtelsen er *akcesorisk*, hvorunder man kan sammenfatte tre retsvirkninger: 1) kautionisten er som hovedregel kun forpligtet, hvis hovedmanden er det,²⁶ 2) bortfald af hovedmandens forpligtelse (f.eks. p.g.a. forældelse) medfører tillige kautionsforpligtelsens bortfald²⁷ og 3) ved en overdragelse af den kautionssikrede fordring følger kautionen automatisk med.²⁸

Udtrykkene kaution og garanti anvendes her i landet undertiden i flæng.²⁹ Det er værd at understrege, at der er forskel: Kaution er en indeståelse for en andens ydelsespligt; en "ægte garanti" er en påtagelse af et selvstændigt ansvar for, at et vist resultat indtræder.³⁰ En sådan "ægte garanti" kan ikke uden videre behandles på samme måde som kaution på de anførte tre punkter. I endnu højere grad end kaution hviler den "ægte garanti" på selve aftalen, idet det er temmelig usikkert, hvad de deklatoriske regler går ud på.

22 Jfr. dommen s. 13, hvor oplysningens henvisning til programmet fremhæves: Dette måtte omfatte ikke blot opholdet, men også flyvningerne.

23 Årsagssammenhængen var for øvrigt ikke bestridt, jfr. dommen s. 14.

24 Jfr. dommen s. 15.

25 Dommens resultat blev ikke det endelige punktum i sagen, der senere blev forligt i anken, jfr. *Røsæg* s. 367 med note 874.

26 Se om kaution for ugyldig hovedforpligtelse *Nørgaard* i U 1968 B s. 369 ff. med yderligere henvisninger.

27 Se om forældelse af kautionsansvar *Elmelund* i U 1978 B s. 41 ff. med yderligere henvisninger.

28 Jfr. herved U 1971.337 V, men cfr. U 1990.247 H.

29 I f.eks. Tyskland er sprogbrugen mere konsekvent, og her taler man således om "Bankbürgschaft", når det er en kautionsforpligtelse, banken har påtaget sig.

30 Jfr. *Godsk Pedersen* s. 12.

En likviditetserklæring³¹ er ikke kaution. Der er ikke tale om en indeståelse fra M for D's tilbagebetaling af en kredit til P, således at M skal betale, hvis D ikke kan. Tilsagnet går derimod ud på, at D vil kunne betale kreditten tilbage til P, om nødvendigt ved hjælp af midler, der stilles til rådighed af M. Likviditetserklæringen kan følgelig siges at indeholde en garanti: M garanterer, at D ikke vil mangle midler til at betale P med. Det resultat, der garanteres, er, at D kan betale – ikke at D faktisk gør det. På denne baggrund karakteriseres likviditetserklæringen – foreløbigt – som en særlig type garantikontrakt – en garantikontrakt *sui generis*, om man vil. Se i øvrigt nærmere nedenfor i kapitel VI, særlig afsnit 2 og 6.

Det forekommer, at en likviditetserklæring indeholder et løfte om at indtræde som kautionist på et senere tidspunkt, f.eks. hvis D bliver betalingsudygtig. Denne type er imidlertid ret sjælden og giver ikke anledning til samme problemer som andre likviditetserklæringer.

Se f.eks. utrykt dom af 25. november 1993 fra retten i Nykøbing Falster (BS 540/1992 og BS 568/1993) om en erklæring af 20. marts 1989 med overskriften "hensigtserklæring" og følgende ordlyd:

"Undertegnede [...] der ejer 1/3 af aktierne i [D] [...] erklærer herved i forbindelse med etablering af kassekredit nr. [...]"

- at jeg forpligter mig til at indtræde som selvskyldnerkautionist for ovennævnte kredit, såfremt det konstateres, at kvartårige budgetopfølgninger på [D's] aktivitet ikke omsætningsmæssigt og/eller indtjeningsmæssigt realiseres.
- at jeg for min part vil bevare kapitalen i [D], herunder at indtjent kapital ikke udloddes, dog med respekt af aktionæroverenskomst angående anvendelse af overskud med 1/3 til aktionærerne, 1/3 til overskudsdeling til medarbejderne og 1/3 til konsolidering.

Ovenstående hensigtserklæring genforhandles i forbindelse med genforhandling af engagementet den 01.04.1990".³²

De sagsøgte afgivere af erklæringen fandtes "klart og utvetydigt at have afgivet et løfte til banken om at indtræde som selvskyldnerkautionister, såfremt nærmere angivne betingelser var opfyldt".³³ I hvert fald ved D's betalingsstandsning var betingelserne opfyldt og de sagsøgte forpligtelser indtrådte. Udtalelsen om genforhandling fandtes herefter ikke at kunne medføre forpligtelsernes bortfald eller ophør den 1. april 1990.³⁴

31 Kun likviditetserklæringen er interessant i denne forbindelse. Støtteerklæringens øvrige udsagn kan være forpligtende eller uforpligtende, men "kautionslignende" er de under ingen omstændigheder.

32 Jfr. dommen s. 2 f.

33 Jfr. dommen s. 12.

34 Jfr. dommen s. 12.

Se om løfter om at indtræde som kautionist på et fremtidigt tidspunkt i øvrigt Hoffmann s. 168 f., Mosch s. 125 og Stecher s. 15 ff. Sml. også afgørelserne U 1988.98 H³⁵ og NRt 1983.716 NoH (NDs 1983.259).

3.4. Afgrænsning over for bestyrelsesansvar

Afgrænsningen mellem bestyrelsesansvar³⁶ og ansvar (hæftelse) i h.t. en støtteerklæring bereder i almindelighed ikke vanskeligheder: Bestyrelsesansvar drejer sig om ansvarspådragende handlinger eller undladelser, forpligtende støtteerklæringer om hæftelse påtaget ved et løfte.

Der er imidlertid visse berøringsflader,³⁷ og en kort oversigt over bestyrelsesansvaret i dansk ret synes derfor formålstjenlig:

Aktie- og anpartsselskaber kan kun pådrage sig kontraktlige forpligtelser og opnå rettigheder i henhold til gensidigt bebyrdende aftaler derved, at en eller flere fysiske personer kan tegne selskabet. Disse personer har sæde i selskabets bestyrelse og/eller direktion og udgør selskabets ledelse. De kan i et vist omfang delegere deres evne til at binde selskabet, og en sådan delegation foreligger, hvor en person ansættes i en bestemt stilling, idet han da kan forpligte selskabet i henhold til sin stillingsfuldmagt.

Selskabets ledelse har et ansvar for, at selskabet drives forsvarligt. Dette ansvar kan ledelsen vel pålægge ansatte i stillingsbeskrivelser m.m., men det ultimative ansvar for at udøve kontrol kan ikke "delegeres" med den virkning, at ledelsen selv bliver ansvarsfri.

Ledelsens ansvar er efter ordene i ASL § 140 (APSL § 110) et culpaansvar. At præcisere indholdet af culpanormen er her som andetsteds vanskeligt. Baggrunden for culpaskønnet er naturligvis ikke en almindelig *bonus pater familias*, men et *bonus pater*-bestyrelsesmedlem. Hidtil er der ikke i retspraksis anlagt en så streng bedømmelse af bestyrelsesmedlemmer som af eksempelvis advokater og revisorer. Dette synes velbegrundet, da forholdene ikke kan paralleliseres. På baggrund af den foreliggende retspraksis er det vanskeligt at sige noget nærmere om ansvarsnormen, men det er værd at

35 Afgørelsen er omtalt nærmere nedenfor i kapitel VII, afsnit 3.

36 Se om bestyrelsesansvaret nærmere Gomard i U 1971 B s. 117 ff., *samme* i Forhandlingerne ved Det 29. nordiske Juristmøde (1981) s. 365 ff., *samme*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 373 ff., *samme* i Suum cuique (1991) s. 145 ff., *samme* i U 1993 B s. 145 ff., Claus Berg og Lars Bo Langsted i U 1994 B s. 183 ff. Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret, 3. udg. (1991) s. 264 ff., Werlauff: Selskabsret (1989) s. 293 ff., *samme*: Selskabsmasken (1991) s. 164 ff., Lone Sneholt og Niels Thomsen: Aktieselskabsloven med kommentarer, 5. udg. (1993) s. 440 ff., Schans Christensen: Contested Takeovers (1991) s. 265 ff., *samme*: Ledelse og aktionærer (1992) s. 43 ff., Boe i U 1984 B s. 385 ff., *samme* i RR nr. 5/1991 s. 20 ff., Borum i J 1963 s. 249 ff. og Alkil i J 1945 s. 129 ff. Fra Sverige foreligger en disputats om emnet: Rolf Dotevall: Skadeståndsansvar för styrelsesledamot och verkställande direktör (1989).

37 Det er dog snarere en pudsighed end en berøringsflade, at den første trykte afgørelse om støtteerklæringer her i landet – U 1989.618 V – vedrører en erklæring afgivet af en række bestyrelsesmedlemmer (og altså ikke af et moderselskab).

understrege, at målestokken bør være det professionelle bestyrelsesmedlem – ikke gennemsnittet af “familiesammenskrab”. Culpaskønnet må dog rimeligvis indebære en differentiering efter selskabets forhold (størrelse, virksomhedsområde m.m.m.). Ukyndighed disculperer efter retspraksis ikke – og sådan bør det også være: Forstår man ikke, hvad der foregår, må man nedlægge sit hverv. Undskyldende omstændigheder begrundet i personernes forhold bør kun indgå i overvejelserne om lempelse af ansvaret, jfr. ASL § 143 (APSL § 110).

Indlysende er det, at der ikke kan være ansvar forbundet med ethvert skøn, der må betegnes som en fejl. For det første skal det erindres, at fejl nu engang er lettest at erkende med bagklogskabens nådegave. For det andet kan et skøn objektivt set være urigtigt på tidspunktet for dets udøvelse, uden at det er uforsvarligt. Ved forretningsmæssige dispositioner må man indrømme en ret vid skønsmargin. Navnlig må man erkende, at det i et forsøg på at redde et selskab kan være nødvendigt at fortie dets økonomiske problemer, jfr. U 1977.274 H (NDs 1977.35). Men grænsen til det uforsvarlige kan hurtigt blive overskredet, hvis fortielsen er kvalificeret, eller der tilmed udsendes beroligende erklæringer, sml. U 1974.1005 H (NDs 1974.401):

Bestyrelsen i et selskab, der fremstillede typehuse, udsendte et beroligende cirkulære til kreditorerne. Heri blev der dels givet oplysning om, at selskabets kapital var blevet udvidet med 4,5 millioner kr., dels henstillet til kreditorerne at genoptage leverancer på kredit. Kapitalforhøjelsen var faktisk ikke – og blev heller ikke senere – gennemført.

I tillid til cirkulæret begyndte en kreditor [K] atter at levere på kredit til selskabet.

Efter selskabets konkurs viste det sig, at det regnskabsmæssige grundlag, som havde dannet baggrund for cirkulæret, havde været særdeles mangelfuldt. Gennem en efterfølgende tilbagetrædelseserklæring blev K stillet, som om kapitalforhøjelsen var blevet gennemført, men K krævede sit fulde tab erstattet af bestyrelsen.

Under dissens (4-3) fastslog Højesteret, at bestyrelsen ikke havde handlet ansvarspådragende ved at udsende cirkulæret. Der lagdes i den forbindelse vægt på, at det tidligere havde været på tale at bringe selskabets virksomhed til ophør. I så fald ville kreditorerne ikke have opnået nogen dækning. Det var dog i stedet blevet besluttet at drive selskabet videre af et “kreditorkonsortium”, hvori også K havde deltaget. Skønt K ikke ville medvirke til den i cirkulæret omtalte kapitaludvidelse, havde han reelt samme kendskab til selskabet som de øvrige kreditorer (bestyrelsen).

Mindretallet fandt bestyrelsen erstatningsansvarlig – nærmest begrundet i synspunktet “fremkaldt vildfarelse” – men ville dog kun tilkende K halv erstatning, idet kreditgivning under alle omstændigheder var forbundet med risiko.

Det må næsten *per se* være culpøst at overtræde bestemmelser i lovgivning eller vedtægter, som har karakter af ledelsesansliggende. Regnskabslovgivningen må eksempelvis anses at pålægge en bestyrelse en betydelig undersøgelsespligt. Der kan her være grund til at fremhæve, at bestyrelsesansvar ikke kan afvises blot med henvisning til, at man har stolet på revisor: Bestyrelsen må have et ansvar for, at revisor får de fornødne oplysninger fra selskabet, og må også i øvrigt skulle udøve en vis selvstændig tankevirksomhed. Selskabets aktivitetsområder er også et ledelsesansliggende, og iværksætter eller tolererer bestyrelsen aktiviteter i strid med vedtægternes formålsbestemmelse, kan ansvar næppe heller undgås, jfr. herved U 1966.31 H (NDs 1966.487).

Likviditetserklæringer kan i princippet påføre M's ledelse erstatningsansvar over for *D's kreditgiver, M selv, M's kreditorer eller andre trediemænd*, jfr. følgende tilfældegrupper:

- 1) *Ansvar over for D's kreditgiver:*
 - (A) Det står allerede på udstedelsestidspunktet klart for M's bestyrelse, at en hensigtserklæring om at støtte D i givet fald vil blive fraveget.³⁸
 - (B) M's bestyrelse giver mod bedre vidende udtryk for, at D's kapitalgrundlag er tilstrækkeligt, mens der i virkeligheden er tale om, at kun diverse lån fra M muliggør D's drift.³⁹
- 2) *Ansvar over for M's kreditorer eller andre trediemænd:* En forpligtende likviditetserklæring bliver ikke noteført.⁴⁰
- 3) *Ansvar over for M selv, M's kreditorer eller andre trediemænd:* En likviditetserklæring, der af bestyrelsen formenes at være uforbindende, viser sig at forpligte selskabet.

For direktionen kan ansvar også komme på tale i tilfældegruppe (1)–(3), men hertil kommer, at direktionen kan ifalde *ansvar over for M selv, M's kreditorer eller andre trediemænd* ved at holde en forpligtende likviditetserklæring skjult for omverdenen, herunder bestyrelsen.

I tilfældegruppe (1) vil ledelsesansvar kun komme på tale, *såfremt M ikke kan svare enhver sit*.⁴¹ I tilfældegruppe (2)–(3) gælder det samme med hensyn til ledelsesansvar over for M's kreditorer. I tilfældegruppe (3) kan ledelsesansvar over for M selv eller trediemænd⁴² derimod godt tænkes, *selv om M forbliver solvent*.⁴³

38 Sml. Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 196. – Beviset for, at M's udtrykte hensigt ikke svarede til den virkelige, vil i almindelighed være næsten umuligt at føre.

39 Sml. Werlauff l.c.

40 Se om spørgsmålet om noteførsel nærmere nedenfor i kapitel IV.

41 Sml. note 54 nedenfor.

42 F.eks. personer, som i tillid til regnskabet har købt aktier i M.

43 Det samme gælder for direktionens ansvar i det tilfælde, som er nævnt i småtrykket ovenfor.

Det kan også drøftes, om M's ledelse kan ifalde ansvar over for M selv (og M's kreditorer og andre trediemænd) ved at opfylde en *uforpligtende* likviditetserklæring. Som anført af *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 493 må ledelsen under normale forhold have en ret vid adgang hertil, bl.a. fordi en sådan opfyldelse kan hævdes at være i M's *langsigtede* interesse. Har M selv økonomiske vanskeligheder, er der derimod ingen – eller kun en snæver – adgang til at støtte D økonomisk, jfr. *Rodhe* op. cit. s. 494.

Det forekommer, at M's bestyrelse i en erklæring udtaler, at man har fuld tilid til D's ledelse, eller at man har fuldt indseende med D's aktiviteter og kontrollerer D i alle væsentlige anliggender. Retsvirkningerne af sådanne erklæringer i forhold til, hvad der alligevel ville gælde efter reglerne om bestyrelsesansvar og koncernledelsespligt, undersøges nærmere nedenfor i kapitel V, afsnit 3.

3.5. Afgrænsning over for hæftelsesgennembrud⁴⁴

Hæftelsesgennembrud – eller ansvarsgennembrud – anvendes som betegnelse for tilsidesættelse af den hæftelsesbegrænsning, der ligger i, at alene selskabet – men ikke selskabsdeltagerne – hæfter for selskabets forpligtelser.

Tilsidesættelse af den juridiske person kan – som anført af *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 71 ff. – komme på tale i følgende tilfælde:

- 1) Sammenblanding af formuer
- 2) Omgåelse eller pro forma
- 3) Omstødelse
- 4) Ansvar.

Disse 4 situationer er imidlertid ikke eksempler på hæftelsesgennembrud. Resultaterne er udslag af almindelige retsgrundsætninger – ikke af en særlig selskabsretlig gennembrudsnorm eller loyalitetspligt.

Der er ikke belæg for at hævde, at der i dansk ret består en sådan særlig norm, jfr. *Gomard* op. cit. s. 77 f. i opposition til *Werlauff*: Selskabsmasken (1991).

Behovet for en gennembrudsnorm kan føles mere eller mindre påtrængende. Det er ikke vanskeligt at "opfinde" en sag, hvor det for en umiddelbar betragtning kan virke stødende, at en person ikke kan rette et krav mod et givet selskab i kraft af *selve* dette, at det er et moderselskab:

⁴⁴ Se herom navnlig *Werlauff*: Selskabsmasken (1991) – med talrige henvisninger – og hertil anmeldelserne af *Nørgaard* i U 1991 B s. 68 ff. og *Gomard* i J 1992 s. 41 ff. Se endvidere *Borum* i FS Hurwitz (1971) s. 75 ff., *Nis Jul Clausen* i U 1987 B s. 82 ff. og i Scandinavian Studies in Law 1989 s. 79 ff., *Hørlyck* i Scandinavian Studies in Law 1980 s. 207 ff., *Godsk Pedersen* i U 1985 B s. 352 ff., *Gerhard af Schultén* i Forhandlingerne på Det 30. nordiske Juristmøde, del I (1984) s. 79 ff., *Karsten Engsig Sørensen*: Samarbejde mellem selskaber i EF (1993) s. 219 ff., *Christian Ulrik Trolle* i Justitia nr. 1/1991 s. 1 ff., *Søren Aaberg* i Justitia nr. 5/1993 s. 1 ff. Se også *Hagstrøm*: Ansvarsgjennombruddet etter norsk rett, TfR 1993 s. 250 ff.

Et moderselskab etablerer en potentielt miljøfarlig virksomhed i et datterselskab med en – i forhold til M – temmelig beskeden kapital. Der indtræffer en stor ulykke. De tilskadekomne vil rejse et krav mod moderselskabet.

Af enkeltstående, stødende resultater bør man imidlertid ikke lade sig forlede til opstilling af en luftig norm, der kan legitimere snart sagt et hvilket som helst resultat.

Fortalerne for en gennembrudsnorm synes undertiden at overse, at acceptable resultater ikke sjældent kan nås med mere sædvanlige juridiske begrundelser, herunder regler om aktionærers ansvar.

Et moderselskab, der forleder en person til at indgå en kontrakt med et datterselskab i økonomisk krise, vil således efter omstændighederne være erstatningsansvarligt efter grundsætningen om *culpa in contrahendo*. Et moderselskab vil også kunne blive ansvarligt efter reglerne om adfærdsfuldmagt.

Det er måske heller ikke aldeles udelukket, at M i et konkret tilfælde kan pålægges ansvar for D's skadeforvoldelse i medfør af DL 3-19-2 eller efter reglerne om hæftelse for selvständigt virkende trediemænd. Hvor M antager D som sin kontraktshjælper, vil M i hvert fald svare for D's optræden.

Endelig vil en hæftelse for M undertiden kunne begrundes i stråmandssynspunkter.

Ofte vil der dog være anledning til at gøre D's ledelse ansvarlig, og såfremt der er repræsentanter for M heri (hvad næsten undtagelsesfrit vil være tilfældet), må DL 3-19-2 inddrages i overvejelserne.⁴⁵ Såfremt en eller flere af M's ansatte sidder i D's bestyrelse, repræsenterer de M, og deres culpa må efter omstændighederne kunne ramme dette selskab.⁴⁶

Et særligt problem kan være, at ledelsen blot er et redskab for ejeren, der helt bevidst holder sig ude af ledelsen for at undgå eventuelt ansvar. Den, der reelt kontrollerer et selskab, må imidlertid være ansvarlig på samme måde som en direktør eller et bestyrelsesmedlem – ligesom én, der reelt er arbejdsgiver for en anden, kan hæfte efter DL 3-19-2, uanset at der ikke er nogen arbejdskontrakt, f.eks. fordi man blot har lejet en maskine med fører.

Den, der reelt nyder godt af et selskabs indtjening, kan endog vælge ikke blot at holde sig ude af ledelsen, men også at stå uden for ejerkredsen – f.eks.

45 Det antages almindeligvis, at principalansvaret ikke omfatter *legale repræsentanter*, jfr. f.eks. von Eyben, Nørgaard og Vagner: Lærebog i erstatningsret, 2. udg. (1993) s. 130 med note 8. Som eksempler nævnes en likvidator, kurator eller værge. I disse tilfælde er det velbegrundet, at boet eller den umyndige ikke hæfter for deliktsskader forvoldt af de nævnte personer, der jo handler uden instrukser fra en hvervgiver. Hvis M's direktør sidder i D's bestyrelse, må det derimod formodes, at han handler i overensstemmelse med (underforståede) instrukser fra M's bestyrelse.

46 Det må være uden betydning, om de pågældende er tegningsberettigede for M eller ej.

ved at “indsætte” sin hustru som eneaktionær. Dette vil en grundsætning om hæftelsesgennembrud ikke hjælpe på – medmindre man også er rede til at statuere f.eks. “familieretligt hæftelsesgennembrud” oveni det selskabsretlige. Et tilfælde som det anførte må derfor afgøres efter reglerne om ledelsesansvar for den reelle leder, jfr. ovenfor.

Behovet for at kunne statuere hæftelsesgennembrud bør ikke overdramatiseres. Alting – retlige såvel som faktiske indretninger – kan nu engang misbruges. Formentlig ville dog ingen drømme om at pålægge bilfabrikanter ansvar for, at deres biler kan anvendes som mordvåben. Den sejr, som den juridiske person i løbet af århundrederne har tilkæmpet sig, må ikke vendes til nederlag ved at anerkende luftige normer, der kan legitimere snart sagt ethvert resultat. Ved konfrontationen med enkelte stødende resultater må man stedse erindre de kolossale fordele, anerkendelsen af den juridiske person indebærer, og at betydningen af at have faste og klare regler næppe kan overvurderes.

Fortalere for hæftelsesgennembrud henter ofte “inspiration” i amerikansk ret.⁴⁷ Rent bortset fra den tvivlsomme værdi heraf må det påpeges, at mange amerikanske domme, der for en umiddelbar betragtning synes at statuere gennembrud, i virkeligheden oftere vedrører spørgsmålet om *udpegelse af medkontra-henten*.⁴⁸ En ikke uvæsentlig forskel kan også ligge i, at der i nogle amerikanske stater ikke er fastsat nogen *lovbestemt mindstekapital* for selskaber. Det er ikke ganske uforståeligt, at domstolene her kan føle sig kaldede til at statuere gennembrud i visse tilfælde.⁴⁹ Endelig er reglerne om *agency* i anglo-amerikansk ret på afgørende punkter forskellige fra de fuldmagtsregler, vi kender i nordisk og kontinentaleuropæisk ret.

Statuering af hæftelsesgennembrud vil således formentlig ikke komme på tale i dansk ret. Skulle det alligevel ske, måtte det være i et ekstremt tilfælde, hvor ingen anerkendte ræsonnementer kan begrunde resultatet.

På denne baggrund er det klart, at en person, der kontraherer med et datterselskab, aldrig vil kunne gå ud fra, at moderselskabet efter en gennembrudsnorm hæfter for datterselskabets forpligtelser. Medkontra-henten må

47 Se om hæftelsesgennembrud – “piercing (or lifting) the corporate veil” – i amerikansk ret nærmere *Nis Jul Clausen: Finansiering via selskabsopsplitning* (1987) s. 33 ff., *Gorton i TFR* 1985 s. 198 ff. og *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 36 ff.

48 I dansk ret har dette spørgsmål hidtil kunnet formuleres som et spørgsmål om “personen eller selskabet”, jfr. f.eks. U 1974.129 H (NDs 1973.649) og U 1983.478 Ø. I USA er det ofte forekommet som et spørgsmål om, hvilket selskab i en koncern der er forpligtet. Et sådant tilfælde har også foreligget i svensk ret: NJA 1982.244 SvH (NDs 1982.127). Spørgsmålet er i dansk teori behandlet af *Nørgaard i Lynge Andersen, m.fl.* s. 53 ff., *Lynge Andersen og Nørgaard* s. 24, *Werlauff: Selskabsret* (1989) s. 288 ff. og *Torkil Rasmussen* i U 1993 B s. 38 ff.

49 I denne retning også *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 37.

sikre sig – eksempelvis ved en indeståelse fra moderselskabet. Kan han ikke få en indeståelse, vil han måske lade sig nøje med en støtteerklæring.

Såfremt man finder, at hæftelsesgennembrud *er* muligt, kan man rejse det spørgsmål, om gennembrud snarere kan ske, hvor der er udstedt en støtteerklæring (likviditetserklæring), end hvor dette ikke er tilfældet. Et bekræftende svar synes måske nærliggende.⁵⁰ Efter min opfattelse må svaret imidlertid være klart benægtende.

Se hertil afgørelsen NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460), hvor P havde lånt D store beløb mod en temmelig klart uforpligtende erklæring⁵¹ med fuld viden om alle de omstændigheder, som P senere påberåbte sig til støtte for hæftelsesgennembrud. Under disse omstændigheder må det fuldt ud tiltrædes, når Varberg Tingsrätt – med tilslutning fra den svenske højesteret – afviser hæftelsesgennembrud:

“Det förhållandet att [P] [...] underlåtit att kräva tillfredsställande säkerhet för lämnade krediter, bör ej [...] rimligen medföra att [P] kan få betalt för sin fordran på grund av reglerna om ansvarsgennembrott.”⁵²

Hvis hæftelsesgennembrud overhovedet kan komme på tale, vil det snarest være i en deliktssituation, hvor man jo ikke selv har valgt sin skyldner (skadevolderen). I en kontraktssituation vælger man – med mere eller mindre åbne øjne – selv sin medkontrahent. Følgelig må bebrejdelser i første række falde på én selv: *caveat creditor*. Er der afgivet en støtteerklæring, ligger det ovenikøbet helt fast, at man véd, *hvem* man har kontraheret med, og at afgiveren af støtteerklæringen ikke hæfter eller indestår, medmindre erklæringen indeholder et løfte herom.

På linie med det i teksten anførte er en tysk afgørelse, WM 1992.2088,⁵³ hvor det udtales, at der principielt ikke er grundlag for at antage, at M hæfter ud fra grundsætningen om *culpa in contrahendo* eller ud fra synspunkter om *Vertrauenshaftung*.

Se i øvrigt U 1987.784 H, hvor det var uklart, om et beløb, som af Egtofte Holding A/S var udbetalt “som et lån til SPI”, var et lån til et anpartsselskab eller til personen (A) bag dette.

Baggrunden for lånet var, at A hos vekselererfirmaet Strandgaard, Kier & Nannestad tidligere havde optaget et lån til køb af aktier B & W (hvori Jan Bonde Nielsen – ligesom i Egtofte Holding A/S – havde betydelige ejerinteres-

50 Således Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 197.

51 Erklæringen, som bar overskriften “letter of intent”, er gengivet nedenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

52 Se NJA 1992.375 (på s. 397).

53 Afgørelsen er omtalt af Gerth i WuB I F 1 c. 2.93.

ser). Forrentningen af dette lån blev stadig mere tyngende, og det nye lån blev straks indbetalt til vekslererfirmaet.

Anpartsselskabet havde ingen indtægter eller udgifter af betydning, men en gæld til A, der var eneste anpartshaver. Højesteret lagde til grund, at lånet reelt var ydet til A.

Såfremt der ved afgivelsen af støtteerklæringen foreligger nogle af de momenter, der traditionelt anføres til støtte for hæftelsesgennembrud, må det derimod nok antages, at en uforpligtende likviditetserklæring herved trækkes i retning af det – erstatningsretligt eller endog aftaleretligt – forpligtende. Jo større grund, der er for moderselskabet til at sige klart fra, desto større er kravet til, at dette faktisk sker.

At M kan blive *erstatningsretligt forpligtet* (ansvarlig som skadevolder) i tilfælde, hvor M's erklæring isoleret set er aftaleretligt uforpligtende, er ikke vanskeligt at godtage. Det er netop to forskellige spørgsmål, om M har afgivet et løfte, og om M har handlet ansvarspådragende.

Spørgsmålet om erstatningsansvar må afgøres i overensstemmelse med den almindelige culpapregel, således som den finder anvendelse ved kontraktsforhandlinger efter grundsætningen om *culpa in contrahendo*.⁵⁴ Det er givet, at M – i en situation, hvor D står svagt økonomisk – vil kunne pådrage sig erstatningspligt ved ikke at sige fra, men tværtimod fremkomme med en beroligende erklæring, som virker bestemmende på kreditgiveren.⁵⁵ I princippet kan erstatningsansvar pålægges, uanset hvor vag og ubestemt M's erklæring er.⁵⁶

At M kan blive *aftaleretligt forpligtet* (forpligtet som løftegiver) i tilfælde, hvor M's erklæring isoleret set er aftaleretligt uforpligtende, forekommer umiddelbart selvmodsigende, men er dog næppe utænkeligt: Forpligtelse er ikke kun et spørgsmål om *de anvendte ord*, men i høj grad også om *aftalesituationen*. Også indholdet af det aftaleretlige bestemthedskrav⁵⁷ afhænger af omstændighederne, og hvor den erklærende havde al mulig anledning til at sige klart fra, skal der sikkert mindre til end ellers, før han bliver aftaleretligt forpligtet, jfr. herved afgørelsen U 1974.129 H (NDs 1973.649), hvor spørgsmålet var, om et selskab eller personen bag det hæftede.

Det ligger dog i sagens natur, at antagelse af aftaleretlig bundethed på trods af erklæringens principielt uforpligtende indhold må have *undtagelsens karakter*.

54 Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 196, nævner muligheden for ledelsesansvar for de personer, der afgiver støtteerklæringer, som giver kreditgiveren en falsk tryghed. Det forekommer mere nærliggende, at et erstatningskrav – i hvert fald i første omgang – rettes mod M, jfr. ovenfor ved note 41.

55 Ordene "virker bestemmende" er vigtige: Det erstatningsretlige krav om årsagsforbindelse er ikke opfyldt, hvis P havde fuld viden (eller efter omstændighederne burde-viden) om forholdene, sml. den ovenfor nævnte NJA 1992.375 SvH.

56 Jfr. nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.2.1.

57 Jfr. nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1.

Indledning

ter. Som klart udgangspunkt må således erstatningsløsningen – som i de foreliggende tilfælde i øvrigt ofte vil føre til samme økonomiske resultat – foretrækkes, jfr. hertil også nedenfor i kapitel X, afsnit 1.

KAPITEL II

Støtteerklærings baggrund, formål og faktiske udbredelse

Dette kapitel indeholder i afsnit 1 en gennemgang af baggrunden for støtteerklæringernes anvendelse, nærmere bestemt et finansieringsbehov for et datterselskab i en koncern. I afsnit 2 undersøges, hvilke formål der ligger bag udfærdigelse af støtteerklæringer. Endelig gøres i afsnit 3 nogle bemærkninger om den faktiske udbredelse af sådanne erklæringer.

1. Baggrund: Koncernret og koncernfinansiering

Koncernretten har ført en ret upåagtet tilværelse i dansk selskabsret.¹ Forklaringen herpå er formentlig manglen dels på materielle regler, dels på erfaringsmateriale fra domstolene. På denne baggrund vil et par bemærkninger om koncernret og koncernfinansiering være på sin plads.

Den mest banale af de følgende bemærkninger er samtidig den vigtigste: “Koncernen” er ikke nogen juridisk person.² Følgelig kan koncernen som sådan ikke have retsevne, herunder optræde som berettiget eller forpligtet i h.t. aftaler. Ikke koncernen som sådan, men kun hvert enkelt selskab i koncernen, udgør en retlig enhed. Det, der binder koncernen sammen, er et i ejerforholdene begrundet interessefællesskab. Ofte driver koncernselskaberne hver sin virksomhed, men det forekommer også, at koncernen kun driver én “virksomhed”, som imidlertid er opdelt i en række datterselskaber. Hvert af disse varetager en funktion, eksempelvis produktion, salg, distribution og markedsføring samt finansiering. I sådanne koncerner er interessefællesskabet særlig tydeligt, idet selskaberne indgår i en organisk sammenhæng, hvor intet led kan undværes.

1 I *Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret*, 3. udg. (1991) s. 285 ff. og i *Werlauff: Selskabsret* (1989) s. 320 ff. gives der en oversigt over de for koncernforhold relevante regler. *Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 2. udg. (1992) indeholder (i modsætning til 1. udgaven) et kapitel om koncerner (s. 59 ff.).

2 I nærværende sammenhæng er en mere præcis koncerndefinition ikke nødvendig. I lovgivningen er koncernen defineret i ASL § 2 (ApSL § 2) og ÅRL § 1, nr. 8.

Et moderselskab hæfter ikke for et datterselskabs forpligtelser.³ Dette gælder, selv om M ejer og kontrollerer D fuldt ud, og selv om D's bestyrelse måtte være identisk med M's. Da M typisk er mere solidt end D, foretrækker kreditorer regelmæssigt at have M som medkontrahent i stedet for – eller sammen med – D. Selv om det er D, der har behov for et lån, kan det derfor komme på tale, at M optager lånet for derefter at videreudlåne det til D. Hyppigere forekommer det dog, at M indestår for, at D tilbagebetaler kreditten.

Grundlæggende kan ethvert selskab finansieres ved egen- eller fremmedkapital. Men er der tale om selskaber i en koncern, kan datterselskabets fremmedkapital – som det ses af det netop anførte – tilvejebringes af moderselskabet. Man kan da tale om "koncernintern" fremmedkapital. På samme måde kan egenkapitalen fremskaffes i eller uden for koncernen selv.

Et datterselskab, der har behov for yderligere kapital, kan følgelig finansieres på følgende måder:⁴

1. Finansiering med egne, indtjente midler
2. Finansiering med koncernintern egenkapital
3. Finansiering med koncernekstern egenkapital
4. Finansiering med koncernintern fremmedkapital
5. Finansiering med koncernekstern fremmedkapital.

Udgangspunktet i situationerne omtalt nedenfor er, at M ejer den samlede aktie- eller indskudskapital i D, der er domicileret i et andet land end M.

1.1. Finansiering med egne, indtjente midler

Et datterselskab kan være "selvfinansierende", således at dets egenkapital – bortset fra en startkapital svarende til den lovmæssige minimumskapital – udelukkende *tilvejebringes gennem indtjent overskud*.

Ved denne finansieringsform er M's økonomiske risiko begrænset. Beredvilligheden til at lade et D konsolidere sig gennem indtjent overskud er regelmæssigt meget stor. M's offer består i, at den i D indskudte kapital ikke forrentes, så længe D ikke udbetaler udbytte. Oveni i dette sikre tab (mistet indtægt) kommer M's risiko: Det oprindelige indskud af egenkapital kan gå tabt helt eller delvis – enten fordi D går fallit, eller fordi den udenlandske valuta devalueres.

Finansiering gennem indvundne overskud muliggør, at M bevarer den fulde indflydelse i D. Endvidere indebærer denne finansieringsform en rentebesparelse i forhold til kapitaltilvejebringelse ved låneoptagelse.

3 Medmindre moderselskabet særskilt har påtaget sig en sådan hæftelse, jfr. *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 63. Om muligheden for hæftelsesgennembrud henvises til bemærkningerne ovenfor i kapitel I, afsnit 3.5.

4 De følgende bemærkninger bygger navnlig på fremstillingen hos *Mosch* s. 14 ff. En oversigt over de her behandlede spørgsmål findes hos *Krogh & Ugglå*: Finansfunktionen (1985) s. 181 ff.

Ulempen er, at M's afkald på udbytte – og dermed på forrentning af den indskudte kapital – ofte vil være af lang varighed. Endvidere vil de midler, som D selv er i stand til at indtjene, almindeligvis være utilstrækkelige til at gennemføre investeringer i et fornuftigt tempo. De allerfleste virksomheder – og det gælder vel i særlig grad virksomheder i udlandet – vil i startfasen have store omkostninger og beskedne indtægter. *Break even*-punktet – hvor D kan begynde at konsolidere sig eller at betale udbytte – ligger derfor ofte så højt, at M's kapitalindskud må have en betragtelig størrelse.

1.2. Finansiering med koncernintern egenkapital

Til dækning af datterselskabets finansieringsbehov kan i stedet gennemføres en *kapitalforhøjelse, der fuldt ud tegnes af moderselskabet* (eller andre selskaber i koncernen).

Udvidelse af D's egenkapital er udtryk for en langsigtet finansiering. D behøver som udgangspunkt ikke at frygte en pludselig ændring i sit kapitalgrundlag. Omstændighederne kan dog påtvinge D en ændring heri, nemlig såfremt kapitalnedsættelse til dækning af underskud bliver nødvendig.

M bevarer ved denne finansieringsform en uændret indflydelse i D. Efter omstændighederne kan M gennem D's udbyttebetalinger opnå en god forrentning af den investerede kapital.

Disse fordele betaler M imidlertid også en pris for – nemlig det kapitalindskud, som det har måttet foretage. Den samme krone kan ikke gives ud to gange, og kapitalen kunne være tiltrængt til andre formål. M's kreditrisiko forøges ved hvert yderligere indskud i D og kan til sidst få den i datterselskabsetableringen liggende hæftelsesbegrænsning til at være af mere formel end reel natur. Hertil kommer ved investering i udenlandske datterselskaber de typiske udlandsrisici: devaluering (eller indskrænkning af konvertabiliteten) af den udenlandske valuta eller ekspropriation efter en politisk omvæltning.

Skattemæssigt vil denne ordning navnlig være ufordelagtig, såfremt D's indkomst beskattes i udlandet og udbyttebetalinger til M i hjemlandet. Dobbeltbeskatningsoverenskomster vil dog råde bod herpå.

1.3. Finansiering med koncernekstern egenkapital

Egenkapital i D kan "koncerneksternt" tilvejebringes ved, at *D's aktier bringes til notering på børsen*. For et datterselskab, der driver virksomhed i udlandet, er denne mulighed dog sjældent aktuel. I stedet kan det komme på tale at optage en investor i ejerskabet til D. Om et sådant ejerforhold anvendes ofte – navnlig såfremt den pågældende investor er hjemmehørende i domicillandet – betegnelsen *joint venture*.

Denne kapitaltilvejebringelse medfører ingen øget belastning eller risiko for M. Den udenlandske partner vil endvidere ofte kunne være til gavn for D. Dette gælder ikke blot forretnings- og markedsføringsmæssigt, men tillige ofte “politisk”, idet D derved kan opnå status af et nationalt foretagende i domicillandet.⁵

Ulempen er, at M’s indflydelse i D bliver formindsket. Ganske vist vil M oftest bevare i hvert fald simpel majoritet på D’s generalforsamling, men den udenlandske partner ønsker naturligvis indflydelse i forhold til sin investering. Den forretningsmæssige indstilling vil ikke sjældent være fundamentalt forskellig. Der tænkes her ikke så meget på mentalitetsforskelle som på, at M typisk vil være interesseret i konsolidering og ekspansion, den udenlandske partner derimod i et stort udbytte.⁶

1.4. Koncernintern fremmedfinansiering

Ved denne finansieringsform tilvejebringes den yderligere kapital ikke ved kapitalforhøjelse (yderligere indskud af egenkapital), men ved et *lån fra M* (eller et andet koncernselskab).

I forhold til finansiering med koncernintern egenkapital vil fordelene bl.a. være, at en indskrænkning af konvertabiliteten af valutaen i D’s domicilland ikke er helt så kritisk. Tilladelser til valutaudførsel opnås nemlig lettere til betaling af renter og afdrag end til betaling af udbytte.⁷

Skattemæssigt vil der være den fordel, at D kan fratrække renteudgifterne på lånet som driftsomkostninger.⁸ Devalueres valutaen i D’s domicilland, vil det i mange lande være således, at valutatabet på lånet – men derimod ikke på et egenkapitalindskud – kan fratrækkes af M i indkomstopgørelsen. I Danmark er fradrag som hovedregel udelukket i begge tilfælde, jfr. reglen i Kursgevinstbeskatningslovens § 6 B, stk. 1, hvorefter tab på fordringer på koncernforbundne selskaber – med de undtagelser, der følger af stk. 4 og 5 – ikke kan fradrages.

Ulempen består som ved indskud af egenkapital i, at der skal ofres kapital. Dette kapitalbehov kan M naturligvis dække ved refinansiering, dvs. ved selv at optage et tilsvarende lån hos trediemand. Men dette lån må forrentes og afdrages, uanset om D’s virksomhed går godt eller skidt. Særlig tung kan

5 Se nærmere *Krogh & Ugglå: Finansfunktionen* (1985) s. 183.

6 Jfr. *Mosch* s. 21 f.

7 Endvidere kan afvikling af lån gennemføres betydeligt hurtigere end tilbageføring af egenkapital, som i øvrigt kan rammes af restriktioner, jfr. *Krogh & Ugglå: Finansfunktionen* (1985) s. 181.

8 Se dog om “tyndt kapitaliserede” *datterselskaber* nærmere *Jan Pedersen i Engholm Jacobsen m.fl.: Skatteretten* 2 (1991) s. 103 ff., hvor muligheden for at anse (en del af) renterne for udbytte omtales. Et beslægtet – men andet – spørgsmål er adgangen til at korrigere “tyndt kapitaliserede” *moderselskabers* indkomstopgørelse, jfr. herom *Jan Pedersen* i op. cit. s. 113 f. og sambeskatningscirkulærets punkt 2.4.2.

byrden blive, såfremt M's gæld lyder på en "hård valuta", tilgodehavendet hos D derimod på en "svag valuta".⁹

1.5. Koncernekstern fremmedfinansiering

D kan også *optage kreditter i pengeinstitutter*. Også denne finansieringsform har såvel fordele som ulemper.

Fordelene overstiger dog i reglen ulemperne. For det første slipper M for selv at stille kapital til rådighed. For det andet er D gennem tilvejebringelsen af yderligere fremmedkapital ikke sjældent i stand til at forhøje forrentningen af egenkapitalen (nemlig hvor udlånsrenten er lavere end egenkapitalforrentningen). Dette benævnes ofte *leverage-effekten*.¹⁰

En meget væsentlig fordel opnås endvidere, såfremt D optager kreditten i domicillandets valuta. Risikoen for devaluering er da helt ude af billedet. Tilsvarende er risikoen for senere indskrænkning i eller ophævelse af valutaens konvertabilitet i så fald uaktuel.

Også i skattemæssig henseende vil et pengeinstitutlån ofte være at foretrække for et lån fra M. I ikke så få lande sidestilles lån fra M – i hvert fald, når de andrager en vis størrelse – med egenkapital, hvorved D's rentefradragsret bortfalder.¹¹

Endelig vil M regelmæssigt være interesseret i, at D finansielt hviler i sig selv. Herved undgår M at tære på sine egne økonomiske ressourcer.

Blandt ulemperne må først nævnes den selvfølgelig, at D belastes med afdrag og renter på lånet. Optages lånet i M's valuta, vil en devaluering af D's lokale valuta – hvori D's indtjening hovedsagelig sker – være særdeles ubehagelig. Gennem lokal låneoptagelse kan dette problem elimineres. Imidlertid vil udlånsrenten i D's domicilland ofte være meget høj.¹²

Oveni omkostningerne kommer den ulempe, at den lånte kapital kun står til rådighed i en vis periode eller endog kan opsiges uden varsel. Det ligger i sagens natur, at risikovilligheden er mindre, for så vidt angår fremmedkapital, end for så vidt angår egenkapital.

Som det fremgår af det anførte, overvælter M ved den her omtalte finansieringsform alle risici på pengeinstituttet. Risikoen for devaluering af valutaen spiller ganske vist ingen rolle for et pengeinstitut i D's domicilland (for-

9 Som anført af *Krogh & Ugglå: Finansfunktionen* (1985) s. 186, skal D's egenkapital være i den lokale valuta, hvorimod et lån fra D til M kan være i en anden valuta, f.eks. M's egen. Den overvæltning af devalueringensrisikoen, der tilsigtes ved at lade D's lån lyde på M's valuta, kan dog vise sig at være mere formel end reel, såfremt D – netop p.g.a. devalueringen – er ude af stand til at betale lånet tilbage som forudsat.

10 Jfr. *Mosch* s. 24.

11 Se om "tynd kapitalisering" af danske selskaber ovenfor i note 8.

12 *Mosch* s. 24, anfører, at renten i lande med stor kapitalknaphed kan andrage op til 20% p.a. Dette tal synes at være sat for lavt. – Undertiden er normale lån reelt uopnåelige, og da kan *swap*-lån komme på tale, jfr. nærmere *Krogh & Ugglå: Finansfunktionen* (1985) s. 187.

udsat lånet er ydet i domicillandets valuta). Men det gør den almindelige, kommercielle risiko. P vil derfor i reglen kræve, at M indestår for D.

En indeståelse vil M kun nødtigt give: Ud over at den endelige risiko herigennem atter vil blive væltet tilbage på M, medfører en indeståelse også – derved at den skal fremgå af M's regnskab – at M's egne kreditmuligheder indskrænkes.

Valget mellem indeståelse eller ej er i sagens natur et enten-eller. Imidlertid har man i praksis ikke villet eller kunnet affinde sig hermed. Man har derfor udviklet (bl.a.) støtteerklæringen¹³ som "kompromis".

2. Formål

Ovenfor er der omtalt en række fordele og ulemper – set fra M's synspunkt – ved forskellige måder at finansiere D på. Hermed er den realøkonomiske baggrund for M's beslutninger beskrevet, omend det er sket i en meget forsimplet form. Det skal nu behandles, hvilke formål anvendelsen af støtteerklæringer kan have.¹⁴

2.1. Likviditetserklæringens "kompromiskarakter"

Som anført ovenfor i afsnit 1.5 *in fine* kan likviditetserklæringen ses som et forsøg på at komme uden om det enten-eller, som et pengeinstitut og et moderselskab stilles overfor, når M ønsker, at D får en blancokredit, og P kun vil indrømme D en kredit mod indeståelse fra M.

Når P finder alternativet ubehageligt, er forklaringen naturligvis, at P ønsker at gøre forretninger med M og den tilknyttede koncern og nødtigt – gennem en fastholdelse af kravet om en indeståelse – vil "opfordre" M til at henvende sig til et andet pengeinstitut.

M ønsker på sin side, at D opnår lånet, og er ikke særlig interesseret i langvarige forhandlinger med et nyt pengeinstitut, såfremt man kan tale sig til rette med det, man har.

Likviditetserklæringens¹⁵ *raison d'être* er at tjene som "kompromisløsning", således at valget (enten-eller) undgås. Det skal dog allerede her nævnes, at en likviditetserklæring på den ene side kan formuleres således, at den uden enhver tvivl forpligter M til at dække P's tab på D, og på den anden side således, at den ikke pålægger M nogensomhelst retlig forpligtelse.

13 Det gælder navnlig likviditetserklæringen. Andre typer støtteerklæringer vil en kreditgiver sjældent tillægge nogen reel vægt, og hvis han alligevel godtager en sådan, er det ikke udtryk for kompromis, men for kapitulation.

14 Se hertil også *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 340 f.

15 Og dermed hele støtteerklæringens: En støtteerklæring uden likviditetserklæring kan som nævnt ikke tjene som "kompromis" – og har meget begrænset udbredelse.

Når P og M enes om en likviditetserklæring som kompromis, vil erklæringen næsten aldrig være klart forpligtende eller uforpligtende. Ønskede parterne klarhed, kunne P jo kræve en klar indeståelse fra M, eller M kunne afholde sig fra enhver udtalelse om at ville støtte D.

Det kan derfor siges at ligge i støtteerklæringens – navnlig likviditetserklæringens – natur, at den er uklar. Den ligger næsten altid i en grå zone, hvor ingen med fuldstændig sikkerhed kan sige, om den er forpligtende eller ej.

Under forhandlingerne med M vil P naturligvis arbejde for, at likviditetserklæringen bliver så “stærk”¹⁶ som mulig, dvs. kommer til at ligge så tæt op ad en egentlig indeståelse som muligt.¹⁷ M vil derimod søge at opnå, at likviditetserklæringen bliver så “svag”¹⁸ som mulig, dvs. kommer til at bestå af løse, uforpligtende udtalelser om fremtidige hensigter.¹⁹ De øvrige udsagn i en støtteerklæring er i denne forbindelse uden større interesse.

Typisk er både pengeinstitutter og moderselskaber sig fuldt bevidst, at formuleringen af likviditetserklæringen er en kamp mellem to uforenelige mål: forpligtelse og ikke-forpligtelse. Det ses ofte, at der bliver sendt adskillige udkast frem og tilbage, og at der forhandles intenst om enkelte ord og vendinger²⁰ i erklæringen.

Allerede her skal det bemærkes, at der er en vis skævhed i udgangspositionen: En forpligtende likviditetserklæring savner i og for sig mening og har ingen eksistensberettigelse.²¹ Hvis M nemlig er villig til at afgive en egentlig indeståelse, så er denne mulighed til stede, og begge parter kan derved opnå en retsstilling, som de er på det rene med. En uforpligtende likviditetserklæring er ikke på samme måde meningsløs. Det forekommer regelmæssigt, at der udarbejdes et *letter of intent*, selv om begge parter er helt klar over, at det ikke indeholder forpligtende udsagn. Et sådant *letter* virker gennem det skrevne ords immanente “magiske kraft”. Det er en erfaringssætning, at skriftlige udsagn om intentioner har betydeligt større *faktisk gennemslagskraft* end mundtlige.²²

16 *Godsk Pedersen* s. 110 f. taler om “hårde” støtteerklæringer, jfr. tysk “harte Patronatserklärungen”. Her foretrækkes ordet “stærk”, der forekommer noget mere mundret på dansk.

17 Retligt set kan en støtteerklæring ikke siges at svare til en indeståelse (kaution eller garanti), jfr. ovenfor i kapitel I, afsnit 3.3 og nedenfor i kapitel VI.

18 Dette ord foretrækkes fremfor ordet “blød”, sml. note 16 ovenfor.

19 Altså af “hensigtserklæringer” i juridisk forstand, dvs. rent “moraliske løfter”, jfr. hertil ovenfor i kapitel I, afsnit 3.1.

20 Hvor man ved standardaftaler taler om “the battle of forms” kunne man her tale om “the battle of words”.

21 Det gælder derimod ikke fuldt ud for støtteerklæringens øvrige dele, skønt de ikke er særligt interessante for en kreditgiver, jfr. ovenfor.

22 Dette er ikke blot en kendsgerning inden for formueretten. Se f.eks. om folkeretlige hensigtserklæringer, *E. Lauterpacht* i FS Mann (1977) s. 381 ff. Stadig større områder i den offentlige ret reguleres af i mere eller mindre uforbindende tilsagn og “aftaler”. Fra EU-retten kan henvises til de “comfort letters” som kommissionen udsteder i konkurrenceretlige sager, jfr. hertil *Kokivedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 2. udg. (1994) s. 81.

P kan altså være interesseret i en likviditetserklæring (støtteerklæring), selv om denne retligt er helt uforpligtende for M. Et “moralsk løfte” kan have værdi, fordi P forventer, at M vil (være indstillet på at) betale et vist beløb for at bevare et godt forhold til P og for at undgå retssag og dårlig omtale med heraf følgende prestige- og renommétab.

Man kan måske nok undre sig over, hvilken moral der skulle tilsige, at et moderselskab skal betale et beløb, som det ikke er forpligtet til, jfr. *Røsæg* s. 304.

Der er dog ingen tvivl om, at moralen i forretningslivet kan afvige fra retten – vel oftest således, at retten stiller de strengeste krav, men undertiden også omvendt.²³ Det kan forekomme, at fremsættelse af visse – juridisk fuldt ud holdbare – formelle indvendinger, f.eks. om manglende reklamation eller forældelse, opfattes som stridende imod god tone.²⁴

På samme måde kan M's nægtelse af at vedstå en hensigtserklæring under henvisning til, at den ikke er retligt bindende, blive opfattet som formel – og umoralsk. Dette vil M typisk få at mærke på den måde, at *i hvert fald* P ikke længere vil have noget forretningsmæssigt at gøre med M. Hvis M kun er et mindre foretagende, og hvis P kun er et pengeinstitut, kan M måske leve med dette. Men hvis M f.eks. er et større foretagende, som søger at oparbejde en eksport til østlande eller udviklingslande, og hvis P er Investeringsfonden for østlandene eller Industrialiseringsfonden for Udviklingslandene, kan følgerne blive nok så alvorlige for M.

Hvis opfattelsen af, at M har handlet forretningsmæssigt umoralsk, er tilstrækkelig almindelig, kan *ikke blot P, men hele den etablerede forretningsverden* tænkes at reagere negativt over for M. Det kendteste eksempel herpå er følgende sag:²⁵ Instituto per le Opere di Religione i Vatikanet havde afgivet nedenstående erklæring over for Banco Ambrosiano i Lima, Peru:

“Gentlemen:

This is to confirm that we directly or indirectly control the following entries [*sic*]:

[Manic SA Luxembourg and seven other corporations]

We also confirm our awareness of their indebtedness towards yourself as of June 10, 1981 as per attached statement of account.”

Ifølge den vedhæftede oversigt androg gælden til Banco Ambrosiano \$ 907 millioner. I midten af 1984 indvilgede Vatikanets bank – efter langvarige forhandlinger – i at betale \$ 250 millioner til et konsortium af långivere, som havde tabt

23 Et skisma mellem god forretningsskik og den retlige regulering må i almindelighed søges undgået, jfr. herved *Gomard*: Letters of intent (1984) s. 309.

24 Et kuriøst eksempel er U 1947.676 Ø, hvor en advokat frifandtes for et erstatningskrav begrundet i, at han havde undladt at fremsætte forskellige formalitetsindsigelser i henhold til Lejeloven. Undladelsen var ifølge retten “fuldt begrundet”, da advokaten havde anset fremsættelse af formalitetsindsigelserne for stridende mod god sagførerskik.

25 Det følgende referat bygger på fremstillingen hos *Sacasas og Wiesner* i *Banking Law Journal* 1987 s. 313 ff., hvorfra også det nedenstående citat er hentet.

store beløb på udlån til de i erklæringen nævnte foretagender. Denne “frivillige” betaling må givetvis ses på baggrund af omverdenens negative reaktion over for Vatikanets bank.

Sagen er kort omtalt af *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 498 med note 35. Se også *Klaus Schmid-Burgk: Bankenaufsicht und Auslandstöchter* (1989) s. 25 f., hvor sagen dog fremstilles på den måde, at erklæringen skulle være afgivet af *Banco Ambrosiano* og have haft *Ambrosiano*-moderselskabets sammenbrud til følge.

Måske kan det “moralske løfte” navnlig også have værdi for den medarbejder i P, der har bevilget kreditten til D. Den gør det muligt at vise, at man søgte at opnå en indeståelse, og det vil også kunne have en vis vægt, at man kan sige, at man “regnede med”, at M ville stå ved sit ord. Undertiden kan kreditmedarbejderen ligefrem “vaske sine hænder” ved at lade P’s juridiske afdeling sige god for støtteerklæringen. I det her omtalte interne forhold ligger sikkert en vis del af forklaringen på anvendelsen af støtteerklæringer.

2.2. Nogle bemærkninger om omgåelse

Anvendelse af en støtteerklæring kan også være motiveret af et ønske om at undgå forskellige retsvirkninger, som gælder for andre erklæringer, f.eks. kautionserklæringer. Undertiden taler man i sådanne tilfælde om, at der foreligger en *omgåelseshensigt*.

Polack karakteriserer i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 20 “[...] systemet med støtteerklæringer som et mummespil uden loyal baggrund [...]” under henvisning til, at formålet er “at undgå en bemærkning i regnskabet eller omgå forpligtelse til ikke at kautionere”.

Karakteristikken forekommer at være træffende, uanset om formålet er uklarhed i almindelighed (jfr. ovenfor i afsnit 2.1.) eller omgåelse af bestemte retsvirkninger i særdeleshed (jfr. afsnit 2.3-2.5 nedenfor).

Efter sammenhængen forekommer det, at *Polack* med betegnelsen “mummespil” alene giver udtryk for en *moralsk* dom. Spørgsmålet er imidlertid, om man ikke også i et vist omfang kan eller bør drage *retlige* konklusioner af “mummespillet”.²⁶

Stiller man et retligt spørgsmål ud fra et *omgåelsessynspunkt*, har man næsten besvaret spørgsmålet i og med, at man har stillet det. Kvalifikationen af en handle måde som omgåelse indebærer *per se*, at handle måden må bedømmes, som den “i virkeligheden” er. En argumentation, der bygger på omgåelsesbe-

²⁶ Se nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.3.5, hvoraf i øvrigt kan ses, at en anerkendelse af “mummespillet” betydning ikke er ensbetydende med en anerkendelse af omgåelsesbetragtninger.

tragtninger, rummer derfor en særlig fare for, at beskrivelse og vurdering ikke holdes ude fra hinanden.²⁷

Kritisk over for termen omgåelse er også *Røsæg* s. 79 f. Se endvidere *Feilberg Jørgensen*: Omgåelse af retsregler (1969), der konkluderer, at omgåelsessynspunkter i reglen er uden værdi, og at spørgsmål må løses ved fortolkning. Om omgåelse i skatteretten kan særlig henvises til *Koch-Nielsen* i U 1971 B s. 103 ff. og *Jan Pedersen*: Skatteudnyttelse (1989), navnlig s. 261 ff.

Spørgsmålet om omgåelse synes ofte blot at være retorisk eller demagogisk. Skal spørgsmålet have mening, må det være, fordi svaret er, at en persons *hensigt* kan være bestemmende for den retlige bedømmelse, uanset hvilken form handlingen er iklædt. Hvor der er behov for faste og klare regler – som f.eks. på det skattemæssige område – bør man dog sikkert være varsom med at lade *subjektive forestillinger*, herunder hensigter, være afgørende. Den tidligere beskatning af “spekulationsgevinster” ved salg af fast ejendom illustrerer på udmærket vis vanskelighederne ved at arbejde med sådanne kriterier. Hermed være ikke sagt, at hensigten er uden enhver retlig betydning. Se henvisningerne til litteratur og praksis nedenfor i kapitel III (note 135).

I nærværende afhandling vil der ikke blive anstillet særlige omgåelsesbetragtninger. Bedømmelsen af forskellige støtteerklæringer i forhold til f.eks. lovbestemmelser baseres på fortolkning af de pågældende bestemmelser, i hvilken forbindelse bestemmelsernes *formål* selvsagt spiller en rolle.

I samme retning *Carsten Smith III* s. 70, hvor vægten lægges på en “tolkning af den enkelte forbuds- eller omstøtelsesregel”. Som det anføres op. cit. s. 69, må f.eks. en regel som Myndighedslovens § 48 fortolkes vidt.

NRt. 1931.1247 NoH, som nævnes af *Carsten Smith* l.c., bør i denne forbindelse kort omtales: Efter dagældende norsk ret måtte en hustru ikke kautionere for sin mands gæld. I sagen havde imidlertid begge ægtefæller skrevet under på et såkaldt vekselobligationslån. Hustruen frifandtes for forpligtelsen, da lånet alene fandtes at være ydet til manden.

2.3. Undgåelse af regnskabsnote

Ovenfor i afsnit 1 er der redegjort for, at M sædvanligvis ønsker at begrænse sin risiko m.h.t. D mest muligt. Det er derfor klart, at afgivelse af en indeståelse over for långiver for M må fremstå som næsten lige så ubehagelig som selv at skyde kapital i D.

I en række tilfælde beror M’s uvilje mod at indestå dog ikke på, at man er

²⁷ En fuldstændig adskillelse af beskrivelse og vurdering er lige så lidt som fuldstændig objektivitet mulig, jfr. herved *Stig Jørgensen*: Ret og samfund (1970) s. 103 ff. Men det forhindrer ikke, at adskillelsen opstilles som ideal.

uvillig til at tage risikoen for D's sammenbrud. M kan have foretaget så betydelige markedsundersøgelser, have gennemført en sådan produktudvikling og have sikret sig en så kompetent ledelse i D, at man er næsten sikker på succes. Uviljen kan i stedet være begrundet i, at M ikke ønsker at forringe sine egne kreditmuligheder ved at afgive en indeståelse. I mere populære vendinger vil M's ledelse over for P afvise at lade M indestå under henvisning til, at en note om kaution for D "ikke vil se pæn ud i regnskabet". Det forekommer, at M's ledelse tilføjer, at P i øvrigt kan være sikker på at få sine penge, idet M "af princip" ikke lader sine datterselskaber gå konkurs.

Sådanne argumenter kan være vanskelige at imødegå fra P's side. Ved at insistere på at få en egentlig indeståelse giver P reelt udtryk for, at man ikke stoler på forsikringerne fra M's ledelse. Navnlig hvor M har en høj økonomisk *standing* og har en velanskrevet og respektabel ledelse, vil P undertiden lade sig nøje med en støtteerklæring af tvivlsom retlig rækkevidde.

Når P kan leve med en uklar erklæring, hænger det selvsagt også sammen med, at *støtteerklæringen kun har betydning for det tilfælde, at D bryder økonomisk sammen*. Et pengeinstitut vil ikke risikere at gå glip af 1.000 lukrative forretninger ved stedse at insistere på en indeståelse, hvis det i disse tilfælde kan få en støtteerklæring, som – i de 10 tilfælde, hvor det "går galt" – giver en vis chance for enten at få M dømt til at betale erstatning eller i hvert fald lægge et pres på M.

Som anført skyldes M's modvilje mod at indestå for D undertiden først og fremmest, at M ikke vil have en note herom i sit regnskab. Det er da ganske nærliggende, at M vil søge at udforme "indeståelsen" således, at den ikke skal noteføres. P ønsker en bindende indeståelse, men er i øvrigt uinteressert i, om denne noteføres eller ej. Som det nærmere skal udvikles nedenfor i kapitel IV, er problemet for M (og P) imidlertid, at spørgsmålet om noteførsel er "spejlbilledet" af spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger noget, der svarer til en indeståelse, eller ej: Påfører erklæringen M samme byrde som en indeståelse, skal den noteføres i medfør af ÅRL § 46, stk. 3. Indeholder erklæringen derimod blot uforbindende hensigtserklæringer, skal den ikke noteføres.

2.4. Undgåelse af skatter og afgifter

Ovenfor i kapitel I, afsnit 2 er det nævnt, at støtteerklæringens opkomst i Tyskland i midten af 1960'erne skyldtes ønsket om at undgå kapitaltilførselsafgift i medfør af KVStG § 3, stk. 2. Skønt denne bestemmelse nu er ophævet, ses det i tysk litteratur fortsat anført, at *skattemæssige grunde* kan tale for at anvende støtteerklæringer fremfor f.eks. kaution.²⁸ Der henvises til bestemmelsen i den tyske udlandsskattelov (AStG) § 1, stk. 1, der har følgende ordlyd (min oversættelse):

28 Således *Mosch* s. 6.

“Formindskes en skattepligtigs indkomster fra forretningsforbindelser med en ham nærtstående person derved, at han inden for rammerne af disse forretningsforbindelser til udlandet har aftalt betingelser, som afviger fra dem, som uafhængige trediemænd under samme eller lignende forhold ville have aftalt, så skal hans indkomster uanset andre forskrifter ansættes således, som de ville være fremkommet under de mellem uafhængige trediemænd aftalte betingelser.”

Vederlagsfri kaution fra et moderselskab for dets datterselskab antages efter tysk ret at falde ind under den citerede bestemmelses anvendelsesområde.²⁹ Skattemyndighederne kan derfor korrigere M's indkomstoppgørelse, således at den skattepligtige indkomst forhøjes med et beløb svarende til den almindelige provision for en sådan kautionsforpligtelse.

Det anføres i tysk teori, at en korrektion af M's indkomstoppgørelse næppe vil kunne ske, såfremt M ikke har kautioneret, men blot afgivet en støtteerklæring.³⁰ For støtteerklæringer er der ikke – som for kautioner – en markedspris, som kan danne baggrund for den ændrede indkomstansættelse.

I Danmark kan korrektioner af indkomstoppgørelsen fra selskaber, der kontrolleres af et udenlandsk selskab, ske med hjemmel i Selskabsskatte-lovens § 12, som giver tydeligt udtryk for det skatteretlige *arm's length*-princip. Bestemmelsen giver derimod ikke hjemmel for korrigerende indgreb i indkomstoppgørelserne fra indenlandske selskaber, der har datterselskaber i udlandet. Disse tilfælde er omhandlet i Statsskattedirektoratets revisionsmeddelelse nr. 3 (“Udlandstransaktioner”) af 20. juni 1980.³¹

I dansk ret vil der næppe blive foretaget en korrektion af moderselskabets opgørelse af den skattepligtige indkomst i tilfælde, hvor M har kautioneret for et datterselskab uden at få vederlag herfor.³² Hvor M har udfærdiget en støtteerklæring, er der i hvert fald intet grundlag for en korrektion, uanset om D ved hjælp af støtteerklæringen har kunnet opnå en billigere kredit, end det ellers ville have kunnet.

På baggrund af det anførte synes det rimeligt at antage, at skattemæssige overvejelser ikke spiller nogen rolle for brugen af støtteerklæringer her i landet.

Undertiden nævnes *undgåelse af stempelpligt* som motiv for at anvende en støtteerklæring i stedet for kaution.³³ Ifølge Stempelovens § 57, stk. 1 andrager stempelafgiften 3‰ af det kautionssikrede beløb. Stempelpligt antages

29 Jfr. *Mosch* l.c.

30 Jfr. *Mosch* l.c.

31 Se kritisk hertil *Mazanti-Andersen* i RR 1981 s. 8 ff.

32 Anderledes f.eks. ved rentefrie lån, jfr. ØLD af 11. juni 1985 (Skd.medd. nr. 76, s. 801) og VLD af 15. april 1986, jfr. ligningsvejledningen, selskaber, afsnit SE 3.

33 Se *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 341, *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 20, *Godsk Pedersen* s. 105 med note 2 og *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 70 med note 28.

imidlertid at kunne undgås ved anvendelse af telex, jfr. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9. Ønsket om at undgå stempelpligt spiller derfor næppe nogen rolle i praksis.

Af Stempelovens § 57, stk. 5 følger i øvrigt, at stempelafgiften nedsættes med den afgift, der er betalt for oprettelse af det dokument, hvorved den forpligtelse blev stiftet, for hvilken der kautioneres. I tilfælde, hvor P kræver kaution fra M til sikkerhed for en kassekredit til D, vil der følgelig ikke skulle betales noget stempel af kautionsdokumentet.

På samme måde som ved noteførsel må det gælde, at pligten til at svare stempel "i virkeligheden" kun undgås, såfremt støtteerklæringen blot er en uforpligtende hensigtserklæring, men ikke såfremt den reelt kan sidestilles med en kaution.³⁴

2.5. Andre motiver

2.5.1. Valutarestriktioner³⁵

Motivet for anvendelse af støtteerklæringer kan være, at M er hjemmehørende i et land med skrappe regler angående udførsel af valuta. I sådanne lande vil kautioner og garantier over for udlændinge i reglen kun være gyldige og virksomme, såfremt der ved udfærdigelsen er bevilget en tilladelse til valutatransfer. Hvor en sådan tilladelse ikke forventes at kunne opnås, vil P måske lade sig nøje med en støtteerklæring. Dette er imidlertid rent hasardspil fra P's side: Medmindre de valutariske begrænsninger senere ophæves, vil P nemlig ikke kunne opnå tilladelse til valutatransfer ved støtteerklæringens aktualisering. Reelt har P altså blot udskudt problemet. Kun hvis P kan overdrage sin fordring i henhold til støtteerklæringen til en person, der er domicileret sammesteds som M, vil P få mulighed for at opnå en vis dækning. Som anført vil imidlertid kautioner og garantier, for hvilke der ikke på forhånd er søgt tilladelse til valutatransfer, regelmæssigt være ugyldige eller uvirksomme efter domicillandets lov. Såfremt begge lande har inkorporeret *Bretton Woods*-aftalen, kan ugyldigheden ikke forhindres gennem en lovvalgsklausul, som fastslår, at loven i P's land finder anvendelse, jfr. *Bretton Woods*-aftalens artikel VIII, stk. 2.³⁶

34 Således også *Godsk Pedersen* s. 105 med note 2 og *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 70 med note 28. Anderledes *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9, der lægger vægt på, at M ikke kautionerer, men kun – over for P – påtager sig en pligt til at forsyne D med kapital.

35 Valutarestriktioner som motiv for anvendelse af støtteerklæringer behandles indgående af *Røsæg* s. 425 ff.

36 Se om *Bretton Woods*-aftalen nærmere *Røsæg* s. 425 ff.

Fra fransk retspraksis foreligger en dom af 10. januar 1985 afsagt af Cour de Montpellier:³⁷

Et spansk moderselskab havde over for selskabet SDR, et statsselskab til fremme af egnsudvikling, afgivet en støtteerklæring (*lettre d'intention*) vedrørende selskabets franske datterselskab, TV. Erklæringen havde følgende ordlyd (min oversættelse):³⁸

“Selskabet SDR har stillet en langfristet kredit, baseret på obligationslån, til rådighed for selskabet TV. I vor egenskab af majoritetsaktionær i selskabet TV bekræfter vi hermed vor hensigt om at stå vort datterselskab bi, understøtte dette ved kapitalbehov og for det tilfælde, at dette skulle være nødvendigt, at stille os i selskabets sted for at opfylde alle forpligtelser, som selskabet måtte have over for Dem; vi vil til stadighed være opmærksom på at overvåge selskabets totale solvens.

Vi bekræfter vor hensigt om uden ugrundet ophold at iværksætte de nødvendige skridt for at opnå en valutatransfer-tilladelse.”

Efter at der var åbnet forhandling om tvangsakkord for selskabet TV, anlagde selskabet SDR ved en fransk domstol sag mod moderselskabet med påstand om tilbagebetaling af den ydede kredit. SDR fik medhold heri, idet retten fandt, at erklæringen begrundede en resultatforpligtelse³⁹ for det spanske moderselskab. Retten fremhævede i den forbindelse D's afhængighed af M. Det tillagdes ingen vægt, at de spanske valutabestemmelser ikke var iagttaget. Dette synes ikke foreneligt med artikel VIII, stk. 2 i *Bretton Woods*-aftalen.⁴⁰

2.5.2. Tunge beslutningsprocedurer og manglende kompetence

Anvendelsen af støtteerklæringer kan endvidere være båret af et ønske om at undgå tyngende eller omstændelige godkendelsesprocedurer i M, f.eks. hvis det i selskabets vedtægter er foreskrevet, at påtagelse af kautionsforpligtelser fordrer generalforsamlingsbeslutning.⁴¹

Et selskab forpligtes ved retshandler foretaget af personer, som i kraft af tegningsret eller stillingsfuldmagt er legitimeret hertil. Tegningsretten har især interesse for så vidt angår bestyrelsesmedlemmer, stillingsfuldmagten for så vidt angår direktører.⁴² Den eneste indskrænkning, der kan gøres i tegningsretten, er en vedtægtsbestemmelse om kollektiv signatur, jfr. ASL § 60, stk. 3. Går en tegningsberettiget uden for selskabets formål, og kan selskabet

37 Jfr. *Jean-Louis Rives-Lange* i *Banque* 1985 s. 305 f.

38 Oversættelsen er foretaget fra *Gerth* i *RIW* 1986 s. 13.

39 I fransk ret sondres mellem resultatforpligtelser (*obligations de resultat*) og “bestræbelsesforpligtelser” (*obligations de moyens*), sml. *Knut Rodhe*: *Obligationsrätt* (1956) s. 20 ff. og nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.1.4.

40 Jfr. *Gerth* i *RIW* 1986 s. 14 ved note 11. Se også *Rimond Jørgensen* i *Fagskrift for Bankvæsen* 1978 s. 174.

41 Jfr. herved *Godsk Pedersen* i *RR* nr. 5/1990 s. 57.

42 Jfr. *Lynge Andersen* i *U* 1990 B s. 364.

godtgøre, at trediemand vidste det, eller at det ikke kunne være ham ubekendt, er selskabet ikke forpligtet, jfr. ASL § 61, stk. 1, nr. 2.

I Frankrig kan et aktieselskab ikke påtage sig kautionsforpligtelser uden forelæggelse for forvaltningsrådet (bestyrelsen), jfr. art. 98, stk. 4 i lov af 24. juli 1966. Det har været meget usikkert, i hvilket omfang samme krav gælder for afgivelse af støtteerklæringer,⁴³ jfr. f.eks. domme fra Tribunal de Commerce Paris af 27. oktober 1981⁴⁴ og 16. juni 1986.⁴⁵

Ifølge *Friedrich Niggemann og Philippe Gramling* i RIW 1993 s. 1034 skulle det nu ligge fast i retspraksis, at en støtteerklæring, som indeholder en *obligation de résultat*, falder ind under art. 98, stk. 4.⁴⁶ Det er derimod fortsat usikkert, hvad der gælder for en støtteerklæring, som kun indeholder en *obligation de moyen*.⁴⁷

Det forekommer, at der meddeles direktionen eller ledende medarbejdere en intern instruks om f.eks. kautionspåtagelse. En sådan kan f.eks. gå ud på, at kaution for indtil 50.000 kr. kan påtages af prokurister, for indtil 250.000 kr. af direktionen og for større beløb kun efter bestyrelsens forudgående godkendelse.

En sådan intern instruks begrænser kun medarbejdernes *bemyndigelse* – ikke deres *legitimation*. Den kan følgelig ikke gøres gældende over for en godtroende trediemand, jfr. Aftl. § 10, stk. 2 om stillingsfuldmagt.

Sondringen mellem kaution og likviditetserklæring bliver for så vidt uden interesse i *det eksterne forhold*. Kan en ansat ikke forpligte selskabet ved en kautionserklæring, kan han selvsagt heller ikke forpligte selskabet ved en støtteerklæring, såfremt denne indebærer en nogenlunde tilsvarende forpligtelse.

For tysk ret kan henvises til *Gerth* s. 379 ff., *Hoffmann* s. 34, *Mosch* s. 7, *Rippert* s. 5, s. 28 og s. 142 ff. samt *Seiler* s. 12, s. 121, s. 123 og s. 131 med note 1.

43 Se f.eks. nærmere *Jacques Terray* i *Banque* 1980 s. 329 og s. 338, *samme* i *International Financial Law Review*, okt. 1982 s. 37 og *Lucien-M. Martin* i *Banque* 1981 s. 1452 og s. 1455.

44 I denne sag fandtes erklæringen principielt omfattet af forelæggelsespligten i art. 98, stk. 4, men konkret antoges, at en tidligere bestyrelsesbeslutning indeholdt tilstrækkelig bemyndigelse til direktionen. Dommen er omtalt af *Jacques Terray* i *International Financial Law Review*, okt. 1982 s. 37 og af *Gerth* i *RIW* 1982 s. 479 f.

45 I denne sag ses spørgsmålet om forelæggelsespligt i henhold til art. 98, stk. 4 ikke at være bragt på bane. Dommen er omtalt af *Charles-Henri Gallet* i *Revue de jurisprudence commerciale* 1987 s. 53 ff. og af *Françoise Durquet og Gerhard Turek* i *RIW* 1987 s. 474 f.

46 *Friedrich Niggemann og Philippe Gramling* henviser i.c. til en afgørelse fra Cour de Cassation offentliggjort i *JCP* 1992 Ed. E II nr. 345 s. 230 med en kommentar af *Grellière*.

47 Se om sondringen mellem resultatforpligtelser (*obligations de résultat*) og bestræbelsesforpligtelser (*obligations de moyens*) nærmere nedenfor i kapitel III, afsnit 1.1.4 og kapitel XI, afsnit 4.3.4.

Omvendt må en ansat som udgangspunkt kunne forpligte selskabet ved en støtteerklæring i alle tilfælde, hvor han i kraft af sin stillingsfuldmagt kan forpligte det ved en kautionserklæring. Afgivelse af en likviditetserklæring kan næppe *i sig selv* betegnes som så usædvanlig, at den falder dog uden for stillingsfuldmagten.

I *det interne forhold* bliver sondringen mellem kaution og likviditetserklæring derimod interessant. Overtræder en ansat en intern instruks, vil han i reglen have misligholdt sin ansættelseskontrakt. Det kan derfor også i disse tilfælde blive af stor betydning, om likviditetserklæringen er bindende eller ej.⁴⁸

Inden for det offentligretlige område spiller kompetencespørgsmål en endnu større rolle end i civilretten. Kompetencen til at forpligte et offentligt organ ved en kautionserklæring ligger i reglen på et højt plan, og for de underordnede vil afgivelse af en støtteerklæring kunne være et fristende alternativ. Et sådant tilfælde har foreligget i svensk retspraksis, jfr. NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460):

Et svensk aktieselskab, Himle Turist AB, opnåede hos Svenska Handelsbanken flere kreditter, som i juli 1985 androg et samlet beløb på ca. SEK 12.000.000. Den 1. marts 1985 havde den ordførende i Varbergs kommunalforsamling og en kommunal kontorchef over for banken afgivet en erklæring, som bar overskriften "letter of intent". De centrale passager i erklæringen havde følgende ordlyd:

"Vi har blivit informerade om att Ni beviljat Himle Turist AB och Leklandet Varberg AB krediter i form av lån för investeringsändamål 10-15 miljoner kronor jämte erforderlig rörelsekredit och har tagit del av kreditvillkoren.

Vi bekräftar härmed kommunens avsikt att genom stiftelsen Sol & Bad eller annat kommunalt organ vara och forbli majoritetsägare av Himle Turist AB under kreditens löptid. Sistnämnda bolag er även moderbolag för Leklandet.

Vi uttalar vidare att det är vår långsiktiga policy att Himle Turist skall drivas på sådant sätt att det kan fullfölja sina åtagande mot Er."

Som det fremgår af erklæringen, var Varberg kommune kun indirekte aktionær i Himle Turist, nemlig gennem stiftelsen Sol & Bad, som var stiftet af kommunen i 1982. Stiftelsens formål var at drive turist- og kurstedsvirksomhed.

Den 4. oktober 1985 gik Himle Turist konkurs. Svenska Handelsbanken anlagde sag mod kommunen med påstand om betaling af det beløb, som banken havde til gode hos Himle Turist. Til støtte herfor gjorde banken gældende, for det første at kommunen hæftede i henhold til den afgivne erklæring, og for det andet at kommunen måtte hæfte, fordi kommunen culpøst havde tilsidesat sin pligt til at overvåge Himle Turist, eller fordi der kunne statueres hæftelsesgennembrud.

⁴⁸ Udstedelse af en støtteerklæring, som viser sig at være uforpligtende, men som var "på kanten", kan dog naturligvis også være en misligholdelse.

Varbergs Tingsrätt udtalte, at erklæringen efter sin ordlyd ikke pålagde kommunen en retlig forpligtelse til at betale Himle Turists skyld til banken. Erklæringen kunne heller ikke udlægges således, at kommunen på anden måde havde påtaget sig at indestå for Himle Turists opfyldelse af sine forpligtelser. Anbringerne om culpøs adfærd og hæftelsesgennembrud vandt heller ikke gehør.

Hovrätten för Västra Sverige kom til samme resultat, men med en anden begrundelse: De to underskrivere af erklæringen var ifølge kommunalforfattningen ikke beføjede til at afgive kautionserklæringer.⁴⁹ Selv om en kautionslignende erklæring "betecknas som något annat än borgen" må samme begrænsning "självklart" gælde. Det antoges, at man i banken måtte have indset dette,⁵⁰ og allerede af denne grund kunne banken ikke – uanset hvilket resultat der ville følge af en fortolkning – støtte noget krav på erklæringen. En hæftelse for kommunen kunne heller ikke begrundes i passivitet eller i synspunktet hæftelsesgennembrud.⁵¹

Högsta Domstolen kom også til samme resultat, men med en helt tredje begrundelse, som vistnok kan siges at være en syntese af begrundelserne i 1. og 2. instans. Det fastsloges, at erklæringen havde et sådant indhold, at den – ligesom en kautionserklæring – "[...] skulle ha fordrats stöd i ett beslut av kommunens fullmäktige för att kommunen skulle bli bundet [...]"⁵² Det hedder i dommen videre:

"Det är ostridigt att något sådant beslut av kommunfullmäktige inte har fattats, och banken har inte ens påstått att den haft anledning att räkna med att något beslut av dette slag skulle föreligga."⁵³

Den svenske højesteret begrundede således resultatet med en *fortolkning af erklæringen i lyset af hele aftalesituationen*. Banken måtte antages at være på det rene med, at erklæringen ikke var udfærdiget eller tiltrådt af "kommunfullmäktige", og herefter kunne banken ikke have anset erklæringen for retligt forpligtende.

Efter min opfattelse burde der *først og fremmest* have været henvist til *ordlyden*: Det forekommer oplagt, at kommunens tilkendegivelse af sin "långsigtiga policy" ikke er noget løfte – ganske særlig når udsagnet end ikke går på, at kommunen skal forsyne D med kapital, men blot på hvorledes D "skall drivas". For fuldstændighedens skyld kunne man *dernæst* henviser til, at sagens øvrige omstændighederne ikke talte imod – men tværtimod støttede – denne forståelse.

Det ses, at (kun) hovrätten helt undgik at tage stilling til, om en erklæring med den pågældende ordlyd *principielt* kunne begrunde et krav mod kom-

49 Efter svensk ret er kun kommuneuldmægtige beføjede hertil.

50 Afgørelsen er overbegrundet på dette punkt: Handler en fuldmægtig uden for fuldmagten, er trediemands gode eller onde tro som bekendt uden betydning. Et parallelt eksempel findes i U 1959.275 H (NDs 1959.82), jfr. hertil Stig Jørgensen i J 1968 s. 427 f. og Nørgaard i J 1971 s. 153 med note 7.

51 Se om kommunale hensigts- og støtteerklæringer nærmere Curt Riberdahl i Advokaten (Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund) 1986 s. 161 ff.

52 Se NJA 1992.375, på s. 402.

53 Se NJA 1992.375, på s. 402.

munen.⁵⁴ Såfremt banken – under påberåbelse af princippet i Aftl. § 25 – til-
lige havde sagsøgt de to underskrivere af erklæringen havde en stillingtagen
hertil været nødvendig.⁵⁵

Vedrørende ansvar for “fuldmægtige” i offentligt regi kan henvises til en
anden svensk afgørelse, NJA 1956.217 SvH.⁵⁶

Et landbrugsnævn administrerede bl.a. statslige garantier for betaling af leve-
rancer til landmænd. En embedsmand ved nævnet forsikrede uden noget forbe-
hold et grovvarerfirma om, at nævnet ville indestå for betaling af en bestemt leve-
rance. Nævnet havde tidligere givet en garanti til firmaet for en leverance til
samme landmand. Nævnet nægtede at vedstå tilsagnet, og embedsmanden blev
personligt sagsøgt til betaling af SEK 2.155 som omfattet af garantien. Den
svenske højesteret dømte énstemmigt embedsmanden. Flertallet tog ikke stil-
ling til, om der forelå en fejlagtig embedshandling (öförstånd i ämbetet), og be-
grundede domfældelsen med princippet i Aftl. § 25. Mindretallet fandt, at det
var en fejl, at der ikke var taget noget forbehold.

Som anført af *Henning Skovgaard*: Offentlige myndigheders erstatningsansvar
(1983) s. 194, virker begrundelsen noget ejendommelig i betragtning af, at det af
referatet fremgår, at embedsmanden handlede i forståelse med sin chef.

Ved at henvise til *princippet* i Aftl. § 25 gør retten det klart, at den ikke har
bragt bestemmelsen i anvendelse uden omtanke. Det er dog omtvistet, i hvilket
omfang princippet i Aftl. § 25 kan finde anvendelse inden for den offentlige ret.⁵⁷

2.5.3. Negativerklæring (*negative pledge*)⁵⁸

En yderligere grund til, at en støtteerklæring anvendes i stedet for kaution,
kan være, at M over for en kreditgiver har forpligtet sig til ikke at stille sik-

54 Den svenske højesteret udtaler sig heller ikke om fortolkningsspørgsmålet på det *principielle*
plan, men tager dog *konkret* stilling hertil.

55 Efter den svenske højesterets begrundelse måtte resultatet blive frifindelse: Banken måtte
forstå, at erklæringen ikke kunne være (ment som) bindende. Det ville end ikke være nød-
vendigt at henvise til princippet i Aftl. § 25, stk. 2, 1. pkt. (ond tro).

56 Se også U 1982.412 H og fra norsk retspraksis RG 1950.731 og NIR 1992.410, omtalt af *Stue-
vold Lassen*: Kontraktsrettslig representasjon, 2. udg. (1992) s. 37 henholdsvis s. 39. Se ende-
lig også NRt. 1992.1642 NoH (NDs 1992.807) om en kommunal garantierklæring.

57 *Skovgaard* op. cit. s. 194 finder det “ikke særlig heldigt at benytte princippet i aftalelovens §
25, som næppe kan betragtes som et generelt anvendeligt retsprincip i forbindelse med kom-
petencemangler inden for myndighedsansvar”. På linie hermed *J.F. Bernt*: Avtaler med stat
og kommune (1981) s. 246, men anderledes *Stokholm* i J 1992 s. 293, som vedrørende kom-
munalfuldmagten antager, at “følgen af [...] overskridelse må fastlægges efter synspunkter,
som minder om principperne i aftalelovens § 25”.

58 Aftalebaserede forbud mod afgivelse af garantier som motiv for udfærdigelse af støtteer-
klæringer behandles af *Røsæg* s. 457 ff. – Om negativerklæringer kan generelt henvises til *By-
lund*: Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal, FS Rodhe (1976) s. 113 ff. og *Helmut Mer-
kel*: Die Negativklausel (1985).

kerhed over for trediemand, dvs. afgivet en såkaldt negativerklæring (*negative pledge*).⁵⁹

Såfremt den i støtteerklæringen indeholdte likviditetserklæring indeholder en "kautionslignende" forpligtelse,⁶⁰ må M pådrage sig erstatningsansvar for misligholdelse af den afgivne negativerklæring. Misligholdelsen medfører imidlertid kun tab for negativerklæringens modtager, såfremt M går konkurs, og i dette tilfælde har et erstatningskrav mod M beskeden interesse: Herigennem kan negativerklæringens modtager nemlig ikke opnå at blive stillet, som om garantiforbudet var blevet respekteret.

Det interessante spørgsmål bliver herefter, om modtageren af likviditetserklæringen (kreditgiver) må respektere, at den ret, negativerklæringens modtager er blevet tilsagt, går forud for et krav i h.t. likviditetserklæringen.⁶¹ Det må antages, at kreditgiver *på den ene side* ikke skal respektere en negativerklæring, som han ikke kendte til,⁶² men at han *på den anden side* må respektere en negativerklæring, som han vidste besked om.⁶³ I "mellemtilfældene", hvor det ikke kan anses godtgjort, at kreditgiver kendte negativerklæringen, men hvor han dog burde have kendt den, må han formentlig også respektere den.⁶⁴

Se om garantiforbud også *Carsten Smith III* s. 166 f.:

"Forutsetningen for at et [intercessjonsforbud] skal ha virkning over for tredjemann, må iallfall være at han *kjente* til avtalen. Selv hvor tredje-mann har en slik kunnskap, vil det imidlertid være *tvilsomt* om et garanti-løfte i strid med forbudet blir ugyldig" (udh. her).

Drøftelsen hos *Carsten Smith III* l.c. tager imidlertid sit udgangspunkt i intercessionsforbud i interessentskabsaftaler, hvor der forekommer forbud mod ga-

59 Jfr. også *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 20 og *Godsk Pedersen* s. 105 med note 2.

60 Kun hvis likviditetserklæringen er forpligtende, opstår der en konflikt mellem denne og negativerklæringen.

61 Da tilsagnet i en negativerklæring ikke er en tinglig ret, er der med andre ord tale om et spørgsmål om obligatoriske kravts retsværn, jfr. herom nærmere *Arnholm III* s. 332 ff., *Augdahl*: Norsk obligasjonsrett (1978) s. 407 ff. og *Ussing*: Almindelig del (1967) s. 439 ff., navnlig s. 447.

62 Således også *Røsæg* s. 468.

63 Således også *Røsæg* s. 464 ff. Det forekommer ikke ganske træffende, når *Røsæg* primært argumenterer ud fra kreditgivers retsstridige *medvirken* til overtrædelsen af garantiforbudet. Afgørende er, at man i almindelighed skal respektere en ret, man kender til, selv om denne ret ikke er – eller ikke kan – omsætningsbeskyttes gennem foretagelse af en sikringsakt. Sml. f.eks. utinglyste rettigheder over fast ejendom. Argumentet om den retsstridige *medvirken* kan let føre til den – utilsigtede – modsætningssslutning, at "burde-viden" om retten ikke er tilstrækkelig til at lade den slå igennem over for trediemand.

64 Se også *Ussing* s. 229 f.: "En Aftale, der begrænser en Parts Raadighed over bestemte Formuegenstande, maa i Almindelighed medføre, at Trediemand, der er i ond tro, ikke ved Kontrakt kan erhverve Ret i Strid med Aftalen." *Arnholm III* s. 336 ff. antager samme regel, i hvert fald hvis trediemands uagtsomhed er grov. – De her omtalte negativerklæringer angår vel ikke aftaler om råden over bestemte formuegoder, men minder dog noget om sådanne aftaler.

rantistillelse uden medinteressenternes samtykke. Efter min mening er dette et noget andet spørgsmål, nemlig om rækkevidden af en interessents *signatur*. Herpå må man anlægge *selskabsretlige* og til dels *fuldmagtsretlige* synspunkter, jfr. hertil ovenfor i afsnit 2.5.2.

Hvor en likviditetserklæring må vige for en negativerklæring – således at likviditetserklæringen ikke kan påberåbes i forhold til negativerklæringens modtager – forekommer det ikke træffende at tale om ugyldighed, cfr. *Røsæg* s. 457 ff.⁶⁵ Tværtimod må det fastholdes, at M over for kreditgiver har påtaget sig en gyldig forpligtelse ved likviditetserklæringen. Denne forpligtelse kan kreditgiver gøre gældende i M's bo – medmindre netop negativerklæringens modtager forhindrer ham i det.

Konflikten mellem negativerklæringens modtager (A) og likviditetserklæringens modtager (B) må løses således, at B's ret kun skal vige for A's ret i det omfang, A's ret tilsiger dette.

Et eksempel: Afgiveren af negativerklæringen og likviditetserklæringen går konkurs. A har en fordring på 1.000.000 kr. B har – støttet på likviditetserklæringen – en fordring på 500.000 kr., men må respektere negativerklæringen, som han var bekendt med på forhånd. Bomassen andrager 250.000 kr., de anmeldte fordringer – inkl. A og B's – 2.500.000 kr. Dividenden i boet andrager således 10%, men ville uden B's krav have andraget 12,5%. Løsningen må være, at A skal stilles, som om B's krav ikke eksisterede, dvs. som om dividenden var på 12,5% i stedet for 10%. M's øvrige kreditorer skal derimod ikke tjene på, at likviditetserklæringen strider mod negativerklæringen.⁶⁶ Slutresultatet må i eksemplet blive, at A får 125.000 kr. og B 25.000 kr.

Som anført drøfter *Røsæg* konflikten mellem en negativerklæring og en likviditetserklæring ved hjælp af en ugyldighedsterminologi. Der angives ikke nogen ugyldighedsgrund, men formentlig er det DL 5-1-2, *Røsæg* har i tanker (jfr. ordet "retsstridig").

Der kan dog vistnok ikke forekomme tilfælde, hvor en aftale er ugyldig, blot fordi den strider mod en anden aftale.⁶⁷ Ugyldighedsreglen i DL 5-1-2 angår loven og ærbarheden og er dermed en "trinhøjere norm".⁶⁸ To aftaler står derimod på samme normtrin.⁶⁹ En aftale mellem A og C er ikke ugyldig, blot

65 Selv om *Røsæg* anvender ugyldighedsterminologien, er han dog på det rene med, at "ugyldighedsvirkningen" blot er, at modtageren af likviditetserklæringen må vige for modtageren af negativerklæringen, jfr. *Røsæg* s. 472.

66 Sml. U 1964.253 H (NDs 1964.55) om en tilbagetrædelseserklæring.

67 Jfr. nærmere i småtrykket nedenfor.

68 Hvilket bl.a. ses af, at ingen af parterne kan disponere over denne ugyldighedsgrund, der principielt skal påses *ex officio*.

69 Det er således oplagt, at A og B kan ændre deres aftale ved en ny aftale, ligesom en lov kan ændres ved en ny lov. En ældre aftale har således ikke prioritet fremfor en nyere.

fordi den strider mod en ældre aftale mellem A og B. Dette gælder, selv om C er ond tro om aftalen mellem A og B. For det første er ugyldighed slet ikke påkrævet, da hensynet til B varetages tilstrækkeligt ved at lade B få prioritet forud for C. For det andet kan det være, at C kun er i uagtsom ond tro, mens A (selvsagt) har positiv viden om aftalen med B. Ugyldighed ville i så fald afskære C fra at kræve opfyldelsesinteresse af A.

Det principielle spørgsmål, om en aftale kan være ugyldig, fordi den strider mod en anden aftale, besvares bekræftende af *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 299. De eksempler, som anføres l.c., viser dog vistnok ikke noget herom: En arbejdsgivers forpligtelse "til at respektere en kollektiv overenskomst", indebærer ikke, at modstridende individualaftaler er ugyldige. Såfremt lønnen er for lav, kan en organiseret arbejdstager kræve differencen op til overenskomstniveau, men dette må anses som en trediemandsaftalevirkning. En virksomheds standardklausul om, at særaftaler med virksomhedens repræsentanter, hvorved virksomhedens standardvilkår fraviges, er uden retsvirkning, indebærer heller ikke "ugyldighed" af de modstående særaftaler. Der er tale om en indskrænkning i repræsentantens fuldmagt, og det kan f.eks. ikke være udelukket, at trediemand kan have et erstatningskrav mod repræsentanten i medfør af Aftl. § 25.

Et eksempel på, at en aftale kan kræves tilsidesat som ugyldig, blot fordi den strider mod en anden aftale, eksisterer mig bekendt ikke.⁷⁰

Tættest på kommer vel følgende eksempel: Et rengøringsfirma med monopolstilling indgår med samtlige kunder en aftale om, at disse ingensinde må ansætte personer til at gøre rent, som tidligere har haft beskæftigelse hos rengøringsfirmaet. I aftalen har kunderne forpligtet sig til at betale en større bod i tilfælde af overtrædelse.

Det er klart, at rengøringsassistenterne har en interesse i at få tilsidesat aftalen som ugyldig – eventuelt under påberåbelse af, at den strider mod deres egne ansættelsesaftaler med rengøringsfirmaet. Heri ville rengøringsassistenterne utvivlsomt få medhold: Aftalen indskrænker på urimelig måde deres adgang til erhverv – uanset at boden kun påhviler den kunde, som senere måtte ansætte en af de pågældende rengøringsassistenter.

Tilsidesættelsen af aftalen vil imidlertid – dybest set – ikke være begrundet i, at den strider mod aftalen mellem rengøringsfirmaet og -assistenterne. Afgørende er, at den strider mod Aftl. § 38 og DL 5-1-2, dvs. trindhøjere normer.⁷¹

70 Den ugyldighedsvirkning, der nedenfor i kapitel IV, afsnit 4, hævdes at gælde i visse ekstreme tilfælde, er ikke noget eksempel på ugyldighed p.g.a. modstrid med en anden aftale.

71 Eventuelt kunne ugyldighed følge af Aftl. §§ 33 eller 36, der ikke efter ordlyden udelukker ugyldighed af hensyn til trediemand.

3. Faktisk udbredelse

Det er særdeles vanskeligt at skønne over udbredelsen af støtteerklæringer. Ud fra antallet af retsafgørelser kan i hvert fald ikke slutes, at støtteerklæringer reelt ikke anvendes i praksis her til lands. Gennem henvendelser til kreditinstitutter har jeg fået det indtryk, at brugen af støtteerklæringer ikke blot har undtagelsens karakter. Alle større pengeinstitutter kender støtteerklæringer og har modtaget dem som "sikkerhed".

Hvad angår brugen af støtteerklæringer i Tyskland, har *Helmut Köhler* i WM 1978 s. 1338 ff. gengivet resultaterne af en spørgerunde hos "førende kreditinstitutter". Større institutter var ude af stand til at give mere præcise oplysninger om, hvor ofte de modtog støtteerklæringer. Svarene var bl.a. "hyppigt", "relativt hyppigt" eller "hyppigere, end vi synes om".⁷² De øvrige institutter kunne give mere eksakte oplysninger. Antallet af modtagne støtteerklæringer inden for de sidste 5 år varierede fra 5 til 52. Selv mindre pengeinstitutter (Stadtsparkassen, Volksbanken, Raiffeisenbanken) angav at have modtaget mellem 5 og 10 støtteerklæringer.⁷³ Gennemsnitligt androg de "sikrede" kreditter flere millioner DEM.⁷⁴

Ifølge *Köhler* er der en tendens til, at man går bort fra at bruge støtteerklæringer. Baggrunden skulle være, at den tyske pendant til FSR *Institut der Wirtschaftsprüfer (IdW)* i 1976 har offentliggjort retningslinier⁷⁵ for den regnskabsmæssige behandling, som har resulteret i, at forpligtende støtteerklæringer i modsætning til tidligere næsten altid bliver noteført. *Köhler* fastslår dog, at der ikke er grund til at antage, at støtteerklæringen vil gå "af mode".⁷⁶ Så længe konkurrenceforholdene i kreditsektoren tvinger institutterne til at gøre indrømmelser vedrørende spørgsmålet om sikkerheder, vil støtteerklæringen blive anvendt.⁷⁷

⁷² Jfr. *Köhler* i WM 1978 s. 1339.

⁷³ Jfr. *Köhler* l.c.

⁷⁴ Jfr. *Köhler* l.c.

⁷⁵ Se WPg 1976 s. 528 ff.

⁷⁶ Jfr. *Köhler* i WM 1978 s. 1339.

⁷⁷ Jfr. *Köhler* i WM 1978 s. 1349.

KAPITEL III

Kriterier for bedømmelse og systematisering af støtteerklæringer

Det vil i dette kapitel blive undersøgt, hvilke retlige kriterier der er relevante for bedømmelsen af støtteerklæringer, og om disse kriterier kan danne grundlag for en hensigtsmæssig systematik.

Også andre end retlige kriterier kan være relevante. I det afsluttende afsnit undergives nogle hidtidige systematiseringsforsøg en kritisk behandling, og det angives, hvilke kriterier der er og vil blive anlagt i nærværende afhandling.

1. Retlige kriterier

1.1. Løfter og “løfteforpligtende” adfærd

Løftet udgør en særlig retlig kategori af udsagn, som er kendetegnet ved, at det retligt binder løftegiveren til at præstere det, han har lovet, eller til at stille løftemodtageren økonomisk, som om det lovede var præsteret (hvis løftet er gyldigt¹). Med retsordenens hjælp kan løftemodtager således enten opnå en faktisk gennemtvungelse af det, løftet går ud på (naturalopfyldelse),² eller dom for et pengebeløb svarende til “værdien af løftet”, dvs. et beløb, der stiller løftemodtageren økonomisk, som om løftet var blevet opfyldt efter sit indhold (erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse).³

Nogle udsagn, som i daglig tale betegnes løfter, er ikke løfter i retlig forstand. Lover A f.eks. at invitere B på en middag på byens bedste restaurant, er dette ikke et løfte, der kan gennemtvunges med retsmidler. Et sådant “løfte” har heller ikke i øvrigt indflydelse på retsstillingen mellem A og B og er følgelig helt uden retsvirkninger.

- 1 Løftet er ikke som begreb defineret ved sin gyldighedsvirkning. Det giver god mening at tale om “ugyldige løfter”, bl.a. fordi de fleste ugyldighedsindsigelser kan fortabes, og løftet dermed blive gyldigt (virksomt).
- 2 Retten til at kræve naturalopfyldelse er ikke ubetinget. Se nærmere *Stig Jørgensen* i U 1962 B s. 165 ff. (jfr. *Afhandlinger*, s. 7 ff.), *Lyngsø* i TfR 1971 s. 473 ff., *samme*: Afbestillingsret (1971) og *Gomard II* s. 43. Se eventuelt også *Lena Olsen* i SvJT 1987 s. 515 ff.
- 3 Ved et ugyldigt løfte ifalder løftegiver derimod i det højeste ansvar for en godtroende løftemodtagers negative kontraktsinteresse, dvs. for det tab, løftemodtager har lidt ved at stole på løftet (navnlig forgæves afholdte omkostninger), jfr. *Ussing*: Almindelig del (1967) s. 154.

Ikke alle udsagn har således løftevirkning.⁴ For at et udsagn skal have denne virkning – og dermed være et løfte i retlig forstand – må visse betingelser være opfyldt.

Fremfor at spørge, om et udsagn *er* et løfte, foretrækker Røsæg s. 135 ff. at spørge, om et udsagn skal *tillægges* løftevirkning. Denne terminologi har både fordele og ulemper i forhold til den gængse. På den ene side gør den det klart, at det må afgøres ud fra hele aftalesituationen og baggrundsretten, om et udsagn er et løfte. På den anden side rummer den en fare for, at afgørelsen bliver lovlig “fritsvævende” – det må fastholdes, at ordlyd og aftalesituation sætter en grænse for, hvad der kan være et løfte.

1.1.1. Løftebetingelserne

Løftebetingelserne kan formuleres således:⁵

- 1) Den erklærende skal *ved udsagnet give udtryk for en beslutning om at forpligte sig*⁶, dvs. pålægge sig selv en byrde,⁷
- 2) Udsagnets indhold skal være *tilstrækkelig bestemt*,⁸ således at det kan fastslås, hvad der loves, og under hvilke nærmere betingelser ydelse loves, og
- 3) Udsagnet skal have *et sådant indhold, at der er grund til at lade det få retsvirkning* som løfte.⁹

Spørgsmålet anskues på en utraditionel måde hos Røsæg, der først undersøger, om der foreligger et løfte (s. 131 ff.) og dernæst om ubestemthed (m.v.) kan medføre løftets ugyldighed (s. 477 ff.). Efter min opfattelse er denne anskuelsesmåde lidet hensigtsmæssig, og den vanskeliggør tilegnelsen af Røsægs værk. Navnlig forekommer det noget uklart, hvilken reel betydning den af Røsæg opstillede formodningsregel har, når man sammenholder den med de forskellige “ugyldighedsregler”.

4 Med “løftevirkning” menes den *abstrakte* forpligtelse til at opfylde *in natura* eller erstatte den positive opfyldelsesinteresse. Konkret kan et udsagn godt være et løfte, selv om det ikke har (fuld) løftevirkning, f.eks. fordi det er ugyldigt, fordi det kan tilbagekaldes efter reglen i Aftl. § 39, 2. pkt., eller fordi det ikke kan kræves opfyldt *in natura*.

5 Fremstillingen her bygger på den traditionelle opfattelse, jfr. Ussing s. 31 ff. – Denne opfattelse kan i vidt omfang føres helt tilbage til *Grotius*’ almindelige kontraktslære, jfr. nærmere Stig Jørgensen i Tfr 1967 s. 461.

6 Jfr. Ussing s. 32 ff.

7 Ussing opstiller kravene om byrde, beslutning og tilkendegivelse som selvstændige punkter. Der er dog en nøje sammenhæng: Er der ingen *tilkendegivelse*, er beslutningen “ensom” og altså intet løfte. Er der ingen *beslutning om at forpligte sig*, er tilkendegivelsen ikke et løfte, men måske en oplysning eller en hensigtserklæring. I ingen af disse tilfælde har afgiveren påtaget sig en byrde.

8 Jfr. Ussing s. 33 f.

9 Jfr. Ussing s. 37 f.

Den første betingelse indebærer især et krav om, at udsagnet er tilstrækkelig *endeligt* til, at man kan lade det få retsvirkning. Et udsagn, som A fremkommer med over for B, kan være en blot meddelelse (oplysning) fra A til B – og altså ikke nødvendigvis et løfte.¹⁰ Et løst udsagn om intentioner og hensigter er heller ikke et løfte.¹¹ Hvis løftegiveren forbeholder sig en helt fri adgang til at fragå eller tilbagekalde sit udsagn (*volo, si volam*), foreligger der heller ikke noget løfte.¹²

Den anden betingelse indeholder et krav til udsagnets *bestemthed*. Det må kunne fastslås, hvad der er lovet, og under hvilke betingelser det lovede skal ydes. Kravet om bestemthed er opfyldt, hvis ydelsen efter aftalen skal fastsættes af trediemand eller løftemodtageren.¹³ Såfremt det er løftegiver, der skal foretage den nærmere fastsættelse ifølge løftet, er forholdet mere problematisk. Der skal i så fald være visse rammer,¹⁴ således at løftegivers fastsættelse ikke kan ske helt vilkårligt.¹⁵

I bestemthedsbetingelsen ligger kun, at udsagnet må have et vist mindstemål af indhold. Dette mindstemål benævnes *essentialia negotii*.¹⁶ Det er ikke det samme overalt, men varierer med aftalens (løftets) art: I almindelighed kan man sige, at jo mere byrdefuldt det vil være for den erklærende, om hans udsagn anses for et løfte, desto større krav må der stilles til bestemtheden af udsagnet.

At bestemthedskravet er varierende, er lige så indlysende, som at beviskravet til en aftale generelt er varierende, jfr. hertil bl.a. *W.E. v. Eyben*: Bevis (1986) s. 63 ff. og *Palle Bo Madsen* i U 1987 B s. 256 f. og *samme* i *Lynge Andersen m.fl.* s. 401.

Ikke engang for særlige aftaletyper – f.eks. en købeaftale – kan det præcist opregnes, hvilke minimumskrav der må stilles. I tysk ret anses prisen for et *essentiale negotii* i sådanne tilfælde,¹⁷ men det gælder med sikkerhed ikke i nor-

10 Se nærmere om oplysninger – herunder om forskelle i forhold til løfter – nedenfor i afsnit 1.2.

11 Se nærmere om hensigtserklæringer nedenfor i afsnit 1.3.

12 Jfr. *Ussing* s. 32 f. og *Gomard*: Letters of intent (1984) s. 271 med note 37.

13 Jfr. *Ussing* s. 34. I tysk ret er der fastsat formodningsregler for sådanne tilfælde, jfr. nærmere BGB §§ 315-19.

14 Se om løfter, hvis indhold delvis beror på løftegivers egen bestemmelse, *Troels G. Jørgensen* i TtR 1925 s. 85 ff.

15 Jfr. *Ussing* l.c. – Det ses, at der er en intim sammenhæng med de ovenfor omtalte betingelser (tilkendegivelse – beslutning – byrde).

16 Jfr. *Ussing* s. 434 ved og med note 65. Det hævdes undertiden – således vistnok i tysk teori – at det skal være klart, hvilken aftaletype parterne har haft i tankerne. Et krav herom ses ikke at kunne opstilles, jfr. *Grönfors*: Avtalsgrundande rättsfakta (1993) s. 36.

17 Jfr. nærmere *Medicus*: Allgemeiner Teil des BGB, 5. udg. (1992) s. 162 (Rdnr. 431) med henvisning til BGB § 433. Det dér anførte skal dog sammenholdes med s. 164 (Rdnr. 438), hvoraf fremgår, at *selve prisen* ikke nødvendigvis skal være aftalt, idet det er tilstrækkeligt, at der er aftalt *noget om prisen* (f.eks. fastsættelse af en af parterne i h.t. BGB §§ 315-17). Det er muligt, at den *praktiske* forskel på dansk og tysk ret herefter ikke er så stor – det afhænger jo af, hvor tilbøjelige tyske domstole er til at fingere en aftale om, at prisen skal fastsættes af sælger – men *principielt* er udgangspunkterne nok så forskellige.

disk ret, jfr. Kbl. §§ 5 og 72. Er der ikke truffet aftale om prisen, kan dette dog tyde på, at endelig aftale ikke er indgået.¹⁸ Der kan ikke være tvivl om, at kravene til aftalens klarhed og bestemthed *på andre punkter* vokser, når der ikke er aftalt nogen pris.¹⁹ Kravene til en aftales *essentialia* bør således ikke opfattes som punkter på en liste, men må lignedes ved en kerne, hvor manglen på et element undertiden kan opvejes af tilstedeværelsen af et eller flere andre.

Ikke sjældent vedrører en aftale kun hovedydelsen, således at parterne slet ikke har taget højde for, hvad der skal gælde, hvis hovedydelsen – af den ene eller anden grund – ikke bliver erlagt. Strengt taget kunne man hævde, at der ikke var “lovat” noget for dette tilfælde. Dette ville dog være en alt for snæver opfattelse af, hvad der ligger i parternes aftale. Ved aftalen får parterne en række sidevirkninger med i købet, de såkaldte *naturalia negotii*. Det er omsonst at spørge, om disse retsvirkninger følger af parternes aftale eller af generelle retsregler. Begge faktorer er nødvendige.²⁰ Aftalen er en nødvendig betingelse for sidevirkningerne,²¹ men den er ikke tilstrækkelig til at forklare, at de gælder.²²

Navnlig eksistensen af deklatoriske retsregler og almindelige retsgrundsatninger, herunder om fortolkning og udfyldning af løfter, medfører således, at kravene til udsagnets indhold ikke sjældent er ret beskedne.

Se f.eks. U 1989.53 H: 2 entreprenører, A og B, havde aftalt at afgive et fælles licitationsbud. Budet, der blev afgivet i A's navn og med angivelse af, at de 2 entreprenører skulle være “ligeværdige parter”, dog at A skulle være “sponsor”, var det laveste og blev antaget. A afbrød forhandlingerne med B og indgik aftale med tredjemand. Der fandtes at foreligge *en aftale om, at A og B i fælles-*

18 Kbl. §§ 5 og 72 er ikke legale formodningsregler for, at aftale er indgået, men *forudsætter* tværtimod, at det er bevist, at der er indgået en aftale.

19 Jfr. herved *Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 76: “Är allt övrigt (udh. her) bestämt, men ikke priset, föreligger normalt ett bindanda avtal”. – Omvendt vil den omstændighed, at købesummen er aftalt, selv om andre punkter stadig er “åbne”, ofte føre til, at aftale anses indgået, jfr. *Ussing* s. 35. – Hvilken betydning en manglende aftale om prisen har, afhænger i øvrigt også af omstændighederne. I nogle tilfælde er det nærmest utænkeligt, at der kan foreligge en aftale, når ikke prisen er aftalt, jfr. f.eks. NRt 1992.1110 NoH (NDs 1992.565), som angik opførelse af en boligblok med 39 ældreboliger (et projekt til 30-40 mio. NOK). Det hedder i dommen: “[Prisen er] et fundamentalt poeng ved avtaleinngåelse, og når pris ikke er avtalt, vil der vanligvis være en meget sterk formodning for at endelig avtale ikke er sluttet.”

20 Jfr. *Arnholm I* s. 209.

21 Jfr. også selve udtrykket *naturalia negotii* (*negotium* = aftale). – Nedenfor vil det blive drøftet, om sidevirkninger også er mulige uden aftale.

22 I ældre teori – selv hos *Jul. Lassen*, hvis metode i øvrigt må betegnes som “realistisk” – opereres ofte med forskellige, fiktive indeståelser, således for, at man har undersøgt sine muligheder for at opfylde; for, at der ikke foreligger vanhjemmel; for, at man har fornøden fuldmagt. Det er selvsagt let at se, at noget sådant i og for sig slet ikke kan sluttes af parternes *aftale*. Tankegangen kan vel til en vis grad siges at have været nødvendig p.g.a. manglen på lovregler (sml. nu Kbl. § 24, Kbl. § 59, Aftl. § 25), men en henvisning til *forholdets natur* havde dog nok været rigtigere. – Et krav på positiv opfyldelsesinteresse af et løfte hviler den dag i dag på forholdets natur.

*skab skulle udføre entreprisen.*²³ Afbrydelsen af forhandlingerne fandtes ikke at have været "tilstrækkeligt begrundet i [B's] forhold", og A ifaldt herefter erstatningsansvar – beregnet som positiv opfyldelsesinteresse – over for B.²⁴

Som nævnt kan der foreligge en købeaftale, selv om købesummen ikke er aftalt. Et kautionssløfte kan foreligge ved et simpelt udsagn til trediemand om, at man "står inde" for en bestemt persons gæld til denne. I NRt. 1967.69 NoH (NDs 1967.59) fandtes der efter omstændighederne at foreligge en garanti fra en bygherres side derved, at bygherren havde forsynet en aftale mellem hoved- og underentreprenøren med en påtegning om, at aftalen "godtas".

Hvad der nærmere må kræves, for at der foreligger et kautionstilsagn, belyses ved de nedenfor omtalte domme:

I U 1894.639 H (HRT 1894.113), jfr. U 1892.1085 V, var spørgsmålet, om en kautionist (hovedmandens fader) havde forpligtet sig til at friholde en medkautionist. Faderen var mundtligt fremkommet med udtalelser om, at han "nok skulle klare den sag" osv. Udtalelserne fandtes ikke at have den fornødne klarhed og utvetydighed, idet de kunne forstås som alene indeholdende en beroligende erklæring om, at faderen ville søge at forhindre, at kautionsforpligtelsen blev effektiv.

Det er klart, at det navnlig kan være vanskeligt at føre det fornødne bevis for bestemtheden af mundtlige udtalelser om kaution, jfr. f.eks. U 1929.459 H (HRT 1929.17). Kreditor har al anledning til at sikre sig skriftligt bevis og kan uden besvær skriftligt bekræfte modtagelsen af et mundtligt "tilsagn" med angivelse af indholdet. Den manglende skriftlighed kan i sig selv blive et indicium for, at udtalelserne har haft en mere ubestemt karakter. Sml. U 1930.411 H (HRT 1930.23), hvor en bygherres (B) kaution over for et selskab (S) for en entreprenørs (E) forpligtelse ikke fandtes bevist, til trods for at S's direktør og dets tidligere forretningsfører forklarede, at B havde udtalt: "De skal ikke komme til at lide noget tab ved [E], det indestår jeg Dem for". En skriftlig kautionserklæring havde B dog ikke villet afgive.

Spørgsmålet – konversation eller disposition?²⁵ – er imidlertid principielt det samme ved skriftlige udsagn. I en norsk sag, NRt. 1924.929 NoH, skrev debtors stedfader til kreditor og bad om en opgørelse af debtors gæld, "saa faar vi se

23 Cfr. *Ernst Nordtveit*: Oppdragssamarbeid (1992) s. 58, hvorefter "deltakarne ikkje hadde kome så langt at dei hadde inngått avtale" og s. 112, hvor afgørelsen siges at have "lagt til grunn lojalitetskrav som går ut over det som er vanleg ved underentreprise" (udh. her). – Der er dog den sammenhæng mellem løftebetingelser og loyalitet, at illoyalitet kan gøre det lettere at antage et løfte, jfr. *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 103 med note 120.

24 *Hørlyck*: Interessentskaber og konsortier (1989) s. 96 finder afgørelsen "vidtgående" – særlig i betragtning af sædvanlige fremgangsmåder i entreprisebranchen. – Afgørelsen forekommer rigtignok at stille temmeligt beskedne krav til en aftales bestemthed og må nok siges at være et grænsetilfælde.

25 Udtrykket er *Arnholms*, jfr. *Arnholm I* s. 206.

hvad vi kan gjøre”. Kreditor sendte oppgørelsen og meddelte, at han hadde givet debitor en bestemt og meget kort frist til at betale gjelden. Herpå svarede stedfaderen: “Beklager at det ikke kan ordnes med saa kort frist som til imorgen. Men De kan være forvisset om at det skal bli ordnet med det første.” Udsagnene fandtes uforbindende for stedfaderen.²⁶ Fra norsk praksis kan også henvises til afgørelsen BRD V nr. 388, hvor debtors advokat over for kreditors advokat hadde erklært, at et skyldigt beløb “skal bli betalt gjennom meg, den første halvpart innen utgangen av nærværende måned, den annen halvpart en måned senere”. Sagens tre dommere nåede til hver sit resultat: At erklæringen ikke indeholdt noget kautionstilsagn, men blot et løfte om en bestemt fremgangsmåte ved betalingen; at der forelå selvskyldnerkaution; at der var tale om simpel kaution.²⁷

Vedrørende spørsmålet om påtagelse af kaution kan fra nyere dansk praksis henvises til U 1955.208 H (HRT 1954.803), U 1958.898 H (HRT 1958.449), U 1961.907 H (NDs 1961.417), U 1965.110 H (NDs 1965.16), U 1965.838 H, U 1985.523 H og U 1988.98 H.

Den tredje betingelse er uttrykk for et krav om *retshandelsegenskab*. Udsagnet skal efter sit indhold gå ud på at stifte, forandre eller ophæve ret. Det er netop denne betingelse, som et løfte om middagsinvitation (jfr. ovenfor) falder på. Et sådant “løfte” er både bestemt og endeligt, men det går ikke ud på at stifte ret.

I ældre teori anvendtes undertiden ordet “retsvirkningsvilje” som betegnelse for den her omtalte betingelse.²⁸ Den manglende løftevirkning har imidlertid ikke sin begrundelse i, at løftegiver ikke *vil* forpligte sig retligt.²⁹ Der er tale om et spørgsmål, som domstolene løser ud fra sædvanlige regler om fortolkning og udfyldning – i hvilken forbindelse parternes subjektive forhold naturligvis spiller ind – og ikke ud fra et særligt viljesdogme.³⁰ Forklaringen på, at visse “løfter” ikke er løfter i retlig forstand, er således den, at der – ud fra objektive kriterier – ikke findes at være nogen grund til, at de skulle være det.

26 Afgørelsen er omtalt hos *Arnholm I* s. 227.

27 Afgørelsen er her gengivet efter *Carsten Smith III* s. 97 f., hvortil henvises. Se i øvrigt også *Carsten Smith III* s. 128 f. med yderligere henvisninger til norsk retspraksis, herunder til den nedenfor i afsnit 1.2.3 omtalte NRt. 1886.49 NoH.

28 Med rette kritisk heroverfor *Ussing* s. 37 f. – I tysk teori opereres stadig med kravet om “Geschäftswille”.

29 Det er derfor ikke treffende at bruge den uttryksmåte, at den erklærende skal have til “hensigt” at fremkalde retsfølgen, hvilket uttrykk *Stang* s. 249 foretrekker for “vilje”. *Stang* l.c., er selv inde på, at hensigten ikke altid er der. Noget bedre er uttryksmåden hos *Arnholm I* s. 207, hvorefter erklæringen “efter sitt indhold må ta sikte på en rettslig disposisjon”. “Indhold” må dog forstås meget bredt og omfatter hele aftalesituasjonen.

30 Jfr. således også *Ussing* s. 37 f.

Ordet “retshandelsegenskab” er noget tungt, men skal navnlig understrege spørgsmålets objektive karakter.³¹

1.1.2. “Løfteforpligtende” adfærd

Det ligger helt fast, at ikke blot afgivelse af et udtrykkeligt løfte, men også anden *adfærd* kan have løftevirkning. Den principielle betydning heraf er særdeles stor.

Løfteforpligtende adfærd foreligger for det første, hvor løftet siges at være *stiltiende*. For det andet, hvor der foreligger, hvad man sædvanligvis betegner som en *quasidisposition*. For det tredje, hvor *passivitet* tillægges løftevirkning.

Det følger allerede af Aftl. §§ 4, stk. 2 og 6, stk. 2³² om henholdsvis forsinket og uoverensstemmende accept, at passivitet kan føre til, at en aftale kommer i stand. Passivitet (manglende reklamation) som forpligtelsesgrund fremgår også af andre bestemmelser i Aftaleloven, således §§ 9, 19, 28, stk. 2 og 32, stk. 2.

Aftaleloven har ikke stillet sig hindrende i vejen for en anerkendelse af løftevirkninger uden for de “egentlige” løfters område. Det er således ikke det principielle spørgsmål, om adfærd kan have “løftevirkning”, der giver anledning til problemer. Det gør derimod den nærmere afgrænsning af, hvilken adfærd der har løftevirkning.

Det er ikke vanskeligt at give eksempler på adfærd, der har løftevirkning:

Eksempel 1: Jens Jensen på 2. sal modtager på den dag, hvor Jens Jensen på 4. sal fylder 50 år, et lykønskingskort og en flaske cognac, som han konsumerer. Herved bliver han forpligtet til at betale udsalgsprisen for cognac'en.³³

Eksempel 2: En butikstyv, der bliver pågrebet, skal betale de stjålne varers udsalgspris – ikke erstatte kostprisen.³⁴

31 *Arnholm* foretrækker udtrykket “dispositivt udsagn” for “retshandel”, jfr. *Arnholm I* s. 194 ff. og TfR 1948 s. 368 ff., særlig s. 410 ff. – Tilfælde, hvor “retshandelsegenskaben” mangler, kan med *Arnholm* kaldes indispositive udsagn, jfr. nærmere *Arnholm I* s. 207. – I øvrigt anvendes udtrykket “dispositivt udsagn” af *Gomard: Almindelig kontraktsret* (1988) og *Krüger: Norsk kontraktsrett* (1989), men det er ikke slået igennem i Sverige, jfr. *Hellner i JT* 1989/90 s. 423 med note 1.

32 Reglerne er blevet kritiseret i svensk ret, jfr. *Hellner* s. 45 ff., *samme i JFT* 1979 s. 281 ff. og *Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 50. Kritikken har især gået på de “dubbla subjektiva rekvisiten”. Anvendes reglerne imidlertid i objektiviseret form – hvilket ordlyden ikke er til hinder for – og kun i de tilfælde, de er tænkt for, ses der ikke at være grundlag for kritik. Se om reglernes “typebaggrund” nærmere *Hellner* s. 45 og *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 80.

33 Eksemplet er taget fra *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 118 med note 139.

34 Jfr. *Palle Bo Madsen i TfR* 1986 s. 611 f. og *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 117 med note 136.

Eksempel 3: En bilist parkerer sit automobil på en privat parkeringsplads uden at betale den pris, som fremgår af de på pladsen opstillede skilte.³⁵

Eksempel 4: En person sætter sig ind i en taxa, der holder ved Københavns hovedbanegård, og siger: "Til Dyrehavsbakken!"

Grönfors synes at være af den opfattelse, at eksempel 3 bereder særlige vanskeligheder og ikke lader sig indpasse i Aftalelovens mønster.³⁶ Dette indses ikke. Tilfældet dokumenterer ikke noget videre om forpligtelse ved *adfærd*, idet antagelsen af et *stiltiende løfte* (ligesom i eksempel 4) ligger lige for.³⁷

Grönfors har i "Avtalsgrundande rättsfakta" (1993) underkastet den traditionelle aftaleretlige model en tankevækkende kritik. Efter min mening skyder kritikken dog over målet. Aftaleloven er i de fleste henseender et fortræffeligt værk, i øvrigt ikke mindst fordi loven hviler på en "systemfjendsk" grundholdning. Aftaleloven stiller sig jo netop ikke hindrende i vejen for, at løftevirkning kan opstå på anden måde end ved afgivelse af en derpå rettet viljeserklæring. Lovens mønster – tilbud og accept – har ikke gyldighed for alle tilfælde, og det ligger i hele lovens opbygning, at man kun har villet give regler for de sikre tilfælde.³⁸ Aftaleloven er ikke udtømmende, og den viger for handelsbrug og anden sædvane, jfr. § 1. De af *Grönfors* angivne løsninger på enkelttilfælde afviger stort set ikke fra, hvad der – i hvert fald i Danmark – må anses for gældende ret. Behovet for en ny forklaringsmodel måtte da ligge i, at teorien ikke har fulgt med praksis. Dette er ikke tilfældet, og *Grönfors'* model indeholder – hvilket han selv medgiver (s. 132) – ingen virkelig vejledning for, i *hvilke tilfælde* adfærd forpligter på samme måde som et løfte.

Kun i retsordninger, der primært bygger på viljesdogmet, har tilfælde som de, der er anført som eksempel 1-4 ovenfor, voldt problemer. At bilisten i eksempel 3 ikke kan undgå forpligtelsen ved at påberåbe sig, at han ikke *ville* forpligte sig, er efter dansk retsopfattelse oplagt (jfr. også eksempel 1 og 2).

Det har hos os stået fast i meget lang tid, at et løftes forbindende kraft ikke skyldes løftegivers vilje, og at fortolkningen derfor ikke kan være bestemt heraf. Reaktionen mod viljesteorien var dog så voldsom, at man – for en tid – slog over i det andet ekstrem: forventningsprincippet. Løftemodtagers *for-*

35 Tilfældet har foreligget i svensk retspraksis, se NJA 1981.323 SvH, der omtales af *Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 52. – Sml. U 1979.15 H om tilegnelse af et parkeringsareal.

36 Jfr. *Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 52 f.

37 Det kan således ikke tiltrædes, at der her skulle være tale om en traditionel tænkemåde, som juristerne "falder i", se *Grönfors l.c.* – Overgangene mellem stiltiende løfter, quasidispositioner og forpligtelse ved passivitet er i øvrigt ikke skarpe, og *Grönfors'* udsagn forekommer også på den baggrund noget uforståeligt.

38 Jfr. f.eks. den "omvendte" formulering af Aftl. § 32 og hertil *Udkast* s. 76 og *Nørgaard i Lyngse Andersen m.fl.* s. 175.

ventninger kan imidlertid ikke i sig selv begrunde, at løfter er bindende, og lige så lidt kan løftemodtagers forventninger være afgørende for løfters fortolkning.

Heller ikke fra begrebet *berettigede forventninger* er det muligt at deducere løsninger på konkrete problemer: På den ene side er forventningerne netop kun berettigede, hvis foreligger et løfte eller noget, der kan sidestilles hermed.³⁹ På den anden side er det sådan, at “også ikke-retskraftige løfter normalt vækker en vis forventning hos løftemodtagerne”, jfr. A. Vinding Kruse: *Restitutioner* (1950) s. 309.⁴⁰ Om støtteerklæringer har Taklo i RR nr. 4/1992 s. 21 udtalt følgende:

“Løfternes art kan være mangeartede og udtrykt med glosser af større eller mindre præcisionsbetydning, men pengeinstitutterne forventer, *uanset formuleringen*, at afgiveren lever op til sin erklæring [...]” (udh. her).

Hvad angår fortolkningsspørgsmålet, må en objektiv model – erklærings-teorien⁴¹ – lægges til grund i de fleste tilfælde.⁴² Retsvirkningerne af en erklæring afhænger ikke i første række af vilje eller forventning, men af de anvendte ord.

Hvad angår løftespørgsmålet, har erklæringsteorien ikke patent på sandheden. Manglende vilje spiller fortsat hovedrollen i en række tilfælde: Feks. ved falsk, manglende fuldmagt, voldelig kompulsiv tvang, “telegramfejl” (Aftl. § 32, stk. 2). I andre tilfælde lægges vægten på en godtroende løftemodtagers berettigede forventning:⁴³ f.eks. ved svig og erklæringsfejl (Aftl. § 32, stk. 1).

Der kan ikke gives noget enkelt svar på, hvorfor løfter⁴⁴ (og kvalificeret adfærd af anden art) er forpligtende.⁴⁵ Tidligere tiders videnskabsideal om at sætte

39 Sml. herved allerede *Fr. Vinding Kruse* i U 1912 B s. 61. – Antages det, at udsagn, der fremkalder berettigede forventninger, uden videre er bindende, dvs. løfter, foreligger der en cirkulær begrebsbestemmelse.

40 Se tillige *Gomard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt (1958) s. 346: “Også løfter, der ikke er bindende, vækker tillid.”

41 Se om erklæringsteorien navnlig *Stang* s. 250 ff. – *Jul. Lassen* vedblev at foretrække betegnelsen “tillidsteori”, jfr. nærmere *Jul. Lassen*: Vilje og erklæring ved afgivelse af formueretlige tilsagn (1905), særlig s. 67 f. I alt væsentligt var uenigheden mellem *Stang* og *Lassen* kun af terminologisk art.

42 Jfr. *Grönfors*: *Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 30.

43 Om den “berettigede forventning” skal henføres under tillidsteorien eller erklæringsteorien, må i nogen grad siges at være en smagssag. Erklæringsteoriens styrke er, at den gør det klart, at løftemodtagers individuelle forventninger er uden betydning, for så vidt de er ubeføjede. Tillidsteorien har den styrke, at den gør det klart, at beføjede forventninger kan støttes ikke blot på selve erklæringen, men også på de ledsagende omstændigheder (aftalesituationen, tidligere tilkendegivelser m.v.). Se hertil allerede *Jul. Lassen*: Vilje og erklæring ved afgivelse af formueretlige tilsagn (1905).

44 Det er ikke kun i lande, hvor løfteprincippet hyldes, at løfter er bindende. Også efter kontraktsteorien er et løfte bindende, omend i reglen først fra det tidspunkt, hvor det accepteres.

45 Jfr. allerede *Fr. Vinding Kruse* i U 1912 B s. 60 ff. og *samme* i TfR 1919 s. 194.

alt på én formel er forlængst forladt. Skal de mangfoldige grunde sættes på den mindst mulige fællesnævner, bliver resultatet et – i sig selv ret intetsigende – udsagn om, at løfter og aftaler er retligt bindende, fordi vort samfund ikke kan fungere uden.⁴⁶

Grænsen mellem løfteforpligtende og erstatningspådragende adfærd kan undertiden være nok så flydende, jfr. følgende eksempler:

Eksempel 5: En person, der mener at underskrive som vitterlighedsvidne, skriver under som kautionist.⁴⁷

Eksempel 6: En tilbudsgiver vil overveje sit tilbud endnu engang, inden han sender det. Tilbudet ligger på skrivebordet, og en velmenende person putter det i postkassen.⁴⁸

Eksempel 7: En person har muliggjort en forfalskning af et forpligtende dokument.⁴⁹

Eksempel 8: En person er bekendt med, at hans broder optager lån ved falskeligt at eftergøre hans underskrift på kautionsdokumenter.⁵⁰

Hovedreglen må i disse tilfælde være erstatningspligt.⁵¹ Jo tættere man er på en normal løftesituation, desto lettere vil der imidlertid kunne blive statueret løftevirkning.⁵² Paradoksalt nok kan dette også udtrykkes således, at jo mere der er at lægge pseudoløftegiveren til last, desto snarere bliver han forpligtet som løftegiver.⁵³

I eksempel 5 er løftevirkning således tænkelig.⁵⁴ Heller ikke i eksempel 6

46 Intet samfund kan eksistere, hvis aftaler frit kan brydes. Aftaler skal således opfattes som bindende. Det er ingen naturlov, at bindingen skal være retlig. Sanktionerne kan i stedet være af socialmoralisk art (riter) eller af økonomisk karakter (planøkonomi).

47 Jfr. U 1901.292 LOHS og hertil *Ussing* s. 159, *samme*: Erstatningsret (1937) s. 49 f. og *Gomard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt (1958) s. 260. Se også *Carsten Smith III* s. 172.

48 Jfr. *Ussing* s. 42 f., *Stig Jørgensen* i U 1963 B s. 293 og *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 40 f.

49 Jfr. *Ussing* s. 42 og *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 185 f. – Sml. Gældsbrevslovens § 15, stk. 3 om "en påtegning, der ikke let kan fjernes".

50 Jfr. *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 185 f. og de to dér nævnte afgørelser, U 1944.582 Ø og U 1945.723 H.

51 Jfr. om eksempel 6-8 *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 185.

52 Jfr. den nærmere gennemgang hos *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 185 f., hvor det anføres, at en person formentlig forpligtes som løftegiver ved hans sekretærs misbrug af hans underskrift, hvis der foreligger en aftale om, at hun kan skrive under med hans navn efter behov.

53 Den erstatningsretlige culpaterminologi rammer her kernen i løftespørgsmålet.

54 *Ussing* s. 159 synes at foretrække erstatningsansvar frem for løftevirkning i eksempel 5, men anderledes *Gomard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt (1958) s. 260.

forekommer løftevirkning at være en helt fjern mulighed.⁵⁵ Selv om der foreligger noget, der i et vist omfang kan sidestilles med et løfte, er det dog langt fra givet, at løftevirkningerne overtages uden modifikation.⁵⁶ F.eks. vil en "pseudoløftegiver", der reagerer uden ugrundet ophold, lettere kunne træde tilbage mod at erstatte modtageren den negative interesse, end en "rigtig" løftegiver kan, jfr. herved Aftl. § 39, 2. pkt.

Også i eksempel 7 er løftevirkning tænkelig, men dog mindre nærliggende end i eksempel 6. Løftevirkning kan næppe komme på tale i eksempel 8.⁵⁷ Passivitet i et sådant tilfælde må derimod kunne medføre erstatningsansvar.⁵⁸

Ofte vil løftevirkning og erstatningsansvar kunne føre til samme beløbsmæssige resultat.⁵⁹ Det erstatningsretlige krav om, at der skal være forårsaget et tab, medfører dog f.eks., at erstatningsansvar ved "falsk" kaution for gammel gæld ikke kan komme på tale, hvis falsknerens økonomi allerede var brudt sammen på "kautionstidspunktet".⁶⁰ Bliver långiver klar over falskneriet inden lånets udbetaling, kan han naturligvis heller ikke påberåbe sig, at der forelå et "kautionsløfte".⁶¹

1.1.3. Betydningen af den grundlæggende aftalefrihed

I medfør af princippet om aftalefrihed kan parterne aftale, at et udsagn, som ellers ikke ville være retligt bindende, alligevel skal være det – eller omvendt.⁶² A kan over for B forpligte sig til at erlægge en konventionalbod, såfremt han ikke opfylder et løfte om en middagsinvitation. Eller A kan med B aftale, at han ikke vil konkurrere med B, men således aftalen efter sit indhold kun er en "gentlemen's agreement" uden nogen retsvirkninger.⁶³ Om så-

55 Vigtige momenter vil være, om der er tale om en skrivelse eller et lukket (måske tilmed) frankeret brev, og om der foreligger noget, der kan minde om en "postrutine", jfr. *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 40 f. med fremhævelse af, at det ikke er ligegyldigt, om afsendelsen foretages af en sekretær eller en rengøringsassistent.

56 Dette betones særligt af *Ussing* s. 391 f.

57 Jfr. *Ussing* s. 399 ved note 52.

58 Jfr. U 1944.582 Ø og U 1945.723 H. Hvad angår spørgsmålet om reklamationspligt, er der ikke enighed om udgangspunktet, jfr. nærmere *Ussing* s. 399 med note 52 ("I særlige Tilfælde [...]") og *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 186 ("[...] rigtigst, at man har pligt til at underrette [...]").

59 Jfr. *Ussing* s. 42.

60 Jfr. *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 186. – Hvis långiver kunne have fået (en del af) beløbet hjem, hvis "pseudokautionisten" havde reageret tidligere, er kravet til forårsagelse af tab derimod opfyldt.

61 Man bør ikke tale om, at "pseudokautionisten" bindes p.g.a. passivitet. Hvis långiver vidste eller burde vide, at der forelå et falskneri, skal "pseudokautionisten" ikke betale erstatning, uanset hvor passiv han har været.

62 Jfr. herved *Ussing* s. 37.

63 Udgangspunktet må være, at overskriften "gentlemen's agreement" på en aftale indebærer, at aftalen ikke anses som retligt bindende, men mere end et udgangspunkt er det i hvert fald ikke. Se i øvrigt om intensitetsgraderne i "gentlemen's agreements" nærmere *Karl Friedrich Reuß* i *Archiv für die civilistische Praxis* 154 (1954) s. 485 ff.

danne “moralske løfter” henvises nærmere til afsnit 1.3 nedenfor.

Ovenfor under 1.1.1 er spørgsmålet om *essentialia negotii* behandlet. Det konkluderedes, at kravet til aftalens bestemthed i almindelighed er ret beskedne. Her skal der gøres den tilføjelse, at *parterne i nogen grad selv har herredømmet over kravet til minimumsindhold og dermed over “bindings-spørgsmålet”*. Har A og B indgået en – bevissikker – aftale om, at A køber B’s ejendom, er parterne som udgangspunktet bundet, også selv om væsentlige spørgsmål – f.eks. om overtagelsesdag og indeståelser – er udskudt til senere.⁶⁴

Har A og B omvendt aftalt, at en endelig aftale først foreligger, når begge parter har skrevet under på et aftaledokument,⁶⁵ bliver de ikke bundet ved undervejs at nedskrive deres forhandlingsresultater, selv om disse i andre tilfælde ville udgøre aftalens *essentialia*.

Kravene til en aftales minimumsindhold (*essentialia negotii*) afhænger således ikke blot af selve aftalens “bestemthedsgrad”, men også af, hvad parterne har aftalt vedrørende bindingsspørgsmålet: På den ene side kan en “aftale”, som – alt andet lige – ville være for ubestemt til at forpligte parterne, forpligte dem, hvis de er enige om dette. På den anden side kan en betydelig grad af enighed, som – alt andet lige – ville medføre, at en bindende aftale ansås for indgået, være uforpligtende, fordi parterne har aftalt et særligt formkrav.

1.1.4. Forskellige hovedtyper af løfter

Løfter kan have vidt forskelligt indhold. Man kan anlægge diverse sondringer og foretage en opdeling i forskellige kategorier. En sondring af stor betydning er, om et løfte går ud på en pengeydelse eller en realydelse.⁶⁶ En anden vigtig sondring går mellem løfter, der stifter en handlepligt, og løfter, der stifter en undladelsesforpligtelse.⁶⁷ En tredje sondring kan gå på, om løftet efter sit indhold forpligter afgiveren til at præstere et vist resultat, eller om det blot forpligter afgiveren til at gøre en forsvarlig indsats.⁶⁸ Den første type vil her blive benævnt resultatforpligtelser, den anden bestræbelsesforpligtelser.⁶⁹

64 Det ses, at en “forkontrakt” således kan have den virkning, at kravene til aftalens bestemthed er mindre, end de ellers ville have været. Anderledes *Ussing* s. 97, jfr. nedenfor i afsnit 1.3.1.

65 Se om aftalt skriftform nærmere *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 98 ff. og *Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 72 ff.

66 Jfr. *Rodhe: Obligationsrätt* (1956) s. 19. – Sondringen udgør ryggraden i *Kai Krügers* obligationsretlige system, jfr. “Pengekrav”, 2. udg. (1984) og “Norsk kontraktsrett” (1989).

67 Jfr. *Rodhe: Obligationsrätt* (1956) s. 17 f.

68 Jfr. *Rodhe: Obligationsrätt* (1956) s. 20 ff. Se også *Krüger: Norsk kontraktsrett* (1989), særlig s. 134 ff. og s. 208 f.

69 Sondringen er særlig anvendt i fransk ret, jfr. f.eks. *Joseph Frossard: La distinction des obligations de resultat et des obligations de moyens* (1965). – Sondringen er kort omtalt af *Jacques Terray* i *International Financial Law Review*, oktober 1982, s. 35 f. og af *Chr. Harboe Wisum* i *U* 1986 B s. 342.

1.1.4.1. Resultatforpligtelser

Ved en resultatforpligtelse går løftet – som ordet siger – ud på, at et vist resultat skal præsteres. Som eksempel kan entreprise (værksleje) nævnes: Entreprenøren skal tilvejebringe et færdigt resultat og får ikke noget vederlag for en forsvarlig, men forgæves indsats. Tilsvarende gælder for en udlejer, der skal stille lokaliteter til rådighed – ikke blot bestræbe sig på det. Pengeforpligtelser vil altid være resultatforpligtelser: Erlægges et skyldigt beløb ikke ved forfaldstid, foreligger der misligholdelse.⁷⁰

1.1.4.2. Bestræbelsesforpligtelser

Ved en bestræbelsesforpligtelse går løftet – som ordet siger – ud på, at en vis bestræbelse skal lægges for dagen. Som eksempel kan funktionæransættelse nævnes: Funktionæren skal yde en forsvarlig arbejdsindsats, men får i øvrigt sin løn uanset resultatet af indsatsen.⁷¹ Tilsvarende gælder for en advokat eller en læge: Der skal ydes en forsvarlig indsats, men der garanteres ikke for, at sagen vindes, eller at operationen lykkes.

1.1.4.3. Resultat eller bestræbelse? Et par retsafgørelser

Undertiden kan det give anledning til tvivl, om der foreligger en resultat- eller en bestræbelsesforpligtelse. Fra tysk retspraksis foreligger et illustrativt tilfælde, jfr. NJW 1967.1425:

En forpagter af en restauration havde i aftalen med bortforpagteren forpligtet sig til at sørge for (“dafür Sorge tragen”), at en ny forpagter indtrådte i aftalen ved det aftalte forpagtningsforholds ophør. Det lykkedes ikke for forpagteren at finde en efterfølger. Retten fandt, at ordene “dafür Sorge tragen” ikke indebar en garanti for en ny forpagters indtræden, men alene et løfte om at gøre en indsats i så henseende, og forpagteren frifandtes.

Fra dansk ret kan man – for øvrigt inden for samme branche – sammenligne med afgørelsen U 1977.961 H:

En forpagter (F) af en restauration havde selv sørget for inventar. Ved forpagtingens ophør havde ejeren (E) ret til at overtage inventaret til vurderingspris. Hvis han ikke ønskede at overtage det, skulle han pålægge efterfølgeren at overtage det til vurderingspris. Efter ophøret af forpagtningen forhandlede E med flere interesserede, men uden resultat, og restaurationslokalerne henstod ube-

⁷⁰ Men ikke nødvendigvis *væsentlig* (dvs. hævebegrundende) misligholdelse, jfr. “viljes/evnereglen” om undskyldelige og kortvarige forsinkelser.

⁷¹ En sælger, der udelukkende vederlægges med provision af stedfundne salg, aflønnes efter resultat – ikke efter indsats (omend der erfaringsmæssigt er intim sammenhæng herimellem). Men provisionssælgerens *forpligtelse* er ikke en resultatforpligtelse, medmindre han har indestået for et vist minimumssalg.

nyttede. F krævede, at E overtog inventaret til vurderingspris. Principalt gjorde F gældende, at E havde pligt til at overtage inventaret, subsidiært at E havde misligholdt aftalen ved ikke at sikre fortsat drift. I Højesteret medvirkede fem dommere, som delte sig i tre grupper m.h.t. begrundelsen: Én dommer statuerede, at E ikke havde foretaget sig alt fornødent for at få bragt en ny forpagtningsaftale i stand og pålagde E at betale en skønsmæssigt fastsat erstatning til F. To dommere fulgte F's principale anbringende og mente, at E måtte bære risikoen for fortsat drift, men voterede subsidiært for en deling af risikoen og sluttede sig i resultatet til den første dommer. Endelig ville to dommere give E medhold.

1.2. Oplysninger

1.2.1. Indledende karakteristik

En oplysning er ikke en retshandel.⁷² Den går ikke ud på at stifte, forandre eller ophæve ret. En oplysning indeholder kun et udsagn om, hvorledes noget forholder sig, ikke noget udsagn om, hvorledes det vil komme til at forholde sig.⁷³ En oplysning er "nutidsorienteret", et løfte i reglen "fremtidsorienteret".

Et eksempel på forskellen på et løfte og en oplysning findes i U 1990.218 H, hvor et forsikringsselskab meddelte, at

"Efter ovennævnte forsikring udbetaler [selskabet] en forsikringssum på [...]. [Efter modtagelse af dokumentation] vil beløbet blive tilsendt [...]".

Landsretten fandt ikke, at dette var et tilsagn, men en meddelelse. I Højesteret var der enighed om, at der forelå et tilsagn. Højesterets flertal fandt dog, at tilsagnet var uforbindende for selskabet, da det var afgivet under den urigtige forudsætning, at forsikringen var i kraft. Afgørelsen er omtalt af *Nørgaard* i *Lyng Andersen m.fl.* s. 35 og s. 249 f. med note 178 og af *Lyng Andersen og Nørgaard* s. 19 og s. 170 f.

En rigtig oplysning har opfyldt sin mission ved afgivelsen.⁷⁴ Det kan en urigtig oplysning så at sige aldrig have, men til gengæld kan netop urigtigheden medføre erstatningspligt.⁷⁵ Almindelige formuetab er værnede af de erstatningsretlige regler.⁷⁶

Vurderinger er en særlig type oplysninger. Vurderinger rummer en oplysning om afgiverens bedømmelse af et nutidigt eller fremtidigt forhold. Om man vil, kan man sige, at vurderinger er oplysninger med en ikke ubetydelig

⁷² Jfr. *Lyng Andersen og Nørgaard* s. 18.

⁷³ Jfr. dog straks nedenfor om *vurderinger*.

⁷⁴ Det bemærkes, at et udsagn, der *fremstår* som en oplysning, i *virkeligheden* kan være et løfte (navnlig en garanti), jfr. nærmere nedenfor i afsnit 1.2.3.

⁷⁵ Jfr. *Ussing: Erstatningsret* (1937) s. 49 f. – Se om erstatningsansvaret for urigtige soliditetsoplysninger nærmere ovenfor i kapitel I, afsnit 3.2.

⁷⁶ Den nærmere rækkevidde af dette værn kan som anført nedenfor i note 81 være tvivlsom i visse tilfælde.

fejlmargen – enten som følge af en tilkendegivelse i vurderingen selv⁷⁷ eller som følge af sagens natur.⁷⁸ Erstatningsansvar kan herefter kun komme på tale, hvor der er tale om grovere afvigelser fra den korrekte vurdering, og der må udvises varsomhed ved erstatningsudmålingen i sådanne tilfælde.

En vurdering kan gå på alt fra værdien af en fast ejendom til udsigterne til at vinde en retssag. Se som eksempel på det første afgørelsen U 1993.52 H (NDs 1992.685) kommenteret af *Nørgaard* i U 1993 B s. 217 ff. og omtalt af *Samuelsson og Søgaard*: Rådgiveransvaret (1993) s. 143 f.

Det forekommer ikke helt sjældent, at pengeinstitutterne fremkommer med vurderinger i soliditetsoplysninger, f.eks. om at man “forventer en positiv regnskabsmæssig udvikling”. *På den ene side* må det være klart, at pengeinstituttet ikke kan trænge igennem med det synspunkt, at dette kun var en oplysning om pengeinstituttets faktiske forventninger i afgivelsesøjeblikket. *På den anden side* må det være klart, at pengeinstituttet kun ifalder ansvar for temmelig grove fejlvurderinger (uforsvarlige vurderinger, om man vil).

En oplysning er ikke kun urigtig, når den findes at udtale noget positivt urigtigt, men også når den findes at være *ufuldstændig*.⁷⁹

Urigtighed skyldes en *handling*: Afgiveren har oplyst noget, som er urigtigt. Ufuldstændighed skyldes en *undladelse*: Afgiveren har fortiet noget, som burde have været oplyst. Her og i det følgende anvendes betegnelsen “urigtig oplysning” som dækkende begge tilfælde – på ganske samme måde som udtrykket “culpøs adfærd” dækker både handlinger og undladelser.

Det er særdeles vigtigt at mærke sig betydningen af, at erstatningsansvar kan pålægges også for *ufuldstændige* oplysninger. Heraf følger nemlig, at der ikke gælder samme *bestemthedskrav* for oplysninger som for løfter. Et løfte indebærer, at afgiveren skal opfylde det, der siges. En oplysning indebærer, at afgiveren kan være ansvarlig for det, der forties.

1.2.2. Retsvirkninger af oplysninger

Som det fremgår af afsnit 1.2.1 ovenfor kan afgiveren af en urigtig oplysning ifalde erstatningsansvar over for modtageren, såfremt oplysningen er urigtig.

Erstatningsansvar for en urigtig oplysning kan ikke sidestilles med en indeståelse for oplysningens rigtighed.

⁷⁷ F.eks. hvis oplysningen selv udtaler, at den er en “vurdering”.

⁷⁸ Det er nu engang vanskeligt at spå om fremtiden.

⁷⁹ Jfr. *Carsten Smith III* s. 173: “Det *uriktige* ved oplysningene kan også bestå i at de er ufuldstændige og derfor gir et urigtig totalbilde” (udh. her).

En bank, der afgiver en soliditetsoplysning, "indestår" ikke for, at oplysningen er korrekt. Men har banken begået en fejl i forbindelse med oplysningen, vil banken være erstatningsansvarlig.

Erstatningsansvaret for urigtige oplysninger vil i reglen være et *ansvar i kontrakt*. Der kan dog være tale om *ansvar uden for kontrakt*, således f.eks. hvor en revisor drages til ansvar for urigtige oplysninger i et regnskab, hvor en ejendomsmægler drages til ansvar for urigtige oplysninger til køberen, eller hvor en advokat drages til ansvar for en juridisk vurdering (*legal opinion*), som advokaten har udarbejdet til brug for en anden person.⁸⁰

For at afgiveren af en urigtig oplysning bliver erstatningsansvarlig, må alle sædvanlige betingelser herfor være opfyldt: Der skal således foreligge (1) en retsstridig handling, som kan (2) tilregnes skadevolderen som forsætlig eller uagtsom,⁸¹ og som har (3) forårsaget en (4) adækvat (5) skade på (6) en interesse, som er værnet ved erstatningsreglerne.

Ved urigtige oplysninger vil retsstridigheden oftest give sig selv: De kan vanskeligt tænkes givet i nødværge m.v. Culpabedømmelsen vedrørende den urigtige oplysning kan derimod volde en del problemer i disse sager. Det kan således være et vanskeligt spørgsmål, om f.eks. en soliditetsoplysning er tilstrækkelig fyldestgørende i forhold til den viden, det afgivende pengeinstitut har eller burde have.⁸²

Der kan være en glidende overgang mellem ansvar for urigtige oplysninger og egentligt rådgivningsansvar, jfr. U 1991.903 H om en fagforenings rådgivning i pensionsspørgsmål.⁸³ Ud fra de oplysninger, medlemmet kom med, var fagforeningens svar for så vidt korrekt, men fagforeningen havde forsømt en pligt til at sikre sig, at medlemmet havde givet de relevante oplysninger til brug for fagforeningens svar.

Om rådgivningsansvar henvises generelt til *Samuelsson og Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993).

Herudover vil spørgsmålet om årsagsforbindelse og adækvans, herunder

80 I det sidste tilfælde må et erstatningsansvar over for den udenforstående som absolut hovedregel være udelukket.

81 Spørgsmålet om ansvarsgrundlaget for urigtige oplysninger kan næppe siges at være aldeles afklaret. Der vil næsten aldrig være tale om en integritetskrænkelse, hvor culpareglen har sit sikre virkefelt, men derimod om en almindelig formueskade. I nogle relationer skal der muligvis mere end simpel uagtsomhed til, sml. BGB §§ 823 og 826. Se nærmere *Ussing: Erstatningsret* (1937) s. 49 f. og *Kleineman: Ren formøgenhetsskada* (1987), hvor dansk teori og praksis gennemgås s. 41 ff.

82 Jfr. herom nærmere nedenfor ved note 95.

83 Se hertil *von Eyben, Nørgaard og Vagner: Erstatningsret*, 2. udg. (1993) s. 66 ("rådgivningsansvar") og s. 137 med note 22 ("[...] ansvar for [...] urigtige oplysninger [...]"). U 1991. 903 H er indgående omtalt af *Samuelsson og Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993) s. 276 ff. Se også *Møgelvang-Hansen* i *Fagskrift for Bankvæsen* 1992 s. 41 f.

spørgsmålet om egen skyld, kunne berede adskilligt hovedbrud. At fastslå skaden er teoretisk ligetil: Skaden er det formuetab, der er lidt i tillid til oplysningen. Hvad der nærmere ligger heri, kan dog undertiden være tvivlsomt.

Hvad angår soliditetsoplysninger kan der være grund til at fokusere mere på *årsagsforbindelse* og *erstatningsudmåling*, hvis man ikke vil ende i “amerikanske tilstande”.⁸⁴

Almindeligvis siges det, at modtageren af oplysningen kan kræve en erstatning svarende til det tab, han har lidt ved at stole på erklæringen.⁸⁵ Dette tab synes mere eller mindre automatisk at blive sat til hele det ydede kreditbeløb med fradrag af, hvad der eventuelt kan erholdes hos den omspurgte debitor.

Det er imidlertid ikke givet, at dette ræsonnement er rigtigt. Man synes med føje at kunne spørge, om det efter forholdets natur er (fuldt ud) beskyttelsesværdigt, at der gives kredit alene på baggrund af en soliditetsoplysning.⁸⁶

I hvert fald er der grund til at advare mod ethvert tilløb til “automatik” i tabsudmålingen. En automatik, hvorved tabet sættes til det fakturabeløb, som kreditgiveren har til gode hos den omspurgte debitor (med fradrag af en eventuel dividende), indebærer nemlig risiko for, at det overses,

at ikke enhver fejl udløser erstatningsansvar, og at den ansvarspådragende adfærd derfor kan hævdes at være ikke-kausal i forhold til den del af tabet, som skyldes en fejl, der ligger inden for den acceptable fejlmargin,⁸⁷

at der kan være udvist egen skyld fra kreditgiverens side – i forbindelse med såvel kreditgivningen som inddrivelsen,⁸⁸

at det kan diskuteres, om den mistede fortjeneste i alle tilfælde skal erstattes.⁸⁹

Disse synspunkter kan også sammenfattes i udsagn om, at det rimeligvis må have en betydning, at *kreditgivning nu engang ikke er risikofri*,⁹⁰ og at *en soliditets-*

84 Opfordringen er i første række rettet til advokaterne – ikke til domstolene, som jo må afgøre sagerne ud fra de nedlagte påstande.

85 Se i øvrigt om soliditetsoplysninger nærmere ovenfor i kapitel I, afsnit 3.2 med henvisninger til trykt og utrykt retspraksis.

86 Jfr. i denne retning også *Lyng Andersen* i U 1992 B s. 437 f.

87 Argumentet er farligt og kan i almindelighed ikke godtages. Der er dog den rigtige kerne, at en skade, som (hændeligt) ville være indtrådt alligevel, næppe skal erstattes. Se nærmere v. *Eyben, Nørsgaard og Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 2. udg. (1993) s. 251 f. og s. 266 f. Spørgsmålet er så, om man ved soliditetsoplysninger kan sidestille den skade, der kunne skyldes en fejl, som ligger inden for den acceptable fejlmargin, med en hændelig skade. – Se om vurderinger ovenfor efter note 76 og om ansvarsgrundlag for almindelig formueskade ovenfor i note 81.

88 Jfr. f.eks. U 1990.2 Ø.

89 Jfr. f.eks. U 1990.2 Ø, hvor synspunktet dog vistnok er overspændt, jfr. *Torsten Iversen* i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 11 med note 40 og sml. *Nørsgaard* i U 1992 B s. 71 f.

90 I samme retning *Lyng Andersen* i U 1992 B s. 468. Se også U 1974.1005 H (NDs 1974.401) (dissensen). Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel I, afsnit 3.4. – Selv om der argumenteres ud fra *risikoen* ved kreditgivning, bør det erstatningsretlige begreb *egen skyld* foretrækkes frem for *accept af risiko*, fordi sidstnævnte begreb nemt forleder til en enten-eller-løsning, jfr. v. *Eyben, Nørsgaard og Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 2. udg. (1993) s. 41 ff.

oplysning nu engang ikke er en bankgaranti (i hvilken forbindelse det bør erindres, at en bankgaranti koster penge, mens en soliditetsoplysning er næsten gratis).

I sætningen om, at tabet skal være lidt "i tillid til" oplysningen, ligger retsordenens anerkendelse af, at en oplysning kan vække *berettigede forventninger* hos modtageren.⁹¹ Eksistensen af berettigede forventninger er altså ikke noget særkende for løfter, omend det er klart, at de forventninger, der vækkes af løfter, er stærkere end dem, der vækkes af oplysninger.⁹²

Ganske som ved løfterne er det et *objektivt retsspørgsmål*, om en given forventning er berettiget. Et eksempel kan illustrere tankegangen: I en avis gives en oplysning om, at et kroningsoptog næste dag vil finde sted ad en bestemt rute, og i tillid hertil lejer en person et på ruten beliggende hotelværelse. Kroningsoptoget aflyses, og personen kræver værelsesudgiften erstattet af avisen⁹³ – ganske givet uden held, også selv om avisen måtte have udvist culpa.⁹⁴

Spørgsmålet om berettigede forventninger kan f.eks. have betydning for ansvarsbedømmelsen ved soliditetsoplysninger, jfr. *Samuelsson og Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993) s. 199, hvor det drøftes, om pengeinstitutet kan basere en soliditetsoplysning på det forhåndenværende materiale eller skal indhente yderligere oplysninger. Under henvisning til, at oplysningen afgives mod et beskædet gebyr antages det l.c., at spørgeren næppe kan have nogen "beføjet forventning" om, at soliditetsoplysningen bygger på videregående undersøgelser.⁹⁵

Oplysninger adskiller sig på mange og vigtige punkter fra løfter: I modsætning til et løfte er en oplysning *principielt uforbindende* for afgiveren. Et løfte kan ikke tilbagekaldes, efter at det er kommet til modtagerens kundskab, jfr. Aftl. § 7.⁹⁶ En oplysning kan principielt tilbagekaldes helt frit. Dette gælder, selv om den er kommet til modtagerens kundskab, ja endog selv om den har virket bestemmende på modtageren.

91 Tillidens betydning for erstatningsansvar i anledning af urigtige oplysninger eller anden vildledning er et centralt tema hos *Kleinman: Ren förmögenhetsskada* (1987), jfr. f.eks. s. 466 ff.

92 Kort sagt vækker løfter forventning om, at *det lovede vil blive opfyldt af afgiveren*, oplysninger kun forventning om, at *det oplyste kan danne grundlag for modtagerens egne handlinger*.

93 Eksemplet er inspireret af aflysningen af Edward VII's kroningsoptog, omtalt hos *Ussing: Bristende forudsætninger* (1918) s. 154.

94 For formålet her er det uden betydning, hvad der er den nærmere begrundelse for afvisningen af erstatningskravet (ikke-retsbeskyttet interesse, manglende adækvans el. lign.). Afgørende er, at det erkendes, at *ikke enhver oplysning giver en berettiget forventning*.

95 Efter min opfattelse er det rigtigt at antage, at pengeinstitutet i almindelighed ikke har pligt til at indhente yderligere materiale. Men der er selvsagt kun tale om en grov hovedregel: Det må kræves, at pengeinstitutet benytter materiale, som er rimeligt *up to date* – eller i givet fald gør opmærksom på, at oplysningen er baseret på gammelt materiale.

96 Der kan dog under særlige omstændigheder gøres undtagelse i medfør af princippet i Aftl. § 39, 2. pkt.

Det anførte kan illustreres med variationer over et eksempel:

A indhenter hos banken B en soliditetsoplysning om C. I soliditetsoplysningen hedder det, at C må anses god for almindelig varekredit på indtil 300.000 kr.

Variation 1: B opdager straks, at man har begået en fejl og underretter A, endnu inden denne har ydet C kredit. Oplysningen er nu uden retsvirkning.⁹⁷

Variation 2: B opdager, at man har begået en fejl og underretter A på et tidspunkt, hvor denne kun har indrømmet C kredit for 100.000 kr., der må anses for tabt. B skal erstatte A det tab, A har lidt ved at stole på oplysningen – dvs. maksimalt 100.000 kr. – men herudover har oplysningen ingen retsvirkning.

Variation 3: B opdager, at man har begået en fejl og underretter A på et tidspunkt, hvor denne har indrømmet C kredit for 200.000 kr. A indrømmer C henstand med tilbagebetalingen. Det antages, at A kunne have fået alle pengene hjem, hvis han ikke havde givet henstand. A har intet erstatningskrav mod B.

Det ses, at oplysningen end ikke binder B, for så vidt angår den kredit, A har ydet C på det tidspunkt, hvor oplysningen tilbagekaldes: Afgørende er ikke, om pengene er *udbetalt*, men om de er *tabt* på tilbagekaldelsestidspunktet.

Løfter er endvidere bindende, hvad enten løftegiver afgiver dem i begrundet god tro, eller på trods af, at han ikke regner med at kunne opfylde. Det er også ligegyldigt, om der er “årsagsforbindelse” – eller om løftemodtageren i virkeligheden gik ud fra, at løftegiver ikke kunne eller ville opfylde.

Røsæg s. 188 ff. foretager en sammenligning mellem kontraktsansvar og erstatningsansvar⁹⁸ og konkluderer, at forskellene ikke er særligt betydningsfulde – især ikke, hvad angår støtteerklæringer (s. 213).

Som det er fremgået af det ovenfor anførte, er forskellen på et løfte og en oplysning imidlertid særdeles vigtig såvel fra et praktisk som fra et teoretisk synspunkt. *Resultatet* kan rigtignok blive det samme ved en oplysning som ved et løfte,⁹⁹ men dette kan ikke tjene som undskyldning for at bagatellisere sondringen. Resultatet kan nemlig også blive et helt andet, jfr. f.eks. om “pseudokauktion” ovenfor ved note 60 og 61.

97 A vil have krav på tilbagebetaling af det gebyr, han måtte have betalt for den urigtige oplysning – men dette krav er økonomisk uinteressant.

98 *Røsæg* opererer med udtrykkene “erstatning” og “kontrakt”. Dette forekommer lidet hensigtsmæssigt – hvor skal erstatning i kontrakt indpasses? Rigtigere er det at sondre mellem erstatningskrav begrundet i *delikt* (culpøst urigtig oplysning) eller i *kontrakt* (misligholdelse af løfte). Herved bliver det også mindre “mystisk”, at der i vidt omfang gælder samme synspunkter (årsagsforbindelse, tabsbegrænsningspligt m.v.): Der er jo i begge tilfælde tale om *erstatningskrav*.

99 Jfr. *Røsæg* s. 213. – F.eks. kan en soliditetsoplysning i sit resultat komme til at svare til en garanti, jfr. *Lynge Andersen* i U 1992 B s. 466 f.

Sammenfattende kan det således siges, at *sondringen mellem løfter og oplysninger er af helt grundlæggende betydning.*

En vis sammenblanding af begreberne findes hos *Samuelsson og Søgaard: Rådgiveransvaret* (1993) s. 200:

“Det er endnu et åbent spørgsmål, hvordan praksis vil behandle et tilfælde, hvor et pengeinstitut har afgivet en så uforbeholden og gunstig soliditetsoplysning, at man ikke kan være i tvivl om, at den har motiveret til leverancer på kredit, og hvor kunden derefter går konkurs p.g.a. en for alle overraskende omstændighed, f.eks. retsstridig tømning af selskabet, en i regnskabet og for banken uomtalt større forpligtelse, som bliver aktuel el. lign. Hvis den pågældende omstændighed var indtrådt forud for bankens soliditetsoplysning, men det i øvrigt kan lægges til grund, at den ikke kunne konstateres ved en sædvanlig engagementsgennemgang, vil et ansvar for banken nærme sig et garantiansvar. I endnu højere grad vil der være tale om garantiansvar, hvis den omstændighed, som udløser konkursen, først indtræder efter soliditetsoplysningens afgivelse. Derimod [?] må der gives Lyng Andersen medhold i, at den foreliggende praksis ikke har statueret et garantiansvar, jvf. UfR 1992 B. 467.”¹⁰⁰

Hvad først angår den situation, hvor omstændigheden er indtrådt på tidspunktet for soliditetsoplysningens afgivelse, er spørgsmålet simpelt hen, *hvilken culpabedømmelse der skal anlægges*: Er en “sædvanlig engagementsgennemgang” tilstrækkelig – eller er den ikke? I disse tilfælde kan en helt uforbeholden formulering af soliditetsoplysningen måske få den betydning, at culpabedømmelsen skærpes i forhold til ellers. Oplysningen bliver derfor mere “garantilig-nende”, jfr. således vel også *Samuelsson og Søgaard* l.c.

Hvad dernæst angår den situation, hvor den konkursudløsende omstændighed først indtræder efter soliditetsoplysningens afgivelse, *er spørgsmålet efter min opfattelse aldeles ikke åbent*: Oplysningen er jo korrekt i afgivelsesøjeblikket, og sagen dermed afgjort. Selv ikke den strengeste bedømmelse af pengeinstituttet kan give modtageren noget erstatningskrav, da der netop ikke er handlet culpøst. Kun hvis den helt uforbeholdne oplysning har karakter af en *uforsvarlig vurdering* eller indeholder sådanne “løfteelementer”, at den kan udlægges som et *løfte*, vil modtageren have et krav mod pengeinstituttet i den anførte situation.¹⁰¹ Se hertil nærmere straks nedenfor i afsnit 1.2.3.

1.2.3. Oplysninger, som reelt er løfter, eller som har virkning som løfter

Et udsagn, der tilsyneladende har form af en oplysning, kan godt *i virkeligheden* være et løfte. Med et eksempel hentet fra *Arnholm* I s. 225: En person skriver til sin mæglerforbindelse: “Jeg er kjøper av 100 aksjer i Borregård

100 Originalens udhævelser fjernet og erstattet med mine.

101 Sml. hertil det eksempel, som drøftes ovenfor i kapitel I, afsnit 3.2. in fine.

kurs maksimum 200". Udsagnet er ikke en oplysning om personens planer, men et opdrag til mægleren.

Et interessant tilfælde foreligger i NRt. 1886.49 NoH.¹⁰² Efter forudgående forhandlinger afsendte en person følgende telegram: "På obligasjonen til Heftyne inngås kausjon. Min bror med toget." Under dissens 4-3 fastslog den norske højestetret, at telegrammet ikke indeholdt noget kautionsløfte.

Grænsen mellem disposition (løfte) eller konversation (ikke-løfte)¹⁰³ falder ofte sammen med grænsen mellem løfte og oplysning. Konversationen kan dog være så "løs", at den end ikke kan siges at indeholde oplysninger.¹⁰⁴

Spørgsmålet, om der foreligger et løfte eller en oplysning, berøres af *Ussing* s. 32, hvor det anføres, at A's meddelelse til B om, at B er indsat som arving ifølge A's testamente eller som begunstiget ifølge A's livsforsikring, ikke er et løfte. Det anførte viser imidlertid ikke noget *almindeligt* om, hvornår der foreligger det ene eller det andet: Ved testaments- henholdsvis begunstigelsesindsættelse kræves et *særligt* tilsagn om uigenkaldelighed, for at dispositionen er bindende for A, jfr. Arvelovens § 67 henholdsvis Forsikringsaftalelovens § 108, stk. 2. Ved sædvanlige løfter giver det derimod sig selv, at genkaldelse ikke kan ske.¹⁰⁵

Hvor der efter et væddeløb annonceres et resultat, afhænger det af omstændighederne, om annonceringen er et tilsagn (løfte) til vinderen eller blot en oplysning. Fremsættes der over galopbanens højtaleranlæg et nøgent udsagn om, at "Løb nr. 1 blev vundet af Dark Horse", kan dette som udgangspunkt kun anses som en oplysning.

Se hertil afgørelserne:

U 1939.895 Ø: Et opslag af urigtigt resultat af brevduekapflyvning fandtes ikke "hos de Personer, der [efter Opslaget] vilde have været berettiget til en Gevinst, at [have] skabt en saadan berettiget Forventning om dette Resultats absolutte Rigtighed og Endelighed, at det har kunnet afskære fra den senere foretagne Berigtigelse, efter at det havde vist sig, at det oprindeligt fastslaaede Resultat var urigtigt."

U 1956.245 H, jfr. U 1954.893 Ø: Et urigtigt resultat af brevduekapflyvning blev meddelt pressen, hvorigennem spilleren skaffede sig underretning. Der fandtes ikke "at være skabt en sådan sikker forventning om det først bekendtgjorte resultats rigtighed, at [spilleren] herpå [kunne] støtte krav om på at blive anset som vinder". Heller ikke det forhold, at spillereglementets § 7, der ude-

102 Jfr. *Carsten Smith III* s. 128.

103 Jfr. herom ovenfor i afsnit 1.1.1 og de dér anførte domme, som alle vedrører kaution.

104 F.eks. må en ren hensigtserklæring vel karakteriseres som "konversation", men den er ikke nogen oplysning i egentlig forstand, jfr. nærmere nedenfor i afsnit 1.3.

105 Udtryksmåden hos *Ussing* s. 32 om, at en "Meddelelse kan være et Løfte om ikke at genkalde [Dispositionen]", forekommer derfor upræcis. Enten er meddelelsen blot en oplysning, eller også er den et løfte – og så er genkaldelse selvsagt udelukket, uden at et særligt tilsagn herom udkræves. jfr. Aftl. § 1.

lukkede omregulering af bekendtgjorte resultater, fandtes at give spilleren et krav.

U 1966.588 H (NDs 1966.451): Efter et galopløb blev hesten “Jeronimus”, der var kommet først i mål, diskvalificeret, og den næste hest “Ramlösa” annonceret som vinder. Ca. fem minutter senere meddeltes det, at diskvalifikationen ikke havde nogen indflydelse på totalisatorresultatet, og at “Jeronimus” således var vinder. En spiller A, som havde spillet på “Ramlösa” og fire andre heste i V5, krævede erstatning af totalisatorselskabet under påberåbelse af totalisatorreglementets § 8, hvorefter “[g]evinstberegningen sker, så snart løbsresultatet er endelig opgivet af dommeren, hvorefter ingen omregulering kan finde sted [...]”. Der fandtes ikke “hos [spilleren] – hvis gevinstmulighed i øvrigt var betinget af resultaterne i de fire følgende løb – at være skabt en sådan forventning, at han [kunne] have krav på gevinst”.

Efter min opfattelse var der i U 1939.895 Ø alene tale om en oplysning. Resultatet er rigtigt, allerede fordi spilleren ikke havde lidt noget tab på grund af oplysningen – han havde jo faktisk *ikke vundet*.

I U 1956.245 H og U 1966.588 H (NDs 1966.451) var der kontraheret på de vilkår, som var indeholdt i spillereglementerne. Allerede reglementernes udelukkelse af omregulering kan vel siges at indeholde et tilsagn om, at de, der spiller på den først annoncerede vinder, får gevinsten.¹⁰⁶ Sammenholdt med reglementet synes i hvert fald selve annonceringen at få karakter af et tilsagn¹⁰⁷ – men princippet i Aftl. § 39, 2. pkt. fører til, at spilleren alligevel ikke får nogen gevinst.¹⁰⁸

Se i øvrigt også afgørelserne:

U 1942.269 H: A købte ved totalisatorboden en bon, som ved en fejl fra ekspedienten B’s side fik den påtegning, at den gjaldt løb nr. 1, mens den i virkeligheden skulle gælde løb nr. 2. A var i god tro og kunne kræve gevinsten for løb nr. 1, jfr. Aftl. § 32. Der fandtes ikke grundlag for at bringe Aftl. § 39, 2. pkt. i anvendelse.¹⁰⁹

U 1956.480 H: Totalisatorpersonalet oplyste urigtigt overfor A og B, som sammen ønskede at spille på hest nr. 1, at denne ikke skulle løbe. Herefter spillede A

106 Således også *Lyngsø: Afbestillingsret* (1971) s. 38, men anderledes *Illum* i U 1971 B s. 221, der ikke finder, at man kan “tage spillekonditionerne som et løfte om at betale til dem, der har holdt på en hest, som fejlagtigt er opgivet som vinder”.

107 Spørgsmålet er jo ikke, hvilken due eller hest, der *faktisk* kom ind som nr. 1, men hvilken due eller hest, der *efter reglementerne skal anses som vinder*.

108 Således også *Lyngsø: Afbestillingsret* (1971) s. 37 f. og *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 49, der begge fremhæver, at der ved spil ikke er noget hensyn at tage til omsætningens sikkerhed.

109 I JD 1944.295 var sagsforholdet noget lignende – men ikke identisk, cfr. *Lyngsø: Afbestillingsret* (1971) s. 38. Afgørelsen er vistnok begrundet i, at spilleren indså eller burde have indset fejlen, jfr. spillerens egen forklaring om, at han ikke bestemt turde sige, til hvilket løb den pågældende bon var købt og rettens bemærkning om, at det er “uforstaaeligt, at [Spilleren] ikke straks efter 1. Løb var klar over, at han havde købt Bon paa en Kombination, der gav 1210 Kr. for 5 Kr.”

og B på hest nr. 6. Hest nr. 1 løb alligevel – og vandt.¹¹⁰ Den forening, som ejede totalisatorboden, blev dømt til at erstatte A og B det herved lidte tab (svarende til den gevinst, A og B ville have opnået ved at spille på hest nr. 1).

I U 1942.269 H angav påtegningen den lovede ydelse. Da A var i god tro, kunne han i overensstemmelse med princippet i Aftl. § 32, stk. 1 støtte ret på løftet.

I U 1956.480 H var der ikke tale om et løfte, men om en urigtig oplysning, som medførte erstatningsansvar beregnet efter reglerne om *negativ kontraktinteresse*. *Beløbsmæssigt* svarede erstatningen dog nøjagtigt til *positiv opfyldelsesinteresse* (nemlig den sum, A og B ville have vundet).

Det tab, som kan følge af en kreditydelse i tillid til en urigtig oplysning, adskiller sig fra det tab, som blev erstattet i U 1956.480 H. I den første situation er der tale om et beløb, som skadelidte virkelig har haft – og mistet (tabt). I den anden situation er der tale om et beløb, som skadelidte aldrig har haft – men ville have fået (vundet). Sædvanligvis betegnes dette sidste beløb som et *dispositionstab*. Et sådant tab må som *udgangspunkt* kunne kræves erstattet som en del af den negative interesse, jfr. nærmere *Brækhus* i Tfr 1947 s. 521 f.¹¹¹ I U 1956.480 H var der imidlertid ikke noget hensyn at tage til omsætteligheds sikkerhed, og en erstatningssum svarende til den mistede gevinst forekommer under disse omstændigheder temmelig generøs, sml. *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 175 med note 31.

Den, der erklærer, at han er “villig til” eller “indforstået med” at kautionere, afgiver hermed i almindelighed et *løfte* – og ikke blot en *oplysning*.

Se U 1988.98 H (“indforstået med at garantere”), som er omtalt nærmere nedenfor i kapitel VII, afsnit 3.

Fra norsk retspraksis kan henvises til NRt. 1851.577 NoH (“villig til å kautionere” anset bindende, uanset at udsagnet var rettet til hovedmanden) og NRt 1905.785 NoH (“vi er villige” til at garantere), jfr. hertil *Carsten Smith III* s. 461 (note 23) og s. 142. Se også NRt 1983.716 NoH (NDS 1983.259) (“agrees to personally guarantee”).

Undtagelsesvis kan et udsagn, der virkelig kun er en *oplysning*, alligevel have *virkning* som et løfte. Et eksempel herpå er, at en person urigtigt oplyser,¹¹² at han optræder som fuldmægtig.¹¹³ Den pågældende *indestår* for at have fornøden fuldmagt, som det udtrykkes i Aftl. § 25, og medkontrahtenten har såle-

110 Den urigtige oplysning blev korrigeret inden løbets start, men – som forholdene lå – var det ikke muligt for modtagerne at omgøre den beslutning, som de havde truffet i tillid til oplysningen.

111 Se også *Brækhus* op. cit. s. 532 med note 58, hvor det anføres, at man i praksis vil søge at nå en begrænsning ved at stille strenge beviskrav. – Mere afvisende over for at erstatte dispositionstab er *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 310, som taler om “afsavnsrerstatning”, og som påpeger, at spørgsmålet om adækvans jævnlig vil blive aktuelt.

112 Det anførte har intet med ordet “oplyser” i Aftl. § 25 at gøre, som efter sammenhængen betyder “godtgør”, dvs. at fuldmægtigen skal bevise, at han havde fornøden fuldmagt.

113 Således også *Ussing* s. 389 og *Røsæg* s. 175.

des krav på *opfyldelsesinteressen* af den opgivne hovedmands løfte.¹¹⁴ At der er tale om en løftevirkning følger af ordet “indestår”, af erstatningens omfang og af, at indeståelsesansvaret ikke påhviler en umyndig.¹¹⁵ At der ikke er tale om et egentligt løfte ses af formen (“Jeg er fuldmægtig for [...]”). Det forekommer at være en fiktion at ville indlægge et *stiltiende løfte* i disse ord.¹¹⁶ Denne retsvirkning følger af *loven* – nærmere bestemt Aftl. § 25.

Ved de fleste former for kontrakter vil det være helt nødvendigt, at (i hvert fald) den ene part giver visse *oplysninger* til den anden. Et særlig prægnant eksempel er forsikringsaftalen, jfr. herved reglerne i FAL §§ 4-6.

Se hertil *Christina Hultmark: Opplýsningsplikt vid ingående av avtal* (1993) med nærmere gennemgang af oplysninger ved indgåelse af familieretlige aftaler samt aftaler om forsikring, køb, ansættelse, kaution og nyemission. Det omtales, at urigtige oplysninger efter omstændighederne kan give modtageren adgang til at påberåbe sig ugyldighed eller adgang til at hæve og/eller kræve erstatning eller adgang til at kræve forholdsmæssigt afslag.

Et andet eksempel er købeaftalen: Det er helt sædvanligt, at sælger under salgsforhandlingerne fremkommer med diverse oplysninger om salgsgenstanden. Følgen heraf er ofte, at sælger stilles, som om han havde indestået for rigtigheden af den givne oplysning – altså som om han havde afgivet et *løfte*.¹¹⁷ Om man vil sige, at en sådan oplysning i virkeligheden *er* et løfte, eller at den blot *har virkning som* et løfte, har ingen betydning og er undertiden lidt af en smagssag. Her foretrækkes det at betegne salgsoplysningen som et løfte (om en egenskab ved salgsgenstanden).

Forskellen på en oplysning i forbindelse med kontraktsindgåelse og en ren oplysning – f.eks. en soliditetsoplysning – ligger navnlig i, at den førstnævnte oplysning *vedrører* ydelsen (f.eks. salgsgenstanden), mens den sidstnævnte *er* ydelsen. Hvor oplysningen *er* ydelsen, kan den ikke få løftevirkning.

114 Er den opgivne hovedmand gået konkurs, andrager opfyldelsesinteressen således kun den dividende, kravet ville have udløst i hovedmandens bo, jfr. *Lyng Andersen i Lyng Andersen m.fl.* s. 355 med note 52 (med yderligere henvisninger).

115 Jfr. om det sidste *Udkast* s. 59, *Ussing* s. 342 og *Lyng Andersen i Lyng Andersen m.fl.* s. 355.

116 Sin grundlæggende realisme til trods opererede *Lassen* med en del sådanne fiktive indeståelser, f.eks. for at have fornøden fuldmagt (jfr. nu Aftl. § 25), for at have retlig adkomst (jfr. nu Kbl. § 59) og for at have undersøgt sine opfyldelsesmuligheder (jfr. nu Kbl. § 24). *Lassens* problem var, at hans – rigtige – resultater oprindelig savnede lovhjemmel, og han var på det rene med, at der ikke forelå stiltiende løfter i egentlig forstand, jfr. *Lassen: Almindelig del*, 3. udg. (1917-20) s. 398 f. – *Lassens* teori kan herefter kun med føje kritiseres for at være for *subjektivt* formuleret (stiltiende indeståelse, senere også vækkelse af beføjet tillid) – en helt *objektiv* formulering (forholdets natur) ville have været at foretrække.

117 Når en oplysning vedrører egenskaberne ved den lovede ydelse, må det være udgangspunktet, at “oplysningen” har løftevirkning, medmindre den er forholdsvis vag og ubestemt, jfr. nærmere *A. Vinding Kruse: Ejendomsbø*, 6. udg. (1993) s. 103 f. og afgørelserne U 1947.253 H og U 1956.121 V. Se også *Ussing* s. 389 og Kbl. § 76.

Forskellen på, om en konkret udtalelse er en oplysning eller et løfte, ligger som anført navnlig i, at en oplysning som altovervejende hovedregel kun forpligter til erstatning, hvis den er culpøst urigtig, mens et løfte forpligter under alle omstændigheder.¹¹⁸

Hvis et udsagn, som har form af en oplysning, i virkeligheden er et løfte, er det uden betydning, om “oplysningen” i afgivelsesøjeblikket er rigtig eller ej. Umiddelbart kan dette måske lyde mærkeligt: Vil løftet ikke *per se* være opfyldt, hvis oplysningen er rigtig? Svaret er benægtende: Det afgørende tidspunkt for, om en oplysning er rigtig eller ej, er tidspunktet for dens afgivelse;¹¹⁹ om et løfte er opfyldt eller ej, afgøres derimod efter forholdene på det tidspunkt, ydelsen forfaldt eller risikoen gik over.¹²⁰

1.3. Hensigtserklæringer

1.3.1. Terminologiske bemærkninger og retlige udgangspunkter

Ved en “hensigtserklæring” i juridisk forstand¹²¹ forstås i nærværende afhandling retligt uforbindende udtalelser. *I første række* skal betegnelsen gøre det klart, at der ikke er tale om løfter, dvs. udsagn med løftevirkning. *I anden række* skal betegnelsen markere, at de pågældende udtalelser heller ikke er oplysninger i sædvanlig forstand.

Det forekommer, at en hensigtserklæring betegnes som et “moralsk løfte” eller en *gentlemen's agreement* som en “moralsk aftale”. Denne udtryksmåde er imidlertid uhensigtsmæssig af flere grunde: *For det første* er et løfte – juridisk set – netop defineret ved sin *retsvirkning*: forpligtelsen til at opfylde eller erstatte opfyldelsesinteressen. *For det andet* lader en moralsk binding sig ikke konstatere med samme sikkerhed som en retlig.¹²² *For det tredje* hører moralen ikke under domstolene i den forstand, at de uden videre bør udtale sig om, hvorvidt et udsagn forpligter afgiveren moralsk eller ej.

På linie hermed *Røsæg* s. 304, jfr. s. 291 ff., hvor det med rette kritiseres, at retten i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* fastslog eksistensen af en “*moral obligation*”.

I nogle tilfælde vil det dog kunne blive nødvendigt for en domstol at tage stilling til, om en ren hensigtserklæring kan siges at indebære en *obligatio naturalis* for afgiveren.

118 Det anførte må læses *cum grano salis*, da et løfte jo kan være ugyldigt eller blive uvirksomt.

119 Hvis afgiveren i tidsrummet mellem afgivelsen og dens (forventede) fremkomst hos modtageren bliver bekendt med ændringer i det oplyste forhold, må han dog vistnok i almindelighed være forpligtet til at meddele modtageren dette.

120 Der foreligger f.eks. en mangel, selv om genstanden på aftaletidspunktet var mangelfri. Ska-der, der indtræffer på genstanden efter risikoens overgang, er derimod ikke mangler.

121 Om *letters of intent* henvises til kapitel I, afsnit 3.1 ovenfor.

122 *Røsæg* angiver s. 295 forskellige eksempler på mulige *faktiske* følger, en moralsk dom kan have for moderselskabet, herunder negativ presseomtale og opsigelser fra medkontrahenter.

Hvis et moderselskab betaler kreditgiveren et beløb svarende til datterselskabets gæld uden at være forpligtet hertil, kan denne betaling måske i sig selv være et løfte, som ikke kan tilbagekaldes.¹²³ I så fald er det *i forhold til kreditgiveren* ikke nødvendigt at tage stilling til, om erklæringen begrundede en *obligatio naturalis*: Forholdet kan anskues på den måde, at M har givet afkald på at påberåbe sig, at man ikke var retligt forpligtet. *I forhold til andre* – f.eks. skattemyndigheder, aktionærer og kreditorer – kan det derimod blive nødvendigt at afgøre, om moderselskabets betaling til kreditgiveren var opfyldelse af en *obligatio naturalis* eller ydelse af en gave,¹²⁴ jfr. herved Statsskattelovens § 4, litra c) og ASL § 114.

En hensigtserklæring er som anført ikke noget løfte. Dermed er den heller ikke nogen “forkontrakt” – en sådan må nemlig indeholde et løfte om at indgå en nærmere angivet aftale.

Ifølge *Ussing* s. 97, er en “forkontrakt” en aftale om at indgå aftale. *Ussing* antager, at forkontrakter er forpligtende under sædvanlige betingelser, hvorunder navnlig hører, at indholdet af den kontrakt, der skal indgås, er tilstrækkelig bestemt.¹²⁵ *Ussing* antager videre, at fordringshaveren i h.t. en sådan forpligtende forkontrakt ikke først skal fordr kontrakten indgået, men kan kræve ydelsen eller erstatning for dens udeblivelse direkte støttet på forkontrakten. Efter *Ussings* definition af “forkontrakt” ses der ikke at være nogen reel forskel på en forkontrakt og en egentlig kontrakt: Både betingelserne og retsvirkningerne er jo de samme.¹²⁶

Ussings definition kan læses som et udsagn om, at en “forkontrakt” enten er bindende som en egentlig aftale eller helt uforbindende – men det bør den ikke.¹²⁷ Sml. hertil dissensen til U 1972.50 H: Der var udarbejdet udkast til lejekontrakt mellem en lejer (L) og en udlejer (U), og L og U var enige om alle væsentlige vilkår, da U rejste visse yderligere spørgsmål. Inden lejeaftalen blev underskrevet,

123 Jfr. herved *A. Vinding Kruse: Restitutioner* (1950) s. 204 (“En betaling [...] kan normalt ikke opfattes som en viljeserklæring (et løfte)” sammenholdt med s. 202 (“En betaling har normalt [...] det udelukkende formål at opnå frigørelse for en skyld.”). Forholdet er netop *unormalt*, hvor der sker betaling, selv om der ikke foreligger nogen skyld. I tilfælde, hvor modtageren har føje til at gå ud fra, at det ikke var en afgørende forudsætning for yderen, at han var retskraftig forpligtet, er tilbagesøgning udelukket, jfr. *A. Vinding Kruse* op. cit. s. 206 med henvisning til *Lassen: Speciel del* (1897) s. 809.

124 Gavebegrebet og opfyldelse af naturlige og moralske forpligtelser er nærmere behandlet i *Lego Andersen: Gavebegrebet* (1988) s. 261 ff.

125 Se herimod det ovenfor i afsnit 1.1.3. anførte, og sml. U 1972.50 H (dissensen), omtalt nedenfor.

126 Det anførte gælder kun, hvis man – som *Ussing* – lægger konsensualkontraktsteorien til grund. Sml. hertil *Torgeir Austenå: Om forkontrakter og tilgrensende rettsforhold*, FS Kristen Andersen (1977) s. 40 ff., navnlig s. 52.

127 For det første må en forkontrakt – ligesom et *letter of intent*, jfr. nedenfor – skærpe loyalitetspligten. For det andet må en forkontrakt sikkert føre til en lempelse af bestemthedskravet til en senere kontrakt, sml. ovenfor i afsnit 1.1.3.

udlejede U til anden side. Flertallet (3 dommere) slog fast, at der var “indgået en aftale af en sådan bestemthed”, at U var forpligtet til at leje ud til L på udkastets vilkår med visse ændringer. Mindretallet (2 dommere) fandt ikke, at der forelå en aftale, men kun en “forkontrakt”. Ifølge mindretallet medførte dette, at begge parter var bundet, “indtil en videreførelse af forhandlingerne måtte føre til enighed om alle væsentlige punkter, eller indtil det kunne konstateres, at sådan enighed ikke kunne opnås”. U’s uvarslede afbrydelse af forhandlingerne og påfølgende kontrahering med trediemand var således uberettiget, og med denne begrundelse tilsluttede mindretallet sig flertallets resultat.

Mindretallet synes at mene, at en forkontrakt kan være *til en vis grad bindende* – nemlig således at en umotiveret afbrydelse af forhandlingerne er uretmæssig – uanset at forkontrakten ikke er så bestemt, at den kan sidestilles med en egentlig kontrakt.¹²⁸

En hensigtserklæring er heller ikke nogen egentlig oplysning. Ganske vist kan man sige, at en hensigtserklæring er en oplysning om, hvad der i erklæringsøjeblikket er den erklærendes hensigt, og er oplysningen urigtig, er erstatningsansvar aktuelt. Der er imidlertid flere forskelle på en egentlig oplysning og en hensigtserklæring: *For det første* er det ved en egentlig oplysning muligt at konstatere, om oplysningen var forkert. Dette vil oftest være umuligt ved en oplysning om hensigt. *For det andet* kan en modtager af f.eks. en soliditetsoplysning stole på den. En oplysning om hensigt har ret beset ingen værdi som oplysning – med en omskrivning af en kendt vending: “Man har en hensigt, til man får en ny.” En oplysning om hensigt adskiller sig derfor så markant fra sædvanlige oplysninger, at en særlig kategori er fornøden.

I stedet for udtrykket “hensigtserklæring” for uforbindende udsagn ville nogle måske – navnlig for at undgå forveksling med de “hensigtserklæringer”, der her benævnes *letters of intent* – foretrække betegnelsen “indispositive udsagn”.

I nærværende afhandling vil denne terminologi dog ikke blive anvendt. Den kunne nemlig medføre en vis tilsløring af de ikke ubetydelige forskelle, der er mellem hensigtserklæringer på den ene side og (andre) indispositive udsagn på den anden. Ved hensigtserklæringer er der tale om, at to parter – i et i øvrigt “retligt miljø” – *over for hinanden* tilkendegiver, at de har en vis *hensigt*. Indispositive erklæringer afgives ofte uden for det retlige miljø.¹²⁹ Undertiden er

128 Sml. den ovenfor i afsnit 1.1.1 omtalte U 1989.53 H, der må forstås således, at der forelå en aftale, men hvor bestemtledskravet synes lempet noget på grund af den ene parts illoyalitet.

129 F.eks. i breve til familiemedlemmer. Svarer A på en forespørgsel, at “[han] har bestemt [sig] for at kautionere for B”, er svaret næppe forpligtende, hvis forespørgslen kom i et brev fra hans med B samlevende datter, men det vil som udgangspunkt være forpligtende, hvis det er svaret på en forespørgsel fra B’s bank.

sagen den, at erklæringen ikke er rettet til den, som ønsker at påberåbe sig den.¹³⁰ I almindelighed er der ikke tale om udsagn om hensigter.¹³¹

Det er det helt klare udgangspunkt, at udsagn om intentioner ikke er bindende for parterne.¹³² Som andre forhandlinger kan også forhandlinger, der er sket eller videreført på baggrund af en hensigtserklæring udtrykt i et *letter of intent*, vilkårligt afbrydes. Heller ikke i tilfælde, hvor en sådan afbrydelse for en objektiv betragtning er usaglig og ubegrundet, vil der som udgangspunkt være sanktioner.¹³³ Der gælder ikke i privatretten nogen magtfordrejningslære¹³⁴ eller noget krav om begrundelse. At der må gøres undtagelse for så vidt angår chikane,¹³⁵ og at sådanne tilfælde kan rammes af sanktioner, er klart – men undtagelserne har et noget videre område.

For det første kan man forestille sig, at den pågældende udtalelse er så endelig, at den reelt er en aftale, sml. herved U 1962.266 H, hvor “retningslinier” for en accept blev anset for en bindende aftale.¹³⁶ Se endvidere U 1972.50 H, hvor et udkast til lejeaftale havde en sådan bestemthed, at aftale ansås for indgået.¹³⁷

For det andet kan den ene part i hvert fald opfatte situationen således, at der ikke blot foreligger en hensigtserklæring, men en endelig aftale. Den anden part kan da blive bundet i overensstemmelse hermed, hvis han ikke

130 Se f.eks. NRt 1928.1188 NoH, omtalt i noten nedenfor. *Arnholm I* s. 229 nævner som eksempel et udsagn fra debitor til sin sagfører om, at han ikke vil påberåbe sig forældelse, hvilket ikke er bindende (cfr. en skrivelse af samme indhold til kreditor). Sml. også U 1963.87 H, hvor en gældspost i et regnskab efter omstændighederne fandtes at være en forældelsesafbrydende anerkendelse af gælden.

131 Se f.eks. afgørelsen U 1959.178 H, jfr. *Gomard III* s. 234: En debitor havde i 1945 – i forbindelse med ansøgning om aldersrente – henvendt sig til kreditor og fået dennes bekræftelse af en gæld, der var forældet i 1939. Dette ansås ikke som en dispositiv skylderkendelse. Se endvidere NRt. 1928.1188 NoH, jfr. *Arnholm I* s. 228 f.: En bank havde i 1923 garanteret for A's gæld til B i ét år. En ny garantierklæring – atter gældende for ét år – blev udfærdiget i 1924. Da A i 1925 ansøgte om endnu en fornyelse af garantien, fik han som svar et brev, hvori banken “meddeler at vort styre har gaat med paa at fornye den av os stillede garanti”. Uanset at brevet som nævnt var sendt til A (der havde videresendt det til B), at en egentlig garantierklæring ikke var blevet udfærdiget, og at der ikke – som tidligere – var blevet betalt nogen garantipræmie, fandtes der at foreligge en garanti. Se endelig også U 1990.218 H, omtalt ovenfor i afsnit 1.2.1.

132 Jfr. *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 104.

133 Jfr. *Gomard*: Letters of intent (1984) s. 301 ff.

134 Cfr. *N.P. Madsen-Mygdal* i FS Ussing (1951) s. 348 ff., men som teksten bl.a. *Illum* i U 1953 B s. 61.

135 Betydningen af skadehensigt er i nordisk ret navnlig behandlet af *Ragnar Knoph*: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett (1921). Se også *Ussing*: Erstatningsret (1937) s. 62 ff. og *Stig Jørgensen* i Lov og rett 1977 s. 177 ff. Fra nyere retspraksis kan henvises til afgørelsen U 1981.300 H (NDs 1981.59) og hertil *Mogens Munch* i U 1981 B s. 298 ff.

136 Der forelå altså heller ikke kun en “forkontrakt” i *Ussings* forstand.

137 Afgørelsen er omtalt nærmere ovenfor efter note 127.

reagerer, eller hans handlinger med føje kan opfattes således, at kontrakt er sluttet, jfr. U 1982.227 Ø.

For det tredje har undertiden den mellemløsning, at den ene part skal erstatte den anden den negative kontraktsinteresse, gode grunde for sig.¹³⁸ I dansk ret vil hensigtserklæringer kunne blive et af de – forholdsvis få – områder, hvor *culpa in contrahendo* kan komme til en spille en vigtig rolle.¹³⁹

For det fjerde fører forhandlinger om indgåelse af aftale i visse tilfælde retsvirkninger med sig, selv om forhandlingerne ender resultatløst. Hvorvidt eksistensen af en hensigtserklæring i denne sammenhæng har selvstændig betydning, drøftes nærmere nedenfor.

1.3.2. Kan rene¹⁴⁰ hensigtserklæringer have retsvirkninger?

Som omtalt ovenfor i afsnit 1.1 kan to parter bestemme, at deres “aftale” kun skal være moralsk,¹⁴¹ men derimod ikke retligt, bindende. Dette følger allerede af aftalefrihedens princip: Hvis parterne kan lade være med at indgå aftale overhovedet, må de “som det mindre i det mere” kunne indgå en aftale, der kun binder dem “moralisk”.¹⁴² Aftaler af denne type benævnes ofte “*gentlemen's agreements*”.¹⁴³

138 Se om dette spørgsmål *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 307 ff.

139 Som anført af *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 120, kan pålæggelse af erstatningsansvar være en smidig mellemløsning. Domstolene bør ikke føle sig hæmmet af aftalelovens sanktionssystem, og en noget videre anvendelse af erstatningssanktionen er formentlig på sin plads. En forudsætning for, at domstolene kan tilkende negativ kontraktsinteresse, er dog naturligvis, at der nedlægges påstand herom, sml. U 1975.379 H og hertil *Trolle* i U 1975 B s. 393 samt *Nørgaard* i op. cit. s. 119 med note 143. Muligvis ønsker nogle advokater ikke at give domstolene mellemløsningen i hænde, og ikke sjældent vil den negative interesse da også kun være “et plaster på såret”.

140 Ordet “rene” tjener til at tydeliggøre, at der ikke er tale om hensigtserklæringer, som “i virkeligheden” er enten løfter eller oplysninger, jfr. nærmere nedenfor.

141 For vort formål er det ikke nødvendigt med en nærmere definition af begrebet “moral”. Ved et “moralisk løfte” forstås et ikke-retskraftigt udsagn om, at man vil gøre (eller undlade) noget – et udsagn, der imidlertid opleves som bindende i den forstand, at man nødtigt vil løbe fra sit ord og er på det rene med, at gør man det alligevel, vil det kunne skade ens omdømme. – Om forholdet mellem ret og moral kan bl.a. henvises til *Sv. Gram Jensen: Almindelig retslære*, 2. udg. (1993) s. 55 ff. og *Stig Jørgensen: Ret og samfund* (1970) s. 37 f.

142 Hvor en “rigtig” aftale er forbudt, kan der være grund til også at forbyde “moraliske aftaler” af samme art, jfr. forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler og “alle former for samordnet praksis” i Rom-traktatens art. 85.

143 Den engelske dommer *Vaisey* skulle have givet disse “aftaler” følgende fyndige karakteristik: “[A ‘gentleman's agreement’ is] an agreement, which is not an agreement, made between two persons, neither of whom is a gentleman, whereby each expects the other to be strictly bound without himself being bound at all.” Citatet findes hos *Robert Megarry: A Second Miscellany-at-Law* (1973) s. 326, men er her gengivet efter (1988) I All ER 720, jfr. også *Bogdan* i Tfr 1988 s. 657 og samme i *Blix m.fl.* s. 11 samt *Lynge Andersen og Werlauff* s. 388 med note 351.

Fra nordisk retspraksis kan bl.a. henvises til følgende afgørelser, hvor den ene part gjorde gældende, at erklæringen alene var en hensigtserklæring: U 1982.227 Ø, U 1988.98 H, NJA 1977.92 SvH (NDs 1977.73) og NJA 1990.745 SvH (NDs 1990.602). I U 1990.190 H blev en forudgående hensigtserklæring tillagt betydning ved fortolkning af parternes aftale.

Problemet er, at det ikke altid er klart, om “aftalen” nu virkelig skal være uden enhver retsvirkning. Det udtales vistnok ikke ret ofte i et *letter of intent*, at det alene er udtryk for parternes intentioner og ikke skal have nogen retsvirkninger overhovedet.

Udgangspunktet må være, at de udsagn, der findes i en tekst med overskriften “hensigtserklæring” (el. lign.), ikke er bindende løfter.¹⁴⁴ Der er dog kun tale om et udgangspunkt, og det forekommer vistnok ikke helt sjældent, at et skriftstykke, som benævner sig selv “hensigtserklæring”, indeholder løfter og/eller oplysninger. Ting er ikke altid, hvad de giver sig ud for at være. En overskrift giver kun fortolkningen retning, men denne kan ændres som følge af udsagnene i selve teksten.

At erklæringen ikke binder afgiveren på samme måde som et løfte, udelukker ikke i sig selv, at visse andre retsvirkninger kan følge af den.¹⁴⁵ Udfærdigelsen af en hensigtserklæring – eller det blotte faktum, at to personer træder i forhandlinger – medfører i hvert fald en vis loyalitetspligt.¹⁴⁶

Spørgsmålet er, om loyalitetspligten er stærkere i situationer, hvor der er udfærdiget en hensigtserklæring, end hvor dette ikke er tilfældet. Der kan næppe være tvivl om, at svaret må være bekræftende.¹⁴⁷ Et udsagn om, at hensigtserklæringer i almindelighed er *helt uden retsvirkninger*, lader sig næppe opretholde teoretisk.¹⁴⁸

I antagelsen af en skærpet loyalitetspligt ligger ingen anerkendelse af løftevirkning “ad bagvejen”, men blot en erkendelse af, at selv et *letter of intent*, der består af lutter hensigtserklæringer, ikke svæver i et retstomt rum. Det pågældende *letter* er i sig selv et retsfaktum, og et retsfaktum kan undertiden forpligte en person, endog hvor denne kendeligt ikke ville forpligte sig.¹⁴⁹

144 Jfr. Gomard: Letters of intent (1984) s. 267.

145 Jfr. Gomard: Letters of intent (1984) s. 277, hvor det anføres, dels at en hensigtserklæring i almindelighed ikke er et løfte, dels at dette ikke udelukker andre retsvirkninger.

146 Jfr. bl.a. Palle Bo Madsen i U 1982 B s. 165 ff. og – særligt om kontraktlige konkurrencebindinger – samme: Markedsret, 1. udg. (1988) s. 219 ff., særligt s. 237 ff.

147 Jfr. Adlercreutz i SvJT 1987 s. 496 med yderligere henvisninger.

148 Sml. Gomard: Letters of intent (1984) s. 269. – Den i teksten antagne almindelige skærpelse af loyalitetspligten vil dog kun få betydning for udfaldet i et forsvindende lille antal sager, og som *praktisk hovedregel* vil det derfor stadig kunne hævdes, at rene hensigtserklæringer er helt uden retsvirkninger.

149 Se nærmere ovenfor i afsnit 1.1.2.

Hvad angår hensigtserklæringer, kan en loyalitetspligt begrunde følgende to resultater:

- 1) Afgiveren af en hensigtserklæring ifalder erstatningsansvar for omkostninger, der påføres modtageren, såfremt erklæringen er afgivet på skrømt.
- 2) Afgiveren er ansvarlig for tab, som modtageren måtte lide ved ikke uden ugrundet ophold at være blevet underrettet om, at afgiveren har opgivet den tilkendegivne hensigt.¹⁵⁰ Ved støtteerklæringer må der således i almindelighed underforstås et løfte fra M om (eller påhvile M en pligt til) at informere P, såfremt der indtræder ændringer i M's tilkendegivne hensigter. (Det samme må i øvrigt gælde vedrørende forhold, hvorom M har givet P oplysninger.)

I både tilfælde (1) og (2) er der kun tale om erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse.¹⁵¹

I tilfælde (1) kan erstatningspligten kun begrundes med en særlig loyalitetspligt¹⁵² – ikke med et (underforstået) løfte. At antage et løfte ville være lige så forkert som at hævde, at en butikstyv må anses at have lovet at betale salgsprisen, hvis han bliver opdaget.

Erstatningsansvar for den, der urigtigt oplyser at have en nærmere bestemt hensigt, antages af *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 307 f.¹⁵³ Hos *Ussing: Erstatningsret* (1937) s. 49, findes synspunktet i følgende form:

“[Den, der] under kontraktsforhandlinger fremsætter urigtige angivelser [må ifalde ansvar], forudsat at han indså eller burde indse, at hans angivelser kunne virke bestemmende på medkontrahenten.”

Hverken *Gomard* eller *Ussing* udtaler sig specifikt om hensigtserklæringer fra et moderselskab over for et pengeinstitut om at forsyne det låntagende datterselskab med kapital. Om sådanne erklæringer indtager *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 196 samme standpunkt: erstatningsansvar for en (fra først af) urigtig hensigt. På linie hermed er afgørelsen NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460), hvor den svenske højesteret udtaler:¹⁵⁴

“[Det synes] inte kunna råda någon tvekan om att skadeståndsskyldighet enligt allmänna principer kan uppkomma för det fall utställaren skulle ha vållat skada genom att lämna felaktiga upplysningar om faktiska förhållanden eller genom att lämna sådana upplysningar om sina avsikter eller sin inställning för framtiden som var oriktiga redan när förklaringen avgavs” (udh. her).

150 Jfr. *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 308, der dog kræver, at underretning sker “straks”.

151 Der erindres om, at den negative interesse i tilfælde (1) udgør *hele det til D udlånte beløb*, såfremt det må lægges til grund, at beløbet ikke ville være blevet udlånt til D, hvis M's erklæring havde været rigtig, jfr. ovenfor.

152 Eller, om man vil, i almindelige erstatningsregler: I netop dette tilfælde kan man nemlig principielt hævde, at der er tale om ansvar for en urigtig oplysning.

153 Se også ovenfor i kapitel I, afsnit 3.1.

154 Se NJA 1992.375, på s. 401 f.

Det forekommer imidlertid ikke helt uproblematisk at antage fuldt erstatningsansvar i tilfælde, hvor et pengeinstitut bevilger en kredit til et datterselskab “i tillid til” moderselskabets hensigtserklæring, og hvor M ikke har haft den deri angivne hensigt i erklæringsøjeblikket.

M har naturligvis optrådt culpøst – regelmæssigt vel endog doløst (svigagtigt). *Også P har imidlertid handlet culpøst*,¹⁵⁵ nemlig ved at stole på en hensigts-erklæring, som – selv hvis den var rigtig – ikke giver P nogensomhelst beret-tigede forventninger: M kunne jo frit have ændret hensigten på et hvilket som helst senere tidspunkt.¹⁵⁶

Pålægelse af fuldt erstatningsansvar kan forsvares med henvisning til, at M's dolus eller culpa vejer langt tungere end P's culpa.¹⁵⁷ Et problem er det dog, at pålægelse af erstatningsansvar vil stille P (næsten), som om P havde fået et egentligt løfte af M. Den negative kontraktsinteresse svarer i eksemplet beløbs-mæssigt næsten til den positive opfyldelsesinteresse.¹⁵⁸

På baggrund heraf kan man tænke sig to reaktioner: Enten at opretholde udgangspunktet med M's ansvar for hele den negative interesse, men kun i forbindelse med *strengt krav til P's bevis* for, at M faktisk ikke havde den tilkendegivne hensigt. Eller at P som udgangspunkt kun får en del af den negative interesse (*delvis erstatning*).

Også i tilfælde (2) kan erstatningspligten begrundes med en loyalitetspligt. Her er det dog også teoretisk muligt at opfatte pligten til at underrette som *påtaget ved et (stiltiende eller underforstået) løfte*.

Den antagne pligt for M til at underrette P ved ændring i de tilkendegivne hensigter kan finde en vis støtte i NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460), hvor det ovenfor ved note 154 gengivne citat efterfølges af sålydende udtalelse:

“Var uppgifterna riktiga när de lämnades, kan utställaren beroende på omständigheterna tänkas ådra sig en upplysningsskyldighet för det fall förhållandena skulle ändras.”

Den sidstnævnte synsmåde – stiltiende løfte “nedenunder” den tilkendegivne hensigt – er af stor principiel interesse. Den rummer en påstand om, at *en (udtrykkelig) tilkendegivelse af en vis hensigt vedrørende ét forhold principielt ikke udelukker, at der kan foreligge et (stiltiende) løfte vedrørende et andet forhold*.

155 Sml. *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 291: “Også *modtageren* af et letter of intent har [...] mulighed for at skabe klarhed [...]”. Dette gælder i særlig grad, hvad angår likviditets-erklæringer, hvor P kunne undgå tvivl og tvist ved at insistere på et egentligt *løfte*.

156 Anderledes udtrykt: Kunne P overhovedet med føje basere en kredit til D på en hensigts-erklæring fra M? Og hvis svaret er nej, hvorledes kan der da være årsagsforbindelse mellem den urigtige hensigtserklæring og P's tab ved udlånet?

157 Den, der er blevet besveget, bevarer jo også svigsindsigelsen, selv om han har handlet uagt-somt.

158 Sml. *Carsten Smith III* s. 179, hvorefter “mellemløsningen” negativ kontraktsinteresse rej-ser særlige problemer i kautionsretten.

At en ren hensigtserklæring ikke *kan* indeholde et løfte om at realisere selve den tilkendegivne hensigt, ligger i sagens natur.¹⁵⁹ Som det ses, kan en hensigts-erklæring derimod i princippet godt have visse *naturalia negotii*,¹⁶⁰ som har løftevirkning.

En passus om, at erklæringen ikke skal have “retsvirkninger af nogen art”, findes sjældent i en hensigtserklæring, men i virkeligheden kan kun en sådan passus medføre, at erklæringen *uden videre* kan frakendes enhver løftevirkning.¹⁶¹ I andre tilfælde må den pågældende erklæring undergives en nøjere fortolkning i lyset af omstændighederne, før det kan afgøres, om den – på trods af overskriften “hensigtserklæring” (el. lign.) – indeholder visse stiltiende løfter.¹⁶²

På baggrund af, at loyalitetspligten kan begrunde erstatningsansvar i de ovenfor omtalte tilfælde (1) og (2), kunne man spørge, hvornår der bliver behov for at undersøge, om der foreligger stiltiende løfter. Svaret er, at *tilfælde (1) og (2) markerer grænsen for, hvor langt man kan komme med loyalitetspligten*. Skal man længere end til at give erstatning beregnet som negativ kontraktsinteresse – mest vidtgående: erstatning beregnet som positiv opfyldelsesinteresse i tilfælde af fravigelse af den tilkendegivne hensigt – kan man ikke begrunde det i en loyalitetspligt.¹⁶³ I så fald kan kun en henvisning til, at der foreligger et løfte, gøre fyldest.¹⁶⁴

Spørgsmålet er herefter, *hvilke løfter* der vil kunne indlægges i forskellige hensigtserklæringer. Dette spørgsmål kan ikke besvares generelt. Det må dog være klart, at erklæringen i hvert fald ikke kan anses at indeholde *et løfte, som er tilnærmelsesvis lige så vidtgående som en realisering af selve den tilkendegivne hensigt*.

I en likviditetserklæring, som fremtræder som en ren hensigtserklæring (M udtaler blot, at M har til hensigt at støtte D økonomisk) kunne man *overveje*

159 Eller måske rettere i *definitionen*: Har afgiveren forpligtet sig til at realisere den tilkendegivne hensigt, foreligger der netop ikke længere en hensigtserklæring, men et løfte.

160 Strengt taget er dette ord ikke anvendeligt her, da der netop ikke foreligger et *negotium*. Meningen skulle dog være klar nok: Skønt der ikke er afgivet et udtrykkeligt løfte, så indlægges dette i situationen.

161 Med en sådan passus sættes den almindelige loyalitetspligt selvsagt ikke ud af kraft.

162 Som nærmere omtalt nedenfor vil indfortolkning af stiltiende løfter dog kun *helt undtagelsesvis* komme på tale. – Fraværet af en klausul om, at det pågældende *letter* ikke skal have retsvirkninger overhovedet, er ikke i sig selv et argument for at tillægge det retsvirkninger, jfr. Gomard: Letters of intent (1984) s. 308.

163 Sml. dog Gomard: Letters of intent (1984) s. 309 f., som finder, at begrebet negativ kontraktsinteresse ikke har en sådan fasthed, at det kan udelukke tilkendelse af “en vis bruttoavance (‘mestersalær’, Unternehmerlohn)”, hvor dette findes begrundet.

164 Et sådant løfte kan være stiltiende eller f.eks. følge af *kutyme*, sml. hertil Karen Dyekjær Hansen i Forhandlingerne ved Det 30. nordiske Juristmøde, del II (1984) s. 456 ff.

at underforstå en række løfter (*naturalia negotii*, “biforpligtelser”¹⁶⁵), eksempelvis et løfte om at informere P i kritiske situationer, om ikke at modtage udbytte fra D, og om at træde tilbage i forhold til P.¹⁶⁶

Indfortolkning af sådanne biforpligtelser i *rene hensigtserklæringer* må absolut være undtagelsen. Likviditetserklæringer er imidlertid ofte meget lidt “rene”, når man ser nærmere på ordlyden i lyset af aftalesituationen. I så fald er biforpligtelser som de nævnte værd at overveje – i hvert fald kan sådanne “mellemløsninger” være mere nærliggende end at antage, at hensigtserklæringen i virkeligheden er et fuldt bindende løfte om at forsyne D med kapital. Se nærmere nedenfor i kapitel XI.

1.4. Sammenfatning af afsnit 1.1.-1.3.

Et udsagn kan kun karakteriseres som et løfte, hvis det opfylder *løftebetingelserne*. Udsagnet skal således være tilstrækkelig endeligt og bestemt.

Ikke kun egentlige løfter har løftevirkning. Denne virkning kan også følge af *stiltiende løfter, quasidispositioner og anden dispositiv adfærd*.

Det kan undertiden være vanskeligt at afgøre, om et givet udsagn er et løfte eller en *oplysning*. En egentlig oplysning kan ikke have løftevirkning, men kan – hvis den er *culpøst urigtig* – medføre *erstatningspligt*.

Et papir med overskriften “hensigtserklæring” (el. lign.) *kan* indeholde løfter eller oplysninger, men vil nok oftest indeholde *rene hensigtserklæringer* (blot moralsk forbindende løfter).

Et udsagn, som retligt må karakteriseres som en ren hensigtserklæring, har i almindelighed *ingen retsvirkninger overhovedet*, når bortses fra en *skærpet loyalitetspligt* i forhold til, hvad der ellers ville gælde på det pågældende retsområde.

Undtagelsesvis kan en ren hensigtserklæring dog have *videregående retsvirkninger*, efter omstændighederne endog visse løftevirkninger. Dog er det udelukket, at *selve hensigtstilkendegivelsen* i en ren hensigtserklæring kan have løftevirkning. I det højeste kan der “nedenunder” *den tilkendegivne hensigt* findes at være et stiltiende eller underforstået løfte med mindre vidt-

165 Ordet “biforpligtelser” er misvisende, da der netop *ikke* er nogen hovedforpligtelse. Meningen er dog – ligesom ved *naturalia negotii* ovenfor – god nok, nemlig at erklæringen indeholder visse forpligtelser, som slet ikke fremgår af dens tekst, og som går ud på noget andet, end det der tales om i teksten.

166 Den førstnævnte forpligtelse (pligt til at informere) kan begrundes i en loyalitetspligt, de to sidstnævnte (ingen ret til at oppebære udbytte henholdsvis pligt til at stå tilbage) kan kun begrundes i eksistensen af “løfter” (udsagn med løftevirkning). – Det forekommer ikke overbevisende, når Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 203 ff. mener at kunne begrunde en tilbagetrædelsespligt for långivende selskabsdeltagere (sml. tysk GmbHG § 32 a) i en ulovfæstet loyalitetspligt, jfr. hertil Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 62 og 68 samt Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen i Revisionsorientering nr. 72 (1993) s. 18 f.

gående indhold. Skønt et sådant løfte kun *helt undtagelsesvis* kan antages, har selve muligheden stor principiel interesse. Umiddelbart virker det jo nok så paradoksalt, at det ikke er udelukket, at et løfte kan være et slags *naturale negotii* til en hensigtserklæring.

2. Kritik af hidtidige systematiseringsforsøg.

Kriterier, som anvendes i denne afhandling

Nedenfor foretages først en kritisk gennemgang af de forsøg på systematisering, som er gennemført i hidtidig teori (afsnit 2.1.1-2.1.3). Dernæst gennemgås de synspunkter, som er og vil blive lagt til grund for systematiseringen i nærværende afhandling (afsnit 2.2.).

2.1. Kritik af hidtidige systematiseringsforsøg

2.1.1. Erklæringens “emne”

At fastslå, at et givet udsagn er et løfte, en oplysning eller en ren hensigtserklæring, er ikke tilstrækkeligt. Det må selvsagt også fastslås, hvad løftet, oplysningen eller hensigtserklæringen *går ud på*.¹⁶⁷

Der må således anlægges en sontring efter det “emne”, de enkelte erklæringer har. Erklæringerne kan eksempelvis angå aktiebesiddelsen i D, ledelsen i D eller M’s villighed til at understøtte D økonomisk.¹⁶⁸

Sontringen mellem forskellige emner går på tværs af sontringen løfte – oplysning – hensigtserklæring: Et udsagn om ét og samme emne (f.eks. M’s ejerskab til aktierne i D) kan være formet som et *løfte* (om ikke at ændre heri), som en *oplysning* (om de faktiske forhold), eller som en *hensigtserklæring* (om at opretholde ejerskabet).

I tysk teori opregnes ofte en hel række forskellige støtteerklæringer, som er ind delt i typer efter deres “emne”. En sådan opdeling tjener hovedsagelig kun til en opdeling af stoffet. Undertiden kan oversigten i et vist omfang gå tabt. Således opererer *Mosch* med ikke færre end 28 typer.

Nedenfor i kapitel V foretages en gennemgang af en række forskellige støtteerklæringer, som er opdelt efter “emne”.

Af støtteerklæringerne er likviditetserklæringen – et udsagn om en eller anden form for (økonomisk) støtte fra M til D – som type den mest interessante. Selv om det overordnede emne er det samme, kan et sådant udsagn

¹⁶⁷ Ligger det fast, at et givet udsagn er en ren hensigtserklæring, har det ikke samme interesse at fastslå det nærmere indhold af den tilkendegivne hensigt: Den erklærende er jo – som alt-overvejende hovedregel – ikke bundet heraf. Helt uden betydning er indholdet dog ikke, jfr. ovenfor i afsnit 1.3.2.

¹⁶⁸ Der er indres om, at udsagn af sidstnævnte type benævnes “likviditetserklæringer”.

forekomme i så forskellige afskygninger, at de må siges at udgøre egne emner, f.eks.:

“Vi vil om nødvendigt tilføre D kapital, således at D er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem.”

“Vi vil udøve vor indflydelse i D, således at det sikres, at D er i stand til at tilbagebetale kreditten til Dem som forudsat.”

“Såfremt D måtte blive ude af stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, vil vi optage forhandlinger med Dem med henblik på at opnå en tilfredsstillende løsning.”

“Det er vor opfattelse, at D vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem som forudsat, men skulle der indtræffe uforudsete omstændigheder, vil vi se, hvad vi kan gøre for at sikre D's betalingsevne.”

Hvis D bryder økonomisk sammen, er P interesseret i at rette et krav mod M. Enten må P påberåbe sig et *løfte* fra M, eller også må P gøre gældende, at M ved at afgive en *urigtig oplysning* har forledt P til at yde D lånet og derved pådraget sig et erstatningsansvar over for P.

Som det fremgår af afsnit 1.1 og 1.2 ovenfor er forskellen på løfter og oplysninger af stor principiel betydning. I denne sammenhæng skal særlig fremhæves de forskelle, der følger af, at løftebetingelserne (selvsagt) kun gælder løfter – ikke oplysninger:

- 1) For at der kan foreligge et løfte, må M have fremsat *et udsagn, som har D's likviditet, solvens el. lign. som emne*. For at erstatningsansvar for en urigtig oplysning kan komme på tale, kræves *ikke et udsagn om et bestemt emne, blot oplysningen kan antages at have været bestemmende for P's beslutning om at yde lånet til D* (en oplysning om M's ejerandel i D, om M's praksis med at bistå datterselskaber i nød, om tillid til D's ledelse).
- 2) For at der kan foreligge et løfte, må M's udsagn have en vis *bestemthed*. Ansvar for en oplysning forudsætter, at man kan fastslå, hvad oplysningen går ud på, men nogen nævneværdig bestemthed kræves ikke – tværtimod vil erstatningsansvar ofte være særlig nærliggende ved uklare eller mangelfulde oplysninger. Anderledes udtrykt: Om der foreligger et løfte, afhænger typisk de anvendte ord, altså på *hvad der er sagt eller skrevet*. Om der er ansvar for en urigtig oplysning, afhænger ofte af, hvad der netop *ikke* er sagt eller skrevet: Ansvar kan pålægges, hvor noget ikke er oplyst, som burde have været oplyst.

2.1.2. Stærke, mellemstærke og svage erklæringer

I dansk – og udenlandsk – teori har man hidtil i hovedsagen kun sondret mellem stærke, mellemstærke og svage erklæringer.¹⁶⁹ Denne sondring er lidet givende, fordi den er vag og upræcis, og fordi de allerfleste erklæringer befinder sig i “mellemgruppen”.¹⁷⁰

Sondringen må vistnok siges at gøre mere skade end gavn, idet den med sin én-dimensionalitet tilslører, at ikke kun udsagnets *styrke*, men også dets *emne* har betydning. Det vil være mere vild- end vejledende at placere løfter, oplysninger og hensigtserklæringer på en skala fra “stærk” til “svag”, thi et konkret løfte – f.eks. om at forhandle – kan være meget svagere end en urigtig oplysning, som konkret giver grundlag for et erstatningskrav.

2.1.3. Objektive og subjektive fakta samt udtalelser om fremtiden

Bogdan har lanceret en tredeling af støtteerklæringer, som bygger på, om erklæringen indeholder udtalelser om objektive forhold, subjektive forhold eller fremtiden.¹⁷¹

Efter min opfattelse vil en analyse ud fra disse kriterier ikke kunne bringe noget, som ikke kan opnås gennem en analyse baseret på de grundlæggende begreber (løfte – oplysning – hensigtserklæring).

Afgiver M en erklæring om ledelsen i D, er det efter min opfattelse uden betydning, om den formuleres subjektivt:

“Vi har fuld tillid til D’s ledelse”

eller objektivt:

“Der har aldrig været grundlag for at betvivle den forretningsmæssige dygtighed og absolutte hæderlighed hos D’s ledelse”.¹⁷²

Afgørende må i begge tilfælde være, om M på tidspunktet for afgivelsen af erklæringen havde *føje til* at udtale sig som sket.

Noget andet er, at det for besvarelsen af spørgsmålet, om der foreligger et løfte, en oplysning eller blot en hensigtserklæring, kan spille en stor rolle, om udtalelsen vedrører noget objektivt, subjektivt eller fremtiden. I reglen vedrører oplysninger nemlig nutiden, løfter derimod fremtiden. Endvidere vil oplysninger oftest vedrøre noget objektivt, ikke noget subjektivt.

169 Jfr. således *Brasen* i RR nr. 2/1990 s. 30 ff., der taler om “stærke”, “stærkere” og “svage” erklæringer og *Godsk Pedersen* i RR nr. 5/1990 s. 58 f. (hvor betegnelsen “stærkere” for mellemgruppen med rette kritiseres). Se også *Godsk Pedersen* s. 106 ff.

170 Sondringens værdi betvivles også af *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 20 og af *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 11.

171 Jfr. *Bogdan* i TfR 1988 s. 660 ff. og *samme* i *Blix m.fl.* s. 16 ff.

172 Jfr. nærmere *Torsten Iversen* i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 19, jfr. s. 10.

Følgende udsagn forekommer sprogligt meningsløse:

“Vi lover, at vi p.t. følger den praksis at understøtte vore datterselskaber økonomisk ved behov.”¹⁷³

“Vi lover, at det vil være vor hensigt at understøtte vore datterselskaber økonomisk ved behov.”¹⁷⁴

“Vi oplyser, at det vil være vor hensigt at understøtte vore datterselskaber økonomisk ved behov.”¹⁷⁴

Sprogligt meningsløs er følgende udtalelse vel ikke, men juridisk set er den et misfoster:

“Vi oplyser, at vi også fremover vil følge den praksis at understøtte vore datterselskaber ved behov.”¹⁷⁵

2.1.4. Adfærdstilkendegivelse (adfærdsbeskrivelse og forventningsgrundlag)

Lego Andersen opererer i RR nr. 4/1992 s. 10 ff. med begrebet *adfærdstilkendegivelse*, som opdeles i en adfærdsdel (*adfærdsbeskrivelse*) og en forventningsdel (*forventningsgrundlag*).

Efter min opfattelse bidrager denne måde at beskrive tingene på ikke til klargøring – kun til forvirring. Vel har modellen den fordel, at den er to-dimensionel,¹⁷⁶ men der er ingen grund til at indføre nye begreber som adfærdstilkendegivelse: Det har altid været klart, at man ikke kun kan spørge, *om der er afgivet et løfte*, men også må undersøge, *hvad løftet – i givet fald – går ud på*. *Lego Andersens* opdeling i forventningsgrundlag (løftets eksistens) og adfærdsbeskrivelse (løftets indhold) er kun en omskrivning heraf – ovenikøbet en omskrivning, hvor tingene sættes på hovedet, idet indholdet behandles, før det undersøges, om der overhovedet foreligger et løfte.¹⁷⁷

I denne sammenhæng er hovedbudskabet hos *Lego Andersen* op. cit. s. 15, at M kan blive bundet over for P, selv om M ikke har afgivet noget løfte, nemlig hvis M har fremkaldt *beføjede forventninger* hos P. Dette kan ikke tiltræ-

173 Anvendes derimod udtryksmåden “Vi garanterer [...]”, er erklæringen *sprogligt* i orden. En sådan garanti kan P dog ikke bruge til noget – og erklæringen må forstås som en oplysning. I andre tilfælde kan en person have stor interesse i at få en garanti for nutidige forhold, f.eks. en tilsikring om egenskaber ved et produkt.

174 En tilkendegivelse af en hensigt er en udtalelse i nuet, om hvad man agter at gøre i fremtiden. Sprogligt refererer hensigt således *per se* til fremtiden, og det har ingen mening at udtale noget om, hvilke hensigter man senere vil have eller få.

175 En oplysning må angå *nutidige* forhold – for ingen kan jo spå om fremtiden. Spørgsmålet er, om man vil anse udtalelsen som en hensigtserklæring (jfr. “oplyser” og “praksis”) eller som et løfte (jfr. “vil følge”).

176 Jfr. *Lego Andersen* op. cit. s. 11.

177 Som det fremgår af kapitel VII, afsnit 5 nedenfor er der en intim sammenhæng mellem de to spørgsmål, men ét sted skal man jo begynde, og det må da mest naturligt blive med, om der givet et løfte eller ej.

des: P's forventninger er kun beføjede, *hvis* der foreligger et løfte.¹⁷⁸ Det går nu engang ikke at forudsætte, hvad der skal bevises.

Se hertil også nærmere nedenfor i kapitel IX, afsnit 2, hvor det fremhæves, at erklæringen ligger som en øde ø mellem M og P, og at P selv må bære risikoen for sin (urigtige) bedømmelse af erklæringens indhold.

Lige så lidt som afgiveren af et løfte kan henvise til, at han ikke *ville* forpligte sig, lige så lidt kan modtageren henvise til, at han *gik ud fra*, at afgiveren havde forpligtet sig.¹⁷⁹ Afgørende er en retlig bedømmelse af hele forholdet – og det må i den forbindelse erindres, at *ikke blot ordlyden, men også alle led-sagende omstændigheder* har betydning, når det skal klarlægges, om der foreligger et løfte.

2.2. Kriterier, som anvendes i denne afhandling

Af fremstillingen i afsnit 1 ovenfor følger, at det ved analyse må fastslås, om en konkret støtteerklæring indeholder løfter, oplysninger eller rene hensigts-erklæringer (“moralske løfter”). Systematikken må bygge på disse tre juridiske begreber.

Der må dog også sondres efter erklæringernes emne, jfr. ovenfor i afsnit 2.1.1 og nedenfor i kapitel V. Det er ikke ligegyldigt, om M udtaler sig om ejerforholdet til D, om sin vilje til at støtte D økonomisk eller om sin tillid til D's ledelse. Mens man måske kan rangordne løfter, oplysninger og hensigts-erklæringer ind efter hinanden,¹⁸⁰ lader dette sig i hvert fald ikke gøre med emnerne. Er det f.eks. bedre at få et løfte fra M om, at det ikke vil overdrage kapitalen i D, end en oplysning om, at M har fuld tillid til D's ledelse?

I øvrigt erindres om, at en abstrakt rangordning – f.eks. anfordringsgaranti, selvskyldnerkaution, simpel kaution, tabskaution – ikke udelukker, at forholdene konkret kan falde anderledes ud: Det er f.eks. mere værd at kunne gøre en tabskaution gældende mod en rigmand end en anfordringsgaranti mod en subsistensløs.

178 Se også ovenfor ved note 39. – P kan også have forventninger på baggrund af en oplysning – og den forventning, at oplysningen er rigtig, må i reglen beskyttes. Det er dog tydeligvis ikke-ansvar for urigtige oplysninger, *Lego Andersen* l.c. har i tankerne.

179 Sml. om fortolkning *Ussing* s. 422: “Ialfald ved formueretlige Løfter [...] kan den erklærendes Mening eller Vilje kun faa Betydning, naar den enten er forstaaet af den anden Part eller dog lagt saaledes for Dagen, at han burde forstaa den. [...] På den anden side maa den erklærendes Mening blive afgørende, naar den er forstaaet af Adressaten.” Se også s. 423: “Omvendt faar Løftemodtagerens individuelle Opfattelse ingen Betydning, medmindre Løftegiveren ved sin Optræden har givet Løftemodtageren Føje til at opfatte Løftet som sket.”

180 Se kritisk heroverfor afsnit 2.1.1. ovenfor.

Mens man med hensyn til udsagnenes karakter kan operere med en tredeling i løfte – oplysning – hensigtserklæring,¹⁸¹ må man for så vidt angår emnerne nøjes med at operere med en todeling: “stærke emner” og “svage emner”.¹⁸²

Vi har altså følgende muligheder:

	“Stærkt emne”	”Svagt emne”
Løfte		(?)
Oplysning		
Hensigtserklæring		

Dette skema giver et bedre billede af problemerne ved støtteerklæringer, end en blot opdeling i stærke, mellemstærke og svage erklæringer gør: Det erkendes, at P’s muligheder for at rette et krav mod M ikke blot afhænger af den *karakter*, men også af det *indhold*, som M’s udsagn har.

Spørgsmålstegnet (?) markerer, at et “svagt emne” kan være *så svagt*, at der ikke foreligger noget løfte, jfr. ovenfor om løftebetingelserne, herunder “byrde” og “bestemthed”, og nedenfor i kapitel VII, afsnit 4.

Når bortses fra erkendelsen af to-dimensionaliteten og det netop nævnte spørgsmålstegn, har en opdeling i stærke og svage emner derimod ingen værdi. En sådan opdeling vil derfor ikke blive foretaget i denne afhandling.

Det vil afhænge helt af de konkrete omstændigheder, om eksempelvis et løfte fra M om ikke at afhænde aktierne i D eller en oplysning om fuld tillid til D’s ledelse har nogen værdi for P. I hvert fald vil det på det tidspunkt, P modtager erklæringen, næppe stå P klart, hvad P vil kunne få mest glæde af

181 Cfr. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 11, der kun opererer med en todeling i stærkt og svagt forventningsgrundlag. Se hertil kritikken ovenfor i afsnit 2.1.4.

182 Jfr. herved *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 11, som opererer med stærke og svage adfærdsbeskrivelser (svarende til det, som her kaldes “emner”).

KAPITEL IV

Regnskabsretlige bemærkninger

Ovenfor i kapitel II, afsnit 2.3 er der redegjort for, at formålet med at udstede en støtteerklæring (likviditetserklæring) undertiden er at undgå en noteførsel i regnskabet. I dette kapitel vil den regnskabsretlige baggrund blive ridset op.

Indledningsvis vil nogle principper i Årsregnskabsloven blive omtalt i afsnit 1. Herefter vil den nære sammenhæng mellem spørgsmålet om noteførsel og spørgsmålet om retlig bundethed blive behandlet i afsnit 2. Det vil i afsnit 3 blive drøftet, om kreditgiver har en "pligt" til at sikre sig, at en forpligtende likviditetserklæring rent faktisk noteføres. I afsnit 4 vil det endelig blive undersøgt, om overtrædelse af regnskabsmæssige regler kan medføre, at en likviditetserklæring anses som ugyldig eller uvirksom.

1. Årsregnskabslovens 3-delning

Snart sagt enhver aftale, som en virksomhed indgår, kan i sidste instans påføre virksomheden et tab. Køber virksomheden varer, som den ikke kan komme af med igen, er pengene tabt. Sælger virksomheden varerne til en kunde, der ikke kan betale, er pengene ligeledes tabt.

Kreditgivning til og investering i virksomheder foretages sjældent i blinde. Det er naturligt, at man som kreditgiver eller investor søger at undgå ubehagelige overraskelser. Et vigtigt middel til at vurdere en virksomhed er dens årsregnskab. Skal årsregnskabet give mere end et øjebliksbillede, må der i et vist omfang tages højde for fremtidige tabsrisici.

Fremtidige forpligtelser og tab kan være mere eller mindre sikre. Det er derfor naturligt, at der findes forskellige kategorier i årsregnskabet. Der sondres mellem

- 1) gæld,
- 2) hensættelse og
- 3) noteførsel.

Gæld, hensættelse og noteførsel vedrører *balancen*. Direkte udgiftsførsel sker i *resultatopgørelsen*, hvor f.eks. varekøb og driftsomkostninger fratrækkes.

Ukuransnedskrivninger vises normalt ikke særskilt, men indregnes i ændringer af lagrene. Hermed indgår ukuranstabet i vareforbruget på resultatopgørelsen.

Normale tab på debitorer skal heller ikke vises særskilt. Væsentlige nedskrivninger vil i reglen vises som en særskilt post i resultatopgørelsen, jfr. i det hele *Hasselager og Runge Johansen* s. 208.

1.1. Gæld

En gældspost er udtryk for, at et bestemt beløb skal betales til en bestemt trediemand til et givet tidspunkt. Er disse forhold ikke på det rene, kan der i stedet blive tale om at *hensætte* et beløb, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 188.

Gældsposterne opdeles i kortfristet og langfristet gæld, alt efter om den forfalder inden for et år eller senere. Gæld til tilknyttede selskaber, herunder moderselskaber, skal vises særskilt.

1.2. Hensættelse

Hensættelse anvendes, hvor et tab vil blive lidt, men hvor størrelsen eller forfaldstidspunktet er ukendt på regnskabstidspunktet. Hensættelser udgiftsføres i resultatopgørelsen. Også hvor hensættelser sker ved overførsel af beløb fra egenkapitalen, skal der posteres via resultatopgørelsen, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 185.

Udgiftsføres den post, som hensættelsen skal dække, vil postering via resultatopgørelsen være en mulighed. Opløsning af hensættelser, som ikke bliver realiserede, sker ved overføring til egenkapitalen og kan i reglen ikke ske uden om resultatopgørelsen, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 185 f. Bliver tabet sikkert, konverteres hensættelsen til gæld. Dette sker normalt uden om resultatopgørelsen, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 186.

I praksis ses navnlig hensættelser til pensioner og eventualskat. Hensættelser til dækning af risici vedrørende indgåede kontrakter og besluttede reparationer af anlæg forekommer også ofte.

1.3. Forpligtelse “under strengen” (note)

Af Årsregnskabslovens (ÅRL) § 46, stk. 3 fremgår, at der findes visse “andre økonomiske forpligtelser”, dvs. forpligtelser, der hverken skal behandles som “gæld” eller “hensættelser”. Disse poster kendes internationalt under betegnelsen “off balancesheet items” og er – som navnet siger – ikke indeholdt i selve balancen. Der gives oplysning om dem “under strengen”, dvs. som noter til regnskabet.

Ud over pensions-, kautions- og garantiforpligtelser, diskonterede veksler og forpligtelser i h.t. leje- eller leasingkontrakter kan disse noter tænkes at omhandle f.eks. retssager, tilbagekøbsforpligtelser, factoringforpligtelser, produktansvar, miljøforanstaltninger og risici vedrørende finansielle instrumenter, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 552.

Ikke sjældent skal der træffes et valg mellem hensættelse (passivering) eller noteførsel (“under strengen”). I almindelighed må der stilles krav om

passivering ved forpligtelser, der er sandsynlige eller som nærmer sig tidspunktet for deres aktualisering, men ledelsen kan i nogen grad træffe valget frit, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 550 med henvisning til FSR-sponsum nr. 473 af 15. marts 1972 vedrørende pensionsforpligtelser.

Også andre af de her omtalte eventualforpligtelser kan være så sikre, at der skal ske – hel eller delvis – hensættelse, således eksempelvis for så vidt angår retssager og kautions- og garantiforpligtelser.

Hvor en likviditetserklæring reelt er lige så byrdefuld for afgiveren, som en kautionserklæring ville være, undgås pligten til noteførsel – eller i givet fald hensættelse – selvsagt ikke ved, at erklæringens forpligtende indhold er skjult under overskriften “hensigtserklæring”. Her som andetsteds i regnskabslovgivningen gælder grundsætningen om “indhold fremfor formalia”, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 557, jfr. s. 323.

2. Fuldstændig reciprocitet?

Som det nærmere skal omtales nedenfor i kapitel V, findes der en række forskellige former for udsagn i støtteerklæringer. Nogle indeholder forpligtelser, der kan sidestilles med kaution og garanti,¹ andre indeholder forpligtelser af anden art, atter andre indeholder slet ingen retlige forpligtelser.

Ikke enhver retlig forpligtelse medfører pligt til noteførsel i medfør af ÅRL § 46, stk. 3. I bestemmelsen er en række forpligtelser opregnet, og for så vidt angår støtteerklæringer er det relevante spørgsmål ikke, om de er retligt forpligtende eller ej, men om de indebærer retlige forpligtelser, som kan sidestilles med “kautions- eller garantiforpligtelser”.

Årsregnskabet fokuserer på den retlige forpligtelse for den, årsregnskabet vedrører. Afgørende er altså, om forpligtelsen – som byrde betragtet – svarer til den, der følger af et kautions- eller garantiløfte. Derimod må det være underordnet, at den berettigedes stilling muligvis ikke er helt den samme ved likviditetserklæringer som ved kaution og garanti.²

På denne baggrund kan det foreløbig konkluderes, at enhver støtteerklæring, der indeholder en *retlig forpligtelse, som for afgiveren er omtrent så byrdefuld som kaution og garanti*,³ skal noteføres i h.t. ÅRL § 46, stk. 3. Sådanne forpligtelser benævnes i det følgende “likviditetsforpligtelser”, jfr. note 1 ovenfor.

1 Sådanne forpligtelser benævnes i nærværende afhandling “likviditetsforpligtelser”. Som overbegræb for både forpligtende og uforpligtende udsagn af denne type anvendes betegnelsen “likviditetserklæring”, jfr. ovenfor i kapitel I.

2 Se herom nærmere nedenfor i kapitel VI, særlig afsnit 6.

3 Når der i det følgende tales om “retlig forpligtelse”, er det en forpligtelse med dette indhold (quasikaution), der tænkes på. Se om sådanne likviditetsforpligtelser nærmere nedenfor i kapitel VI.

Problemet ved støtteerklæringer er imidlertid ofte, at de er uklare, således at det ikke med nogen større grad af sikkerhed kan afgøres, om det “kautionslignende” udsagn⁴ i en konkret erklæring er retligt forpligtende⁵ eller ej. Der melder sig derfor det spørgsmål, om et selskabs ledelse og revision i årsregnskabet skal give oplysning om enhver støtteerklæring, som kan tænkes at blive udlagt som retligt forpligtende på “kautionsniveau”.

Ved besvarelsen af dette spørgsmål må der tages hensyn til følgende to forhold:

- 1) Ledelse og revision må i almindelighed have en vis margin m.h.t. skønsprægede beslutninger. Dette gælder i særlig grad for ledelsens ansvar for forretningsmæssige dispositioner, jfr. *the business judgment rule*, men må i nogen grad gælde for alle beslutninger af skønmæssig karakter.
 - 2) Det grundlæggende krav til et regnskab er, at regnskabet skal give “et retvisende billede”, jfr. generalklausulen i ÅRL § 4, stk. 2 og *Hasselager og Runge Johansen* s. 309 ff. Det skal hverken give et for positivt eller negativt billede af virksomheden. Faren for skuffelser hos investorer og kreditorer er dog særlig stor, såfremt årsregnskabet har givet et urealistisk positivt billede. Grundsætningen om det retvisende billede modificeres derfor til en vis grad af det såkaldte forsigtighedsprincip, jfr. ÅRL § 26, stk. 1, nr. 3. Se herom *Hasselager og Runge Johansen* s. 322 f. og s. 409 f.
- Det er ikke ganske ligetil at afveje “skønsfriheden” i forhold til “forsigtighedsprincippet”. ÅRL hviler ikke på en antagelse om, at kun ét billede kan være retvisende. Der tilkommer derfor i almindelighed ledelse og revision en vis ret til at bestemme billedets udseende. Men det er klart, at der må være grænser. Hvor der er valgmuligheder, må kriterierne for det trufne valg angives, hvis dette – som f.eks. ved værdiansættelse – kan ske.

En støtteerklæring, som ledelse og revisor skønner uforpligtende, bør ikke uden videre optages i regnskabet “for en sikkerheds skyld”. Regnskabet skal ikke belemres med allehånde oplysninger, som er irrelevante eller betydningsløse. Regnskabet skal give information – og hertil hører også, at adressaterne ikke tildænges med overflødige oplysninger. Hertil kommer, at kredit i reglen er vanskeligere at opnå, hvor der er givet oplysning om en eventualforpligtelse, end hvor dette ikke er tilfældet. Selskabet kan derfor lide skade, såfremt der gives oplysninger om “eventualforpligtelser”, som i virkeligheden ikke er forpligtelser.

4 Dvs. likviditetserklæringen.

5 Dvs. en likviditetsforpligtelse.

Ifølge *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15 taler noteførsel af en likviditetserklæring for at anse erklæringen for forpligtende. Hvis dette er rigtigt,⁶ forekommer en pligt for moderselskabet til at noteføre enhver tvivlsom erklæring uantagelig: Det ville svare til, at den dømte selv skulle levere rebet til hængningen.

Forsigtighedsprincippet er i ÅRL § 26, stk. 1 udmøntet i en række punkter, navnlig at fortjeneste ikke overvurderes (nr. 3, litra a), og at værdier ansættes forsigtigt (nr. 3), bl.a. således at der tages hensyn til enhver værdiforringelse (nr. 3, litra c).

Vedrørende forpligtelser indeholder bestemmelsen i nr. 3, litra b sålydende passus:

“[...] der tages hensyn til alle forudselige risici og eventuelle tab, som er opstået i løbet af det regnskabsår, årsregnskabet vedrører, selv om disse risici eller tab først bliver kendt mellem balancetidspunktet og det tidspunkt, på hvilket årsregnskabet udarbejdes [...]”

Konjunktionen “selv om” fører rent sprogligt til, at forskriften kun påbyder forsigtighed i den forstand, at også risici og tab, der først realiseres efter regnskabsårets udløb, skal medtages. Såfremt meningen havde været, at forsigtigheden skulle gå på, at der skulle tages højde for enhver tænkelig risiko, burde man have anvendt et udtryk som “herunder risici eller tab, der først bliver kendt [...]”.

Således som forsigtighedsprincippet er hjemlet i ÅRL § 26, stk. 1, kan der ikke hævdes et krav om, at *enhver* tvivl om, hvorvidt en støtteerklæring indeholder en retlig forpligtelse eller ej, skal føre til noteførsel.

Der bør kun kræves noteførsel, såfremt det er *overvejende sandsynligt*, at M er forpligtet som quasikautionist. Tidligere har jeg selv anlagt et strengere syn, se Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 49 (“i tvivlstilfælde”). Se således også *Po-lack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 23 (“rimelig tvivl”), *Godsk Pedersen* i RR nr. 5/1990 s. 59 (“rimelig sandsynlighed”), *Røsæg* s. 114 (“i tvilstilfeller”) samt – for tysk ret – *IdW-retningslinierne* i WPg 1976 s. 529. Se også *Blix* i *Blix m.fl.* s. 41.

Da spørgsmålet må anses som meget tvivlsomt, må det dog anbefales, at revisor i *alle tilfælde, hvor der er rimelig tvivl* forlanger, at der indhentes et responsum om forståelsen af støtteerklæringen. Fastslås det i et sådant responsum, at erklæringen sandsynligvis ikke er retligt forpligtende, må det herefter være berettiget ikke at give oplysning i noterne.

Man kan naturligvis forestille sig den mellemløsning, at det i en note – eller i selskabets årsberetning – oplyses, at der er afgivet en “hensigtserklæring”, som efter ledelsens og revisors opfattelse ikke er retligt forpligtende. Hermed

6 Se herom nærmere nedenfor i kapitel VIII, afsnit 3.

er der gjort opmærksom på, at der *kan* være et problem, og erstatningsansvar for ledelse og revisor kan i så fald næppe komme på tale.

3. Overvågningspligt for kreditgiver?

Dette spørgsmål kan deles op i to:

- 1) Skal kreditgiver – for senere at kunne komme igennem med, at støtteerklæringen er retligt forpligtende – reagere *over for afgiveren*, såfremt afgiveren direkte “bestrider” dens forpligtende virkning i årsregnskabet⁷ eller slet ikke omtaler støtteerklæringen i årsregnskabet?
- 2) Skal kreditgiver – for senere at kunne komme igennem med, at støtteerklæringen er retligt forpligtende – reagere *over for omverdenen* (som jo kan tænkes at give kredit i tillid til det misvisende regnskab)?

Spørgsmål (1) behandles i dette afsnit, mens spørgsmål (2) – som kan formuleres som et spørgsmål om ugyldighed eller uvirksomhed som følge af overtrædelse af ÅRL’s regler om noteførsel – undersøges nedenfor i afsnit 4.

En pligt⁸ til at reagere kan ikke gælde, hvor den, der i givet fald skal reageres overfor, er i ond tro. Indeholder likviditetserklæringen klart en retlig forpligtelse, er der følgelig ingen anledning til at kræve, at kreditgiver skal reagere over for moderselskabet i anledning af “bestridelse” eller manglende noteførsel.

Heller ikke, hvor likviditetserklæringen – hvad der er det typiske – befinder sig i den “grå zone”, kan man i almindelighed tillægge kreditgivers passivitet over for moderselskabets årsregnskab nogen betydning. Kreditgiver har i hvert fald ikke i forhold til moderselskabet nogen pligt til at kontrollere, at det notefører erklæringen.

I nogle tilfælde er det dog muligt, at man ikke kan frakende kreditgivers passivitet *enhver* fortolkningsmæssig betydning.⁹ Ved en længerevarende kredit vil kreditgiver – f.eks. et pengeinstitut – regelmæssigt overvåge låntageren ganske nøje og forlange regnskaber, budgetter, investeringsplaner m.v. til gennemsyn. Jo tættere en sådan kontrol er, desto større krav kan der stilles til, at pengeinstituttet siger fra over for en “bestridelse” eller reagerer på en manglende noteførsel. Der skal dog sikkert ganske meget til, før der kan stilles krav om, at pengeinstituttet reagerer, og i hvert fald må omfanget af pengeinstituttets tætte kontrol godtgøres meget konkret.

7 Jfr. ovenfor i afsnit 2 *in fine*.

8 Ordet “pligt” er her anvendt på samme vis, som når man taler om “reklamationspligt”: Tilsi-desættelse af pligten medfører bortfald af en ret – ikke f.eks. straf eller erstatningsansvar. Se om ansvar over for tredjemand nærmere i afsnit 4 nedenfor.

9 Sml. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15, hvorefter manglende noteførsel har “ringe fortolkningsmæssig betydning”.

4. Ugyldighedsvirkning af overtrædelse af ÅRL?

Såfremt en retligt forpligtende likviditetserklæring ikke noteføres, foreligger der en overtrædelse af bestemmelsen i ÅRL § 46, stk. 3. Spørgsmålet er, om en sådan lovovertrædelse kan bevirke erklæringens ugyldighed under henvisning til reglen i DL 5-1-2¹⁰ om, at kun “Contracter, [...] som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed”¹¹ er virksomme.

Udgangspunktet må være ganske klart: Overtrædelse af lovkravet om noteførsel bevirker ikke, at den ikke-noteførte forpligtelse bortfalder som ugyldig. Det er f.eks. oplagt, at den, der *modtager* et kautionsløfte, ikke skal risikere, at løftet er ugyldigt, fordi *løftegiveren* ikke notefører forpligtelsen.

Røsæg finder, at anvendelse af likviditetserklæringer, som ikke noteføres, er “regnskabssvik”,¹² og opstiller på denne baggrund s. 423 en – på DL 5-1-2 støttet – ugyldighedsregel:¹³

“[...] morselskaberklæringer som er formulert med sikte på å unngå bokføringsplikt og rettsstridig ikke er bokførte, [bør heller ikke] kunne gjøres gjeldende mot morselskapet”.¹⁴

Røsægs argumentation er efter min opfattelse ikke overbevisende.¹⁵ Likviditetsforpligtelser er i hvert fald ikke *som sådan* lovstridige. Det er ikke forbudt at garantere, at en anden vil have midler til at opfylde en aftale med. Indholdet af en forpligtende likviditetserklæring er lige så lidt som indholdet af en kautionserklæring *i sig selv* i strid med loven.

10 Som anført af *Ussing* s. 121 er Aftalelovens regler om ugyldighed ikke udtømmende. I forhold til at *overveje* at anvende DL 5-1-2 vil det dog være end mere betænkeligt at søge at “opfinde” en ny ugyldighedsregel.

11 *Røsæg* s. 385 bemærker, at overgangen mellem de to tilfældegrupper – lov og ærbarhed – er flydende. Da de efter bestemmelsens ordlyd forekommer ganske ligestillede, kunne en sontring muligvis synes mindre nødvendig, jfr. herved *Ussing* s. 197. Hvis man vælger at anlægge sontringen, bør man ikke anbringe “et løfte om at begå en forbrydelse eller et løfte om betaling herfor” under overskriften “Aftaler ‘imod ærbarhed’”, sml. *Stig Jørgensen I* s. 153.

12 Se nærmere *Røsæg* s. 399, 403 f., s. 412, s. 418 og s. 422.

13 Se om ugyldighed også *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 174.

14 Det fremgår ikke nærmere, hvad der ligger i ordene “med sikte på”. Snart sagt enhver likviditetserklæring kan hævdes at være udfærdiget med dette sigte, og *Røsægs* ugyldighedsregel vil derfor få et meget stort anvendelsesområde. Det fremgår da også af *Røsægs* – nedenfor omtalte – håb om, at ugyldighedssanktionen vil føre til, at støtteerklæringer går helt af brug, at det nærmest er en *generel ugyldighedsregel* for ikke-noteførte erklæringer, han plæderer for.

15 Problemformuleringen hos *Røsæg* s. 399 er for så vidt god nok: “Spørgsmålet er bare hvor sterkt medvirkende den som skal kreve etter en morselskaberklæring kan være uten å miste kravet sitt.” Ordet “bare” og de efterfølgende udviklinger synes dog at vise, at der næsten ingenting skal til, før kreditgiver efter *Røsægs* opfattelse har medvirket.

Den af *Røsæg* hævdede ugyldighedsregel har ingen støtte i retspraksis: I utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985), utrykt dom af 23. februar 1990 fra Oslo Byrett (680/89-27-22) og U 1994.470 H blev afgiveren dømt, selv om erklæringerne ikke var noteført.¹⁶

Ved drøftelse af ugyldighedsspørgsmålet må man under alle omstændigheder sondre mellem *på den ene side* erklæringer, som pålægger M en klar og utvetydig pligt til at opretholde D's betalingsevne, og *på den anden side* erklæringer, som – hvis de overhovedet er forpligtende – kun indebærer en bestræbelsesforpligtelse.¹⁷ De sidstnævnte erklæringer kan ikke engang *efter deres eget indhold* give grundlag for anmeldelse af krav i M's konkursbo, og for deres vedkommende bliver der følgelig slet ikke behov for en ugyldighedsregel.

Hvis ugyldighed støttet på DL 5-1-2 overhovedet kan blive aktuel, kan det kun være *af hensyn til M's kreditorer* – ikke af hensyn til M selv. I givet fald ville den virkning, som tilsigtes ved ugyldighedsreglen, i alt væsentligt kunne opnås ved at *nægte P simpel anmeldelsesret i M's konkursbo*.

Hellner s. 80 vil – i øvrigt uden nærmere begrundelse – nægte kreditgiver anmeldelsesret.¹⁸ Efter ordene frakendes kreditgiver endog ret til at anmelde sin fordring som efterstillet, men dette kan rimeligvis ikke have været meningen.

Hellners standpunkt forekommer ganske sympatisk, men er vanskeligt – ja, vel nærmest umuligt – at begrunde, medmindre der i erklæringen selv er holdepunkter for, at forpligtelsen bortfalder ved konkurs.¹⁹

Se hertil utrykt dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89), hvor det udtales, at grænsen mellem garantier og likviditetserklæringer bør drages efter, om moderselskabet kan indfri forpligtelserne “utan att det inkräkter på de egna borgernärernas rätt” eller ej.²⁰ Hovrätten er herved gået ud fra, at likviditetserklæringer ikke “blir redovisade inom linjen i moderbolagets bokföring”.²¹ Det må påpeges, at denne regnskabspraksis ikke er tilladelig: Også en garantiforpligtelse, som ikke kan anmeldes i M's konkursbo, skal noteføres.²²

16 Der var ikke procederet på spørgsmålet, men det er principielt uden betydning, da DL 5-1-2 skal bringes i anvendelse *ex officio*.

17 Se om bestræbelsesforpligtelser og deres (mulige) retsvirkninger nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.

18 Se i samme retning *Bogdan* i TfR 1988 s. 665, jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 20.

19 Et sådant holdepunkt foreligger, hvis M har lovet P at give D “al mulig støtte” – når M selv er konkurs, er støtte ikke længere mulig. – Antager man, at den forpligtelse, M har påtaget sig, kun er en *bestræbelsesforpligtelse*, må dette indebære, at den ikke kan anmeldes i M's konkursbo, jfr. nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.3.4.

20 Jfr. hovrättens dom s. 4.

21 Jfr. hovrättens dom s. 4.

22 Sml. f.eks. ansvarlig lånekapital, der ikke kan opføres som egenkapital, selv om långiveren står tilbage for øvrige kreditorer, jfr. *Hasselager og Runge Johansen* s. 169 og *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i Revisionsorientering nr. 72 (1993) s. 29.

Se endvidere de tyske afgørelser WM 1985.455 og NJW 1992.2093 (= ZIP 1992.338 og WM 1992.501), hvor der blev tillagt P fuld anmeldelsesret i M's bo.²³

Sammenfattende kan ugyldighed altså – i givet fald – kun komme på tale ved (1) en likviditetsforpligtelse,²⁴ (2) som ikke er noteført, og (3) som anmeldes i M's konkursbo (eller som er opfyldt af M på et tidspunkt, hvor M var tæt på at være konkurs).

Følgende principielle grunde taler dog imod en særlig ugyldighedsregel for likviditetsforpligtelser:

For det første må der udvises betydelig varsomhed med at støtte ugyldighed på DL 5-1-2. Det er en kendt sag, at ikke enhver lovovertrædelse kan medføre ugyldighed. Efterhånden som den lovmæssige regulering bliver stadig tættere, er der særlig grund til at advare mod forhastede slutninger fra ulovlighed til ugyldighed. Det må i øvrigt mane til særlig forsigtighed, at en likviditetsforpligtelse *ikke er ulovlig i sig selv* – det er undladelsen af at noteføre den, som er ulovlig.²⁵

Ugyldighedsspørgsmålet må afgøres bl.a. under hensyn til lovovertrædelsens grovhed, jfr. *Røsæg* s. 421: “Jo grovere rettsbrudd, jo mer trekker det i retning af av ugyldighet”. I den forbindelse forekommer det dog, at *Røsæg* overdriver det dadelværdige i kreditgivers adfærd.

I den foreliggende situation kan M's kreditorer kun lide et relavant tab, såfremt M *selv* kommer i økonomisk uføre ved at indfri D's gæld. Har D selv indfriet gælden på det tidspunkt, M går konkurs, eller har M indfriet gælden, men uden at komme i økonomisk uføre, kan det ses “i bakspejlet”, at overtrædelsen af regnskabslovgivningen var betydningsløs.²⁶

Hvor enten D eller M på erklæringstidspunktet en nogenlunde sund økonomi, vil lovovertrædelsen for kreditgiver blot tage sig ud som en overtrædelse af en ordensforskrift.

For det andet forekommer en regel om ugyldighed i forhold til den forpligtedes kreditorer at være en anomali. Kreditorernes interesser varetages ved hjælp af regler om *omstødelse*.

23 Der blev ikke i sagerne procederet på nægtelse af anmeldelsesret begrundet i principielle overvejelser. – Afgørelserne er omtalt nærmere nedenfor i kapitel VI.

24 Jfr. herom nærmere nedenfor i kapitel VI.

25 Jfr. ovenfor efter note 15.

26 En lovovertrædelse har der imidlertid under alle omstændigheder været tale om, jfr. ovenfor efter note 21.

For det tredje er ugyldighedssanktionen problematisk, når målet er sikring af offentligretlige forskrifter,²⁷ jfr. herved om den konkurrenceretlige ugyldighedsregel Erik Mohr Mersing og Peter Fosdal i UfR 1982 B s. 437 ff.

Det må herefter undersøges, om der er sådanne vægtige grunde til at antage en ugyldighedsregel, at de nævnte principielle betænkeligheder opvejes.

Røsæg begrundet sin vidtgående ugyldighedsregel med, at kreditgiver ved støtteerklæringer bærer et medansvar for, at erklæringsgiveren afgiver et misvisende regnskab.²⁸ Herved synes det i nogen grad overset, at kreditgiverens "medansvar" i almindelighed alene ligger i, at han lukker øjnene for,²⁹ at erklæringsgiveren ikke vil noteføre erklæringen.³⁰ Selve dette at tage imod en forpligtende likviditetserklæring kan i det højeste siges at indebære en passiv accept af, at en anden overtræder regnskabslovgivningen.³¹

Røsæg anfører da også selv, at sanktionen mod en lovovertrædelse ikke bør være en belønning af lovovertræderen – hvilket jo ville blive følgen af ugyldighed i disse tilfælde.³²

Såfremt man følger teksten ovenfor og antager, at en ugyldighedsregel i givet fald ikke fører stort andet med sig end en nægtelse af anmeldelsesret i konkurs, har denne indvending mindre vægt. Uden for konkurs ville konflikten stå mellem en afgiver, der bevidst har undladt at noteføre en erklæring, og en modtager, der sædvanligvis alene har forholdt sig passiv heroverfor. I konkurs står konflikten mellem kreditorer, som ikke har kendt til forpligtelsen, og en modtager, som regelmæssigt har nærmere forbindelse til den manglende noteførsel end kreditorerne har.³³

27 ÅRL's primære "Schutzzweck" er de generelle samfundsmæssige fordele ved retvisende regnskaber (velfungerende og ordentligt erhvervsliv og parametre for bedømmelse af investeringer og selskabsledelser). Det er uden hold i virkeligheden at antage, at alle kreditorer nøje gennemgår et regnskab – inkl. noterne – før kreditgivning, og generel ugyldighed fremstår også af denne grund som alt for vidtgående.

28 Jfr. Røsæg s. 423.

29 Kreditgivers medvirken vil i reglen være nok så passiv, idet kreditgiver naturligvis helst så, at erklæringen blev noteført.

30 Hvis erklæringsgiver er indstillet på at noteføre forpligtelsen, kunne han lige så godt afgive en egentlig kaution eller garanti.

31 Herved får kreditgivers "medvirken" straks en mere underordnet betydning, sml. de hos Stig Jørgensen I s. 153 nævnte tilfælde (køb af handelsvarer af en person uden næringsadkomst eller i strid med lukkeloven), hvor ugyldighed ikke antages. Nok så praktisk er i dag aftaler om "sort arbejde", jfr. Nørgaard i Lyng Andersen m.fl. s. 298.

32 Røsæg s. 417 f. trøster sig med, at støtteerklæringer må forventes at gå helt af brug i lyset af en sådan ugyldighedsregel. Det forekommer dog tvivlsomt, om denne forventning slår til, og i hvert fald ville der blive lidt en hel del skuffelser i den mellemliggende tid.

33 Indvendingen taber dog ikke sin vægt fuldstændigt: En regel om ugyldighed kan principielt ikke begrunde, at kreditorerne skal have bedre ret end deres hjemmelsmand (cfr. en regel om omstødelse).

I første række må den regnskabspligtige – og dennes ledelse og revision – være ansvarlig for årsregnskabs rigtighed. Både straf (ÅRL § 65) og erstatningsansvar kan komme på tale.

Et strafansvar for kreditgiver vil næppe komme på tale i praksis, selv om der er formel hjemmel til at pålægge en "tilskynder" eller "medvirker" straf, jfr. ÅRL § 65 smh. med Strfl. § 23, jfr. § 2.

Erstatningsansvar for kreditgiver forekommer også ret usandsynligt.³⁴ En kreditor, der har ydet et lån i tillid til et årsregnskab, hvoraf likviditetsforpligtelsen ikke fremgik, kan dog tænkes at gøre gældende, at han *ikke ville have lånt moderselskabet noget beløb overhovedet*, hvis han havde haft kendskab til netop denne forpligtelse. En sådan kreditor vil have sit fulde tab erstattet – og ikke nøjes med den beskedne "dividendeforhøjende" virkning, som en tilsidesættelse af likviditetserklæringen medfører. Det turde dog i almindelighed være særdeles vanskeligt for kreditor at godtgøre anbringendets rigtighed. I øvrigt forekommer det hævdede tab at måtte anses for en inadækvat følge af kreditgivers – i givet fald – culpøse adfærd.³⁵

Det forekommer, at *Røsæg* i nogen grad overvurderer trediemands behov for retsbeskyttelse i form af "ugyldighed".³⁶ Det må ikke overses, at trediemand kan rette et erstatningskrav mod de primært ansvarlige: M's ledelse og revision.

Det må heller ikke overses, at likviditetserklæringens betydning elimineres i et *konsolideret koncernregnskab*, hvor D's gæld til P fragår i "koncernegenkapitalen", jfr. nærmere ÅRL §§ 58-61. En person, som overvejer at låne et moderselskab et beløb, vil vel i reglen – hvis han er forsigtig – vurdere hele *koncernens* økonomiske stilling, før han beslutter at låne *moderselskabet* et beløb.

I ekstreme tilfælde må kreditgiver dog siges at være virkeligt "medansvarlig" for den manglende noteførsel, f.eks. såfremt kreditgiver på afgørende vis tilskynder afgiveren af en likviditetsforpligtelse til at undlade noteførsel.

Når det skal afgøres, om der foreligger et sådant ekstremt tilfælde, forekommer det at være et godt udgangspunkt at undersøge, om kreditgiver har optrådt på en sådan måde, at han principielt bærer et erstatningsansvar.³⁷

34 På linie hermed formentlig *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 174.

35 Der ses ikke at foreligge culpa fra kreditgivers side, blot fordi han har en formodning om, at moderselskabet ikke vil noteføre støtteerklæringen.

36 Dette illustreres bl.a. af sammenligningen med pro forma-overdragelser hos *Røsæg* s. 420: "Og dernest kan et misvisende regnskab forlede til investeringer i morselskabet – noe eksempelvis skinnoverdragelser av formuesgoder til tredjemann ikke kan". Herigennem kan en person imidlertid netop komme til at fremstå som mere kreditværdig, end han reelt er, jfr. da også *Røsæg* s. 411: "[...] stråmandens økonomi blir jo tilsynelatende styrket av skinnoverdragelser til ham."

37 I givet fald et solidarisk ansvar sammen med M's ledelse og eventuelt revisor.

I disse – meget få – tilfælde, hvor der principielt kan pålægges kreditgiver et erstatningsansvar, forekommer det mere hensigtsmæssigt at statuere ugyldighed.³⁸ Er erklæringen uvirksom – f.eks. fordi kreditgiver nu pludselig medgiver, at den kun var ment som en “moralsk forpligtelse” – vil det “i bakspejlet” se ud, som om der aldrig har foreligget nogen overtrædelse af ÅRL.³⁹

Ugyldighedsvirkningen bliver, at M’s kreditorer stilles, som om erklæringen aldrig var afgivet,⁴⁰ og mere kan de vanskeligt have krav på i forhold til kreditgiver.⁴¹

I nogle af de tilfælde, hvor erklæringen efter det anførte vil være ugyldig, må kreditgiver kunne undgå ugyldighedsvirkningen ved at gøre omverdenen opmærksom på, at M’s regnskab er misvisende,⁴² f.eks. gennem henvendelse til Erhvervs- og Selskabsstyrelsen.

Det understreges, at *drøftelsen i dette afsnit kun vedrører ugyldighed støttet på DL 5-1-2* - det som *Rødsæg* kalder ugyldighed på grund af “regnskabssvik”.

I øvrigt finder de almindelige ugyldighedsregler selvsagt anvendelse også på støtteerklæringer (likviditetserklæringer). Der kan f.eks. blive tale om ugyldighed, såfremt kreditgiveren har vildledt erklæringsgiveren om erklæringens indhold. Se hertil U 1989.618 V.⁴³ Erklæringsgiverne – 6 fysiske personer – havde klart afvist at kautionere. Herefter bragte kreditgiver en efter ordlyden forpligtende “hensigtserklæring” i forslag, uden at retsvirkningerne heraf blev drøftet med personerne, som ikke havde noget nærmere kendskab til dokumentudfærdigelse. Under disse omstændigheder frifandtes erklæringsgiverne.⁴⁴

38 Denne “genvejsregel” har den fordel, at den er retsteknisk enkel. Forestiller man sig nemlig, at M går konkurs, ville det erstatningsretlige krav om årsagsforbindelse føre til, at kun kreditorer, der er “kommet til” efter støtteerklæringen, har et krav mod M. Ugyldighed medfører derimod en dividendeforhøjende virkning for alle – “gamle” som “nye” – kreditorer.

39 I virkeligheden kan der meget vel have foreligget en overtrædelse, men dette vil sikkert være vanskeligt at bevise.

40 Sml. U 1974.1005 H (NDs 1974.401).

41 Sml. hertil det ovenfor efter note 34 anførte.

42 Hvor M har handlet i overensstemmelse med en aftale med kreditgiver om ikke at noteføre erklæringen, kan man ganske vist anse kreditgivers underretning som et brud på aftalen. Det ses imidlertid ikke at kunne hjælpe M, da *aftalen om ikke at noteføre erklæringen* er i strid med DL 5-1-2, hvorimod dette ikke behøver at gælde *det i erklæringen indeholdte løfte fra M om at forsyne D med kapital*. Gyldigheden af dette løfte må afhænge af de nærmere omstændigheder, navnlig hvem der har optrådt mindst uhæderligt, jfr. ovenfor efter note 36.

43 Se om denne afgørelse i øvrigt nærmere i kapitel VII, afsnit 3 og VIII, afsnit 1 og 2.

44 Landsretten henviser ikke til nogen ugyldighedsregel. Afgørelsen er dog næppe nået ved fortolkning – sml. begrundelsen i NJA 1992.375 SvH. Det forekommer, at situationen i U 1989.618 V ligger tæt på en Aftl. § 32, stk. 1-situation: Kreditgiver vidste, at erklæringsgiver ikke ville påtage sig en kautionsforpligtelse, men foreslog alligevel en erklæring, som ville pålægge erklæringsgiverne reelt samme byrde. – Min tidligere kritik i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 22 kan derfor næppe opretholdes: Aftl. §§ 33 og 36 bliver der kun behov for, såfremt der foreligger et i princippet bindende løfte. – Se i øvrigt nedenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.1 om dolus- og culpapreglen.

Se også U 1994.470 H,⁴⁵ hvor der dog ikke fandtes at foreligge nogen vildledning: Erklæringsgiver havde afvist at kautionere – muligvis med den begrundelse, at en kautionsforpligtelse ikke ville se pæn ud i regnskabet. Herefter bragte kreditgiver en likviditetserklæring med en forpligtende ordlyd i forslag under angivelse af, at den foreslåede erklæring ikke skulle fremgå af M's regnskab.⁴⁶ Erklæringsgiver blev – under dissens – dømt både i landsretten (2-1) og i Højesteret (4-1).

Hvor kreditgivers urigtige anbringender eller fortielser medfører ugyldighed, er det *praktisk uinteressant, om ugyldighed tillige kunne begrundes med reglen i DL 5-1-2*. For en teoretisk betragtning står DL 5-1-2 dog over de øvrige ugyldighedsgrunde, hvorfor den må undersøges først.⁴⁷

Jo grovere kreditgivers vildledning af M er, desto mindre dadelværdigt er imidlertid M's lovbrud, og det forekommer derfor ikke nærliggende at anvende DL 5-1-2. Tilbage står kun de *tilfælde, hvor lovbruddet sker i indforståelse mellem parterne*, hvor ugyldighed støttet på DL 5-1-2 kan komme på tale i ekstreme tilfælde, jfr. teksten ovenfor.

Konklusionen må blive, at kreditgiver ikke i almindelighed har en pligt til at reagere over for omverdenen, såfremt støtteerklæringen ikke noteføres af M. For M's regnskab bærer M's ledelse og revision som udgangspunkt det fulde ansvar, og kreditgiver skal ikke agere "politibetjent". Relevante sanktioner i anledning af det misvisende regnskab er og bliver straf, erstatningsansvar, frakendelse af rettigheder for de ansvarlige – og det vil som helt klart udgangspunkt (kun) være moderselskabets ledelse og revision. *Ugyldighed støttet på DL 5-1-2 kan kun komme på tale i ekstreme undtagelsestilfælde.*

Hvad angår spørgsmålet om ugyldighed af likviditetserklæringer, kan der være grund til at drage sammenligninger til de inden for søretten kendte indemnitetserklæringer (*letters of indemnity*), jfr. herom nærmere *Henrik Gam* i U 1993 B s. 375 ff.

En indemnitetserklæring er en erklæring fra en sælger til en søtransportør om at skadesløsholde denne for alle følger af udstedelsen af et rent konnossement i tilfælde, hvor omstændighederne kunne begrunde et forbehold, f.eks. fordi søtransportøren har mistanke om mangler ved godset.

Det er omtvistet, i hvilket omfang sådanne indemnitetserklæringer er ugyldige. Modsat udgangspunktet i Hamburgreglernes art. 17 (3), vil *Henrik Gam* i U 1993 B s. 380 i almindelighed frakende erklæringerne gyldighed og kun opretholde dem i visse særligt begrundede tilfælde.

45 Se om denne afgørelse navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

46 Kreditgiver havde – efter sin egen forklaring – opfordret M til at forelægge spørgsmålet for selskabets advokat og revisor.

47 At reglen i DL 5-1-2 på sin vis er overordnet andre ugyldighedsgrunde ses bl.a. af, at reglen er *indispositiv* og (i hvert fald i et vist omfang) skal anvendes *ex officio*.

Likviditetserklæringer og indemnitetserklæringer ligner hinanden derved, at den hovedansvarlige (moderselskabet/sælgeren) i begge tilfælde ville profitere af en ugyldighedsregel.⁴⁸ Herved hører lighedspunkterne dog også op: I konnossementssagerne har søtransportøren umiddelbart (en del af) ansvaret for det rene konnossement.⁴⁹ Resultatet vil i reglen blive, at køberen ender med en vare, som ikke er kontraktsmæssig – og heraf følgende besvær og omkostninger.⁵⁰ Selv den forsigtige køber har ingen mulighed for at gardere sig.⁵¹

Det må herefter være klart, at *ugyldighed er langt stærkere indiceret ved indemnitetserklæringer end ved ikke-noteførte likviditetserklæringer*. Når hertil kommer, at udgangspunktet for indemnitetserklæringer i henhold til Hamburg-reglerne kun er ugyldighed i virkeligt grove tilfælde, forekommer det ret oplagt, at *ugyldighed ved likviditetserklæringer må være en absolut undtagelse*.

48 Jfr. *Henrik Gam* i U 1993 B s. 380 om indemnitetserklæringer og ovenfor ved note 32 om likviditetserklæringer.

49 Anderledes ved likviditetserklæringer, hvor reelt kun M, dvs. M's ledelse og revision, er ansvarlig for den regnskabsmæssige behandling.

50 Anderledes ved likviditetserklæringer, hvor trediemand kun påføres tab, hvis M går konkurs (og hvis han med viden om erklæringen ikke ville have kontraheret med M).

51 Anderledes ved likviditetserklæringer, hvor den forsigtige trediemand vil undersøge koncernregnskabet, før han yder M kredit.

KAPITEL V

Forskellige typer af støtteerklæringer

I dette kapitel vil der blive givet en oversigt over de “emner”, som omhandles i støtteerklæringer. Typisk indeholder en støtteerklæring tre udsagn, som omhandler hver sit emne. Da ordet “støtteerklæring” anvendes om *hele erklæringen* (dvs. som overbegreb), bør de udsagn, som erklæringen består af, navngives, således at man ved, hvad man taler om.

I nærværende afhandling er én type udsagn allerede navngivet: den såkaldte likviditetserklæring, jfr. ovenfor i kapitel I. Under denne betegnelse samles udsagn, som på en eller anden vis drejer sig om, at M vil støtte D økonomisk, f.eks. forsyne D med likviditet.¹ Denne type udsagn udgør den centrale passus i (næsten) enhver støtteerklæring og må følgelig have krav på særlig opmærksomhed, jfr. nærmere nedenfor i kapitel VI-XI.

Den juridiske valeur af et udsagn afhænger primært af dets retlige form.² For (næsten) alle emners vedkommende må der følgelig sondres mellem de tidligere anførte tre former: løfter, oplysninger og rene hensigtserklæringer, jfr. nærmere nedenfor.

1. Kendskabserklæringer

I en kendskabserklæring erklærer M over for P at have kendskab til den kreditoptagelse, som D har foretaget hos P.

1 Der er altså tale om en erklæringstype, der spænder meget vidt: Fra udsagn om, at M vil bistå D, over udsagn om, at M ikke vil lade D gå konkurs (eller vil opretholde solvensen i D) og til udsagn om, at M forpligter sig til at sørge for, at D kan opfylde sine forpligtelser over for P.

2 Også “emnet” har dog betydning for fastlæggelsen af den juridiske styrke af et udsagn, jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 2.1. De “emner”, som støtteerklæringerne har, er imidlertid så forskellige, at de næppe lader sig rangordne, jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 2.2. I øvrigt ville en abstrakt rangordning (sml. f.eks. anfordringsgaranti – selvskyldnerkaution – simpel kaution – tabskaution) kun have mening, for så vidt angår udsagn med samme retlige form (i det anførte eksempel er der stedse tale om et *løfte* om at indestå).

1.1. Indhold og variationer

Det må antages, at udtrykket “letter of awareness” i anglo-amerikansk ret er skabt som betegnelse for denne type erklæring:³ M erklærer netop, at det er klar over, at D har optaget den pågældende kredit hos P. Det forekommer, at M ikke blot udtrykker kendskab til, men også billigelse af, D’s kreditoptagelse.

Ordlyden af en sådan erklæring kan eksempelvis være som følger:

“Under henvisning til, at De dags dato har bevilget D en kredit, stor kr. [...], skal vi herved på given foranledning erklære, at vi har kendskab til denne kreditoptagelse, og at vi fuldt ud billiger denne.”

1.2. Retsvirkninger

Efter sin ordlyd indebærer en kendskabserklæring ikke, at M påtager sig noget ansvar for D’s tilbagebetaling af den ydede kredit. En udtalelse om, at man har “kendskab til” eller “billiger” et nærmere angivet forhold, er en oplysning og kan ifølge sagens natur ikke udløse løftevirkninger.

Da oplysningen i en kendskabserklæring ikke *kan* være forkert, kan en retlig forpligtelse for M altså heller ikke opstå derved, at M bliver erstatningsansvarlig for et urigtigt indhold. Efter dansk ret kan en kendskabserklæring således ikke give P en anden (bedre) retsstilling end den, P ville have uden erklæringen. I anglo-amerikansk ret kan en erklæring af denne type derimod have (haft) nogen betydning i medfør af den såkaldte *ultra vires*-doktrin.⁴

1.3. Regnskabsmæssig behandling

Da en kendskabserklæring som nævnt ikke indebærer nogen retlig forpligtelse, må det være oplagt, at der ikke kan være pligt til at oplyse om afgivelse af en sådan erklæring i hverken årsberetning eller noteform.⁵

2. Ejerskabserklæringer

Ved en ejerskabserklæring forstås en erklæring, hvori der udsiges et eller andet om M’s besiddelse af aktier (eller anparter) i D.

2.1. Indhold og variationer

En erklæring med dette emne kan være en *ren hensigtserklæring*:

3 Jfr. herved *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 8, hvor det anføres, at betegnelsen “letter of awareness” er mest retvisende, når erklæringen ikke går nævneværdigt ud over at fastslå, at lånet er optaget med M’s viden og billigelse.

4 Se f.eks. nærmere *Gower: Company Law*, 4. udg. (1979) s. 161 ff.

5 Således også for tysk ret *Gerth* s. 49.

“Det er vor hensigt ikke at reducere vor aktuelle aktiebesiddelse i D”,

eller en *oplysning*:

“Vi ejer Y % af aktiekapitalen i D”.

De nævnte to udsagn kan også kombineres, således at M dels oplyser den konkrete ejerandel, dels giver udtryk for, at M ikke har til hensigt at foretage ændringer heri.

Endelig kan en ejerskabserklæring have den form, at M afgiver et *løfte* om, at ejerskabsforholdet ikke vil blive ændret, så længe P's kredit til D ikke er indfriet. En sådan erklæring kan være formuleret således:

“Vi vil ikke foretage ændringer i vor ejerandel i vort datterselskab, så længe dette har forpligtelser over for Dem i henhold til nævnte kreditaftale.”

2.2. Retsvirkninger

Retsvirkningerne af en ejerskabserklæring vil selvsagt afhænge af dens retlige form. Det kan dog straks slås fast, at en sådan erklæring – uanset dens form – ikke indebærer, at M får noget ansvar for, at D tilbagebetaler kreditten til P.

En *ren hensigtserklæring* om at bevare indflydelsen i D har ingen retsvirkninger, når bortses fra, at M må være forpligtet til at orientere P om ændringer i ejerforholdene, som alligevel måtte indtræffe.

En urigtig *oplysning* om ejerforholdet til D kan efter omstændighederne begrunde et erstatningsansvar for M. I almindelighed opstilles det som en betingelse, at urigtigheden beror på et culpøst forhold. Dette må næsten altid må være tilfældet ved ejerskabserklæringer.⁶ Den væsentligste erstatningsbetingelse er i denne forbindelse kravet om årsagssammenhæng: P's tab må være *forårsaget* af, at P har stølet på oplysningen.

Da P dels ikke har garderet sig imod, at der *senere* sker ændringer i ejerforholdene, dels ikke kan regne med, at M's fortsatte ejerskab til D sikrer D's betalingsevne, kan P ikke uden videre siges at have fået en oplysning, som P med føje kan tillægge vægt – stole på – ved kreditgivningen. Har P alligevel gjort det, kunne det hævdes at måtte være P's egen risiko.⁷

6 Ved disse oplysninger forekommer det nærliggende at vende bevisbyrden om, således at det er M, der skal godtgøre, at urigtigheden ikke beroede på et culpøst forhold. Da oplysningens urigtighed vedrører ejerforholdet, burde man måske endog statuere objektivt ansvar (sml. Kbl. § 59), selv om der ikke er tale om vanhjemmel i egentlig forstand.

7 Man kan også sige, at P's tab *ikke er forårsaget af* den urigtige oplysning, men af, at P ikke har sikret sig, f.eks. gennem en indeståelse fra M. En korrekt oplysning om ejerforholdene ville hverken kunne hindre en efterfølgende ændring i ejerforholdene til D eller et økonomisk sammenbrud.

I en vis forstand er den oplysning, P har bedt om og har modtaget, irrelevant:⁸ En kredit til et datterselskab kan ikke baseres udelukkende på ejerkredsen.

Heroverfor kan indvendes, at ydelse af en kredit til et selskab i væsentlig grad baserer sig på ejerkredsen bag selskabet, og at den omstændighed, at et selskab indgår i en kapitalstærk koncern med et godt renommé, efter almindelig erfaring indebærer, at selskabet ikke vil få lov at bryde økonomisk sammen.

Afvejningen af disse to synspunkter kan næppe foretages på det generelle plan: Spørgsmålet om årsagsforbindelse må afgøres konkret, og det må herved navnlig tillægges vægt, i hvilken grad oplysningen afveg fra de virkelige forhold.

Mindre væsentlige afvigelser mellem oplysningens indhold og de virkelige forhold må være uden betydning. Eksempelvis må det i reglen være underordnet, at M kun ejer 90% af kapitalen i D, selv om det er oplyst, at D er M's helejede datterselskab.⁹

Væsentlige afvigelser kan medføre erstatningsansvar, men vistnok i reglen kun, hvis M på mere kvalificeret vis¹⁰ har misinformeret P (eller undladt at korrigere en urigtig oplysning efter at have konstateret dens urigtighed¹¹).

Det er P, som skal føre *bevis for årsagssammenhængen* mellem den urigtige oplysning og P's tab. Hvis der foreligger en grov misinformation, vil domstolene sikkert ikke være uvillige til at slække noget på bevisskravet i så henseende. I helt ekstreme tilfælde kan det måske endog komme på tale at vende bevisbyrden om, således at P formodes ikke at ville have ydet D lånet med kendskab til de virkelige forhold, jfr. herved reglen i Aftl. § 30, stk. 2.

Har M afgivet et *løfte om ikke at afhænde aktierne i D*, bliver det interessante spørgsmål, hvilke beføjelser P har, såfremt M misligholder løftet. *Teoretisk* kan kun naturalopfyldelse (M forbydes at gennemføre en påtænkt overdragelse eller tilpligtes at tilbagekøbe aktierne i D) og erstatning komme på tale.¹²

P kan næppe anses at have den fornødne retlige interesse i at få nedlagt forbud eller i at få dom til naturalopfyldelse.¹³

Et erstatningskrav forekommer ikke umiddelbart nærliggende, da M's misligholdelse af erklæringen gennem en overdragelse af aktierne i D til tre-

8 Anderledes en soliditetsoplysning, der netop angår det relevante spørgsmål, nemlig den omspurtes kreditværdighed.

9 Selv ret markante procentafvigelser må frakendes betydning, hvis de aktier, som M i strid med oplysningen *ikke* ejer, indehaves af andre selskaber i *koncernen*.

10 Det ses, at ansvarsgrundlaget kan spille ind ved afgørelsen af årsagssammenhængen, og at diskussionen om ansvarsgrundlaget ovenfor hermed reelt bliver overflødiggjort.

11 En pligt hertil antages også af *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 10, der dog – med føje – anbefaler P at indsætte en bestemmelse herom i erklæringen. Det anføres, at en tilsidesættelse af pligten vil kunne medføre erstatningsansvar for M.

12 Endvidere kan det overvejes, om M's misligholdelse kan berettige, at P *hæver* i forhold til D. Dette må vistnok antages.

13 Navnlig forbudsnedlæggelse – hvor der kræves klarhed – må vel være nærmest udelukket.

diemand vanskeligt kan hævdes at påføre P et tab.¹⁴ *Praktisk* må P sikre sig ved at aftvinge M et løfte om at betale en passende konventionalbod for ikke-overholdelse af erklæringen.

Parallelt med hvad der ovenfor er anført om erklæringen i form af en oplysning, kan P's løfte siges at være "irrelevant": Blot fordi M lover ikke at afhænde sine aktier i D, kan P ikke regne med, at M vil støtte D økonomisk.¹⁵ Ligesom ovenfor må der også her gøres reservation for mere kvalificerede tilfælde.¹⁶

2.3. Regnskabsmæssig behandling

Uanset om en ejerskabserklæring er udformet som en hensigtserklæring, en oplysning eller et løfte, er der ikke krav om noteførsel i medfør af ÅRL § 46, stk. 3.¹⁷

3. Kontrolerklæringer

3.1. Indhold og variationer

Ved en kontrolerklæring erklærer M, at det kontrollerer D i alle væsentlige anliggender. En sådan erklæring kan eksempelvis være formuleret således:

"Vi kontrollerer D i alle væsentlige henseender, ligesom vi fører et løbende tilsyn med D's daglige ledelse."

3.2. Retsvirkninger

Ved en sådan erklæring påtager M sig intet ansvar for D's gæld, men erklæringen må vistnok medføre, at der skal mindre til end ellers, før M pådrager sig et erstatningsansvar. Om man vil, kan man udtrykke dette ved at sige, at M's tilsynspligt i forhold til D skærpes.¹⁸

14 *Er D solvent* på overdragelsestidspunktet, vil P kunne få sine penge ved at ophæve låneaftalen straks. *Er D insolvent* på overdragelsestidspunktet, vil der kunne indtræde en forværring ved overdragelse til en mindre solid trediemand. Det kan følge af tabsbegrænsningspligten, at P i så fald må ophæve låneaftalen og begære D konkurs.

15 For vidt går en australsk dom fra New South Wales, afsagt den 5. oktober 1990. Dommen er omtalt nærmere nedenfor i kapitel VII, afsnit 3.

16 Der bør ikke gives erstatning i *mindre omfang*, hvor P har fået et løfte, end hvor P har fået en oplysning.

17 Således også for tysk ret *Bordt* i WPg 1975 s. 296 og de tyske *IdW-retningslinier*, jfr. WPg 1976 s. 529 samt *Mosch* s. 182 f., *Gerth* s. 102, *Kohout* s. 255 og s. 259 og *Schaffland* i BB 1977 s. 1024. Anderledes for dansk ret måske *Brasen* i RR nr. 2/1990 s. 35, jfr. s. 30. Brasens henvisning til betydningen af møder, korrespondance m.v. synes dog at vise, at det ikke er ejerskabserklæringen som sådan, men eventuelle løfter ved siden af denne, der kan begrunde en pligt til noteførsel.

18 Spørgsmålet, om – og da i hvilket omfang – et moderselskab skal overvåge et datterselskab, er ikke afklaret i dansk litteratur. Sml. fra tysk ret f.eks. *Hommelhoff*: Die Konzernleitungspflicht (1982).

Erklæringen indgår således som ét blandt flere momenter i afgørelsen af, om M har handlet culpøst. Ét andet moment, som fortjener at blive nævnt, er M's mulighed for at udøve kontrol med og træffe beslutninger for D: Der er ingen tvivl om, at en eneaktionær – f.eks. et helejende moderselskab – undergives en strengere culpabedømmelse end en mindretalsaktionær, sml. *Werlauff*: Selskabsmasken (1991) s. 64 ff. og s. 270 med note 707 og *Gomard* i J 1992 s. 42.

Skærpelsen kan tænkes at blive så betydelig, at den almindelige *culpa*-målestok må siges at være blevet fraveget til fordel for en *vir optimus*-målestok.¹⁹

En anden mulighed er at vende bevisbyrden om, således at det ikke er P, der skal godtgøre, at M har tilsidesat sin tilsynspligt, men M, der positivt skal godtgøre, at man har udført alt fornødent med henblik på en kontrol af D.

Denne mulighed må man imidlertid nære en betydelig skepsis overfor: Uden særlige grunde forekommer det ikke hensigtsmæssigt at foretage en generel fastlæggelse af den *materielle* retstilstand på et givet område ved hjælp af en *formel* bevisregel, jfr. herved også note 19 ovenfor.²⁰

3.3. Regnskabsmæssig behandling

Selv om M's risiko for at ifalde erstatningsansvar måtte være forøget ved afgivelsen af en kontrolerklæring, kan der ikke stilles krav om noteoplysning, da erklæringen ikke pålægger M specifikke økonomiske forpligtelser.²¹

4. Erklæringer om at udøve indflydelse

4.1. Indhold og variationer

M kan også over for P erklære, at man vil udøve sin indflydelse i D for at sikre, at D tilbagebetaler kreditten til P. En sådan erklæring kan eksempelvis være formuleret således:

“Vi er i stand til at udøve en betydelig indflydelse i D, og vi forpligter os hermed over for Dem til at udøve denne indflydelse med henblik på at sikre, at D tilbagebetaler den af Dem ydede kredit til de fastlagte tidspunkter og med de aftalte beløb.”

Denne formulering indebærer efter ordlyden et løfte, jfr. ordet “forpligter”.

19 I U 1977.40 H (NDs 1976.429) begrundes resultatet ikke *formelt* med henvisning til et objektivt ansvar (skadevolder pålægges bevisbyrden og et *vir optimus*-ansvar). – Det må foretrækkes, at der “meldes klart ud”, og i dag gælder da også et objektivt ansvar på afgørelsens område, jfr. U 1983.866 H (NDs 1983.341) og U 1983.895 H (NDs 1983.366).

20 Se også note 6 ovenfor, hvor muligheden for at vende bevisbyrden om netop underbygges gennem henvisning til særlige grunde.

21 Således også for tysk ret *Gerth* s. 105.

Erklæringen kan i stedet have form af en oplysning eller en udtalelse om fremtidige hensigter.

4.2. Retsvirkninger

For en umiddelbar betragtning forekommer en sådan erklæring noget stærkere end en kontrollerklæring. Kontrol udøves efterfølgende med henblik på at korrigere fejl. Indflydelse udøves på forhånd for at sikre rigtige beslutninger. For så vidt angår støtteerklæringer, er forskellen dog nok mere tilsyneladende end reel.

En erklæring om at udøve indflydelse lider – selv om den måtte se ud som et løfte (“vi forpligter os til”) – af den svaghed, at indholdet er så ubestemt, at erklæringen i almindelighed ikke kan have løftevirkning.²²

En første mistanke om den manglende bestemthed får man, når man spørger, om M kan dømmes til at opfylde erklæringen *in natura*. Det ses, at en dom for, at M skal “udøve indflydelse”, ikke er mulig at opnå.

I almindelighed vil P næppe heller kunne komme igennem med et erstatningskrav i anledning af misligholdelse af en sådan erklæring. Muligheden for erstatningsansvar må dog holdes åben, for så vidt angår grovere tilfælde.²³

Under alle omstændigheder beviser D's sammenbrud ikke i sig selv, at M har handlet erstatningspådragende eller illoyalt. M vil ofte kunne gøre gældende, at man har søgt at udøve sin indflydelse, men ikke har haft held hertil, eller at D's sammenbrud indtraf på trods af den indflydelse, M faktisk udøvede.

Som anført vil erklæringer af denne type i almindelighed ikke være løfter. Noget andet gælder dog, såfremt der i erklæringen udtales noget om det *resultat*, der skal følge af den udøvede indflydelse, f.eks. “således at D til enhver tid vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem”.²⁴

Hos *Lynge Andersen og Werlauff* s. 390 angives følgende formulering at være “juridisk forpligtende som kautionssurrogat” for M:

“Vi vil anvende vor indflydelse i D, så D tilbagebetaler lånet til [P]”.

Efter min opfattelse er udsagnet nok forpligtende, men næppe som kautionssurrogat. Det lille ord “så” må vel læses som “således at”, men alligevel forekommer det vanskeligt at læse erklæringen som en garanti fra M's side for resultatet (D's tilbagebetaling af lånet). I et løfte om at “anvende [sin] indflydelse”

22 Se om det aftaleretlige bestemthedskrav nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1 og nedenfor i kapitel VII, afsnit 4.

23 For det første kan det aftaleretlige bestemthedskrav i nogen grad variere efter forholdene, jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 med henvisning til U 1989.53 H. For det andet kan en erklæring om at udøve indflydelse i grænsetilfælde være det, der begrunder erstatningsansvar for M.

24 Gennem denne tilføjelse bliver erklæringen imidlertid en likviditetserklæring. Se om bestemthedskravet til en sådan erklæring nærmere nedenfor i kapitel VII, afsnit 4 og 5.

kan nu engang vanskeligt ligge en resultatforpligtelse – anderledes hvis der forelå et løfte fra M om at “forsyne D med midler”. Det forekommer derfor rigtigere at antage, at M ved løftet kun har påtaget sig en bestræbelsesforpligtelse.²⁵

Såfremt en erklæring om at udøve indflydelse kun indeholder en udtalelse om M’s muligheder herfor (dvs. en *oplysning*) eller hensigt herom (dvs. en *hensigtserklæring*), forekommer den ikke at have nogensomhelst værdi for P.

4.3. Regnskabsmæssig behandling

En erklæring om at udøve indflydelse kan ikke begrunde et krav om, at der i M’s regnskab skal gives oplysning herom i noterne.²⁶

5. Samhandelserklæringer

5.1. Indhold og variationer

En samhandelserklæring er en erklæring, hvori M redegør for de vilkår, hvorunder samhandelen mellem M og D finder sted. Såfremt D er produktionsselskab eller underleverandør til M, er det klart, at D’s økonomiske stilling i meget vidt omfang afhænger af, hvad M betaler for de ydelser, D leverer. Der kan derfor udformes en erklæring med følgende indhold:

“Vi erklærer hermed, at samhandelen mellem D og os foregår på markedsvilkår. Vi erklærer, at der ikke vil ske ændringer heri uden Deres samtykke.”

Man kan også forestille sig, at der er nævnt konkrete priser eller avancer i erklæringen, eventuelt med pristalsregulering.

Hos *Lynge Andersen og Werlauff* s. 390 nævnes følgende formulering:²⁷

“Vi forpligter os til at købe D’s produkter i sådanne mængder og til sådanne priser, at D får tilstrækkelige midler til at bestride alle sine omkostninger, inklusive rente og afdrag på optagne lån.”

Efter den terminologi, der anvendes i nærværende afhandling, er dette ikke en samhandelserklæring, men en likviditetserklæring. Forpligtelsen ligger reelt kun i erklæringens sidste led, ikke i det første: P kan få erstatning for misligholdelse, men ikke dom for, at M skal købe hos D.²⁸ Det forekommer derfor ikke træffende, når det hos *Lynge Andersen og Werlauff* l.c. udtales, at erklæringen indebærer “en juridisk forpligtelse af kautionslignende art [...], særligt fordi den er stærkt specifi-

25 Der henvises til kapitel XI nedenfor, jfr. kapitel VII, afsnit 5 om intern modstrid.

26 Således også for tysk ret *IdW-reiningslinien*, jfr. WPg 1976 s. 530, og *Gerth* s. 110, *Rippert* s. 96, *Kohout* s. 249, *Schaffland* i BB 1977 s. 1024. Anderledes for dansk ret måske *Brasen* i RR nr. 2/1990 s. 35. Se hertil note 17 ovenfor.

27 Som anført af *Lynge Andersen og Werlauff* l.c. er formuleringen hentet fra *Rodhe* i FS *Hellner* (1984) s. 496.

28 Jfr. umiddelbart nedenfor i afsnit 5.2.

ceret” (udh. her). Erklæringen er forpligtende, fordi den indeholder en klar garanti for et *resultat* (D’s betalingsevne) – angivelsen af mængder og priser er i virkeligheden uden betydning, da det reelle forpligtelsesindhold er som følger:

“Vi forpligter os til [at sørge for], at D får tilstrækkelige midler til at [...]”.

Også en samhandelserklæring kan naturligvis findes i forskellige former. Den kan således fremstå ikke blot som et løfte, men også som en oplysning eller en hensigtserklæring.

5.2. Retsvirkninger

Værdien af samhandelserklæringer varierer meget stærkt fra tilfælde til tilfælde. For det første er det jo ikke kun D’s salgspriser til M, der er afgørende for D’s økonomi. Der må også være styr på omkostningerne. For det andet kan det være, at markedet udvikler sig sådan, at en vis produktion ikke længere er rentabel. At det er aftalt, at samhandel mellem M og D sker på markedsvilkår, vil i så fald være uden reel betydning. Endelig siger erklæringen ikke noget om, hvorvidt M kan trække udbytte ud af D, hvilket også kan forringe D’s muligheder for at tilbagebetale kreditten til P.

De forpligtelser, M påtager sig ved “løfteudgaven” af en samhandelserklæring, kan være vanskelige for P at gøre gældende. Et søgsmål til naturalopfyldelse efter bogstaven – dvs. således at P kan få M dømt til at aftage bestemte kvanta hos D – ses ikke at kunne komme på tale.

P’s reelle interesse i samhandelserklæringen er den sikkerhed, som denne kan give for, at D vil være i stand til at tilbagebetale kreditten til P. Den interesse, P i øvrigt måtte have i D’s fortsatte beståen, f.eks. muligheden for at gøre fremtidige forretninger med D, kan givetvis ikke begrunde et krav om bogstavelig naturalopfyldelse (og søgte P at komme igennem hermed, ville P helt sikkert ikke få nye forretninger med hverken M eller D).

Derimod kan P have et erstatningskrav mod M for misligholdelse af løftet, dvs. ikke-efterlevelse af samhandelserklæringen med D. Erstatningen skal fastsættes til den nettofortjeneste, som D er gået glip af, ved at M ikke har købt de lovede kvanta. Dette erstatningsbeløb kan være langt mindre end P’s tilgodehavende hos D.

5.3. Regnskabsmæssig behandling

Medmindre samhandelserklæringen forpligter M til at indkøbe bestemte kvanta, kan der ikke stilles krav om, at den skal fremgå af en note til M’s regnskab. Dette må i hvert fald gælde, såfremt erklæringen kun forpligter M til at købe på markedsvilkår.²⁹ Selv hvor priserne er foreskrevet, ses der ikke

²⁹ Således også for tysk ret *Gerth* s. 430, og for schweizisk ret *Altenburger* s. 52 f.

at være grund til at kræve noteførsel: M har jo ikke pligt til at købe hos D, såfremt varerne kan fås billigere andetsteds.

6. Managementerklæringer³⁰

6.1. Indhold og variationer

I en managementerklæring udtaler M noget om D's ledelse, f.eks. at man har fuld tillid til denne. Dette kan udtrykkes enten subjektivt eller objektivt, jfr. følgende to eksempler:³¹

“Vi har fuld tillid til D's ledelse.”

eller

“Der har aldrig været anledning til at betvivle den forretningsmæssige dygtighed og absolutte hæderlighed hos vort datterskabs ledelse.”

Disse erklæringer kan ikke have form af et løfte eller en hensigtserklæring. Der vil stedse være tale om en oplysning fra M om (tiltroen til) D's ledelse.

6.2. Retsvirkninger

Uanset om en managementerklæring er formuleret i den subjektive eller objektive variant, er det afgørende ikke, hvad M rent faktisk tror om D's ledelse på tidspunktet for erklæringens afgivelse, men hvad M havde *føje til* at tro om denne ledelse.³² Det må være oplagt, at M kan pålægges erstatningsansvar, såfremt der foreligger eksempelvis besvigelser fra ledelsen i D, inkompetent ledelse eller almindelig uorden (f.eks. manglende bogføring af garantiforpligtelser), og M på tidspunktet for erklæringens afgivelse kendte eller burde have kendt hertil. En skærpelse af ansvarsgrundlaget til en *vir optimus*-målestok kan overvejes.³³

Derimod bør man næppe heller i dette tilfælde vende bevisbyrden om, således at det er M, der skal godtgøre, at man ikke burde have opdaget de mislige forhold.³⁴

30 Ordet “managementerklæring” er valgt i mangel af bedre, i hvilken forbindelse det bemærkes, at ordet “ledelseserklæring” i forvejen anvendes om en helt anden type erklæringer. Ordet “managementerklæring” er taget fra *Köhler* i WM 1978 s. 1349, der dog anvender det som betegnelse for den erklæringstype, der ovenfor er benævnt “erklæring om at ville udøve indflydelse”.

31 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 2.1.3.

32 *Bogdan* sonderer i Tfr 1988 s. 660 ff. (og i *Blix m.fl.* s. 16 ff.) mellem udtalelser om objektive fakta, subjektive fakta og fremtiden, jfr. kritikken heraf ovenfor i kapitel III, afsnit 2.1.3.

33 Der erindres om, at en eneaktionær i forvejen lettere ifalder erstatningsansvar end en mindretalsaktionær, jfr. ovenfor i småtrykket efter note 18.

34 Jfr. ovenfor i afsnit 3.2.

6.3. Regnskabsmæssig behandling

Uanset om man anlægger den almindelige culpabedømmelse på de her omtalte erklæringer eller er rede til at gå noget videre, ses der ikke at være grund til at give en noteoplysning i M's regnskab. Der er ikke tale om en så særegen eller speciel risiko, at det kan berettige et krav om en særskilt note.³⁵

7. Erklæringer om at ville søge en forhandlingsløsning

7.1. Indhold og variationer

En særlig kategori udgøres af erklæringer, hvori M erklærer at ville medvirke til en forhandlingsløsning, såfremt en nærmere angiven begivenhed indtræffer. Denne begivenhed kan f.eks. vedrøre ejerskabet til D eller D's evne til at svare enhver sit. Mulige er – blandt mange andre – følgende formuleringer:

“Skulle det desuagtet blive aktuelt med en ændring af vor aktiebesiddelse i vort datterselskab, vil vi drage omsorg for, at De orienteres i så god tid, at vi i fællesskab er i stand til at finde en tilfredsstillende løsning på de problemer, en sådan ændring i ejerforholdene måtte føre til for Dem.”

“Skulle vort datterselskab mod forventning få betalingsvanskeligheder, vil vi straks sætte os i forbindelse med Dem med henblik på at opnå en (for Dem) tilfredsstillende forhandlingsløsning.”

“Hvis vort datterselskab erklæres konkurs, vil vi optage forhandlinger med Dem, således at der kan opnås en ordning, som tilfredsstiller alle parter.”

7.2. Retsvirkninger

Der kan ikke være tvivl om, at man ved aftale kan påtage sig en *pligt til at forhandle* seriøst – og eventuelt på eksklusiv basis – med en anden.³⁶ Skønt en sådan forpligtelse ikke er af særlig bestemt natur, kan det dog konstateres, hvis den tilsidesættes. Det aftaleretlige bestemthedskrav er således opfyldt.

M's løfte går imidlertid kun ud på at indlade sig i forhandlinger – ikke på, at et bestemt resultat skal opnås herigennem. Såfremt det lykkes M at give forhandlingerne et skær af realitet, inden de ender resultatløst, vil P næppe kunne trænge igennem med et synspunkt om, at M har misligholdt sit løfte.

Erstatningsansvar for M kan derfor kun komme på tale i ekstreme tilfælde, som f.eks. hvis det må antages, at M ikke engang i erklæringsøjeblikket havde nogen reel vilje til at indgå i de bebudede forhandlinger.

35 Således også *Brasen* i RR nr. 2/1990 s. 35, jfr. s. 30, og for tysk ret *Mosch* s. 182, *Schaffland* s. 1024, *Rippert* s. 86, *Kohout* s. 255 og *Hoffmann* s. 18.

36 Sml. afgørelserne U 1972.50 H og U 1989.53 H omtalt ovenfor i kapitel III. Se fra engelsk ret afgørelsen *Walford and others v. Miles and another*, (1991) 2 EGLR.

Skeptisk over for P's muligheder for at opnå erstatning er – for tysk ret – også *Mosch* s. 88 ff. og *Obermüller* i ZGR 1975 s. 13 ff.

Alt for vidt går efter min opfattelse *Røsæg* s. 553 ff., hvorefter domstolene vil udfylde med, hvad de anser som et rimeligt forhandlingsresultat. Det må erindres, at M kun har lovet at *forhandle*, og at rigtig opfyldelse derfor kun indebærer, at M skal gøre netop dette.³⁷ Hvorfor skal misligholdelseserstatningen give P langt mere, end rigtig opfyldelse ville have gjort?

Særlig vidtgående er udtalelsen hos *Røsæg* s. 554 om, at erstatning skal beregnes som “noe i retning af opfyldelsesinteressen”.³⁸ Hvor en almindelig holdt erklæring om at ville forhandle – helt undtagelsesvis – må anses at indebære et tilsagn om, at P skal have et eller andet beløb, kan dette ikke ligge blot i nærheden af, hvad P mister på D's sammenbrud.

Det følger af det anførte, at forholdet er et andet, såfremt M ikke blot afgiver et løfte om at forhandle, men også et løfte om et bestemt *resultat*. Følgende formulering kan tænkes:

“Såfremt D viser sig ikke at være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, vil vi optage forhandlinger med Dem, således at De derigennem opnår sikkerhed for tilbagebetaling af den til D ydede kredit.”

En sådan formulering må anses at være et løfte om fremtidig sikkerhedsstillelse. Løftet er betinget: Der skal kun stilles sikkerhed, hvis D bliver ude af stand til at opfylde. For tysk ret konkluderer *Mosch* s. 93, at løftet om at stille sikkerhed må give P et erstatningskrav svarende til det krav, P ville have mod M, såfremt M havde kautioneret for D. For dansk ret må samme resultat antages, men erstatningskonstruktionen forekommer at være et unødigt omsvøb. Enklere er det at *fortolke* løftet som et løfte om tabskaution.³⁹

7.3. Regnskabsmæssig behandling

Der ses ikke at være grund til at noteføre en erklæring, hvori der er indeholdt et løfte om at forhandle, så længe der ikke er stillet løftemodtageren et resultat i udsigt.

37 Mulige forhandlingsresultater kunne være, at M betaler en del af – eventuelt hele – D's gæld, at M erklærer sig villig til at stå tilbage for P i D's konkursbo, at M vil erlægge en højere rente på sine egne lån hos P i en periode, at M vil indskyde ansvarlig kapital i P (gennem køb af såkaldte erhvervsobligationer) for at styrke P's kapitalgrundlag osv. osv. Det er ikke en (taknemmelig) domstolsopgave at fastslå, hvad der ville være et rimeligt resultat.

38 De domme, der henvises til l.c. med note 306, angår tilfælde, hvor forhandlingspligten må forstås som et tilsagn om at forny et bestående kontraktsforhold på nogenlunde uændrede vilkår. Det er en ganske anden situation, der foreligger, når parterne således selv har leveret udfyldningsmaterialet.

39 Se hertil ovenfor i kapitel I, afsnit 3.3.

8. Likviditetserklæringer

Som allerede anført vil en likviditetserklæring være det centrale punkt i næsten enhver støtteerklæring. Typisk står den passus, der indeholder likviditetserklæringen, til sidst i støtteerklæringen. Forud går i reglen to andre udsagn – oftest en kendskabs- og en ejerskabserklæring.

8.1. Indhold og variationer

Likviditetserklæringen findes i de tre hovedformer: løfte, oplysning og uforpligtende hensigtserklæring. Kendetegnende for likviditetserklæringen er, at der er tale om et mere eller mindre bestemt udsagn om økonomisk støtte – i en eller anden form – fra M til D. Et sådant udsagn findes såvel i en positiv variant – at M vil støtte D – som i en negativ variant – at M ikke vil lade D gå i betalingsstandsning, konkurs m.v.

Om der foreligger et løfte eller blot en oplysning eller en hensigtserklæring, er kardinalspørgsmålet for så vidt angår likviditetserklæringer. Besvarelsen af spørgsmålet bliver i reglen afgørende for støtteerklæringens værdi som sådan, da den står og falder med værdien af den deri indeholdte likviditetserklæring.⁴⁰

Hovedparten af denne afhandling er følgelig viet det nævnte spørgsmål, jfr. kapitlerne VII-X nedenfor.

Nogle likviditetserklæringer kan umiddelbart erkendes at indeholde *et fuldt bindende løfte fra M om at forsyne D med kapital*. De kaldes *likviditetsforpligtelser* og behandles nedenfor i kapitel VI.

De fleste likviditetserklæringer vil imidlertid berede *stor tvivl i henseende til løftespørgsmålet*. Findes de efter en nøje fortolkning i lyset af hele aftalesituationen at indeholde et fuldt bindende løfte fra M om at forsyne D med kapital, er de likviditetsforpligtelser og behandles som sådanne.⁴¹

Findes de kun at have *mindre vidtgående løftevirkninger*, bevarer de betegnelsen likviditetserklæringer, og de mindre vidtgående løftevirkninger kaldes “mellemløsninger”.⁴²

Findes de kun at indeholde *oplysninger eller rene hensigtserklæringer*, bevarer de ligeledes betegnelsen likviditetserklæringer. Når bortses fra muligheden for erstatningsansvar, er mellemløsninger ikke nærliggende her.⁴³

40 Undtagelsesvis kan en i erklæringen indeholdt *urigtig oplysning* dog få afgørende betydning.

41 Der kan således henvises til kapitel VI også for disse erklæringers vedkommende.

42 Mulige mellemløsninger er omtalt nedenfor i kapitel XI.

43 Der må dog også her henvises til gennemgangen nedenfor i kapitel XI.

8.2. Retsvirkninger

Her skal der gøres nogle bemærkninger vedrørende likviditetserklæringer, der kun indeholder oplysninger eller hensigtserklæringer. Andre typer af likviditetserklæringer er behandlet andetsteds i afhandlingen, jfr. småtrykket ovenfor i afsnit 8.1 *in fine*.

Likviditetserklæringer, som ikke indeholder løfter af nogen art, kan – overordnet set – siges at være *anbefalinger*, jfr. herved *Carsten Smith III* s. 125.

Selv om en *anbefaling* ikke er en retlig kategori på linie med *løfte*, *oplysning* og *hensigtserklæring*, understreges en vigtig pointe ved hjælp af denne karakteristik: Afgørende er ikke blot, hvad M faktisk udtaler i erklæringen, men også hvad M (eventuelt) fortier i erklæringen.⁴⁴

Netop hvad angår anbefalinger findes nogle fortræffelige eksempler på udsagn, som isoleret set er korrekte, men i sammenhængen kun kan misforstås: I en anbefaling udtaltes om en person, at han havde “oparbejdet sig et navn i firmaet” – navnet var “Frode Fup”. I en anden anbefaling hed det om en gartner, som stjal af frugten, at han havde “bragt alt det ud af haven, som var muligt”.⁴⁵

M kan over for P have oplyst, at ingen kreditorer hidtil har lidt et tab på et af M’s datterselskaber, og at et af M’s forretningsprincipper er at overvåge datterselskaberne og om nødvendigt at bistå disse ved tilførsel af likvide midler. Klassificeres et sådant udsagn juridisk som en oplysning – og ikke som et løfte – indebærer det, at M ikke er bundet i fremtiden. M har netop ikke påtaget sig en forpligtelse, og såfremt oplysningen på afgivelsestidspunktet var rigtig, kan P ikke gøre noget krav gældende mod M.

Kun såfremt oplysningen var urigtig,⁴⁶ kan M efter omstændighederne afkræves et beløb. Almindelige erstatningsretlige grundsætninger fører til, at P skal godtgøre, *at* der er afgivet en urigtig oplysning, *at* urigtigheden er culpøs, og *at* der er lidt et tab i tillid til – dvs. forårsaget af – oplysningen. Da der er tale om moder- og datterselskab, vil culpa i reglen foreligge. Heller ikke her forekommer omvendt bevisbyrde at være en god idé.⁴⁷ Derimod kan man overveje at skærpe ansvarsgrundlaget.⁴⁸ Vedrørende kausaliteten kan der efter omstændighederne være anledning til at slække på beviskravene. Tilbage bliver under alle omstændigheder, at P må godtgøre i hvert fald dels oplysningens urigtighed, dels tabets størrelse.

Det ligger i definitionen, at en hensigtserklæring fra M om at støtte D ikke har retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. Om eventuelle andre

44 Jfr. herom allerede ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2.1.

45 Eksemplerne er taget fra *Axel H. Pedersen*: Indledning til advokatgerningen I, 2. udg. (1962) s. 188 med note 23.

46 M har f.eks. tidligere ladet et datterselskab “krakke” el. lign.

47 Sml. ovenfor i afsnit 3.2.

48 Sml. ovenfor i afsnit 3.2. og 6.2.

retsvirkninger henvises til den principielle drøftelse ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.2 og til de konkrete drøftelser i kapitel XI, jfr. kapitel VII-X.

8.3. Regnskabsmæssig behandling

Om den regnskabsmæssige behandling af likviditetserklæringer henvises til bemærkningerne ovenfor i kapitel IV. Konklusionen var, at spørgsmålet om noteførsel er "spejlbilledet" af spørgsmålet om retlig forpligtelse på "kautionsniveau".

Heri ligger, at likviditetserklæringer, der retligt set er oplysninger eller hensigtserklæringer, ikke skal noteføres i M's regnskab, uanset at de i visse tilfælde kan have retsvirkninger.

9. Erklæringer afgivet over for almenheden eller D selv

Som anført afgives støtteerklæringer sædvanligvis over for et pengeinstitut. Det forekommer imidlertid, at sådanne erklæringer afgives over for almenheden eller over for datterselskabet selv. Disse erklæringer kan – ligesom andre støtteerklæringer – have meget forskelligt indhold, men frembyder som gruppe sådanne særegne træk, at det synes hensigtsmæssigt at behandle dem særskilt. De følgende bemærkninger angår kun den del af disse erklæringer, som på en eller anden måde angår M's villighed eller pligt til at forsyne D med kapital, dvs. de såkaldte likviditetserklæringer.

9.1. Erklæringer afgivet over for almenheden

En *støtteerklæring over for almenheden* kan forekomme i form af meddelelse i D's årsregnskab eller anden meddelelse til en ubestemt kreds af personer, f.eks. gennem annoncer eller udtalelser til pressen.

Uden for begrebet støtteerklæring over for almenheden holdes *fælles markedsføring af koncernselskaber*, hvorved koncernen som sådan kan komme til at fremtræde som hæftelsessubjekt. Herom henvises til Betænkning nr. 1108/1987 s. 78 f. og s. 84, *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 197 f. og *Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 2. udg. (1992) s. 70 med henvisning til U 1992.69 H.

Uden for begrebet holdes endvidere *erklæringer, som afgives over for et lands banktilsyn*. Se f.eks. Bank of England, Quarterly Bulletin, september 1978 s. 384 f.:⁴⁹

"The Bank established a general acceptance of the principle of a parent company's responsibility, *going beyond that of legal liability*, for the operations [...]. In pursuit of this principle, in September 1974 the Bank sought comfort letters from banks which were shareholders in banking compa-

49 Se eventuelt også *ibid.*, juni 1975 s. 192.

nies in this country, *acknowledging formally a moral commitment to support their associate or subsidiary if it ran into difficulties*” (udh. her).

Se om sådanne erklæringer nærmere *Klaus Wagner*: Die internationale Tätigkeit der Banken als aufsichtsrechtliches Problem (1982) s. 25 ff. og *Klaus Schmid-Burgk*: Bankenaufsicht und Auslandstöchter (1989) s. 21 ff.

Uden for begrebet holdes endelig *tilsagn fra staten eller nationalbanken om at opretholde likviditeten i pengeinstitutter eller andre foretagender*. Se f.eks. Nationalbankens beretning for 1970 s. 57 med omtale af en garanti afgivet af Nationalbanken over for diverse pengeinstitutter vedrørende likviditetsstøtte til B & W.⁵⁰ I øvrigt er sådanne erklæringer navnlig forekommet i forbindelse med de senere års bankkriser, f.eks. vedrørende Kronebanken (december 1984), Unibank (juni 1992) og Varde Bank (oktober 1993). Se i denne forbindelse afgørelsen NRT 1931.545 NoH, jfr. *Røsæg* s. 364 og s. 544 samt *Carsten Smith III* s. 137. Se også *Johs. Andenæs*: Fra spredte felter (Tandbergkonkursen og spørgsmålet om statens ansvar for statsaksjeselskaper) (1982) s. 351 ff.

En støtteerklæring over for almenheden kan være bindende som en *udlovning*.⁵¹ Det må antages, at der – i sammenligning med andre støtteerklæringer – skal mere til for at anse en erklæring over for almenheden for bindende.⁵² Fra tysk retspraksis foreligger et tilfælde, hvor et pengeinstitut blev sagsøgt under henvisning til, at det havde lovet almenheden at opretholde likviditeten i et andet pengeinstitut:

IPR-Rechtsprechung 1979 s. 45, jfr. AG 1977.321: I juni 1972 erhvervede *die Hessische Landesbank* (M) 31,17% af aktiekapitalen i *Banque de Credit International* (D). D var et schweizisk aktieselskab med filialer i London og Luxemburg. Efter erhvervelsen blev D's organisation på M's initiativ ændret, og M fik en betydelig indflydelse på D's virksomhed, herunder en art vetoret i D's bestyrelse.

M udsendte en – reelt indholdsløs – anbefaling til sine kunder om at indgå forretninger med D og afgav desuden ved flere lejligheder – mundtlige – tilsagn om at forsyne D med kapital. Sådanne tilsagn blev afgivet over for den israelske regering, den daværende engelske premierminister *Wilson* og over for det schweiziske banktilsyn. På en pressekonference den 30. september 1974 erklærede M's direktør, at man for "*Eventualfälle*" havde indrømmet D en "*Kreditlinie*". På samme tidspunkt nedlagde D's bestyrelsesformand – der var "udpeget" af M – sit hverv. Den 7. oktober 1974 erklærede M i en pressemeddelelse, at man ville opgive sin aktiebesiddelse i D. Kort efter måtte D standse sine betalinger.

Sagsøgeren (P) havde den 3. august 1974 på en konto hos D's filial i Luxem-

50 Se om sagen i et forvaltningsretligt perspektiv *Bent Christensen*: Nationalbanken og forvaltningsret (1985) s. 78.

51 Se herom *Ussing* s. 51 f. og – særligt om ansvarlige lån – *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i Revisionsorientering nr. 72 (1993) s. 5 f. Se også *Carsten Smith III* s. 137.

52 Således også *Schneider* i ZIP 1989 s. 624.

burg indbetalt DEM 59.000, som var bundet indtil den 9. februar 1975. Som følge af D's insolvens måtte P regne med et betydeligt tab på indskuddet, og P ønskede derfor dom for, at M skulle erstatte ham hans tab.

P påberåbte sig ikke alene de afgivne erklæringer, men gjorde også gældende, at M havde handlet ansvarspådragende, og at der var grundlag for hæftelsesgennembrud. Hverken ved LG Frankfurt⁵³ eller OLG Frankfurt⁵⁴ fik P medhold.

LG Frankfurt fandt ikke, at erklæringerne indeholdt noget løfte, og henviste som begrundelse herfor til den ubestemte kreds af adressater.⁵⁵

OLG Frankfurt viede især de international-privatretnlige spørgsmål i sagen stor interesse. Vedrørende det her behandlede spørgsmål fandt retten, at M vel havde bevæget sig ud over aktieselskabslovgivningens forudsætning om "den anonyme aktionær" ved aktivt at involvere sig i D's drift som sket, men at M dog ikke herved havde pådraget sig nogen hæftelse eller noget ansvar for D's gæld.

Ifølge *Klaus Wagner* op. cit. s. 31 fandt sagen sin afslutning ved en forligsmæssig betaling af et beløb til P. Oplysningen forekommer at være af tvivlsom rigtighed. Der henvises til et udenretligt forlig i forbindelse med behandlingen for LG Frankfurt – men hvorfor kom det da til ankesagen for OLG Frankfurt?

9.2. Erklæringer afgivet over for D selv

En støtteerklæring over for datterselskabet selv er vistnok en uhyre sjælden foreteelse. Fremgangsmåden er både mere besværlig og mere usikker for P end den almindelige, hvor M forpligter sig direkte over for P. *For det første* skal P have transport på løftet, *for det andet* skal denne transport denuntieres over for M i medfør af analogien af Gældsbrevslovens § 31 og *for det tredje* risikerer P, at M i forhold til D har indsigelser eller modkrav, som kan gøre P's krav illusorisk, jfr. Gældsbrevslovens §§ 27 og 28 analogt.

Se om de her omtalte erklæringer – for tysk ret – *Gerth* s. 273 ff., særlig om transport fra D til P s. 291 ff., *Mosch* s. 2 og *Schneider* i ZIP 1989 s. 623. Det diskuteres bl.a., om P kan støtte ret på M's løfte til D under påberåbelse af, at dette er et *trediemandsløfte*.⁵⁶ Efter dansk ret kan dette ikke antages. Noget andet er, at en *simpel underretning* til P fra M (eller D) om M's løfte i almindelighed må anses som et løfte (henholdsvis en transport til P).⁵⁷

53 Offentliggjort i AG 1977.321.

54 Offentliggjort – med væsentlige udeladelser – i IPR-Rechtsprechung 1979 s. 45 ff.

55 Sml. CISG art. 14, art. 2: "Et forslag [om indgåelse af aftale], der ikke er rettet til en eller flere bestemte personer, skal alene anses for en opfordring til at give tilbud, medmindre det modsatte klart er tilkendegivet af den person, som fremsætter forslaget" (udh. her).

56 Se nærmere *Gerth* s. 285 f., der afviser muligheden for et trediemandsløfte, og *Schneider* l.c., der holder muligheden åben.

57 Jfr. hertil *Ussing* s. 376, hvor også muligheden for at anse løftemodtageren for befuldmægtiget til at afgive løftet til trediemand nævnes.

KAPITEL VI

Opfyldelse og misligholdelse af en likviditetsforpligtelse

I dette kapitel skal den fuldt forpligtende likviditetserklæring – som i nærværende afhandling kaldes en likviditetsforpligtelse – undersøges nærmere.

Det spørgsmål, som påkalder sig størst interesse ved likviditetserklæringer, er, *om* erklæringen er retligt bindende eller kun en ren hensigtserklæring. Det spørgsmål, der skal behandles her, er, hvad der gælder, *når* erklæringen er retligt bindende.

Det forudsættes altså i det følgende, at M har givet et bindende løfte om at forsyne D med kapital, således at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser, herunder forpligtelsen over for P. Det forudsættes videre, at forpligtelsen er så klar, at der ikke er tvivl om, at det er en resultatforpligtelse.¹ En sådan erklæring kan f.eks. være sålydende:

“Vi forpligter os hermed til at opretholde D’s betalingsdygtighed, således at D til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser, herunder forpligtelsen over for Dem.”

Det nærmere indhold af likviditetsforpligtelsen analyseres i afsnit 1. Dernæst behandles i afsnit 2 spørgsmålet om rigtig opfyldelse (naturalopfyldelse). I afsnit 3 undersøges, hvilke beføjelser P har ved M’s misligholdelse af den påtagne forpligtelse. I afsnit 4 drøftes, om der påhviler parterne biforpligtelser over for hinanden. I afsnit 5 gennemgås ophørsgrundene, dvs. de grunde, der medfører forpligtelsens bortfald. Endelig søges i afsnit 6 givet et svar på, om en likviditetsforpligtelse reelt er en kautionsforpligtelse.

1 Se om resultat- og bestræbelsesforpligtelser nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.

1. Likviditetsforpligtelsens indhold.

Foreløbig retlig karakteristik

1.1. Likviditetsforpligtelsens indhold

Allerførst bemærkes, at pronominet “vi”, som regelmæssigt anvendes i likviditetserklæringer, henviser til *M som selskab* – og ikke til de personer, som har underskrevet den pågældende erklæring.²

Det anførte gælder også andre former for støtteerklæringer – også erklæringer, hvori der tales om “tillid til D’s ledelse” el. lign. Der er intet forunderligt i, at en sådan erklæring anses afgivet af ledelsen på selskabets vegne. Et selskab kan godt nære tillid til bestemte personer, ligesom et selskab kan være i god eller ond tro.

Hvad angår det nærmere indhold af en likviditetsforpligtelse, må det bemærkes, at der ikke er nogen retlig forskel på, om M afgiver et fuldt bindende løfte om at forsyne D med kapital, således at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser, eller om *M simpelt hen over for P garanterer D’s betalingsevne*.³ Det er nemlig dét, der ligger i erklæringen: D selv kan ikke støtte noget retskrav mod M på erklæringen – det kan kun P, som erklæringen afgives overfor.

I den svenske *Nobel-utredning* (1992) s. 163 ff. antages det at være “en rimlig tanke”, at en nærmere angivet *konsolideringsgaranti*⁴ giver D en selvstændig ret, dvs. at garantien er et (egentligt) trediemandsløfte.⁵

Nobel-utredningens standpunkt giver anledning til undren. Det kan i hvert fald kun være rent *undtagelsesvis*, at D – eller andre – kan støtte ret på et udsagn, som M er fremkommet med over for P i anledning af, at P yder D en kredit.⁶ Er udsagnet et løfte, kan meningen med det kun være, at P skal kunne støtte ret på det. Løftets modtager – P – har ikke nogen (beskyttelsesværdig) interesse i, at også D kan påberåbe sig løftet. I øvrigt har D nydt godt af M’s udsagn *allerede ved kreditgivningen*.

Hovedreglen – at der ikke er tale om nogen ret for D – forekommer så utvivlsomt, at det kan undre, at spørgsmålet overhovedet har foreligget til prøvelse: Utrykt ØLD af 1. maj 1987 (14. afd., 193/1986): Sagen angik erklæringer udfærdiget af to selskaber (M1 og M2), der hver ejede halvdelen af det låntagende selskabs (D) aktiekapital. Erklæringerne indeholdt bl.a. sålydende afsnit:

2 Sml. Ross: Statsforfatningsret I, 2. udg. (1966) s. 383 med note 2, hvorefter en aftale mellem to selskabers bestyrelser forpligter selskaberne.

3 Der erindres om, at likviditetsforpligtelsen ovenfor i det indledende afsnit er defineret som en resultatforpligtelse – og dermed er dens “garantikvalitet” så at sige givet.

4 Ordlyden er gengivet nedenfor i slutningen af dette afsnit, hvor også andre af *Nobel-utredningens* standpunkter er omtalt.

5 Se nærmere om trediemandsløfter *Torsten Iversen* i TfR 1994 s. 14 ff., særligt s. 60 f., s. 84 og s. 87 f.

6 I samme retning *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 343 f. På linie med teksten *Godsk Pedersen* i RR nr. 5/1990 s. 57.

“Vi forpligter os til senest 10 dage efter, at vi fra Dem måtte få meddelelse om, at [D] har undladt at betale nogen forfalden del af hovedstol, renter eller provision, at tilføre eller låne [D] kapital i et sådant omfang, at [D] er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, ligesom vi vil foranledige, at [D's] ledelse opfylder disse forpligtelser.”

Efter at D ikke havde sørget for rettidig nedbringelse af en indrømmet kreditudvidelse, krævede P den 12. oktober 1984, at M1 og M2 indfrie D's gæld til P. M1 foretog den 23. oktober 1984 indbetaling af den ene halvdel af D's gæld, hvilken indbetaling krediteredes D's kassekredit. Ugen efter blev D erklæret konkurs. Den 14. februar 1985 indfrie M1 også den anden halvdel af gælden.

D's konkursbo søgte P under henvisning til, at M1 og M2 ikke efter erklæringerne var pligtige at betale noget beløb til P, men alene til D. Indbetalingerne skulle være sket til D og fordeles efter konkursordenen. I den forbindelse påberåbtes Konkurslovens § 72, subsidiært § 74.

Konkursboet fik ikke medhold. Landsretten udtalte bl.a.:

“Efter baggrunden for og indholdet af erklæringerne tilkommer retten alene [P] og forudsætter, at alene [P] kan gøre og gør krav gældende. Der er ikke i det oplyste nogen støtte for at antage, at erklæringerne tillige skulle sikre [D's] øvrige kreditorer, selv om sikkerheden for kassekrediten er forudsat at skulle ydes gennem dette selskab.”

Landsrettens dom må klart tiltrædes. Krediteringen af den første betaling på D's kassekredit var ikke udtryk for, at pengene tilkom D. Tværtimod havde kun P fået et løfte fra M1 og M2. Da D ikke havde nogen ret, kunne D's konkursbo heller ikke få det, medmindre omstødselsbetingelserne var opfyldt, hvad de oplagt ikke var.

Hvis M virkelig ønsker at betale til D, kan det i øvrigt ske derved, at M båndlægger betalingen, således at den kun kan anvendes til indfrielse af gælden til P.⁷ Da D ikke over for M kan støtte ret på erklæringen, er der intet i vejen for at båndlægge en sådan “gave”. Se hertil *J.A. Andersen* i U 1991 B s. 42 f. og *Munch: Konkursloven*, 7. udg. (1993) s. 429. I tysk ret benævnes denne mulighed “*Treuhandkonstruktion*”, jfr. herom bl.a. *Hoffmann* s. 155 f. og *Schröder* i ZGR 1982 s. 556.

Der er med andre ord ikke tale om noget (egentligt) trediemandsløfte fra M til D. Såfremt M under hensyn til garantien tilfører D yderligere kapital, er denne kapitaltilførsel ikke udslag af en ret, som tilkommer D, men en ren refleksvirkning af den ret, som M har tilsagt P.

Fra snart sagt alle vestlige lande foreligger retsafgørelser, som har anset tilsagn fra M til P om at opretholde likviditeten i D som bindende og følgelig tilkendt P erstatning for misligholdelse. Der kan henvises til følgende afgørelser:⁸

7 D må selvsagt ikke have mulighed for at råde over beløbet, jfr. Rpl. § 514, stk. 3.

8 For henvisninger til amerikansk praksis, se *Sacasas og Wiesner: Comfort Letters: The Legal and Business Implications*, *Banking Law Journal* 1987 s. 313 ff. Det bemærkes, at ordet “*comfort letter*” i USA anvendes i en meget videre betydning end i Europa, således f.eks. også om revisorerklæringer og *legal opinions* fra advokater.

- Danmark: U 1994.470 H.⁹
- Norge: Oslo Byretts dom af 23. februar 1990 (sak nr. 680/89-27-22).¹⁰
- Tyskland: WM 1985.455,¹¹ dom af 29. januar 1986 fra OLG Köln¹² (offentliggjort i EWIR § 765 BGB 2/86 med kommentar af *Egon Schneider*) og NJW 1992.2093 (= ZIP 1992.338 og WM 1992.501).
- Frankrig: Dom af 10. januar 1985 fra Cour de Montpellier (offentliggjort i Dalloz 1985 IR 340 og Revue trimestrielle de Droit commerciale 1988.-271)¹³ og dom af 16. juni 1986 fra Tribunal de Commerce de Paris (refereret af *Gallet* i Revue de jurisprudence commerciale 1987 s. 53 ff.)¹⁴
- Belgien: Dom afsagt af Tribunal de Commerce i Bruxelles i 1986 (refereret af *Chris Sunt* i International Financial Law Review, april 1987 s. 44 f.) og dom af 26. marts 1987 fra Tribunal de Commerce i Dinant (refereret af *Guy Verheyden* i Droit Bancaire et Financier/Recht voor Bank- en Financiewezen nr. 3/1988 s. 29 ff.)
- Holland: Dom af 14. december 1988 fra Arrondissementsrechtbank te Amsterdam (1. Kamer, zaak rolnummer H 87.0544).
- Italien: Dom af 10. maj 1979 fra Tribunale di Milano (offentliggjort i Banca, Borsa e Tituli di Credito 1981, del II s. 88 ff.).¹⁵
- Østrig: OGH-Zivilsachen 1988.361.
- Australien: Dom af 5. oktober 1990 fra Commercial Division of the Supreme Court of New South Wales refereret i International Business Lawyer 1990 s. 481.¹⁶

Der findes også afgørelser, hvor M frifindes med den begrundelse, at M ikke har afgivet noget løfte. Den kendeste afgørelse af denne art er givetvis *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*¹⁷ Der ses ikke at foreligge afgørelser, hvor et i princippet bindende tilsagn er tilsidesat som ugyldigt.

9 Se om denne afgørelse navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

10 Afgørelsen, som er truffet efter dansk ret, er ikke helt "ren", da retsvirkningen af erklæringen var fastlagt helt udtrykkeligt (10 dages frist fra fremsættelse af krav fra P's side).

11 Afgørelsen er kommenteret af *Schröder* i WuB I F 1 c 1.85 og af *Horn* i EWIR § 765 BGB 4/85.

12 Afgørelsen vedrører en erklæring, som bærer overskriften "Patronatserklæring", men som efter en fortolkning fandtes at indeholde påtagelse af en hæftelse for D's gæld. Afgørelsen falder for så vidt uden for begrebet likviditetsforpligtelse og er kun nævnt for fuldstændighedens skyld.

13 Afgørelsen antager en likviditetsforpligtelse på trods af ordet "hensigt", jfr. nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.1.

14 Afgørelsen antog en likviditetsforpligtelse på trods af ordet "forretningspolitik". – Se om afgørelsen også *Durquet og Turek* i RIW 1987 s. 474 f.

15 Af italienske afgørelser kan endvidere henvises til dom af 30. maj 1983 fra Tribunale di Milano (Banca, Borsa e Tituli di Credito 1984, del II s. 333 ff.), dom af 1. december 1983 fra Tribunale di Milano (Banca, Borsa e Tituli di Credito 1984, del II s. 383 ff.) og dom af 18. juli 1985 fra Tribunale di Roma (Banca, Borsa e Tituli di Credito 1986, del II s. 450 ff.).

16 Afgørelsen antog en likviditetsforpligtelse på trods af ordet "practice". – Se om afgørelsen også *Søgaard* i RR nr. 5/1991 s. 45 samt *Lynge Andersen og Werlauff* s. 389 med note 352.

17 Der findes således ingen engelske afgørelser om egentlige likviditetsforpligtelser. *Chemco Leasing SPA v. Rediffusion PLC* angik et tilfælde, hvor M havde afgivet et løfte om at indestå for D i tilfælde af afhændelse af ejerinteresserne i D. Se om afgørelsen nærmere *Jonathan S. Fisher* i Journal of International Banking Law 1988 s. 215 ff. *Walford and others v. Miles and another* – offentliggjort i (1991) 2 EGLR – drejede sig om et "comfort letter", som var en aftale om at forhandle (seriøst og eksklusivt).

Det forekommer, at garantien ikke går på D's "likviditet", "betalingsevne" eller "betalingsdygtighed", men på D's "solvens" eller eksistensen af en vis "egenkapital", jfr. f.eks. utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985). Forpligtelser af den førstnævnte art benævnes i denne afhandling likviditetsforpligtelser, og forpligtelser af den sidstnævnte art kan da kaldes *solvensforpligtelser*.

I nogle henseender skal solvensforpligtelser måske behandles anderledes end likviditetsforpligtelser. Uanset om der tales om "solvens" eller "likviditet", indeholder erklæringerne imidlertid som regel eftersætningen "således at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser over for Dem". I så fald synes der ikke at være nogen forskel på, om M har garanteret D's likviditet eller solvens. Hvor der ikke er en eftersætning af denne art, er det muligt, at M's *ydelsespligt* indtræder senere ved en solvensforpligtelse end ved en likviditetsforpligtelse.¹⁸

Rimond Jørgensen hævder i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 173, at en likviditetsforpligtelse først kan gøres gældende mod M, *når P har erhvervet endelig dom over D*, og at en solvensforpligtelse først kan gøres gældende mod M, *når likvidationen af D er tilendebragt*.¹⁹ Det fremgår ikke, om der herved tænkes på krav om naturalopfyldelse eller erstatning for misligholdelse.²⁰

Hvis man lægger de bevismæssige synspunkter til grund, som er anført nedenfor ved note 38, vil der dog praktisk taget ikke være nogen forskel på retsstillingen ved likviditets- og solvensforpligtelser.

Bortset fra utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985), som omhandler et tilsagn om en bestemt egenkapitalprocent i forhold til pengeinstituttets tilgodehavende, ses der ikke at foreligge nogen retspraksis om solvensforpligtelser.

I den svenske *Nobel-utredning* (1992) omtales s. 132 ff. en såkaldt *konsolideringsgaranti*, som blev afgivet af to selskaber (M1 og M2) over for et konsortium af pengeinstitutter (P). Garantien havde følgende ordlyd:

"[M1] og [M2] garanterer solidarisk att [D-koncernen] skall vid varje tillfälle hålla en konsolideringsgrad av lägst 15% och fr.o.m. den 31. december 1990 16%. Med konsolidering förstås eget kapital och förlagslån med avdrag av goodwill i förhållande till balansslutningen. Skulle brist uppkomma i ovannämnda hänseende åligger [M1] og [M2] att solidarisk tillskjuta ett belopp svarande mot bristen i form av aktieägartillskott eller förlagslån."

18 Sml. forskellen mellem selvskylderkaution og simpel kaution omtalt i småtrykket nedenfor i afsnit 1.2.

19 Det forekommer klart urigtigt at antage, at en solvensforpligtelse først kan gøres gældende ved boets *afslutning* – og ikke allerede ved *indtræden* af konkurs m.v.

20 Se herom nærmere nedenfor i afsnit 2 og 3.

Efter ordlyden er erklæringen klart forpligtende for M1 og M2, jfr. således da også *Nobel-utredningen* s. 160, hvor det fremhæves,

“att klausulen inte präglas av den ofta åsyftade vaghet som kännetecknar förklaringar av typen comfort letters. [M1 og M2] åtar sig en förpliktelse som är exakt formulerad och väl definierad”.²¹

Ifølge *Nobel-utredningen* s. 162 er det tvivlsomt, om erklæringen giver P noget krav på, at M1 og M2 tilfører D midler. Dette synspunkt er efter min opfattelse klart urigtigt: Der er intet til hinder for, at A lover B at erlægge et beløb til C.²²

Et særligt problem i sagen var konsolideringsgarantiens forhold til den aktieretlige lighedsgrundsætning (se generalklausulen i dansk ASL § 80), jfr. drøftelsen i *Nobel-utredningen* s. 175 ff. Ifølge de dér omtalte udtalelser af *Ramberg* skulle konsolideringsgarantien være ugyldig som stridende mod M2's minoritetsaktionærers interesser. Statuering af ugyldighed i et sådant tilfælde forekommer ikke ubetænkelig. Se hertil *Nobel-utredningen* l.c. (med yderligere henvisninger), *Hellner* i JT 1992-93 s. 735 f. og s. 738 samt SOU 1992:83 s. 163. I hvert fald bør ugyldighed næppe statueres i tilfælde, hvor selskabets medkontrahent alene har udvist *simpel uagtsomhed*.

1.2. Foreløbig retlig karakteristik

Som anført ovenfor i afsnit 1.1 er M's løfte til P ikke noget (egentligt) trediemandsløfte til D. Der forekommer ikke at kunne vindes noget ved at betegne det som et uegentligt trediemandsløfte, da et sådant løfte ikke adskiller sig fra andre løfter og altså netop ikke er et trediemandsløfte.²³ Der foreligger med andre ord et løfte fra M til P – hverken mere eller mindre.

M's løfte kan foreløbig kvalificeres som en garanti *sui generis*.²⁴ *Det garanterede resultat* er ikke – som ved normale garantier – at et bestemt beløb indgår hos kreditor, men *at debitor er i stand til at honorere sin forpligtelse over for kreditor*.

Den garanti, P har modtaget, går altså ikke ud på, at D betaler eller vil betale, men på, at D *kan* betale. Forskellen har større teoretisk end praktisk betydning: D's manglende betaling til P vil så godt som altid skyldes manglende *evne* – ikke manglende *vilje*. Nogen synderlig relevans forekommer forskellen herefter ikke at have – særlig ikke, hvis man følger de bevismæssige synspunkter, som anføres nedenfor ved note 38.

21 Jfr. *Hellners* tilslutning hertil i JT 1992-93 s. 732.

22 Bemærkningerne i *Nobel-utredningen* l.c. er nok ment som udsagn om søgsmålskompetence, jfr. herved *Hellners* kritik i JT 1992-93 s. 732. Men de kan også læses som udsagn om, at P er afskåret fra at kræve *naturalopfyldelse* i bogstavelig forstand. Se herom nærmere nedenfor i afsnit 2.

23 Se nærmere *Torsten Iversen* i TfR 1994 s. 16 f.

24 Berettigelsen af denne karakteristik undersøges nærmere nedenfor i afsnit 6.

Sondringen mellem opfyldelsesevne og opfyldelsesvilje er omtalt af *Carsten Smith III* s. 248 f., hvorefter selvskyldnerkaution – i modsætning til simpel kaution – ikke blot sikrer kreditor mod debtors manglende opfyldelsesevne, men også mod hans manglende opfyldelsesvilje. Som det påpeges op. cit. s. 232, dækker simpel kaution alene *insolvensrisikoen*, selvskyldnerkaution derimod også *misligholdelsesrisikoen*.

Forskellen viser sig ved uenighed om, hvorvidt der foreligger misligholdelse i hovedforholdet: Den simple kautionist kan afvente en retlig afklaring heraf, mens selvskyldnerkautionisten må tage standpunktsrisikoen – nægter han at opfylde i et tilfælde, hvor der faktisk forelå misligholdelse i hovedforholdet, har han misligholdt sin forpligtelse som selvskyldnerkautionist, jfr. nærmere op. cit. s. 249.

Denne forskel vil også kunne optræde ved likviditetsforpligtelser, men har som anført ikke nævneværdig praktisk betydning i disse tilfælde: En manglende betaling af renter og afdrag fra D til P vil næsten altid skyldes manglende betalingsevne. Det kan også udtrykkes således, at selv om M ikke bærer *misligholdelsesrisikoen*, bærer M dog mere end blot *insolvensrisikoen*, nemlig hvad man kunne kalde *likviditetsrisikoen*.

I tysk teori er der udfoldet en helt uforholdsmæssig energi på at understrege forskellen mellem garanti for opfyldelsesvilje og -evne for så vidt angår støtteerklæringer. Se bl.a. *Bordt* i WPg 1975 s. 289, *Gerth* s. 141 f., *Hoffmann* s. 75, *IdW-retningslinierne* i WPg 1976 s. 213, *Köhler* i WM 1978 s. 1346, *Mosch* s. 134 f., *Obermüller* i ZGR 1975 s. 27, *samme* i ZIP 1982 s. 918, *Rümker* i WM 1974 s. 991, *Schraepfer* i ZKW 1975 s. 216. Forskellen er også fremhævet i afgørelsen WM 1989.1642 (på s. 1646).

Den hermed foretagne foreløbige retlige karakteristik er grundlaget for drøftelserne i afsnit 2-5 nedenfor. I afsnit 6 tages den retlige karakteristik derpå atter op til drøftelse, i hvilken forbindelse der særlig fokuseres på, om en likviditetsforpligtelse reelt er det samme som en kautionsforpligtelse.

2. Rigtig opfyldelse. Spørgsmål om naturalopfyldelse

Er der givet en garanti for betaling af 100.000 kr. senest den 1. november 1994, er garantien rigtigt opfyldt, når garanten senest denne dag betaler 100.000 kr. til beneficianten. Betaler debitor selv inden eller på den aftalte dato, er garantien ikke opfyldt efter sit indhold, men heller ikke misligholdt: Den er simpelt hen ikke blevet aktuel, fordi det garanterede resultat er indtruffet “af sig selv”.

Ved garanti for betaling til en bestemt dag er betalingsdagen det fikspunkt, ud fra hvilket det let kan afgøres, om beneficianten kan påberåbe sig garantien og i givet fald med hvilken retsvirkning. Garanti for et selskabs betalingsevne har ikke et sådant fikspunkt, men angår et vedvarende forhold.

Garanten (M) er dog kun forpligtet, så længe beneficianten (P) har en fordring mod debitor (D).

Manglende betalingsevne foreligger, når D ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, jfr. herved Konkurslovens § 17 og Købelovens § 39. Særlig klart er forholdet, hvis D erklæres konkurs, åbner akkordforhandling, standser sine betalinger eller begærer sig selv konkurs.

Kommer D i betalingsvanskeligheder, må M afgøre, om man vil træde til med kapitaltilførsel, eller om D må erklæres konkurs. Vælger M det første, kan M siges at have opfyldt garantien over for P. Der er imidlertid ikke tale om en opfyldelse, der medfører forpligtelsens bortfald. Garantien er som anført en vedvarende forpligtelse. Kommer D senere i betalingsvanskeligheder, er M altså atter nødt til at vælge mellem kapitaltilførsel til eller afvikling af D efter Konkurslovens regler. Vælger M det sidste, kan det konstateres, at M har misligholdt sit garantiløfte: D har ingen betalingsevne.

I tysk teori anføres undertiden som et problem, at M har "*videreledningsrisikoen*", dvs. risikoen for, at det beløb, M indbetaler til D faktisk bliver viderebetalt til P. Se f.eks. *Gerth* s. 149 og s. 194, *Hoffmann* s. 153 ff., *Kohout* s. 98, s. 140 ff. og s. 163, *Rippert* s. 113, *Seiler* s. 19 f. og s. 110 med note 3, *Stecher* s. 102 og s. 108,

Dette problem er et skinproblem. Der foreligger ingen "*videreledningsrisiko*". Sagen er, at M fortsat er forpligtet i henhold til garantien, så længe D's gæld til P ikke er indfriet. M må vælge mellem at forsyne D med kapital med henblik på videre drift eller at lade D gå konkurs, hvorefter M selv må indfri D's gæld til P.

Bogstavelig naturalopfyldelse af en garanti for D's betalingsevne ville indebære, at M skulle drage omsorg for, at D til enhver tid var i stand til at honorere sine forpligtelser, efterhånden som de forfaldt.

Undertiden er retsvirkningen af manglende betalingsevne hos D udtrykkeligt aftalt, se således utrykt ØLD af 1. maj 1987 (14. afd., 193/1986), hvor M skulle betale enhver forfalden del, "[...] senest 10 dage efter at [...] [D] har undladt at betale [...]". Se også Oslo Byretts dom af 23. februar 1990 (sak nr. 680/89-27-22).

Det kan ikke antages, at P kan kræve en sådan bogstavelig naturalopfyldelse, dvs. få M dømt til at opretholde D's betalingsevne til enhver tid.²⁵ Dette ville

²⁵ Således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9, men anderledes måske *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 343: "[P's] krav er i bedste fald et indirekte krav". Se også *Lindskog* i SvJT 1992 s. 639 ved og med note 87.

række langt ud over det formål, parterne fornuftigvis kan have haft, nemlig at hindre, at P skulle lide tab på engagementet med D.²⁶ P har ingen beskyttelsesværdig interesse i, at M "holder liv i" D.²⁷

Spørgsmålet er omdiskuteret i tysk teori, jfr. nærmere *Gerth* s. 371, *Hoffmann* s. 58, *Seiler* s. 36, og *Schröder* i ZGR 1982 s. 556.

Helt undtagelsesvis kan bogstavelig naturalopfyldelse komme på tale, således hvor M har afgivet et løfte om at "holde liv i" D for at sikre en aftager af D's produkter fortsatte leverancer, sml. den tyske afgørelse WM 1989.1642.

En sådan forpligtelse kan lægge en helt uforholdsmæssig byrde på M. Det må sikkert – efter en formålsfortolkning – tillades M selv at overtage produktionen, hvis D skal afvikles. Hvor denne løsning er helt urentabel, må M efter omstændighederne kunne slippe med at betale erstatning, jfr. den obligationsretlige grundsætning om, at der ikke kan kræves naturalopfyldelse, såfremt denne indebærer en efter omstændighederne helt uforholdsmæssig byrde for den forpligtede, jfr. f.eks. U 1930.198 V om en manglende kørselsret.

I afvisningen af et krav om opfyldelse efter bogstaven ligger også, at P f.eks. er afskåret fra at påberåbe sig garantien med henblik på at opnå betaling for nødlidende fordringer, som P har afkøbt andre af D's kreditorer. En sådan fremgangsmåde ville i øvrigt være udelukket, selv om man *ikke* anlagde den ovenfor anførte betragtning, jfr. f.eks. U 1981.543 V.

Det kan herefter konkluderes, at så længe D faktisk er betalingsdygtig, opstår spørgsmålet om naturalopfyldelse slet ikke. Hvor spørgsmålet bliver aktuelt – nemlig hvor D bliver betalingsudygtig – kan P som nævnt ikke kræve bogstavelig naturalopfyldelse.

Ovenfor er det antaget, at P *ikke* over for M har *et krav på opfyldelse i overensstemmelse med erklæringens bogstavelige indhold*. P kan altså ikke løbende få M dømt til at forsyne D med så megen kapital, at D kan opretholde sin likviditet.

At *et krav på opfyldelse efter bogstaven* er udelukket, er imidlertid ikke ensbetydende med, at *ethvert krav på opfyldelse* er udelukket, således at kun spørgsmålet om *erstatning for misligholdelse* herefter skulle være af interesse.

Anderledes så vidt ses *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9, *Godsk Pedersen* s. 110 f., *Nobel-utredningen* s. 162 f. smh. med s. 165 ff. og *Røsæg* s. 74.²⁸

26 Et lignende spørgsmål om naturalopfyldelse efter bogstaven kan opstå, hvor én kreditor over for en anden kreditor har afgivet en tilbagetrædelseserklæring, som efter sin umiddelbare ordlyd synes at indebære, at han står tilbage med sin fordring over for *alle kreditorer*, jfr. herved *Lindskog* i SvJT 1992 s. 626 ved og med note 53 og *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i Revisionsorientering nr. 72 (1993) s. 8 f.

27 P kan godt have en interesse heri, f.eks. fordi andre af P's kunder har penge til gode hos D. Men denne interesse er ikke værnet ved det løfte, M har afgivet.

28 Ifølge *Røsæg* l.c. kan meningen have været den, at M skal misligholde forpligtelsen, således at P får et erstatningskrav.

Som anført afviser *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9 – med føje – at P kan kræve *naturalopfyldelse i bogstavelig forstand*. Ifølge *Lego Andersen* kan P derimod rette et erstatningskrav mod M. Om dette krav hedder det op. cit. s. 12:

“Da [P] forudsættes efter erklæringens ordlyd at kunne kræve, at [M] indskyder et sådant beløb i [D], at [D] bliver solvent [...],²⁹ bør det [...] antages, at [P] kan gennemføre et krav om indfrielse mod transport i dividenderetten uden at afvente boets slutning. Kun herved stilles [P] som om, erklæringen var [efterlevet].”³⁰

Lego Andersen antager altså på den ene side, at M ikke har nogen forpligtelse over for P til at forsyne D med likvide midler,³¹ og på den anden side, at M kan pådrage sig erstatningsansvar over for P ved ikke forsyne D med likvide midler. Dette forekommer mærkværdigt: Hvorledes kan ikke-opfyldelse være erstatningspådragende misligholdelse, når der ikke er nogen forpligtelse til at opfylde?³²

Det forekommer ikke at være korrekt at *begynde med* at drøfte erstatning for misligholdelse. Der må først – som i teksten ovenfor – tages stilling til, hvilket *opfyldelseskrav* P kan rette mod M.

P kan altså ikke kræve, at M faktisk forsyner D med tilstrækkelig likviditet til, at D kan opfylde alle sine forpligtelser. M's forpligtelse, som *efter sin bogstavelige ordlyd* pålægger M at opretholde D's likviditet, må *efter sit formål* “fortolkes ned til” en forpligtelse, som pålægger M at stille P, *som om* D's likviditet var opretholdt.

P har altså et krav på *naturalopfyldelse* i den forstand, at P kan kræve sig stillet, *som om* D havde tilstrækkelig likviditet til at opfylde sin forpligtelse over for P. Den garanti for D's betalingsdygtighed, som M har afgivet over for P, må herefter give P et krav på, at M indfried D's restgæld over for M.

Spørgsmålet er dernæst, hvornår M's *ydelsespligt* indtræder – eller med andre ord: Om M kan undgå domfældelse ved at henvise P til at *realisere andre sikkerheder* eller til at foretage *udtømmende retsforfølgning mod D*.³³

29 Når der tales om solvens i stedet for likviditet, skyldes det, at bemærkningerne vedrører udtrykt VLD af 21. december 1988 (B 2362/1985). – Forskellen er uden betydning i nærværende sammenhæng.

30 Hos *Lego Andersen* l.c. står der “afleveret” – men det må være, fordi sætternissen har været på spil.

31 Det er uklart, hvad der ligger i ordet “forudsættes” i citatet ovenfor. *Lego Andersen* har imidlertid i RR nr. 4/1992 s. 9 klart fastslået, at *bogstavelig naturalopfyldelse* ikke kan kræves – hvilket i øvrigt må tiltrædes, jfr. ovenfor ved note 25.

32 Misligholdelse forudsætter, at en eller anden forpligtelse ikke er opfyldt, jfr. *Ussing*: Almindelig del (1967) s. 50 f. En part, som *under ingen omstændigheder* kan kræve opfyldelse af den anden part, kan derfor heller ikke påberåbe sig, at der foreligger misligholdelse fra den anden parts side. – Noget andet er, at et krav om *naturalopfyldelse* kan være udelukket, således f.eks. over for en ansat. Dette ændrer imidlertid ikke på, at den ansatte har *forpligtet sig til at opfylde* (hvilket jo blandt kan ses på, at arbejdsgiveren efter omstændighederne kan undlade at betale løn, hæve ansættelsesaftalen o.s.v.).

33 Et omgående søgsmål mod M ville i så fald resultere i en dom lydende på “frifindelse for tiden”.

Svaret må være, at der foreligger ikke-opfyldelse fra M's side, så snart D på grund af manglende likviditet har undladt at erlægge en betaling til P rettidigt.³⁴ M har over for P garanteret D's betalingssevne, og i tilfælde, hvor denne evne ikke længere er til stede, kan M ikke henvise P til at søge sig fyldestgjort hos D.³⁵ P skal netop stilles, *som om D var betalingsdygtig*, og i så fald ville hverken realisation af andre sikkerheder eller retsforfølgning mod D være nødvendig.

Ved garanti for D's betalingsdygtighed, foreligger der ikke-opfyldelse fra M's side³⁶ i det øjeblik, D mangler midler til erlæggelse af en forfalden betaling til P.³⁷

Ved garanti for, at D vedbliver at være solvent eller stedse har en vis egenkapital, behøver der strengt taget ikke at foreligge misligholdelse, hvor D ikke betaler til tiden: D kan godt være solvent, men illikvidt.

I begge tilfælde forekommer det dog, at *M må have bevisbyrden for, at D's ikke-opfyldelse ikke skyldes manglende betalingssevne henholdsvis manglende solvens*.³⁸

I det anførte ligger, at M har bevisbyrden for, at D's manglende betaling skyldes manglende vilje og ikke (tillige) manglende evne.

Det ses, at såvel sondringen mellem likviditets- og solvensforpligtelser som sondringen mellem manglende opfyldelsesvilje og -evne herved bliver betydningsløs, jfr. ovenfor efter note 20 henholdsvis note 24.

En regel om omvendt bevisbyrde på dette område er ikke i modstrid med afvisningen ovenfor i kapitel V af en sådan regel på andre områder.³⁹

34 Anderledes ved simpel kaution (og tabskaution), hvor kautionistens *ydelsespligt* først indtræder efter udtømmende retsforfølgning mod hovedmanden (og realisation af andre sikkerheder). Forinden dette tidspunkt kan der altså ikke foreligge (aktuel) misligholdelse fra kautionistens side.

35 Således også for tysk ret *Gerth* s. 164 ff., *Kohout* s. 193 ff., *Köhler* i WM 1978 s. 1346 og s. 1349, *Obermüller* i ZGR 1975 s. 29 ff, *samme*: Ersatzsicherheiten (1987) s. 17, *Schraepler* i ZKW 1975 s. 8 samt *Stecher* s. 186 ff. I afgørelsen ZIP 1992.338 har *Bundesgerichtshof* – forudsætningsvis – fastslået dette (se s. 341), jfr. herom nedenfor i afsnit 6.

36 Kun hvor M's *ydelsespligt* er indtrådt, kan man tale om ikke-opfyldelse fra M's side. Medmindre M har en gyldig grund til ikke at opfylde, må P enten kunne kræve *naturalopfyldelse* eller gøre *misligholdelsesbeføjelser* gældende, f.eks. kræve *erstatning*. – Behandler man likviditets- og solvensgarantier forskelligt, hvad angår spørgsmålet om *naturalopfyldelse*, må de også behandles forskelligt, hvad angår spørgsmålet om *erstatning*. Der er dog næppe grund til en sådan forskelsbehandling, jfr. ovenfor ved note 18.

37 Det sædvanlige er, at M lover at opretholde D's likviditet, *således at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser over for P*. Også hvor en sådan eftersætning mangler, må man dog nå til samme resultat: P kan først påberåbe sig garantien ved D's udeblivelse med en forfalden betaling – og altså ikke straks D bliver betalingsudygtig.

38 D's forpligtelse over for P er en *pengeforpligtelse*. For sådanne forpligtelser er der i nogle henseender omvendt bevisbyrde, sml. Kbl. §§ 22 og 29 og *Torsten Iversen* i U 1992 B s. 332 f. M's forpligtelse knytter sig nøje til D's, og M bør derfor afkræves bevis for, at D's ikke-opfyldelse ikke skyldes manglende likviditet eller solvens.

39 Se nærmere ovenfor i kapitel V, afsnit 2.2 og 3.2 og 6.2. De tilfælde, der drøftes i kapitel V, angår *erstatning uden for kontrakt* (hvor der altså netop ikke foreligger et *løfte*). I de tilfælde, der drøftes i nærværende kapitel, er der tale om *erstatning i kontrakt* (der foreligger netop et *løfte*). Se også note 38 lige ovenfor.

Selv uden en regel om omvendt bevisbyrde må der i hvert fald foreligge ikke-opfyldelse af M's garantiløfte, hvis D erklæres konkurs (åbner forhandling om tvangsakkord m.v.). Det ligger i så fald fast, at D er illikvidt, insolvent eller uden egenkapital.⁴⁰

Konklusionen må derfor blive, at P – *mod at overdrage M sin fordring og eventuelle sikkerheder* – kan gennemtvinge naturalopfyldelse, dvs. få M dømt til at indfri D's gæld.

I utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) fik M af P overdraget fordringen mod D.⁴¹ Alligevel kan afgørelsen ikke hævdes at godtgøre rigtigheden af tekstens standpunkt. M havde ikke nedlagt påstand om frifindelse for tiden over for P's påstand om, at M skulle indfri D's gæld.⁴² I øvrigt udtaler landsretten i præmisserne, at M har pådraget sig "erstatningsansvar" over for P, og i domskonklusionen er det ikke anført, at M skal betale "Zug um Zug" mod transport på kravet mod D.

Hvad angår fordringen mod D, når *Lego Andersen* i RR nr.4/1992 s. 12 til samme resultat som teksten, jfr. citatet ovenfor ved note 29 og 30.⁴³ Ifølge *Lego Andersen* op. cit. s. 9 er der dog tale om et erstatningskrav – ikke et opfyldelseskrav.

Så vidt ses, angår drøftelsen hos *Godsk Pedersen* s. 111 kun erstatningskrav – ikke naturalopfyldelse.

Anderledes end teksten ovenfor en tysk dom – afsagt af OLG Stuttgart – offentliggjort i WM 1985.455: M havde over for P påtaget sig en forpligtelse til at holde D likvidt. Både D og M gik konkurs. P anmeldte det fulde krav i begge boer. Under sagen gjorde M mest subsidiært gældende, at P kun kunne foretage anmeldelse i M's bo mod at overdrage fordringerne mod D til M.⁴⁴ Heri fik M ikke medhold. Retten fandt nemlig, at P i henhold til § 68 i den tyske *Konkursordnung* havde fuld anmeldelsesret i begge boer.⁴⁵

Hvad angår realisation af andre sikkerheder, kan henvises til en østrigsk afgørelse offentliggjort i OGH-Zivilsachen 1985.606: Likviditetserklæringen fandtes i denne sag kun at indeholde en *bestræbelsesforpligtelse* – ikke en garantiforpligtelse. Retten antog følgerigtigt, at de supplerende sikkerheder skulle realiseres først.

40 Anderledes *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 173. – Ifølge Konkurslovens § 17 er en skyldner insolvent, når han ikke er i stand til at opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående.

41 Se dommen s. 1 med gengivelse af P's påstand ("[...] mod transport af *sagsøgte*s krav [...]") (udh. her) må være en fejlskrift for "*sagsøgers*").

42 Jfr. således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 13.

43 Således også for tysk ret *Gerth* s. 167 ff.

44 Se WM 1985.455 på s. 455, 2. sp. øverst ("Höchst hilfsweise [...]").

45 Se kritisk hertil nedenfor i afsnit 6 med omtale af afgørelsen NJW 1992.2093 (= ZIP 1992.338 og WM 1992.501).

Opnår P dom til naturalopfyldelse over M, ses det altså, at der ikke tilkommer M noget *beneficium ordinis*.

Efter de synspunkter, som er hævdet ovenfor, er der kun beskednen forskel på retsvirkningerne af en likviditetsforpligtelse og en kautionsforpligtelse. Se nærmere nedenfor i afsnit 6.

3. Misligholdelse og misligholdelsesbeføjelser

3.1. Erstatning

Ovenfor i afsnit 2 konkluderes, at der foreligger misligholdelse fra M's side, når det ligger klart, at det lovede resultat – D's betalingsevne i forhold til P – ikke (længere) foreligger.

P kan herefter *enten* kræve at blive stillet, som om D var betalingsdygtigt (naturalopfyldelse), jfr. afsnit 2 ovenfor, *eller* kræve erstatning for det tab, som misligholdelsen har påført P.

Der kan i denne forbindelse spørges, om P kan kræve *erstatning for mistet forrentning* af lånet i den resterende løbetid. Dette tab opvejes af, at P kan genplacere det erstattede beløb og herved indvinde en rente. Hvis markedsrenten er faldet i forhold til den (faste) rente, D var forpligtet til at betale i restløbetiden, har P dog lidt et tab svarende til differencen. I princippet kunne dette tab vel opgøres som et kurstab på indfrielsestidspunktet, uanset at markedsrenten kan stige og falde mange gange i det tidsrum, der løber fra den faktiske indfrielse faktisk, og indtil indfrielse skulle være sket.

For kreditter med variabel forrentning – dvs. en forrentning, der i det store og hele følger markedsrenten – vil der ikke blive tale om noget rentetab. Dermed er spørgsmålet uinteressant for almindelige bankkreditter.

For andre kreditter er situationen den, at kreditgiver *i praksis* aldrig kræver "differencetabet" erstattet. Med domstolenes generelle uvilje mod rentekrav – jfr. f.eks. U 1983.307 H⁴⁶ – in mente må det vistnok antages, at kreditgiver næppe heller vil *kunne* få et sådant tab erstattet efter gældende ret.

Opnåelse af dom til erstatning forudsætter, at der er opgjort et tab. *Vælger* P erstatningsvejen, må P således inddrive fordringen på D og realisere eventuelle sikkerheder, før der kan opnås endelig dom over M til betaling af det udækkede restkrav.⁴⁷

46 Dommen kritiseres med rette af *Gomard* i J 1984 s. 329.

47 "Erstatningsvejen" kommer herved til at svare til, hvad der gælder for tabskaution – f.eks. således at dividendebetaling fra D's bo må afventes. I samme retning *Godsk Pedersen* s. 109. Uklar er utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985), omtalt ovenfor i afsnit 2.

Lego Andersen antager i RR nr. 4/1992 s. 12, at P straks kan få M dømt til at betale erstatning mod at give transport på kravet mod D. Dette resultat kan ikke antages, når erstatningsvejen vælges – anderledes derimod ved naturalopfyldelse, jfr. ovenfor i afsnit 2.

Det kræves ikke, at P skal have fastslået sit krav mod D ad rettens vej, anderledes *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 173, hvorefter P skal have opnået dom over D, før M kan afkræves et beløb efter garantien. Det er klart, at P ikke kan afkræve M noget beløb, hvis D ikke skylder P noget, men det indses ikke, hvorfor D's skyld skal være retligt fastslået på forhånd: Der foreligger ikke-opfyldelse fra M's side i det øjeblik, D ikke er i stand til at erlægge en skyldig ydelse, som er forfalden til betaling.

Som teksten derimod *Godsk Pedersen* s. 111, som anfører, at et *erstatningskrav* mod M forudsætter, at tabet kan gøres op. P skal således retsforfølge D – eventuelt afvente D's konkursbehandling – før M kan afkræves noget beløb. Derimod omtaler *Godsk Pedersen* l.c. ikke muligheden for *naturalopfyldelse*, jfr. herom ovenfor i afsnit 2.

Erstatningsvejen er nærliggende, hvis ikke blot D, men også M er i økonomisk uføre – det har ingen mening at opnå dom til naturalopfyldelse over M's konkursbo mod at overdrage boet fordringen mod D og eventuelle sikkerheder.

P må vistnok kunne *anlægge* erstatningssag mod M, selv om det ikke på tidspunktet for sagsanlæg ligger fast, hvad der kan opnås hos D eller gennem realisation af eventuelle sikkerheder.⁴⁸ Spørgsmålet er ikke afgjort ved U 1994.470 H, hvor konkursbehandlingen af D ikke var tilendebragt på tidspunktet for sagsanlæg (eller domsafsigelse):⁴⁹ M nedlagde ikke påstand om frifindelse for tiden over for P's påstand om erstatning.

Erstatningsbeløbet må P kunne kræve forrentet fra det tidspunkt, hvor P med føje afkrævede M et beløb under henvisning til D's manglende betalingsdygtighed.⁵⁰ IU 1994.470 H fik P forrentet sit krav fra den dato, hvor D trådte i betalingsstandsning, men P's opgørelse var ikke bestridt af M.

P kan formentlig kun kræve procesrente, selv om rentesatsen i det underliggende forhold (kreditaftalen med D) måtte være højere, jfr. ovenfor om muligheden for at få erstattet "differencetab" (kurstab). I U 1994.470 H fik P forrentet sit krav med sin "til enhver tid gældende højeste udlånsrente", men P's opgørelse var som nævnt ikke bestridt af M.

48 Sml. *Gomard*: Civilprocessen, 3. udg. (1990) s. 279 f., hvorefter en simpel kautionist næppe kan sagsøges, før der har været foretaget retsforfølgning af hovedmanden. Ved simpel kaution indtræder kautionistens *ydelsespligt* først, når hovedmanden har været retsforfulgt. Ved garanti for likviditet indtræder ydelsespligten allerede, når D's mangel på likviditet medfører, at en betaling ikke sker rettidigt.

49 Telefonisk oplysning fra de procederende advokater.

50 Om nødvendigt ved anvendelse af Rentelovens frihedsregler, jfr. herved *Gomard* i J 1984 s. 321 ff. og *Nørgaard* i J 1985 s. 196 med note 7.

Følger man ovenstående synspunkter om naturalopfyldelse og erstatning, opstår der ikke noget spørgsmål om subrogation: Vælger P at kræve naturalopfyldelse, må P overdrage fordringen og eventuelle sikkerheder til M. Vælger P at kræve erstatning, må P selv inddrive fordringen henholdsvis realisere sikkerhederne.

Det forekommer imidlertid, at M frivilligt indfrier D's restgæld. I disse tilfælde må det antages, at M indtræder (subrogerer) i P's rettigheder.

Ussing er i U 1937 B s. 108 ff. ret tilbageholdende med at anerkende regres ved interventionsbetaling. Uanset hvad man måtte mene herom, ligger forholdene anderledes ved likviditetsforpligtelser, og her må subrogation antages. *Ussing* anfører da også op. cit. s. 111, at der efter omstændighederne kan være særlige grunde til at indrømme regres og subrogation. Sådanne særlige grunde foreligger netop ved kaution, jfr. *Ussing* op. cit. s. 114. Ved likviditetsforpligtelser må samme resultat antages.

3.2. Ophævelse i forhold til M?

En yderligere misligholdelsesbeføjelse, der kan komme på tale, er *ophævelse*. Der tænkes ikke på ophævelse *i forhold til D*, hvilket utvivlsomt kan ske, men som er uden interesse for P i de her omtalte tilfælde. Derimod er det ophævelse *i forhold til M*, som må diskuteres.

Hvis P – hvilket vil være det sædvanlige – også er kreditgiver i forhold til M, vil P kunne lægge et betydeligt pres på M ved at true med at ophæve de låneforhold, M har hos P. Almindelige bankkreditter kan i henhold til bankernes sædvanlige forretningsbetingelser opsiges med ganske kort varsel, og såfremt disse betingelser er virksomme, vil en ophævelsesadgang være uinteressant. Det er imidlertid ofte et spørgsmål, om de almindelige betingelser er vedtaget af bankkunden. De kan i hvert fald ikke altid tages for pålydende, jfr. f.eks. U 1989.622 SH.

Problemet ved at anerkende en ophævelsesbeføjelse for P i forhold til M er naturligvis, at betalingsmisligholdelsen er indtrådt i låneforholdet mellem P og D. Den misligholdelse, der foreligger fra M's side, er en manglende opfyldelse af en garantiforpligtelse, der er uden sammenhæng med M's lån hos P. Der kan derfor ikke antages at være nogen ophævelsesadgang for P i forhold til M.

I praksis aftales undertiden såkaldte *cross default clauses*, hvorefter en kreditor kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende med hensyn til *alle sine fordringer* på debitor, såfremt denne har misligholdt *én af dem* (eller endog *en fordring, som tilkommer en anden kreditor*).⁵¹

51 Der findes også aftaler, hvorefter ét koncernselskabs misligholdelse i forhold til en bestemt kreditor giver denne misligholdelsesbeføjelser over for andre koncernselskaber, jfr. *Røsæg* s. 69.

Se om sådanne klausuler nærmere *Gomard I* s. 23 med note 16 samt *Lyng Andersen og Werlauff* s. 39 med note 29. I dansk ret er der ikke noget forbud herimod, når bortses fra reglen i Tinglysningslovens § 42 b. Der må dog sikkert stilles ret skrappe krav til *vedtagelsen* af sådanne klausuler, der tillige må antages at ville blive *fortolket indskrænkende* eller under særlige omstændigheder *tilsidesat* af domstolene.⁵²

4. Biforpligtelser

Det spørgsmål, der skal drøftes her, er, om der påhviler parterne biforpligtelser i anledning af M's garanti for D's betalingsevne. På den ene side kan man tænke sig, at der påhviler P en *diligenspligt*, på den anden side, at M er uberettiget til at afhænde sine kapitalinteresser i D.

Hvad først spørgsmålet om *diligenspligt* for P angår, må det bemærkes, at en sådan pligt kun kan antages ved kaution, men derimod næppe ved garanti.⁵³ I hvert fald er spørgsmålet uden interesse, når der er tale om et moderselskab, der garanterer sit datterselskabs betalingsevne: M får – eller kan skaffe sig – alle oplysninger om f.eks. indrømmelse af henstand til D, og der er ingen grund til at fordre særlige meddelelser fra P til M.

Hvad dernæst spørgsmålet om *afhændelse af kapitalinteresserne i D* angår, er det i tysk teori blevet hævdet, at en likviditetsforpligtelse indebærer, at M er afskåret herfra.⁵⁴ Standpunktet er ikke rigtigt. Det er fremsat som en indvending over for et andet standpunkt, nemlig at M kan smygge forpligtelsen af sig ved at overdrage aktierne i D til en trediemand.⁵⁵

Baggrunden for det sidstnævnte standpunkt synes at være, at der i erklæringerne altid tales om "vort datterselskab". Det er imidlertid indlysende forkert at drage den slutning heraf, at M's forpligtelse bortfalder, når D ikke længere er et datterselskab. Det ville svare til, at den mand (M), der har kautioneret for sin "hustru H", efter en senere skilsmisse kunne hævde, at han ikke længere er forpligtet.⁵⁶

⁵² Sml. den tidligere bestemmelse i Aftl. § 37, som nu er opslugt af generalklausulen i § 36.

⁵³ Jfr. herved Bank- og Sparekasselovens § 41, der efter ordlyden kun angår kaution. Se om bestemmelsen nærmere *Lyng Andersen og Møgelvang-Hansen*: Klager over pengeinstitutter (1991) s. 141 ff., der vistnok finder bestemmelsen anvendelig også på garanti.

⁵⁴ Se *Gerth* s. 163.

⁵⁵ Se således *Fischer og Schaffland* i Genossenschaftsforum nr. 3/1976 s. 40, *Rümker* i WM 1974 s. 994 og *Hannes Schneider* i International Business Lawyer 1978 s. 306, men herimod *Gerth* s. 102 med note 1 og *Mosch* s. 165 f.

⁵⁶ Der er endog endnu mindre grund til at lade M slippe for forpligtelsen i koncerntilfældet end i ægtefællertilfældet: I det første tilfælde *afgør M suverænt*, om det vil afhænde aktierne i D. I det andet kan M blive skilt *mod sin vilje*.

Selv om M således ikke kan smygge forpligtelsen af sig ved at overdrage aktierne i D til trediemand, er en ejerskabserklæring ikke overflødig, jfr. nærmere nedenfor i kapitel VII, afsnit 2.2.2.

Da likviditetsforpligtelsen – dvs. forpligtelsen til at opretholde D's betalings-
evne – består uanset ejerskifte, er der ingen grund til at antage, at et sådant
skulle være udelukket. Noget andet er, at en støtteerklæring – ved siden af en
eventuel likviditetsforpligtelse – så godt som altid indeholder et udtrykkeligt
forbud mod at afhænde aktierne i D.

5. Ophørsgrunde

En likviditetsforpligtelse ophører, når D har indfriet gælden til P, eller når
gælden af en anden grund – f.eks. forældelse eller præklusion – ophører med
at eksistere.

I en vis forstand kan M's forpligtelse således siges at være accessorisk i forhold
til P's fordring mod D (hovedfordringen). Accessoriteten går måske endog så
vidt, at likviditetsforpligtelsen følger med en overdragelse af hovedfordringen –
ligesom ved kaution, jfr. f.eks. U 1971.337 V.⁵⁷ I hvert fald må rettighederne i
henhold til en likviditetsforpligtelse kunne overdrages fra P i forbindelse med
en overdragelse af fordringen mod D.⁵⁸ Se i øvrigt om forældelse af kaution-
ansvar *Elmelund* i U 1978 B s. 41 ff.

Derimod ophører forpligtelsen selvsagt ikke ved, at M overdrager aktierne i
D til trediemand, jfr. herom ovenfor i afsnit 4.

Hvis D ikke er gyldigt forpligtet over for P, vil likviditetsforpligtelsen som
udgangspunkt alligevel kunne gøres gældende over for M.⁵⁹ Der foreligger
garanti for D's betalingsevne, og denne garanti kan P også påberåbe sig ved
tilbagesøgning af et beløb, der er udbetalt i henhold til en ugyldig låneaftale.

Ved kaution er udgangspunktet det modsatte: Kun såfremt fordringen er kom-
met gyldigt til eksistens, har kreditor et krav mod kautionisten. Se nærmere

57 Sml. U 1990.247 H, hvor et pengeinstitut, der overtog et engagement fra et andet pengeinsti-
tut, ikke fandtes at være indtrådt i krav mod kautionister.

58 Tvivlende *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 344. Bekræftende for tysk ret *Möser* i DB 1979
s. 1471 og *Obermüller* i ZGR 1975 s. 32 ff., jfr. *samme*: Ersatzsicherheiten (1987) s. 7. – Deri-
mod kan kravet i henhold til likviditetsforpligtelsen ikke overdrages særskilt: Det er fra be-
gyndelsen nøje forbundet med P's tilgodehavende hos D.

59 Nogen praktisk betydning har dette næppe. Der kunne dog være tale om, at lånedokumentet
underskrives af personer uden evne til at forpligte D. Forholder D sig passiv, må det dog i så
fald antages, at D har ratihaberet dispositionen.

Nørgaard i U 1968 B s. 369 ff. med omtale af afgørelsen U 1968.352 V, hvor der var tale om *kaution* (fra to kautionister) *for to hovedmænd*, hvoraf kun den ene var gyldigt forpligtet.

Endvidere vil forpligtelsen ophøre, når den er *definitivt opfyldt*, f.eks. ved at M indfrier D's restgæld til P. Den ophører derimod ikke ved, at M forsyner D med kapital til videre drift.

Et særligt spørgsmål er, om forpligtelsen ophører, *såfremt M selv går konkurs* (el. lign.). Herom henvises til drøftelsen ovenfor i kapitel IV, afsnit 4.

Uanset om erklæringen i særegne tilfælde måtte kunne bortfalde ved *M's økonomiske sammenbrud*, er der i hvert fald ikke grundlag for at antage denne følge i tilfælde af *D's økonomiske sammenbrud*. En likviditetsforpligtelse indeholder næsten altid sætningen "således at D kan opfylde sine forpligtelser [over for Dem]", og det står i så fald aldeles klart, at formålet jo netop er, at P skal have sit tilgodehavende hos D dækket ind. Selv hvor en sådan sætning ikke findes, må dette formål ligge implicit i et *løfte* om at holde D likvidt (m.v.). Dybest set er grunden til, at P er interesseret i D's likviditet, udelukkende den, at P ønsker vished for, at kreditten bliver tilbagebetalt.

Såfremt meningen kun er, at P skal kunne rette et krav mod M, hvis M har undladt at holde liv i D i tilfælde, hvor dette var forretningsmæssigt fornuftigt, må dette på en eller anden måde fremgå af erklæringens ordlyd eller omstændighederne.⁶⁰ Det kan siges at savne mening at afgive et løfte om at forholde sig på en måde, som enhver fornuftig forretningsdrivende i forvejen ville forholde sig på. P har kun interesse i at påberåbe sig M's løfte, hvor D netop ikke længere er betalingsdygtig – og i sådanne tilfælde vakler D allerede som *going concern*.

I utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) gjorde M gældende, at der i en erklæring om at opretholde en egenkapital i D på minimum 10% af P's tilgodehavende måtte underforstås et *going concern*-forbehold. M henviste til støtte herfor til, at erklæringen også indeholdt en tilbagetrædelseserklæring fra M til P, og at en sådan savnede mening, hvis M var forpligtet til at erstatte P's tab.

M fik ikke medhold. Retten fandt, at der måtte kræves "sikre holdepunkter [...] for at begrænse [M's] garanti for [D's] solvens indtil en eventuel konkurs". Retten henviste i øvrigt til, at tilbagetrædelseserklæringen havde betydning for det tilfælde, at M var "ude af stand til at opfylde sin forpligtelse som garant".

Se også U 1994.470 H, hvor M's direktør forklarede, at han havde forstået erklæringen således, at M skulle "tilføre selskabet ny likviditet, så længe selskabet

60 Der erindres om, at kun den egentlige likviditetsforpligtelse (*garanti* for betalingsevne, egenkapital m.v.) behandles i dette kapitel. Se om mere uklare erklæringer – som måske kan indeholde bestræbelsesforpligtelser – nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.

kørte”. M blev dømt, idet M havde “afgivet et klart og ubetinget løfte om, at [M] om fornødent [ville] tilføre [D] tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid [ville] være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for [P]”.

Afslutningsvis skal – for fuldstændighedens skyld – også *opgivelse* samt (selvstændig) *forældelse* og *prækclusion* anføres som ophørsgrunde.

6. Er en likviditetsforpligtelse reelt en kautionsforpligtelse?

Ovenfor i afsnit 2 og 3 hævdes det, at en likviditetsforpligtelse er en garanti for betalingsevne, og at retsvirkningen af manglende opfyldelse af garantien er, at P – mod at overdrage fordringen mod D og eventuelle sikkerheder fra D – kan få M dømt til at betale D’s *restgæld* (naturalopfyldelse), eller at P kan gøre et erstatningskrav gældende mod M svarende til det *tab*, P lider ved D’s sammenbrud (erstatning).

Herefter kunne man spørge, om en likviditetsforpligtelse i virkeligheden er kaution.

Se hertil *Carsten Smith III* s. 68 ff., hvor det fremhæves, at det ikke er en aftales ydre form, men dens økonomiske virkninger, som er afgørende for, hvilken aftaletype der foreligger: “En aftale med kausjonens sikringsformål og garanti-virkninger kan være ikledd en annen avtales form.”

Efter min opfattelse kan spørgsmålet ikke besvares generelt. I nogle henseender – f.eks. i relation til Årsregnskabslovens § 46, stk. 3 og Myndighedslovens § 48 – må en likviditetsforpligtelse behandles ganske som en kautionsforpligtelse.

Se hertil også afgørelsen NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460) om et såkaldt “letter of intent” afgivet af Varberg Kommune.⁶¹ Den svenske højesteret udtaler, at en erklæring, hvorved en kommune for fremtiden påtager sig at holde et selskab solvent, således at dette kan indfri sine forpligtelser over for et pengeinstitut, i relation til de kommunalretlige regler må sidestilles med en kautionserklæring.⁶² Det efter svensk ret gældende krav om, at en kommunes påtagelse af kaution kræver underskrift af “kommunfullmäktige”, må folgelig også gælde en forpligtelse af den omhandlede art.⁶³

61 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

62 Se NJA 1992.375, på s. 402.

63 Altså sådanne forpligtelser, som her kaldes “likviditets-” eller “solvensforpligtelser”.

I andre henseender – f.eks. i relation til Konkurslovens § 47 – forekommer en likviditetsforpligtelse at måtte behandles anderledes end en kautionserklæring.

Såfremt M havde påtaget sig en kautionsforpligtelse for D, ville P i medfør af Konkurslovens § 47, stk. 1, nr. 2) i givet fald få fuld dividende i både M's og D's bo. Det samme resultat kan næppe antages for så vidt angår en likviditetsforpligtelse. Vel er M forpligtet til at stille P, som om D's betalingsevne var opretholdt, men misligholdelse heraf kan dog kun medføre erstatningsansvar for *det tab, P lider ved D's manglende evne til at betale*.⁶⁴

P vil herefter i D's bo få dividende af sit fulde krav, mens han i M's bo kun får dividende af kravet *med fradrag af en fra D's bo modtaget dividende*.⁶⁵ Efter det ovenfor i afsnit 2 anførte er P dog ikke pligtig at foretage udtømmende retsfølgning mod D, og P må i stedet principielt kunne *vælge* at anmelde sit krav *fuldt ud* i M's bo, der da indtræder i P's dividendekrav i D's bo. Dette valg vil P dog aldrig træffe, da det – medmindre M's konkursbo viser sig at være solvent – vil indbringe P mindre end fuld anmeldelse i D's bo og anmeldelse af tabet i M's bo.

Det bemærkes dog, at de tyske domstole i to sager har anvendt § 68 i den tyske *Konkursordnung* (KO), som – på linie med Konkurslovens § 47 – giver kreditor fuld anmeldelsesret i flere solidariske skyldneres boer. Den første afgørelse – WM 1985.455 – er omtalt ovenfor i afsnit 2. Den anden afgørelse, som er afsagt af *Bundesgerichtshof*, er offentliggjort i NJW 1992.2093, i ZIP 1992.338 og i WM 1992.501: P fik fuld anmeldelsesret i M's bo, til trods for at P havde modtaget 25% i tvangsakkorddividende fra D. Retten henviste til, at KO § 68 ikke kun er anvendelig ved solidariske skyldforhold, men også hvor der i øvrigt består en indre sammenhæng mellem flere forpligtelser.⁶⁶ Retten fastslog udtrykkeligt, at en likviditetsforpligtelse ikke svarer til forpligtelsen ved tabskaution (*Ausfallbürgschaft*), fordi likviditetsforpligtelsen – i hvert fald – allerede er misligholdt, når D går konkurs.⁶⁷

Efter min opfattelse er afgørelsen næppe rigtig. Det tillægges for ringe vægt, at *D og M ikke hæfter for samme forpligtelse*.⁶⁸ Der synes ikke at være nogen grund til at give P fuld anmeldelsesret i M's konkursbo og samtidig lade P *beholde* fordringen mod D, såfremt det – uden for konkurs – er således, at P kun

64 Således også Rimond Jørgensen i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 173 og *Røsæg*: Seminaroplæg s. 14. Anderledes derimod de nedenfor nævnte tyske domme, som må forudsætte, at en likviditetsforpligtelse er en art *falsa demonstratio* for kaution. Denne anskuelsesmåde forekommer ikke rigtig.

65 Selv om Konkurslovens § 47, stk. 1, nr. 2) også er begrundet i det praktiske hensyn, at dividendeberegningen i det ene bo (her: M's) ikke skal afvente beregningen i det andet (her: D's), kan dette hensyn *ikke i sig selv* bære anerkendelsen af fuld anmeldelsesret.

66 Se ZIP 1992.338, på s. 341.

67 Se ZIP 1992.338, på s. 341.

68 Se f.eks. ZIP 1992.338, på s. 341: "Wer vereinbarungsgemäß für die *Vertragserfüllung* zu sorgen hat, haftet [...] neben diesem sogar als Gesamtschuldner [...]" (udh. her). Problemet er imidlertid netop, at M ikke indestår for D's *opfyldelse*, men kun for D's *evne til at opfylde*.

kan få M dømt til at indfri gælden mod at overdrage M fordringen på D (eller således, at M ved at indfri fordringen *indtræder* i denne).⁶⁹

En likviditetsforpligtelse lader sig i hvert fald ikke indpasse i de sædvanlige kategorier – anfordringsgaranti, selvskyldnerkaution, simpel kaution og tabskaution. Forlanger P naturalopfyldelse i en situation, hvor fordringen mod D er værdiløs, og hvor der ikke er andre sikkerheder, er stillingen nærmest som ved selvskyldnerkaution. Vælger P at realisere fordringen mod D og eventuelle sikkerheder og rette restkravet mod M, er stillingen næsten som ved tabskaution.

På denne baggrund forekommer det rigtigst at opretholde den foreløbige karakteristik af likviditetsforpligtelsen som en garanti *sui generis*.

Efter en ren *formålsfortolkning* kunne man antage, at likviditetsforpligtelsen indebærer, at M simpelt hen skal stilles, som om der var tale om kaution for D.⁷⁰ Denne synsmåde harmonerer imidlertid ikke med likviditetsforpligtelsens *ordlyd*, der heller ikke giver nogen reel vejledning om, hvilken form for kaution, der i så fald skulle være tale om.⁷¹ Det må også erindres, at M (næsten) altid har afvist at kautionere, og på denne baggrund forekommer det lidet nærliggende at anse M's løfte til P om at opretholde D's likviditet for en art *falsa demonstratio* for kaution.⁷² Der må rimeligvis lægges afgørende vægt ordlyden af erklæringen, når ordlyden – hvad der er sædvanligt – er nøje overvejet og ikke kan antages at bero på en fejltagelse.⁷³

I tysk teori er det den helt overvejende opfattelse, at der er tale om en *garanti sui generis*, jfr. bl.a. *Gerth* s. 143, *Hoffmann* s. 58 og *Kohout* s. 113, *Mosch* s. 133, *Obermüller* i *ZGR* 1975 s. 26, *Rümker* i *WM* 1974 s. 991, *Schröder* i *ZGR* 1982 s. 554 og *Stecher* s. 81. Afvigende derimod *Köhler* i *WM* 1978 s. 1346.

Uanset hvilken synsmåde, der anlægges, kan P – som påvist ovenfor i afsnit 2 – ikke støtte noget krav på naturalopfyldelse *efter bogstaven* på en likviditetsforpligtelse. I en vis forstand kan forpligtelsen derfor siges at være en *pro forma*-retshandel: Den går jo ikke ud på at stifte ret i overensstemmelse med sit

69 Jfr. om naturalopfyldelse ovenfor i afsnit 2. – Gør P derimod alene et erstatningskrav gældende mod M, ligger allerede i begrænsningen til det lidte tab, at P ikke kan få fuld anmeldelsesret i M's bo, jfr. om erstatning ovenfor i afsnit 3.

70 Sml. *Gomard* s. 56: "Erklæringen kan ikke antages at have virkning som *kaution*, medmindre dette klart fremgår af dens tekst" (udh. her).

71 Selvskyldnerkaution forekommer ikke nærliggende, da M ikke har garanteret D's betalingsvilje. Simpel kaution og tabskaution forekommer ikke nærliggende, fordi M's løfte er misligholdt allerede i det øjeblik, D ikke er i stand til at betale P.

72 Se også *Lego Andersen* i *RR* nr. 4/1992 s. 9: "Et comfort letter er ikke en kaution [...]. Det er det mest sikre, man overhovedet kan sige om begrebet comfort letter." Slet så sikkert er det nu ikke. Der ingen betydningsfuld forskel på *tabskaution* og likviditetsforpligtelser, hvor P vælger "erstatningsvejen", jfr. nærmere ovenfor i afsnit 3.

73 I samme retning *Godsk Pedersen* s. 111, hvorefter retsvirkningen må fastlægges på ordlyden.

bogstavelige indhold.⁷⁴ Spørgsmålet om *pro forma* er imidlertid uden virkelig interesse: Der ligger under alle omstændigheder et løfte i likviditetsforpligtelsen, og dette løfte er ikke indholdsløst.

Mens *pro forma*-synspunkter således er uden interesse, påkalder spørgsmålet om *omgåelse* sig derimod betydelig opmærksomhed. Der vindes dog næppe noget ved at betegne en garanti for betalingsevne som en *omgåelse* af Årsregnskabsloven. Afgørende er, at forholdet – uanset hensigten – simpelt hen er omfattet af lovens § 46, stk. 3, jfr. nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.2 og i kapitel IV.

Selv om likviditetsforpligtelsen her opfattes som en *garanti sui generis*, er der på baggrund af gennemgangen ovenfor i afsnit 2-5 ingen tvivl om, at *byrden for M* er næsten den samme som ved en kautionsforpligtelse.⁷⁵ I det følgende betegnes likviditetsforpligtelsen derfor undertiden også som *quasikaution*.⁷⁶

Selv om ret og pligt er komplementære, er sikkerhedsværdien for P ikke nødvendigvis helt så stor som ved kaution. Mens en kautionist som regel godt kan indse, at han er forpligtet, kniber det ofte for M at erkende dette – selv hvor ordlyden er ganske klar. Se f.eks. utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985), utrykt Oslo Byretts dom af 23. februar 1990 (sak nr. 680/89-27-22) og U 1994.470 H.⁷⁷ Det kan derfor tage noget længere tid for P at få sin ret – men det ændrer jo ikke på, at P *har* den fra først af.

Det kan derfor give anledning til betydelig undren, hvad der får moderselskaber til at afgive sådanne erklæringer – og hvad der får pengeinstitutter til at modtage dem – når adækvate retsfigurer som kaution står til rådighed.⁷⁸

Svaret er for så vidt allerede givet ovenfor i kapitel II: Typisk er forholdet det, at begge parter “spiller på” retsusikkerheden ved likviditetserklæringer. Hvor der foreligger en likviditetsforpligtelse, er sagen blot den, at M har foretaget en fejlurdering og dermed tabt spillet.

Se således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9. Fra retspraksis kan henvises til de afgørelser, som er anført i småtrykket ovenfor efter note 76.

74 D.v.s. således, at P kunne gennemtvinge, at M faktisk tilførte D midler.

75 I hvert fald svarende til forpligtelsen ved *tabskaution*.

76 Jfr. i samme retning *Lynge Andersen og Werlauff* s. 390 (“forpligtelse af kautionslignende art”, “forpligtende som kautionssurrogat”, “erklæringsafgiveren kunne [...] lige så godt have afgivet en egentlig kaution” og “forpligtende indhold svarende til en kautionserklæring”).

77 Også i U 1989.618 V tog erklæringsgiverne fejl, og når de alligevel blev frifundet, skyldtes det, at deres fejltagelse var hidført af modtageren.

78 Garanti og kaution findes ikke alene i mange former – anfordringsgaranti, selvskylderkaution, simpel kaution, tabskaution – det er f.eks. også muligt at *beløbsbegrænse* kautionistens ansvar. Det er således muligt med et “anstændigt” kompromis i stedet for det “uanstændige” spil, der foregår med likviditetserklæringerne, jfr. straks nedenfor.

Det forekommer formentlig også, at M er på det rene med, at erklæringen indebærer en forpligtelse på linie med kaution, men fejlagtigt tror, at noteførsel kun kræves ved kaution.

Under alle omstændigheder ses det, at *der ikke er nogen fornuftig grund for M til at afgive en erklæring, som indeholder en likviditetsforpligtelse*. Dette må nødvendigvis have konsekvenser for fortolkningen af likviditetserklæringer, jfr. nærmere nedenfor i kapitel VII og XI.

KAPITEL VII

Erklæringens ordlyd

I dette kapitel undersøges ordlydens betydning. I forlængelse af det i kapitel III anførte skal det atter her understreges, at det ikke er ordene alene, der afgør, om en given erklæring er et løfte eller ej. *Ved læsningen af dette kapitel skal man derfor stedse erindre, at omstændighederne uden for ordlyden kan føre til et andet resultat*, end det som følger af en isoleret vurdering af ordlyden.

Hidtil er dommene om likviditetserklæringer faldet ud til *enten* domfældelse af M som quasikautionsist¹ eller fuldstændig frifindelse af M. *Følgelig er formålet med dette kapitel i første række at undersøge spørgsmålet, om afgiveren har påtaget sig en likviditetsforpligtelse, d.v.s. en quasikautionsforpligtelse. Drøftelsen af spørgsmålet, om afgiveren har påtaget sig en forpligtelse af et mindre vidtgående indhold,² er henskudt til kapitel XI nedenfor.*

Undersøgelsen er opdelt således, at ordlydens principielle betydning for så vidt angår likviditetserklæringer behandles i afsnit 1. Dernæst gennemgås i afsnit 2 nogle almindelige fortolkningsregler. I afsnit 3 undersøges, hvilke formuleringer, der signalerer løfteforpligtelser. I afsnit 4 drøftes herefter, hvilke krav der stilles til indholdets bestemthed.³ Sammenhængen mellem de i afsnit 3 og 4 behandlede spørgsmål undersøges særskilt i afsnit 5. Endelig drøftes i afsnit 6 betydningen af visse særlige klausuler – f.eks. om lovvalg eller værneting.

1. Ordlydens principielle betydning for fortolkning af likviditetserklæringer

Det er almindeligt anerkendt, at ordlyden må spille en central rolle ved bestemmelsen af indholdet af – dvs. forpligtelsens omfang ved – et løfte. Lige så central synes ordlyden at måtte være, når det skal afgøres, *om* et givet udsagn overhovedet kan kvalificeres som et løfte.

1 Jfr. ovenfor i kapitel VI, særlig afsnit 6.

2 Sådanne mindre vidtgående forpligtelser benævnes "mellemløsninger".

3 Det kan forekomme mærkværdigt, at løftebetingelserne i dette kapitel drøftes *efter* fortolkningsreglerne. Baggrunden er, at også spørgsmålet, om en given udtalelse er et løfte, er et fortolkningsspørgsmål. I øvrigt er løftebetingelserne generelt omtalt ovenfor i kapitel III – her fokuseres specielt på likviditetserklæringer.

Ikke desto er det fra flere sider blevet hævdet, at ordlyden ikke bør tillægges nogen særlig vægt ved fortolkningen af støtteerklæringer (likviditetserklæringer). Ifølge *Hellner* s. 80

“skall man inte på guldvåg väga varje ord i formuleringen, när det ändå inte finns några bestämda konventioner som säger hur dessa ord skall tolkas”.

Bogdan finder, at meget taler for *Hellners* synspunkt

“icke minst den erfarenheten att den exakta ordalydelsen av letters of comfort ganska ofta förefaller vara tillfällig och mindre genomtänkt av parterne.”⁴

Lynge Andersen og Werlauff s. 388 anfører, at

“det kan give helt uacceptable resultater, hvis man begynder at fortolke støtteerklæringerne nøjere [...], indlægge hensigter og formål i de enkelte ord o.s.v.”⁵

De anførte synspunkter er efter min opfattelse uholdbare. Det indses ikke, hvorledes man kan afvise nøjere fortolkning⁶ af støtteerklæringernes ordlyd under henvisning til, at der ikke er “bestämda konventioner” for fortolkningen. Hvor sådanne konventioner ikke eksisterer, må man kunne forlade sig på almindelige fortolkningsprincipper.

Hellners standpunkt synes klart forkastet af den svenske højesteret i NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460), hvor det (s. 402) anføres, at spørgsmålet, om “i vad mån en för framtiden bindande utfästelse skall anses ha lämnats eller ej [...] [för svensk del får] lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning [...]” (udh. her).

Endvidere må det bestrides, at ordlyden regelmæssigt skulle bero på tilfældigheder.⁷ Netop ved støtteerklæringer anvendes der uhyre megen tid og omhu på formuleringen.⁸ Endelig ses det ikke, at det vil føre til “uacceptable resultater” at tillægge ordlyden betydelig vægt.⁹

4 Jfr. *Bogdan* i TfR 1988 s. 665 og *samme* i *Blix m.fl.* s. 20.

5 Jfr. også *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 195 f.

6 Umiddelbart kunne det forekomme, at *Hellner* lægger det så hårdt op, at man fornuftigvis ikke kan være uenig med ham – for hvem vil ligefrem hævde, at ordene skal *vejes på en guldvægt*? – Efter sammenhængen må teksten hos *Hellner* l.c. imidlertid nærmest læses som en afvisning af *overhovedet at tillægge ordene betydning*. På redelig vis giver *Hellner* da også udtryk for, at hans opfattelse “torde avvika från vad som vanligen anses”. – Se om sammenhængen nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 2, hvor *Hellners* “tærskelteori” omtales.

7 Jfr. i øvrigt også *Bogdan* selv, der i TfR 1988 s. 664 og i *Blix m.fl.* s. 19 påpeger, at erklæringerne er bevidst tvetydige. – Det kan naturligvis forekomme, at også en formulering i en likviditetserklæring er tilfældig, men det er i hvert fald ikke typisk.

8 Jfr. nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.1.

9 De to svenske domme, der henvises til hos *Lynge Andersen og Werlauff* s. 388, dokumenterer ikke de “uacceptable resultater”. Erklæringerne indeholdt ganske vist ret ens formuleringer, men de øvrige omstændigheder var meget forskellige i de to sager, jfr. nærmere nedenfor.

Man kan ikke se stort på ordlyden, men må tværtimod tage den nøjere – og tilmåle den større betydning – ved fortolkning af støtteerklæringer end ved fortolkning af mange andre erklæringer.

Se i denne retning også *Gomard: Almindelig kontraktsret* (1988) s. 55 f. (“i første række på erklæringens ordlyd”) og for svensk ret *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 491. Se endvidere *Godsk Pedersen* s. 111:

“[...] netop på et område, hvor der i realiteten ikke er andet grundlag end den afgivne erklæring at fastlægge retsvirkningen på, må netop erklæringens ordlyd være afgørende.”

Tekstens standpunkt har støtte i U 1994.470 H, hvor flertallet tillægger ordlyden afgørende betydning, jfr. henvisningen til “indholdet af erklæringen” og tilføjjelsen om, at der ikke er “grundlag for at fastslå, at [...] erklæringen *trods ordlyden* ikke skulle anses for juridisk forpligtende” (udh. her). I NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460) udtales, at fortolkningsspørgsmålet må løses “enligt vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara *olika nyanser i förklaringens lydelse* utan också omständigheterna vid dess tillkomst och vad som kan uttrönas om parternas avsikter kan få betydelse” (udh. her).

2. Almindelige fortolkningsregler

Ved fortolkning af et udsagn giver man sig almindeligvis straks i kast med ordlyden og danner sig et foreløbigt indtryk af indholdet.¹⁰ I den påfølgende, egentlige fortolkningsproces indgår tilfældets konkrete omstændigheder og juridiske fortolkningsregler i en vekselvirkning.

Udgangspunktet for den sproglige fortolkning er den naturlige læsemåde. Afgørende er ikke en særlig filologisk analyse, men udsagnets rækkevidde efter almindelig, *common sense*-præget forståelse.

2.1. Primære fortolkningsregler¹¹

I dette afsnit vil nogle aftaleretlige grundsætninger, der ofte hævdes at have forrang for ordlyden, blive omtalt nærmere (nedenfor under 2.1.1). Det vil blive drøftet, om disse grundsætninger virkelig har den praktiske konsekvens, at ordlyden mister enhver betydning (nedenfor under 2.1.2). Til slut vil det blive undersøgt, om grundsætningerne har nogen særlig betydning for likviditetserklæringer (nedenfor under 2.1.3).

10 Jfr. *Huser* s. 371, hvorefter den første gennemlæsning – og den heraf følgende umiddelbare opfattelse – er “en rent foreløbig handling av orienterende karakter”.

11 *Huser* har udfoldet store bestræbelser på at rangordne fortolkningsreglerne. Den prioritetsorden, der opstilles her (primære – sekundære – tertiære), er en grovsortering foretaget for overskuelighedens skyld og skal ikke tages som udtryk for, at reglerne inden for hver af de 3 kategorier er ligestillede.

2.1.1. Aftaleretlige grundsætninger med forrang for ordlyden

For det første kan ordlyden siges at være uden betydning, hvor parterne har anvendt et ord eller udtryk "forkert", dvs. i en anden betydning end den gængse. Afgørende er da ikke den objektive ordlyd, men parternes fælles opfattelse,¹² *falsa demonstratio non nocet*.

For det andet kan løftemodtageren ikke påberåbe sig et løfte, såfremt han indså eller burde have indset, at løftegiveren mente noget andet end det, som løftet objektivt set gik ud på, jfr. Aftl. § 32, stk. 1.

Om man vil, kan man udtrykke det på den måde, at løftemodtager ikke kan støtte ret på løftet, såfremt der foreligger en synbar viljesmangel.¹³ Derimod forekommer det ikke rigtigt at sige, at løftemodtageren skal have haft føje til at gå ud fra, at løftegiver havde en vis vilje.¹⁴ Afgørende er ikke tilstedeværelsen af en beføjet tro hos løftemodtager, men derimod at der *undtagelsesvis* – kendeligt for løftemodtageren – ikke er overensstemmelse mellem løftegiverens vilje og erklæring. Almindeligvis kan man nemlig tillade sig – dvs. har føje til – at gå ud fra, at en person giver udtryk for, hvad han mener. Der kan således siges at gælde en præsumption for, at ordlyden giver udtryk for det, parterne har aftalt, jfr. *Adlercreutz II* s. 49 f.

Reglen i Aftl. § 32, stk. 1 er måske ikke i alle henseender heldig:¹⁵ Den fører f.eks. til, at en afgiver, der ved *grov uagtsomhed* har udtrykt sig anderledes, end han ville, ikke er bundet, selv om modtageren kun handler *simpelt uagtsomt* ved ikke at indse dette.¹⁶ Reglen kan dog ikke udelukke anvendelse af en friere culparegel i visse tilfælde, jfr. nedenfor ved note 32 og 33.

For det tredje kan en erklæring efter sin ordlyd være uforbindende, men alligevel blive anset for bindende af modtageren.¹⁷ Indser afgiveren dette (at

12 Se om relevansen af den fælles partsopfattelse f.eks. *Ussing* s. 423, *Fohlin* s. 36 ff. ("den gemen-samma partsavsikt") og *Huser* s. 378 ff. ("den subjektive felles standard").

13 Grundsætningen om den synbare viljesmangel forbindes især med *Stang*, som var af den opfattelse, at grundsætningen var en slags *ultima ratio* bag alle ugyldighedsregler, jfr. *Stang* s. 513 ff. og s. 584 ff. Heri er der vel noget rigtigt, men når man på denne måde "maler med den brede pensel", må vigtige nuancer selvsagt gå tabt, jfr. nærmere kritikken hos *Arnholm II* s. 338 ff.

14 Således *Fohlin* s. 44.

15 Se hertil nærmere *Folke Schmidt*: Typfall, partsavsikt och partsculpa, i SvJT 1959 s. 497 ff. (særlig s. 510 ff.). Se også *Arnholm* i TfR 1955 s. 13 og *Stig Jørgensen* i TfR 1965 s. 428 f.

16 I et sådant tilfælde kan det ikke være udelukket at tilkende modtageren erstatning i form af negativ kontraktsinteresse, sml. *Stig Jørgensen* i TfR 1965 s. 429. Selv om indvendingen mod reglen i Aftl. § 32, stk. 1 herved får mindre vægt, bortfalder den dog ikke ganske.

17 Eller omvendt: Modtageren *indser*, at erklæringen ikke er ment som bindende, selv om den efter ordlyden er det. Hvis modtageren blot *burde indse*, at erklæringen ikke var ment som bindende, er vi på culpareglens område, jfr. nærmere nedenfor. Begge de her nævnte tilfælde er omfattet af Aftl. § 32, stk. 1.

modtageren går ud fra, at erklæringen er bindende), må han som hovedregel reklamere for at undgå at blive bundet.¹⁸

Denne regel benævner *Fohlin* s. 52 “dolusreglen”. Reglen kan støttes på bestemmelsen i Aftl. § 6, stk. 2, jfr. *Fohlin* s. 52 ff.

Det skulle ifølge *Fohlin* s. 53 være uden betydning, at løftemodtageren slet ikke har nogen føje for sin forståelse, blot han *rent faktisk* havde denne forståelse, og afgiveren *rent faktisk* indså dette.¹⁹ Dette er næppe fuldt ud korrekt.

Der kan ikke kræves reklamation over for en acceptant (løftemodtager), som ikke havde nogensomhelst²⁰ føje til at anse sin accept for overensstemmende.²¹

Skriver acceptanten f.eks., at han accepterer et købstilbud på en fast ejendom, og at ejendommen sælges uden mangelsansvar af nogen art, kan der ikke påhvile tilbudsgiver en reklamationspligt.²² Tilbudsgiver kan vel indse, at acceptanten mener, at accepten er overensstemmende,²³ men det er den ikke – og uoverensstemmelsen er så åbenbar, at reklamation ikke kan kræves.

Fohlin s. 67 ff. tangerer selv spørgsmålet under omtalen af “betungande och överraskande klausuler”, som på trods af tilbudsgivers manglende reklamation ikke bliver en del af aftaleindholdet. Baggrunden herfor er i sidste instans, at acceptanten ikke har nogen føje til at anse sin accept for overensstemmende. Der er ingen rimelig grund til at forlange reklamation over for en acceptant, der forsøger at pådutte tilbudsgiver en reklamationspligt. Sml. hertil de af *Fohlin* s. 67 ff. nævnte afgørelser NJA 1949.609 SvH og NJA 1980.46 SvH (NDs 1980.167), som begge angik spørgsmålet om, hvorvidt der skulle have været reklameret over for en i accepten indeholdt voldgiftsklausul. Det må være klart, at indføjelser af en voldgiftsklausul vel medfører acceptens uoverensstemmelse, men dog i forretningsforhold regelmæssigt vil være så “beføjet”, at reklamation må kræves. Anderledes i tilfælde, hvor voldgift forekommer meget sjældent, f.eks. ved en almindelig hushandel, og hvor der således ikke kan kræves reklamation.

18 Jfr. *Fohlin* s. 56.

19 I Aftl. § 6, stk. 2 er kravet til beviset for afgiverens viden dog lempet lidt, jfr. ordene “måtte indse”, jfr. *Fohlin* s. 54 og nærmere nedenfor.

20 Der vil regelmæssigt foreligge en vis uagtsomhed hos løftemodtageren, men her kræves alligevel reklamation, jfr. nærmere *Udkast* s. 27 (anderledes ved § 4 om forsinket accept, som “acceptanten ofte er ganske uden skyld i”).

21 Anderledes *Fohlin* s. 53. – Har acceptanten *fuld føje* til at anse sin accept for overensstemmende, indebærer det, at aftale må anses sluttet med det indhold, accepten har. Her kan en reklamation ikke “redde” tilbudsgiver, da acceptanten har tilegnet sig tilbudet i god tro, jfr. Aftl. § 32, stk. 1.

22 Jfr. *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 77 f., hvor afgørelsen U 1989.486 H om et sådant tilfælde indgående drøftes.

23 Acceptanten skriver jo netop, at han “accepterer” – og tilbudsgiver indser derfor *rent faktisk*, at acceptanten *rent faktisk* har denne – helt ubeføjede – opfattelse. Tillader man tilbudsgiver at “censurere” accepten i den forstand, at tilbudsgiver kan lade den upåagtet, fordi ingen fornuftig acceptant *kan* have anset accepten for overensstemmende, indebærer dette netop, at tilbudsgiver ikke skal reklamere over for helt ubeføjede opfattelser.

Ordene “måtte indse” i Aftl. § 6, stk. 2 må i øvrigt føre til en *objektiveret bedømmelse*, således at det afgørende ikke er, hvad løftegiveren konkret indså eller ikke indså, men hvad en fornuftig løftegiver ville have indset.²⁴ Den bevislættelse, som *Fohlin* s. 54 ser i udtrykket “måtte indse”, kan kun gennemføres gennem en objektivering.

Ordene “måtte indse” indicerer en grovere form for uagtsomhed end “burde indse”.²⁵ Det er *forskellen på retsvirkningerne* i § 6, stk. 2-situationen og § 32, stk. 1-situationen, som betinger, at modtagerens uagtsomhed må være større i den første situation end i den anden: Aftl. § 6, stk. 2 medfører, at modtageren bliver *bundet ved afgiverens erklæring* (accepten) – Aftl. § 32, stk. 1 medfører blot, at modtageren *ikke kan påberåbe sig afgiverens erklæring*.²⁶

Den helt skarpe distinktion, som *Fohlin* s. 54 anlægger mellem “måtte indse” og “burde indse”, forekommer noget overdreven, når der blot er tale om forskellige krav til graden af uagtsomhed.²⁷

Herefter burde man formentlig alene operere med en culparegel i aftaleretten, ligesom man i erstatningsretten kun taler om culpareglen, som spænder lige fra simpel uagtsomhed til forsæt.²⁸

For det fjerde vil situationen undertiden være den, at en af parterne burde have indset modpartens opfattelse af aftalens indhold. Ifølge *Fohlin* s. 81 ff. bliver modpartens opfattelse bindende, hvis der ikke reklameres.

Denne regel benævner *Fohlin* culpareglen.²⁹ Reglen kan ifølge *Fohlin* s. 81 kun finde anvendelse, hvor *kun den ene part* burde indse den andens opfattelse.³⁰ Det er da også klart, at reglen er uanvendelig, hvor der foreligger burde-viden *på begge sider*, al den stund at reglen i så fald ville pege på to forskellige opfattelser som aftaleindhold. Hvis man imidlertid kan slå fast, at den ene har handlet *mere culpøst* end den anden, ses der ikke at være noget principielt til hinder for at anvende en sådan regel, sml. *Fohlin* s. 87.

24 Hermed bortfalder i nogen grad indvendingen mod reglen i Aftl. § 6, stk. 2 og dens “dubbla subjektiva rekvisiten” (*Grönfors: Avtalsgrundande rättsfakta* (1993) s. 50). Se hertil kapitel III, note 32 med yderligere henvisninger.

25 “Måtte indse” kan omskrives til et krav om, at forholdet skal være *åbenbart*, “burde indse” til et krav om, at forholdet blot skal være *kendeligt*.

26 Jfr. *Nørgaard i Lyngé Andersen m.fl.* s. 230 med note 149.

27 “Måtte indse” (Aftl. § 6, stk. 2) og “må antages at have været vidende” (Aftl. § 33) må principielt betyde det samme, jfr. også *Fohlin* s. 54. Det kan derfor ikke tiltrædes, når *Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 2. udg. (1992) s. 196 med note 51 antager, at bestemmelsen i Aftl. § 33 indeholder et krav om “bevidst forsæt”. – I øvrigt synes netop Aftl. § 33 at blive praktiseret, som om der blot kræves “burde-viden”, jfr. herved *Nørgaard i Lyngé Andersen m.fl.* s. 243 f. med henvisning til *Udkast* s. 75.

28 Noget andet er, at retsvirkningerne – både i aftaleretten (jfr. ovenfor) og i erstatningsretten – kan være forskellige, alt efter om der er handlet simpelt eller groft uagtsomt eller endog forsætligt.

29 Udtrykket benyttes også af *Folke Schmidt* i SvJT 1959 s. 510 ff., jfr. *samme* i SvJT 1960 s. 420 ff.

30 Jfr. også *Ramberg* i JT 1992-93 s. 359.

Som berørt ovenfor kan reglen i Aftl. § 32, stk. 1 ikke anføres imod en friere culparegel i aftaleretten. Det kan nok begrundes, at afgiveren ikke bindes, hvor der er en modstrid mellem afgiverens vilje og erklæring, som modtageren faktisk ikke indser, skønt han bør indse den.³¹ Hvor modtageren til gengæld for det ikke-bindende løfte også selv har afgivet et løfte – hvor der altså principielt foreligger en gensidigt bebyrdende aftale – må konsekvensen blive, at også modtageren er ubundet. Denne løsning er imidlertid ikke altid hensigtsmæssig – navnlig ikke, når uoverensstemmelsen mellem vilje og erklæring først opdages sent. Almindeligvis siges der i så fald at foreligge *skjult dissens*.³² Aftl. § 32, stk. 1 hindrer ikke, at culpasympunkter inddrages i løsningen af dette problem.³³

I de fleste praktiske tilfælde vil der foreligge culpa på begge sider: Afgiveren af en erklæring burde altid selv indse, at erklæringen afviger fra hans egen vilje – han har jo netop optrådt uagtsomt ved anvendelse af ordene;³⁴ og for at afgiveren ikke uden videre bindes ved erklæringens objektive indhold, må modtageren være i ond tro om uoverensstemmelsen mellem vilje og erklæring, jfr. Aftl. § 32, stk. 1.³⁵

En culparegel kan godt anvendes, selv om der er skyld på begge sider:³⁶ Skyldgraderne kan vejes op imod hinanden, og man kan give den part fortrinet, som har handlet mindst uagtsomt. Har begge handlet lige uagtsomt, kan man nå til en mellemløsning.³⁷

Spørgsmålet er imidlertid, om culpareglen i disse tilfælde bringer løsningen nærmere eller blot indeholder en omskrivning af fortolkningsproblemet, jfr. nedenfor.

31 Se dog kritikken ovenfor ved og med note 15 og 16.

32 Se herom bl.a. *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 83 og *Fohlin* s. 76 ff. – Skjult dissens kan opstå, både når der er noget i vejen med tilbudet (Aftl. § 32, stk. 1), og når der er noget i vejen med accepten (Aftl. § 6, stk. 2). Ingen af de to regler angiver egnede løsninger på problemet, jfr. om Aftl. § 6, stk. 2 nærmere *Nørgaard* i op. cit. s. 80 f.

33 Sml. fra retspraksis U 1973.868 Ø, hvor S havde foretaget en fejl i et tilbud vedrørende køkken- og garderoobelementer. Efter at alle elementer var leveret og sat op, blev fejlen opdaget. Begge parter fandtes at have handlet uagtsomt. "Mellemløsningen" blev, at K skulle godtgøre S forskellen op til næstlaveste tilbud. Afgørelsen er omtalt af *Nørgaard i Lyng Andersen m.fl.* s. 234.

34 Det ses ikke at kunne indvendes, at modtagerens uagtsomhed går på afgiverens vilje, afgiverens uagtsomhed "kun" på de anvendte ord. I almindelighed vil anvendelsen af bestemte ord nemlig – påregneligt – føre til en bestemt opfattelse hos modtageren. Til statuering af uagtsomhed kræves ikke, at afgiveren *konkret* indså risikoen for at fremkalde en fejlopfattelse hos modtageren – culpavurderingen er netop normativ.

35 Den fortolkning, der er tale om ved Aftl. § 32, stk. 1, er en snæver ordlydsfortolkning, jfr. nærmere *Fohlin* s. 49 f.

36 Situationerne med skyld på begge sider synes at være det område, hvor culpareglen er mest tiltrængt, jfr. *Folke Schmidt* i SvJT 1959 s. 519.

37 Jfr. *Folke Schmidt* i SvJT 1959 s. 520 med henvisning til erstatningsrettens princip om skyldfordeling.

2.1.2. Har grundsætningerne virkelig forrang for ordlyden?

Hvor grundsætningen om *falsa demonstratio* er anvendelig, kan man se helt bort fra erklæringens objektive indhold: Afgørende er parternes fælles vilje.

Grundsætningen om *falsa demonstratio* kan for så vidt siges at have forrang for ordlyden. Ikke sjældent vil imidlertid den ene part *efterfølgende* bestride, at parterne *oprindeligt* havde en fælles opfattelse. Når en domstol skal afgøre en sådan tvist, må den nødvendigvis inddrage aftalens ordlyd.³⁸ Jo klarere ordlyden taler for et vist synspunkt, desto mere skal der til, før man vil anse det for bevist, at parterne i sin tid mente noget andet. Det ses altså, at ordlyden har betydning, så snart der er tvist om, hvad der er aftalt.

Et særlig klart eksempel findes i norsk retspraksis, NRt. 1937.630 NoH, hvor en sparebank, som havde afgivet en garantierklæring, hævdede, at parterne havde været enige om, at erklæringen var uforbindende. Erklæringens ordlyd var imidlertid – som førstevoterende udtrykte det – “klar og grei”. Den norske højesteret udtalte herefter, at sparebanken måtte have “den strengeste bevisbyrde”, når den hævdede, at “garantierklæringen var pro forma”.

Hvad angår grundsætningen om synbar viljesmangel, kan viden eller burdeviden om den anden parts manglende vilje ofte kun statueres ud fra erklæringens objektive indhold i lyset af aftalesituationen.³⁹

Det forekommer herefter nærliggende, at erklæringens objektive indhold også må have en vis betydning, for så vidt angår de tilfælde, som omfattes af *Fohlins* såkaldte dolus- eller culperegler. Dette afvises imidlertid af *Fohlin* s. 64, der om Aftl. § 6, stk. 2 (dolusreglen) udtaler følgende:⁴⁰

“En fördel med dolusregeln är att om dess båda subjektiva rekvisit är uppfyllda, dvs det är bevisat att ena parten under den relevanta tiden faktiskt hade uppfattningen att avtal av visst innehåll var slutet samt att motparten måst inse detta, man inte behöver ta ställning till vad som är det objektiva innehållet eller, annorlunda uttryckt, vad som med fog kunnat antas om motparts uppfattning, en ofta osäker bedömning.”

Efter min opfattelse er dette for vidtgående. Om den krævede indsigt foreligger hos modparten, må nemlig i høj grad afhænge af, hvad der med føje kan indlægges i ordlyden af de udvekslede erklæringer. Er den ene parts opfattelse objektivt set ubeføjet, “torde det [...] ofte inte anses bevisat att han faktisk hyst [en orimlig uppfattning]”, og selv hvor dette er tilfældet, “torde det

38 Jfr. således også *Adlercreutz II* s. 49.

39 Populært sagt kan modtageren undertiden “sige sig selv”, at det, erklæringen går ud på, kan afgiveren næppe have ment.

40 Se tilsvarende om culpereglen *Fohlin* s. 82.

[...] vara ytterst svårt att bevisa att anbudstagaren måst inse acceptantens uppfattning. Acceptantens uppfattning är ju orimlig [...]”, jfr. *Fohlin* s. 54. Det lader sig följelig slet ikke afgøre, om de to subjektive betingelser er opfyldt, før man har fastlagt *erklæringernes objektive indhold*, cfr. *Fohlin* s. 64.⁴¹

Svaret på spørgsmålet i overskriften er, at de omtalte aftaleretlige grundsætninger ikke har forrang for ordlyden i den forstand, at man ved afgørelsen af et fortolkningsspørgsmål⁴² kan se bort fra ordlyden. Der gælder en præsumption for, at ordlyden svarer til de(n) erklærendes vilje, og ordlyden må derfor altid inddrages. De omtalte grundsætninger indebærer dog, at ordlyden bliver mindre betydningsfuld end ellers, og at man eventuelt kan nå til et fortolkningsresultat “på tværs af” ordlyden.

2.1.3. Grundsætningernes betydning for likviditetserklæringer

Grundsætningen om *falsa demonstratio* er i almindelighed næppe til nogen videre hjælp ved afgørelsen af, om en støtteerklæring (likviditetserklæring) er bindende eller ej.

Navnlig kan likviditetserklæringen ikke anses som en *falsa demonstratio* for garanti eller kaution. Den er – i givet fald – en forpligtelse af en anden art.⁴³

Når det først er kommet til en retssag om erklæringen, har parterne ingen fælles opfattelse af dens indhold. Kun undtagelsesvis vil der kunne føres bevis for, at begge parter *oprindelig* anså erklæringen for *uforpligtende*. I så fald er sagen afgjort hermed, og der er ikke grund til nærmere at fortolke erklæringens ordlyd.⁴⁴

Var parterne enige om, at erklæringen ikke skulle noteføres, må dette efter omstændighederne kunne tages som udtryk for, at parterne tillige var enige om, at erklæringen ikke var forpligtende.⁴⁵

41 Indvendingen her har tilknytning til – men er ikke identisk med – den indvending, der ovenfor under 2.1.1 er gjort mod *Fohlins* udtalelse om, at en fuldstændig mangel på føje hos acceptanten er uden betydning, blot tilbudsgiver indså, at acceptanten anså accepten for overensstemmende.

42 Denne formulering klargør, at heller ikke parternes fælles opfattelse “står over” ordlyden ved afgørelsen af et fortolkningsspørgsmål. For *har* parterne en fælles opfattelse, *er* der jo slet ikke noget fortolkningsspørgsmål. I tilfælde, hvor parterne ikke (længere) har en fælles opfattelse, kan man rigtignok nå til et resultat, der strider mod ordlyden, men afgørende er i denne sammenhæng, at man ikke kommer *uden om at inddrage ordlyden* i overvejelserne.

43 Rigtignok er *motivet* for anvendelse af likviditetserklæringen ofte at undgå regler vedrørende garantier, men der er ikke tale om en skrømtbetegnelse, da en forpligtende likviditetserklæring har et andet indhold end en sædvanlig betalingsgaranti. I øvrigt vil “garantireglerne” regelmæssigt ramme likviditetserklæringerne, fordi de i forskellige relationer må sidestilles med garantier.

44 Se hertil også bemærkningerne nedenfor i kapitel IX, afsnit 7.

45 Se herom også nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

Sml. hertil *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 174⁴⁶ og *Jacob Nørager-Nielsen* i U 1989 B s. 17.

Sagen U 1994.470 H⁴⁷ er også af interesse for betydningen af parternes fælles opfattelse: I sagen havde P tre forskellige standardformuleringer af støtteerklæringer. De tre erklæringer, som P internt benævnte "stærk hensigtserklæring", "mellemstærk hensigtserklæring" og "svag hensigtserklæring", havde følgende ordlyd i den centrale passus:

"[M erklærer herved,] at vi vil drage omsorg for, at der til stadighed vil være tilstrækkelig egenkapital i [D], om fornødent ved kapitaltilførsel, til at dette til enhver tid vil kunne opfylde sine forpligtelser over for [P], subsidiært at vi vil inddække ethvert tab, som [P] måtte lide ved engagementet med [D]."

"[M erklærer herved,] at vi om fornødent vil tilføre [D] tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for [P]."

"[M erklærer herved,] at det vil være vor politik at opretholde en sådan sundhed hos [D], at dette er i stand til at opfylde påtagne forpligtelser [...]"

Da M afviste at kautionere, foreslog P den erklæring, som P internt betegnede som "mellemstærk".

Det kunne på denne baggrund hævdes, at P var på det rene med, at P ikke havde fået et quasikautionsløfte, men kun et løfte af mindre vidtgående indhold.

Det bemærkes, at P's brug af ordet "hensigtserklæring" ikke viser noget om P's egen opfattelse, da pengeinstitutterne – internt og eksternt – også bruger dette ord om klart forpligtende erklæringer.⁴⁸ Det er ordet "mellemstærk", som er interessant: Selv om "hensigtserklæringen" efter sin ordlyd indeholdt en quasikautionsforpligtelse, forekommer det, at P ikke selv anså erklæringen for at indeholde en så vidtgående forpligtelse.

Så vidt ses, blev betydningen af P's egen opfattelse ikke særlig fremhævet i proceduren. Muligvis er forklaringen den, at "mellemstærk" kun var betegnelsen for et bestemt paradigme og ikke noget udtryk for P's egen opfattelse af forpligtelsens omfang.

Et bevis for, at begge parter *oprindelig* anså erklæringen for *forpligtende*, har ikke samme afgørende betydning: Spørgsmålet vil være, hvad forpligtelsen i så fald går ud på.

En *efterfølgende* enighed om, at erklæringen er forpligtende, skal man næppe lægge vægt på, hvis M er gået konkurs.⁴⁹

46 Rækkevidden af *Rimond Jørgensens* udtalelse l.c. synes ikke helt klar (jfr. ordene "den forpligtedes likviditationsbo").

47 Se om denne afgørelse navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

48 Jfr. kritikken af denne praksis nedenfor i kapitel IX, afsnit 2 *in fine*.

49 I dette tilfælde kan M's ledelse ikke længere forpligte M, og der er altså strengt taget ikke tale om enighed mellem M og P, men mellem M's tidligere *ledelse* og P. En pludselig enighed om, at M er forpligtet, kan i sådanne tilfælde f.eks. skyldes, at medlemmer af M's ledelse i personligt regi har kautioneret for D.

Heller ikke *Fohlins* dolusregel vil almindeligvis føre til noget resultat for likviditetserklæringernes vedkommende. På den ene side kan M's afvisning af at kautionere ikke uden videre indebære, at P måtte indse, at M ikke anså sig for forpligtet i henhold til likviditetserklæringen.⁵⁰ På den anden side kan pengeinstituttet ikke uden videre hævde, at M måtte indse, at P's udbetaling af lånet til D skete i tillid til erklæringens forbindende natur.⁵¹

Tilbage står culpareglen (herunder grundsætningen om synbar viljesmangel).

Grundsætningen om synbar viljesmangel må efter omstændighederne kunne føre til, at erklæringen findes uforpligtende for M, nemlig hvis M har begrundet sin afvisning af at kautionere med, at man ikke ønskede at påtage sig en forpligtelse, som skulle fremgå af regnskabet. I så fald er det *kendeligt* for P, at M ikke ville forpligte sig (i hvert fald ikke som quasikautionist), jfr. herved *Rimond Jørgensen* i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 174 og *Jacob Nørager-Nielsen* i U 1989 B s. 17.

I U 1994.470 H, hvor P endog havde oplyst, at erklæringen ikke skulle noteføres, kunne – og burde – dette spørgsmål have været taget op, jfr. nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

Spørgsmålet kunne også være taget op i en svensk dom, Svea Hovrätts dom af 19. april 1991 (15. avd., mål nr. T 1019/89), hvor P var helt på det rene med, at erklæringen skulle formuleres på en sådan måde, at den ikke skulle fremgå af M's regnskab.⁵²

I dommen, som vil blive omtalt nærmere nedenfor i afsnit 5, var der også et andet spørgsmål om synbar viljesmangel – nemlig vedrørende en angivelig fejl-skrift i erklæringen. Den relevante passus havde følgende ordlyd:

“It is our intention to see that the borrower complies with all the terms and conditions and *to honour* all of their respective obligations [...]” (udh. her).

Afgiveren af erklæringen gjorde gældende, at denne ordlyd skyldtes en fejl, og at den skulle have været således:⁵³

“It is our intention to see that the borrower complies with all the terms and conditions and *honours* all of their respective obligations [...]” (udh. her).

Retten fandt det usandsynligt, at parterne skulle have overset, at ordlyden var blevet forkert.⁵⁴ Dette må vistnok forstås således, at retten ikke fandt det godt-

50 Synspunktet – og den begrænsning, der ligger i udtrykket “uden videre” – vil blive uddybet nærmere nedenfor i kapitel VIII.

51 Synspunktet – og den begrænsning, der ligger i udtrykket “uden videre” – vil blive uddybet nærmere nedenfor i kapitel IX.

52 Jfr. bilag 3 til Stockholm Tingsrätts dom.

53 Så vidt ses, blev anbringendet dog kun gjort gældende for første instans (Stockholm Tingsrätt), jfr. dommens s. 7 – ikke for ankeinstansen (Svea Hovrätt).

54 Jfr. Stockholms Tingsrätts dom s. 11.

gjort, at der overhovedet forelå en fejlskrift fra afgiverens side. Da ordlyden af støtteerklæringer i reglen er genstand for uhyre opmærksomhed og pinagtige forhandlinger, må der da sikkert også stilles ganske strenge krav til beviset for fejlskrift. I stedet for at have indladt sig i disse overvejelser kunne retten blot have statueret, at allerede fordi modtageren hverken indså eller burde have indset, at der forelå en fejlskrift, måtte afgiveren være bundet i overensstemmelse med ordlyden, jfr. Aftl. § 32, stk. 1.

Det er ovenfor antaget, at culpapreglen – principielt – kan anvendes, selv om begge parter har optrådt culpøst. Noget selvstændigt indhold for disse tilfælde har culpapreglen dog næppe: Spørgsmålet om, hvem der har handlet mest culpøst, er i virkeligheden blot en omskrivning af en fortolkningsregel: Den part bør gives fortrinet, som har den mest beføjede opfattelse, dvs. den opfattelse, der stemmer bedst med erklæringens ordlyd, således som denne må fastlægges under inddragelse af alle ledsagende omstændigheder.

Afgørelsen NJA 1977.92 SvH (NDs 1977.73)⁵⁵ kan nævnes i denne sammenhæng. Et af spørgsmålene i sagen var, om et brev var et tilbud eller blot en uforbindende meddelelse om, at afgiveren havde til hensigt senere at indgå en aftale. Ifølge den svenske højesteret gav en strikt ordlydsfortolkning “närmest stöd” for afgiverens standpunkt. Som følge af tidligere forhandlinger havde modtageren dog “haft fog för” at opfatte brevet som et tilbud. Alligevel fandtes afgiverens standpunkt at måtte “ges företräde”.⁵⁶ Det ses, at begge parter havde optrådt uagtsomt: Afgiveren burde have udtrykt sig så klart, at modtageren ikke med (en vis) føje kunne have opfattet brevet som et tilbud,⁵⁷ og modtageren burde have forstået afgiverens mening, selv om han havde en vis føje for sin egen forståelse.

En omskrivning til culpaterminologi kan dog lede tankerne i en frugtbar retning,⁵⁸ hvad angår likviditetserklæringer, der i reglen er bevidst tvetydige:⁵⁹ Modsat aftaleterminologien, hvori der så at sige er indbygget et *enten-eller* (løfte eller ej?), tillader culpaterminologien, at man rejser spørgsmålet om

55 *Fohlin* s. 46 f. drøfter afgørelsen i et afsnit om Aftl. § 32, stk. 1 og afgiverens synbare vilje, men nævner den ikke i forbindelse med culpapreglen.

56 Det endelige resultat blev dog, at aftale ansås at foreligge på grund af senere omstændigheder.

57 *Fohlin* s. 46 f. udlægger også afgørelsen således, at modtageren havde en vis – men ikke overvejende – føje for sin opfattelse.

58 Det er en gammel sandhed, at videnskaben til enhver tid er bundet til sine egne forudsætninger og begreber, jfr. herved *Stig Jørgensen* i *FS Bengtsson* (1993) s. 268. De eksisterende begreber er en forudsætning for tænkning, men undertiden en hæmsko for nytænkning.

59 Jfr. *Bogdan* i *TfR* 1988 s. 664 og *samme* i *Blix m.fl.* s. 19. Det udtrykkes også på den måde, at ingen af parterne har været i helt god tro, jfr. s. 665 hhv. s. 19. Se også ovenfor i kapitel II og *Ramberg* i *JT* 1992-93 s. 358 ff.

mere eller mindre. I erstatningssager kan man ved skyld på begge sider nå til “mellemløsningen” delvis erstatning.⁶⁰ De antydninger, som er gjort her, vil blive fulgt op i kapitel XI om formodningsregler og mellemløsninger.

Det kan foreløbig konkluderes, at de her omtalte grundsætninger kun sjældent vil føre til et fortolkningsresultat for så vidt angår støtteerklæringer.

2.2. Sekundære fortolkningsregler

Det gælder generelt, at de ovenfor under 2.1 gennemgåede grundsætninger kun undtagelsesvis leder til et resultat, og i de fleste tilfælde er således ordlyden afgørende. På denne baggrund er det naturligt, at man sædvanligvis tager sit udgangspunkt i ordlyden og “springer tilbage” til grundsætningerne, hvis der undervejs dukker noget op, som tilsiger dette.⁶¹

Fortolkningsprocessen i videste forstand er i nordisk ret mest indgående behandlet af *Kristian Huser* i disputatsen “Avtaletolking” (1983), hvori fortolkningsreglernes indhold, historie og indbyrdes sammenhæng undersøges.

Det må holdes for øje, at de følgende regler angår fortolkningen af aftaler – og altså ikke er regler til afgørelse af, om der overhovedet foreligger en aftale (et løfte). Reglerne kan dog alligevel finde anvendelse ved afgørelsen af sidstnævnte spørgsmål.

2.2.1. Sproglige fortolkningsregler

Om den rent sproglige fortolkning – ordlydsfortolkningen, om man vil – opstiller *Huser* s. 486 ff. visse “språklige retningslinjer”,⁶² der kan sammenfattes således: Der gælder en formodning for normal sprogbrug.⁶³ Jo mere gennemtænkt formuleringerne forekommer, desto større vægt har de.⁶⁴ Meningen med et ord, et udtryk, en sætning eller en klausul må fastlægges under hensyntagen til hele erklæringen.⁶⁵

60 Interessant nok er den erstatningsretlige deleløsning af relativt ny dato. Tidligere gjaldt *compensatio culpa*-reglen: Skadelidte mistede sit erstatningskrav fuldstændigt, hvis han selv i nogen grad havde medvirket til skaden, jfr. v. *Eyben, Nørgaard og Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 2. udg. (1993) s. 271.

61 Som anført af *Huser* s. 375, er “den normale standard” den praktiske hovedregel, men retligt og systematisk er de ovenfor omtalte fortolkningsregler principale. At der kan foretages spring frem og tilbage, betones af *Huser* s. 368 og s. 373. Se også *Adlercreutz* i SvJT 1990 s. 582.

62 I det følgende anvendes også betegnelserne “regler” og “grundsætninger”.

63 Jfr. *Huser* s. 488 f.

64 Jfr. *Huser* s. 491. Hvis aftalen fremstår som “slett redigert”, er der således grund til at lægge mindre vægt på ordlyden, jfr. *Huser* s. 490. Disse udsagn er ikke – som de fleste andre – sammenfattet i en nummereret regel hos *Huser*, hvilket forekommer overraskende i betragtning af, at flere af de regler, der i øvrigt nummereres særskilt, ikke synes at være selvstændige regler, men blot udslag af andre regler, jfr. nedenfor.

65 Jfr. *Huser* s. 497.

Denne grundsætning er vistnok reelt en slags sammenfatning af en række sætninger, som *Huser* fremhæver som særskilte regler: Hensynet til helhed og sammenhæng (s. 496); meningen med en partsytring må fastlægges under hensyntagen til de øvrige partsytringer, som udgør dele af samme transaktion (s. 498); ophævelse af tilsyneladende modstrid for at opnå størst mulig harmoni (s. 503).

Lidt mere selvstændigt indhold har følgende sætninger, selv om også de i en vis forstand er underordnet grundsætningen om kontekstens betydning: Ved en opregning eller en gruppe af substantiver viser et efterfølgende relativt pronomen tilbage til det nærmest forudgående substantiv (eller til hele gruppen af substantiver), medmindre andet følger af omstændighederne (s. 494 ff.) Så vidt muligt skal en erklæring fortolkes således, at alle dele får selvstændig betydning, og ingenting bliver overflødigt (s. 498). Det samme ord eller udtryk skal tillægges samme betydning, såfremt det forekommer flere gange (s. 501).

De sproglige retningslinier må have samme gyldighed for fortolkningen af likviditetserklæringer som for alle andre erklæringer.⁶⁶

2.2.2. Juridiske fortolkningsregler⁶⁷

Ved siden af de sproglige retningslinier fremhæver *Huser* s. 507 ff. en række mere almindelige hensyn, som sammenfattes under overskriften "juridiske retningslinjer". Disse falder i tre hovedgrupper: Partshensyn, retshensyn og samfundshensyn.

Partshensynet tilsiger bl.a., at parternes aftale – og helst hver enkelt bestemmelse – får virkning (s. 490 ff.),⁶⁸ og at aftalens formål så vidt muligt realiseres (s. 511 ff.). Resultater, som indebærer aftalens ulovlighed, må om muligt undgås (s. 516 f.). Generelt tilstræber man det resultat, som stemmer bedst med ret og billighed, dvs. sikrer den højeste grad af ligevægt mellem parternes ydelser (s. 518 ff.).

Retshensynet indebærer, at der så vidt muligt skal nås ensartede resultater ved fortolkning af ensartede klausuler i tilsvarende aftalesituationer (s. 531 ff.),⁶⁹ og at resultaterne svarer bedst muligt til de deklaratoriske retsregler (s. 539 ff.).

Samfundshensynet fordrer, at resultaterne stemmer med sædvane og praksis (s. 542 ff.). Så vidt muligt bør tilstræbes resultater, som er samfundsmæs-

⁶⁶ Jfr. nærmere ovenfor i afsnit 1.

⁶⁷ Disse fortolkningsregler gennemgås her, selv om deres anvendelse i høj grad må bero på, hvorledes man vurderer aftalesituationen i forskellige tilfælde, jfr. herom nærmere nedenfor i kapitel VIII-X.

⁶⁸ Denne regel indeholder så vidt ses intet nyt i forhold til den formodningsregel imod overflødighed, som *Huser* allerede har opstillet under de "språklige retningslinjer", jfr. ovenfor.

⁶⁹ Den tidligere omtalte regel om, at det samme ord så vidt muligt skal fortolkes ens i samme aftale, er for så vidt på "mikroplanet", hvad den her omtalte regel er på "makroplanet".

sigt gavnlige (s. 545 ff.), hvorunder hensynet til sikkerhed⁷⁰ og forudberegnelighed⁷¹ rubriceres (s. 546 f.).

Det må herefter undersøges, om de her omtalte juridiske retningslinier peger i nogen bestemt retning for likviditetserklæringernes vedkommende.

Fortolkningsreglen om, at hver enkelt klausul så vidt muligt skal have virkning kan selvsagt ikke anvendes, når spørgsmålet er, om klausulen i det hele taget er bindende.⁷² Virkningsreglen kan dog tænkes anvendt på støtteerklæringen som helhed, jfr. til illustration:

Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.:⁷³ I 1984 afgav Malaysia Mining Corp. (M) en støtteerklæring vedrørende sit helejede datterselskab MMC Metals Ltd. (D) til pengeinstituttet Kleinwort Benson (P). P havde stillet en kredit til rådighed for D, og som tiden gik – og efter afgivelse af endnu en støtteerklæring – øgedes kreditten, indtil den på tidspunktet for D's sammenbrud i oktober 1985 androg £ 12 mio.

Når bortses fra forskellige beløbsangivelser og lign., havde de to støtteerklæringer følgende identiske ordlyd:⁷⁴

“We refer to your recent discussion with [D] as a result of which you propose granting [D]: a) banking facilities of up to £ 5 million; and b) spot and forward foreign exchange facilities with a limitation that total delivery in cash will not on any one day exceed £ 5 million.

[1] We hereby confirm that we know and approve of these facilities and are aware of the fact that they have been granted to [D] because we control directly or indirectly [D].

[2] We confirm that we will not reduce our current financial interest in [D] until the above facilities have been repaid or until you have confirmed that you are prepared to continue the facilities with new shareholders.

[3] It is our policy to ensure that the business of [D] is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above agreements.

[sign. M]”

D havde en selskabskapital på £ 1,5 mio. Selskabet var aktivt på tinmarkedet (London Metal Exchange). Forhandlingerne om en kredit til D var påbegyndt i 1983, og oprindelig ønskede P at yde lånet til M og D i fællesskab. For et sådant lån ville gælde en rentemargin på 3/8% p.a. M var imidlertid ikke indstillet på at

70 Retssikkerhedshensynet kan også hævdes at ligge bag reglen om, at den naturlige sprogbrug er fortolkningens udgangspunkt, jfr. *Stig Jørgensen* i FS Bengtsson (1993) s. 259.

71 Hensynet til forudberegnelighed kan vel i virkeligheden også siges at ligge bag det i retshensynet indeholdte “ensartethedskrav” og det i samfundshensynet indeholdte krav om overensstemmelse med praksis.

72 Dette ville være at opstille en formodning for, at enhver udtalelse har løftevirkning, og en sådan formodning kan ikke opstilles, jfr. nærmere nedenfor i afsnit 3.

73 Afgørelsen, der er offentliggjort i (1989) I All ER 785, er omtalt og drøftet meget indgående hos *Røsæg* s. 178 ff.

74 Nummeringen af de 3 udsagn forekom ikke i originalen, men optræder i dommen.

hæfte sammen med D. Herefter foreslog P, at M afgav et *comfort letter*, og lånet kunne da ydes med en rentemargin på 1/2% (dvs. forhøjet med 1/8 procentpoint). P's forslag til støtteerklæring indeholdt sålydende formulering af afsnit (3):

“It is our policy to ensure that the business of [D] is conducted in such a way that [D] is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above agreements.”

Formuleringen blev på M's foranledning – efter behandling på bestyrelsesplan – ændret til den endelige version.

I første instans (*Commercial Court*)⁷⁵ blev erklæringen anset for bindende, og M blev dømt til at betale P erstatning. Retten støttede sig især til dommen *Edwards v. Skyways Ltd.*,⁷⁶ som fastslog, at et løfte, som gives i kommerciel sammenhæng, er bindende, medmindre løftegiver klart og tydeligt har givet udtryk for, at han ikke vil bindes retligt, men kun moralsk.⁷⁷ Retten anførte videre, at P havde stolet på M's erklæring: D's virksomhed var stærkt spekulationspræget, og kreditten androg til at begynde med mere end 3 gange, til slut mere end 7 gange, selskabskapitalen i D. Som bestyrelsesmødet dokumenterede, havde M da også taget sagen alvorligt. Endelig var ifølge retten ordlyden “crystal clear without embellishment”⁷⁸ – der var ingen reel forskel mellem “We confirm [...]” og “It is our policy to [...]”. Da der ingen uklarhed var, skulle uklarhedsreglen ikke anvendes, men retten bemærkede dog, at det i øvrigt drejede sig om en “fælles formulering”, idet M havde ændret P's udkast.

Ankeinstansen (*Court of Appeal*) kom til det modsatte resultat: P havde intet krav mod M. Spørgsmålet var ikke – som i *Edwards v. Skyways Ltd.* – om et løfte var kontraktligt eller blot moralsk bindende, men om der overhovedet forelå et løfte, hvilket retten ikke fandt. Resultatet støttedes navnlig på udsagnets ordlyd (“It is our policy [...]”), som stod i kontrast til formuleringerne i afsnit (1) og – navnlig – (2) (“[...] we will not [...]”). Udsagnet var endvidere ikke rettet mod fremtiden, og M havde oprindelig afvist at hæfte for lånet, hvilket havde ført til en højere rente – ca. £ 50.000 mere om året. Endelig ville løftet om ikke at opgive ejerinteresserne i D være indholdsløst, hvis M under alle omstændigheder indestod for D's forpligtelser over for P.

For så vidt har kun det sidste punkt interesse for vor drøftelse her: Det hævdes, at afsnit 2 ville være overflødigt, hvis afsnit 3 indeholdt en indeståelse.⁷⁹

Formodningen for virkning (eller imod overflødighed) af afsnit 2 kan dog ikke i sig selv bære en afvisning af løftevirkning af afsnit 3. Helt overflødig er en ejerskabserklæring nemlig ikke, selv om der samtidig afgives en bindende likviditetserklæring. Uanset en eventuel indeståelse kan P være interesseret i, at M bevarer ejerskabet til og kontrollen over D.

75 Offentliggjort i (1988) I All ER 714.

76 Offentliggjort i (1964) I All ER 494.

77 Denne afgørelse er omtalt nærmere nedenfor i kapitel IX, afsnit 1.

78 Jfr. (1988) I All ER 724 (d).

79 Se hertil også *Ramberg* i JT 1992-93 s. 366.

For det første vil lån, som P bevilger D, efter at M har afhændet aktierne i D, ikke være omfattet af likviditetserklæringen.⁸⁰

For det andet kan selve M's afhændelse af aktierne føre til, at D får økonomiske problemer: Måske kan D ikke opnå samme kreditter som før, måske iværksætter de nye aktionærer uheldige beslutninger o.s.v.

For det tredje kan baggrunden for P's kredit til D være, at P nærer særlig tilid til M og ønsker at bevare og udbygge kunderelationerne til M.

Under alle omstændigheder er der intet selvmodsigende i, at man sikrer sig en indeståelse og samtidig helst vil undgå, at der indtræder en situation, hvor den skal gøres gældende.⁸¹

Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp. er givetvis den bedst kendte afgørelse om en støtteerklæring. Den førte til en livlig debat både i og uden for England. Se bl.a. *Rex J. Ahdar*: Are Letters of Comfort Binding?, *Australian Business Law* 1988 s. 399 ff., *P.S. Atiyah*: The Law of Contract, 4. udg. (1989) s. 162 f., *Andrew Ayres og Adrian Moore*: "Small Comfort" Letters, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1989 s. 281 ff., *Christopher Bright & Susan Bright*: Beware the Letter of Comfort, *New Law Journal*, 27. maj 1988 s. 365 ff., *Ian Brown*: The Letter of Comfort: Placebo or Promise?, *The Journal of Business Law* 1990 s. 281 ff., *Robert Burgess*: The Law of Borrowing (1989) s. 4064 f. (punkt 4.70), *Cheshire, Fifoot & Furmston*: Law of Contract, 12. udg. (1991) s. 118 ff., *Stephen Copp*: Comfort Letters: Some not so Comforting Thoughts, *Accountancy*, november 1990 s. 81 f., *Brian J. Davenport*: A very Comfortable Comfort Letter, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 1988 s. 290 ff., *Rachel Davies*: Tin Company is not Bound by Comfort Letter, *Financial Times* 10. februar 1989, *Nicola Dickens*: *Kleinwort Benson v. Malaysian Mining Corporation Berhad*, *Insolvency Law & Practice*, februar 1988 s. 13 ff., *Eberhard Dilger*: Patronatserklæringen im englischen Recht, *RIW* 1988 s. 908 f., *samme*: Patronatserklæringen im englischen Recht, *RIW* 1989 s. 573, *Jonathan S. Fisher*: Comfort Letters and their Legal Status, *Journal of International Banking Law* 1988 s. 215 ff., *A.D.M. Forte*: Letters of Comfort or Letters of Cold Comfort, *Journal of Maritime Law and Commerce* 1990 s. 99 ff., *R.D. Gibbens*: Letters of Comfort, *Banking and Finance Law Review* 1988-89 s. 222 ff., *Frederick Gulson*: Letters of Comfort, *Law Society Journal*, maj 1989 s. 67, *A.H. Hermann*: Real Comfort in a Comfort Letter, *Financial Times* 4. februar 1988, *samme*: A Comfort Letter May Create a Contractual Obligation, *Business Law Brief*, februar 1988, s. 4 f., *samme*: Law v. Business (1989) s. 56 ff., *Andrew Ivison & John Naccarato*: Comfort Letters: Are They Legally Binding?, *Business Law Review* 1989 s. 311 f., *Roger McCormick*: Current English Legal Issues Affecting Debt Financing, Subordination, Set-Off, Security, Syndication, Comfort Letters, *Energy Law '88* (udgivet

80 Nedenfor i kapitel IX, afsnit 6 undersøges, om en "gammel likviditetserklæring" i øvrigt dækker "nye lån", som P bevilger D.

81 Jfr. således også *Røsæg* s. 183 og *Ramberg* i JT 1992-93 s. 366.

af International Bar Association) (1988) s. 661 ff., *Andrew McGee*: A Discomforting Decision, *The Company Lawyer* 1988 s. 133 f., *Gerard Nash*: Letter of Comfort Revisited, *Australian Accountant*, oktober 1988 s. 7 ff., *D.D. Prentice*: Letters of Comfort, *The Law Quarterly Review* 1989 s. 346 ff., *F.M.B. Reynolds*: Uncertainty in Contract, *The Law Quarterly Review* 1988 s. 352 ff., *Rene Sacasas*: The Comfort Letter Trap: Parent Companies Beware, *Banking Law Journal* 1989 s. 173 ff., *Clive M. Schmitthoff*: *The Journal of Business Law* 1988 (1988) s. 111 f., *A.M. Tettenborn*: Commercial Certainty – a Step in the Right Direction?, *The Cambridge Law Journal* 1988 s. 346 f., *Georg A. Witthun*: *Kleinwort Benson v. Malaysian Mining Corporation Berhad*, *McGill Law Journal* 1990 s. 490 ff., *samme*: Patronatserklærungen im Anglo-Amerikanischen Rechtskreis, *RIW* 1990 s. 495, *Philip R. Wood*: The Uncomfortable Comfort Letter, *International Financial Law Review*, april 1988 s. 21 f.

Se endvidere *Bogdan TFR* 1988 s. 658 ff., jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 14 ff., *Gorton* i *SvJT* 1989 s. 727 ff., *Røsæg* s. 179 ff. og s. 332 ff samt *Zerman* i *Advokaten* 1988 s. 277.

Hvad angår likviditetserklæringer, kan *fortolkningsreglen om opnåelse af formålet* vanskeligt lede til noget sikkert resultat, da parternes ”inderste” formål er modsatrettede: Lån mod indeståelse – lån uden at afgive indeståelse.⁸² På et mere overordnet plan kan parternes formål i reglen siges at være overensstemmende: Lånet skal ydes, og da M ikke vil indestå for D, og P ikke vil yde en blanco-kredit, skal erklæringen tjene som ”kompromis”.⁸³

Anderledes *Røsæg* s. 544: “[...] formålet med erklæringen er vel oftest å sikre datterselskabets kravshavere.” Hvis dette var rigtigt, forekommer det ubegribeligt, at M ikke vælger at realisere formålet på en mere adækvat måde, f.eks. ved at påtage sig en forpligtelse som tabskautionist.⁸⁴

Formodningen mod, at parterne har aftalt noget ulovligt, gør krav på betydelig interesse for så vidt angår likviditetserklæringer. Betydningen af denne fortolkningsregel kan ikke afvises blot ved at henvise til, at f.eks. en garanti er forpligtende for afgiveren, uanset at den ikke er stemplet eller noteført. Ved en garanti er der jo ikke tvivl om, at der foreligger en forpligtelse, og lovovertrædelserne kan ikke bortfortolkes. Anderledes ved støtteerklæringer, der efter ordlyden hverken er klart forpligtende eller uforpligtende: Her kan en formodning imod lovovertrædelse få virkelig betydning.

82 Sml. *Lego Andersen* i *RR* nr. 4/1992 s. 14, hvor det fremhæves, at parterne ikke har tilsigtet det samme.

83 Jfr. herom ovenfor i kapitel II og nedenfor i kapitel XI.

84 En mere udførlig imødegåelse findes nedenfor i kapitel IX, afsnit 2, hvor indretnings-synspunkter drøftes.

Normalt kan denne fortolkningsregel dog næppe gøre udslaget:⁸⁵ Moderselskabet er nærmere til at sørge for, at stempel bliver betalt og forpligtelsen noteført. Kun hvis pengeinstituttet over for M er fremkommet med udtalelser om, at erklæringen ikke skal stemples eller noteføres, vil P næppe senere kunne støtte ret på erklæringen.⁸⁶ Dette resultat følger dog snarere af dolus eller culpareglen end af formodningen imod ulovlighed.

Sml. hertil *Gomard* i FS Bolding (1992) s. 172 med note 26:

“Et moderselskab kan næppe have opfattet en støtteerklæring som retligt bindende, hvis erklæringen ikke er stemplet som en kaution (Stempelovens § 57) og heller ikke er nævnt i en note i årsregnskabet (ÅRL § 46, stk. 3)” (udh. her).

Denne tekst er i vidt omfang parallel med *Gomard*: Aktieselskaber og anpartselskaber, 2. udg. (1992) s. 59 ff., men her har den pågældende passus fået en noget anden formulering:

“En støtteerklæring, som ikke er retligt bindende, skal ikke stemples som en kaution (Stempelovens § 57) og heller ikke nævnes i en note i årsregnskabet (ÅRL § 46, stk. 3), men undladelse af at overholde disse regler udelukker ikke, at erklæringen kan være opfattet som retligt bindende” (udh. her).⁸⁷

Ved likviditetserklæringer lader det sig ikke sige, hvilket *fortolkningsresultat* der giver den højeste grad af ligevægt mellem parternes ydelser og derfor stemmer bedst med ret og billighed. Man kan ikke uden videre sige, at likviditetserklæringen er en *modydelse for lånet* og derfor *må indeholde* en indeståelse – usikrede lån forekommer nu engang også, og hovedsagelig består ligevægten i et låneforhold mellem långivers og låntagers ydelser. Det vil derfor være vildledende at sige, at P udbetaler lånet til D “i tillid til” likviditetserklæringen fra M (eller at M “stoler på” erklæringen, eller at erklæringen giver M “berettigede forventninger”).⁸⁸ Afgørende er i alle tilfælde, om P’s tillid og forventning er beføjet eller ej⁸⁹ – og dermed er vi tilbage i fortolkningsspørgsmålet.

Retshensynet (*sikring af ensartede resultater og tilnærmelse til deklaratoriske regler*) giver ingen virkelig vejledning ved fortolkning af likviditetserklæringer.

Det samme gælder formentlig samfundshensynet (*overensstemmelse med praksis og samfundsgavnlig virkning, herunder forudberegnelighed*).

85 Således også *Røsæg* s. 288, jfr. s. 284 ff., men synspunktet synes ikke at harmonere godt med samme forfatters ugyldighedsregel, jfr. s. 422 f. og nærmere ovenfor i kapitel IV, afsnit 4.

86 Jfr. nærmere nedenfor i kapitel IX og i kapitel X, afsnit 4 (med kritik af U 1994.470 H).

87 Dette udsagn må betegnes som sikrere end det ovenfor gengivne.

88 Synspunktet vil blive uddybet nedenfor i kapitel IX, afsnit 2.

89 Se hertil fremstillingen hos *Ussing* s. 423 f., hvoraf klart fremgår, at en individuel – dvs. mod den naturlige forståelse stridende – forståelse hos løftemodtageren kun beskyttes, hvis den er beføjet. I øvrigt er ikke engang en beføjet tro hos løftemodtageren undtagelsesfrit beskyttet, jfr. *Ussing* l.c. med note 17 med henvisning bl.a. til *Fr. Vinding Kruse* i U 1912 B s. 61.

Den højeste grad af *forudberegnelighed* kunne vel i og for sig opnås ved at opstille en formodningsregel for eller imod forpligtelse.⁹⁰ På likviditetserklæringernes snævre område ville resultaterne rigtignok blive ensartede, men i et lidt bredere perspektiv ville de blive uensartede: Ét og samme udsagn kunne regelmæssigt blive anset for uforbindende i *letters of intent*, men derimod blive tillagt bindende virkning ved likviditetserklæringer. Den konkrete forudberegnelighed ville således kun kunne opnås på bekostning af den generelle forudberegnelighed (at den naturlige forståelse af ordene i lyset af aftalesituationen er afgørende).

Efter nogens opfattelse ville de mest *samfundsgavnliche virkninger* opnås, såfremt likviditetserklæringerne gik helt af brug. Det må da også medgives, at likviditetserklæringerne indebærer visse samfundsskadelige virkninger, navnlig risikoen for "regnskabssvig"⁹¹ og belastning af domstolene.

De anførte skadelige virkninger skal ikke overdrives:

Overtrædelse af pligten til at noteføre i henhold til ÅRL § 46, stk. 3, modvirkes gennem straf og erstatning.

Domstolene bliver kun belastede i de ret få tilfælde, hvor D bryder sammen, og hvor enten P eller M fejlbedømmer erklæringens virkelige indhold.

Det må imidlertid også erindres, at brugen af likviditetserklæringer muliggør en række kreditter, som måske ellers ikke ville blive ydet eller i hvert fald kun ydet mod en højere rente.⁹²

De *samfundsskadelige virkninger* forekommer herefter ikke at have en sådan vægt, at de i almindelighed kan få betydning for fortolkningen.

Det ville i øvrigt næppe være let at få bugt med likviditetserklæringerne gennem en formodningsregel.

En formodningsregel for løftevirkning ville i hvert fald ikke nå dette mål.⁹³

En sådan regel ville tværtimod anspore pengeinstitutterne til at fortsætte med deres "halvkvädna visor".⁹⁴

En formodning imod løftevirkning ville have bedre chancer for at nå målet, men kun på ret langt sigt.

Ovenfor er der alene taget stilling til *samfundshensyn*. Der skal derfor gøres et par bemærkninger om *hensynet til parterne selv*:

90 Jfr. herved *Røsæg* s. 577, hvor det anføres, at støtteerklæringer vil blive anvendt mindre og mindre, jo klarere retsstillingen bliver.

91 Se herom navnlig ovenfor i kapitel IV, afsnit 4.

92 Sml. *Kleinwort Benson v. Malasia Mining Corp.* om renteforskel på lån med og uden indeståelse.

93 En sådan formodningsregel hævdes af *Røsæg* s. 230 ff., og det antages s. 577, at den ville indebære, at erklæringerne gik af brug.

94 Jfr. *Ramberg* i JT 1992-93 s. 367 med note 20, hvor den af *Røsæg* hævdede formodning for løftevirkning kritiseres.

Det er utvivlsomt, at erklæringerne medfører en ikke ubetydelig retsikkerhed for parterne.⁹⁵ Det er også utvivlsomt, at erklæringerne i nogle tilfælde kan medføre skuffelser for M eller P, hvis de har fejlbedømt erklæringens indhold i forhold til det, som en domstol senere når frem til. Heroverfor må det imidlertid fremholdes, at *anvendelse af støtteerklæringer grundlæggende er parternes egen sag*. Der er ikke tale om urimelige bestemmelser i en monopolists standardvilkår, men om individuelt forhandlede erklæringer mellem to nogenlunde lige stærke parter. Hvor M og P *bevidst* giver sig ind i den grå zone mellem forpligtelse og ikke-forpligtelse, kan det derfor ikke spille nogen videre rolle, hvad den ene eller den anden part regnede med (eller håbede på).⁹⁶

2.3. Tertiære fortolkningsregler

Hvis de primære eller sekundære fortolkningsregler ikke fører til noget (sikkert) resultat, kan yderligere to regler inddrages i overvejelserne: Uklarhedsreglen og minimumsreglen.

Uklarhedsreglen⁹⁷ (*in dubio contra stipulatorem*) er en vigtig fortolkningsregel, som man genfinder i alle vesteuropæiske lande. Reglen kan imidlertid kun anvendes, hvis der foreligger uklarhed,⁹⁸ og den kan derfor siges at være underordnet de ovenfor omtalte regler.

Uklarhedsreglen indebærer, at uklarhed skal fortolkes mod affatteren. Reglen kan formuleres mere bredt, nemlig som en regel om, at en aftale i tvivlstilfælde skal fortolkes mod den part, som havde størst mulighed for⁹⁹ eller tilskyndelse til¹⁰⁰ at afværge uklarheden.

Det er vanskeligt at udtale noget mere generelt om reglens anvendelighed ved fortolkning af likviditetserklæringer. På den ene side vil moderselskabet regelmæssigt have størst *mulighed* for at afværge uklarhed, hvilket ses allerede af, at der er tale om en ensidig erklæring fra M til pengeinstituttet.¹⁰¹ På den anden side vil P have den største *tilskyndelse* til at afværge uklarhed, da P ønsker en erklæring, der kan støttes ret på.

95 Heraf følger for så vidt, at støtteerklæringer sikkert må siges at være processkabende, jfr. hertil ovenfor.

96 Ordet "bevidst" er vigtigt, sml. bemærkningerne nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

97 Jfr. *Huser* s. 553 ff.

98 Jfr. *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* s. 422 med henvisning til afgørelserne U 1984.867 Ø og U 1989.523 H. Se nu også U 1993.452 H.

99 Jfr. herved *Huser* s. 561. Sml. *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* s. 420 om fortolkning mod den overlegne – typisk sagkyndige – part.

100 Jfr. herved *Stig Jørgensen I* s. 187 f., hvorefter uklarheden går ud over den, der har størst tilskyndelse til at sikre sig bevis for én af flere mulige forståelser. Se tillige *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* s. 421 ved og med note 68.

101 Med ordet "ensidig" tilkendegives kun, at alene M underskriver erklæringen, der (i givet fald) kun pålægger M pligter. Det underkendes ikke, at erklæringen er et vilkår for P's kreditgivning til D, og at der for så vidt kan siges at foreligge gensidighed, jfr. nærmere nedenfor under omtale af minimumsreglen.

Uklarhedsreglens betydning vil blive taget op i forbindelse med drøftelsen nedenfor i kapitel VIII-X af de faktiske omstændigheder ved erklæringens afgivelse. Det vil bl.a. blive undersøgt, hvilken betydning det har, at P bringer likviditetserklæringen i forslag, at P råder over flere koncepter og fremsender ét af disse til M, og at P er professionel.

Minimumsreglen¹⁰² (*in dubio minus*) er en regel om, at et løfte skal "tolkes i overensstemmelse med den forståelse, der er gunstigst for løftegiveren", jfr. *Ussing* s. 426.

Ussings formulering af reglen kritiseres af *Huser* s. 569 under henvisning til, at det ikke er klart, hvem der er "løftegiver". *Huser* s. 570 formulerer derfor reglen som en regel om, at man skal vælge den fortolkningsmulighed, som medfører den mindste byrde for den, som skal yde den omtvistede ydelse, hvad enten dette er en naturalydelse eller et pengebeløb.

Reglen kan naturligvis også formuleres på denne måde. Formuleringen forekommer dog noget tung, og i *Ussings* variant er det lige så klart, at løftegiver netop er "den, som skal yde". En aftale indeholder jo normalt to løfter, og en person er kun løftegiver for så vidt angår det (eller de) udsagn, der pålægger ham selv en byrde.

Huser s. 569 anfører endvidere, at *Ussings* formulering medfører det problem, at det, som er gunstigt for den ene part som løftegiver er ugunstigt for den anden part som løftegiver.¹⁰³ Dette er imidlertid et problem ved *minimumsreglen som sådan*, når der er tale om *gensidigt bebyrdende aftaler*¹⁰⁴ – ganske uanset, hvilken formulering man giver reglen.

I en gensidigt bebyrdende aftale består nemlig et afhængighedsforhold (*synallagma*) mellem parternes ydelser, og en lempelse af den enes ydelsespligt indebærer nødvendigvis en skærpelse af den andens ydelsespligt.¹⁰⁵

Med et eksempel: S og K har indgået en aftale om, at K køber et maleri og en cykel af S. K hævder, at der er aftalt en samlet pris på 10.000 kr. S hævder, at K skal betale 10.000 kr. for maleriet og kræver derudover 2.000 kr. for cyklen,

102 Jfr. *Huser* s. 567 ff. Ifølge *Huser* s. 567 er minimumsreglen subsidiær i forhold til alle andre fortolkningsregler, herunder uklarhedsreglen, jfr. således også *Fohlin* s. 139. Dette kan der vistnok ikke siges noget sikkert om. I Danmark behandler *Ussing* (s. 426 f.), *Stig Jørgensen I* (s. 186 f.) og *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* (s. 417 ff.) alle minimumsreglen før uklarhedsreglen – men dette kan naturligvis blot bero på traditionen.

103 *Huser* har naturligvis ret i, at begge parter i en gensidigt aftale er løftegivere (og – kunne man tilføje – løftemodtagere). Men deres roller veksler jo alt afhængig af, hvem "der skal yde", og de er altså ikke begge løftegivere i relation til det samme udsagn.

104 Jfr. *Stig Jørgensen I* s. 187 og *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* s. 418.

105 Af samme grund er i øvrigt sondringen mellem "tilsidesættelse" og "ændring" i Aftl. § 36 inkonsekvent og vilkårlig, jfr. *Stig Jørgensen i J* 1986 s. 120 med note 3.

jfr. Købelovens § 5. Set fra K's synsvinkel må minimumsreglen føre til, at han kun skal betale 10.000 kr. i alt. Set fra S's synsvinkel må samme regel derimod føre til, at de 10.000 kr. er den aftalte købesum for maleriet alene.

Minimumsreglen kan derfor i grunden kun anvendes på ensidigt bebyrdende løfter og aftaler.¹⁰⁶

I denne forbindelse er det særligt vigtigt at understrege, at *kautionsløfter ikke kan anskues som ensidigt bebyrdende*.¹⁰⁷ Kreditor yder lånet til debitor (bl.a.) på det vilkår, at han modtager et kautionsløfte, og dette løfte står således i et afhængighedsforhold til låneaftalen.¹⁰⁸

En likviditetserklæring afgives ligesom en kautionserklæring over for en person, der yder et lån til en anden, og minimumsreglen er følgelig ikke anvendelig på likviditetserklæringen.

Således også *Røsæg* s. 532, som udførligt drøfter minimumsreglen i lyset af viljeteori, bevisbyrdeteori og (norsk) retspraksis s. 522 ff.

3. Hvilke formuleringer signalerer løfteforpligtelser?

For at en person kan blive forpligtet ved et løfte, må det kræves, at han har "lovet (1) noget (2)". I dette afsnit undersøges, hvilke ord der er egnede til at opfylde det første krav ("lovet"). I afsnit 4 ser vi nærmere på opfyldelsen af det andet krav ("noget"). I afsnit 5 vil sammenhængen mellem de to krav – som kort kan benævnes kravet om *løftesignal* henholdsvis *bestemthed* – blive drøftet.

Forud for undersøgelsen af, om der er "lovet noget", skal der erindres om det grundlæggende synspunkt, at jo mere byrdefuldt det vil være for afgiveren, om hans udsagn anses for et løfte, desto større krav må der stilles til løftesignal og bestemthed.¹⁰⁹ En anden formulering af samme synspunkt kunne være, at jo større føje modtageren har for at anse udsagnet for et løfte, desto mindre er kravet til løftesignal og bestemthed.

106 Fremfor at beskrive minimumsreglen som en almindelig (omend helt subsidiær) fortolkningsregel – således som *Huser* s. 567 ff. og *Fohlin* s. 132 ff. gør det – kunne man overveje at tage skridtet fuldt ud og karakterisere den som en særregel for fortolkningen af gaveløfter.

107 Jfr. *Palle Bo Madsen i Lynge Andersen m.fl.* s. 418.

108 Afgives kautionsløftet *efter* lånets udbetaling, kan det være udslag af en liberalitet over for kreditor, men det typiske er også her, at kreditor "betaler for" kautionsløftet, f.eks. ved at undlade at opsiges en kredit straks eller at indgive en konkursbegæring.

109 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 (særlig om bestemthedskravet).

Genstanden for undersøgelsen i dette afsnit er med andre ord løftebetingelsen om, at den erklærende skal have givet udtryk for en *beslutning om at ville forpligte sig*.¹¹⁰

Påtagelse af en forpligtelse signaleres helt klart ved, at der anvendes udtryk som “vi lover”, “vi forpligter os til” eller “vi påtager os”.

En utrykt dom afsagt af Oslo Byrett den 23. februar 1990 (sak nr. 680/89-27-22)¹¹¹ angik en erklæring afgivet af et norsk moderselskab over for et dansk pengeinstitut. Erklæringen indeholdt bl.a. sålydende afsnit:

“Vi forpligter os til senest 10 dage efter, at vi fra Dem måtte få meddelelse om, at [D] har undladt at betale nogen forfalden del av [*sic*] hovedstol, renter eller provision, at tilføre eller låne [D] kapital i et sådant omfang, at [D] er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor Dem, ligesom vi vil foranledige, at [D's] ledelse opfylder disse forpligtelser.”

Klarere kan en forpligtelse vistnok vanskeligt udtrykkes, og man kan undre sig over, at sådanne erklæringer overhovedet forekommer: M kunne lige så godt have kautioneret for D.

Et løfte kan også tilkendegives ved anvendelse af ordene “vi vil” med tilføjelse af, hvad der loves. Det er i denne sammenhæng uden betydning, at ordet “ville” på dansk kan benyttes såvel til at udtrykke en vilje som til at markere fremtidsform (futurum).¹¹² Afgiverens udsagn om, hvordan han vil forholde sig i fremtiden, er nemlig ikke mindre stærkt end et udsagn om, at noget er hans “vilje”. I begge tilfælde vil modtageren regne med, at udsagnet forpligter afgiveren til at efterleve det.

Fremtiden kan på dansk også udtrykkes i nutidsform (grammatisk præsens, logisk futurum), f.eks. “Vi leverer varen i næste uge”. Også et sådant udsagn giver grundlag for slutninger om afgiverens vilje og vil regelmæssigt være et løfte. Udtaler et moderselskab, at det “forsyner D med midler, således at D er i stand til at opfylde sine forpligtelser”, vil der altså som udgangspunkt foreligge et løfte – ikke blot tale om oplysning om, hvad M gør på tidspunktet for erklæringens afgivelse.¹¹³

Et løfte kan også udtrykkes i førnutid (perfektum). Besvarer et hotel en forespørgsel med ordene “Vi har reserveret bryllupssuiten til Dem”, er der

110 Jfr. *Ussing* s. 32 ff. og ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1.

111 Dommen er omtalt af *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 22 og af *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15.

112 Se i øvrigt *Røsæg* s. 152, hvor nogle yderligere betydninger af “ville” undersøges nøje. Selv om “vi vil” er et løftesignal, er det dog mindre tydeligt end f.eks. “vi forpligter os til” (jfr. i samme retning *Godsk Pedersen* s. 107) – men dette kan kun undtagelsesvis få betydning.

113 Udsagnet betyder altså det samme som “vi vil forsyne D [...]”.

selvsagt afgivet et løfte. I likviditetserklæringer ses undertiden følgende formulering:

“Det har altid været vores politik at understøtte vore datterselskaber økonomisk, såfremt det har været nødvendigt.”

Et sådant udsagn er ikke et løfte, men det hænger også sammen med ordet “politik”, jfr. nedenfor. En formulering som

“Vi har altid understøttet vore datterselskaber økonomisk, således at de har kunnet opfylde deres forpligtelser.”

indeholder heller ikke et løfte, og kun hvis særlige omstændigheder¹¹⁴ foreligger, vil den kunne anses som et stiltiende løfte eller på andet grundlag kunne blive forpligtende.

Se også *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 497, der nævner følgende formulering:

“Vi har med hensyn till vårt anseende alltid behandlat våra dotterbolags skulder som våra egna.”

Ifølge *Rodhe* er dette “i grund och botten endast ett uttalande om förfluten tid – i verkligheten väl också en – kanske juridiskt bindande – förespeglning om framtida handlande”. Dette kan tiltrædes, såfremt meningen er, at erklæringens ordlyd *ikke i sig selv* peger i retning af et løfte, og at et sådant kun kan antages, såfremt særlige omstændigheder ved siden af erklæringen klart taler herfor.

Udtaler et moderselskab, at det “vil drage omsorg for”,¹¹⁵ at dets datterselskab altid har midler til at svare enhver sit, har det afgivet et løfte.¹¹⁶ Det samme gælder udtryk som “vi vil sørge for” og – formentlig – “vi vil sikre os”, at D vedbliver at være solvent og likvidt.¹¹⁷

Imod det anførte strider ikke, at følgende likviditetserklæring i U 1989.618 V blev anset for uforbindende:

114 Dvs. omstændigheder *uden for ordlyden*, jfr. kapitel VIII-X nedenfor.

115 Erklæringen i den ovenfor nævnte dom fra Oslo Byrett (sak nr. 680/89-27-22) indeholdt sålydende afsnit forud for det, der er citeret ovenfor: “Vi vil drage omsorg for, at [D’s] ledelse og økonomiske situation til enhver tid vil være således, at det er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor Dem.” Også dette udsagn er klart forpligtende, men det tidligere citerede udsagn er dog endnu klarere (jfr. ordene “forpligter os til” og “10 dage”).

116 Om løftet er en resultat- eller (blot) en bestræbelsesforpligtelse, er et andet spørgsmål, sml. afgørelsen NJW 1967.1425 (“dafür Sorge tragen”), omtalt ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.4.3.

117 For svensk ret antager *Ramberg* i JT 1992-93 s. 364, at udtrykkene “vi garanterer”, “vi svarer for”, “vi åtar oss att” og – muligvis – “vi skall” er forpligtende.

“Så længe ovennævnte leasingaftale er i kraft, vil vi drage omsorg for at [D] har tilstrækkelig med likvide midler til at kunne opfylde sine forpligtelser over for [P].”

Resultatet skyldes ikke ordlyden,¹¹⁸ men omstændighederne ved erklæringens udfærdigelse, jfr. herom nærmere nedenfor i kapitel VIII. For svensk ret har *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 496 udtalt, at følgende formulering er forpligtende:

“Vi kommer att sörja för att [D] under kredittiden sköts på ett sådant sätt och får sådana finansiella resurser, att [D] vid varje tillfälle kan fullgöra sine förpliktelser.”

Dette kan tiltrædes, og det ses, at formuleringen kun adskiller sig ubetydeligt fra erklæringen i U 1989.618 V.¹¹⁹

En erklæring fra M om, at det “har besluttet” eller “er indforstået med” i givet fald at tilføre D kapital, må også være bindende som et løfte.

I U 1988.98 H havde en bank (B) på foranledning af sin kunde (K), der optrådte som køber af varer fra et islandsk firma (S), afsendt en telexmeddelelse til S med følgende indhold:

“vi bekræfter hermed, at vi er indforstået med at garantere for betaling af leverede varer fra [S] til [K] ved udløb af aftalt kredittid, p.t. løbende måned + 60 dage.”

Telexmeddelelsen afsendtes den 12. oktober 1981, men den blev ikke fulgt op af en sædvanlig garantierklæring, efter det oplyste fordi S ikke lod høre fra sig efter at have modtaget telexmeddelelsen. Erklæringen blev ikke af B bogført i overensstemmelse med banklovgivningens regler.

S leverede herefter varer til K i godt et års tid. For leverancerne udstedte K veksler, som S diskonterede i sin bank (I). 3 veksler blev ikke indfriet, og i oktober 1982 sendte I dem via den islandske nationalbank til B med henblik på opkrævning. Ved skrivelse af 29. august 1983 krævede I – under henvisning til telexmeddelelsen – pludselig det skyldige beløb af B, og det kom til retssag.

B gjorde principalt gældende, at den i telex'en indeholdte erklæring ikke var en garanti, men blot en hensigtserklæring. Subsidiært gjorde B gældende, at erklæringen kun omfattede varer leveret i henhold til en faktura af 9. oktober 1981. Under sagen var der mellem B og I enighed om, at denne faktura var blevet betalt af K.

118 Jfr. således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15 og i samme retning *Godsk Pedersen* i RR nr. 5/1990 s. 58. – Det eneste i ordlyden, der trak i retning af det uforpligtende, var overskriften “hensigtserklæring”.

119 Om der står “drage omsorg for” eller “sörja för” må være uden betydning; når der står “så længe”, er der allerede af den grund ikke behov for noget forstærkende udtryk svarende til “vid varje tillfälle”; om man siger “tilstrækkelig med likvide midler” eller taler om “finansiella resurser” kan selvsagt heller ikke have nogen betydning. Sml. i øvrigt *Lyngø Andersen og Werlauff* s. 389 f.

Landsretten fandt, at “telexmeddelelsen [...] efter sit indhold, [...] baggrunden for dens udfærdigelse, og [S’s] dispositioner efter modtagelsen [...] ikke [...] kunne anses som en garanti [...]”.

Højesteret stadfæstede frifindelsen af banken og anførte som begrundelse, at “telexmeddelelsen [...] ikke kan anses som en garanti for betaling *for senere leverancer* fra [S] til [K]” (udh. her).

Forholdet mellem landsrettens og Højesterets begrundelse er nærmere omtalt af *Lynge Andersen* i Advokaten 1988 s. 323 f., der begrundet rigtigheden af Højesterets resultat ved at henvise til den måde, hvorpå “telexmeddelelsen er udformet”. Det forekommer imidlertid tvivlsomt, om den virkelige begrundelse er ordlyden.¹²⁰ I sagen procederedes på ordet “leverede”, der skulle vise til varerne i henhold til fakturaen af 9. oktober 1981. Rent sprogligt peger ordlyden ikke med sikkerhed på noget fortidigt – meningen kan lige så vel være, at garantien kun gælder leverede varer (ikke anden gæld). Underlig er i hvert fald tilføjelsen “p.t.” vedrørende kredittiden: For 9. oktober-leverancen var den jo aftalt. Man kan også spørge sig selv, hvorfor man dog ikke i telexmeddelelsen angav fakturaens dato eller beløb. Ordlyden giver efter min opfattelse ikke noget sikkert svar, men synes dog nærmest at omfatte også fremtidige leverancer.¹²¹ Når man imidlertid henser til, at telex’en havde sin baggrund i 9. oktober-leverancen, at pengeinstitutter almindeligvis – og begribeligvis – ikke afgiver blanco-garantier,¹²² og at modtageren heller ikke selv havde opfattet telex’en som en garanti for fremtidige leverancer, giver resultatet sig selv.

Det må med *Lynge Andersen* l.c. antages, at landsretten har anset *telexmeddelelsen som sådan* for uforbindende.¹²³ Det forekommer vanskeligere at følge *Lynge Andersen*, når han kritiserer landsrettens henvisning til, at modtageren af telex’en intet havde foretaget sig. Den, der modtager en garanti, behøver vel ikke umiddelbart at foretage sig noget, *men når betaling ikke indgår, må garantien naturligvis gøres gældende*.

Ved afgørelsen af, om der i det hele taget foreligger en garanti, kan man – ligesom ved afgørelsen af garantiens nærmere rækkevidde – selvsagt undersøge, om parterne har haft en fælles opfattelse. I U 1988.98 H har landsretten taget S’s langmodighed som et indicium for, at S ikke selv havde opfattet telex’en som en garanti.¹²⁴

Højesterets begrundelse må foretrækkes, navnlig fordi den ikke tager stilling til mere end nødvendigt. Når parterne var enige om, at 9. oktober-leverancen

120 I hvert fald siger Højesterets – noget sibyllinsk affattede – domsbegrundelse intet herom.

121 Således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14.

122 Som fremhævet af *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14 “måtte [S] indse, at bankers garantier formuleres klart og beløbsbegrænset”.

123 Helt utvivlsomt er dette dog ikke, jfr. nærmere *Lynge Andersen* l.c.

124 Hvis B ikke ville forpligte sig, og S indså eller burde indse dette, følger det direkte af Aftl. § 32, stk. 1, at S ikke kan støtte ret på B’s erklæring – uanset hvor klar den i øvrigt måtte være, jfr. om dolus- og culpapreglen ovenfor i afsnit 2. Det er derfor ikke præcist, når *Lynge Andersen* l.c. udtaler, at “[ordlyden] er så klar, at der ikke er behov for at inddrage fortolkningsregler.”

var betalt, var det kun nødvendigt at fastslå, at telex'en ikke kunne anses som en garanti for betaling af *senere leverancer*. Om telex'en kunne anses at indeholde en garanti for 9.-oktober-leverancen eller ej, tog Højesteret således ikke stilling til.¹²⁵

Med *Lynge Andersen* l.c. må det antages, at telex'en indeholdt en garanti for 9. oktober-leverancen.¹²⁶ Det virker ganske vist noget "bagvendt", at S først krævede garantien *efter at have leveret på kredit*. Meningen må have været, at S ville sikre sig betaling for første leverance, før man påtog sig at levere yderligere. Telex'ens ordlyd var imidlertid klar ("indforstået med at garantere" betyder det samme som "garanterer"), og selv om S havde grund til at forvente en egentlig garantierklæring på et senere tidspunkt, kan dette ikke udelukke, at han støtter ret på telex'en, når han ikke på tidspunktet for modtagelsen af telex'en¹²⁷ havde viden eller burde-viden om B's opfattelse (manglende bogføring m.v.).¹²⁸

Sammenfattende kan det siges, at S havde føje til at opfatte telex'en som en garanti for 9. oktober-leverancen, men ingen føje til at anse den for en garanti også for fremtidige leverancer, hvad han næppe heller gjorde.¹²⁹

I en utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) havde et moderselskab erklæret sig "indforstået med at medvirke til, at der ikke påføres [P] tab på dette engagement". Videre hed det i erklæringen:

"Samtidig bekræfter vi over for [P] at ville yde [D] vor fulde støtte, herunder at vi er indforstået med, at om nødvendigt, at ville foretage yderligere kapitalindskud i selskabet som ansvarlig kapital, såfremt egenkapitalen på noget tidspunkt – også i løbet af et regnskabsår – udgør mindre end 10% af [P's] tilgodehavende til enhver tid."

Det første udsagn ("medvirke til") kan næppe anses for forpligtende. I hvert fald kan det ikke indeholde en forpligtelse, som kan komme blot i nærheden af en likviditetsforpligtelse. Det andet udsagn indeholder to led: Det første

125 Ved at udtale, at telex'en ikke indeholdt en garanti overhovedet, indlagde landsretten for meget i S's passivitet. Kun i relation til de *senere leverancer* havde S's passivitet fortolkningsmæssig betydning (9. oktober-leverancen var jo betalt).

126 Som ovenfor omtalt var telex'en ifølge *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14 *efter ordlyden* en garanti for fremtidige leverancer. Det fremgår ikke klart, om *Lego Andersen* dermed udelukker, at S kunne have støttet ret på telex'en som en garanti for 9. oktober-leverancen – anderledes udtrykt: Angik erklæringen *efter sin ordlyd* alle eller kun fremtidige leverancer?

127 Da telex'en af S med føje kunne forstås som en garanti for 9. oktober-leverancen, er det klart, at det tidspunkt, hvor telex'en kom til S's kundskab, er afgørende, jfr. Aftl. § 39, 1. pkt.

128 I dette tilfælde ville kun ret lang tids passivitet med at gøre garantien gældende kunne have betydning: Kortere tids passivitet ville ikke kunne tjene som bevisdatum for, at S i sin tid indså, at telex'en var ment som uforbindende.

129 Se fra norsk praksis NRt. 1983.716 NoH (NDs 1983.259) ("agrees to personally guarantee" var en garanti – og ikke et tilsagn om at afgive en garanti på et senere tidspunkt).

(“vor fulde støtte”) kan næppe siges at være forpligtende, da hverken støttens art eller formål er angivet;¹³⁰ det andet (“yderligere kapitalindskud”) er så klart forpligtende, at det afgør sagen.¹³¹

U 1994.470 H¹³² omhandlede en “hensigtserklæring”, hvis tredje passus (likviditetserklæringen) var sålydende:

“[Vi erklærer hermed,] at vi om fornødent vil tilføre [D] tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor [P].”¹³³

Både ved landsretten og ved Højesteret blev erklæringen – under dissens – anset for at være forpligtende, og afgiveren (M) blev dømt til at betale erstatning. Flertallet anførte, at M efter indholdet af erklæringen havde afgivet et klart og ubetinget løfte om at ville tilføre D tilstrækkelige midler til, at D til enhver tid ville være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for P. Mindretallet henviste til, at M havde tilkendegivet, at man ikke ville kautionere for D, hvorefter P var fremkommet med hensigtserklæringen, der “for så vidt angår overskriften sammenholdt med erklæringens sidste afsnit [var] præget af tvetydighed”.¹³⁴

Spørgsmålet om påtagelse af forpligtelse kan vendes om: Skal afgiveren af en erklæring udtrykkeligt gøre opmærksom på, at erklæringen ikke er retligt bindende? (se om sådanne klausuler i selve erklæringen nærmere nedenfor i afsnit 6). Svaret må være benægtende. Det kan på ingen måde forlanges, at M direkte skal afvise retlig binding for at undgå en sådan. Afgørende er alene, at M kendetegnet ikke har truffet en beslutning om at forpligte sig.¹³⁵

Anderledes *Røssæg* s. 545 f., der pålægger M risikoen for uklarhed, fordi det er M, der spekulerer heri. Heroverfor må anføres, at også P spekulerer i uklarheden: Et klart krav om kaution vil måske føre til, at M går til et andet pengeinstitut. Hertil kommer, at det er P, som vil støtte ret på erklæringen. P har følgelig al anledning til at sørge for, at erklæringen udformes i overensstemmelse med P's ønsker.¹³⁶

Noget afvigende vistnok også en australsk dom fra New South Wales, afsagt

130 Selve ordlyden “bekræfte [...] at ville yde” tyder ganske vist på et løfte, men p.g.a. formuleringens ubestemthed foreligger der ingen likviditetsforpligtelse. Vi bevæger os hermed fra første krav (“lovte”) til andet krav (“noget”), som omtales nærmere nedenfor i afsnit 4.

131 Dette sidste led overflødiggjør reelt alle andre led i likviditetserklæringen. Da det forpligtende led er så klart, formår eksistensen af de svagere led ikke at så tvivl om det ved at give den samlede erklæring et uklart eller tvetydigt indhold, sml. ovenfor i afsnit 2 om formodningen imod overflødighed og nedenfor i afsnit 5 om intern modstrid.

132 Se om afgørelsen navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

133 Som ordene “om fornødent” er placeret i erklæringen, ville det ikke gøre nogen forskel, om de var udeladt.

134 Jfr. dissensen til landsrettens dom, hvortil den dissenterende dommer i Højesteret henviser.

135 Om afvisning af at kautionere er tilstrækkeligt hertil, undersøges nedenfor i kapitel VIII.

136 Sml. *Røssæg* s. 545, hvor det afvises, at dette argument kan tillægges vægt.

den 5. oktober 1990: Selskabet Australian National Industries Limited (ANI) havde over for pengeinstituttet Banque Brussels Lambert (BBL) afgivet sålydende erklæring vedrørende dets indirekte ejede datterselskab Spedley Securities Ltd. (Securities):

“[It is our] practice to ensure [that Securities] will at all times be in a position to meet its financial obligations as they fall due”.

Erklæringen blev anset for at være forpligtende.

I samme erklæring havde ANI forpligtet sig til at give 90 dages varsel før afhændelse af ejerinteresserne i Spedley Holdings Ltd (Holdings). Denne forpligtelse blev imidlertid tilsidesat af ANI. Retten lagde til grund, at hvis ANI havde erindret den afgivne erklæring i forbindelse med salget af Holdings i januar 1989,

“ANI would have entered into negotiations with [BBL] which would have resulted in the repayment of the indebtedness to [BBL]”.

Retten dømte ANI til at betale erstatning til BBL. Af referatet af dommen i International Business Lawyer (1990) 18 IBL s. 1, hvorfra de anførte citater fra dommen er overtaget, fremgår det imidlertid ikke klart, om domfældelsen begrundedes i den ene eller den anden forpligtelse. Så vidt ses, henviste retten til begge. Det forekommer heller ikke klart, hvilken betydning det skulle have, hvad ANI ville have gjort, hvis man havde erindret likviditetserklæringen. Afgørende må være, om den indeholdt et løfte eller ej.

Hos *Lynge Andersen og Werlauff* s. 389 med note 352 udlægges afgørelsen derhen, at erklæringens udsteder blev pålagt

“bevisbyrden for, at erklæringen *ikke* tilsigtede nogen juridisk forpligtelse for udstederen” (udh. i orig.).

Denne udtalelse støttes på *Søgaards* referat af den australske dom i RR nr. 5/1991 s. 45. Her hedder det imidlertid:

“Retten [anførte] blandt andet, at udtalelser i erhvervsforhold, der har en *forpligtende karakter*,¹³⁷ bør kunne tvangsfuldbyrdes ved domstolene, medmindre der foreligger en klar indikation af, at det ikke var tilsigtet, at udtalelsen skulle være *juridisk forpligtende*” (udh. her).¹³⁸

To former for udsagn må altså holdes ude fra hinanden: På den ene side udsagn, som ikke er forpligtende, fordi der ikke er anvendt ord, som tilkende-

137 Det relative pronomen “der” må gå på “udtalelser” – ikke “erhvervsforhold”. (Dette er et eksempel på kontekstens primat i forhold til særreglen om relative pronominer, jfr. ovenfor i afsnit 2 om sproglige fortolkningsregler.)

138 Henvisningen hos *Søgaard* l.c. til International Business Lawyer (1990) 18 IBL (s. 1) giver ikke belæg for udtalelsen, men der henvises her indledningsvis til en “previous finding” (uden yderligere henvisninger).

giver påtagelsen af en forpligtelse. På den anden side udsagn, som tilkende-giver en forpligtelse, men som hævdes kun at udtrykke en moralsk – i mod-sætning til en retlig – forpligtelse. Den første slags udsagn er uforbindende, selv om de afgives inden for retssfæren, f.eks. i forbindelse med forretnings-mæssige forhandlinger.¹³⁹ Den anden slags udsagn er retligt forbindende, medmindre det er kendeligt for modparten, at bindingen kun skal være af moralsk – og ikke retlig – natur.¹⁴⁰ Dette vil altid være kendeligt uden for retssfæren,¹⁴¹ hvorimod der inden for retssfæren må foreligge særlige om-stændigheder.

Jo mere klart forpligtende en erklæring er efter ordlyden, desto *større krav må der stilles til kendeligheden* af, at afgiveren kun ville påtage sig en moralsk¹⁴² – og ikke en retlig – forpligtelse.

Det er selvsagt erklæringsgiver, som må *føre bevis for* de omstændigheder, som begrunder kendeligheden. Hvor streng denne bevisbyrde er, må bl.a. af-hænge af, hvor klart forpligtende erklæringen findes at være, jfr. U 1994.470 H.¹⁴³ Sml. også NRt. 1937.630 NoH, omtalt ovenfor i afsnit 2.1.2.

Der er intet forkasteligt i at fremkomme med udtalelser om hensigter, og den, der vil have et egentligt løfte, må som udgangspunkt selv sørge for at få det.¹⁴⁴ Et moderselskab kan altså undgå en forpligtelse ved at udtale, at M “har til hensigt at”, eller at noget er M’s “hensigt”.¹⁴⁵ Udtrykkene “vi agter at” eller “det er vores agt at” er formelt sprogligt på linie hermed og må også være ufor-pligtende, skønt de vistnok undertiden opfattes som værende lidt stærkere.¹⁴⁶

En dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88) angår et tilfælde, hvor et selskab (M), der ejede 1/3 af aktierne i et andet selskab (D), i en erklæring havde oplyst, at det i juli 1985 havde ydet D et lån på SEK 20 mio., og at et andet selskab, der ligeledes ejede 1/3 af akti-erne, havde lånt D samme beløb på samme tidspunkt. Erklæringen indeholdt endvidere følgende afsnit:

139 Sml. *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, omtalt ovenfor.

140 Sml. *Edwards v. Skyways Ltd.*, omtalt ovenfor i afsnit 2.2.2.

141 Udsagnet “Jeg lover at invitere dig på middag i næste uge” er f.eks. ikke bindende. Dette kan begrundes subjektivt – begge parter er klar over, at retlig binding ikke tilsigtes – eller objektivt – udsagnet savner retshandelsegenskab. Den sidste begrundelse er anført ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1.

142 Eller – skønt retlig – dog en *mindre vidtgående* forpligtelse end den, som følger af ordlyden.

143 Se om denne afgørelse navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

144 I det hele taget må den, der hævder en forståelse, som strider imod erklæringens ordlyd, godtgøre, at denne forståelse ikke desto mindre skal lægges til grund, jfr. f.eks. *Fohlin* s. 93.

145 Jfr. herved *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 265 f.

146 F.eks. er skatteforvaltningens “agterskrivelser” almindeligvis udtryk for noget, der vil ske (men er selvsagt ikke løfter).

“We [...] declare that we intent *[sic]* to support [D] also for the future, if it should be necessary.”

M blev dømt til at betale erstatning til den, erklæringen var afgivet overfor – et fransk firma, som leverede stål til D. Ordlyden signalerer ikke nogen forpligtelse,¹⁴⁷ og domfældelsen begrundedes da også med *culpa in contrahendo*.¹⁴⁸

Et udsagn om, at noget er M's “politik”, kan lige så lidt som et udsagn om “hensigt” anses som et løfte.¹⁴⁹ Se f.eks. NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460)¹⁵⁰ (“Vi uttalar vidare att det är vår långsiktiga policy [...]”) og afgørelsen *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* (“It is our policy to ensure [...]”).¹⁵¹ Lidt ondskabsfuldt kunne man hævde, at ordet “politik” signalerer manglende vilje til at stå ved det sagte endnu klarere end ordet “hensigt”. Det er en erfarings-sætning, at intet er mere ubestandigt end netop et politisk standpunkt.¹⁵²

Selv hvis ordet “politik” erstattes med udtrykket “vort faste princip” eller “vor faste forretningspraksis”, kan der dog ikke siges at foreligge et løfte.

Som anført i indledningen til dette kapitel, fokuseres her udelukkende på *ordlyden*, og med ord som “politik” eller “praksis” signaleres ikke noget løfte.

Spørgsmålet om løftevirkning af politikudsagn (m.v.) er dog stærkt omtvistet. Således finder *Røsæg* s. 171, at der er tale om et løfte om at følge den tilkendegivne politik, medmindre særlige forhold gør sig gældende, jfr. således også *Bogdan* i TfR 1988 s. 565, jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 20.

På linie med det her forfægtede standpunkt er bl.a. *Bordt* i WPg 1975 s. 293, *Gerth* s. 121 og *Altenburger* s. 43 f. Anderledes derimod bl.a. *Obermüller* i ZGR 1975 s. 20 ff., *Rümker* i WM 1974 s. 992 f. og *Geigy-Werthemann* i Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973 (1973) s. 33.¹⁵³ *Rümker* og *Geigy-Werthemann* begrunder ikke forpligtelsen med, at der foreligger et løfte, men med “Vertrauenshaftung” og “Anscheinshaftung”. En sådan begrundelse er efter min opfattelse et unødigt omsvøb: Når *hele aftalesituationen* tages i betragtning, foreligger der enten et løfte, eller også gør der ikke. Kun hvor der foreligger et løfte,

147 Hos *Lyne Andersen og Werlauff* s. 388 nævnes denne dom og den straks nedennævnte svenske dom (“[...] vår långsiktiga policy [...]”) til underbyggelse af påstanden om, at en nøje ordlydsfortolkning vil føre til “ubegrundede resultater”. Imidlertid er dommenes resultater ikke begrundet i ordlyden, men i andre omstændigheder, jfr. nærmere om dommene nedenfor i kapitel IX henholdsvis ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

148 Dommen gennemgås mere detaljeret nedenfor i kapitel IX.

149 Jfr. således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 10.

150 Refereret ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

151 Refereret ovenfor i afsnit 2.2.2.

152 Jfr. “Man har et standpunkt, til man tager et nyt, ikke sandt” (Jens Otto Krag).

153 Anderledes end teksten også den ovenfor nævnte australske dom (“practice to ensure”). I dommen – der i øvrigt forekommer noget uklar, jfr. ovenfor – forelå dog også en klar tilside-sættelse af en forpligtelse til at varsle et aktiesalg.

er modtagerens forventning beskyttelsesværdig.¹⁵⁴ På linie hermed er den tyske afgørelse WM 1992.2088,¹⁵⁵ som principielt afviser, at grundsætningerne om *culpa in contrahendo* eller *Vertrauenshaftung* kan finde anvendelse ved støtteerklæringer.

Se nærmere hos *Røsæg* s. 171 med note 167 for udførlige henvisninger til talsmænd for begge synspunkter.

Såfremt M over for P erklærer at ville følge den tilkendegivne politik, indtil D har tilbagebetalt kreditten til M, foreligger derimod et løfte. Forpligtelsen må karakteriseres som en *rebus sic stantibus*-forpligtelse eller lignende, jfr. nærmere nedenfor i kapitel XI.

Såfremt eftersætningen til en “nøgen” udtalelse om M’s politik eller praksis strammes op – f.eks. til: “[...] således at vore datterselskaber til enhver tid kan svare enhver sit” – kan antagelsen af et løfte også ligge nært for.¹⁵⁶

Det er naturligvis ikke kun ordene “hensigt” og “politik”, som kan benyttes til angivelse af, at udsagnet er uforbindende. I en nylig sag (B 1299/1990, procederet for Vestre Landsrets 10. afd. den 27. april 1993) forelå følgende erklæring til pådømmelse:

“Vi ønsker i øvrigt nøje at følge udviklingen i [D’s] økonomiske forhold med henblik på at sikre, at selskabet til enhver tid vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor [P].”

Efter at retten havde tilkendegivet, at M ville blive frifundet, hævdede P på retens henstilling sagen. Bedømt på erklæringens ordlyd må landsrettens tilkendegivelse betegnes som utvivlsomt rigtig.

Udtryk som “vi vil bestræbe os på” eller “vi vil gøre vort bedste/yderste for” går derimod videre end til blot at udtrykke en hensigt og må i reglen indebære forpligtelser (bestræbelsesforpligtelser).

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at visse ord signalerer løftevirkning og andre ikke. Det kan videre konkluderes, at der *på den ene side* ikke kan opstilles et krav om, at den erklærende udtrykkeligt skal fremhæve, at et udsagn, han fremsætter i et retsforhold, er retligt uforbindende.¹⁵⁷

154 Noget andet er, at et udsagn, der ikke er et *løfte*, i stedet kan være en *oplysning*, som modtageren kan stole på, jfr. om erstatningsansvaret for urigtige oplysninger ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2.

155 Afgørelsen er omtalt af *Gerth* i WuB I F c. 2.93.

156 Hermed berører vi atter 2. led (“noget”), jfr. herom nærmere nedenfor i afsnit 4.

157 Heller ikke i engelsk ret, cfr. *Zermans* “advarsel” i Advokaten 1988 s. 274 f. Advarslen, som var foranlediget af 1. instansafgørelsen af *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, var dog i sin tid på sin plads, og der kan selvsagt stadig være grund til at være opmærksom på, at retsstillingen kan variere fra land til land.

På den anden side kan afgiveren af en erklæring, som almindeligvis ville være forpligtende (f.eks. “vi vil forsyne D med midler, således at D kan tilbagebetale kreditten”), ikke komme igennem med det synspunkt, at bindingen kun er “moralsk” – og ikke retlig – medmindre der forelå omstændigheder, som gjorde dette kendeligt for modtageren.

4. Det aftaleretlige bestemtighedskrav

I det følgende antager vi, at ordlyden efter normal sproglig forståelse er forpligtende (f.eks. “vi forpligter os til [...]” eller “vi vil [...]”). Herefter skal vi se nærmere på det krav til bestemtighed, der må stilles til det “noget”, som bliver “lovet”.¹⁵⁸

Som eksempler på problematiske udsagn fra likviditetserklæringer kan følgende anføres:

“Vi vil nøje overvåge den økonomiske sundhed i D.”

“Vi vil bistå D med henblik på at sikre, at det til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser.”

“Vi vil nøje følge udviklingen i D, således at vi vil være i stand til at indskyde yderligere kapital, hvis det skulle vise sig nødvendigt.”

Sprogligt set er der for så vidt tale om udsagn, der indeholder forpligtelser (“vi vil [...]”), men *juridisk set* er indholdet af forpligtelserne ganske vagt og upræcist. Løfter om at “overvåge”, “bistå” eller “følge” udviklingen i D er således ikke løfter i juridisk forstand.¹⁵⁹ Udsagnene opfylder ikke løftebetingelsen om bestemtighed.¹⁶⁰

Røsæg synes at stille overmåde beskedne krav til bestemtigheden, jfr. s. 477 (“svært uklar”), s. 518 (“Uanset at indholdet [...] er vagt [...]”), s. 547 (“svært vag”) og s. 568 (“temmelig løst formuleret”).

Der erindres om, at *Røsæg* først undersøger, om der foreligger et løfte, og dernæst om løftet er ugyldigt på grund af uklarhed. Det forekommer på denne baggrund mærkværdigt, at *Røsæg* s. 569 kan udtale følgende:

158 Opsplitningen i to krav (ord, som signalerer forpligtelse, og en tilstrækkelig bestemt angivelse af forpligtelsens indhold) er analytisk og fremstillingsteknisk begrundet. Den nære sammenhæng mellem de to krav behandles nærmere nedenfor i afsnit 5.

159 Jfr. *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 70, hvorefter “almindeligt holdte udtalelser om at ville følge, overvåge eller bistå datterselskabet” ikke har løftevirkning. – Se også *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 341 f.

160 Jfr. om denne betingelse *Ussing* s. 33 f. og ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1.

“[...] uklarheten i en støtteerklæring [er ikke] noe spesielt problem når det først er brakt på det rene at den skal tillegges løftevirkninger” (udh. her).

I denne sammenhæng skal henvises til en utrykt dom fra Københavns Byret (dom af 29. juni 1993, afd. A, A 1155/1991). Dommen angik en erklæring, der benævnte sig selv “hensigtserklæring”, og hvis hovedafsnit var formuleret som følger:

“Endelig bekræfter vi, at vi som led i vor politik fortsat vil overvåge den økonomiske sundhed i [D] med henblik på bevarelse af selskabets evne til at opfylde påtagne forpligtelser til enhver tid.”

Retten fandt, at den afgivne hensigtserklæring var “af en sådan ubestemthed, at den ikke [kunne] sidestilles med en garanti eller anses for ind[e]holdende et løfte om at dække sagsøgernes tab, som sagsøgerne kan støtte ret på [...]”.

En udtalelse fra M om, at man “vil støtte D”, har heller ikke løftevirkning, såfremt den holdes i generel form. Præciseres udtalelsen imidlertid, kan den være et løfte, jfr. f.eks.:

“Vi erklærer at ville støtte D økonomisk, således at D til enhver tid vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser.”

Denne udtalelse må utvivlsomt have løftevirkning. Udskiftes ordene “således at” med ordene “med henblik på at”, afsvækkes erklæringens forpligtende karakter i en sådan grad, at løftevirkning formentlig må forudsætte, at *omstændighederne uden for ordlyden* på afgørende vis tilsiger dette resultat. Hvis yderligere ordene “økonomisk” og “til enhver tid” fjernes, kan erklæringen naturligvis end mindre være forpligtende.

En beskrivelse af en pligts *indhold* vil normalt i sig selv være tilstrækkelig – *den måde, hvorpå den skal opfyldes*, er skyldnerens egen sag. Således vil en sælger undertiden ikke oplyse navnet på sin leverandør og en kreditor ikke interessere sig for, hvorfra de penge kommer, som debitor betaler gælden med.¹⁶¹ Det forekommer, at pligtens indhold og opfyldelsesmåde falder sammen: Har en person påtaget sig ikke at drive virksomhed inden for et vist område, er både pligtens indhold og opfyldelsesmåden, at han faktisk afstår herfra. En undladelsespligt kan kun opfyldes på én måde, en handlepligt regelmæssigt på flere måder.¹⁶²

161 Om debitor i det hele taget vil være i stand til at opfylde – om han er kreditværdig – vil kreditor derimod lægge afgørende vægt på.

162 Har sælger forpligtet sig til at levere 1000 liter olie, kan han opfylde med den pågældende art – uanset hvor han indkøber den (genussalg). Det kan dog selvsagt aftales, at salget angår en bestemt dunk med 1000 liter olie (speciessalg) eller 1000 liter, som skal aftappes en bestemt beholder (halvgenerisk salg).

Det er med andre ord ikke normalt, at opfyldelsesmåden angives særskilt i en kontrakt eller erklæring. I likviditetserklæringer forekommer sådanne angivelser imidlertid ikke sjældent. Hvilken betydning, en angivelse af opfyldelsesmåden har, drøftes bedst ud fra nogle eksempler:

- 1) "Vi vil drage omsorg for, at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser."
- 2) "Vi forpligter os til at bistå D med lån eller kapitaltilførsel, såfremt det måtte være nødvendigt."
- 3) "Ved hjælp af lån eller kapitaltilførsel er vi i stand til at bistå D, såfremt det måtte være nødvendigt, for at D kan opfylde sine forpligtelser."
- 4) "Vi agter at følge udviklingen i D nøje og i givet fald at tilføre D kapital – gennem lån eller kapitaltilførsel – med henblik på, at D kan fortsætte sin virksomhed og opfylde sine forpligtelser."
- 5) "Vi agter at tilføre D kapital – gennem lån eller ved kapitaltilførsel – såfremt dette er påkrævet, for at D kan opfylde sine forpligtelser."

Eksempel (1) indeholder en forpligtelse, jfr. ordene "drage omsorg for". Det er uden betydning, at det ikke fremgår, på hvilken måde det skal opnås, at D kan opfylde sine forpligtelser, og en udtrykkelig angivelse heraf ses ikke at ville have gjort erklæringen stærkere.

I eksempel (2) er udtrykket "Vi forpligter os til" klart forpligtende, men som tidligere omtalt er ordet "bistå" så ubestemt, at et udsagn herom som udgangspunkt ikke *i sig selv* kan være et løfte. Derfor bliver angivelsen af opfyldelsesmåden ("[...] med lån eller kapitaltilførsel [...]") i dette tilfælde afgørende for, at erklæringens indhold kan *bestemmes* – og dermed for, at erklæringen må anses for at være forpligtende.

Eksempel (3) er en variation over eksempel (2). Erklæringen siger efter ordlyden kun noget om moderselskabets evne – ikke dets vilje – til at holde D økonomisk i live. Erklæringen indeholder ingen forpligtelse og må efter sin form karakteriseres som en oplysning.

Eksempel (4) indeholder kun en hensigtserklæring, men er dog tættere på det forpligtende end eksempel (5).¹⁶³ I bisætningen anføres ikke noget om et resultat ("således at"); tværtimod anvendes et udtryk, der harmonerer godt med hensigt, nemlig "med henblik på at". Erklæringen er uforpligtende, og atter gør indskuddet om lån eller kapitaltilførsel hverken fra eller til.

Eksempel (5) er kun en hensigtserklæring, jfr. ordene "agter at". Den konditionale bisætning ("såfremt [...]") og – navnlig – den herpå hægtede finale

163 Sml. formuleringen "Vi agter at følge udviklingen i D nøje, og *vi vil* i givet fald tilføre D kapital [...]", som ville have været forpligtende.

bisætning (“for at [...]”) trækker vel lidt i retning af forpligtelse, men efter en samlet bedømmelse af ordlyden kan der næppe være tvivl om, at erklæringen er en uforbindende hensigtserklæring. Indskuddet (“gennem lån [...]”) synes ikke at have nogen betydning.

Det ses, at angivelsen af opfyldelsesmåden normalt ikke har nogen betydning. *Kun hvor indholdet af pligten karakteriseres gennem opfyldelsesmåden*, kan angivelsen heraf blive afgørende.

Noget afvigende vistnok *Lyng Andersen og Werlauff* s. 389, hvor det udtales, at “[h]vis erklæringen detaljeret beskriver, hvad løftegiver vil gøre i tilfælde af det af ham beherskede selskabs forværrede økonomi” kan der foreligge et løfte.

Dette kan fuldt ud tiltrædes, men *betydningen af en detaljeret beskrivelse er i hovedsagen*¹⁶⁴ *begrænset til tilfælde, hvor pligtens indhold angives ved hjælp af opfyldelsesmåden* (jfr. eksempel (2) ovenfor).

Hos *Lyng Andersen og Werlauff* l.c. får man det indtryk, at den detaljerede beskrivelse af opfyldelsesmåden er *et generelt krav*, jfr. følgende forklaring på resultatet i U 1989.618 V:

“Trods en vis specifikationsgrad med hensyn til, hvad løftegiver ville gøre, var bemærkningen ‘... vil drage omsorg for, at (selskabet) har tilstrækkelig med midler til at kunne opfylde sine forpligtelser over for...’ [...] ikke tilstrækkelig til at hidføre hverken en hæftelse eller et erstatningsansvar [...]”.

Dette forekommer noget misvisende, da frifindelsen i U 1989.618 V fandt sted mere *på trods af* end på grund af ordlyden, jfr. ovenfor i afsnit 3.¹⁶⁵

U 1989.618 V sammenlignes af *Lyng Andersen og Werlauff* l.c. med utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985),¹⁶⁶ som omhandlede en erklæring, der gengives således:

“[vi bekræfter ...] at ville yde [D] vor fulde støtte, herunder at vi er indforstået med om nødvendigt at ville foretage yderligere kapitalindskud i selskabet som ansvarlig kapital [...]”.

Citatet er kun halvt, og mere afgørende end “specifikationsgraden”¹⁶⁷ har det givetvis været, at det i eftersætningen direkte var angivet, under hvilke betingelser kapitalindskud skulle ske.¹⁶⁸

164 Som vi skal se nedenfor i afsnit 5, vil en mere detaljeret – i betydningen: mere entydig – beskrivelse dog være mere modstandsdygtig over for modstridende udsagn i samme erklæring eller modstridende omstændigheder uden for ordlyden.

165 Jfr. i denne retning også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15. – *Lyng Andersen og Werlauff* rammer altså mere præcist på s. 390, hvor resultatet i U 1989.618 V begrundes med “omstændighederne” (uden for ordlyden).

166 Denne afgørelse er – ligesom U 1989.618 V – omtalt ovenfor i afsnit 3.

167 Om D skal have kapitalen som almindeligt eller ansvarligt lån eller som selskabskapital, ses ikke at have nogen betydning for, om der foreligger et løfte eller ej.

168 Nemlig hvis egenkapitalen på noget tidspunkt kom under 10 % af pengeinstituttets tilgodehavende.

Kravet til bestemthed eller specifikation går altså primært på, at det skal være klart, hvad forpligtelsen går ud på. Er resultatet – at D skal kunne svare enhver sit – angivet i erklæringen, har måden, hvorpå M vil sikre dette, ingen interesse, og en bemærkning herom er overflødig.¹⁶⁹ Er forpligtelsens indhold ubestemt (som hvor M alene udtaler at ville “bistå” eller “støtte” D), får det derimod afgørende betydning, om det nærmere er angivet, hvad bistanden eller støtten skal bestå i (opfyldelsesmåden).¹⁷⁰

Yderligere et par spørgsmål om bestemthed skal behandles. Det første er, om det kræves, at pengeinstitutet er nævnt i erklæringen, eller om det er tilstrækkeligt, at det udtales, “at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser”. Det andet er, om en erklæring om, at man “ikke vil lade D gå konkurs” kan sidestilles med en erklæring om, at D kan opfylde sine forpligtelser.

En likviditetserklæring afgives (typisk) over for et bestemt pengeinstitut i forbindelse med dettes långivning til et datterselskab af det erklærende selskab. Hvis den indeholder en klar forpligtelse for M til at sørge for, at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser, må P utvivlsomt kunne støtte ret herpå, uanset at D’s forpligtelse over for P (tilbagebetaling af lånet) ikke udtrykkeligt er nævnt.¹⁷¹ Er forpligtelsen mere uklar, må det derimod antages at have en vis betydning, om D’s forpligtelse over for P er særskilt nævnt, jfr. følgende eksempler:

- 1) “Vi bistår vore datterselskaber [økonomisk] med henblik på at sikre, at de kan opfylde deres forpligtelser.”
- 2) “Vi vil bistå D [økonomisk] med henblik på at sikre, at D kan opfylde sine forpligtelser.”
- 3) “Vi vil bistå D [økonomisk] med henblik på at sikre, at D kan opfylde sine forpligtelser over for Dem i henhold til låneaftalen.”

Såfremt ordet “økonomisk” ikke optræder i eksempel (1), må erklæringen ret klart være uforpligtende. Selv om ordet medtages, er erklæringen stadig så ubestemt og generel, at løftevirkning må afvises.¹⁷²

For eksempel (2) må vistnok det samme gælde, og selv om ordet “økonomisk” er med, er erklæringen således næppe bindende. Det er dog klart, at vi er nærmere en forpligtelse end i den tilsvarende variant af eksempel (1).

169 Jfr. eksempel (1) ovenfor – og herimod strider U 1989.618 V *ikke*.

170 Jfr. eksempel (2) ovenfor – og herfor taler også utrykt VLD af 21. december 1988.

171 Der tænkes her på likviditetserklæringen. Ikke sjældent indeholder støtteerklæringer i øvrigt en præambel, hvor det anføres, at baggrunden for hele erklæringen – altså også den deri indeholdte likviditetserklæring – er, at P har ydet D en kredit.

172 Udsagnet fremstår ikke som et løfte, men som et “politikudsagn”.

Eksempel (3) må vistnok være forpligtende, uanset om ordet “økonomisk” forekommer i erklæringen eller ej. At det drejer sig om økonomi, er klart ud fra eftersætningen, der handler om opfyldelse af en enkelt forpligtelse (modsat den brede formulering i eksempel (1) – D’s eksistens afhænger i første række af meget andet end bistand fra M, f.eks. markedet, produktiviteten og ledelsen). Erklæringen har et konkret indhold, fordi den angår en enkelt forpligtelse, og selv ordene “med henblik på” er næppe klare nok til at betage udtrykket “Vi vil” dets løftesignalerende kraft, når erklæringen læses i sin helhed.

Alt andet lige vil en likviditetserklæring, der *specifikt* nævner opfyldelsen af D’s forpligtelse over for P, derfor nok snarere blive anset for at indeholde et løfte end en erklæring, der blot *generelt* omtaler D’s – eller endog alle datterselskabers – forpligtelser i al almindelighed.¹⁷³

Det forekommer, at en likviditetserklæring ikke udtaler sig om D’s opfyldelse af sine forpligtelser, men blot indeholder et udsagn om, at M “ikke vil lade D gå konkurs”.¹⁷⁴ Spørgsmålet er naturligvis, om en sådan udtalelse er tilstrækkelig (bestemt) til at begrunde et retskrav mod M. Svaret må være, at udtalelsen ligger omtrent på linie med en udtalelse om, at “D kan opfylde sine forpligtelser”: Jo mere almindeligt holdt udtalelsen er, desto længere er den fra det forpligtende (f.eks. “Vi lader ikke vore datterselskaber gå konkurs”). Jo mere konkret den er, desto snarere vil den binde afgiveren (f.eks. “Vi vil ikke lade D gå konkurs, så længe forpligtelsen over for P ikke er opfyldt”).

Drøftelsen af det aftaleretlige bestemmelseskrav kan passende afsluttes med et par bemærkninger om det “processuelle bestemmelseskrav”. Herved tænkes på kravet om, at parternes påstande skal have et klart og bestemt indhold, jfr. her til *Gomard*: Civilprocessen, 3. udg. (1990) s. 373.

I tysk teori hævdes der undertiden at være en nøje sammenhæng mellem det aftaleretlige og det processuelle bestemmelseskrav. Således anfører *Köhler* i WM 1978 s. 1347, at et udsagn kun er tilstrækkelig bestemt,¹⁷⁵ såfremt det går ud på en forpligtelse, der kan håndhæves, om nødvendigt ved tvangsfuldbyrdelse.¹⁷⁶

173 Synspunktet skal dog anvendes med megen forsigtighed. Det fremgår klart af omstændighederne, at P kun interesserer sig for M’s indstilling til én af D’s forpligtelser, nemlig den over for P. – Når U 1989,618 V kunne falde ud til frifindelse, selv om den konkrete forpligtelse over for kreditgiver var nævnt i erklæringen, skete det *på trods af* ordlyden, jfr. ovenfor i afsnit 3.

174 Også udsagn om “at opretholde solvensen i D” kan nævnes i denne sammenhæng, sml. *Røsæg* s. 159 f.

175 Ifølge *Köhler* l.c. skulle manglende bestemthed være “Nichtigkeitsgrund”. Efter nordisk opfattelse – med undtagelse af *Røsæg* – indebærer manglende bestemthed, at der slet ikke foreligger et løfte.

176 Spørgsmålet omtales også af *Hoffmann* s. 25 med note 2, s. 80 og s. 169, *Schröder* i ZGR 1982 s. 557 ff. og *Stecher* s. 147 ff. – I dansk litteratur er spørgsmålet tangeret af *Chr. Harboe Wisum* i U 1986 B s. 342.

Dette udsagn er utvivlsomt for generelt. Afgørende for, om der består en forpligtelse, er ikke, om der kan formuleres en anerkendelsespåstand eller gennemtvinges en naturalopfyldelse. Det er tilstrækkeligt, at det efterfølgende kan fastslås, at forpligtelsen er misligholdt, og at der kan ifaldes erstatningsansvar herfor. Selv om en funktionær ikke kan tvinges til at opfylde *in natura*, og selv om hans loyalitetspligt ikke kan fastslås ved et anerkendelsessøgsmål, er han utvivlsomt både forpligtet til at udfylde sin stilling og til at optræde loyalt: Tilsidesættelse af forpligtelserne kan medføre ophævelse og /eller erstatningsansvar.

Det processuelle bestemthedskrav er således i en vis forstand strengere end det aftaleretlige, men til gengæld er det i reglen let at opfylde: En påstand om et bestemt beløb (f.eks. i erstatning) er altid tilstrækkelig.

Man kan altså ikke afgøre, om et udsagn indeholder et løfte, blot ved at undersøge, om udsagnet er tilstrækkeligt bestemt til at indgå i en påstand om naturalopfyldelse. Et vist fingerpeg kan en sådan undersøgelse dog give. Eekses det, at en almindelig holdt udtalelse om, at M vil "bistå" eller "støtte" D, ikke kan gennemtvinges *in natura*, og en dyberegående undersøgelse vil vise, at der slet ikke er tale om et løfte.

5. Sammenhængen mellem kravet om forpligtelse og kravet om bestemthed

Problemet er ofte, at de enkelte led i én og samme erklæring er indbyrdes modstridende, f.eks.:

"Vi bekræfter, at vi som led i vor politik fortsat vil overvåge den økonomiske sundhed i D, og det er vor hensigt at give D al mulig støtte, finansielt og på anden måde, således at det til enhver tid er i stand til at opfylde dets forpligtelser over for Dem."

I denne erklæring er første led for ubestemt til at have løftevirkning, jfr. ovenfor. Da andet led indledes med ordene "og det er vor hensigt" synes det følgende ikke at kunne indeholde et løfte. Kontrasten mellem første leds "vi [...] vil" og andet leds "hensigt" er ikke til at overse.

Det bemærkes dog, at en udtalt hensigt i normal sprogbrug angår *målet*, hvorimod *midlerne* er fleksible (jfr. talemåden "hensigten helliger midlet"). I den anførte erklæring går hensigten på et middel ("at give D al mulig støtte"), som skal sikre opnåelsen af et mål ("således at"). Yderligere bemærkes, at en hensigt almindeligvis er generel og fleksibel. Målet angives imidlertid her helt konkret ("opfylde dets forpligtelser over for Dem") og med næsten "garantilignende" udtryk ("således at" og "til enhver tid i stand til").

Alligevel må en rent sproglig fortolkning af den foreliggende erklæring lede til det svar, at erklæringen er uforbindende. Den sætning, som indeholder ordet "hensigt", er klart overordnet de øvrige sætninger.

På grund af den tvetydighed, der trods alt er i erklæringen, kan det ikke *udelukkes*, at erklæringen kan anses for forbindende, hvis *omstændighederne uden for ordlyden* på afgørende vis tilsiger denne løsning. I så fald vil det dog formentlig forekomme utilfredsstillende at nå til en quasikautionsforpligtelse, jfr. om det lidet attraktive valg mellem enten-eller nedenfor i kapitel XI.

Sammenhængen mellem kravet om forpligtelse og kravet om bestemthed belyses af en fransk afgørelse (dom af 10. januar 1985 afsagt af Cour de Montpellier),¹⁷⁷ hvor likviditetserklæringen var sålydende:

“Selskabet SDR har ydet selskabet TV langfristede kreditter i form af obligationslån. I vor egenskab af hovedaktionær iselskabet TV bekræfter vi hermed vor hensigt om at bistå vort datterselskab, at understøtte dette ved kapitalmangel og – om nødvendigt – at sætte os i dets sted for at opfylde alle forpligtelser, som det måtte have over for Dem; vi vil stedse have i tankerne at overvåge selskabets totale solvens.

Vi bekræfter vor hensigt om – i påkommende tilfælde – omgående at foretage de nødvendige skridt over for myndighederne for at opnå valutalicens.”¹⁷⁸

På trods af ordet “hensigt” fandt retten erklæringen bindende for afgiveren, der blev dømt til at betale långiver erstatning. Efter min opfattelse er erklæringen efter ordlyden ikke forpligtende, jfr. ordene “hensigt”, “have i tankerne”, “bistå” og “overvåge”. Det må rigtignok erkendes, at erklæringen også indeholder meget konkrete og kategoriske udtalelser (“understøtte ved kapitalmangel”, “om nødvendigt”, “opfylde alle forpligtelser [...] over for Dem”, “i påkommende tilfælde”, “omgående”, “nødvendige skridt”). Heroverfor må imidlertid påpeges, at erklæringen ikke angiver noget om, at et bestemt resultat skulle følge af hensigten: Ordene “[...] for at opfylde alle forpligtelser [...]” er et underordnet led i helmeningen “[...] vor hensigt om [...] at sætte os i dets sted [...]”.¹⁷⁹

Uanset hvad man måtte mene om den fortolkning, retten nåede frem til, er afgørelsens resultat i øvrigt næppe rigtigt, jfr. ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.1 om *Bretton Woods*-aftalens artikel VIII, stk. 2.

En svensk dom går endnu videre end denne franske afgørelse, nemlig Svea Hovrätts dom af 19. april 1991 (15. avd., mål nr. T 1019/89).¹⁸⁰ Denne sag vedrørte en erklæring med overskriften “letter of awareness”,¹⁸¹ som et svensk moderselskab havde afgivet over for et engelsk pengeinstitut i forbindelse

177 Afgørelsen er omtalt ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.1.

178 Oversættelsen er foretaget fra *Gerth* i RIW 1986 s. 13.

179 Sml. erklæringen omtalt ovenfor, hvor “hensigt” kædes sammen med resultat (“således at”).

180 Dommen er kort omtalt ovenfor i afsnit 2.1.3.

181 Faktisk var der udfærdiget to erklæringer (det andet benævnt “letter of comfort”), men erklæringerne var i alt væsentligt enslydende.

med dettes kreditgivning til det svenske selskabs helejede, engelske datterselskab. De relevante afsnit af erklæringen var sålydende:

“We understand that you are relying on this letter in making the loan, and we agree to maintain 100 per cent ownership either directly or indirectly of the borrower. [...]

It is our intention to see that the borrower complies with all the terms and conditions and to honour all of their respective obligations under the loan agreement.”

I Stockholms Tingsrätt blev M frifundet for P's erstatningskrav. Retten henviste til, at både M og P havde været indforstået med, at erklæringen skulle udformes således, at den ikke skulle fremgå af M's regnskab, og at erklæringen følgelig ikke kunne udformes som en garanti eller anden ansvarsforpligtelse. Retten fremhævede endvidere, at erklæringens sidste stykke ikke efter sin ordlyd indeholdt nogen udtrykkelig garanti og derfor ikke kunne tolkes således, at den indebar nogen juridisk bindende forpligtelse for M. Tværtimod måtte erklæringen ses som en moralsk forpligtelse, hvilket støttedes på, at erklæringens to første afsnit ville have været overflødige, såfremt det sidste stykke indeholdt en retligt bindende garanti.¹⁸²

I Svea Hovrätt faldt dommen ud til det stik modsatte resultat. Retten fandt, at ordlyden gav utvivlsom støtte for det resultat, at M havde påtaget sig at svare for D's tilbagebetaling af lånet, og fremhævede i den forbindelse særlig udtalelsen i det tredje stykke (“It is our intention [...] to honour all of their respective obligations [...]”). Retten henviste til, at den engelske barriester Michael Crystal på en skala fra 1 til 10 havde vurderet “It is our intention” til 7.¹⁸³ Retten fremhævede endvidere, at M havde søgt og opnået valutalicens allerede ved erklæringens afgivelse. Yderligere støttede retten sig til en vidneforklaring fra M's tidligere direktør, hvorefter meningen var, at M skulle hæfte “yderst”. Endelig henviste retten til, at uforbindende erklæring ikke kan have nogen rimelig kommerciel funktion.

Svea Hovrätts begrundelse forekommer lidet overbevisende. Hvis man lagde den tidligere direktørs forklaring til grund,¹⁸⁴ måtte erklæringen binde M, allerede fordi dette var parternes¹⁸⁵ fælles opfattelse (*falsa demonstratio*

182 Dette sidste ræsonnement svarer ganske til det, som anlagdes af appelinstanten i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, jfr. ovenfor i afsnit 2.2.2.

183 Det forekommer, at retten har misforstået udsagnet. “10” markerer formentlig den svageste erklæring – ikke som antaget af retten den stærkeste. Således i hvert fald det “*comfort index*”, som opstilles af *Sacasas og Wiesner* i *Banking Law Journal* 1987 s. 336.

184 En tidligere ansat er i almindelighed et nogenlunde troværdigt vidne, men kan naturligvis være fristet til at dække over egne fejl eller til at “sige tak for sidst”. – I den konkrete sag støttedes den tidligere direktørs forklaring i nogen grad af, at M havde indhentet valutalicens.

185 Det bemærkes dog, at direktørens opfattelse kun med sikkerhed er selskabets opfattelse, hvis direktøren er i stand til at forpligte selskabet på egen hånd.

non nocet).¹⁸⁶ Ordlydsfortolkning, en engelsk barristers opfattelse og betragtninger over uforbindende udtalelsers kommercielle funktion har da ingensomhelst interesse. Hvis direktørens forklaring *ikke* kunne lægges til grund, forekommer de øvrige grunde utilstrækkelige. Forholdet vedrørende valutalicensen kan næppe i sig selv bære antagelsen af en forpligtelse.

Sagens forhistorie er lang og kompliceret.¹⁸⁷ I et internt notat havde en direktør hos P bemærket, at engagementet med D ikke skulle gennemføres uden garanti fra M, dog at “ett letter of comfort som i realiteten var en garanti”,¹⁸⁸ ville være tilstrækkeligt. Videre skulle P “i vart fall [...] förvissa sig om att koncernen hade ekonomisk möjlighet att betala räntor och amortering på det tilltänkta lånet”.¹⁸⁹ Herefter fremsendte P et udkast til M, der indeholdt sålydende passus:

“It has always been the policy of our Company to make [...] cash advances or loans to [...] our subsidiaries, if required, to meet maturing debts to suppliers, banks and others. We confirm to you that it is our intention to follow this policy in this case, as long as any amounts are outstanding under the Loan Agreement and we shall act accordingly with respect to the respective obligations of the Borrower, under the loan agreement and any related instruments, and promise to take any necessary action to ensure and to cause the Borrower to comply with all of the terms and conditions and to honour all of their respective obligations under the Loan Agreement, and under all related instruments [...]”.¹⁹⁰

Dette udkast kom retur med mange rettelser fra M's direktør, og der blev siden udvekslet flere forslag til formuleringer, bl.a. “We shall try and ensure that the borrower shall comply [...]” (forslag fra P) og “We are aware of the facts that the borrower shall comply [...]” (forslag fra M).¹⁹¹ I hvert fald som et led i korrespondancen blev P af M gjort opmærksom på, at problemet var, om M's revisorer ville forlange erklæringen noteført.¹⁹²

186 Stockholms Tingsrätt lægger modsat til grund, at begge parter var på det rene med, at en juridisk forpligtelse ikke kunne komme på tale. Også her er resten for så vidt “overbegrundet”, men det er forståeligt, at ordlyden trækkes frem alligevel (folk giver jo i reglen udtryk for det, de mener).

187 Som allerede anført i note 181 angik sagen to erklæringer, som der ikke her sondres imellem.

188 Stockholm Tingsrätts dom s. 4 f.

189 Stockholm Tingsrätts dom s. 5.

190 Formuleringen er et festfyrværkeri af ord, tydeligvis med den hensigt at køre læseren træt, inden han når til de afgørende passager, jfr. herved det træffende afsnit om “indpakning” hos *Lynge Andersen og Werlauff* s. 391. I én afgørende henseende er tvetydigheden ligefrem mesterlig: Det er umuligt at sige, om den afgørende sætning “to honour all of their respective obligations” viser tilbage til “we promise” eller til “the Borrower”. I det første tilfælde er forpligtelsen M's (parallel med “to take any necessary action”), i det andet tilfælde er forpligtelsen D's (parallel med “to comply with [...] the terms”).

191 Stockholm Tingsrätts dom s. 8.

192 Jfr. bilag 3 til Stockholm Tingsrätts dom. – Se hertil ovenfor i afsnit 2.1.3.

På baggrund af denne afgørelse kan det slås fast, at det ikke er aldeles udelukket, at en erklæring, hvor der kun tales om hensigt, kan blive anset for bindende.

Sammenhængen mellem forpligtelses- og bestemtthedskravet må betegnes som komplementær. Jo mere tvivlsomt det er, om en pligt er påtaget, desto klarere må indholdet af pligten¹⁹³ være. Jo mindre klart pligtens¹⁹³ indhold er, jo mere tvivlsomt er det, om der overhovedet foreligger en pligt.¹⁹⁴ Fraværet af et klart "forpligtelsessignal" i en erklæring kan altså til en vis grad opvejes af en betydelig grad af bestemtthed.

Det forekommer, at der i én og samme erklæring foreligger en betydelig modstrid mellem enkelte udsagn. Se f.eks. dissensen til U 1994.470 H, som fandt erklæringen "præget af tvetydighed" og – bl.a. under henvisning hertil – frakendte den løftevirkning.

Ikke sjældent kan intern modstrid elimineres gennem fortolkning. *Adlercreutz II* s. 51 f. nævner to prioritetsregler:

- 1) Individuelle bestemmelser går forud for standardvilkår og
- 2) mere præcise bestemmelser går forud for vage klausuler, f.eks. almindeligt holdte ansvarsfraskrivelser.

Huser s. 567 ff. nævner fem prioriteringsregler:

- 1) Tekst går forud for overskrift,
- 2) rettelser og tilføjelser går forud for oprindelig tekst,¹⁹⁵
- 3) håndskreven og maskinskreven tekst går forud for trykt tekst,¹⁹⁶
- 4) hovedbestemmelser går forud for bibestemmelser og
- 5) specielle bestemmelser går forud for generelle bestemmelser.

Disse regler kan også anvendes på likviditetserklæringer. En "modstrid" (uklarhed eller tvetydighed), som kun består i, at erklæringen indeholder *både* en almindelig holdt tilkendegivelse om, at M har til hensigt at støtte D, og en klar angivelse af, at M er forpligtet til at sørge for, at D's egenkapital, solvens eller likviditet er tilstrækkelig til, at P får sine penge, lader sig umiddelbart eliminere.¹⁹⁷

Et efter ordlyden bindende tilsagn i likviditetserklæringen vil i almindelighed heller ikke blive fundet uforpligtende, blot fordi erklæringen bærer den misvisende overskrift "hensigtserklæring".¹⁹⁸

193 Ret beset er ordet "pligt" ikke på sin plads her, da spørgsmålet netop er, om der foreligger en retspligt. Meningen skulle dog være klar nok, og ordet "pligt" er mere mundret end f.eks. "ydelsesbeskrivelse" eller lignende.

194 *Sans comparaison* er tankemodellen den samme som ved bedømmelse af varemærkekrænkelse, hvor "varelighed" og "mærkelighed" indgår som komplementære størrelser (Varemærkelovens § 4).

195 *Huser* s. 576 fremhæver, at rettelser har større gennemslagskraft end tilføjelser.

196 Som påpeget af *Huser* s. 577 har denne regel kun liden plads ved siden af regel (2).

197 Jfr. *Adlercreutz'* regel (2) og *Husers* regel (4) og (5).

198 Jfr. herved *Husers* regel (1) og *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14.

Se f.eks. utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/ 1985) og utrykt dom af 23. februar 1990 fra Oslo Byrett (sak nr. 680/89-27-22) samt U 1994.470 H.¹⁹⁹ Ud over modstriden mellem overskriften “hensigtserklæring” og den forpligtende ordlyd fremhæver dissensen i den sidstnævnte dom da også, at M’s afvisning af at kautionere havde fået P til at opgive et krav herom, hvorefter P havde bragt støtteerklæringen i forslag.

Under alle omstændigheder må det være klart, at overskriften “hensigtserklæring” trækker i *retning af det uforpligtende*. Dette træk er blot *ikke i sig selv* stærkt nok til at medføre, at et ellers bindende tilsagn anses for uforbindende. *Sammen med øvrige omstændigheder* kan overskriften derimod godt gøre udslaget. Blandt disse omstændigheder spiller også klarheden af erklæringens (øvrige) indhold en rolle: *Jo mindre klart ordlyden giver udtryk for en forpligtelse, desto snarere formår overskriften “hensigtserklæring” at rokke herved* – og omvendt.

Se om overskriftens betydning også *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 343 og *Gomard: Letters of intent* (1984) s. 267: “Brug af udtrykket letter of intent som overskrift [...] må i almindelighed tages som udtryk for, at afgiveren (parterne) ikke ønsker at binde sig”.²⁰⁰

Generelt må man sige, at jo mere uklart det er, om der foreligger et løfte, desto større krav stilles til bestemtheden af det, som stilles i udsigt. Tilsvarende må gælde, at jo klarere et udsagn trækker i retning af forpligtelse, desto mere tvivl herom skal et andet udsagn fremkalde, før der foreligger en modstrid, der ikke kan bortfortolkes.

I dette kapitel har vi kun undersøgt ordlyden, dvs. intern modstrid. Samme synspunkt kan anlægges på forholdet mellem *ordlyden* på den ene side og *omstændigheder uden for ordlyden* på den anden. Således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15, der fremhæver, at jo stærkere ordlyden er, desto mere modstandsdygtig er den over for modstående fortolkningsdata.

En (væsentlig) modstrid, der ikke kan elimineres gennem fortolkning og udfyldning, vil ved likviditetserklæringer kun trække i én retning: *væk fra det forpligtende*. Modstriden må jo i reglen indebære, at erklæringen kommer til at fremstå som så uklar og ubestemt, at den ikke kan anses som et løfte. Det er derfor moderselskabet, der kan “procedere på” intern modstrid, uklarhed og ubestemthed.

Selv i tilfælde af intern modstrid, uklarhed og ubestemthed er antagelse af en forpligtelse dog *ikke udelukket*, hvis omstændighederne uden for erklæ-

199 De tre afgørelser er nærmere omtalt ovenfor i afsnit 3. – Se om U 1994.470 H navnlig nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

200 Det bemærkes, at *Gomard* l.c. udtaler sig om overskriften “hensigtserklæring” på *letters of intent* – men sammenholdes det anførte med *Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber*, 2. udg. (1992) s. 70, forekommer det berettiget at konkludere, at *Gomard* anlægger principielt samme syn på støtteerklæringer.

ringen klart taler herfor. Jo mindre klart løftevirkning udelukkes, desto større vægt må omstændighederne uden for ordlyden få.

Er det tydeligt angivet i erklæringen, at den ikke er retligt forpligtende for afgiveren, er modstandskraften mod at antage en retlig forpligtelse tæt ved 100%. Jo mere uklar afvisningen af retlig forpligtelse bliver, desto mere svækkes modstandskraften mod at antage en sådan. Selv ordet "hensigt" vil kunne afsvækkes i en sådan grad, at en retlig forpligtelse kan antages på trods af dette ord. Dette vil f.eks. være tilfældet ved en erklæring med denne ordlyd:

"Vi erklærer, at det er vor hensigt at støtte D, hvis det skulle blive nødvendigt. Vi erklærer, at vi vil leve op til denne hensigt til enhver tid, således at D stedse vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, og vi erklærer, at vi er klar over, at De har lagt afgørende vægt på den sikkerhed, som nærværende erklæring giver Dem."

Det, der måske kun var tænkt som en hensigtserklæring, må efter ordene "Vi erklærer, at vi vil leve op til [...]" udlægges som et løfte.

6. Betydningen af visse særlige klausuler

I støtteerklæringer forekommer undertiden en klausul, som vedrører spørgsmålet om erklæringens retlige valeur (eller rettere mangel på samme). Betydningen af en sådan klausul drøftes nedenfor under 6.1.

Bestemmelser om lovvalg, værneting og/eller voldgift forekommer sjældent i støtteerklæringer. Nedenfor under 6.2 undersøges hvilken betydning sådanne bestemmelser har og grunden til, at de sjældent medtages i erklæringerne.

Nedenfor under 6.3 omtales kort bestemmelser om begrænsning til et vist beløb eller om konventionalbod.

Endelig behandles betydningen af tidsbegrænsninger og fornyelser nedenfor i afsnit 6.4.

6.1. "Udelukkelsesklausuler"

Det forekommer vistnok ikke ret ofte, at en støtteerklæring direkte udtaler, at der kan – eller ikke kan – støttes ret på dens indhold. En retlig forpligtelse kunne angives klart på følgende måde:

"De forpligtelser, vi har påtaget os i denne erklæring, er af retlig natur, og erklæringen er bindende i alle dens ord og punkter."

Omvendt kunne afvisning af enhver retlig forpligtelse markeres ved følgende ord:

"Der kan ikke støttes noget retskrav på udsagn i denne erklæring, som alene indeholder uforbindende tilkendegivelser af vore hensigter."

eller

“Denne erklæring er alene moralsk forpligtende.”²⁰¹

Hvis støtteerklæringer overhovedet indeholder udsagn af den her omtalte art, vil de snart sagt altid være uklare eller tvetydige i formen, jfr. følgende tre eksempler:

“Vi viser til de pågående forhandlinger om forlængelse av lånet vårt datterselskap A har hos Dem. Vi forstår at De helst så at vi garanterte for A. Vi har imidlertid som fast praksis ikke å garantere for noen av våre datterselskaper. De kan imidlertid likevel trygt regne med at lånet vil bli innfridd punktlig ved forfall.”²⁰²

“Oavsett att några formella utfästelser inte har lämnats är vi beredde att svara för [D's] nuvarande och kommande förpliktelser.”²⁰³

Noget klarere forekommer følgende udtalelse at være:

“Diese Erklärung beinhaltet weder eine Garantie, eine Sicherheit, noch eine Bestätigung eines Kreditauftrages.”²⁰⁴

Af det første udsagn fremgår klart, at M ikke har garanteret for D. Da det for M kan komme ud på ét, om en garanti angår betalingen som sådan (at pengene indgår hos P) eller “kun” D's betalingsevne, kan M herefter ikke være retligt forpligtet til at indskyde kapital i D. Dermed kan M heller ikke blive erstatningsansvarlig over for P for misligholdelse af en likviditetsforpligtelse. Udsagnet om, hvad P “trygt [kan] regne med”, trækker selvsagt i den anden retning. Efter ordene ligger der ikke heri noget løfte, og udsagnet kan herefter kun siges at indeholde en vurdering af D's muligheder for at tilbagebetale kreditten. En sådan vurdering kan være culpøst urigtig, og i så fald vil M være erstatningsansvarlig over for P. Denne retsvirkning er imidlertid ingen løftevirkning, men svarer til ansvaret for urigtige oplysninger.²⁰⁵

Det andet udsagn er mere uklart. “Läseren må själv avgöra om detta er fågel eller fisk”, bemærker *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 497. Ifølge *Lyngé Andersen og Werlauff* s. 390 er erklæringen “fisk, eftersom den lugter”.²⁰⁶ Videre hedder det:

201 Jfr. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14.

202 Eksemplet er taget fra *Røsæg* s. 3.

203 Eksemplet er taget fra *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 497.

204 Eksemplet er taget fra *Müllhaupt* i Schweizerische Aktiengesellschaft 1978 s. 114. Se hertil også *Kohout* s. 65 ff.

205 Det ligger i sagens natur, at der må være en vis margin ved vurderinger, hvilket ikke nødvendigvis er tilfældet ved oplysninger. Se om en ejendomsmægler's urigtige ejendomsvurdering afgørelsen U 1993.52 H (NDs 1992.685) og *Nørgaards* kommentar hertil i U 1993 B s. 217 ff.

206 I J 1993 s. 83 har *Peter Fogh* erklæret sig “enig i lugtgenen”.

“[E]rklæringsgiveren kunne med denne ordlyd akkurat lige så godt have afgivet en egentlig kaution, og han må være bundet på samme måde.”

Efter min opfattelse ligger udsagnet – alene bedømt på ordlyden – på den anden side af “forpligtelsesgrænsen”. Det siges jo direkte, at der ikke er udfærdiget nogen “formel erklæring”,²⁰⁷ og udtrykket “beredde att” (“indstillet på”)²⁰⁸ kan ikke siges at være særlig stærkt. Ordet “oavsett” trækker vel lidt i den anden retning – men ikke nok. Tilmed er forpligtelsen over for den konkrete kreditgiver ikke nævnt – udtalelsen er helt generel i sin form.

Der kan siges at gå en skala fra

- 1) “vi har til hensigt at”,
- 2) “vi agter at”,
- 3) “vi er indstillede på at”,
- 4) “vi er indforståede med at”,
- 5) “vi er rede til at”,
- 6) “vi er villige til at”,
- 7) “vi vil”
- 8) “vi påtager os” til
- 9) “vi forpligter os til”.

Efter min opfattelse sætter løftesignalerne ind ved (4) – ikke allerede ved (3).²⁰⁹

Herefter er det afgørende, hvorledes ordene “beredde att” skal oversættes til dansk. *Lyng Andersen og Werlauff* l.c. oversætter det til “indstillet på” (som i teksten ovenfor). Hvis ordene i stedet oversættes til “rede til” eller “parate til”, må erklæringen principielt være forpligtende (sml. (4) i skalaen ovenfor).

Under alle omstændigheder forekommer det dog at være en dårlig idé at lade en *så uklar* erklæring som den her omhandlede binde afgiveren på samme måde som en kaution.²¹⁰ Hvis erklæringen må anses som indeholdende en forpligtelse, må det være en forpligtelse på et lavere niveau, jfr. om “mellemløsninger” nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.

Af det tredje udsagn fremgår klart, at erklæringen ikke indeholder en garanti eller anden sikkerhed. I almindelighed må et sådant udsagn medføre, at likviditetserklæringen ikke kan anses for retligt bindende, jfr. således også *Müll-*

207 Hvad der menes med ordet “formel”, er ganske vist noget uklart, men ordet trækker i retning af det uforpligtende. Sml. hertil *Koktvedgaard*: Lærebog i konkurrenceret, 2. udg. (1994) s. 81, hvor de EU-konkurrenceretlige “comfort letters” omtales som “mere eller mindre uformelle erklæringer”. Herved sigtes givetvis til, at den bindende karakter af erklæringerne er variabel og usikker.

208 At være “indstillet på” er ikke det samme som at være “indforstået med”, jfr. om sidstnævnte vending U 1988.98 H, omtalt ovenfor i afsnit 3.

209 Såvel “skalaen” som dette udsagn om, hvornår løftesignalerne begynder, skal i sagens natur tages *med alle mulige forbehold*. Der lader sig overhovedet ikke opstille faste retningslinier, da løftesignalerne altid må ses i lyset af konteksten og de ledsagende omstændigheder.

210 Cfr. *Lyng Andersen og Werlauff* l.c., jfr. citatet ovenfor.

haupt i Schweizerische Aktiengesellschaft 1978 s. 115.²¹¹ Udelades ordene “anden sikkerhed”, kan erklæringen dog indeholde en bestræbelsesforpligtelse.²¹²

6.2. Bestemmelser om lovvalg, værneting og/eller voldgift

Bestemmelser om lovvalg, værneting og/eller voldgift ses så at sige aldrig i støtteerklæringer. Baggrunden er utvivlsomt den, at moderselskabet frygter, at en sådan bestemmelse vil blive taget som udtryk for, at M erkender, at erklæringen indeholder retlige pligter.²¹³

Efter min opfattelse bør det ikke tillægges nogen vægt, om erklæringen indeholder sådanne klausuler. For det første er spørgsmålet om, hvorvidt erklæringen er retligt bindende eller ej, i sig selv et retsspørgsmål og alt rigeligt til at begrunde forekomsten af f.eks. en lovvalgsklausul. For det andet indeholder støtteerklæringer i reglen en forpligtende ejerskabserklæring, og den kan i sig selv begrunde, at der optages bestemmelser om lovvalg, værneting og/eller voldgift. Føler man sig ikke overbevist om rigtigheden af det anførte, kan man formulere en lovvalgsklausul på følgende måde:

“Alle spørgsmål, der udspringer af denne erklæring, er undergivet dansk ret. Denne bestemmelse skal ikke have nogen betydning for fortolkningen af erklæringen.”

Fraværet af en lovvalgsklausul kan være dyrekøbt. Havde erklæringen i den sag, der blev afgjort af Svea Hovrätt den 19. april 1991 (15. avd., mål nr. T 1019/89),²¹⁴ været undergivet engelsk ret, var moderselskabet efter alt at dømme blevet frifundet.²¹⁵

6.3. Bestemmelser om beløbsbegrænsning og/eller konventionalbod

Forlanger M, at der indsættes et maksimum for det beløb, P kan afkræve M i henhold til erklæringen, må det lægges til grund, at erklæringen indeholder en forpligtelse for M. Et anbringende om, at beløbsbegrænsningen indsættes “for

211 Anderledes *Kohout* s. 65 ff., hvorefter erklæringen kun siger, at M ikke vil hæfte umiddelbart over for P. En pligt for M til at skyde kapital i D er ikke dermed udelukket. Efter min opfattelse overses herved, at det reelle sigte for P altid er at få et krav mod M, såfremt D bryder økonomisk sammen. Ordet “Sicherheit” peger i øvrigt også klart på, hvad P’s hensigt ved at få erklæringen har været, men at M altså ikke ville gå med hertil.

212 Sml. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14.

213 Jfr. herved *Lego Andersen*: Kontrakter om virksomhedskøb (1991) s. 42: “I en ren hensigtserklæring bør der derfor ikke optages bestemmelser om lovvalg eller løsning af tvister.”

214 Afgørelsen er omtalt ovenfor i afsnit 5.

215 Se dommen s. 7, hvor retten selv antager dette.

alle tilfældes skyld”, bør ikke vinde gehør, medmindre synspunktet var kendeligt for P.²¹⁶

Vedtages der en konventionalbod for tilsidesættelse af en bestemmelse, er det oplagt, at bestemmelsen er ment som retligt forpligtende. En sådan bod kan f.eks. tænkes for det tilfælde, at M sælger aktierne i D i strid med sit tilsagn om at beholde dem. Ved støtteeerklæringer må det antages, at en bodsbestemmelse udelukker krav på erstatning.²¹⁷ Er der fastsat en bod for, at M ikke holder D likvidt, kan P altså ikke kræve erstatning for et tab, som måtte overstige boden.

6.4. Bestemmelser om tidsbegrænsning

Undertiden indeholder støtteeerklæringer udsagn om, at de kun gælder i et nærmere angivet åremål. Ifølge *Lego Andersen* i RR nr.4/1992 s. 14 må et sådant udsagn i almindelighed indicere, at erklæringen indeholder retlige forpligtelser. Dette er måske rigtigt, men hvis støtteeerklæringen indeholder en forpligtende ejerskabserklæring ved siden af en uklar likviditetserklæring, kan en tidsbegrænsning næppe tillægges nogen vægt ved fortolkningen af likviditetserklæringen.

Det forekommer også, at støtteeerklæringerne fornys jævnlige, f.eks. i forbindelse med en yderligere långivning fra P til D. Pengeinstitutterne er formentlig af den opfattelse, at fornyelsen styrker en antagelse om retlig forpligtelse. Dette er dog sjældent tilfældet: Hvis M én gang har erklæret at ville sørge for, at D har tilstrækkelige midler til at opfylde sine forpligtelser over for P, er der ingen grund til at forny en sådan erklæring ved hver ny kreditoptagelse. En henvisning til støtteeerklæringen i vilkårene for den nye kredit må være fuldt tilstrækkelig. Fornyselsen kan dog selvsagt heller ikke anføres som argument mod P – f.eks. ved at hævde, at kravet om fornyelse blot var et udslag af, at P var klar over, at forpligtelsen kun var moralsk, hvorfor M skulle mindes om den så ofte som muligt. Der er intet i vejen for, at P – for en sikkerheds skyld – indhenter en ny erklæring ved hver ny kreditbevilling.²¹⁸

216 P kan kun gå ud fra, at også M anser udsagnet som bindende, når M ønsker en beløbsbegrænsning indføjet. Anderledes når det gælder lovvalg m.v. (jfr. ovenfor under 6.2.), hvor P må kunne indse, at det kan være fornuftigt, at selve spørgsmålet om forpligtelse eller ej afgøres efter et på forhånd vedtaget retssystem.

217 Den almindelige regel er den modsatte: Bodan er kun en aftalt minimumserstatning, jfr. *Ussing: Almindelig del* (1967) s. 165. Denne regel har dog talrige undtagelser. Se om spørgsmålet også *Lena Olsen: Erstatningsklausuler* (1986) s. 135 ff.

218 Det skal ikke komme en part til skade, at han ønsker at “gå både med livrem og seler”, sml. U 1993.452 H om en boligforenings hæftelse for lejernes varmerestancer. Foreningen havde bestridt at hæfte i henhold til forsyningsselskabets almindelige leveringsbetingelser, og dette havde da fremsendt en egentlig indeståelseserklæring. Dette kunne ikke udlægges som en erkendelse af, at hæftelse ikke allerede fulgte af leveringsbetingelserne.

KAPITEL VIII

Aftalesituationen, 1. hovedafsnit: Forhold vedrørende afgiveren

I dette kapitel vil det blive undersøgt, hvilken betydning forskellige *forhold vedrørende afgiveren* har for fortolkningen af likviditetserklæringer. I afsnit 1 drøftes, hvorvidt det gør en forskel, om erklæringen afgives af et moderselskab eller af andre, f.eks. aktionærer. Dernæst undersøges i afsnit 2, hvilken vægt man kan tillægge den omstændighed, at afgiveren har nægtet at afgive en kautionserklæring. I afsnit 3, som har karakter af en art “opsamling”, gennemgås betydningen af en række forskellige forhold – lige fra erklæringens behandling på bestyrelsesplan i M til omfanget af M’s indblanding i D’s anliggender.

Det understreges, at udsagn i dette kapitel – og i de følgende kapitler – om, at et moment kan tillægges fortolkningsmæssig betydning i den ene eller den anden retning må læses med betydelig forsigtighed. Der er tale om udsagn, som kun har gyldighed “alt andet lige”. I en konkret sag kan forholdene ligge således, at et moment, der normalt må tillægges vægt, ikke har nogen betydning – eller omvendt.

Undersøgelsen ovenfor i kapitel VII angik hovedsagelig spørgsmålet, om en given erklæring indeholdt et quasikautionsløfte eller ej.

Undersøgelserne i dette kapitel – og i kapitel IX og X nedenfor – angår samme spørgsmål, men afgrænsningen er mindre betydningsfuld her: Det er tilstrækkeligt at angive, *i hvilken retning* et moment trækker erklæringen – i retning *henimod* eller *bort fra* det forpligtende.¹

1. Afgiverens “status”

Ordet “status” kan muligvis medføre associationer i en anden retning end den tilsigtede. Med “status” sigtes her og i det følgende til to forhold: 1) afgiverens grad af professionalisme i henseende til at afgive støtteerklæringer og

1 Forholdet ligger noget anderledes ved ordlyden: Her må det *først* undersøges, om ordlyden indeholder et quasi-kautionsløfte (ovenfor i kapitel VII), og *dernæst* – såfremt dette ikke findes at være tilfældet – om ordlyden indeholder mindre vidtgående løfter (nedenfor i kapitel XI).

2) afgiverens nærmere identitet: *Hvem er det, som afgiver erklæringen* – er det f.eks. et helejende moderselskab eller en principielt udenforstående?

Ordet “status” er ikke valgt i mangel af bedre, men helt bevidst. I visse henseender forholder det sig således, at “[...] samfundsudviklingen er gået fra status til kontrakt og igen fra kontrakt imod statusprægede relationer”, jfr. *Stig Jørgensen* i TfR 1965 s. 429.

Se om status og kontrakt i øvrigt nærmere *P.S. Atiyah: The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979), *Palle Bo Madsen: Privat retsstiftelse – om kontrakt og delikt*, TfR 1986 s. 597 ff., *Ulf Stridbeck: Från kontrakt till social rättighet* (1992), *samme: Från status till kontrakt och tillbaka igen?*, JT 1993-94 s. 149 ff. og *Lennart Svensäter: Anställning och upphovsrätt* (1991), særlig s. 209 ff.

Hvad angår afgiverens *grad af professionalisme*, kan der opstilles den sætning, at *i jo højere grad afgiveren er professionel i henseende til at afgive likviditetserklæringer, i desto højere grad vil han blive “fanget af” en ren ordlydsfortolkning*.² Har et professionelt foretagende afgivet en erklæring, som efter en ren ordlydsfortolkning indeholder et løfte, skal det således ikke regne med, at domstolene vil være tilbøjelige til at bortfortolke løftet begrundet i sagens omstændigheder.

I Danmark – som hovedsagelig præges af små og mellemstore virksomheder – vil man sikkert oftere end i mange andre lande støde på uprofessionelle afgivere af støtteerklæringer, og dette må – alt andet lige – antages at føre til en højere “frifindelsesprocent” i Danmark.

Hvad angår afgiverens *nærmere identitet*, kan det fastslås, at likviditetserklæringer i reglen afgives af et *selskab* (M), som er *ene- eller hovedaktionær* i det selskab, erklæringen vedrører (D). Det forekommer sjældent, at sådanne erklæringer afgives af *fysiske personer* eller vedrørende et selskab, som afgiveren *ikke* er *aktionær* i.

Afgørelsen U 1989.618 V³ angår dog et tilfælde, hvor en likviditetserklæring med overskriften “hensigtserklæring” var afgivet af en række fysiske personer, nærmere bestemt af 6 aktionærer, der tillige var medlemmer af selskabets ledelse. Afgiverne blev frifundet i begge instanser, i byretten bl.a. med henvisning til, at tilfældet var

2 Det samme ræsonnement har principielt også gyldighed for modtagerne af støtteerklæringer, jfr. nedenfor i kapitel IX, afsnit 1.

3 Afgørelsen er omtalt nedenfor i afsnit 2. Se også ovenfor i kapitel VII, afsnit 3.

“atypisk, først og fremmest fordi erklæringen er afgivet af 6 af et mindre aktieselskabs aktionærer uden kendskab til hensigtserklæringers anvendelse i erhvervslivet og iøvrigt for de 5's vedkommende uden kendskab til dokumentudfærdigelser i almindelighed.”

Skønt landsretten ændrede begrundelsen,⁴ kan der næppe være tvivl om, at byretten har ramt noget centralt ved at henvise til, at erklæringen var afgivet af fysiske personer: Et moderselskab har større indflydelse på sit helejede datterselskab, end 6 aktionærer har hver for sig – også selv om de pågældende udgør selskabets ledelse. Et moderselskab kan håbe på, at en “hensigtserklæring” ikke skal fremgå af dets regnskab, hvorimod sådanne overvejelser ikke spiller den ringeste rolle for privatpersoner. For et moderselskab er det nok også mere påkrævet at tænke på det økonomiske renommé, end det er for 6 privatpersoner. Selv en ren hensigtserklæring kan således måske give en vis *faktisk* sikkerhed i det første tilfælde, men næppe i det sidste.

En utrykt dom afsagt den 8. januar 1987 af OLG München⁵ angik erklæringer afgivet af nogle kommanditister over for kommanditselskabets (D) pengeinstitut (P):

D fik i december 1981 af P bevilget en kredit på 6 mio. DEM. I august 1983 anmodede D om en tillægskredit på 4 mio. DEM, og i den forbindelse erklærede kommanditisterne i en skrivelse af 21. september 1983 over for P, at

“die Gesellschafter ohne Einschränkung hinter diesem Engagement [stehen]”.⁶

En af kommanditisterne fremsendte den 16. december 1983 en skrivelse til P, hvori henvistes til en generalforsamlingsbeslutning af 28. september s.å., hvor selskabsdeltagerne havde erklæret sig rede til

“diese Verlustabdeckung vorzunehmen, wobei sie von einer Größenordnung bis zu 10,0 Mio. ausgehen.”⁷

P bekræftede modtagelsen af denne skrivelse ved brev af 4. oktober 1983, der indeholdt sålydende passus:

“Wir gehen deshalb davon aus, daß die Gesellschafter die auflaufenden Verluste der [D] so wie bisher ausgleichen[...]”.⁸

Tillægskreditten blev udbetalt over 3 gange i perioden 12. december 1983 til den 1. marts 1984 og var – ubestridt – tilbagebetalt den 13. juli 1984.⁹

I forsommeren 1984 meddelte kommanditisterne P, at de havde til hensigt at sælge deres kommanditandele i D. Herpå reagerede P med et krav om “[eine

⁴ Jfr. herom nærmere nedenfor i afsnit 2.

⁵ Aktenzeichen 1 U 3949/86 OLG München.

⁶ Jfr. dommen s. 4.

⁷ Jfr. dommen s. 4.

⁸ Jfr. dommen s. 4.

⁹ Jfr. dommen s. 7.

schriftliche] Fixierung der Haltung der Widerbeklagten [kommandisterne] in Form einer Bürgschaft".¹⁰ Kommanditisterne svarede, at de kun var gået ind på at dække underskuddet for 1983 og 1984 med et højestebeløb på 10 mio. DEM.¹¹ Dette beløb var faktisk betalt.¹²

P opsigde herefter i august 1984 kreditten og krævede, at kommanditisterne skulle dække P's tab på engagementet. P påberåbte sig bl.a.,¹³ at erklæringen af 21. september 1983 indeholdt et egentligt tilsagn om at friholde P for tab, og at kommanditisterne ikke havde reklameret over for P's bekræftelsesskrivelse af 4. oktober 1983, hvoraf P's opfattelse fremgik. Retten frifandt kommanditisterne under henvisning til, at erklæringen af 21. september 1983 var en ren hensigtserklæring, og at kommanditisterne ikke var pligtige at reklamere over for P's bekræftelsesskrivelse.¹⁴ I øvrigt havde kommanditisterne ved en skrivelse af 16. december 1983 gjort det klart, at de ikke havde påtaget sig nogen hæftelse.¹⁵

Sagsforholdet var særdeles komplekst med et virvar af detaljer. Med et heraf følgende naturligt forbehold forekommer det, at frifindelsen af kommanditisterne var rigtig. Resultatet var formentlig blevet det samme, hvis der havde været tale om erklæringer fra et moderselskab: En erklæring om at "stå bag" et selskab er næppe tilstrækkelig bestemt til at have løftevirkning – i hvert fald ikke uden afgørende fortolkningsmomenter i denne retning ved siden af erklæringen. Den begrænsning til 10 mio. DEM, som forelå i sagen, var klar og entydig, og denne tabsudligning havde faktisk fundet sted. Reelt søgte P at "skubbe" gammel gæld ind under nogle erklæringer, der var afgivet med et bestemt formål for øje, nemlig opnåelse af tillægskreditten (som var blevet betalt tilbage).

En anden tysk sag – WM 1989.1642 – må også nævnes i denne forbindelse:

Et selskab (M), som ikke havde nogen ejerinteresser i, men som var hovedleverandør til og hovedkreditor i et andet selskab (D), afgav en likviditetserklæring over for en ordregiver (P). M's tilsagn om at støtte D økonomisk blev afgivet mundtligt og blev af P gengivet således ved brev af 27. maj 1982:

"Aufgrund Ihrer positiven Auskünfte, die Sie über [D] abgaben und auch wegen Ihrer Erklärung, den durch den hohen Auftragseingang bei [D] entstehenden zusätzlichen Liquiditätsbedarf in einer Größenordnung von 5,3 Millionen DM über Bürgschaften Ihres Unternehmens abzudecken und somit die Finanzierung zu ermöglichen, haben wir [D] bereits am 11.

10 Jfr. dommen s. 7.

11 Jfr. dommen s. 8.

12 Jfr. dommen s. 10, der må forstås således, at beløbet var indbetalt til D.

13 P påberåbte sig en lang række forhold, herunder mundtlige tilsagn, som retten imidlertid ikke anså for bevist. Se nærmere dommen s. 18 og s. 23.

14 Jfr. dommen s. 19 og s. 30 ff.

15 Jfr. dommen s. 6 sammenholdt med s. 28 f.

Mai 1982 einen Auftrag in Höhe von 3,1 Millionen DM erteilt. Wir rechnen damit, in Kürze einen weiteren Auftrag in ähnlicher Dimension an [D] weitergeben zu können.

Sie boten uns an, die Unterstützung [von D] durch Ihr Unternehmen in schriftlicher Form kurz zu bestätigen. Wir möchten hiervon gern Gebrauch machen und bitten Sie um eine entsprechende Nachricht.”

Herpå svarede M ved skrivelse af 1. juni 1982 således:

“Wir bestätigen Ihnen gern, daß wir [D] die notwendigen Finanzierungsmittel zur Produktion und Lieferung von Entstaubungsanlagen an Sie bis zu einer Höhe von ca. 5,3 Mio. zur Verfügung stellen werden und z.T. bereits zur Verfügung gestellt haben.”

Den 5. november 1984 opsigde M alle sine kreditter og kautioner over for D – beløbende sig til i alt ca. 6 mio. DEM – til omgående indfrielse. Dette resulterede i, at D blev erklæret konkurs. Bobehandlingen blev indstillet i 1988 på grund af manglende midler.

P gjorde bl.a. gældende, at M var forpligtet til at stille finansielle ressourcer i en størrelsesorden på 5,3 mio. DEM til rådighed for D, indtil D's forpligtelser over for P som ordregiver var fuldt opfyldt. Ved at opsigte kreditterne til omgående indfrielse havde M i stedet forårsaget D's økonomiske sammenbrud.

Heri fik P ikke medhold. Efter rettens opfattelse havde M kun indestået for D's *betalingsdygtighed* (“Zahlungsfähigkeit”) – ikke dets *betalingsvillighed* (“Zahlungswilligkeit”). Retten fandt ingen holdepunkter for, at D's ikke-opfyldelse af sine forpligtelser skyldtes manglende tilførsel af finansielle ressourcer fra M's side.¹⁶ M's forpligtelse gjaldt i øvrigt kun i det tidsrum, der krævedes til ordentlig opfyldelse over for P, og omfattede ikke den efterfølgende garantiperiode.¹⁷

Afgørelsen er kommenteret af *Schröter* i WuB IV A. § 276 BGB 2.90, der fremhæver, at erklæringen indeholdt såvel en *beløbsmæssig* som en *tidsmæssig* (saglig) begrænsning. Det sidste var afgørende: M's erklæring angik kun D's finansielle ressourcer i produktions- og leveringsfasen – ikke i garantiperioden.

Endelig kan der være grund til at omtale en norsk afgørelse, utrykt dom af 4. juni 1988 fra Frostating Lagmannsrett (ankesak nr. 145/1987):¹⁸

Spørgsmålet i sagen var, om et selskab (M), som forhandlede om at overtage aktiemajoriteten i et andet selskab (D), havde afgivet en indeståelse over for en af D's vareleverandør (P). Mellem M og ejeren af D var den 14. og 15. juli 1986 opnået enighed om vilkårene for M's overtagelse af aktiemajoriteten i D. Endelig aftaleindgåelse skulle afvente opfyldelsen af to betingelser, som M havde stillet, dels at D fortsat havde visse forhandlerrettigheder, dels at forretningsføreren i D's Oslo-afdeling ikke sagde sin stilling op.

¹⁶ Jfr. WM 1989.1642, på s. 1646, 2. sp.

¹⁷ Jfr. WM 1989.1642, på s. 1646, 2. sp.

¹⁸ Afgørelsen er omtalt af *Røsæg* s. 367 ff.

Den 18. juli 1986 var P's direktør på besøg hos D. P var hovedleverandør til D og havde et tilgodehavende på 2,4 millioner NOK med forfaldsdag den 31. juli 1986. Der fandt et møde sted mellem M og P, hvori også D's økonomichef deltog. P indrømmede på mødet D henstand med betalingen til årets udgang, og D's økonomichef udfærdigede den 21. juli 1986 på D's brevpapir sålydende bekræftelse:

“Pr. 21.07.86 har vi en saldo i Deres favør på kr. 2.481.049,51.

Iflg. aftale mellem [P's direktør] og [M's direktør] skal denne fordring samt det som evt. tilkommer frem til 30.09.86 betales pr. 31.12.86. Fakturaer etter 1.10.86 skal ha betalingsbetingelse 90 dager.

Der skal ikke debiteres morarenter i perioden.”

Bekræftelsen blev underskrevet af D's økonomichef og af M's direktør og fremsendt til P.

Den 1. august 1986 viste det sig, at M's betingelser ikke kunne opfyldes, og M's overtagelse af D blev opgivet. Da P blev klar over dette, skrev P den 8. august 1986 til D med krav om en bankgaranti for fremtidige vareleverancer. P sendte en kopi til M med tilføjelsen, at M “fortsatt hadde ansvar etter erklæringen av 21. juli 1986”. Dette blev bestridt af M.

M blev dømt ved byretten, men frifundet ved lagmannsretten, der bl.a. lagde vægt på, at det aldrig havde været M's mening at forpligte sig som kautionist.¹⁹ P burde have sikret sig en egentlig garanti, såfremt man ønskede dette.²⁰ Når P indrømmede henstand var det udtryk for en villighed, idet P håbede på, at M ville overtage D, hvorefter P reelt ville være sikker på at få betaling.²¹ Også det forhold, at bekræftelsen blev udfærdiget af D's økonomichef – og ikke af M's direktør – viste, at der ikke var tale om garantistillelse.²² Heroverfor kunne det ikke tillægges nogen vægt, at bekræftelsen kom fra debitor – og ikke, som man kunne vente, fra kreditor – eller at der i bekræftelsen henvistes til aftale mellem M's direktør og P's direktør.²³ At M's direktør havde underskrevet bekræftelsen, blev heller ikke tillagt betydning.²⁴

Efter min opfattelse kunne man yderligere have henvist til, at *P's krav om bankgaranti fra D var uberettiget*, såfremt P virkelig havde fået en indeståelse fra M. I så fald var henstanden jo netop “betalt med” denne indeståelse. Ved sine skrivelser af 8. august 1986 afslørede P således i virkeligheden, at P heller ikke selv troede på, at M havde afgivet en indeståelse.

På baggrund af U 1989.618 V må det nok antages, at *der – alt andet lige – skal*

19 Jfr. lagmannsrettens dom s. 7.

20 Jfr. lagmannsrettens dom s. 8.

21 Jfr. lagmannsrettens dom s. 8.

22 Jfr. lagmannsrettens dom s. 9.

23 Jfr. lagmannsrettens dom s. 9.

24 Jfr. lagmannsrettens dom s. 10. – D's økonomichef forklarede, at han fandt det rigtigst, at M's direktør skrev under, da han havde deltaget i mødet. M's direktør forklarede, at han underskrev i al hast uden at tænke nærmere over indholdet.

mere til, før en likviditetserklæring afgivet af fysiske personer anses for bindende. De to tyske domme og den netop omtalte norske dom kan vel ikke siges at bestyrke antagelsen af denne retningslinje for fortolkningen – men de taler i hvert fald på ingen måde imod den.²⁵

En anden formulering af den nævnte retningslinje er, at *der anlægges en videre fortolkning af erklæringer fra fysiske eller juridiske personer, som ejer hele kapitalen i det selskab (D), erklæringen angår, end af erklæringer, som hidrører fra fysiske personer eller selskaber uden ejerinteresser i D.*

For tysk ret er dette synspunkt allerede tidligt fremført af *Kronstein*: Die abhängige juristische Person (1931) s. 80 f. I samme retning også *Rehbinder*: Konzernaußenrecht (1969) s. 325 og *Rümker* i WM 1974 s. 993, men afvigende *Mosch* s. 45.

Navnlig diskuteres i tysk teori, om en udtalelse fra et *moderselskab* om, at det “står bag” sit datterselskab, må forstås som en egentlig indeståelse. (Der er enighed om, at en sådan udtalelse *uden for koncernulførelse* ikke indebærer en indeståelse, medmindre omstændighederne uden for ordlyden i afgørende grad taler derfor.)

En vis støtte for det hævdede synspunkt om betydningen af de økonomiske interesser kan findes i afgørelserne U 1936.72 H, U 1965.110 H (NDs 1965.16) og U 1965.838 H.

Den anførte retningslinje for fortolkningen kunne tænkes strakt endnu videre: *Jo større “nærhed”, der er mellem afgiveren og det selskab (D), erklæringen angår, desto snarere vil den blive anset for forpligtende.*

I kautionsretten er det uomtvisteligt, at graden af “nærhed” mellem hovedmand og kautionist kan få betydning i forskellige relationer. Således f.eks. ved afgørelsen af, om det kræves, at kreditor accepterer kautionserklæringen over for kautionisten. Se herom *Carsten Smith III* s. 140, hvor det fremhæves, at en accept ikke kræves, hvor der er “en særlig nær forbindelse mellem hoveddebitor og garantist (“the insider rule”), som hvor hoveddebitor er aksjonær eller interessent.”

En så vidtstrakt retningslinje kan dog næppe opstilles: I almindelighed kan “nærheden” – og den heri liggende *mulighed* for afgiveren i henseende til at udøve indflydelse og kontrol – ikke have nogen videre betydning. Det må kræves, at afgiveren faktisk – kendeligt for P – *har udnyttet denne mulighed*. Interessen må herved navnlig rette sig mod afgiverens indblanding i forhandlingerne mellem långiver og låntager, jfr. herom nærmere nedenfor i afsnit 3.

²⁵ I dommen fra OLG München (1 U 3949/86) fulgte den mildere bedømmelse på ét punkt direkte af lovbestemmelser: En kommanditist er ikke undergivet samme strenge reklamationsskik som en “Kaufmann”, jfr. nærmere HGB §§ 1-6 og dommen s. 19.

2. Afgiverens afvisning af at kautionere

I en del afgørelser fremhæves det som en vigtig omstændighed, at afgiveren af likviditetserklæringen har *afvist at kautionere*. Navnlig må landsrettens begrundelse i U 1989.618 V anføres i denne forbindelse:

“Det er ubestridt, at [D’s direktør] under forhandlingerne med [P’s direktør] om indgåelsen af leasingkontrakten *klart gav udtryk for, at de indstævnte ikke ville påtage sig kaution* for selskabets forpligtelser i henhold til kontrakten, og at det derefter på [P’s direktørs] *initiativ* blev aftalt, at [aktionærerne] i stedet skulle underskrive den omhandlede “*hensigtserklæring*”, *uden at det i den forbindelse blev drøftet, hvilke retsvirkninger der måtte være knyttet til en sådan erklæring*” (udh. her).

Begrundelsen må forstås på den måde, at P’s direktør, da han bragte “hensigtserklæringen” i forslag, var på det rene med, at aktionærerne ikke ville indestå for D’s forpligtelser. P’s direktør måtte indse, at aktionærerne gik ud fra, at erklæringen ikke indeholdt forpligtelser, som reelt var lige så belastende som en kautionsforpligtelse, jfr. overskriften “hensigtserklæring” og den omstændighed, at retsvirkningerne ikke blev drøftet. Herefter måtte det følge af princippet i Aftl. § 32, stk. 1, at P – uanset at erklæringen efter ordlyden var forpligtende – var afskåret fra at gøre erklæringen gældende mod aktionærerne, der kendeligt ikke ville forpligte sig.²⁶

Der kan være grund til at påpege, at U 1989.618 V er meget konkret begrundet, og at afgørelsens rækkevidde derfor er ret begrænset. *For det første* var der i sagen tale om en erklæring afgivet af *fysiske personer*.²⁷ *For det andet* var disse personer – kendeligt for P – i høj grad uprofessionelle med hensyn til dokumentudfærdigelse i almindelighed og “dobbeltpillet” ved støtteerklæringer i særdeleshed.²⁸ *For det tredje* var det ubestridt, at personerne klart havde afvist at kautionere, og at P’s direktør herefter havde bragt erklæringen i forslag, uagtet at han selv “mente, at denne erklæring havde samme værdi og indhold som en kautionserklæring”.²⁹

På denne baggrund kan der navnlig ikke drages den slutning fra U 1989.618 V, at en afvisning af at kautionere *i sig selv* er tilstrækkelig til at finde afgiveren af en efter ordlyden bindende erklæring, jfr. U 1994.470 H.

26 Jfr. ovenfor i kapitel VII om de såkaldte dolus- og culpapregler. Min tidligere kritik af begrundelsen – se i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 22 – kan således ikke opretholdes: Aftl. §§ 33 og 36 bliver der kun brug for, hvis der er afgivet et i princippet bindende løfte – og det er ikke tilfældet her.

27 Jfr. ovenfor i afsnit 1.

28 Se herom nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.1.

29 Jfr. U 1989.618 V, på s. 619.

Hvis afvisning af at kautionere i sig selv var afgørende, ville der i øvrigt sjældent være noget problem: En støtteerklæring har som *typebaggrund*, at M ikke vil (erklære at) indestå for D, og der vil derfor snart sagt altid foreligge en afvisning af at kautionere, jfr. således også U 1994.470 H.

Den oprindelige afvisning af at kautionere hindrer imidlertid ikke, at afgiveren indlader sig på det “dobbeltspil”, der ligger i afgivelsen af en støtteerklæring. Dette spil kan afgiveren tabe, og man må så konstatere, at afgiveren – trods sin oprindelige afvisning af at kautionere – er endt med at påtage sig en quasi-kautionsforpligtelse.³⁰

Det moderselskab, som har afgivet en likviditetserklæring, der er oplagt bindende, kan således ikke anfægte erklæringens bindende virkning blot ved at henvise til, at man har afvist at kautionere for datterselskabet.

Se f.eks. utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) og utrykt dom af 23. februar 1990 fra Oslo Byrett (sak nr. 680/89-27-22) samt U 1994.470 H,³¹ hvor flertallet udtaler følgende:

“[Afvisning af at kautionere], som er den typiske baggrund for anvendelse af “hensigtserklæringer” af den omhandlede art (støtteerklæringer), kan ikke udgøre tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at [P] havde accepteret, at erklæringen trods ordlyden ikke skulle anses for juridisk forpligtende.”

Nedenfor i kapitel X, afsnit 4 diskuteres det, om ordlyden af erklæringen i U 1994.470 H virkelig var *så* oplagt, at afvisningen af at kautionere i forhold hertil var nærmest betydningsløs.

Det er dog klart, at afvisningen af at kautionere må trække *i retning af det uforpligtende*,³² og navnlig ved erklæringer, som ikke er oplagt bindende, må en sådan afvisning have ikke ringe fortolkningsmæssig betydning.

Mere generelt kan man sige, at jo mere uforpligtende erklæringen forekommer, desto større betydning får afvisningen af at kautionere som fortolkningsmoment. Sml. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15, som med rette fremhæver, at jo stærkere en erklæring er formuleret, desto mere “modstandsdygtig” bliver den over for modstående fortolkningsdata.

Afvisningen af at kautionere kan – ligesom selve erklæringen – være mere eller mindre klar. Jo mere kategorisk afvisningen er, desto større vægt må den – alt andet lige – have.

³⁰ Se nærmere om betegnelsen “quasikautionsforpligtelse” ovenfor i kapitel VI.

³¹ De tre afgørelser er omtalt ovenfor i kapitel VII, afsnit 3. – Se om U 1994.470 H navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

³² Jfr. herved *Gorton* i SvJT 1989 s. 727: “Man måste väga in, att motparten faktiskt vägrat lämna en garanti, och detta måste rimligen ha betydelse.”

Et par advarende bemærkninger kan dog være på sin plads:

For det første må selve afvisningen af at kautionere i almindelighed veje tungere end den ledsagende begrundelse herfor.

For det andet vil det ofte være meget usikkert, hvilken begrundelse der blev givet, og hvordan ordene faldt.³³

Udfærdigelse af en likviditetserklæring efter en forudgående afvisning af at kautionere forelå i U 1989.618 V og U 1994.470 H.

Søgsmålet i U 1989.618 V³⁴ var rettet mod 6 fysiske personer som afgivere af en likviditetserklæring. P's direktør forklarede i retten, at de 6 personer havde afvist at kautionere "af principielle grunde".³⁵

Søgsmålet i U 1994.470 H³⁶ var rettet mod selskabet M, som ejede halvdelen af kapitalen i D, og som havde afgivet en likviditetserklæring sammen med selskabet A, der ejede den anden halvdel.³⁷ P's bestyrer forklarede i retten, at A – på både A's og M's vegne – havde afvist at kautionere under henvisning til, at en oplysning om kautionsforpligtelsen ville "se kedelig ud i regnskabet".³⁸ Herefter havde P's bestyrer bragt en "hensigtserklæring" i forslag under anbringende af, at en sådan erklæring ikke skulle fremgå af regnskabet.

Ved såvel landsretten som Højesteret fandtes M – på trods af afvisningen af at kautionere – at være forpligtet som quasikautionist, men synet på afvisningens betydning var næppe det samme: Landsrettens begrundelse forekommer at være *konkret*: Afvisning af at kautionere er mindre klar, når den er "regnskabsbegrundet" og ikke "principiell". Højesterets begrundelse forekommer at være *generel*: Afvisning af at kautionere kan ikke kan udgøre "tilstrækkeligt grundlag" for at antage, at en efter ordene forpligtende erklæring ikke skal anses for juridisk forpligtende.

Hvis M utvetydigt har afvist at kautionere, kan en erklæring, som går ud på, at M skal støtte D økonomisk, i hvert fald *ikke som udgangspunkt* udlægges på en måde, som medfører en byrde for M, som svarer til, at M havde kautioneret for D.

Som det ses af dommene anført ved note 31, kan erklæringens ordlyd findes at være så oplagt, at afvisningen af at kautionere ingen betydning får.

Om betydningen af M's afvisning af at kautionere udtaler *Lynge Andersen og Werlauff* s. 389 med note 352 følgende:

33 Se hertil den nedenfor nævnte U 1994.470 H.

34 Afgørelsen er nærmere omtalt ovenfor i kapitel VII, afsnit 3 og ovenfor i afsnit 1.

35 Se U 1989.618 V, på s. 619.

36 Se om U 1994.470 H navnlig nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

37 Når søgsmålet ikke tillige var rettet mod A, er forklaringen den, at A var gået konkurs uden nogen dækning til simple kreditorer.

38 Ifølge P's bestyrer var begrundelsen for M's afvisning ikke, at *M's egen kreditværdighed* ville blive forringet ved at regnskabet udviste en eventualforpligtelse vedrørende D, men derimod at M i givet fald ville blive mødt med *krav om kaution fra D's øvrige kreditorer*.

“[Sandsynliggørelsesbyrden] for, at der ikke tilsigtedes nogen retlig forpligtelse [...] kan efter omstændighederne nemt løftes, blot eksempelvis hvis det af korrespondance m.v. fremgår, at erklæringens udsteder netop afslog at ville kautionere eller på anden måde hæfte. [...] Støtteerklæringerne er ikke juridisk bindende, når udstederen [har] afslået at hæfte”

I sin generelle form er udtalelsen for vidtgående. Som anført i teksten ovenfor har ordlydens klarhed afgørende betydning for, hvilken vægt der kan tilkomme afvisningen af at kautionere.

Af M's afvisning af at kautionere kan i øvrigt ikke logisk sluttes, at M har afvist *enhvert ansvar* for D's tilbagebetaling af kreditten. Det er tænkeligt, at M har påtaget sig *en anden – og mindre byrdefuld – forpligtelse*, end den som ville følge af en kautionserklæring. Se om sådanne mellemløsninger nærmere nedenfor i kapitel XI.

Det kan konkluderes, at afgiverens afslag på at kautionere er *et fortolkningsmoment, som må anvendes med nogen forsigtighed*.³⁹ Forpligter en erklæring efter ordlyden *klart* M til at sørge for, at D kan tilbagebetale kreditten til P, kan M's afvisning af at kautionere som hovedregel ikke *i sig selv* begrunde, at erklæringen frakendes løftevirkning. Er erklæringen i lyset af de konkrete omstændigheder *blot noget uklar*,⁴⁰ må M's afvisning af at kautionere derimod have den betydning, at erklæringen i almindelighed ikke kan anses at indeholde en forpligtelse, der er omtrent lige så byrdefuld for M som en (tabs)kautionsforpligtelse.

Som fremhævet ovenfor i kapitel II er likviditetserklæringer – og det gælder ganske særligt de (bevidst) uklare erklæringer – udtryk for et *kompromis* mellem M og P. En fuldstændig frifindelse af M kan følgelig have lige så lidt for sig som en domfældelse, der pålægger M samme byrde som en kautionsforpligtelse. “Kompromissynspunktet” forfølges nærmere nedenfor i kapitel XI.

3. Diverse forhold vedrørende afgiveren

En hel række forskellige forhold med tilknytning til afgiveren kan være af betydning for fortolkningen af en likviditetserklæring.

For det første er det klart, at *fortilfælde* mellem det involverede moderselskab og pengeinstitut kan være et væsentligt fortolkningsbidrag. Har M tidligere opfyldt en likviditetserklæring ved at tilføre D beløb eller ved at foretage

39 Sml. *Røsæg* s. 256 ff. og s. 283, hvor det fremhæves, at parternes forudsætninger – med nogenlunde samme føje – går i hver sin retning, jfr. særlig s. 259.

40 Men dog ikke *så* uklar, at den ikke opfylder den grundlæggende løftebetingelse om “bestemthed”, jfr. herom ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1. og kapitel VII, afsnit 4.

betalinger direkte til P,⁴¹ vil M næppe kunne komme igennem med, at erklæringen (eller en senere ligelydende erklæring) er uforbindende.⁴² Dette gælder dog ikke, hvis M i forbindelse med opfyldelsen over for P har påpeget, at opfyldelsen er sket pr. kulance og uden vedkendelse af en retspligt. Derimod kan man næppe tillægge det vægt, at P har undladt at forfølge en tidligere erklæring, som havde samme tekst som den, der senere opstår tvist om. P kan have ment, at beløbet var så beskedent, at et sagsanlæg mod M – og hvad deraf måtte følge – ville være en dårlig idé. Hvis hændelsesforløbet om erklæring nr. 1 er endelig udspillet på det tidspunkt, hvor erklæring nr. 2 afgives, må P's "opgivelse" dog være et moment, der taler imod løftevirkning af denne erklæring, medmindre P i forbindelse med forhandlingerne herom har indskærpet, at man opfatter erklæringen som retligt bindende for M.

For det andet må det drøftes, om *længden af forretningsforholdet mellem M og P* har nogen fortolkningsmæssig betydning. Udgangspunktet må være, at dette moment ikke har nogen vægt. Da loyalitetspligten i kontraktsforhold – alt andet lige – er større i længerevarende kontraktsforhold, ligger den tanke dog ikke ganske fjern, at M lettere bliver forpligtet over for P, hvis der har bestået en langvarig forretningsforbindelse mellem dem på tidspunktet for likviditetserklæringens udfærdigelse. Hvis M tidligere – uden at have afgivet nogen erklæring i denne retning – er kommet datterselskaber til undsætning med økonomiske tilskud, kan P måske endog i helt særlige tilfælde have en berettiget forventning om lignende ydelser til D.⁴³

For det tredje må det undersøges, om det har nogen betydning, at erklæringen er underskrevet af *vitterlighedsvidner*. P vil sikkert hævde, at en påtegning til vitterlighed taler for at anse erklæringen for retligt forpligtende – thi hvorfor skulle en ren hensigtserklæring dog afgives under så højtidelige former?

Efter min opfattelse har denne omstændighed dog kun ringe eller ingen vægt. Som udgangspunkt er der i dansk ret ingen formkrav til løfter. Overholder man visse former, er det altså en frivillig sag. Hertil kommer, at en støtteerklæring typisk indeholder et løfte om ikke at afhænde aktierne i D (en ejerskabserklæring), og at vitterlighedspåtegningen kan have sammenhæng hermed. Indeholder erklæringen oplysninger, har det også god mening at iagttage højtidelige former, således at de givne oplysninger fremstår som betydningsfulde for både afgiver og modtager. I øvrigt er der ikke i sig selv

41 Ordene "opfyldt en likviditetserklæring" er vigtige. En sådan opfyldelse vil ikke i almindelighed foreligge, blot fordi M tilfører D midler (det kan der være så mange grunde til) – anderledes derimod ved M's betalinger direkte til P.

42 Jfr. også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15.

43 Hermed nærmer vi os den situation, der ovenfor er benævnt "fortilfælde". – Se om adfærd med løftevirkning i øvrigt ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.2.

noget ulogisk i at forsyne en ren hensigtserklæring med vitterlighedspåtegning. Hvis en tilkendegivelse om hensigt overhovedet skal have nogen værdi for modtageren, må tilkendegivelsen i hvert fald stamme fra de(n) rette person(er). Endelig vil det kunne bero på rene tilfældigheder, om en erklæring forsynes med vitterlighedspåtegning eller ej. Der er tale om en formssag, og herfra kan man ikke drage vidtgående slutninger til indholdet.

Under særlige omstændigheder kan det forhold, at der er underskrevet til vitterlighed på erklæringen, dog være et moment, der taler for, at erklæringen indeholder løfter af en eller anden art. Derimod er det helt oplagt, at argumentet ikke kan “vendes om”: Manglende vitterlighedspåtegning kan under ingen omstændigheder siges at pege i retning af, at erklæringen er uforbindende.

For det fjerde kan man spørge, om det skulle have nogen betydning, at erklæringen – kendeligt for P – har været *taget op på bestyrelsesniveau i M*. Bestyrelsesbehandlingen kunne hævdes at vise sagens alvor og dermed tale for antagelsen af en forpligtelse. Dette er dog ikke rigtigt: Bestyrelsens indblanding kan i lige så høj grad tilskrives et ønske om at undgå en forpligtende erklæring. I almindelighed kan dette forhold derfor næppe have nogen betydning. Derimod er det selvsagt afgørende, at modtageren sikrer sig, at erklæringen er *underskrevet af personer med evne til at forpligte M i så henseende*. Det må understreges, at ikke blot tegningsberettigede personer, men også visse stillingsfuldmægtige kan forpligte M ved en likviditetserklæring.⁴⁴

Argumentet om behandling på bestyrelsesniveau blev tillagt vægt af 1. instans i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, jfr. (1988) I All ER 714, 717 og 724. Anderledes i 2. instans, jfr. (1989) I All ER 787 og 788. Se endvidere *Jan Dahl* i Forhandlingerne ved Det 30. nordiske Juristmøde, bind II (1984) s. 455 f. om *letters of intent*.

Et herfra forskelligt spørgsmål er, om en foreskrevet bestyrelsesbehandling af påtagelse af kautionsforpligtelser kan undgås ved i stedet at udfærdige en støtteerklæring, herunder en likviditetserklæring. Se herom nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

For det femte må det undersøges, om den omstændighed, at M notefører erklæringen efter ÅRL § 46, stk. 3, taler for at anse erklæringen for forpligtende. *Lego Andersen* antager i RR nr. 4/1992 s. 15, at noteførsel “indicerer [...], at [M] har anset erklæringen som en form for garanti”, hvorimod manglende noteførsel kun “har ringe fortolkningsmæssig betydning”. Derimod vil *Røsæg* s. 108 f. ikke tillægge noteførsel nogen fortolkningsmæssig betydning i det hele taget.⁴⁵ Dette synspunkt er *Røsæg* dog nærmest *tvunget* til at hævde,

⁴⁴ Jfr. nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.5.2.

⁴⁵ Der erindres i denne forbindelse om *Røsægs* synspunkter om “regnskabssvig” og imødegåelsen heraf ovenfor i kapitel IV, afsnit 4.

da han jo kræver, at en støtteerklæring noteføres i tvivlstilfælde.⁴⁶

Det er vel et spørgsmål, om man overhovedet kan sige noget generelt om betydningen af *stedfunden noteførsel* – svaret vil i høj grad afhænge af de konkrete omstændigheder.⁴⁷ *Skal* man sige noget generelt herom, må det blive, at noteførsel kan være sket for alle tilfældes skyld og *ikke i sig selv* godtgør, at M mener sig forpligtet. Om *undladt noteførsel* kan derimod nok sige noget generelt – men det bliver, at den næppe har nogen fortolkningsmæssig betydning overhovedet.⁴⁸

Se om oplysninger i regnskabsmateriale i øvrigt afgørelserne U 1956.903 SH (kreditering af et beløb i skyldnerens bøger uden meddelelse herom til kreditor var ingen anerkendelse af skyld) og U 1963.87 H (privatbanes medtagelse af gældspost var under de foreliggende omstændigheder – kreditor ydede på baggrund af regnskabet dækning til banens underskud – en forældelsesafbrydende anerkendelse).⁴⁹

For det sjette kan M's *indblanding i forhandlingerne* om kredit til D undertiden tage en sådan form, at P herudfra kan slutte noget om M's vilje til at svare for D's gæld. I en tidligere omtalt svensk sag – Svea Hovrätt, dom af 19. april 1991 (15. avd., mål nr. T 1019/89)⁵⁰ – var forholdet det, at M over for P havde erklæret, at der var opnået valutalicens for en overførsel af beløb til D. Dette moment kan næppe i sig selv være afgørende, men under visse omstændigheder vil det formentlig kunne styrke en antagelse om, at M har forpligtet sig over for P.

Se hertil *Carsten Smith III* s. 125, hvor det om grænsedragningen mellem en *erklæring om at kautionere for* og en *anbefaling om at yde kredit til* en given person kort og koncist udtales:⁵¹

“Retningslinjen for avgjørelsen vil her være hvor bestemt form utsagnet har og *hvor aktivt den erklærende tar del i etableringen av hovedforholdet*” (udh. her).⁵²

46 Jfr. nærmere herom ovenfor i kapitel IV, afsnit 2.

47 Navnlig kan vel revisors forklaring få stor betydning her.

48 Altså på linie med *Lego Andersens* synspunkt, jfr. ovenfor. – Se om manglende noteførsel (som modtageren ikke reagerer overfor) i øvrigt også ovenfor i kapitel IV, afsnit 4 og nedenfor i kapitel IX, afsnit 7.

49 Vedrørende forældelse må det mærkes, at en anerkendelse *inden indtrådt forældelse* ikke behøver at være dispositiv, jfr. *Ussing: Almindelig del* (1967) s. 396 og *Gomard III* s. 234. En anerkendelse *efter indtrådt forældelse* skal derimod være dispositiv, jfr. *Gomard l.c.* med note 34 og med henvisning til U 1959.178 H.

50 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VII, afsnit 5.

51 Likviditetserklæringens karakter af anbefaling er omtalt ovenfor i kapitel V, afsnit 8.2.

52 Hvad angår erklæringens mere eller mindre bestemte form henvises til kapitel VII ovenfor.

I hvert fald kan M's indblanding få væsentlig betydning, såfremt den antager karakter af *videregivelse af oplysninger* om D. På den ene side må det være klart, at et moderselskab som hovedregel kan undlade at gribe ind i datterselskabets forhandlinger med potentielle kreditgivere,⁵³ men på den anden side må der stilles krav om, at en eventuel indblanding ikke antager form af vildledning af kontraktsparten gennem tilsløring af faktiske forhold.⁵⁴ Der må således stilles krav om, at M's oplysninger om D er *korrekte, relevante og loyale*,⁵⁵ og navnlig om, at "ubehagelige" fakta om D ikke forties.⁵⁶ Afgivelse af urigtige eller mangelfulde oplysninger medfører i almindelighed kun erstatningsansvar.⁵⁷ For så vidt angår likviditetserklæringer vil reaktionen måske i særlige tilfælde kunne blive, at selv en noget løs erklæring om at støtte D anses for forpligtende, dvs. tillægges løftevirkning.⁵⁸

For det syvende vil baggrunden for udfærdigelsen af støtteerklæringen kunne have fortolkningsmæssig betydning. I almindelighed kan dette dog kun gælde, såfremt baggrunden var *kendelig* for P som erklæringsmodtager. Der er grund til at advare mod at overvurdere dette fortolkningsmoment: P's formodning eller viden om, at M kun afgiver en likviditetserklæring for at undgå pligten til noteførsel i regnskabet, kan ikke i sig selv betage en bindende erklæring dens virkning.⁵⁹ Der er forskel på, om M – kendeligt for P – går ud fra noget som givet eller blot håber på, at noget faktisk forholder sig på en bestemt måde.⁶⁰

53 Kreditgiverne må i første række selv afgøre, om datterselskabet er kreditværdigt. I anden række kan ansvar for ledelsen i datterselskabet komme på tale. Først i tredje række kunne et ansvar for moderselskabet – begrundet i en "koncernledelsespligt" el. lign. – indgå i overvejelserne.

54 Se i denne retning også *Werlauff*: Selskabsmasken (1991) s. 196: "[Erstatningsansvar, hvis] erklæringen [er] egnet til at bibringe adressaten den opfattelse, at [...] [selskabets] formue danner tilstrækkelig basis for kredittagelse, mens kontrolgruppen faktisk er bekendt med, at selskabets drift og låntagning i alt væsentligt bæres af [kontrolgruppen] [...]". – Svigagtig adfærd – og adfærd, der grænser hertil – udløser ansvar for modpartens negative kontraktsinteresse, jfr. *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 159.

55 Dvs. "loyale" over for kreditgiveren. At oplysningerne ikke er illoyale over for D, giver sig selv.

56 Se om svig vedrørende økonomiske vanskeligheder nærmere *Lynge Andersen og Nørgaard* s. 157.

57 Se således også utrykt dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88), omtalt nedenfor i kapitel IX, afsnit 1. – Se i øvrigt nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2.

58 Sml. ansvaret for "pseudoafgiver" af løfter omtalt ovenfor i kapitel II, afsnit 1.1.2. Sml. også U 1974.129 H (NDs 1973.649) vedrørende spørgsmålet, om selskabet eller "personen bag" var aftalepart. Personen ansås for aftalepart, bl.a. under henvisning til selskabets svage økonomi, som indebar, at personen havde "særlig anledning til at præcisere", hvem der var kontraktspart.

59 Spørgsmålet er drøftet mere udførligt ovenfor i kapitel IV, afsnit 4, hvor der også er taget forbehold for det modsatte resultat i ekstreme tilfælde. – Spørgsmålet er, om der ikke i U 1994.470 H forelå *betydeligt mere* end blot en sådan passiv viden hos P, jfr. nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

60 Jfr. hertil *Ramberg* i JT 1992-93 s. 359.

Aftalesituationen, 2. hovedafsnit: Forhold vedrørende modtageren

I dette kapitel vil forholdene vedrørende modtageren af likviditetserklæringen blive undersøgt nærmere. I afsnit 1 drøftes betydningen af modtagerens “status” (f.eks. pengeinstitut eller leverandør?). Herefter undersøges i afsnit 2 den måde, hvorpå erklæringen er kommet til eksistens (betingelse for kreditgivning?). I denne sammenhæng drøftes indretningssynspunkter og vildledningsrisiko. Det undersøges i afsnit 3, om det har nogen betydning, hvem der tager initiativet til erklæringen. I afsnit 4 behandles den måde, hvorpå erklæringen er udformet, navnlig betydningen af erklæringens eventuelle karakter af en standardkontrakt. I afsnit 5 undersøges, om der vil kunne udledes noget af eventuelt skriftligt materiale ved siden af erklæringen. Betydningen af modtagerens “nærhed” til M og D drøftes i afsnit 6. Afslutningsvis behandles i afsnit 7 betydningen af modtagerens egen opfattelse.

1. Modtagerens “status”

Almindeligvis er modtageren af en støtteerklæring (likviditetserklæring) et pengeinstitut eller anden professionel långiver, f.eks. et leasingselskab som i U 1989.618 V. Det forekommer da nærliggende at spørge, om professionalismen er et argument imod antagelsen af en forpligtelse fra moderselskabets side.

Der kan næppe være tvivl om, at kreditgiverens professionelle forhold til støtteerklæringer i visse tilfælde er af betydning. Et pengeinstitut vil regelmæssigt komme ud for mange sådanne erklæringer, et moderselskab vil derimod kun yderst sjældent udfærdige mere end en enkelt erklæring af denne art. Den bedste forståelse for resultatet i U 1989.618 V opnår man ved at holde parternes forskellige grad af professionalisme op mod hinanden: Leasingselskabet kunne ikke – når aktionærerne klart havde afvist at kautionere – bringe en likviditetserklæring i forslag uden at forklare, hvilke retsvirkninger den skulle have.

Støtteerklæringer afgives imidlertid ikke sjældent af moderselskaber, som har en pæn størrelse.¹ Det har endog været hævdet, at M's styrke er hele baggrunden for, at en støtteerklæring overhovedet kommer på tale – nærmere bestemt M's styrke til at fastholde en afvisning af at kautionere.² I hvert fald kan man sige, at M kan købe sig til juridisk ekspertise, hvis M ikke selv råder over den. Der kan herefter ikke *generelt* argumenteres for, at M skulle være underlegent i forhold til P.

Allerede fordi de allerfleste likviditetserklæringer afgives over for pengeinstitutter, ville det ikke give nogen reel vejledning at formulere en regel om, at der – alt andet lige – skal mere til, for at afgiveren bindes over for et pengeinstitut end over for andre. Derimod kan der være en vis vejledning i en regel om, at *der over for uprofessionelle modtagere undertiden skal mindre til, før afgiveren bindes*.

Mere generelt kan man formentlig sige, at *i jo højere grad modtageren er professionel i henseende til at tage imod likviditetserklæringer, i desto højere grad vil han blive "fanget af" en ren ordlydsfortolkning*.³ Har et pengeinstitut taget imod en erklæring, som efter en ren ordlydsfortolkning ikke giver det nogen løfte, skal det således ikke regne med, at domstolene vil være tilbøjelige til at indfortolke et løfte begrundet i pengeinstitutets "forventninger".⁴

Fra svensk retspraksis foreligger et tilfælde, hvor modtageren var uprofessionel, nærmere bestemt en utrykt dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88):

Et svensk selskab (M), der – ligesom et andet selskab (A) – ejede en trediedel af aktiekapitalen i et andet svensk selskab (D), afgav følgende erklæring over for en fransk stålleverandør (P):

"This letter confirms that [M], a company owned by the community of Söderhamn is the owner of 33% of the shares of [D]."

- 1 Udsagnet er i hvert fald rigtigt for f.eks. *Tysklands* vedkommende. De få sager, som har været ført i *Danmark*, synes dog nærmest at tale imod udsagnet. Det forekommer ikke usandsynligt, at vi i Danmark – som hovedsagelig præges af små og mellemstore virksomheder – oftere end i mange andre lande vil støde på "uprofessionelle" afgivere af støtteerklæringer, hvilket – alt andet lige – må føre til en højere "frifindelsesprocent".
- 2 Jfr. Köhler i WM 1978 s. 1341, som anfører, at en støtteerklæring kun kommer på tale, hvis (1) M har en ret stærk forhandlingsposition ("Verhandlungsstärke"), og (2) der består et tilidsforhold ("Vertrauensverhältnis") mellem M og P. – Ifølge Mosch s. 11 anvendes støtteerklæringer ved kreditter fra ca. 400.000 til 25.000.000 DEM med et gennemsnit på mere end 2.000.000 DEM.
- 3 Det samme ræsonnement har principielt også gyldighed for afgiverne af støtteerklæringer, jfr. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.
- 4 Se hertil også nærmere nedenfor i afsnit 2.

We have last month of July granted [D] a loan of 20 million SEK in order of *[sic]* improve the liquidity of the company.

[A] also holds 33% of the shares of [D]. They granted [D] a loan of 20 million SEK at the same time for the same reason.

We, [M] declare that we intent *[sic]* to support [D] also for the future, if it should be necessary.”

Oplysningen om, at A havde ydet D et lån på 20 millioner SEK var urigtig. Økonomichefen for A forklarede, at der kun havde været forhandlinger om et lån på 10 millioner SEK, og at disse forhandlinger var endt uden resultat.⁵

Stålleverancen ankom til D den 13. oktober 1985. Samme dag besluttede bestyrelsen for D at indgive selskabets konkursbegæring.

I begge instanser blev M dømt til at betale P for leverancen. Hovrätten lagde til grund, at D havde haft betydelige likviditetsproblemer på tidspunktet for erklæringens afgivelse, at P – der bl.a. fra dagspressen var bekendt hermed – havde forlangt en erklæring fra aktionærerne i D, og at stålleverancen først var blevet afsendt, efter at P havde modtaget den pågældende erklæring pr. telefax.

Retten anførte, at erklæringen ikke havde et sådant indhold, at M umiddelbart var forpligtet til at betale til P.⁶ Erklæringen havde imidlertid været en forudsætning for stålleverancen, og efter baggrunden for og indholdet af erklæringen var det klart, at formålet havde været at indgyde P tillid til D. Det kunne vel ikke anses godtgjort, at M havde afgivet bevidst urigtige oplysninger, men D's situation var utvivlsomt alvorlig ved erklæringens afgivelse, når D kunne gå konkurs blot 3 uger senere. Retten fastslog, at M havde handlet uagtsomt ved under de foreliggende omstændigheder – uden forbehold – at erklære sig rede til at støtte D, hvis det skulle være nødvendigt.⁷

Som det ses, begrundes resultatet – at M skal betale P for stålleverancen – med, at M har handlet ansvarspådragende.⁸ Retten afviser derimod, at erklæringen efter sin ordlyd set i lyset af hele aftalesituationen kan anses at indeholde et løfte.⁹ Spørgsmålet: løfte eller erstatningsansvar (for urigtig oplysning m.v.) er nærmere omtalt ovenfor i kapitel III.¹⁰

Det blev ikke under sagen gjort gældende, at P måtte være henvist til at få aftalen med D erklæret ugyldig på grund af urigtige eller bristede forudsætninger.¹¹ Sml. NJA 1985.178 SvH (NDs 1985.112), hvor sælger (i øvrigt også en stål-

5 Jfr. hovrättens dom s. 6.

6 Jfr. hovrättens dom s. 9.

7 Jfr. hovrättens dom s. 10.

8 Jfr. hovrättens dom s. 10: “oaktsomt” og “svara för den skada som åsamkats [P] till följd av att detta bolag i förlitan på brevets innehåll fullgjorde den åsyftade stålleveransen”.

9 Jfr. hovrättens dom s. 9: “Varken brevets innehåll eller omständigheterna i övrigt utgör grund för att ge brevet denne innebörden att [M] [...] kan anses vara direkt betalningsskyldigt för [D's] skuld til [P].”

10 Se også ovenfor i kapitel V, afsnit 8.2.

11 Eller eventuelt på grund af D's svigagtige fortællelse af sine meget alvorlige økonomiske problemer, jfr. herom nærmere *Lyngé Andersen og Nørgaard* s. 157.

leverandør) af køber (et skibsværft i betalingsstandsning) havde fået oplyst, at staten havde givet tilsagn om et kapitaltilskud, hvilken oplysning viste sig at være urigtig.¹² Aftalen ansås for ugyldig, og konkursboet måtte tilbagegive det modtagne til sælger. I den ovenfor refererede hovrættssdom er det ikke givet, at udfaldet var blevet det samme, da de urigtige oplysninger ikke som i NJA 1985.178 SvH (NDs 1985.112) stammede fra køber selv (D), men fra trediemand (M).

Det nævnes ikke i hovrættens begrundelse, at modtageren (P) af erklæringen var uprofessionel i henseende til at tage imod støtteerklæringer. Det kan dog næppe afvises, at også dette forhold kan have spillet en rolle for resultatet. I sagen forklarede P's direktør, at han havde anmodet om "ett garantibrev, lettre de garantie", og at han "opfattede innehållet i brevet så att [M] förpliktade sig att finansiellt hjälpa [D] med pengar."¹³

Nok så afgørende for resultatet har det sikkert været, at der var tale om en erklæring, der blev afgivet efter forlangende fra en leverandør, som faktisk var bekendt med køberens betydelige likviditetsvanskeligheder, og som derfor – kendeligt – ikke var villig til at levere på usikret kredit, jfr. om indretningssynspunktet ved kortvarige kreditter nærmere nedenfor i afsnit 2.

Hvad angår *likviditetserklæringer, som afgives af M over for arbejdstagere i D*, kræves der formentlig noget mindre end ellers for at anse M for forpligtet. Meget tyder på, at der i det hele taget skal *mindre til* i arbejdsretlige forhold, før arbejdsgiveren – eller én, som må sidestilles hermed – anses bundet ved udsagn, han er fremkommet med.¹⁴

Se hertil *Gomard*: Letters of intent (1984) s. 275 med note 44:

"Både i Tyskland og i Frankrig synes domstolene at strække sig meget vidt for at redde ubestemte tilsagn i arbejdsforhold."¹⁵

Afgørelsen U 1982.833 H, hvor Højesteret veg tilbage for at sætte tal på et blankt pensionstilsagn, taler i nogen grad *imod* det standpunkt, som er anført ovenfor. Som påpeget af *Gomard* op. cit. s. 275 ser en sådan afgørelse bort fra, at en lille pension er bedre end ingen. De afgørelser, som *Troels G. Jørgensen* henviser til i TfR 1925 s. 85 ff. – U 1897.798, SHT 1914.204 og U 1924.517 H – taler derimod *for* det her hævdede standpunkt (de nævnte afgørelser angik spørgsmål om pengeydelse fra arbejdsgiver til arbejdstager i henhold til aftaler med ret løst indhold).

12 Afgørelsen er omtalt af *Nørgaard* i *Lynge Andersen m.fl.* s. 165 f. (med henvisninger til svensk litteratur).

13 Jfr. hovrættens dom s. 8. – Den tanke ligger ikke ganske fjern, at der kan have været nogen sprogforbistring, al den stund at kommunikationen mellem Sverige og Frankrig foregik på engelsk.

14 Se også nedenfor i afsnit 2 om tilsagn om gratiale eller bonus.

15 Se de nærmere henvisninger hos *Gomard* l.c.

Se også *Rodhe* i FS Hellner (1984) s. 498 f. og – for tysk ret – *Uwe Schneider* i ZIP 1989 s. 624 ved note 34 samt – for schweizisk ret – *Mosiman: Patronatserklärung mit gesamtarbeitsvertraglicher Bedeutung?*, FS Vischer (1983) s. 419 ff. *Lennart Svensäter: Anställning och upphovsrätt* (1991) gør gældende, at det er ofte er mere rigtigt at anse parternes *status* – og ikke deres *kontrakt* – som afgørende.

Den i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* diskuterede afgørelse – *Edwards v. Skyways Ltd.* – bør også nævnes i denne sammenhæng.¹⁶

Som følge af økonomiske vanskeligheder fandt luftfartsfirmaet *Skyways Ltd.* sig nødsaget til at skære 15% ned på sin stab af piloter. Der blev sendt opsigelsesskrivelser til de pågældende, herunder *Edwards*. Afskedigelserne var imidlertid i strid med procedureforskrifter fra *the National Joint Council*, og der blev derfor afholdt et møde mellem de afskedigede piloter og selskabet. Her drøftedes en godtgørelse til piloterne, og i denne forbindelse anvendte selskabets direktør ordene “*approximating to*” herom. I et efterfølgende *newsletter* afgav selskabet følgende erklæring:

“[...] To those pilots who are finally declared redundant, the company will make an *ex gratia* payment equivalent to their (the company's) own contributions to the Provident or Pension Scheme.”

Der opstod tvist mellem selskabet og de berørte piloter. Selskabet gjorde gældende, dels at tilsagnet ikke var udtryk for en beslutning om at forpligte sig, jfr. ordene “*ex gratia*”,¹⁷ dels at tilsagnet var for ubestemt til at have løftevirkning, jfr. ordene “*approximating to*”. Selskabet fik ikke medhold og blev altså dømt til at betale den omhandlede godtgørelse.

Fra tysk retspraksis kan henvises til en afgørelse fra *Bundesarbeitsgericht* offentliggjort i AG 1979.108. Det udtales her, at en hæftelse for et koncernselskab over for de ansatte i et andet kan følge af, at førstnævnte selskab afgiver en støtteerklæring (*Patronatserklärung*) eller i øvrigt optræder på en måde, så de ansatte regner med, at selskabet hæfter (*Vertrauenstatbestand*).

2. Betingelse for kreditgivning – indretningssynspunkter og vildledningsrisiko

En likviditetserklæring kommer til eksistens, fordi kreditgiver vil have *en eller anden udtalelse* fra moderselskabet om, at det er rede til at understøtte det låntagende datterselskab økonomisk. Det vil derfor ikke være korrekt at sige, at erklæringen udfærdiges, fordi kreditgiver *betinget sig en sikkerhed* for

16 Se om *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* nærmere ovenfor i kapitel VII, afsnit 3. *Edwards v. Skyways Ltd.* er offentliggjort i (1964) 1 All ER 494.

17 I engelsk ret udtrykkes denne løftebetingelse sædvanligvis på den måde, at der skal foreligge “an intention to create a legal obligation”.

lånet. Spørgsmålet er jo netop, om erklæringen giver en sikkerhed, eller om den blot giver udtryk for visse hensigter.

På denne baggrund forekommer indretningssynspunkter umiddelbart ikke at kunne spille nogen særlig rolle. Spørgsmålet om binding kan ikke afgøres ved at henvise til, at P har stolet på erklæringen og udbetalt lånet til D i tillid til denne. Enten har pengeinstituttet fået et løfte, eller også har det ikke. En beføjet tillid uden for løfteområdet synes der ikke at kunne opereres med på dette område, hvor P bevidst har begivet sig ud i den grå zone.

Det er en kendt sag, at indretningssynspunkter kan have betydning i forskellige situationer, f.eks. hvor en arbejdsgiver over et vist tidsrum har udbetalt et gratiale til en funktionær. Der skal efter retspraksis ikke meget til, før funktionæren har erhvervet et retskrav på gratialet.¹⁸ *Endog selv om funktionæren erklærer, at han forstår, at ydelsen er en erkendtlighed, og at han ikke har noget retskrav på den*, antages det, at domstolene vil betragte ydelsen som en del af lønnen.¹⁹ Erfaringen viser, at funktionæren indstiller sig på fortsat at modtage de tillæg, han er vant til at oppebære.

Når indretningssynspunkter har betydelig styrke i denne type sager, er baggrunden følgende: Tillæggene udbetales gentagne gange – og jo oftere det sker, desto sikrere vil der blive regnet med dem for fremtiden. Endvidere er der tale om ydelser, som almindeligvis bliver forbrugt.²⁰ Endelig er de sociale beskyttelseshensyn på området ikke til at overse.

Sammenligner man med likviditetserklæringer, vil man se, at der hverken foreligger *gentagne handlinger, ydelser til forbrug eller sociale beskyttelseshensyn* i disse tilfælde. Heller ikke i øvrigt ses den, der modtager en sådan erklæring, at kunne påberåbe sig særlige indretningssynspunkter. Om modtageren har føje til at stole på erklæringen, inddrages allerede i overvejelserne af, hvorvidt han har fået et løfte. Fører samtlige momenter til den konklusion, at der *ikke* foreligger et løfte, bør denne konklusion ikke atter ophæves derved, at man påny fremdrager et tidligere prøvet – og afvist – moment.

Udbetalingen af lånet fra P til D er ikke nødvendigvis udtryk for, at P stoler på erklæringens bindende virkning. P tror måske, at det slet ikke bliver aktuelt at påberåbe sig erklæringen, eller at M *faktisk* vil efterleve den, uanset at den ikke er *retligt* forpligtende. I hvert fald bør M ikke indse, at P udbetaler lånet i tillid til erklæringens forpligtende karakter. M kan i det høje-

18 Se nærmere *Carlsen: Dansk funktionærret*, 4. udg. (1989) s. 157 ff. med talrige henvisninger til praksis. Der kan endvidere henvises til *Kaj Petersen: Funktionærloven*, 12. udg. (1990) s. 339 ff. og til *Svenning Andersen: Funktionærret* (1993) s. 259 ff.

19 Jfr. *Carlsen: Dansk funktionærret*, 4. udg. (1989) s. 163.

20 Dette moment har f.eks. også betydning, hvor en person mødes med et tilbagesøgningskrav (*condictio indebiti*). Se f.eks. U 1983.126 H om for meget udbetalt provisionsløn.

ste indse, at P *håber på*, at erklæringen er forbindende for M – ikke at P *regner med* dette.²¹

Sammenfattende kan indretningssynspunkter således ikke i særlig grad siges at tale for P. Den færdigformulerede erklæring ligger som en øde ø mellem M og P – det er ikke en halvø, som er landfast med M.²² Situationen ved støtteerklæringer adskiller sig således helt fundamentalt fra de ovenfor i kapitel III, afsnit 1 nævnte situationer, hvor forpligtelse antages, uanset at der ikke foreligger noget løfte. Afgørende er, at P må gøre op med sig selv, om det vil udbetale lånet eller ej. Indretningssynspunkter kunne i lige så høj grad tale for M, der kan have indrettet sig på *ikke* at hæfte for D's gæld til P.

Der må naturligvis tages forbehold for, at der *kan* være særlige tilfælde, hvor P's adfærd tydeligt viser, at P har indrettet sig på, at M er ansvarlig for D's betalingsevne. I sådanne tilfælde kan det komme M til skade, hvis M ikke gør P opmærksom på, at M ikke mener sig forpligtet.

I modsætning til teksten ovenfor tillægger *Røsæg* indretningssynspunkter overordentlig stor vægt i alle tilfælde.²³ Se f.eks. *Røsæg* s. 341, s. 515, s. 517 ("Innretningssyn har [...] stor vekt"), s. 518 ("Uansett at innholdet av morselskapserklæringen er vagt, har datterselskapets kravshaver disponert i tillid til den [...]"), s. 521, s. 539 ("utbetalinger i tillit til erklæringen") og s. 574 ("innrettet sig i tillit til morselskapserklæringen"). Se også s. 544, hvorefter formålet med erklæringen typisk skulle være at sikre D's kreditorer, og s. 573, hvorefter "[m]eningen [...] er at den erklæringen er rettet til, skal feste tillit til den".

Det forekommer, at *Røsæg* i alt for høj grad fraviger det rigtige udgangspunkt: Om modtageren af erklæringen *med føje* kunne indrette sig i tillid til, at den indeholdt et løfte.²⁴

Det er i øvrigt ikke korrekt, når *Røsæg* s. 370 med note 896 hævder, at erklæringen i utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) fandtes forpligtende "nærmest utelukkende under henvisning til at den havde vært 'af afgørende betydning for [P's] fortsatte og udvidede kreditgivning'". Landsretten fremhæver udtrykkelig (også *erklæringens ordlyd*, hvorefter D's egenkapital til enhver tid skulle udgøre mindst 10% af P's tilgodehavende.

21 Jfr. hertil *Ramberg* i JT 1992-93 s. 359.

22 Billedet er taget fra *Nørgaard* i J 1971 s. 155 (erklæringsfuldmagt = øde ø mellem parterne; stillingsfuldmagt = landfast med fuldmægtigen).

23 I samme retning *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 20. Se også *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 196 f., hvorefter erklæringerne indgår i "medkontrahentens beslutningsparameter".

24 Se *Røsæg* s. 260: "[...] om kravshaveren skal kunne påberope sig et løfte fra morselskapet, må han ha noe mer håndfast å holde sig til enn bare sine egne forutsetninger om å få det" (udh. her). Se også *Røsæg* s. 372: "Det er teksten og den naturlige tillid til den som er det sentrale" (udh. her).

Røsæg synes i sin diskussion af indretnings- og tillidssynspunkter i nogen grad at overse, at det ikke kun er et *løfte*, man kan indrette sig i tillid til. *Faktisk* indretter personer sig også ofte i tillid til ikke-retskraftige løfter.²⁵

Også en *oplysning* kan vække tillid – og det tab, man har lidt ved at *stole på* en culpøst urigtig oplysning, vil man kunne få erstattet.²⁶ Se fra retspraksis f.eks. U 1991.903 H om en fagforenings urigtige oplysning vedrørende pensionsforhold.

Hele baggrunden for anvendelsen af *letters of intent* viser også, at parterne indretter sig i tillid til udsagn, vel vidende at disse udsagn ikke kan gennemtvinges *retligt*. Formentlig skyldes anvendelsen det rent *faktiske*, at det sjældnere forekommer, at nogen løber fra forhandlinger, hvor der foreligger et sådant *letter*, end hvor der ikke gør.

Sammenfattende giver indretningssynspunkter ikke grundlag for en formodning for løftevirkning – uanset om man med *Røsæg* s. 573 antager, at meningen med erklæringen er, at P skal fæste lid til den.

Når indretningssynspunkter ikke kan antages at spille nogen synderlig rolle ved likviditetserklæringer, skyldes det som nævnt bl.a., at låneudbetalingen som sådan er en momentan handling – uanset om der er tale om et lån med en længere løbetid.²⁷ Derimod må indretningssynspunkter – paradoksalt nok – tillægges betydning, hvor der er tale om en helt kortsigtet kredit, jfr. hertil den ovenfor i afsnit 1 refererede dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88). Baggrunden herfor er følgende:

Den, der afgiver en likviditetserklæring over for en person, som indrømmer en kortvarig kredit, kan *for det første* kun *vanskeligt komme igennem med, at erklæringen ikke er andet end en ren hensigtserklæring*.

Der kan formentlig hævdes at være en formodning imod, at en erklæring, der angår en kortvarig kredit, f.eks. en leverandørkredit, kun er en ren hensigtserklæring. En sådan forekommer nemlig ret meningsløs – anderledes ved en erklæring angående et længerevarende kreditforhold: Her kan selv en ren hensigtserklæring have en vis værdi for kreditgiver.

Tidsfaktorens fortolkningsmæssige betydning belyses også af et eksempel, som drøftes i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*: En butik skilter med, at det er dens "politik at bytte eller refundere alle varer inden for 14 dage fra købsdatoen".²⁸ Dette vil kunderne forstå som et løfte, og der kan ikke være tvivl om, at butikken er forpligtet til at følge den bekendtgjorte "politik". Heraf følger imid-

25 Jfr. A. *Vinding Kruse*: Restitutioner (1950) s. 309 og *Gomard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt (1958) s. 346. Se også *Taklo* i RR nr. 4/1992 s. 21: "[...] pengeinstitutterne forventer, uanset formuleringen, at afgiveren lever op til sin erklæring [...]" (udh. her).

26 Se nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 2.

27 Det har efter min mening ingen vægt, at indsigelser mod, at aftale er kommet i stand, *normalt* taber i vægt, som tiden går – anderledes *Røsæg* s. 569.

28 Se nærmere (1989) I All ER 792 b og c.

lertid ikke, at butikken er afskåret fra at *ændre politik for fremtiden*, dvs. med 14 dages varsel. Skiltene tages ned, og ingen kan længere påberåbe sig bytteretten. De, der har foretaget køb i tillid til den gamle "politik", rammes ikke heraf.²⁹

Eksemplet illustrerer, at i en situation, hvor der er en ret kort tidsangivelse, er en uforpligtende hensigtserklæring en meningsløshed. I øvrigt kan omstændighederne i eksemplet på ingen måde paralleliseres med forholdene vedrørende støtteerklæringer, hvor man regelmæssigt "købslår" om retsikkerheden.

Selv hvis afgiveren måtte komme igennem med, at erklæringen kun er en ren hensigtserklæring, vil modtageren *for det andet* oftere end ellers kunne drage afgiveren til ansvar. *Kravene til afgiveren må være større, når han udtaler sig om sine hensigter på kort sigt end på langt sigt*, da det første nu engang er mindre vanskeligt end det sidste. Hvor erklæringen er kortsigtet, og afgiveren snart efter løber fra sin tilkendegivne hensigt,³⁰ kan der også lettere opstå tvivl om, hvorvidt afgiveren overhovedet havde hensigten i erklæringsøjeblikket. Anses det for bevist, at hensigten blev erklæret på skrømt, ifalder afgiveren erstatningsansvar for den urigtige oplysning.

For det tredje vil afgivelse af en hensigtserklæring kunne begrunde ansvar for det, der ikke oplyses i erklæringen.

Som nærmere omtalt nedenfor i kapitel X, afsnit 1 må det antages, at *jo mere prekær D's økonomiske situation er på erklæringstidspunktet, desto mere varsomt skal M udtale sig, for desto mindre skal der til, før domstolene vil finde erklæringen forpligtende*.

Efter omstændighederne må der i en hensigtserklæring om økonomisk støtte til et datterselskab forudsætningsvis ligge, at datterselskabets behov for støtte ikke består allerede på erklæringstidspunktet. Såfremt M i forbindelse med erklæringens afgivelse fortier, at D har et presserende behov for tilførsel af yderligere kapital, kan der ikke være lang vej til pålæggelse af erstatningsansvar.³¹

Indretningssynspunkter er i nogen grad sammenvævede med synspunkter om vildledningsrisiko og klargøringspligt. *Røsæg* synes s. 545 f. at mene, at klargøringspligten ensidigt påhviler M. Det hævdes, at M spekulerer i uklarhed, og at M derfor må bære risikoen herfor. Andetsteds plæderer *Røsæg* for, at man skal "behandle morselskaberklæringen ud fra det synspunkt at en

29 Jfr. rettens bemærkninger til eksemplet i (1989) I All ER 796 b – d.

30 I den nævnte dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88) fremhævedes det, at der kun gik 3 uger fra erklæringens udfærdigelse og til D's konkurs.

31 Som nævnt ovenfor i kapitel VIII, afsnit 3 kan M's indblanding tillægges *fortolkningsmæssig betydning*. Som det fremgår af teksten her, kan den altså også begrunde *erstatningsansvar* i situationer, hvor M i reglen *ikke* ville pådrage sig ansvar ved at forholde sig *helt passiv*.

domstol vil legge det tolkningsalternativ til grunn som er det verst tenkelige sett fra utstederens synspunkt”.³²

Såfremt man vurderer vildledningsrisikoen på baggrund af den foreliggende retspraksis, forekommer der dog gennemgående at være større risiko for, at modtagerne vildleder afgiverne end for det modsatte. I U 1989.618 V bestod vildledningen i, at P undlod at omtale retsvirkningerne af en hensigtserklæring, som P bragte i forslag efter – tilsyneladende – at have accepteret et klart afslag på kaution.³³ I U 1994.470 H forklarede et vidne, at P’s bestyrer havde oplyst, at “[erklæringen] betød, at ‘de skulle opføre sig ordentligt’”. P’s bestyrer bestred dette, og Højesteret udtalte, at det ikke var godtgjort, at P’s bestyrer skulle have tilkendegivet, at erklæringen ikke skulle anses for juridisk forpligtende.³⁴ Kun i utrykt dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88) kan afgiveren siges at have vildledt modtageren.³⁵

Pengeinstitutterne anvender regelmæssigt overskriften “hensigtserklæring” på skriftstykker, som – i hvert fald efter det pågældende pengeinstituts mening – indeholder klare forpligtelser. Se fra retspraksis U 1989.618 V, U 1994.470 H, utrykt ØLD af 1. maj 1987 (14. afd., 193/1986), utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) og utrykt dom af 25. november 1993 fra retten i Nykøbing Falster (BS 540/1992 og BS 568/1993).

Denne praksis forekommer at være temmelig udbredt – og særdeles kritisabel. Der kan ikke bortses fra risikoen for, at afgiveren er bibragt den opfattelse, at “hensigtserklæringen” er uforbindende eller blot indeholder en tilkendegivelse om, at man vil “opføre sig ordentligt”. Typebaggrunden er, at afgiveren netop har afvist at kautionere, og at *pengeinstituttet tilsyneladende affinder sig med denne afvisning*. Herefter er afgiveren ikke forberedt på, at han omgående afkræves en forpligtelse, som reelt er kautionens *alter ego*.

Muligvis ville nogle hævde, at når uskikken er så udbredt, er faren for misforståelser mindre: Man vil efterhånden være klar over, at man ikke kan stole på overskriften, og at pengeinstituttet kan forsøge at få erklæringen til at fremstå som en harmløs bekræftelse på den erklærendes gode vilje. Imidlertid er uskikken stort set kun udbredt i pengeinstitutverdenen, og normalt har afgiverne i hvert fald ikke kendskab til den særlige jargon.

Det her anførte ændrer ikke på, at overskriften “hensigtserklæring” normalt ikke er afgørende,³⁶ men en sund skepsis over for pengeinstitutternes opførsel i disse sager forekommer velanbragt.³⁷

32 Se *Røsæg* s. 103.

33 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VII, afsnit 3 og i kapitel VIII, afsnit 1.

34 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VII, afsnit 3 og omtales nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

35 Afgørelsen er refereret ovenfor i afsnit 1.

36 Jfr. nærmere ovenfor i kapitel VII, afsnit 3.

37 Se nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 2, hvor afgørelsen U 1994.470 H drøftes nærmere.

3. Initiativet til erklæringen³⁸

Det normale forløb er, at D anmoder om en kredit, at P kræver M's indeståelse for D, at M afslår at afgive en sådan, og at P herefter bringer en likviditetserklæring i forslag. Spørgsmålet er nu, hvilken betydning det har, at P tager initiativet til erklæringens udfærdigelse.

Indledningsvis må det understreges, at det principielt er uden betydning, hvorvidt en aftale, om hvis indhold der ikke hersker tvivl, er kommet i stand på initiativ af den ene eller den anden part. Hvor aftalen som sådan er uklar, eller hvor et enkelt punkt er tvetydigt, kan det derimod have en vis betydning, hvorfra initiativet er udgået. Regelmæssigt er det nemlig initiativtagerens *formulering* af aftalen eller punktet, der sætter sig igennem, jfr. straks nedenfor i afsnit 4. Her fokuseres i stedet på *initiativets selvstændige betydning som fortolkningsmoment*.

I visse tilfælde har det uomtvisteligt betydning, hvem der har taget initiativet:

For det første ved afgørelsen af, om der påhviler en part *reklamationspligt* over for den anden part, jfr. f.eks.:

U 1974.119 H: K, der forhandlede olie, forespurgte telefonisk S, om denne ville sælge gasolie billigt, og de nærmere vilkår for køb af 2.000.000 l gasolie blev drøftet. S sendte samme dag en skriftlig ordrebekræftelse til K. Det statueredes, at K, "der selv havde henvendt sig til [S]", omgående burde have gjort indsigelse mod ordrebekræftelsen, såfremt han ikke mente sig bundet.

Afgørelsen bør sammenholdes med U 1983.597 V: S kontaktede telefonisk K med henblik på salg af olie til K's maskinstation. Ifølge S blev der indgået aftale om køb, ifølge K alene om tilsendelse af en prisliste. K fandtes ikke forpligtet over for S, skønt K havde modtaget et anbefalet brev fra S indeholdende en ordrebekræftelse. K forklarede under sagen, at han ikke havde åbnet brevet.³⁹

For det andet ved spørgsmålet, om der er *kontraheret med et selskab eller personen "bagved"*, jfr. f.eks.:

U 1983.478 Ø: En kaffeleverandør rettede henvendelse til et supermarked, der blev drevet i anpartsselskabsform. Selskabsformen blev ikke drøftet. Anpartshaveren blev ikke anset forpligtet ved at have undladt at reagere over for regninger stilet til "S & E, hr. [...]". Det fremhævedes, at det var leverandøren, "der selv tog initiativet til forretningsmellemværendet".

38 Det kan diskuteres, hvor dette afsnit naturligt hører hjemme. Da initiativet til en støtteerklæring (likviditetserklæring) oftest tages af pengeinstituttet, forekommer det rigtigst at behandle initiativets betydning i dette kapitel.

39 Ifølge *Gomard*: Almindelig kontraktret (1988) s. 65 med note 14 er afgørelsen "næppe rigtig". Denne kritik kan ikke tiltrædes, jfr. også K's forklaring om, at det kvantum olie, S hævdede at have solgt til K, ville dække K's forbrug i ca. 3 år. Se om dommen også *Nørgaard i Lyngse Andersen m.fl.* s. 111.

For det tredje hvad angår anvendeligheden af visse *ugyldighedsregler*, jfr. f.eks.: U 1946.239 H: Umiddelbart forud for sin flight til Sverige i oktober 1943 solgte en dansk jøde sin tobaksforretning. Efter besættelsen søgte han overdragelsen kendt ugyldig efter Aftl. §§ 29, 31 og 33, men fik ikke medhold, bl.a. under henvisning til, at han selv havde “taget Initiativet til Handlens Afslutning [...]”.

Hvad angår støtteerklæringer, kan det *på den ene side* ikke i almindelighed antages at spille nogen afgørende rolle, hvem af parterne der har taget initiativet til erklæringens udfærdigelse. Det er dog *på den anden side* ikke et ganske uvæsentligt fortolkningsmoment, jfr. U 1989.618 V, hvor det fremhævedes, at det var P, der havde taget initiativet til erklæringen. Momentet var ganske vist kun ét blandt flere: Erklæringen – der benævnte sig selv “*hensigtserklæring*” – var bragt i forslag af P, efter at de *fysiske personer* bag et selskab klart havde *afslået at kautionere*, og *uden at erklæringens retsvirkninger blev drøftet*.

Se også dissensen til U 1994.470 H: “Det lægges [...] til grund, at [P] på baggrund af drøftelserne med [direktøren for M] opgav at kræve en sædvanlig kautionserklæring underskrevet, men *fremkom med hensigtserklæringen* [...]” (udh. her).

4. Erklæringens udformning – standardkontrakt?

Det forekommer som nævnt ikke sjældent, at pengeinstituttet bringer likviditetserklæringen i forslag. Som den mest professionelle part med hensyn til disse erklæringer fremsætter P endvidere ofte et forslag til formulering af erklæringen. Dette forslag vil i reglen være en forudaffattet tekst, som P så at sige har “liggende i skuffen”. Spørgsmålet er da, om man kan anvende synspunkter fra fortolkningen af standardkontrakter – navnlig uklarhedsreglen – på likviditetserklæringer.

I almindelighed må man sikkert være forsigtig hermed.⁴⁰ Støtteerklæringer kan nok være standardkontrakter i den forstand, at de oprettes i overensstemmelse med tidligere anvendte formularer, men der er ikke tale om “masseaftaler”, som indgås uden nærmere omtanke. Tværtimod vil støtteerklæringens tekst regelmæssigt blive gransket nok så omhyggeligt hos M, inden den skrives under. Ikke sjældent vil M også fremkomme med forslag til en ændret formulering. De reale hensyn bag særreglerne om standardkontrakter gør sig således ikke gældende med fuld vægt på dette område.

40 Sml. for tysk ret *Köhler* i WM 1978 s. 1342, som fastslår, at den tyske lov om standardvilkår (AGB-Gesetz) – herunder grundsætningerne om objektiv fortolkning og fortolkning mod affatteren (uklarhedsreglen) – principielt ikke kan anvendes på likviditetserklæringer.

Afgørelsen *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* peger i samme retning, da det fremhæves, at grundsætningen *in dubio contra stipulatorem* ikke kan anvendes på støtteerklæringer, der reelt er resultatet af en fælles formuleringsindsats (“a joint drafting effort”).⁴¹

“Professionskløften” mellem afgiver og modtager kan dog blive så dyb, at standardaftalesynspunkter får selvstændig betydning, sml. U 1989.618 V, hvor en færdigformuleret erklæring blev underskrevet af personer, der kendeligt ikke var klar over, hvad modtageren tilsigtede med erklæringen.

Situationen er imidlertid typisk den, at P ikke blot har én, men ofte flere likviditetserklæringer at vælge imellem. P vil da ofte – men ikke altid – lægge ud med den stærkeste erklæring og “bevæge sig nedad” i takt med, at de fremsendte forslag afvises af M.⁴²

Det forekommer således, at der udveksles en del udkast til formuleringer mellem M og P. Der bør ikke lægges vægt på den tilfældige omstændighed, om det er et udkast fra den ene eller den anden, der til slut bliver enighed om. Udvekslingen af udkast viser tværtimod, i hvor høj grad parterne er fælles om at udarbejde den endelige erklæring.

M’s afvisning af en stærk erklæring eller P’s afvisning af en svag erklæring kan næppe tillægges nogen afgørende vægt.⁴³ Atter beror det jo ofte på en tilfældighed, hvem der fremsender det første udkast, jfr. netop ovenfor.

Se i øvrigt om skriftligt materiale ved siden af erklæringen umiddelbart nedenfor i afsnit 5.

5. Skriftligt materiale ved siden af erklæringen

Ved siden af selve erklæringen kan foreligge forskelligt skriftligt materiale. Det kan naturligvis hidrøre fra såvel M som P, men da det sidste nok er mest sædvanligt, behandles spørgsmålet i dette kapitel.

Indledningsvis skal det understreges, at formuleringen af *selve erklæringen har overordentlig stor vægt i forhold til andet materiale*, så som udkast, bevillingsbreve og fremsendelsesskrivelser. Der er ikke tale om at udfylde et åbent punkt i en aftale, der er forhandlet på plads i hast. Erklæringen har tværtimod regelmæssigt været genstand for lange forhandlinger. I hvert fald er erklæringen som sådan resultatet af det, hele kampen har stået om: Spørgsmålet, om M skal være forpligtet eller ej.

41 Jfr. udtrykkeligt 1. instans, se (1988) I All ER 772 g, noget afvigende 2. instans, se (1989) I All ER 797 e og f.

42 Se om betydningen af P’s paradigmesamling også nedenfor i afsnit 7 om P’s egen opfattelse.

43 Se om M’s afvisning af at kautionere for D nærmere ovenfor i kapitel VIII, afsnit 2.

Det materiale, der kan blive tale om at inddrage, kan være forudgående, samtidigt eller efterfølgende.

Forudgående materiale omfatter f.eks. tidligere udkast til erklæringen. Sådanne udkast har stor betydning til klarlæggelse af hændelsesforløbet og som udgangspunkt for vidneforklaringer. I særlige tilfælde kan de kaste lys over forståelsen af enkelte ord eller udtryk, men sædvanligvis vil deres direkte fortolkningsmæssige betydning være relativt beskednen.

I utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) havde M fremsendt følgende formuleringsforslag til P:

“Det er [M’s] hensigt med [D] at gøre denne virksomhed profitgivende.

[M] ejer i dag en række datterselskaber, i hvilke der er indsat professionelle bestyrelser og direktioner, som varetager vore kapitalinteresser.

Vi nærer en meget stærk tillid til, at administrationschef [X] i [D] kan løfte den opgave, at gøre selskabet til en sund virksomhed ved hjælp af den kapital, som [M] har indskudt i virksomheden.

[M] har en professionel regnskabsafdeling på sin kontoradresse [...].

Her vil de månedlige resultater blive fulgt meget nøje, således at vi likviditetsmæssigt kan følge virksomheden fra måned til måned.”

P var ikke tilfreds hermed og foreslog i stedet en formulering, som efter to indledende afsnit (en kendskabs- og en ejerskabserklæring) indeholdt sålydende likviditetserklæring:

“Vi vil drage omsorg for, at [D’s] ledelse og økonomiske situation til enhver tid vil være således, at det er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem.

Vi forpligter os til senest 10 dage efter, at vi fra Dem måtte få meddelelse om, at [D] har undladt at betale nogen forfalden del af hovedstol, renter eller provision, at tilføre eller låne [D] kapital i et sådant omfang, at [D] er i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, ligesom vi vil foranledige, at selskabets ledelse opfylder disse forpligtelser [...]”.

Denne formulering kunne ikke godtages af M, der i stedet fremsatte et forslag, som – ud over en kendskabs-, ejerskabs- og tilbagetrædelseserklæring – indeholdt sålydende likviditetserklæring:

“Vi [...] erklærer os indforstået med at medvirke til, at der ikke påføres [P] tab på dette engagement.

Samtidig bekræfter vi over for [P] at ville yde [D] vor fulde støtte, herunder at vi er indforstået med, at om nødvendigt, at ville foretage yderligere kapitalindskud i selskabet som ansvarlig kapital, såfremt egenkapitalen på noget tidspunkt – også i løbet af et regnskabsår – udgør mindre end 10% af [P’s] tilgodehavende til enhver tid.”

Dette forslag blev accepteret af P. Efter D’s konkurs nægtede M at betale til P, men ved dommen blev det pålagt M at erstatte P’s tab på engagementet med D. Resultatet må efter den endelige erklærings ordlyd klart tiltrædes, og det ses, at M’s afvisning af P’s formuleringsforslag ikke fik nogen fortolkningsmæssig betydning.

Se også utrykt dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89), hvor det bl.a. blev gjort gældende fra M's side, at den endelige erklæring havde fået et utilsigtet indhold.⁴⁴

Af forudgående materiale kan i øvrigt navnlig P's bevillingsbrev (kredittilbud eller -accept) have interesse. Heri kan f.eks. være anført følgende:

“Sikkerhed: Hensigtserklæringer fra [M]”⁴⁵

eller

“Erklæringen dækker ethvert mellemværende mellem P og D”.

Sådanne udsagn vil nok trække i retning af det forpligtende, men ikke i nævneværdig grad. “Sikkerhed” betyder ikke nødvendigvis retlig sikkerhed – også uforbindende hensigtserklæringer bliver faktisk tillagt vægt. Ordene “dækker ethvert mellemværende” kan end mindre tages som udtryk for, at M skulle være forpligtet. Meningen kan blot være at udtrykke, at hensigten skal angå alle mellemværender – eller at en i erklæringen indeholdt forpligtelse (f.eks. til ikke at afhænde aktierne i D) er af generel karakter.

I U 1994.470 H havde P bekræftet sit kredittilsagn således:

“Vi [...] har bevilget forlængelse af kredit stor kr. 1.000.000,- [...] *under følgende forudsætninger*:

- [...]
- at der afgives hensigtserklæringer fra [M og A]⁴⁶ i henhold til vedlagte
- [...]” (udh. her).

I sagen procederede P bl.a. på, at det herved var givet klart til kende, at P anså erklæringerne for retligt forpligtende. Efter min opfattelse er dette synspunkt ikke holdbart: M kan ikke se andet, end at P ønsker erklæringerne. Det må nu engang være sådan, at P fremsætter krav om en eller anden erklæring, for at en sådan overhovedet kommer på tale.

Det anførte kan også udtrykkes på den måde, at P's krav om en erklæring som udgangspunkt ikke kan have nogen fortolkningsmæssig betydning, da det i mindst lige så høj grad som M's afvisning af at kautionere hører med til *typebaggrunden* for likviditetserklæringer. Se i øvrigt nærmere ovenfor i afsnit 2, hvor det afvises, at indretningssynspunkter generelt skulle tale for P's standpunkt.

44 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.3 og afsnit 5.

45 Se således utrykt ØLD af 1. maj 1987 (14. afd., 193/1986).

46 Der var i sagen tale om erklæringer fra to selskaber, hvoraf kun det ene – som her kaldes M – var sagsøgt (det andet selskab var gået konkurs uden nogen dækning til de simple kreditorer).

Samtidigt materiale kan være en fremsendelsesskrivelse fra M til P eller en bekræftelse fra P til M på, at P har modtaget erklæringen fra M, og herefter vil udbetale kreditten til D.

Efterfølgende materiale kan være en skrivelse fra M til P om, at D er i økonomiske vanskeligheder, og at man vil forsøge at leve op til sin hensigt på en nærmere angiven måde, idet man samtidig understreger, at man ikke er retligt forpligtet over for P. Det kan også være en skrivelse fra P til M om, at erklæringen skal noteføres, eller at D er udeblevet med en betaling, som man nu afkræver M.

Vægten af samtidigt og – navnlig – efterfølgende materiale vil være endnu mere beskeden end af forudgående materiale. Afgørende er nu engang indholdet af den erklæring, der er afgivet – ikke større eller mindre behændighed i korrespondancen. I særlige tilfælde vil der dog kunne drages slutninger ud fra samtidigt eller efterfølgende skriftligt materiale.

6. “Nærhedsgrad” mellem modtager og datterselskab

På visse punkter kan det få betydning, såfremt P involverer sig meget dybt i kontrol med og forsøg på styring af D's økonomi.⁴⁷

Indeholder en støtteerklæring kun *oplysninger om – eller vurderinger af – D's økonomiske forhold*, kan P's adgang til på egen hånd at vurdere D's økonomi være så vidtgående, at P ikke kan få held til at gøre M erstatningsansvarlig, selv om oplysningerne er ufuldstændige eller ukorrekte. P kan enten siges at have accepteret risikoen eller at have udvist egen skyld. Situationen minder noget om forholdet mellem sælgers loyale oplysningspligt og købers undersøgelsespligt ved køb, jfr. f.eks. U 1966.10 H om overdragelse af et møntvaskeri (ingen erstatning), U 1974.936 V om salg af et ukrudtsmiddel (halv erstatning) og U 1974.475 H om salg af en industriejendom (fuld erstatning).

Der er måske værd at understrege, at det normalt er mere dadelværdigt at *give* urigtige oplysninger, end at *undlade* at udnytte muligheder for selv at vurdere deres rigtighed. I overensstemmelse med hovedskyldslæren må det derfor antages, at M's culpa ikke sjældent vil være så grov, at P's egen skyld ikke får nogen betydning. Sml. dog hertil afgørelsen U 1966.293 SH, hvor en sælger ikke blot havde oplyst, men garanteret, at der ikke påhvilede et selskab andre forpligtelser, end der fremgik af regnskabet. Alligevel frifandtes sælger for købers krav i anledning af feriepengekrav, som ikke var fremgået af regnskabet. Afgørelsen forekommer ikke utvivlsom.

⁴⁷ Se også ovenfor i kapitel IV, afsnit 3.

Indeholder støtteerklæringen en *erklæring om*, at *M er rede til at forsyne D med kapital*, uden at der efter ordlyden er pålagt M en klar forpligtelse hertil, kan P's nærhed til D også få betydning. Er P i stand til at følge udviklingen meget nøje, og kan P konstatere, at D ikke overlever uden en "kapitalindsprøjtning" fra M, bør P – i egen interesse – meddele M, at P mener, at M er forpligtet hertil. Forholder P sig helt passiv i en sådan situation, vil dette efter omstændighederne kunne tages som udtryk for, at P var på det rene med, at M ikke har påtaget sig nogen retlig forpligtelse til at understøtte D økonomisk. Der må dog sikkert kræves en betydelig grad af såvel "nærhed" som passivitet, førend det anførte i det hele taget kan siges at udgøre et *fortolkningsmoment* i sagen.

Såfremt en given erklæring kan udlægges på den måde, at den *på den ene side* ikke forpligter M til at skyde penge i D, men *på den anden side* dog afskærer M fra at hæve udbytter fra D,⁴⁸ vil P's passivitet over for sådanne udbyttebetalinger naturligvis også kunne få betydning.

Almindeligvis er likviditetserklæringen meget generel i sin udformning, således at den efter ordlyden angår enhver gældsforpligtelse, som D har eller senere påtager sig over for P. Også her kan P's "nærhed" til D få betydning, nemlig hvis P – uden at rådføre sig med M – udvider kreditten til D på et senere tidspunkt. Skønt erklæringen forpligter M til at opretholde D's betalings-evne, vil P nok ikke *uden videre* kunne hævde, at senere kreditudvidelser også er dækket af erklæringen. Det skal dog bemærkes, at M er "født med" en så betydelig "nærhed" til D, at M normalt kun kan undgå et ansvar for tilbagebetalingen af den yderligere kredit, såfremt M reklamerer over for P uden ugrundet ophold.⁴⁹

Det må erindres, at M ikke altid ejer hele kapitalen i D. Det forekommer, at M kun ejer halvdelen eller mindre af kapitalen, og investeringen kan være mere eller mindre passiv. Jo mindre "nærhed", der er mellem M og D, desto nøjere bør P sikre sig, at M's ansvar også omfatter en senere kreditudvidelse.

48 Denne – og andre – "mellemløsninger" drøftes nærmere nedenfor i kapitel XI.

49 Almindeligvis må en manglende reklamation i dette tilfælde have *løftevirkning*, således at M bliver ansvarlig også i relation til kreditudvidelsen, jfr. hertil U 1965.110 H (NDs 1965.16) og U 1965.838 H. Den løsning, der består i at pålægge M *erstattingsansvar* for den undladte reklamation, bliver derfor ikke aktuel (P's tab skulle da beregnes ud fra, hvad P kunne have fået tilbage fra D, såfremt M havde reklameret rettidigt). Anderledes ved "pseudokautation" i falsktilfælde, jfr. U 1944.582 Ø og U 1945.723 H og hertil ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.2.

7. Modtagers egen opfattelse

Som det nærmere er udviklet ovenfor i kapitel III og VII er det målet med fortolkningen at fastlægge, hvad der med føje kan sluttes af erklæringens objektive indhold i lyset af hele aftalesituationen.

Som udgangspunkt kan det derfor ikke have altafgørende betydning, *hvad løftemodtager selv tror og mener* – også den, der ikke forstår, hvilken ret et givet aftaledokument giver ham, kan i almindelighed påberåbe sig dette.⁵⁰

I grænsetilfælde kan subjektive forhold hos det pengeinstitut (P), der modtager moderselskabets (M) erklæring dog spille en rolle: P's individuelle opfattelse⁵¹ kan få betydning *til fordel for* M, uanset om den var kendelig eller ej – nemlig i tilfælde, hvor P var på det rene med, at M ikke har forpligtet sig. Derimod kan P's individuelle opfattelse i hvert fald kun tillægges fortolkningsmæssig betydning *til skade for* M, hvis opfattelsen var kendelig.⁵²

I den svenske *Nobel-utredning* (1992),⁵³ som omhandler en såkaldt "konsolideringsgaranti", er parternes subjektive forhold undersøgt ret nøje (se s. 170 ff.). Dette kritiseres af *Hellner* i JT 1992-93 s. 734 f., som anfægter den opfattelse, at en "parts avsikter, sådana de kommit till synes i uttalanden eller skriftligt material *som inte varit tillgängliga för motparten*, [er] relevante vid tolkning av avtal [...]" (udh. her).

Hellner har muligvis ret i, at *Nobel-utredningens* redegørelse for parternes subjektive forhold er overdrevent grundig. *Hellners* kritik synes dog at skyde noget over målet, når subjektive forhold, som ikke er kendelige for modparten, helt generelt frakendes betydning. Som omtalt ovenfor i kapitel VII, afsnit 2 indebærer grundsætningen om *falsa demonstratio*, at en nøjere fortolkning af erklæringen er uden interesse, såfremt den ifølge parternes *fælles opfattelse* er uforbindende: Kan det bevises, at parterne havde en sådan fælles opfattelse, er det uden betydning, om den ene parts opfattelse var kendelig for den anden.

Allerførst kan man spørge, om det har nogen betydning, at P – f.eks. i forbindelse med en kreditudvidelse – efterfølgende anmoder om en egentlig kautionserklæring fra M. Umiddelbart kunne man måske fristes til at tro, at en sådan anmodning er det bedste bevis for, at P ikke selv har troet på likvidi-

50 Jfr. herved *Fr. Vinding Kruse* i U 1912 B s. 61.

51 Dvs. kreditgivers faktiske opfattelse, jfr. ordet "individuel" – ikke den opfattelse, som efter ordlyden og omstændighederne er *beføjet* eller *naturlig*.

52 Heri ligger kun, at kendelighed er en *nødvendig* forudsætning, for at løftemodtagers individuelle opfattelse kan slå igennem. Normalt vil kendelighed næppe være *tilstrækkelig* i sig selv, jfr. *Ussing* s. 424, der kræver, at løftegiver ved sin optræden har givet løftemodtager føje til at opfatte løftet som sket.

53 *Nobel-utredningen* er også omtalt ovenfor i kapitel VI, afsnit 1.

tetserklæringens forpligtende karakter. Denne fristelse bør man imidlertid ikke falde for: P kan oprindeligt have ment, at erklæringen var forpligtende for M – forholdet er blot det, at P er kommet i tvivl og *nu ønsker fuldstændig klarhed*.⁵⁴

Det er i øvrigt uberettiget at antage, at P's senere ønske om en kautionserklæring må skyldes, at den oprindelige erklæring var helt uforpligtende for M. Det kan være, at P nu ønsker, at M påtager sig forpligtelser *i tillæg til* dem, der følger af erklæringen.

Det forekommer derfor ikke rigtigt, når en senere anmodning om kaution tillægges betydning af OLG München i utrykt dom af 8. januar 1987 (1 U 3949/86).⁵⁵

En vis støtte for det ovenfor hævdede synspunkt kan findes i afgørelsen U 1993.452 H, hvor spørgsmålet var, om ejeren af nogle bygninger i forhold til et forsyningsselskab hæftede for lejernes varmerestancer. Det antoges, at ejerhæftelsen fremgik tilstrækkelig klart af forsyningsselskabets almindelige leveringsbetingelser, og ejeren – en boligforening – vandt ikke gehør for det synspunkt, at forsyningsselskabets senere fremsendelse af en egentlig indeståelseserklæring kunne tages til indtægt for, at en indeståelse ikke var indeholdt i leveringsbetingelserne.

Nævnes kan også afgørelsen NRt. 1925.814 NoH, hvor en bank havde betegnet en garantierklæring som "værdiløs" og stillet krav om en anden erklæring. Det antoges under dissens, at banken kunne gøre den oprindelige erklæring gældende. Dommen, som er omtalt af *Carsten Smith III* s. 462 (note 43), angår Aftl. §§ 5 og 6 og har ikke direkte betydning for det her drøftede spørgsmål.

Der kan således næppe i almindelighed tillægges en efterfølgende anmodning om kaution nogen vægt i fortolkningsmæssig henseende. Herefter må betydningen af andre momenter, som giver et fingerpeg⁵⁶ om kreditgivers egen opfattelse, undersøges:

For det første forekommer det, at der i et pengeinstitut gøres interne notater om likviditetserklæringens indhold, f.eks. i bevillingsindstillinger eller mødereferater.

For det andet er den erklæring, M afgiver, ofte bragt i forslag af P, som ikke sjældent råder over en paradigmesamling af støtteerklæringer. Hvis P selv be-

54 Det er ikke forbudt at gå med både seler og livrem, sml. *Nørgaard i Lynge Andersen m.fl.* s. 59 med note 60 om forbehold i prislister, kataloger og cirkulærer. Hvor der ikke foreligger tilbud, er sådanne forbehold overflødige, men herfra kan ikke slutes til, at der så *er* tale om tilbud.

55 Afgørelsen er omtalt ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

56 I ordet "fingerpeg" ligger, at det i de fleste tilfælde vil være meget vanskeligt at bevise noget om P's egen opfattelse af erklæringen. Som det fremgår af det nedenfor anførte, er det dog ikke helt udelukket.

tragter erklæringen som mere eller mindre uforbindende (hvilket kan ses ved, at paradigmet bærer overskriften “svag” el. lign.), kan P i hvert fald ikke henvise til, at lånet til D er ydet i tillid til erklæringen.

Fra retspraksis kan henvises til U 1994.470 H, hvor en bevillingsindstilling blev påført sålydende påtegning:

“U. f. a. at der udarb. mellemstærk hensigtserklæring.”⁵⁷

Påtegningen sigtede til en standarderklæring, som – internt i P – bar netop betegnelsen “mellemstærk hensigtserklæring”.

Det kunne hævdes, at P var på det rene med, at den erklæring, som M herefter afgav, ikke var en likviditetsforpligtelse, der jo – som påvist ovenfor i kapitel VI – medfører samme byrde for M som en egentlig kautionserklæring. Se nærmere ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.3.

I utrykt dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89)⁵⁸ var det i et internt notat hos P angivet, at lånet ikke skulle ydes uden garanti fra M, dog at “ett letter of comfort som i realiteten var en garanti” ville være tilstrækkeligt. Det var således klart, hvad P ønskede – men lige så klart, at M ikke skulle have en klar melding herom.

For det tredje kan P’s opfattelse af erklæringen komme til udtryk over for trediemand, f.eks. M’s revisor eller en trediemand, der indhenter en soliditetsoplysning på M: *Heiberg og Skovby* oplyser i Faglige artikler nr. 19 (udgivet af Foreningen af Yngre Revisorer, august 1983) s. 18, at “[...] mange pengeinstitutter ikke oplyser om eventuelle letters i den almindelige standardiserede engagementsforespørgsel [...]”.⁵⁹ En sådan undladelse må efter omstændighederne kunne tages som udtryk for, at P ikke selv anser erklæringen for bindende.⁶⁰ Hvis P i en soliditetsoplysning omtaler M’s eventualforpligtelser, men undlader at oplyse om likviditetserklæringen, må også dette kunne trække i retning af, at P ikke anser erklæringen for bindende.

For det fjerde kan P’s måde at forholde sig på i øvrigt undertiden give grundlag for slutninger om P’s opfattelse. Det skal dog i denne forbindelse bemærkes, at P’s passivitet over for M’s manglende noteførsel af erklæringen

57 Dommen er omtalt ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.3 og afsnit 3 og gennemgås nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.

58 Dommen er omtalt ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.3 og afsnit 5.

59 *Heiberg og Skovby* anbefaler derfor l.c., at revisor i sin engagementsforespørgsel til P direkte spørger, om der er støtteerklæringer. I så fald kan P’s svar ikke bruges til noget juridisk set. Det forekommer rigtigst, at revisors forespørgsel er *helt neutral* (navnlig hvis han fra M er underrettet om, at der er afgivet en støtteerklæring). Er revisor efter svar herpå stadig i tvivl, kan han eventuelt spørge igen.

60 Således også *Polack* i Revisorbladet nr. 5/1990 s. 23.

i almindelighed ikke kan tillægges nogen fortolkningsmæssig betydning.⁶¹

Hvis støtteerklæringer overhovedet oplyses i regnskabet, sker det regelmæssigt i form af en samlepost med benævnelsen “kautions- og hensigtserklæringer med limit på kr. [...]”. I et sådant tilfælde kan modtageren ikke på baggrund af regnskabet konstatere, om *netop den støtteerklæring*, han har fået, er medtaget eller ej.⁶²

I tilfælde, hvor P har haft særlig anledning til at gøre indsigelse (f.eks. i forbindelse med en detaljeret gennemgang af M's regnskaber ved behandling af senere lånesager), kan det dog ikke ganske afvises, at momentet kan have nogen betydning.

Det forekommer, at P's interne notater og paradigmesamling kan have stor interesse – ikke blot til belysning af P's egen opfattelse, men også til belysning af, om P tog initiativet, og om der foreligger noget, der grænser til vildledning. Det vil dog nok kun være i et fåtal af tilfælde, at afgørelsen kan træffes på grundlag af dette materiale.

61 Således vistnok også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 15. – Her drøftes kun, om P kan fortabe sit krav *i forhold til M*. Ovenfor i kapitel IV, afsnit 4 er det undersøgt, om P ved at forholde sig passiv kan have pådraget sig et sådant medansvar for manglende noteførsel, at P bliver erstatningsansvarlig eller fortaber ethvert på erklæringen støttet krav *i forhold til M's andre kreditorer*.

62 Se f.eks. årsregnskab for 1992 for Det Danske Trælastkompagni (note 18).

KAPITEL X

Aftalesituationen, 3. hovedafsnit: Forhold vedrørende datterselskabet

I dette kapitel undersøges forholdene vedrørende datterselskabet nærmere. Betydningen af koncernrelationen mellem M og D drøftes i afsnit 1, i hvilken forbindelse bl.a. D's kapitalforhold og eventuelle afhængighed af M inddrages. Herefter behandles i afsnit 2 visse spørgsmål angående D's kreditoptagelse (gældens størrelse og rentefod; sikring af ny eller gammel gæld; afværgelse af truende konkurs). I afsnit 3 undersøges, om det har nogen betydning, hvad der er grunden til, at erklæringen aktualiseres, f.eks. på den ene side en ufrivillig ikke-opfyldelse fra D's side og på den anden side en bevidst tilside-sættelse af pligten til at tilbagebetale kreditten til P. I afsnit 4, som har karakter af en ekskurs, drøftes den helt centrale afgørelse U 1994.470 H nærmere.

1. Koncernrelationen mellem M og D

Koncernrelationen mellem M og D giver sig udslag i, *dels* at M i reglen har en betydelig adgang til at udøve indflydelse på eller kontrol med D's forhold, *dels* at D typisk er meget afhængig af M. Både *M's indflydelse* og *D's afhængighed* – som i meget høj grad blot er to sider af samme sag – er særlig markant, såfremt D er et helejet datterselskab af M.

De særlige synspunkter om hæftelsesgennembrud, som i dansk ret er forfægtet af *Werlauff*,¹ har – ikke overraskende – sammenhæng med både M's indflydelse (jfr. udtrykket "kontrolgruppen") og D's afhængighed (jfr. f.eks. diskussionen om underkapitalisering). Emnet for denne afhandling er ovenfor i kapitel I, afsnit 3.5 søgt afgrænset i forhold til hæftelsesgennembrud. I denne forbindelse er det påvist, at støtteerklæringer kun vil kunne være et yderligere argument for at statuere gennembrud, *såfremt der allerede på tidspunktet for erklæringens afgivelse forelå de omstændigheder, som angives at kunne begrunde et gennembrud*.² Selv i disse tilfælde vil man dog – fremfor at

1 Jfr. *Werlauff*: Selskabsmasken (1991).

2 Formuleringen "angives at" er valgt, fordi der efter min opfattelse ikke eksisterer nogen gennembrudsnorm i dansk ret, jfr. herved også anmeldelserne af *Werlauffs* ovennævnte disputats i U 1992 B s. 68 ff. (*Nørgaard*) og i J 1992 s. 41 ff. (*Gomard*).

begrunde et ansvar for M med en mere eller mindre luftig gennembrudsnorm – sikkert foretrække at statuere, enten at der *ud fra hele aftalesituationen foreligger et løfte fra M*, eller at *M har handlet erstatningspådragende* (vildledning af kontraktspart, ansvar for urigtige oplysninger).

Der kræves givetvis mindre for at anse M for erstatningsansvarlig for en urigtig oplysning end for forpligtet i henhold til et løfte. “Løfteansvar” forudsætter et *positivt* udsagn om at gøre noget. “Oplysningsansvar” forudsætter ofte kun noget *negativt* – nemlig at der er fortiet noget, som burde have været oplyst.³

Det er dog helt centralt at mærke sig, at fortielse af D’s økonomiske vanskeligheder også kan få den betydning, at kravene til f.eks. et løftes bestemthed sænkes, sml. hertil afgørelsen U 1987.784 H. I denne retning peger f.eks. praksis om udpegelse af medkontrahenten (personen eller selskabet?), jfr. U 1974.129 H (NDs 1973.649). Her fremhævedes det, at selskabet var i betydelige økonomiske vanskeligheder, og at der følgelig var “særlig anledning til at præcisere, at det var [selskabet], der var kontraktspartner.”

Den anførte regel kan formentlig generaliseres noget mere og udtrykkes på den måde, at *jo mere prekær D’s økonomiske situation er på erklæringstidspunktet, desto mere varsomt skal M udtale sig, for desto mindre skal der til, før domstolene vil finde erklæringen forpligtende*.

I afvisningen af, at hæftelsesgennembrud har nogen særlig betydning for støtteerklæringer, ligger ikke, at *særlige selskabsretlige overvejelser*⁴ er uden fortolkningsmæssig betydning. Da vi stedse befinder os i grænselandet mellem aftale- og selskabsret, forekommer det tværtimod særdeles nærliggende, at selskabsretlige synspunkter må spille en betydelig rolle for fortolkningen for støtteerklæringer (likviditetserklæringer).

I kapitlerne ovenfor er der flere steder argumenteret for resultater under henvisning til synspunkter, som i sidste instans må betegnes som selskabsretlige.

I kapitel VI er der anlagt en streng bedømmelse af M’s *ansvar for urigtige oplysninger* i forskellige former for støtteerklæringer. Den strenge culpa-bedømmelse er ikke udtryk for, at der – som for pengeinstitutter, der afgiver soliditetsoplysninger – er tale om et professionsansvar, men er netop begrundet i M’s faktiske muligheder for at kontrollere oplysningernes rigtighed.

Ovenfor i kapitel VIII er der redegjort for, at koncernrelationen mellem M og D har betydning for *fortolkningen af likviditetserklæringer*.⁵ Jo stærkere M’s indflydelse på D er (eller jo mere afhængig D er af M), desto snarere vil

3 Se nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1 og 2.

4 Udtrykket er her taget i videste forstand og omfatter alle overvejelser, der på den eller den anden måde grunder sig i koncernrelationen mellem M og D.

5 Det samme gælder formentlig også om andre former for støtteerklæringer, men dette spørgsmål er ikke undersøgt særskilt.

M – alt andet lige – blive anset for forpligtet i henhold til erklæringen.

Allerede disse to synspunkter viser klart, at selskabsretlige synspunkter spiller en ofte afgørende rolle for udfaldet af tvister om støtteerklæringer.

Det er dog navnlig i forbindelse med drøftelsen af forskellige mellemløsninger nedenfor i kapitel XI, at selskabsretlige overvejelser vil indtage en central rolle.

Undertiden synes selskabsretlige overvejelser dog at føre til lovlig vidtgående slutninger: I *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* fandt 1. instansen, at (mis)forholdet mellem størrelsen af D's kapital og den bevilgede kredit talte for at anse M for forpligtet.⁶ *I almindelighed kan størrelsesforholdet mellem D's kapital og det af P ydede lån dog vistnok ingen særlig betydning have.* Der er tale om forhold, som P selv kan vurdere og må overveje ved afgørelsen af, om man vil "nøjes med" en støtteerklæring.

Se også utrykt dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89), hvor det anførtes, at det måtte stå klart for M, at P ikke ville yde lånet uden sikkerhed, idet lånet androg 1,1 millioner GBP, D's kapital kun 1.000 GBP.⁷ Videre udtalte retten, at "det är svårt att se att en så oförbindlig utfästelse skulle ha någon rimlig kommersiell funktion att fylla."⁸ Dette synspunkt må karakteriseres som klart urigtigt: Det er en kendsgerning, at der i erhvervslivet ofte anvendes rene hensigtserklæringer, og at sådanne erklæringer altså har en eller anden funktion. Selv om denne funktion ikke findes "rimelig" eller "fornuftig" af en domstol, kan dette i hvert fald ikke anføres til støtte for at anse en sådan erklæring for bindende. Se om dommen i øvrigt også ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.1.3 og kapitel IX, afsnit 1.

2. Forhold vedrørende D's kreditoptagelse

Størrelsen af D's gæld til P i relation til D's kapital er omtalt lige ovenfor. Det blev afvist, at der kunne tilkomme dette forhold nogen betydning for fortolkningen. Her skal tilføjes, at det samme må gælde, hvad angår *den absolute størrelse af D's gæld til P*. For at P finder gælden betydningsfuld nok til at kræve en likviditetserklæring af M, må den *for det første* så at sige altid være af en vis størrelse. *For det andet* kender P selv gældens størrelse og kan tage denne i betragtning – denne vurdering (og accept) af risikoen kan P ikke overvælde på M.

⁶ Jfr. (1988) I All ER 724 b.

⁷ Jfr. hovrättens dom s. 6.

⁸ Jfr. hovrättens dom s. 7.

P kan således ikke efterfølgende gøre gældende, at gældens størrelse taler for at pålægge M et ansvar, fordi M burde indse, at P ikke ville yde lånet uden sikkerhed. Størrelsen var *kendt af begge parter*, og M kunne lige så vel hævde, at den netop var grunden til, at man afviste at kautionere.⁹

Heller ikke *lånets rentefod* kan i almindelighed være et fortolkningsmoment, når det skal afgøres, om M har påtaget sig en forpligtelse eller ej. Vel er det erfaringsmæssigt sådan, at en større risiko betinger en højere rente, men der er sædvanligvis ikke noget sikkert sammenligningsgrundlag for bedømmelsen af, om rentesatsen svarer til satsen for en kautionssikret eller for en usikret gæld. Hertil spiller alt for mange forhold ind: lånets størrelse, D's kapital og skønnede indtjening, den forventede renteutvikling og konkurrenceforholdene i finanssektoren.

I sagen *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* lagde 2. instansen betydelig vægt på, at forskellen på garanti og støtteerklæring fra M betingede en forskel i P's provision ("commission") – nærmere bestemt, at provisionen blev 1/8 procentpoint højere uden garantien, hvilket gav D en årlig merudgift på £ 50.000.¹⁰

Det vil dog som anført sjældent ligge så klart, hvor stor prisforskellen på kreditten med og uden garanti er. Desuden skal man være varsom med at tillægge en prisforskel altafgørende vægt: Der er intet underligt i, at P tager sig betalt for at nøjes med en likviditetserklæring. Lige så lidt som man fra M's nægtelse af at kautionere kan slutte, at M *ingensomhelst forpligtelser* har påtaget sig,¹¹ lige så lidt kan man fra P's krav om en højere rente slutte, at P har givet afkald på *enhver sikkerhed*.

Der kan også spørges, om *sikkerhedsstillelse for D's gæld* har betydning.¹² Svaret må afhænge af omstændighederne, herunder *hvem* der stiller sikkerheden, *hvornår* den stilles, og *hvad* den nærmere består i.

Pant, som er stillet af *trediemand*, kan i hvert fald ikke tillægges nogen fortolkningsmæssig betydning i tilfælde, hvor M ikke var klar over pantets eksistens. Selv hvor M er klar over dette, må betydningen være nærmest lig nul. Kaution fra trediemand kan som udgangspunkt heller ikke *i sig selv* have nogen betydning.¹³

9 Der erindres om, at afvisning af at kautionere er typebaggrunden for støtteerklæringer i det hele taget.

10 Jfr. (1989) I All ER 791 h.

11 Jfr. herom nærmere ovenfor i kapitel VIII, afsnit 2.

12 Det forekommer ikke i praksis, at M stiller *sikkerhed for opfyldelsen af likviditetserklæringen*. I givet fald ville en sådan sikkerhedsstillelse tale klart for, at erklæringen er retligt forpligtende.

13 Jfr. dog i småtrykket nedenfor.

Pant, som er stillet af M selv *forud for* likviditetserklæringens afgivelse, kan næppe have den store betydning. Pant, som M stiller *samtidig med* erklæringens afgivelse, må trække (svagt) i retning af det uforpligtende.

Kaution, som M har tilsagt P *forud for* likviditetserklæringens afgivelse, må trække (svagt) i retning af det uforpligtende. Kaution, som M tilsiger P *samtidig med* likviditetserklæringens afgivelse, må trække (stærkt) i retning af det uforpligtende.

Se til det anførte U 1994.470 H, hvor P i en skrivelse af 8. februar 1989 anførte følgende:

- “[...] banken har bevilget forlængelse af kredit stor kr. 1.000.000,- [til D] [...] under følgende forudsætninger:
- at der afgives kaution for kreditten af [E]
 - at der afgives hensigtserklæringer fra [M] og [A] i henhold til vedlagte [...].”¹⁴

M og A ejede hver halvdelen af aktiekapitalen i D. Den ejendom, hvorfra D drev sin virksomhed, var i begyndelsen af 1988 blevet overdraget til ejendoms-selskabet E.

E var ikke en udenforstående trediemand,¹⁵ men et associeret selskab, og det forekommer herefter, at skrivelsen medfører et forklaringsproblem for P: Hvorfor tales der – i én og samme skrivelse – om *kaution* fra E, men om *hensigtserklæringer* fra M og A, hvis “forskellen var ens” (nemlig at såvel E som M og A i givet fald skulle dække hele P’s tab på D)?

Videre kan man spørge, om det har nogen betydning, hvorvidt der er tale om “sikring” af *ny eller gammel gæld*. Svaret må blive, at der – alt andet lige – skal mere til, førend M bliver forpligtet, når erklæringen angår gammel gæld, end når den angår ny gæld.

Se hertil også U 1994.470 H, hvor erklæringen angik gammel gæld (forlængelse af bestående engagement), hvilket den ene af afgiverne henviste til,¹⁶ efter at P havde forbeholdt sig at gøre et krav gældende.

Også dommen fra OLG München (1 U 3949/86) bør nævnes her.¹⁷ Der var i denne sag tale om flere erklæringer, som alle blev udfærdiget i forbindelse med en kreditudvidelse, som skulle betales – og faktisk blev betalt – tilbage inden for et kortere tidsrum. Erklæringerne fandtes ikke at begrunde noget ansvar for afgiverne med hensyn til den på erklæringstidspunkterne allerede bestående gæld. Også afgørelsen af 4. juni 1988 fra Frostating Lagmannsrett (ankesak

¹⁴ Se dommen s. 8 f.

¹⁵ Bemærkningerne før note 13 ovenfor har sigte på *udenforstående* trediemænd.

¹⁶ Se nærmere nedenfor i kapitel X, afsnit 4.1 *in fine*.

¹⁷ Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

145/1987)¹⁸ (om P's indrømmelse af henstand med D's betaling af gammel varegæld) peger i samme retning.

Skønt der må tilkomme synspunktet en ikke ringe vægt, skal det dog ikke overspændes. Ligesom en kaution for gammel gæld kan være begrundet i at undgå ubehageligheder for skyldneren, kan en likviditetserklæring for gammel gæld være den pris, der skal betales, for at opnå visse ydelser (f.eks. yderligere kredit, afværgelse af konkursbegæring eller indrømmelse af henstand).¹⁹

Hermed er vi til dels gledet over i et andet spørgsmål, nemlig om det har nogen betydning, at *likviditetserklæringen afgives af M for at afværge D's konkurs*.

Besvarelsen af spørgsmålet hviler på en afvejning af to synspunkter: *På den ene side* kan det hævdes, at en erklæring, som M afgiver under trussel om konkursbegæring mod D – alt andet lige – snarere må være forpligtende end andre erklæringer med samme ordlyd.

For det første er D's økonomiske situation i disse tilfælde altid alvorlig, og beroligende erklæringer kan i hvert fald lettere begrunde erstatningsansvar i sådanne tilfælde. *For det andet* er en uforpligtende hensigtserklæring mere eller mindre meningsløs, hvis D's situation er så håbløs, at D må gå konkurs, medmindre gælden til P indfries af M. Under disse omstændigheder må der påhvile M en strengere pligt end ellers til at gøre det klart for P, at erklæringen alene skal forstås som en uforpligtende tilkendegivelse af M's hensigter.

På den anden side kunne der henvises til, at P – der jo er vidende om, at D er overhængende tæt på en konkurs – har så meget desto større anledning til at sikre sig et egentligt løfte fra M, og at P selv har accepteret risikoen.

Efter min opfattelse må det første argument klart veje tungest. Alligevel vil afværgelse af konkurs dog næppe få nogen betydning som fortolkningsmoment. Der vil nemlig så godt som altid være tale om "sikring" af gammel gæld i disse tilfælde, og denne omstændighed må – selv om modtageren "betaler for" erklæringen ved at lade være med at begære D konkurs – i reglen opveje den vægt, som konkursafværgelsen ellers måtte have som fortolkningsmoment.

Se til spørgsmålet den ovenfor nævnte U 1994.470 H, hvor det blev forklaret, at D ikke kunne have fortsat sin drift uden den kredit, som P stillede til rådighed.²⁰

Se også utrykt dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88),²¹ hvor en stålleverandør (P), der var på det rene med, at D

18 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

19 I afgørelsen fra Frostating Lagmannsrett var omstændighederne således, at henstandsgivelsen måtte anses for en liberalitet fra kreditors side, jfr. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

20 Se Vestre Landsrets dom s. 12, 13 og 14.

21 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel IX, afsnit 1.

havde økonomiske vanskeligheder, ikke fik en garanti, men kun en likviditets-erklæring.

I den ovenfor omtalte, utrykte dom af 4. juni 1988 fra Frostating Lagmannsrett (ankesak 145/1987)²² udtalte retten, at P næppe var blevet dårligere stillet ved – måske – at have handlet i tillid til M's erklæring.²³ Ifølge retten kunne P *fragå* aftalen om henstandsindrømmelse, da det blev klart, at M alligevel ikke overtog aktiemajoriteten i D²⁴ – og det gjorde P faktisk også ved at afkræve D en bankgaranti.

3. Aktualiseringsgrunden

Strengt taget vil grunden til, at det bliver aktuelt for P at påberåbe sig likviditetserklæringen, altid være den samme: At D bryder økonomisk sammen, og at P kun kan se frem til en beskeden dividende af sin fordring.

Årsagerne til D's økonomiske sammenbrud kan derimod være meget forskelligartede, og det er det, der her menes med ordet "aktualiseringsgrund". Yderpunkterne er den bevidste tilsidesættelse af enhver forretningsmæssig fornuft, hvad angår driften af D, *på den ene side* og det aldeles uforskyldte, men helt uafvendelige sammenbrud forårsaget af udefra kommende omstændigheder *på den anden side*.

Nu er virkeligheden jo sjældent sort-hvid, og det er vel næppe en tilsnigelse at hævde, at et økonomisk sammenbrud oftest skyldes et sammenfald af "*mismanagement and misfortune*".

Man kan dog forestille sig, at et udenlandsk datterselskab – efter en politisk omvæltning i domicillandet – eksproprieres uden erstatning.

Derimod er sammenbrud af et helt marked nok uforudseelig, men deraf følger ikke uden videre, at et tab forårsaget herved er helt uforskyldt. Se f.eks. *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, hvor erklæringen blev aktuel, fordi hele tinmarkedet (London Metal Exchange) brød sammen. Som fremhævet af retten var det sammenbrudte selskabs aktiviteter imidlertid af en grundlæggende spekulativ karakter.

I dansk ret har et lignende tilfælde foreligget, da SCS Finans A/S brød økonomisk sammen i løbet af en uges valutauro i midten af september 1992.²⁵

22 Afgørelsen er refereret ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

23 Jfr. lagmannsrettens dom s. 11. – P påberåbte sig ikke blot, at henstandsgivelsen var sket i tillid til, at M hæftede, men også, at P selv kunne have haft "mulighed til å engasjere sig i [D]" (dommen s. 10), såfremt M straks havde oplyst, at det ikke var sikkert, at overtagelsen af D blev en realitet.

24 Jfr. lagmannsrettens dom s. 10.

25 Se f.eks. Børsen den 13. oktober 1992 (s. 21) og Jyllandsposten den 20. oktober 1992 (Erhverv og økonomi s. 2).

Moderselskabet – SCS Holding A/S – havde afgivet flere støtteerklæringer, og der må forventes at foreligge retsafgørelser herom i løbet af kortere tid.

Det principielle spørgsmål, om aktualiseringsgrunden kan være et fortolkningsmoment, må under alle omstændigheder søges besvaret. Som udgangspunkt må svaret på spørgsmålet være benægtende, allerede fordi ingen jo ved erklæringens afgivelse kan have haft nogen begrundet formening om, af hvilken årsag den skulle blive aktuel. Der er dog kun tale om et udgangspunkt, og der erindres om, at en tilsidesættelse af en tilkendegiven hensigt kan være så eklatant, at den findes ansvarspådragende.²⁶

Det kan således ikke udelukkes, at aktualiseringsgrunden i grænsetilfælde spiller en rolle ved afgørelsen af, om en likviditetserklæring (bliv)er forpligtende for M eller ej.

Aktualiseringsgrunden har kun interesse ved erklæringer, som ikke er ganske klare. Er der tale om en klar garanti eller likviditetsforpligtelse, er afgiveren forpligtet, uanset af hvilken grund forpligtelsen aktualiseres.²⁷ Sml. hertil NRT 1983.716 NoH (NDs 1983.259), hvor afgiveren af en klar garanti ikke fik medhold i, at garantien kun kunne gøres gældende i tilfælde af “mismanagement”.

Nedenfor i kapitel XI vil det blive diskuteret, hvilken rolle aktualiseringsgrunden kan spille i de tilfælde, hvor man antager en “mellemløsning” mellem en kautionslignende forpligtelse og ingen forpligtelse overhovedet.²⁸

4. Ekskurs: Afgørelsen U 1994.470 H

Ovenfor i kapitel VII-IX og i afsnit 1-3 i dette kapitel er betydningen af en lang række fortolkningsmomenter blevet drøftet. Der er tilstræbt en udtømmende gennemgang af de momenter, som kan inddrages i sager om likviditetserklæringer, men som bekendt står den juridiske fantasi sjældent mål med virkelighedens verden, og ordet “tilstræbt” bør derfor mærkes.

I dette afsnit vil U 1994.470 H blive gennemgået i lyset af de nævnte fortolkningsmomenter. Afgørelsen er helt central, da Højesteret her for første – og hidtil eneste – gang har taget stilling til en støtteerklæring (likviditetserklæring).

²⁶ Jfr. nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.

²⁷ I så fald har afgiveren påtaget sig en *resultatforpligtelse*.

²⁸ Nærmere bestemt den mellemløsning, at afgiveren findes at have påtaget sig en *bestræbelsesforpligtelse*, sml. note 27 ovenfor.

4.1. Sagens omstændigheder

Sagens omstændigheder var følgende: Selskaberne M og A ejede hver halvdelen af aktiekapitalen i D, der – ligesom M og A – drev virksomhed inden for trælastbranchen. Ved siden af sin hovedbankforbindelse havde D et engagement med pengeinstituttet P. Oprindeligt var engagementet med P ret beskedent: 50.000 kr. i 1981, 100.000 kr. i 1983 og 175.000 kr. i 1985. Efter en klart utilfredsstillende regnskabsudvikling anmodede D i begyndelsen af 1986 om yderligere kredit hos P, som bevilgede en kredit på 500.000 kr. D opnåede i regnskabsåret 1. oktober 1985 – 30. september 1986 en væsentlig forbedring af sit resultat, der dog forblev negativt, og i begyndelsen af 1987 anmodede D atter om en kreditudvidelse – nu til 1.000.000 kr. P bevilgede kreditten, som i lighed med de tidligere kreditter var usikret.

D's resultat i regnskabsåret 1986/87 var meget ringe. Pr. 30. september 1987 var D's prioritetsgæld i forhold til året før vokset fra ca. 2,5 mio. til ca. 4,4 mio. kr., bankgælden fra ca. 3,6 mio. til ca. 7,8 mio. kr.²⁹ Et lån fra M til D var derimod nedbragt fra 1.377.840 til 965.933 kr. På denne baggrund blev der i slutningen af 1987 afholdt et møde mellem P's bestyrer og A's direktør om forlængelse af kreditten. A's direktør tilbød kaution fra et ejendomsselskab [E], hvortil D's bygninger skulle overdrages. P's bestyrer indstillede over for P's regionsdirektør, at P bevilgede forlængelsen. På et internt bevillingsark tilføjede P's regionsdirektør følgende i håndskrift:

“Filialen skal indhente regnskaber for de to indehavere [M og A]. Såfremt man igen i 1988 realiserer et utilfredsstillende resultat, må vi overveje at kræve kaution fra de to indehavere.”

I regnskabsåret 1987/88 realiserede D endnu et dårligt resultat. I forhold til året før var D's prioritetsgæld nu forsvundet,³⁰ bankgælden nedbragt ca. 7,8 mio. til ca. 7,6 mio. kr., og lånet fra M til D nedbragt fra 965.933 til 612.241 kr. Derimod var leverandørgælden vokset fra ca. 2,4 mio. til ca. 4 mio. kr.

Der afholdtes den 27. januar 1989 et nyt møde mellem P's bestyrer og A's direktør. På dette møde orienterede A's direktør om, at D's aktiviteter var overflyttet til A's forretningslokaliteter. D skulle fortsætte som handels- og driftsselskab, mens lagerfunktionen fremover skulle varetages af A.

Mødet den 27. januar 1989 mellem P's bestyrer og A's direktør og en efterfølgende telefonsamtale mellem de samme personer stod i centrum for de forklaringer, som blev afgivet under sagen:

29 Udviklingen i leverandørgælden i regnskabsåret 1986/87 fremgår ikke af dommen (sml. nedenfor om regnskabsåret 1987/88).

30 Den “forbedring”, der lå heri, var nok så beskedent: Ejendommen var jo solgt!

I landsretten forklarede P's bestyrer, at A's direktør – inden hun havde bragt spørgsmålet om sikkerhedsstillelse på bane – uopfordret havde sagt, at ejerne af D ville være meget kede af at afgive kautionserklæringer, da dette kunne få forretningsforbindelser til at rekvirere D's regnskab, som ikke var noget at prale af. A's direktør skulle samtidig have understreget, at ejerne bakkede op om D. Der blev ikke under mødet drøftet anden sikkerhedsstillelse. Inden hun skrev sin bevillingsindstilling, havde hun i telefonen fortalt P's regionsdirektør, at ejerne ikke ville kautionere, og de drøftede derpå muligheden for en hensigtserklæring. Hun kontaktede herefter telefonisk A's direktør og oplæste ordlyden af hensigtserklæringen for ham. A's direktør gav udtryk for, at erklæringen lød som en kautionserklæring og spurgte, om hun var sikker på, at den ikke skulle fremgå af regnskabet. Hertil havde hun svaret, at det mente hun ikke, men i øvrigt henvist ham til at drøfte spørgsmålet med advokat og revisor. Endelig forklarede P's bestyrer for landsretten, at en øjeblikkelig opsigelse af kreditten med tvangsrealisation af D's aktiver til følge kunne have medført tab for P.

For Højesteret afgav P's bestyrer omtrent samme forklaring som i landsretten: Hun mente, at betydningen af en hensigtserklæring var, at nogle af punkterne var at sidestille med en kautionserklæring. Hovedformålet med dens anvendelse i stedet for en kautionserklæring var, at den ikke skulle fremgå af regnskabet. Der skulle i dette tilfælde udfærdiges en mellemstærk hensigtserklæring. Hun kunne ikke huske, om det var standardparadigmet eller selve hensigtserklæringen, hun benyttede, da hun telefonisk kontaktede A's direktør. Endelig forklarede P's bestyrer for Højesteret, at hun ikke over for A's direktør havde givet udtryk for, at hensigtserklæringen ikke var juridisk bindende, eller at den ikke var en kautionserklæring.

I landsretten forklarede A's direktør, at han ikke huskede, om de havde drøftet kaution på mødet den 27. januar 1989, men i givet fald havde han helt sikkert afvist dette – muligvis med den begrundelse, at en kaution ville "se kedelig ud i regnskabet". Senere havde P's bestyrer telefonisk foreslået en hensigtserklæring, og på hans forespørgsel om, hvad en sådan erklæring dækkede, havde hun oplyst, at den ikke var juridisk bindende, men blot betød, at "de skulle opføre sig ordentligt". Herefter bad han hende sende erklæringen, idet han understregede, at den ikke måtte være en kaution. Han sagde samtidig, at han ville forelægge erklæringen for bestyrelserne i M og A. Erklæringen blev først behandlet i A's bestyrelse, hvori en advokat havde sæde. Endelig forklarede A's direktør for landsretten, at D ville have standset sine betalinger, hvis ikke kreditten var blevet forlænget.

For Højesteret afgav A's direktør omtrent samme forklaring som i landsretten: Han havde afvist at kautionere – muligvis med den begrundelse, at der var problemer med, at en kautionserklæring skulle fremgå af regnskabet. Da P's bestyrer i telefonen havde læst hensigtserklæringen op for ham, havde han sagt, at den lød som en kautionserklæring, hvorefter P's bestyrer havde sagt, at den ikke var juridisk bindende. På A's bestyrelsesmøde var det opfattelsen, at erklæringen ikke var juridisk bindende. Han havde opfattet erklæringen således, at man ikke løb fra aftaler og ansvar i afviklingsperioden, og at virksomheden

kunne køre færdig i P's regi, uden at der var tale om noget juridisk bindende dokument.

I landsretten forklarede M's direktør, at han aldrig havde deltaget i forhandlinger med P om kreditten til D. A's direktør havde over for ham oplyst, at hensigtserklæringen ikke var bindende, men blot udtryk for en hensigt. Han kontaktede ikke advokaten i A's bestyrelse, før han skrev under. Endelig forklarede M's direktør, at D nok ikke havde fortsat driften, såfremt kreditten ikke var blevet forlænget.

For Højesteret forklarede M's direktør omtrent som i landsretten: Han havde ikke fået nogen vejledning eller forklaring fra P. Af A's direktør fik han oplyst, at erklæringen ikke var bindende. Han fik videre oplyst, at erklæringen havde været drøftet på et bestyrelsesmøde i A, og han vidste, at der sad en advokat i bestyrelsen. Han havde lagt vægt på, at der ikke lå nogen hæftelse i hensigts-erklæringen – modsat kautionserklæringen fra E. Han forstod erklæringen således, at han ville tilføre D ny likviditet, så længe selskabet kørte.

P's bestyrer indstillede, at kreditten til D blev forlænget til den 1. januar 1990. I indstillingen gjordes der rede for påtænkt salg af D's varelager og driftsmidler. Der henvistes videre til, at der var udarbejdet drifts-, status- og likviditetsbudgetter for de kommende to regnskabsår. Spørgsmålet om sikkerhedsstillelse blev derimod ikke omtalt i indstillingen.³¹

P's regionsdirektør forsynede indstillingen med følgende håndskrevne påtegning:

“U.f.a. at der udarb. mellemstærk hensigtserklæring. JR”.

I en skrivelse af 8. februar 1989 til A anførte P bl.a. følgende:

“Under henvisning til møde i banken [...] skal vi hermed bekræfte, at banken har bevilget forlængelse af kredit stor kr. 1.000.000,- l/ [D] til 01.01.1990 under følgende forudsætninger:

- at der afgives kaution for kreditten af [E]
- at der afgives hensigtserklæringer fra [M] og [A] i henhold til vedlagte [...]”.

Den 10. marts underskrev M sålydende:

“HENSIGTSEKRLÆRING

I anledning af at [P] har stillet kreditfaciliteter til rådighed for [D], erklærer undertegnede [M] hermed [...]

- at vi om fornødent vil tilføre selskabet tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor banken [...]”.

³¹ I hvert fald ikke i den del af indstillingen, som er gengivet i dommen.

I regnskabsåret 1988/89 realiserede D et katastrofalt resultat – ifølge et udkast til driftsoversigt var underskuddet på 3.667.000 kr. Den 30. november 1989 standsede D sine betalinger.

I en skrivelse af 8. december 1989 gjorde P opmærksom på, at M muligvis ville blive afkrævet D's gæld under henvisning til hensigtserklæringen. Herpå svarede M i skrivelse af 20. december 1989 bl.a. følgende:

“[...] Denne hensigtserklæring blev afgivet på et tidspunkt, hvor alle for os foreliggende oplysninger tydede på, at [D] ville opnå positiv indtjening efter den omstrukturering, som var igangsat, og som [P] var orienteret om [...]

Det ligger fast, at hensigtserklæringen er afgivet i god tro efter forholdene på afgivelsestidspunktet, men at forholdene efterfølgende er ændrede på afgørende vis.

På dette grundlag må vi afvise, at [P] vil kunne støtte noget økonomisk krav på denne hensigtserklæring i forhold til os. Vi har ikke kautioneret for [P's] tilgodehavende, som heller ikke blev udvidet ved erklæringens afgivelse [...]”.

4.2. Sagens resultat – og begrundelsen herfor

Såvel ved landsretten som ved Højesteret blev M – dog under dissens – dømt til at betale P et beløb svarende til P's tilgodehavende hos D pr. 30. november 1989 (betalingsstandsningssdagen) med tillæg af renter.

Landsrettens flertal begrundede domfældelsen af M med, at erklæringen efter en naturlig sproglig forståelse måtte opfattes som et tilsagn fra M om at tilføre D midler til, at D til enhver tid kunne opfylde sine forpligtelser over for P.

Flertallet lagde til grund, at P ikke var indstillet på at forlænge D's kredit på uændrede vilkår. Flertallet lagde videre til grund, at A's direktør havde afvist kaution, men betegnede det som uvist, hvilken begrundelse der var givet herfor.

Endelig fandt flertallet ikke grundlag for at tilsidesætte P's bestyrers forklaring om, at hun – som fejlagtigt havde ment, at hensigtserklæringen ikke skulle fremgå af regnskabet – havde tilrådet A's direktør at konsultere en revisor eller advokat herom.

Herefter blev M dømt i overensstemmelse med P's påstand – men med den bemærkning, at

“[...] der, som sagen foreligger for landsretten, ikke er grundlag for at nedsætte erstatningskravet [...]”.

Landsrettens mindretal begrundede frifindelsen af M med, at det måtte lægges til grund, at A's direktør over for P's bestyrer havde tilkendegivet, at M ikke ønskede at kautionere for D.

Mindretallet anførte, at det efter bevisførelsen var uvist, hvilken begrundelse der var angivet herfor, og anså det herefter ikke for bevist, at grunden

var en anden end et ønske om ikke at hæfte for D's gæld.

Mindretallet lagde til grund, at P's bestyrer opgav at kræve en sædvanlig kautionserklæring, men fremkom med hensigtserklæringen, som for så vidt angik overskriften sammenholdt med erklæringens sidste afsnit var præget af tvetydighed.

Under disse omstændigheder fandt mindretallet

“det betænkeligt at anse det for bevist, at [M havde] påtaget sig en retligt bindende forpligtelse som påstået af [P] [...]”.

Højesterets flertal begrundede domfældelsen af M med, at M efter indholdet af erklæringen havde afgivet et klart og ubetinget løfte om at tilføre D tilstrækkelige likvide midler til, at D til enhver tid kunne opfylde sine forpligtelser over for P. Uanset overskriften “hensigtserklæring” måtte det herefter påhvile M at godtgøre, at der forelå sådanne omstændigheder omkring erklæringens tilblivelse, at den ikke kunne tillægges virkning i overensstemmelse med sit indhold.

Flertallet lagde til grund, at M havde afvist at kautionere, men anførte, at dette forhold, som var den typiske baggrund for anvendelsen af støtteeerklæringer, ikke kunne udgøre tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at P havde accepteret, at erklæringen trods ordlyden ikke skulle anses for juridisk forpligtende. Flertallet bemærkede videre, at det ikke var godtgjort, at P's bestyrer over for A's direktør havde tilkendegivet, at erklæringen ikke var juridisk bindende.

Højesterets mindretal henviste som begrundelse for at frifinde M til de grunde, som anførtes i dissensen til landsrettens dom.

4.3. Bemærkninger til resultatet og begrundelsen

Bemærkningerne til U 1994.470 H nedenfor hviler på den forudsætning, at alle relevante faktiske og juridiske momenter var blevet inddraget under sagen. Bemærkningerne går således på, hvorledes *sagen under denne forudsætning* burde have været afgjort – ikke på, om *dommen i lyset af de momenter, som faktisk blev præsenteret for retten*, fik det udfald, som den burde.

4.3.1. Ordlydens betydning

Det fremgår tydeligt af såvel landsrettens som Højesterets præmisser, at *domfældelsen af M i alt væsentligt bæres af erklæringens ordlyd*.

Det forekommer klart rigtigt at tage udgangspunkt i ordlyden, og det forekommer også berettiget at tillægge den stor vægt, jfr. i det hele ovenfor i kapitel VII.

I almindelighed må det være sådan, at jo klarere ordlyden er, desto større vægt har den – eller anderledes udtrykt: Jo klarere ordlyden er, desto mere

kræves der for – på trods af ordlyden – at kunne nå frem til et andet resultat.

Når Højesterets flertal finder erklæringen meget klar, er det derfor følgerigtigt, at flertallet tillægger erklæringen så stor vægt, at det herefter er M, der skal godtgøre omstændigheder omkring tilblivelsen, som fører til, at erklæringen alligevel ikke er bindende.

U 1994.470 H kan formentlig opfattes som et signal om, at erhvervsdrivende må tage skade for hjemgæld, når de – uden fornøden omtanke – skriver under på en erklæring. Det store spørgsmål er, om dette signal bliver opfanget i alle små og mellemstore selskaber – f.eks. af den slags, som findes i Kjellerup og Thyholm.

Højesterets begrundelse for domfældelsen af M forekommer meget generel – navnlig når man sammenligner den med landsrettens langt mere konkrete begrundelse.³² Dette øger måske signalets klarhed – men det kan vise sig at være en u hensigtsmæssig “opmuntring” til pengeinstitutterne om at fortsætte med dobbeltspillet omkring “hensigtserklæringerne”, jfr. nærmere nedenfor i afsnit 4.3.5.

Efter min opfattelse er erklæringens ordlyd ikke *fuldt så klar og entydig* som antaget af Højesteret. Følgelig ville jeg heller ikke tillægge erklæringens ordlyd *fuldt så vidtrækkende betydning* for bevisbedømmelsen, som Højesteret gør.

Ser man nærmere på *likviditetserklæringen* i U 1994.470 H, kan man konstatere, at dens ordlyd – isoleret betragtet – signalerer et løfte (“[...] vi [...] vil [...]”), og at dette løfte klart opfylder kravet til bestemthed (“[...] tilføre [D] tilstrækkelige likvide midler til, at det til enhver tid er i stand til at opfylde sine forpligtelser overfor [P]”). Ordlyden af likviditetserklæringen afsvækkes dog af, at *hele erklæringen* – hvoraf likviditetserklæringen er tredje afsnit – bærer overskriften “hensigtserklæring”.

Skønt overskriften “hensigtserklæring” ikke *i sig selv* kan føre til, at en ellers klart forpligtende erklæring bliver uforpligtende, må den klart siges at trække *i retning af det uforpligtende*.³³

Overskriften “hensigtserklæring” er med andre ord *ikke betydningsløs* – og kan *sammen med andre momenter* meget vel blive udslagsgivende.

Overskriften “hensigtserklæring” må afvejes i forhold til den vægt, som løftesignalet og bestemthedsgraden tilsammen giver likviditetserklæringen. Det må herefter konkluderes, at en ren ordlydsfortolkning fører til, at M er forpligtet – men efter min opfattelse ikke med så stor overvægt, som antages i

32 *Landsretten* henviser til usikkerheden om, hvad afvisningen af at kautionere var begrundet med, og tillægger det også vægt, at P's bestyrer tilrådede A's direktør at konsultere en revisor eller advokat om den regnskabsmæssige behandling af erklæringen.

33 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 5 (ved note 198-200).

Højesterets dom: Vel indeholder ordene “vi vil” i almindelighed et løftesignal, men ikke med samme klarhed som ordene “vi forpligter os til”.³⁴

4.3.2. Afvisningen af at kautionere

Blandt de øvrige omstændigheder i sagen er der kun én, som nævnes i flertallets præmisser – nemlig afvisningen af at kautionere.

Højesteret udtaler, at afvisningen af at kautionere

“ikke kan udgøre tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at [modtageren] *havde accepteret*, at erklæringen trods ordlyden ikke skulle anses som juridisk forpligtende” (udh. her).

Denne formulering synes at vise, at Højesteret tillægger momentet en vis vægt, men at denne vægt dog er ret ringe i forhold til det, Højesteret ser som en klar ordlyd.

Hertil bemærkes, at ordlydens klarhed og utvetydighed ikke er indiskutabel, jfr. ovenfor under 4.3.1. I øvrigt forekommer udtrykket “havde accepteret” mindre velvalgt, da det afgørende må være, hvad modtageren *indså eller burde indse* – dvs. om det var *kendeligt* for modtageren – at afgiveren ikke mente at forpligte sig.

Det bemærkes, at Højesteret – ligesom landsretten – *kunne have valgt* at afsvække betydningen af M’s afvisning af at kautionere ved at henvise til, at denne afvisning *konkret* var mindre klar (“regnskabsbegrundet” og ikke “principiell”).³⁵

Det *gjorde* Højesteret imidlertid ikke, og det kan måske udlægges som et signal om, at Højesteret *generelt* ikke er lydhør for, at afvisningen af at kautionere skulle have nogen videre betydning.

Det forekommer herefter, at M’s afvisning af at kautionere tillægges *for* lille vægt i U 1994.470 H.

Det kan tiltrædes, at afvisningen af at kautionere ikke *i sig selv* kan medføre, at afgiveren af en ellers forpligtende erklæring ikke anses bundet: Afgiveren kan

34 Med ordene “vi vil” kan man godt udtrykke en *hensigt* – men det kan man ikke med ordene “vi forpligter os til”. Se hertil også *Godsk Pedersen* s. 107.

35 Naturligvis forudsat, at Højesteret havde anset det for *bevist*, at afvisningen var uklar. Efter Højesterets præmisser kan der kun gisnes om Højesterets syn på dette bevismæssige spørgsmål. – Det forekommer i øvrigt tvivlsomt, om landsrettens flertal har ret i, at en regnskabsbegrundet afvisning er mindre klar end en principiel, jfr. herved *Jacob Nørager-Nielsen* i U 1989 B s. 17. – Når det ligger klart, at M har afvist at kautionere, må det i øvrigt være P – og ikke M – som skal godtgøre, at grunden hertil var en anden end ønsket om ikke at hæfte, jfr. således dissensen til landsrettens dom (men cfr. flertallets votum).

senere frafalde afvisningen fuldstændigt og afgive et kautionsløfte, eller han kan frafalde den delvis og afgive et mindre vidtgående løfte.³⁶

Det rokker dog ikke ved, at afvisningen af at kautionere trækker *i retning af det uforpligtende*. Den er *ikke betydningsløs* – og kan *sammen med andre momenter* blive udslagsgivende.

4.3.3. Andre momenter

Tankemæssigt kan Højesteret siges at operere med ordet “uanset” *to gange* i præmisserne:³⁷ *Uanset* at erklæringen benævnte sig selv “hensigtserklæring”, og *uanset* at M havde afvist at kautionere, fandtes erklæringen forpligtende.

Der er en nøje sammenhæng mellem betydningen af henholdsvis ordlyden og afvisningen af at kautionere: Jo klarere ordlyden findes at være, desto ringere formår afvisningen af at kautionere at rokke ved den. Et spørgsmålstejn ved ordlydens fuldstændige klarhed medfører derfor allerede *i sig selv* et spørgsmålstejn ved den ringe vægt, der tillægges afvisningen af at kautionere. Det er derfor vigtigt at fremhæve, at kritikken ovenfor går på *begge led*: Det hævdes, *dels* at ordlyden ikke er helt så utvetydig, *dels* at afvisningen af at kautionere ikke er helt så betydningsløs, som det antages i dommen.

Sammenfattende er det min vurdering, at *overskriften “hensigtserklæring” medfører, at likviditetserklæringens ordlyd ikke er fuldstændig klar, og at denne ordlyd under alle omstændigheder afsvækkes yderligere derved, at M havde afvist at kautionere*. Der må vel fortsat antages at være en *overvægt i P’s favør*, men denne overvægt *forekommer i hvert fald ikke større, end at sagens øvrige omstændigheder kan blive udslagsgivende*.

Efter min opfattelse er der i U 1994.470 H ganske mange øvrige omstændigheder, som kunne være inddraget – bl.a. følgende til fordel for M:

- 1) P var selv på det rene med, at erklæringen var “mellemstærk”, og den tanke ligger ikke helt fjern, at P selv har været af den opfattelse, at erklæringen ikke havde eller kunne have samme retsvirkning som en kautionserklæring.
- 2) P’s bestyrer havde været af den opfattelse, at erklæringen ikke skulle fremgå af M’s regnskab. For Højesteret forklarede hun, at dette var “hovedformålet med anvendelsen af [erklæringen]”, men samtidig forklarede hun, at hun havde ment, at “betydningen af en hensigtserklæring var, at nogle af punkterne var at sidestille med en kautionserklæring”. Dette forekommer selvmodsigende.
- 3) Det var P’s bestyrer, som – efter at kaution var blevet afvist – fremkom med forslaget om den pågældende erklæring.

³⁶ Jfr. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 2.

³⁷ Ordet “tankemæssigt” mærkes – tekstmæssigt er det kun det første moment, som Højesteret “affærdiger” med ordet “uanset”.

- 4) Erklæringen var ikke i sig selv aldeles klar: Den bar overskriften “hensigtserklæring”, og løftesignalet “vi vil” må ses i lyset heraf.³⁸
- 5) P havde formuleret erklæringen og var selv på det rene med, at den kunne have været formuleret adskilligt klarere: P anvendte ikke den “stærke” – men den “mellemstærke” – erklæring fra sin paradigmesamling.
- 6) I forbindelse med forslaget til erklæringen var P’s bestyrer over for A’s direktør fremkommet med det urigtige udsagn, at den ikke skulle fremgå af regnskabet.
- 7) P’s bestyrer havde på intet tidspunkt været i forbindelse med M’s direktør – al kommunikation var foregået mellem P’s bestyrer og A’s direktør. P’s bestyrer kunne ikke gå ud fra, at de oplysninger, hun havde givet til A’s direktør, blev korrekt videregivet til M’s direktør.
- 8) Ved siden af “hensigtserklæringerne” fra A og M blev der afgivet en egentlig kautionserklæring fra E. Ved læsning af bekræftelsen på kreditbevillingen må man naturligt få det indtryk, at der er forskel på indholdet af “hensigtserklæringerne” fra A og M på den ene side og kautionserklæringen fra E på den anden.
- 9) Der var ikke tale om bevilling af ny kredit, men om forlængelse af en allerede bestående kredit. Det er muligt, at A og M ville have ladet D falde, såfremt P havde stået fast på kravet om kaution fra A og M, og i så fald ville P ret sikkert have lidt et tab. Hvis P var stået fast på kravet om kaution, forekommer det i hvert fald sandsynligt, at A og M havde kunnet forhandle sig til *pro rata*-kaution for D.³⁹

I U 1994.470 H er der dog også omstændigheder ved siden af ordlyden, som taler til fordel for P:

- 10) A’s direktør havde selv sagt, at “hensigtserklæringen” lød som en kautionserklæring.
- 11) A’s direktør sørgede for, at erklæringen blev drøftet i A’s bestyrelse, hvori en advokat havde sæde.
- 12) M’s direktør stolede på oplysningerne fra A’s direktør og rettede ikke selv henvendelse til P.
- 13) Såfremt P ikke havde forlænget kreditten til D, var D formentlig gået konkurs. Kreditforlængelsen havde derfor virkelig værdi for A og M derved, at D fik en overlevelseschance.

38 Dette moment er nævnt ovenfor – og det er naturligvis ikke hensigten, at det skal “tælle dobbelt”. Når momentet atter nævnes her, er grunden, at det kun fremgår meget indirekte af Højesterets dom, hvor det blot hedder: “Uanset at erklæringen i overskriften betegnes som en “hensigtserklæring” [...]”.

39 Jfr. herved oplysningen i dommen om, at A og M over for D’s hovedbankforbindelse kautionerede “pro rata” (mere korrekt var der tale om kautionsforpligtelser, som var begrænset til samme beløb – omtrentligt svarende til halvdelen af D’s gæld).

Betydningen af momenterne (1) og (2) forekommer meget stor: Såfremt parterne havde en *fælles opfattelse*, er erklæringens ordlyd uden interesse.⁴⁰

Parternes *fælles opfattelse* behøver i øvrigt ikke at være fuldstændigt sammenfaldende: Må det i en sag lægges til grund, at M anså sit udsagn for helt uforpligtende, mens P anså det for forpligtende i størrelsesordenen “x”, må *P’s egen opfattelse danne maksimum for, hvad P kan kræve*, således at P er afskåret fra senere at kræve “x+1”.

P’s bestyrer forklarede selv, at A og M ikke vil påtage sig en *forpligtelse, som skulle fremgå af deres regnskaber*,⁴¹ og det fremstår på denne baggrund som sandsynligt, at P’s bestyrer selv anså den erklæring, som herefter blev udarbejdet for uforpligtende – ellers skulle den jo fremgå af regnskabet.⁴²

Såfremt man ikke er enig i dette ræsonnement – og heller ikke på andet grundlag finder, at parterne havde en fælles opfattelse – må man i hvert fald se momenterne (3)-(9) i lyset af *culpareglen*.⁴³

Et pengeinstitut, som udarbejder paradigmer over støtteerklæringer og derved lægger op til, at disse bringes i forslag af P’s medarbejdere, må sørge for, at de pågældende medarbejdere har et minimum af viden om erklæringernes brug. Når det drejer sig om at anvende *culpareglen* på P – nemlig at afgøre, hvad P *burde indse* – må det være uden betydning, hvor lidt viden den konkrete medarbejder hos P *faktisk havde*.⁴⁴ Afgørende er, hvilken viden medarbejderen *burde have haft*. Det forekommer uantageligt, om P ligefrem skulle kunne “tjene på” sin egen medarbejders uvidenhed om den regnskabsmæssige behandling.

Spørgsmålet er herefter, om P’s bestyrer burde vide, at en forpligtende erklæring skulle fremgå af regnskabet, for i så fald måtte det – under de foreliggende omstændigheder – være *kendeligt* for hende, at M ikke ville forpligte sig.

I U 1994.470 H havde P’s bestyrer som anført bragt “*hensigtserklæringen*” i forslag, efter at den anden part havde afvist at kautionere (efter bestyrerens forklaring med den begrundelse, at man ikke ønskede, at der skulle stå noget i regn-

40 Jfr. om parternes fælles opfattelse ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.

41 Efter bestyrerens forklaring var den bagvedliggende begrundelsen nærmere bestemt den, at en bemærkning i regnskabet kunne få D’s andre kreditorer til også at kræve kaution. – Dette kan jeg ikke tillægge nogen vægt, da denne begrundelse for det første ikke er bevist og for det andet i hvert fald ikke fremsat af M – og næppe heller med M’s vidende.

42 Jfr. hertil ovenfor i kapitel VII, afsnit 2 med henvisning til Rimond Jørgensen i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 174 og Jacob Nørager-Nielsen i U 1989 B s. 17.

43 Jfr. om culpareglen ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.

44 I U 1994.470 H forklarede P’s bestyrer for Højesteret, at hun kun havde anvendt en støtteerklæring en enkelt gang tidligere.

skabet). Under disse omstændigheder forekommer det rimeligt at kræve, at bestyreren har den viden, at en erklæring, som reelt påfører afgiveren samme byrde som en kautionserklæring, også regnskabsmæssigt skal behandles på samme måde som en kautionserklæring.

I den forbindelse er det ikke helt uinteressant, at emnet støtterklæringer i Danmark blev introduceret i en artikel i Fagskrift for Bankvæsen 1978 s. 170 ff. (Rimond Jørgensen). Artiklen indeholdt sålydende afsnit:

“Den omstændighed, at en forpligtelse, der burde være bogført, faktisk ikke er det, vil jo normalt ikke bevirke, at den berettigede mister sin ret over for den forpligtedes likvidationsbo. Men fra denne regel bør nok undtages de tilfælde, hvor grunden til, at et moderselskab har afgivet et letter og ikke en sædvanlig garanti, netop har været et for banken kendeligt ønske om at undgå at skulle bogføre forpligtelsen og dermed informere omverdenen – især de øvrige kreditorer – om den.”

Af sammenhængen fremgår det *for det første*, at en forpligtelse til at holde D likvidt skal fremgå af regnskabet. Det fremgår *for det andet* klart, at den omstændighed, at afgiveren ikke vil påtage sig en forpligtelse, som skal bogføres, kan få betydning, blot den er *kendelig*.⁴⁵

Spørgsmålet må efter min opfattelse besvares bekræftende: P's bestyrer burde vide, hvad der er afgørende for, om en erklæring med det pågældende “emne”, skal fremgå af regnskabet eller ej – nemlig *om den er forpligtende eller ej*.

I hvert fald burde P's bestyrer – når hun ikke havde nogen viden om den regnskabsmæssige behandling – afholde sig fra at fremkomme med udtalelser herom.⁴⁶

De her fremsatte synspunkter sammenfattes nedenfor i afsnit 4.3.5.

4.3.4. Sammenligning med U 1989.618 V

Inden de ovenfor i afsnit 4.3.3 fremhævede konkrete momenter afvejes i forhold til hinanden, skal der gøres et par bemærkninger om forholdet mellem U 1994.470 H og U 1989.618 V:

I begge sager bar erklæringen *overskriften* “hensigtserklæring”, men i hen-seende til løftesignal var erklæringen i U 1989.618 V *en anelse mere uklar* (“Vi vil drage omsorg for, at [D] har tilstrækkelig med likvide midler [...]” i stedet

45 Det fremgår ikke klart, hvad begrundelsen er for, at der kun tales om “den forpligtedes likvidationsbo” – men måske er tanken den, at erklæringen ikke har virkning over for M's konkursbo, når M og P er *enige om*, at erklæringen er forpligtende og *enige om*, at den ikke skal fremgå af regnskabet.

46 P forklarede selv, at hun havde opfordret A og M til at drøfte spørgsmålet med advokat og revisor – men her kunne man vel passende pålægge hende bevisbyrden herfor. (At der sad en advokat i A's bestyrelse, forekommer efter omstændighederne ret “tilfældigt” – og ses i hvert fald ikke at kunne ramme M).

for “Vi vil [...] tilføre [D] tilstrækkelige likvide midler [...]”). Der var i U 1989.618 V tale om *fysiske personer, som ikke havde set problemet*, og som *ikke havde advokatbistand*. Afvisningen af at kautionere var muligvis klarere end i U 1994.470 H, og i hvert fald *fremstod det i højere grad, som om P affandt sig med denne afvisning*, således at erklæringsgiverne kan siges at være blevet decideret *vildledt* af erklæringsmodtageren. Endelig var der *ikke tale om, at D havde aktuelle økonomiske problemer*.

Uanset hvad man i øvrigt mener om resultatet i U 1994.470 H, er der her-efter ingen grund til at antage, at U 1989.618 V skulle være “*overruled*”.

De øvrige danske afgørelser er i denne sammenhæng uproblematisk:

I utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) var det tilsyneladende M, som havde indledt “spillet” om likviditetserklæringen, nemlig gennem fremsendelse af en – reelt indholdsløs – “hensigtserklæring”. Denne erklæring blev *afvist af P*, som i stedet fremsendte sin egen standarderklæring – som vistnok bar overskriften “hensigtserklæring”,⁴⁷ men som ikke desto mindre var forpligtende på en *fuldstændig klar* måde, jfr. ordene “Vi forpligter os til [...]” i erklæringens sidste afsnit (ovenikøbet med angivelse af en klar frist på 10 dage). M afviste P’s forslag og fremsendte herpå en erklæring, som P kunne acceptere. Erklæringen bar overskriften “hensigtserklæring”, men var i øvrigt *så godt som fuldstændig klar*, jfr. navnlig følgende afsnit:

“Samtidig bekræfter vi over for banken at ville yde [D] vor fulde støtte, herunder at vi er indforstået med, at om nødvendigt, at ville foretage yderligere kapitalindskud i [D] som ansvarlig kapital, såfremt egenkapitalen på noget tidspunkt – også i løbet af et regnskabsår – udgør mindre end 10% af bankens tilgodehavende til enhver tid.”⁴⁸

Set i lyset af *konteksten* blev det forpligtende indhold af likviditetserklæringen helt utvivlsomt: Ved siden af likviditetserklæringen indeholdt “hensigtserklæringen” bl.a. en tilbagetrædelseserklæring, som indledtes med ordene: “Herudover erklærer vi os indforstået med [...] at ville træde tilbage”. M’s egen procedure byggede på, at denne erklæring var forpligtende – og herefter var det naturligvis aldeles håbløst at trænge igennem med, at likviditetserklæringen *ikke* skulle være det.

Resultatet i sagen underbygges yderligere af,⁴⁹ at M helt bevidst havde indladt sig på det med likviditetserklæringer forbundne “dobbeltspil”, at M ikke

47 Erklæringens overskrift er ikke medtaget i dommen, men erklæringen er en “standard-hensigtserklæring”, jfr. dommen s. 3 og sml. Oslo Byretts dom af 23. februar 1990 (sak nr. 680/89-27-22), som omhandler en identisk erklæring.

48 Ovenfor i kapitel VII, afsnit 6.1 hævdes det ganske vist, at “vi vil” er et klarere løftesignal end “vi er indforstået med”, men det fremhæves – som det også fremgår af teksten ovenfor – at løftesignalet stedse må ses i lyset af *konteksten* og de ledsagende omstændigheder.

49 Det præciseres, at de “underbyggende” momenter for så vidt er overflødige og derfor kun anføres for fuldstændighedens skyld.

havde afvist at kautionere,⁵⁰ og at M havde selv formuleret erklæringen, som var blevet forelagt for M's revisor.

Domfældelsen af M i utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2363/1985) må således klart tiltrædes.

I de to andre sager – utrykt dom af 29. juni 1993 fra Københavns Byret (Afd. A, A 1155/1991) og utrykt tilkendegivelse af 27. april 1993 fra Vestre Landsret (10. afd., B 1299/1990) – var der tale om erklæringer, som efter ordlyden var uforpligtende.

4.3.5. Overordnede betragtninger og afvejning af momenterne

Ved afvejningen af de ovenfor i afsnit 4.3.3 anførte konkrete momenter bør man holde sig følgende mere overordnede betragtning for øje:

Hvor det ikke kan lægges til grund, at begge parter *helt bevidst* har bevæget sig ud i den grå zone mellem forpligtelse og ikke-forpligtelse,⁵¹ skal det tilstræbes, at risikoen for, at den ene part vildleder den anden, er så lille som muligt. Brugen af likviditetserklæringer er et farligt dobbeltspil, og den, der indleder spillet, må ikke i for høj grad kunne fastlægge reglerne for det.

Anskuer man de konkrete momenter i U 1994.470 H i dette lys, forekommer det, at sagen ikke burde have fået et udfald fuldt ud i P's favør:

Pengeinstitutterne er de typiske initiativtagere til erklæringerne, og de bestemmer almindeligvis, hvorledes paradigmerne ser ud. Pengeinstitutterne vil generelt have langt bedre muligheder for at tage hensyn til en retspraksis, som ser strengt på risikoen på vildledning, end f.eks. personerne bag en dyrefoderfabrik i Kjellerup eller en tømmerhandel i Thyholm vil kunne tage hensyn til en retspraksis, som lægger uhyre vægt på en isoleret ordlydsfortolkning af selve likviditetserklæringen. I jo højere grad man *tvinger* pengeinstitutterne til at melde rent ud, i jo mindre grad er der risiko for vildledning af M, og i jo højere grad vil parterne blive *tvunget* til rationelle kompromisser (f.eks. beløbsbegrænset kaution eller anden sikkerhed) i stedet for likviditetserklæringens irrationalitet.

Grundlæggende er den fuldt forpligtende likviditetserklæring irrationel, jfr. ovenfor i kapitel VI: Hvis M ikke vil kautionere, er det meningsløst, at M påtager sig en likviditetsforpligtelse. Det er derfor også meningsløst, at P fremkommer med et sådant forslag – og det kan næsten kun være begrundet i et håb om, at M ikke opdager, hvad der skrives under på.

50 Der procederedes i sagen på, at M havde afvist P's "standardhensigtserklæring", jfr. dommen s. 10 f. Det er for så vidt rigtigt, men er uden betydning, allerede fordi M kom igennem med *ændringer* i forhold til "standardhensigtserklæringen" (garanti for solvens i stedet for likviditet og ingen 10-dages frist).

51 Ved en sammenligning af faktum i U 1994.470 H med faktum i utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) vil det ses, at M's rolle i de to sager var helt forskellig.

I U 1994.470 H forekommer følgende omstændigheder at være af betydning for en vurdering af vildledningsspørgsmålet:

For det første indebærer overskriften “hensigtserklæring” en klar risiko for, at afgiveren af erklæringen kan anse den for uforpligtende – eller i hvert fald ikke fuldt så forpligtende som en kautionserklæring. Der kunne have været god grund til at sende pengeinstitutterne et klart signal om, at domstolene er helt opmærksomme på den risiko for vildledning af modparten, der ligger i pengeinstitutternes – bevidste eller ubevidste – brug af den groft misvisende overskrift “hensigtserklæring”.⁵²

Udfaldet af afgørelsen U 1994.470 H rummer en betydelig fare for, at pengeinstitutterne fortsætter med deres “halvkvädna visor”, hvortil navnlig overskriften “hensigtserklæring” hører.⁵³

For det andet var P i sagen fremkommet med en klart urigtig oplysning om, at erklæringen ikke skal fremgå af regnskabet.⁵⁴ Denne oplysning må – allerede i 1989 – betegnes som klart culpøs: Enhver kan indse, at en erklæring, som reelt har samme indhold som en kautionserklæring, også regnskabsmæssigt må behandles på samme måde.⁵⁵ Det fremstår ikke som usandsynligt, at denne urigtige oplysning har ført til den (kort)slutning hos A’s direktør, at erklæringen ikke er bindende, (bl.a.) *fordi* den ikke skal fremgå af regnskabet.

For det tredje var P helt på det rene med, at den likviditetserklæring, som P bragte i forslag, kunne have været adskilligt klarere. P anvendte et paradigme, som P selv – internt – betegnede som “mellemstærk[t]”, og som havde det ikke fuldstændigt entydige løftesignal “vi vil”.⁵⁶

På baggrund heraf kan det efter min opfattelse fastslås, at P’s bestyrer indså eller burde have indset, at A og M ikke ville forpligte sig. Efter princippet i Aftl. § 32, stk. 1 – eller culpaparglen, om man vil – skulle resultatet herefter være faldet ud til frifindelse af M.

4.3.6. Mellemløsning mulig?

Det fremgår af det ovenfor anførte, at valget mellem *enten* domfældelse *eller* frifindelse efter min opfattelse burde være faldet ud til frifindelse.

⁵² Jfr. moment (4) ovenfor.

⁵³ Udtrykket er *Ramberg*s, jfr. *Ramberg* i JT 1992/93 s. 367 med note 20.

⁵⁴ Jfr. moment (6) ovenfor.

⁵⁵ Sml. *Jacob Nørager-Nielsen* i U 1989 B s. 17, som finder, at *erklæringsgivers* afvisning af at kautionere – begrundet i, at han ikke ønsker nogen note i sit regnskab – burde gøre det klart for erklæringsmodtager, at afgiveren ikke føler sig juridisk forpligtet af erklæringen.

⁵⁶ Det bemærkes, at heller ikke P’s “stærke” paradigme indeholdt et klarere løftesignal end “vi vil” – men *dels* er dette P’s problem, *dels* er følgen af D’s sammenbrud direkte angivet: “[...] vi vil inddække ethvert tab, som banken måtte lide ved engagementet med selskabet”.

Man skal imidlertid ikke være blind for, at en afgørelse fuldt ud i M's favør (frifindelse) i grunden heller ikke ville have været et tilfredsstillende udfald på sagen: A's direktør havde forstået, at problemet var, om erklæringen ikke reelt var det samme som en kautionserklæring.⁵⁷ Erklæringen blev drøftet i A's bestyrelse, hvori en advokat havde sæde.⁵⁸ M's direktør kontaktede ikke P's bestyrer, men stolede på den vurdering, som A's direktør og bestyrelse anlagde.⁵⁹ Erklæringen blev afgivet på et tidspunkt, hvor D kæmpede for sin overlevelse, og hvor det således måtte kræves, at A og M udviste en særlig forsigtighed med at afgive erklæringer om at støtte D økonomisk.⁶⁰

Måske kunne en frifindelse også føre til ganske mange sager af den pågældende art: Enhver afgiver af en likviditetserklæring kunne blive fristet til kun at betale efter endelig, upåankelig dom.

Selv om dette synspunkt har vægt, bør det dog ikke overdrives: *For det første* kunne en frifindelse formuleres meget konkret, og *for det andet* ville belastningen af domstolene blive kortvarig, eftersom pengeinstitutterne ville høre op med at anvende andet end *helt klare* erklæringer (hvilket bl.a. ville indebære en afsked med overskriften "hensigtserklæring").

Der kunne derfor være grund til at overveje, om en mellemløsning kunne være kommet på tale i U 1994.470 H.⁶¹ Det mærkes i den forbindelse, at *ingen af parterne i sagen procederede på en sådan løsning* – til trods for landsrettens bemærkninger i den retning.⁶²

Når der ikke er procederet på mellemløsninger i U 1994.470 H er det naturligvis temmelig vanskeligt at udtale sig nærmere om, hvilke muligheder sagen bød på i så henseende.

Det er muligt, at en sammenligning af de lagte budgetter med de realiserede resultater kunne give grundlag for en mellemløsning bestående i et krav på et mindre beløb: Blev varelager m.v. overtaget og betalt som fastlagt i budgetterne? Var der sket en yderligere nedbringelse af D's gæld til M? Kunne der have været grebet ind tidligere?

Det er også muligt, at man kunne have inddraget den omstændighed, at erklæringen i U 1994.470 H var afgivet af *to selskaber*, hvoraf det ene (A) senere gik konkurs (uden dividende til de simple kreditorer). Der kunne argumenteres for en mellemløsning bestående i, at det andet selskab (M) kun skulle betale *halvdelen* af P's tab.

57 Jfr. moment (10) ovenfor.

58 Jfr. moment (11) ovenfor.

59 Jfr. moment (12) ovenfor.

60 Sml. moment (13) ovenfor.

61 Se om mulige mellemløsninger nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 4.

62 Jfr. herom nærmere nedenfor i kapitel XI, afsnit 3 *in fine*.

Mod denne løsning kan naturligvis indvendes, at den strider mod den almindelige obligationsretlige grundsætning om, at flere, som har påtaget sig en forpligtelse, hæfter solidarisk, jfr. herved Gældsbrevslovens § 2, stk. 1.

Heroverfor er der grund til at påpege, at almindelige obligationsretlige grundsætninger ikke *tvinger* til noget bestemt resultat. Forholdet er ikke nødvendigvis det, at de to selskaber *uafhængigt af hinanden* har påtaget sig samme forpligtelse – det kan også være, at de to selskaber *i forening* har påtaget sig at holde D likvidt. I så fald er grundsætningen om solidarisk ansvar mindre sikker – og ved fortolkning kan man i hvert fald nå til et andet resultat, jfr. i det hele *Ussing: Almindelig del* (1967) s. 13.

Når A og M havde afvist at kautionere, og når P selv opfattede erklæringen som “mellemstærk”, forekommer det nærliggende at opfatte forholdet således, at M i det højeste skulle forsyne D med halvdelen af den manglende likviditet.⁶³ I hvert fald kan forudsætningssynspunkter anføres til støtte for denne mellem-løsning.

Om ønskeligheden af og muligheden for at nå til mellemløsninger henvises i øvrigt nærmere til diskussionen nedenfor i kapitel XI.

⁶³ I så fald er der tale om to forskellige forpligtelser fra A og M's side – og solidarisk ansvar kommer ikke på tale.

KAPITEL XI

Formodningsregler og mellemløsninger

I dette kapitel gøres i afsnit 1 nogle bemærkninger om det valg mellem enten-eller, som er truffet i retsafgørelserne på området. I afsnit 2 drøftes, om der kan opstilles en formodning for eller imod forpligtelse for afgiveren af en likviditetserklæring. Den principielle betydning af likviditetserklæringens karakter af et kompromis mellem moderselskab og pengeinstitut undersøges i afsnit 3. Forskellige “mellemløsninger” mellem et quasi-kautionsløfte og ingen forpligtelse overhovedet drøftes i afsnit 4. I afsnit 5 undersøges forholdet mellem mellemløsningerne og Årsregnskabsloven. Endelig gives i afsnit 6 en sammenfatning.

1. Enten-eller

De retsafgørelser, der er refereret i kapitel V-X ovenfor, viser, at domstolene indtil videre har valgt mellem et enten-eller: *Enten* antages det, at M ved erklæringen har påtaget sig en forpligtelse, som reelt pålægger M samme byrde som en kautionsforpligtelse.¹ *Eller* også antages det, at P har ydet en blankokredit til D og således ikke har noget krav mod M.

Resultatet bliver, at den ene part har “vundet spillet” og opnået noget, han i reglen godt vidste, at den anden ikke var rede til at acceptere (*på den ene side* en erklæring, der reelt svarer til en indeståelse for D's gæld, *på den anden side* en erklæring, der reelt indebærer, at P har ydet D en blankokredit). Et udfald til enten den ene eller anden side kan givetvis være på sin plads i forskellige tilfælde: Erklæringen kan efter sit indhold set i lyset af alle ledsagende omstændigheder være enten fuldt ud forpligtende eller helt uforpligtende for M. Hvad enten udfaldet bliver det ene eller det andet, har “taberen” afgivet eller modtaget den erklæring, han ville, og må tage skade for hjemgæld, når retsstillingen bliver en anden, end den han håbede på (og måske regnede med).² Der har med andre ord foreligget en fejlbedømmelse hos en af parterne³ – og navnlig når man arbejder i den grå zone, er der intet mærkeligt i, at man selv bærer risikoen for sine fejl.

1 Jfr. analysen af sådanne likviditetsforpligtelser ovenfor i kapitel VI, særlig afsnit 6.

2 Der er en vigtig sondring mellem forventninger, som modparten burde indse, og rene forhåbninger, hvor en burde-viden ikke har nogen betydning, jfr. herom *Ramberg* i JT 1992-93 s. 359.

3 Jfr. *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 9, der fremhæver, at M undertiden vurderer forkert. Det samme kan siges om P.

Med et træffende udtryk siger *Rodhe* i FS *Hellner* (1984) s. 497, at det for moderselskabet gælder om at krydse mellem Scylla og Charybdis. Det skal dog tilføjes, at pengeinstituttet er med på samme galej.

Valget mellem dette enten-eller er dog i almindelighed vanskeligt at træffe. Erklæringernes ordlyd er nok så tvetydig, og aftalesituationen giver sjældent nogen videre klarhed. Man ville derfor være godt hjulpet med en formodningsregel i den ene eller den anden retning.

2. Formodningsregel

Om der kan opstilles en formodningsregel – og i hvilken retning den i givet fald bør gå – hersker der delte meninger om i teorien.

Længst i retning af at anse støtteerklæringer for bindende går vistnok *Hellner* s. 80. Såfremt erklæringen går længere end til at udtale, at M kender til, at D har optaget lånet – f.eks. hvis M på en eller anden måde erkender at have ansvaret for D's handlinger og kapitalforsyning – skal en tærskel anses overskredet, og M må “ansvara även juridiskt för dotterbolagets skuld”.⁴ *Hellner* l.c. anfører, at hans opfattelse “torda avvika från vad vanligen anses”. *Hellners* opfattelse er da også stødt på kritik. *Gorton* har i SvJT 1989 s. 727 kritiseret, at *Hellner* – til fordel for kreditgiver – har sat tærsklen for lavt. Det bør ifølge *Gorton* også tillægges betydning, at M faktisk har afslået at give en garanti.

Udtalelser i *Hellners* retning – men dog ikke i samme ekstreme form – genfindes imidlertid hos en del forfattere.⁵ En formodningsregel for forpligtelse opstilles således af *Røsæg*, jfr. særlig s. 319 ff.

Røsæg udtaler sig dog kun om et beskedent udsnit af støtteerklæringerne – de såkaldt garantilignende erklæringer.⁶

Endvidere går *Røsægs* formodning kun på løftevirkning – den siger ikke noget om, hvorvidt den ved løftet påtagne forpligtelse er en bestræbelses- eller en resultatforpligtelse.⁷

4 Hertil følger sig udtalelsen om, at ordlyden ikke spiller nogen videre rolle – “[man skall] inte på guldvåg väga varje ord i formuleringen [...]”, jfr. herom ovenfor i kapitel VII, afsnit 1.

5 Se således *Werlauff: Selskabsmasken* (1991) s. 195 f., *Bogdan* i TFR 1988 s. 665, jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 20 og – for tysk ret – *Mosch* s. 136 og *Stecher* s. 208.

6 Jfr. nærmere *Røsæg* s. 63 ff. og s. 574: “[...] området for drøftelsen er ganske snevert” (udh. i orig.).

7 Jfr. *Røsæg* s. 15 ved note 45. – Senere i arbejdet synes *Røsæg* dog regelmæssigt at antage, at løftet må udlægges som en garanti.

Endelig tager *Røsæg* – som påpeget af *Werlauff* i U 1993 B s. 432 – i betydelig grad selv luften ud af sin formodningsregel ved at opstille regler om ugyldighed på grund af “regnskabssvig”⁸ og uklarhed.⁹

Herhjemme har *Gomard* udtalt sig i modsat retning af *Hellner* og *Røsæg*. Således anfører *Gomard*, at en støtteerklæring ikke kan “antages at have virkning som en kaution, medmindre dette *klart* fremgår af dens tekst” (udh. her).¹⁰

Kritisk mod den af *Røsæg* hævdede formodningsregel er *Ramberg* i JT 1992-93 s. 367, som med rette påpeger, at en sådan regel snarere end at afskaffe problemet ville “uppmuntra bankerna att fortsätta med sina ‘halvkvädna visor’.”

Selv har jeg tidligere afvist, at der kan opstilles en formodningsregel i nogen retning.¹¹ Dette er fremdeles min opfattelse: Der kan hverken opstilles en formodning for, at M har påtaget sig en quasi-kautionsforpligtelse eller for, at P har ydet en ren blancokredit. I stedet for at opstille formodningsregler for enten-eller må man overveje forskellige mellemløsninger.¹²

3. “Kompromissynspunktet”

Likviditetserklæringen er i sagens natur et *kompromis* mellem et moderselskab, der ikke vil kautionere for sit datterselskab, og et pengeinstitut, der ikke vil yde D en kredit uden en erklæring fra M om, at det er indstillet på at støtte D økonomisk. Ret beset er et kompromis mellem så uforenelige standpunkter vel en umulighed, men begge parter anser det for vigtigere at gennemføre kreditaftalen end at skabe klarhed. På sin vis udskydes problemet simpelt hen – givetvis i håbet om, at det aldrig bliver aktuelt.

Dette “kompromissynspunkt” har betydning på tre led: For det første indebærer kompromissynspunktet, at en række momenter i aftalesituationen ikke kan tillægges så stor vægt, som man måske umiddelbart skulle mene.¹³

8 Se *Røsæg* s. 404 ff. og hertil kritisk kapitel IV, afsnit 4.

9 Se *Røsæg* s. 477 ff., jfr. s. 184 ff. – *Røsæg* giver dog vistnok kun denne “ugyldighedsregel” et meget snævert område, idet løftevirkning antages, selv om erklæringen er “svært uklar” (s. 477), “svært vag” (s. 547), og selv om der er tale om “temmelig løst formulerede” (s. 568) eller “temmelig ulne og forbeholdne” udsagn (s. 573).

10 Jfr. *Gomard*: Almindelig kontraktsret (1988) s. 56.

11 Se nærmere *Torsten Iversen* i Revisionsorientering nr. 66 (1992) s. 25 f. På linie hermed *Werlauff* i U 1993 B s. 432.

12 I denne retning allerede *Bogdan* i TfR 1988 s. 665, jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 19. Se nu også *Ramberg* i JT 1992-93, s. 358 ff., hvis argumentation forekommer overbevisende.

13 Se f.eks. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 2 (afvisning af at kautionere) og kapitel IX, afsnit 2 (indretningssynspunkter).

For det andet udelukker kompromissynspunktet, at der kan opstilles nogen formodningsregel i enten den ene eller anden retning.¹⁴ For det tredje giver kompromissynspunktet anledning til at undersøge mulige mellemløsninger.¹⁵

Kompromissynspunktet er i nordisk ret så vidt ses først fremført af *Bogdan*, som udtaler, at "det [...] rör sig om kompromissformuleringar vilka medvetet har gjorts tvetydiga för att dölja skillnaden mellan det som långivaren krävde och det som utställaren var beredd att gå med på".¹⁶ *Bogdan* fremhæver videre, at ingen af parterne har været i helt god tro, og at byrderne derfor må fordeles på en rimelig måde.¹⁷

Inspirationen til synspunktet er tydeligvis hentet fra den engelske dom *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*: "Such documents are evidently designed as a *compromise* between, on the one hand, a guarantee by the parent company of the debts of its subsidiary, and, on the other, a placebo which gives no undertaking at all by the parent company. It is therefore not surprising if, in the circumstances, they are *redolent of ambiguity, or 'woolly'* [...]" (udh. her).¹⁸

Gorton har udtrykt sig i samme retning ved at understrege, at det ikke blot kan tillægges vægt, at M skriver under på en eller anden erklæring om at ville støtte D, men også må spille en rolle, at M faktisk har afslået at kautionere for D.¹⁹

Senest har også *Ramberg* påpeget, at et enten-eller stemmer dårligt med, at parterne bevidst har tilstræbt uklarhed.²⁰

I almindelighed vil et enten-eller føles utilfredsstillende. Lad os f.eks. se nærmere på følgende formuleringer:

- 1) "Vi er indstillet på at bistå D økonomisk, så D kan opfylde sine forpligtelser."
- 2) "Vi erklærer os principielt rede til at bistå D, herunder gennem kapitaltilførsel, hvis D's økonomiske situation skulle tilsige dette."
- 3) "For at sikre, at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser over for Dem, er vi rede til at give D den økonomiske støtte, som vi anser for påkrævet."
- 4) "Vi vil nøje overvåge D's aktiviteter, og det er vor hensigt at støtte D økonomisk, således at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser over for Dem."

14 Jfr. ovenfor i afsnit 2.

15 Jfr. nedenfor i afsnit 4.

16 Jfr. *Bogdan* i TfR 1988 s. 664 og *samme* i Blix m.fl. s. 19.

17 Jfr. *Bogdan* i TfR 1988 s. 665 og *samme* i Blix m.fl. s. 19.

18 Se nærmere (1988) I All ER 720 e.

19 Jfr. *Gorton* i SvJT 1989 s. 727.

20 Jfr. *Ramberg* i JT 1992-93 s. 358 ff.

- 5) "Uden at ville forpligte os som kautionist for D erklærer vi, at vi efter bedste evne vil sørge for, at D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser over for Dem."
- 6) "Vi erklærer hermed, at D vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser over for Dem, og bekræfter vor hensigt om at støtte D økonomisk, hvis det skulle blive nødvendigt."
- 7) "Det er vor faste politik at sørge for, at vore datterselskaber kan svare enhver sit. Vi er klar over, at De har ydet D en kredit i tillid til denne politik."

På den ene side kan ingen af disse erklæringer *umiddelbart efter ordlyden* forpligte afgiveren til at stille modtageren, som om D var betalingsdygtigt, dvs. forpligte afgiveren til at erstatte modtageren det tab, denne lider ved, at D ikke er i stand til at tilbagebetale kreditten. Ved alle erklæringer kan der peges på ord eller vendinger, der i hvert fald ikke taler for antagelsen af, at M ubetinget garanterer D's betalingsdygtighed, f.eks. "indstillet på" (1); "principielt rede til", "hvis D's økonomiske situation skulle tilsige dette" (2); "som vi anser for påkrævet" (3); "vor hensigt" (4) og (6); "uden at ville forpligte os som kautionist", "efter bedste evne" (5); "vor faste politik" (7).

På den anden side vil det efter omstændighederne, dvs. under indtryk af *af-talesituationen* i det enkelte tilfælde, kunne opleves som mindre rimeligt, om en erklæring af denne art frakendes *enhver* retsvirkning. M har jo faktisk afgivet en erklæring, der er tæt på at indeholde en garanti for D's betalingsdygtighed, og D har på baggrund heraf opnået en kredit. Begge parter har et ansvar for uklarheden: M kunne venligt, men bestemt afvise ethvert ansvar for D's evne til at tilbagebetale kreditten. P kunne venligt, men bestemt have afvist at yde lånet uden en egentlig indeståelse fra M's side.

Ved afvejningen af disse modhensyn har M's standpunkt (ingen quasi-kautionsforpligtelse) dog efter min opfattelse en vis overvægt: *En hensigts-erklæring er ingen meningsløshed* i tilfælde, hvor M ikke vil afgive en egentlig indeståelse. Den kan af P bruges til at appellere til M's "bedre jeg", således at M går lidt længere end ellers i bestræbelserne på at undgå D's økonomiske sammenbrud, eller således at M foretager en kulancebetaling til P. *En bindende likviditetserklæring er derimod reelt en meningsløshed* i tilfælde, hvor M ikke vil hæfte for D's gæld til P. Såfremt M frafalder sin oprindelige modstand mod at kautionere for D, må det logiske skridt være, at der udfærdiges en egentlig kautionserklæring.²¹

21 Jfr. nærmere ovenfor i kapitel VI, afsnit 6.

Hvor M har erklæret, at det ikke vil hæfte – f.eks. derved, at M har afvist at kautionere – kan M herefter kun anses forpligtet som quasi-kautionist,²² hvis erklæringens ordlyd er *så oplagt*, at den nærmest *tvinger* til dette resultat.²³

Anderledes udtrykt: Hvis ordlyden i lyset af de ledsagende omstændigheder er tilstrækkeligt klar, vil M naturligvis blive forpligtet i overensstemmelse med indholdet, selv om erklæringen er meningsløs i den forstand, at M lige så godt kunne have kautioneret. Se utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985), utrykt dom af 23. februar 1990 fra Oslo Byrett (680/89-27-22) og U 1994.470 H.

Hvis ordlyden ikke er helt så entydig, eller hvis de ledsagende omstændigheder kaster tvivl over en i princippet klar ordlyd, kan erklæringen – efter omstændighederne – blive anset for uforbindende. Se U 1989.618 V og dissensen til U 1994.470 H.

Vil man absolut opstille en formodningsregel, må dens indhold derfor blive, at *M ikke ved erklæringen har påtaget sig en byrde, der reelt svarer til den, der ville følge af en kautionserklæring.*²⁴

Det må understreges, at en *formodning mod quasi-kaution ikke er det samme som en formodning imod enhver løftevirkning.*²⁵ I en række tilfælde vil en fuldstændig frifindelse af M opleves som klart utilfredsstillende. Her må mellemløsningerne overvejes.

Der kunne måske med held have været procederet på en mellemløsning i U 1994.470 H. I landsrettens dom anfører flertallet, at “*der, som sagen foreligger for landsretten, ikke er grundlag for at nedsætte erstatningskravet*” (udh. her). Mindretallet afviser alene, at M “*har påtaget sig en retligt bindende forpligtelse som påstået af [P]*” (udh. her) – hvilket *kan* læses således, at mindretallet mener, at M har påtaget sig en anden – mindre vidtgående – retlig forpligtelse end den af P påståede.

Højesterets dom forekommer imidlertid at være temmelig kategorisk, jfr. bemærkningerne hertil ovenfor i kapitel X, afsnit 4.

22 Som påvist ovenfor i kapitel VI, særlig afsnit 6, indebærer en likviditetsforpligtelse reelt samme byrde for M som en kautionserklæring.

23 Jfr. herved *Gomard*: Almindelig kontraktsret (1988) s. 56: “Erklæringen kan ikke antages at have virkning som kaution, medmindre dette klart fremgår af dens tekst.”

24 Således også *Lego Andersen* i RR nr. 4/1992 s. 14. – Efter min opfattelse bør man dog afholde sig fra ordet “formodningsregel”, hvad angår likviditetserklæringer. Termen er farlig, da der er tale om tilfælde, hvor de konkrete omstændigheder må spille en særdeles stor rolle. – Se i øvrigt den generelle kritik af opstillingen af “formodningsregler” hos *W.E. v. Eyben*: *Bevis* (1986) s. 100 f.

25 Sml. *Godsk Pedersen* s. 109, hvorefter årsagen til, at en støtteerklæring anvendes, “i mange tilfælde [vil] være, at man ikke har villet kautionere, men alligevel har måttet påtage sig en forpligtelse, for at [D] kunne få kredit.” – *Godsk Pedersen* synes dog ret tilbøjelig til at antage, at der så bliver tale om en quasi-kautionsforpligtelse. Dette kan efter min mening ikke antages, jfr. ovenfor.

4. “Mellemløsninger”

4.1. Indledende bemærkninger om kompromissynspunktet og om betydningen af uklarhed

Som anført ovenfor i afsnit 3 giver kompromissynspunktet anledning til at overveje forskellige mellemløsninger ved erklæringer, som ikke er klart uforpligtende eller klart forpligtende som quasi-kaution. Det kunne være fristende at ræsonnere, at erklæringens karakter af et kompromis må indebære, at den giver modtageren *en eller anden ret*.

Det følger af det ovenfor udviklede, at dette ræsonnement er uholdbart. En ren hensigtserklæring er ikke en meningsløshed, selv om den som sådan er uden retsvirkninger. En oplysning er heller ikke en meningsløshed, selv om den – hvis den er korrekt – er uden retsvirkninger.

En likviditetserklæring er altså ikke et kompromis i den forstand, at afgiveren i hvert fald har forpligtet sig i et eller andet omfang. En sådan erklæring indeholder ikke nødvendigvis forpligtelser, men ofte kun oplysninger eller endog rene hensigtserklæringer.

Se f.eks. utrykt dom af 29. juni 1993 fra Københavns byret (afd. A, A 1155/1991), tilkendegivelse af 27. april 1993 fra Vestre Landsret (10. afd., B 1299/1990), *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.* og utrykt dom af 31. august 1989 fra Stockholms Tingsrätt (8 avd., mål nr T 8-506-85), der dog blev ændret af Svea Hovrätt ved dom af 19. april 1991 (15. avd., mål nr. T 1019/89).

En formodning *for* løftevirkning²⁶ kan således ikke opstilles. Den stemmer hverken med almindelige aftaleretlige principper eller med forholdets natur i disse særlige tilfælde.

I afvisningen af en formodning *for* løftevirkning ligger, at der ikke kan opstilles noget krav om, at erklæringen skal indeholde en *klar* tilkendegivelse om, at den er (ment som) uforpligtende.²⁷ Lidt tilspidset kan man tværtimod sige, at erklæringens uforpligtende karakter kan fremgå af dens eget *uklare* (ubestemte) indhold.²⁸

Røseg s. 545 f. vil pålægge M risikoen for uklarhed, fordi M efter hans opfattelse spekulerer i uklarheden.²⁹

26 D.v.s. formodning for løfter af mindre vidtgående indhold end quasi-kaution (som der er gjort op med ovenfor).

27 Der kan derimod godt opstilles et krav om, at en quasi-kautionsforpligtelse (likviditetsforpligtelse) skal fremgå *klart* af erklæringen fortolket i lyset af samtlige omstændigheder, jfr. ovenfor i afsnit 3.

28 Der erindres om, at det også kan følge af de ledsagende omstændigheder, at erklæringen er uforpligtende.

29 Se også ovenfor i kapitel VII, afsnit 3 (efter note 135).

Dette synspunkt er efter min opfattelse urigtigt af to grunde: *For det første* er det er ikke kun M, der spekulerer i uklarheden – P betinger sig jo ikke en klar kaution, velsagtens fordi M frygter eller regner med, at M så vil skifte pengeinstitut eller opgive låneoptagelsen.³⁰ *For det andet* kan M ikke på forhånd vide, hvor grænsen går (populært sagt: hvor meget uklarhed der skal til). Der er intet til hinder for, at en domstol kan statuere, at der foreligger et løfte, selv om M selv er gået ud fra, at det ikke var tilfældet.

De anførte grunde kan sammenfattes til et kort udsagn om, at *både M og P deltager i "spillet om uklarheden"*. Såfremt P ikke vil deltage i dette spil, må P betinge sig et klart løfte.

Erklæringens uklarhed trækker kun i én retning: væk fra det forpligtende. Jo større uklarhed, desto mindre nærliggende at antage et løfte. På dommens dag vil det være M, som vinder, såfremt erklæringen findes for tvetydig eller for uklar til at kunne være et løfte.³¹

Den omstændighed, at likviditetserklæringen er for uklar eller ubestemt til at kunne udlægges som en quasi-kaution, er imidlertid ikke ensbetydende med, at erklæringen *slet ikke* indeholder et løfte.

Sml. hertil ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 og i kapitel VII, afsnit 3, hvor det omtales, at kravet til løftesignal og bestemthed ikke er det samme for alle udsagn.

4.2. Mulige mellemløsninger

En frifindelse vil ikke altid ramme det rette. Det forekommer ikke rigtigt at frifinde et moderselskab, som har afgivet en erklæring som (1), (2) eller (3) i afsnit 3 ovenfor. Erklæring (4) og (5) ligger nok nærmere det uforpligtende, men heller ikke her er en frifindelse en given sag. Erklæring (6) og (7) er derimod efter mit skøn så vage, at de må frakendes enhver løftevirkning.³²

Hermed er vi havnet i et dilemma. Det forekommer lige utilfredsstillende at dømme M til at betale D's gæld til P som at frifinde M for P's krav. Spørgsmålet er, hvilke *mellemløsninger* der kunne komme på tale.³³ *Mellemløsningerne har kun interesse for likviditetserklæringer i den "grå zone" mellem likviditetsforpligtelser og rene hensigtserklæringer.* Ved læsningen af resten af dette kapitel skal det derfor stedse erindres, at *mellemløsningerne kun angår*

30 Se nærmere ovenfor i kapitel II, afsnit 2.1. – Mens M vinder i nogle af de tilfælde, som kommer for retten, vinder P på sin vis i alle tilfælde, som ikke gør det: "Set i bakspejlet" gjorde P det rette ved ikke at lade et krav om kaution ødelægge låneaftalen med D.

31 Se nærmere ovenfor i kapitel VII, afsnit 3-5.

32 Men ikke nødvendigvis enhver *retsvirkning*: Erklæring (6) indeholder en vurdering og erklæring (7) en oplysning – i begge tilfælde kan der blive tale om erstatningsansvar, hvis disse udsagn er culpøst urigtige.

33 Se hertil også *Røsæg* s. 213 ff.

likviditetserklæringer, som ikke findes at være likviditetsforpligtelser.³⁴

Følgende løsninger er tænkelige:

- A) M findes at have påtaget sig en forpligtelse til at opretholde D's likviditet. M's ydelsespligt findes dog først at indtræde, når der foreligger misligholdelse fra D's side (svarende til *selvskyldnerkaution*), når der er gennemført udtømmende retsforfølgning mod D (svarende til *simpel kaution*), eller når et eventuelt tab kan opgøres, dvs. efter udtømmende retsforfølgning og realisation af andre sikkerheder (svarende til *tabskaution*).
- B) M findes at have afgivet en *garanti* af en mindre vidtrækkende karakter. En mulighed er en *solvensgaranti*,³⁵ dvs. en garanti for, at D er solvent på det tidspunkt, hvor garantien afgives, jfr. herved *Carsten Smith III* s. 54. En anden mulighed er en slags *tjenestegaranti*, dvs. en garanti for, at D ikke udviser noget uredeligt forhold over for P, jfr. herved *Carsten Smith III* s. 55.³⁶
- C) M findes at have påtaget sig en forpligtelse til at sørge for at opretholde D's likviditet og dømmes derfor til at betale erstatning til P, idet dog *M's forpligtelse tilsidesættes delvis* i medfør af Aftl. § 36.
- D) Som (C), dog at *M's erstatningsansvar lempes* i medfør af EAL § 24.
- E) M anses for forpligtet til at sørge for at opretholde D's likviditet, medmindre der findes at være *saglige grunde* til ikke at støtte D.
- F) Som (E), dog at der i stedet for et saglighedskrav opstilles den regel, at M kun er forpligtet *rebus sic stantibus*, dvs. under i det væsentlige uændrede forhold.
- G) M findes kun at have påtaget sig en *bestræbelsesforpligtelse*, dvs. en forpligtelse til at yde en rimelig indsats for at opretholde likviditeten hos D (cfr. en resultatforpligtelse, dvs. en garanti for D's betalingsevne).³⁷
- H) Som (E), dog at der i stedet for et saglighedskrav opstilles den regel, at M kun er forpligtet *i et meget kort tidsrum* efter erklæringens afgivelse.
- I) M findes ikke forpligtet til at yde likviditetsmæssige tilskud til D, men findes at måtte *godtgøre* P et eventuelt *kapitalnedsættelsesbeløb*, dvs. et beløb, som D's kapital efter udfærdigelsen af erklæringen er nedsat med, og som er udloddet til M.
- J) M findes ikke forpligtet til at yde likviditetsmæssige tilskud til D, men findes at skulle *godtgøre* P *udbyttebetalinger*, som M har modtaget fra D efter erklæringens afgivelse.
- K) M findes ikke forpligtet til at yde likviditetsmæssige tilskud til D, men findes i forhold til P at måtte *stå tilbage* med sit tilgodehavende hos D.

34 Jfr. om quasi-kaution ovenfor i kapitel VI og om løsningen af spørgsmålet quasi-kaution eller ej ovenfor i kapitel VII-X.

35 Betegnelsen er hentet fra *Carsten Smith III* s. 54. En *solvensgaranti* må ikke forveksles med en *solvensforpligtelse*, dvs. en forpligtelse for M til opretholde D's solvens, jfr. herom ovenfor i kapitel VI, afsnit 2.

36 Med en tjenestegaranti menes almindeligvis en sikkerhedsstillelse for det erstatningsansvar, en person måtte pådrage sig ved udførelsen af et hverv (f.eks. som inkassator eller eksekutor). En sådan garanti "kan være formet ganske enkelt slik at kausjonisten inntestår for at den ansatte ikke viser uredelig forhold" (udh. i orig.), jfr. *Carsten Smith III* s. 55.

37 Jfr. om denne sondring nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.4.

De under (A) nævnte muligheder kan kaldes “kautionssurrogatløsninger”. Mulighed (B) kan kaldes “diminutive garantiløsninger”. Mulighederne (C)-(D) kan under ét kaldes “lempelsesløsninger”, (E)-(H) “almindelige fortolkningsløsninger” og (I)-(K) “selskabsretlige fortolkningsløsninger”.

Uden for mellemløsningerne falder den løsning, som går ud på, at M pålægges erstatningsansvar for at have afgivet en urigtig oplysning (f.eks. om sine hensigter). I så fald antages der jo netop ikke at foreligge et løfte fra M.

Påleggelse af erstatningsansvar kan efter omstændighederne føre til omtrent samme *økonomiske resultat*, som ville følge af et løfte fra M om at forsyne D med kapital, men rummer i sig også muligheden for såvel total frifindelse af M som domfældelse af M til betaling af f.eks. det halve beløb.

Uanset at erstatning for urigtige oplysninger ikke er en egentlig mellemløsning, gøres der nedenfor i afsnit 4.3.6 visse bemærkninger om denne mulighed (L).

Uden for mellemløsningerne falder endvidere den løsning, som består i, at parterne skal bære egne sagsomkostninger, uanset at sagen falder ud til et rent enten-eller.

Uden for mellemløsningerne falder endelig den løsning, som består i at anse en likviditetserklæring (eller anden støtteerklæring) som et såkaldt *mandatum qualificatum*, dvs. en anmodning til en person om at udlåne penge til trediemand eller at give ham kredit i et bestående låneforhold, hvorved anmoderen bliver kautionist for lånet.³⁸ Fremkomsten af dette retsinstitut i kejsertiden kan kun forklares med et ønske om at undgå den klassiske romerrets krav om *stipulatio*.³⁹ For en realistisk betragtning kan det derfor undre, at man har fundet anledning til – under betegnelsen *Kreditauftrag* – at indføre retsinstituttet i den tyske BGB (§ 778) og den schweiziske OR (art. 408).

Der er i tysk og schweizisk teori enighed om, at en likviditetserklæring i almindelighed ikke kan udlægges som et *Kreditauftrag*, jfr. *Altenburger* s. 57 ff., *Geigy-Werthemann* i *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973* (1973) s. 31 f., *Hoffmann* s. 47, *Kohout* s. 99 ff., *Müllhaupt* i *Schweizerische Aktiengesellschaft 1978* s. 110 f., *Seiler* s. 14 og *Stecher* s. 65 ff.

I nordisk ret ses *mandatum qualificatum* ikke at spille nogen rolle. Som anført af *Carsten Smith III* s. 95 er det særegne ved mandatet, at kautionisten spiller en mere aktiv rolle end vanligt, hvilket kan have betydning i visse situationer – men kaution er og bliver det dog. Den hos *Carsten Smith III* s. 96 nævnte dom, BRD I nr. 947, er herefter nærmest blot et kuriøst eksempel på, hvorledes en kautionsforpligtelse kan påtages. Sagen angik et tilfælde, hvor en person i an-

38 Jfr. nærmere *Jul. Lassen*: Lille lærebog i romersk privatret, 4. udg. ved Frantz Dahl (1937) s. 329 og s. 332.

39 Jfr. herved *Jul. Lassen* op. cit. s. 332.

ledning af, at hans søster havde set en kurv hos en kurvemager, havde sagt til denne: "La hende få en, De." Retten fandt, at der heri lå et tilsagn om kaution.⁴⁰

4.3. Bemærkninger til de mulige mellemløsninger

4.3.1. Kautionssurrogatløsningerne

Kautionssurrogatløsningerne er ikke egentlige mellemløsninger, idet M jo netop bliver stillet (næsten) ganske som en kautionist.⁴¹ Ved de forskellige former for kaution er der dog forskel på omfanget af kautionistens forpligtelse, og løsningerne illustrerer, at omfanget af den forpligtelse, der følger af en likviditetserklæring, også kan variere. Det ses, at forskellen med hensyn til forpligtelsens omfang i begge tilfælde ligger i *tiden for ydelsen*.

4.3.2. De diminutive garantiløsninger

Det forekommer ikke nærliggende at antage, at M har afgivet en *solvensgaranti*. Da solvensgarantier efter alt at dømme forekommer meget sjældent i praksis, vil domstolene givetvis foretrække at pålægge M erstatningsansvar for at have afgivet *urigtige oplysninger* om D fremfor at antage, at M har afgivet en solvensgaranti. I den forbindelse spiller det ind, at forskellen på en *garanti* for D's solvens og en *oplysning* om D's solvens er relativt beskeden, for så vidt begge udsagn kun angår solvensen i *afgivelsesøjeblikket*.

Den *principielle* forskel er, at M som udgangspunkt kun er ansvarlig for sin uagtsomhed i tilfælde, hvor M afgiver en *oplysning* om D's nuværende solvens, hvorimod M er ansvarlig på objektivt grundlag, hvor M har *garanteret* D's nuværende solvens. Som berørt ovenfor i kapitel V, afsnit 3.2. er det formentlig sådan, at M's nærhed til D i forvejen medfører en noget strengere uagtsomhedsbedømmelse end den almindelige, og den *reelle* forskel er muligvis herefter temmelig beskeden.

Det forekommer end mindre nærliggende at antage en *tjenestegaranti*. Grundlæggende er situationen ved lån fra P til D helt forskellig fra de tilfælde, hvor tjenestegarantier forekommer.⁴² M's indeståelse for, at D optræder redegjort, vil i øvrigt kun i helt særlige tilfælde kunne have værdi for P.

4.3.3. Lempelsesløsningerne

Lempelsesløsningerne forekommer ikke nærliggende. Aftl. § 36 opstiller ganske vist kun den forudsætning, at der foreligger en "urimelig aftale", men alligevel synes en delvis tilsidesættelse med hjemmel i § 36 ikke at kunne komme

⁴⁰ Sagen er her refereret efter *Carsten Smith III* l.c.

⁴¹ Jfr. nærmere ovenfor i kapitel VI om forskelle og ligheder mellem en fuldt bindende likviditetserklæring og kaution.

⁴² Se nærmere opregningen af tjenestegarantitilfælde hos *Carsten Smith III* s. 55.

på tale. Aftl. § 36 skal ikke anvendes til at lempe de krav, der stilles til, at der foreligger et løfte. Der kan derfor ikke blive tale om at anse et udsagn, der ikke opfylder løftebetingelserne, som et “halvt løfte” og give P halvt medhold. Aftl. § 36 er en snæver undtagelsesregel – ikke en regel, der kan anvendes for en hel aftaletype.

EAL § 24 er en endnu snævere undtagelsesregel end Aftl. § 36. Den kan kun anvendes som sikkerhedsventil under helt særegne omstændigheder og er dermed ude af billedet.

4.3.4. Almindelige fortolkningsløsninger

For at tage den sidste af de *almindelige fortolkningsløsninger* først kan det om mulighed (H) – hvorefter M skal anses forpligtet ved erklæringen, men kun i et meget kort tidsrum efter afgivelsen – bemærkes, at denne løsning forekommer klart uholdbar. Enten foreligger der et løfte, eller også gør der ikke. En ren hensigtserklæring er principielt ikke bindende – heller ikke i et nok så kort tidsrum efter udfærdigelsen. Hvor selve erklæringen ikke indeholder tidsfrister, kan sådanne ikke indfortolkes.

Se hertil den ovennævnte utrykte dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89), hvor det i et engelsk responsum udtaltes, at en erklæring som den i sagen omhandlede – bedømt efter engelsk ret – kun ville være bindende som løfte i udfærdigelsesøjeblikket og ganske kort tid derefter.⁴³ Her foreligger formentlig en sammenblanding med to andre synspunkter: (1) Bryder D økonomisk sammen umiddelbart efter erklæringens afgivelse, er det næsten givet, at M har givet P urigtige oplysninger.⁴⁴ (2) Er D i økonomiske vanskeligheder allerede på erklæringstidspunktet, risikerer M formentlig også snarere at blive bundet som løftegiver end ellers.⁴⁵

I øvrigt har de *almindelige fortolkningsløsninger* adskilligt mere for sig end lempelsesløsningerne.

Hvad mulighederne (E)-(G) angår, skal det indledningsvis bemærkes, at forskellen på *saglig grund* til fravigelse, forpligtelse *rebus sic stantibus* og *bestræbelsesforpligtelse* måske mere er et spørgsmål om form (terminologi) end om indhold.⁴⁶

Det er efter min opfattelse ikke træffende at udtrykke forholdet på den måde, at M har afgivet et løfte, som M dog er berettiget til at fragå, såfremt der

43 Jfr. hovrättens dom s. 7.

44 Jfr. herom nærmere ovenfor i kapitel IX, afsnit 2 og nedenfor i afsnit 4.3.6.

45 Jfr. herom nærmere ovenfor i kapitel IX, afsnit 2 og i kapitel X, afsnit 1.

46 I hvert fald anvender *Bogdan* etiketterne “sakliga skäl” og “*rebus sic stantibus*” som synonymmer, jfr. *Bogdan* i TfR 1988 s. 665 og *samme* i *Blix m.fl.* s. 20.

er *saglige grunde* herfor. En sådan saglighedsvurdering forekommer noget fremmed i privatretten.

Det er klart, at det også er vanskeligt at fastslå, hvilke grunde der må anses for saglige henholdsvis usaglige. Den samme indvending kan imidlertid rettes mod en løsning gående ud på, at M kun har påtaget sig en *rebus sic stantibus*- eller bestræbelsesforpligtelse.

Hovedindvendingen mod en regel om, at erklæringen kun binder afgiveren *rebus sic stantibus*, er, at den forekommer vanskelig at arbejde med. Dogmatisk giver den imidlertid ingen vanskeligheder: Domstolene kan udtale, at erklæringen – kendeligt for P – blev udfærdiget under de og de forudsætninger, og pålægge P risikoen for, at de er bristet.

Spørgsmålet er, hvilke forudsætninger man kan tillægge betydning. En grundlæggende forudsætning synes at kunne opstilles: M kan ikke være forpligtet til at tilføre D midler i et sådant omfang, at det truer M's egen eksistens.⁴⁷ Forpligtelsen må da lempes til et tåleligt niveau. I tilfælde af M's konkurs bliver der ikke tale om lempelse, men om bortfald: Over for M's konkursbo kan P slet ikke støtte ret på et løfte, som kun pålægger M en bestræbelsesforpligtelse.

Hvor der i erklæringen er benyttet udtryk som "efter bedste evne" eller "al mulig støtte", er de antagne resultater særligt nærliggende, men sådanne særlige holdepunkter kræves ikke, når blot det er på det rene, at erklæringen kun indeholder en bestræbelsesforpligtelse.

De antagne resultater gælder derimod ikke for *likviditetsforpligtelser*, jfr. herom ovenfor i kapitel VI. Sådanne forpligtelser er netop *resultatforpligtelser* – og ikke *bestræbelsesforpligtelser*.⁴⁸

Ovenfor i kapitel IV, afsnit 4 er det omtalt, at *Hellner* s. 80 finder, at man bør bortse fra alle likviditetserklæringer – altså også likviditetsforpligtelser – i tilfælde af M's konkurs.⁴⁹

En anden forudsætning kunne måske være, at forretningsmæssige grunde taler for D's fortsatte drift. Likviditetserklæringerne er altid formuleret som et tilsagn fra M til P om at støtte D økonomisk, og heri kan siges at ligge, at

47 Se således *Bogdan* i TfR 1988 s. 665 (jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 20). – Det anførte forudsætnings synspunkt må efter omstændighederne kunne fraviges i tilfælde, hvor D er blevet "påført" tabsgivende dispositioner af M.

48 M's konkurs kan kun "befri" M for en resultatforpligtelse, hvor dette er *udtrykkeligt aftalt* – cfr. en bestræbelsesforpligtelse, hvor denne virkning antages at være et slags *naturale negotii* (jfr. ovenfor). Se om formuleringen "efter bedste evne" i "hårde støtteerklæringer" også *Godsk Pedersen* s. 111.

49 Som anført ovenfor i kapitel IV, afsnit 4, forekommer løsningen vanskelig – eller umulig – at begrunde.

denne støtte skal have et formål – ud over blot at sikre tilbagebetalingen af P's tilgodehavende. Bryder D sammen på grund af udefra kommende – uafvendelige – begivenheder og under sådanne omstændigheder, at fortsat drift forekommer uden mening, skal M altså gå fri. Som et eksempel kunne man nævne situationen i *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, hvor D's konkurs skyldtes tinmarkedets totale kollaps.

Se nærmere *Bogdan* i TfR 1988 s. 665 (jfr. *samme* i *Blix m.fl.* s. 20): “[...] tennmarknadens plötsliga kollaps efter brevens utfärdande [medförde] en sådan drastisk förändring av omständigheterna som [...] utgjorde ett sakligt skäl för en ändring i [M's] policy.”

Rebus sic stantibus-reglen kunne også udtrykkes på den måde, at grænserne for økonomisk *force majeure* ligger lavere ved likviditetserklæringer end ved andre erklæringer. Inden for en vis grænse er sådanne erklæringer lige så bindende som garantierklæringer, men over denne grænse – “offergrænsen” – binder de ikke længere afgiveren.

Anser man M's forpligtelse for en bestræbelsesforpligtelse – og ikke en resultatforpligtelse, støder man på den samme grundlæggende vanskelighed som vedrørende saglig grund og *rebus sic stantibus*: Det kan ikke angives med nogen større grad af sikkerhed, hvilke krav man kan stille til M, dvs. hvad M egentlig har forpligtet sig til.

Fælles for mellemløsningerne om saglig grund, *rebus sic stantibus* og bestræbelse er, at man kan rejse det spørgsmål, om en forpligtelse med et så vagt og ubestemt indhold overhovedet kan påtages. Lad os se på følgende erklæring:

“Vi erklærer, at vi vil bestræbe os på at opretholde D's betalingsevne, så D til enhver tid kan opfylde sine forpligtelser”

Er denne erklæring overhovedet *tilstrækkelig bestemt* til, at det kan have løftevirkning? Har parterne herved fastslået, hvad der loves, og under hvilke betingelser ydelsen loves?⁵⁰

Der er efter min vurdering intet til hinder for, at et løfte kan gå ud på en *bestræbelse*, uanset at et løfte angående det pågældende forhold ellers ville have forpligtet afgiveren til at præstere et *resultat*. Afgørende må være, om retsordenen kan og vil sætte grænser, således at løftegiver ikke helt diskretionært kan sætte sig ud over sit “løfte”.⁵¹ På områder, hvor der gælder udfyl-

50 Jfr. *Ussing* s. 34. – Se også *Chr. Harboe Wissum* i U 1986 B s. 341 f. om erklæringer med udtrykkende “gennemføres på betryggende vis” og “anvende hele sin indflydelse”.

51 Se hertil *Troels G. Jørgensen* i TfR 1925 s. 85 ff. med omtale af U 1897.798, U 1907.891, SHT 1914.204 og – navnlig – U 1924.517 H. De nævnte afgørelser angik alle – med undtagelse af U 1907.891 – spørgsmål om pengeydelse fra arbejdsgiver til arbejdstager i henhold til aftaler med ret løst indhold.

dende retsregler – herunder sådanne, som opstilles af domstolene – er kravet til løftets bestemthed reelt beskedent.⁵²

Problemet er ikke bestræbelsesforpligtelsen som sådan. Forpligtelser af denne art påhviler f.eks. en funktionær i et ansættelsesforhold eller en advokat i et klientforhold, som begge bedømmes efter de udfoldede bestræbelser (indsatsen), ikke på resultatet.

Problemet er, at en forpligtelse til at betale en sum penge – juridisk set – vanskeligt kan bedømmes efter de udfoldede bestræbelser: Enten bliver der betalt, eller også bliver der ikke betalt.⁵³

Pengeforpligtelser er nu engang *resultatforpligtelser*. Der foreligger i almindelighed misligholdelse, uanset hvad den nærmere årsag til ikke-erlæggelsen måtte være.

Det forekommer således vanskeligt at anskue en pengeforpligtelse som en bestræbelsesforpligtelse og ikke mindre vanskeligt at arbejde ud fra denne anskuelse. Umuligt er det imidlertid ikke. På samme måde som forpligtelser, der er “født som” bestræbelsesforpligtelser kan gøres til resultatforpligtelser, kan forpligtelser, der er “født som” resultatforpligtelser gøres til bestræbelsesforpligtelser.

Som eksempler på ændring fra bestræbelses- til resultatforpligtelse kan nævnes følgende: En læge garanterer et lykkeligt udfald af en operation; en advokat garanterer sin klient, at sagen vindes; en sælger af en forretning garanterer omsætningen i en periode osv.

Som det mindre i det mere, kan bestræbelsesforpligtelserne blot “strammes op”: En læge forpligter sig til at udvise “al mulig omhu”; en advokat forpligter sig til at føre sagen på “bedst mulig måde”; en sælger af en forretning forpligter sig til at “medvirke loyalt på enhver måde med sigte på, at omsætningen så vidt muligt opretholdes” osv.

Som eksempler på ændring fra resultat- til bestræbelsesforpligtelse kan nævnes særlige aftaler om bygge- og anlægsarbejder. Det normale er, at entreprenøren påtager sig en forpligtelse til at nå et vist resultat for et på forhånd fastsat vederlag – men det forekommer også, at der skal betales efter tid og endog uden hensyn til, om resultatet opnås eller ej, sml. U 1942.242 H.

Hvad der almindeligvis gælder om pengeforpligtelser, kan i øvrigt ikke være afgørende: En bestræbelsesforpligtelse gående ud på at holde liv i D er ikke efter sit umiddelbare indhold en egentlig pengeforpligtelse: P har alene krav på, at M udfolder visse bestræbelser, og kun hvis M tilsidesætter forpligtelsen

⁵² Jfr. således også *Ussing* s. 34.

⁵³ I det anførte ligger ingen underkendelse af, at en kreditor naturligvis hellere vil have en vis dækning end ingen dækning for sin fordring, jfr. ordene “juridisk set”.

hertil, bliver et pengekrav fra P mod M aktuelt – nemlig et erstatningskrav for misligholdelse.

Det er altså ikke retligt umuligt, at et moderselskab forpligter sig til at bestræbe sig på at holde økonomisk liv i sit datterselskab.

Spørgsmålet om resultat- og bestræbelsesforpligtelse tangeres af *Røsæg* s. 15 ved og med note 45, der imidlertid har valgt ikke at behandle de snævrere fortolkningsspørgsmål. Herved er efter min vurdering opstået en skævhed i hele fremstillingen: En formodning for løftevirkning forkommer nok så luftig, hvis det ikke præciseres, hvornår løftet er garantilignende, og hvornår det er af ringere kaliber.

I tysk teori er spørgsmålet om resultat- og bestræbelsesforpligtelse kort omtalt af *Rümker* i WM 1974 s. 992 og af *Hoffmann* s. 55 med note 2. I fransk teori er spørgsmålet omtalt af *Bellis* i *Bellis m.fl.*: *Les lettres de patronage* (1984) s. 146 ff. og af *Terray*: *Letters of comfort in French law*, i *International Financial Law Review*, oktober 1982 s. 35 f.

Spørgsmålet har foreligget i en østrigsk højesteretsdom, OGH-Zivilsachen 1985.606 (nr. 127) angående en erklæring med følgende ordlyd:

“Wir haben davon Kenntnis, daß Ihr Institut beabsichtigt, der Firma [D] einen Kontokorrentkredit bis zum Betrage von 2.500.000 S und allfällige kurzfristige Überziehungsmöglichkeiten dieses Kredites einzuräumen. Unter Bezugnahme darauf bestätigen wir Ihnen, daß [D] in unserem Einflußbereich steht und wir insbesondere auch durch unseren Einzelprokuristen Herrn Dipl.-Kfm. [...] dafür Sorge tragen werden, daß [D] jeweils die notwendigen Mittel zur Abstattung des oben erwähnten Kredites bereitstellen wird. Wir werden unsere Beteiligung an [D] nur mit Ihrer ausdrücklichen Zustimmung ändern, sofern der gegenständliche Kredit zum Zeitpunkt einer allfälligen Änderung noch unberichtigt aushaftet.”

I 1. instans blev erklæringen udlagt som en “Erfolgsgarantie” i overensstemmelse med ABGB § 880a, 2. led. Derimod fandtes erklæringen i 2. og 3. instans alene at indeholde et “Verwendungszusage” efter ABGB § 880a, 1. led. Den forpligtede i henhold til et sådant tilsagn ifalder erstatningsansvar, såfremt han ikke optræder “mit der gehörigen Sorgfalt”.⁵⁴ Sagen blev hjemvist til 1. instansen.

Hvor høj en grad af bestræbelse, man vil kræve i tilfælde af denne art, er et vanskeligt spørgsmål.

Hvor D for at overleve kun skal have tilført et mindre beløb til dækning af en ekstraordinær udgift, vil M givetvis af sig selv tilføre dette beløb, hvis D's drift i øvrigt er fornuftig.

Hvor D skal have tilført store beløb, fordi den ordinære drift giver betydelige underskud, vil M derimod overveje at standse driften i D.

⁵⁴ Jfr. OGH-Zivilsachen 1985.606, på s. 610, hvor der også tales om “Bemühungen”.

Mellem disse yderpunkter er der et vidtstrakt område, hvor det vil være særdeles vanskeligt at skønne over, om M's vægring ved at skyde yderligere kapital i D er mere eller mindre velbegrundet. Denne opgave bør domstolene dog ikke vise fra sig. Den afviger ikke grundlæggende fra mange andre vanskelige opgaver, som domstolene stilles overfor, f.eks. efterprøvelse af administrative og lægelige skøn. Også selve den grundlæggende erstatningsregel – culpareglen – kan siges at hvile på et skøn, da domstolene kan underkende forskrifter og sædvaner som utilstrækkelige.

Ved fastlæggelse af målestokken for bestræbelserne er der to muligheder: Den første er at sænke grænsen for ansvarspådragende handlinger, således M lettere ifalder erstatningsansvar end ellers. Den anden er at foretage en fri vurdering af, om M har optrådt på en rimelig, fornuftig og loyal måde over for P.

Den første mulighed er ubetænkelig. Der kan ikke være tvivl om, at man kan skærpe bedømmelsen af sin egen adfærd, hvis man fremkommer med udtalelser, som begrundet en særlig tillid.⁵⁵ Anvendelsesområdet for modellen begrænses af, at der skal være udvist *en eller anden grad af uagtsomhed* fra M's side (som ikke i forvejen ville udløse erstatningsansvar).

En bestræbelsesforpligtelse må således kunne blive afgørende i sager, der ligger "på kanten". Se f.eks. utrykt VLD af 20. oktober 1993 (8. afd., ankesag B 289/1992) – som måske endog kan siges at ligge på den anden side af kanten i forvejen. Sagen angik et selskab S, som i henhold til årsregnskabet for 1988/89 havde en negativ egenkapital beløbende sig til 608.043 kr. I april 1989 blev der indgivet konkursbegæring mod S. S bestred indledningsvis fordringen, men betalte herefter denne, hvorefter konkursbegæringen blev frafaldet. Den 19. juni samme år blev der atter indgivet konkursbegæring, og S blev herefter erklæret konkurs den 22. august. En leverandør (L), som havde leveret varer på kredit til S i perioden 21. til 28. juni, sagsøgte S's bestyrelsesformand og eneanpartshaver (E) med krav om erstatning. Kravet støttedes bl.a. på, at der forelå overtrædelse af kapitaltabsreglen i Anpartsselskabslovens § 85a og på, at E burde have sikret sig, at S ikke købte på kredit efter konkursbegæringen af 19. juni. L fik ikke medhold. Det forekommer, at afgørelsen stiller betænkeligt små krav til den (burde-)viden, en bestyrelsesformand og eneanpartshaver skal have om sit eget selskab.

Havde der i et sådant tilfælde foreligget en bestræbelsesforpligtelse, måtte resultatet i hvert fald være blevet et andet. Det samme gælder formentlig selv om der ikke engang var tale om en likviditetserklæring, men blot et udsagn om at "overvåge" D el. lign.

⁵⁵ Hvor streng bedømmelsen er, afhænger i øvrigt af en række forskellige forhold. Eksempelvis kan der ikke være tvivl om, at et moderselskab bedømmes strengere end en mindretelsaktionær, sml. ASL § 142 og Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 25 f. Her interesserer det os kun, at M ved sine egne udsagn kan skærpe uagtsomhedsbedømmelsen.

Den anden mulighed – som kan siges at indebære et krav om, at M skal udvise en “god moderselskabsskik”, som går ud over, hvad culpareglen indebærer af forpligtelser – er mere betænkelig. Det er vanskeligt at angive de kriterier, som kan lægges til grund for en sådan friere bedømmelse. Udgangspunktet for en sådan friere bedømmelse må tages i M’s egen økonomiske formåen.⁵⁶ Der anlægges følgelig en subjektiv målestok – ikke som ved culpa-bedømmelsen en mere eller mindre objektiveret målestok.

Spørgsmålet er, om ikke også det fornuftige eller ufornuftige i at fortsætte D’s virksomhed må spille ind. Parterne har jo valgt en formulering, der gør det nærliggende, at det inddrages i bedømmelsen, om der er rimelighed i at kræve, at D får tilført midler (hvorved P i givet fald vil kunne få sit tilgodehavende dækket). Man kan næppe nøjes med at se på, om der er rimelig grund til at dække P’s tab. Betydningen kan anskueliggøres ved et par eksempler:

Eksempel 1: D er pludselig brudt økonomisk sammen på grund af udefra kommende begivenheder. D er insolvent med en underbalance på 100 millioner kr. P’s tilgodehavende andrager 2 millioner kr.

Eksempel 2: Som eksempel 1, dog at P’s tilgodehavende andrager 50 millioner kr.

Eksempel 3: På tidspunktet for P’s lån på 10 millioner kr. til D, går D’s virksomhed godt, men D får med tiden stadig voksende økonomiske problemer. M griber ind i flere tilfælde, herunder ved kapitalforhøjelse, ydelse af ansvarligt lån m.v., men efter at have tilført D i alt 5 millioner kr., finder M situationen håbløs og lukker for bistanden.

Eksempel 4: Som eksempel 3, dog at M kun griber ind én gang – med en kapitaltilførsel på 1 million kr.

I eksempel 1 er D’s totale sammenbrud forårsaget af udefra kommende, pludselige begivenheder. Selv om P’s tilgodehavende isoleret ikke vil være nogen voldsom byrde for M, ligger det i erklæringens henvisning til D’s fortsatte eksistens som målet for de bestræbelser, M skal udfolde, at M må frifindes for ethvert krav.

I eksempel 2 er D’s totale sammenbrud indtruffet på samme måde som i eksempel 1. Også her må M frifindes for ethvert krav fra P’s side.

Da P’s tilgodehavende i eksempel 2 er en langt større byrde for M end i eksempel 1, må det i øvrigt være så meget desto sikrere, at en bestræbelsesforpligtelse ikke kan give P et erstatningskrav, som kommer blot i nærheden af størrelsen af M’s tilgodehavende hos D.

I eksempel 3 har M forgæves forsøgt at redde D ved tilførsel af i alt 5 millioner kr. Hermed må M siges at have udfoldet de bestræbelser, man med rime-

⁵⁶ Jfr. diskussionen af *force majeure* og “offergrænse” ovenfor i forbindelse med drøftelsen af en *rebus sic stantibus*- eller bestræbelsesforpligtelse.

lighed kan kræve, og M må frifindes for yderligere krav.

I eksempel 4 har M kun tilført D 1 million kr. Efter omstændighederne findes dette ikke at være tilstrækkeligt, og M dømmes til at betale f.eks. 4 millioner til P i erstatning for misligholdelse af bestræbelsesforpligtelsen.

Med de anførte eksempler er det kun tanken at pege på nogle *momenter*, som i reglen må tillægges vægt ved bedømmelsen af, om M har levet op til sin bestræbelsesforpligtelse. De anførte erstatningssummer skal således kun ses som *mulige* løsninger.

Det ovenfor udviklede kan sammenfattes med følgende ord: Hvor der antages at foreligge en bestræbelsesforpligtelse, må domstolene under inddragelse af samtlige omstændigheder bedømme, om M har opfyldt sit løfte over for P, eller om M har negligeret løftet og ladet D “sejle sin egen sø”. Det bemærkes, at en sådan prøvelse sikkert regelmæssigt vil føre til, at M frifindes, fordi M (også i egen interesse) *faktisk* – omend forgæves – *har søgt at redde D ved kapitaltilførsler m.v.* I grellere tilfælde vil P dog kunne få medhold i et erstatningskrav.

4.3.5. Selskabsretlige fortolkningsløsninger

Herefter kan vi vende os mod *de selskabsretlige fortolkningsløsninger*. I tilfælde, hvor M har erklæret at have til hensigt at støtte D økonomisk, forekommer det nærliggende at indlægge et *stiltiende løfte om ikke at forringe D's kapitalgrundlag gennem en kapitalnedsættelse i D med påfølgende udlodning til M*. Så meget desto mere må et sådant løfte kunne antages, hvor der er anvendt stærkere udtryk end “hensigt”. Et sådant løfte må følgelig – bortset fra det implicite løfte om at meddele eventuelle ændrede hensigter m.v. – være det absolutte minimumsindhold i erklæringer som dem, der er gengivet som (1)-(7) i afsnit 3 ovenfor.

Det anførte gælder kun kapitalnedsættelse forbundet med udlodning, jfr. herved Aktieselskabslovens § 46. Nedsættes kapitalen i D til dækning af underskud, er forholdet et andet. En ren hensigtserklæring om at støtte D økonomisk kan ikke forpligte M *i overensstemmelse med sit indhold*,⁵⁷ dvs. til at indskyde yderligere kapital i D. Hvad angår erklæringer på grænsen mellem den uforbindende tilkendegivelse af hensigt og det egentlige løfte, kan der ikke opstilles en særregel for tilfælde, hvor D's kapital må nedsættes til dækning af underskud.

En ren hensigtserklæring kan ikke anses for at indeholde et underforstået løfte fra M til P om *ikke at modtage udbytte* fra D, så længe P ikke er fyldestgjort. Et sådant løfte må derimod efter omstændighederne indlægges i erklæringer, der går længere end til blot at tilkendegive en “hensigt”, således i

57 Jfr. nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.2.

erklæringerne (1), (2), (3) og (5) ovenfor i afsnit 3. Det kan ikke være udelukket at indfortolke et løfte med dette indhold også i erklæringerne (4), (6) og (7), der jo alle går videre end til blot at udtrykke en hensigt. Hvis P forholder sig passiv over for udbyttebetalinger fra D til M, kan et sådant stiltiende løfte dog ikke antages. En så tvivlsom fortolkningsregel som den her hævdede må vige for den opfattelse, som kommer til udtryk i P's passivitet – også selv om passivitetsens baggrund er, at D på tidspunktet for udbyttebetalingerne afdrager sin gæld til P som forudsat.

En ren hensigtserklæring kan ikke antages at indeholde en *implicit tilbage-trædelseserklæring*, dvs. et løfte fra M om at stå tilbage med sin fordring mod D i forhold til P's fordring mod samme.⁵⁸ Hvad angår erklæringer, som går videre end til blot at tilkendegive en hensigt, er der derimod intet til hinder for at antage dette resultat, således f.eks. i erklæringerne (1), (2), (3) og (5) i afsnit 3 ovenfor. Heri ligger, at resultatet heller ikke er udelukket for erklæringer som (4), (6) og (7).

Et løfte om at stå tilbage med et tilgodehavende går dog videre end et løfte om ikke at modtage udbytte. Det ses også af, at M i sit regnskab er pligtig at oplyse det første, men næppe det sidste.

Problemet med at antage stiltiende løfter vedrørende udbytteafkald og tilbage-trædelse er navnlig, at parterne kunne – og burde – have aftalt dette resultat udtrykkeligt. Hvorfor skal man reparere på en erklæring, som der er forhandlet nøje om, og som må antages at have fået en gennemtænkt formulering?

Det må imidlertid erkendes, at det kan være problematisk for P at indsætte en udtrykkelig tilbage-trædelseserklæring i en likviditetserklæring, jfr. utrykt VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985). I denne sag blev en i øvrigt oplagt bindende garanti for D's solvens anfægtet af M bl.a. under henvisning til, at den i erklæringen indeholdte tilbage-trædelseserklæring fra M i forhold til P var meningsløs, såfremt erklæringen indeholdt en garanti. I dette synspunkt fik M ikke medhold, idet landsretten fandt, at tilbage-trædelsen gav mening "i den situation, hvor [M] måtte være ude af stand til at opfylde sin forpligtelse som garant". Afgørelsens resultat må klart tiltrædes.

Det stillede spørgsmål rammer noget centralt, men *enigheden om formuleringen* er kun den ene side af sagen – den anden er, at *enigheden er udtryk for et kompromis*: Parterne har formentlig haft ret svævende forestillinger om, hvilken betydning erklæringen kunne have i forskellige situationer, men at den kunne have en eller anden betydning (retsvirkning) må også have stået M klart. Under alle omstændigheder kan en mellemløsning undertiden være

⁵⁸ Se også *Munch*: Konkursloven, 7. udg. (1993) s. 604, hvorefter "støtteerklæringer [...] i deres typiske valne form næppe kan anses for noget løfte om efterstilling".

at foretrække for det normale enten-eller. Hvis man anskuer de selskabsretlige fortolkningsløsninger som særlige udslag af de almindelige fortolkningsløsninger – og ikke som en gruppe for sig selv – synes mellemløsninger af denne art at volde færre betænkeligheder. Såfremt M findes at have tilsidesat en forpligtelse til at *bestræbe sig for* at holde D solvent eller likvidt, vil man ved erstatningsudmålingen bl.a. kunne skele til, hvilke udbytter M har modtaget fra D siden erklæringens afgivelse.⁵⁹

4.3.6. Erstatningsansvar for urigtige oplysninger

Findes M at have givet en – på afgivelsestidspunktet – culpøst urigtig *oplysning* om sine hensigter, vil M have pådraget sig erstatningsansvar over for P.

Der erindres om, at M kan pådrage sig ansvar ved at fremkomme med en (beroligende) hensigtserklæring, hvor M ikke ville blive pålagt ansvar for ren passivitet. Se herom ovenfor i kapitel IX, afsnit 2, hvor det anføres, at der er tale om *ansvar for noget, som faktisk ikke oplyses i erklæringen, men som burde have været oplyst*, f.eks. at D allerede på erklæringstidspunktet har et behov for tilførsel af kapital, men at M endnu ikke har taget stilling hertil.

I almindelighed må M antages at være forpligtet til at underrette P om *ændringer* i en afgivet oplysning om hensigter eller andre forhold, også selv om erklæringen er nok så vag.⁶⁰ Dette kan man begrunde enten i et stiltiende løfte herom eller i en loyalitetspligt. Uanset begrundelsen er problemet for P, at en underretning, som M først afgiver, *efter at* D er brudt økonomisk sammen, ofte vil være tids nok til, at M undgår erstatningspligt.

Se *Kleinwort Benson v. Malaysia Mining Corp.*, hvor M med held gjorde gældende, at erklæringen kun indeholdt “a representation of [M’s] policy or intention at the date of the letter”, således at M’s eneste forpligtelse var “to notify [P] within a reasonable time of any change in such a policy or intention.”⁶¹ Da M’s ændring af den tilkendegivne politik var forårsaget af D’s fuldstændige kollaps, kunne M først efterfølgende underrette P om ændringen, og M blev frifundet.

59 Med ordene “bl.a.” markeres, at størrelsen af eventuelle udbytter kun kan indgå som en (lille) brik i erstatningsudmålingen – f.eks. må man også undersøge, hvor meget kapital M har investeret i D, og på hvilke vilkår en eventuel samhandel mellem M og D har fundet sted. Med ordene “skele til” markeres, at der ikke kan være nogen form for automatisk slutning fra størrelsen af udbetalte udbytter til størrelsen af en eventuel erstatning – det kan være ret tilfældigt, hvad der er udbetalt som udbytte.

60 Se i denne retning også NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460), på s. 402 (“beroende på omstændighederne”).

61 Se (1989) I All ER 792 i. – Som det ses, sondres skarpt mellem oplysninger og løfter, idet en oplysning om et givet faktum dog for så vidt antages at indeholde et stiltiende løfte om at give oplysning om senere ændringer i samme faktum. Se også (1989) I All ER 790 h-j.

Under alle omstændigheder vil det være særdeles vanskeligt for P at bevise, at M har ændret hensigt *forud for* D's endelige sammenbrud. Selv hvor dette bevis kan føres, begrundes den manglende meddelelse ikke i sig selv erstatningspligt for M: P's tab skal yderligere være *forårsaget af* den undladte meddelelse.

I teorien må det afgøres efter *almindelige erstatningsregler*, om en urigtig oplysning om hensigter medfører erstatningspligt for afgiveren. De erstatningsretlige regler om kausalitet, adækvans og tabsbegrænsning vil ofte i sig selv føre til resultater, som forekommer *lempe* for M i forhold til det, som ville gælde, hvis M's udsagn i stedet betragtedes som et løfte.

I praksis vil *bevisproblemer* let kunne føre til,⁶² at erstatningsansvar kun kommer på tale i sager af en vis grovhed, og dermed er der i almindelighed næppe nogen anledning til at overveje en (egentlig) *lempelse* af M's erstatningsansvar ud fra synspunktet egen skyld hos P.

Såfremt man derimod anlægger en strengere bedømmelse eller fraviger almindelige bevisregler – f.eks. så ekstremt, at oplysningen præsumeres at have været urigtig, såfremt senere handlinger ikke stemmer med de tilkendegivne hensigter – bliver det uomgængeligt nødvendigt at tage stilling til lempelse.

Lempelse kan i givet fald begrundes i de synspunkter, der fremførtes i dissensen til U 1974.1005 H (NDs 1974.401) (“[...] kreditgivningen [måtte] under alle omstændigheder være forbundet med risiko [...]”).

4.4. Er mellemløsningerne gældende ret?

Om mellemløsningerne er gældende ret, lader sig ikke sige med nogen grad af sikkerhed. Derimod kan det med sikkerhed siges, at nogle af de anførte mellemløsninger er *mulige* inden for rammerne af gældende ret.⁶³

Det kan imod de ovennævnte mellemløsninger på det principielle plan indvendes, at de *forøger retsusikkerheden* ved anvendelsen af likviditetserklæringer. Denne indvending ville dog næppe være korrekt. Thi *uden mulighed for mellemløsninger* består retsusikkerheden i, om en konkret sag falder ud til enten domfældelse eller frifindelse af M. *Med mulighed for mellemløsninger* vil retsusikkerheden ikke gå på, *om* der skal betales, men *hvor meget*. Hvor man uden muligheden for mellemløsninger ville være usikker i *hele spektret* fra 0 kr. til f.eks. 5.000.000 kr., vil man med muligheden for mellemløsninger måske efterhånden kunne skønne over *den beløbsramme*, som dommen må falde indenfor, f.eks. mellem 500.000 kr. og 1.000.000 kr. Eller anderledes udtrykt: Det – måske – lidt øgede antal sager, hvor M vil blive dømt til at betale et eller

62 P skal principielt bevise, dels at oplysningen var *culpøst* urigtig, dels at den urigtige oplysning har *forårsaget* P's tab, jfr. nærmere ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.2.

63 Om *hvilke* af mellemløsningerne, der er mulige, henvises til det nedenfor anførte.

andet beløb, opvejes af, at M til gengæld næsten aldrig vil blive dømt til at betale et beløb svarende til hele P's tab på D.

Under alle omstændigheder er *retsusikkerheden skabt af parterne selv*, og den ses ikke at kunne påberåbes som et argument særlig vendt mod mellemløsningerne.

De ovenfor under 4.3 anførte mellemløsninger er alle – med undtagelse af (H) – *mulige* inden for rammerne af gældende ret. Dermed ikke sagt, at de er lige *sandsynlige*.

Løsningerne (A)-(D) forekommer ligefrem usandsynlige.

Tilbage bliver – da formuleringen i løsning (E) er afvist som grundlag for en regel – løsningerne (F)-(G) og (I)-(J). Disse løsninger forekommer ikke usandsynlige, og udsagnene om disse mellemløsninger hævdes derfor at være udsagn *de sententia ferenda* – ikke *de lege ferenda*.

Ved valget mellem de herefter tilbageværende mellemløsninger er der to muligheder:

- a) Man vælger den mellemløsning, som man finder bedst stemmende med ordlyden i erklæringen (“den subjektive variant”).
- b) Man vælger én af mellemløsningerne som den grundlæggende og fraviger den kun, hvis forholdene afgjort taler herfor (“den objektive variant”).

Dette er et eksempel på det klassiske dilemma mellem skøn og regel.⁶⁴ Beslutter man sig for den subjektive variant, vil man kunne nå forskellige resultater i (1)-(6) af de ovenfor i afsnit 2 gengivne erklæringer,⁶⁵ f.eks. en bestræbelsesforpligtelse i (1) og (2), et forbud mod at modtage udbytte og et tilsagn om at stå tilbage i (6). Beslutter man sig for den objektive variant, vil man f.eks. kunne antage en *rebus sic stantibus*-forpligtelse for alle erklæringer fra (1)-(6).

Det hævdes undertiden, at den moderne aftaleret tillægger – eller bør tillægge – objektive regler stadig større vægt på bekostning af (gisninger om) parternes individuelle forudsætninger.⁶⁶ Hvis dette er tendensen, taler det for den objektive variant.

Særlig langt i “objektiverende” retning går *Grönfors*, der f.eks. hævder, at deklaratriske regler har en art forrang ved fortolkningen. Se nærmere *Grönfors: Tolkning av fraktavtal* (1989) s. 24 ff. og *samme: Avtalsgrundande rättsfakta*

64 Jfr. herom *Viggo Bentzon: Skøn og regel* (1914), som stadig er absolut læseværdig.

65 Erklæring (7) kan efter min opfattelse kun læses som en *oplysning*, og den kan derfor kun begrunde et krav mod M efter erstatningsretlige regler, jfr. mellemløsning (L) og herom ovenfor i afsnit 4.3.6. Bortset fra svigslignende tilfælde vil P ikke have noget erstatningskrav mod M.

66 Se f.eks. *Stig Jørgensen* i TfR 1965 s. 429, som taler om “[...] en udviklingstendens i kontraktretten fra et objektivt over et subjektivt og tilbage mod et objektivt stadium [...]”. Se endvidere *Palle Bo Madsen* i TfR 1986 s. 623 ff. og de forfattere, som er nævnt i forbindelse med drøftelsen af “status” og “kontrakt” ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1.

(1993) s. 27 ff. Symptomatisk for *Grönfors*' hele indstilling er det, at han ser deklatoriske retsregler som udtryk for "samhällats önskan att i ökad utsträckning *styra* parternas typiska handlande och uppträdande på marknaden"⁶⁷ (udh. her) – ikke som udtryk for en *service* over for borgerne, som de helt frit kan vælge at gøre – eller netop *ikke* at gøre – brug af.

Med rette kritisk over for *Grönfors*' overdrevne synspunkter er *Adlercreutz* i SvJT 1990 s. 578 ff. (anmeldelse af *Fohlin* og af *Grönfors*: Tolkning av frakta-avtal (1989)).

Til støtte for den objektive variant kan i hvert fald anføres, at forskellen på en pligt til at bestræbe sig for at nå et vist resultat og en pligt, der kun binder *rebus sic stantibus* er nok så subtil. De selskabsretlige fortolkningsløsninger har næppe selvstændig betydning og må indgå som et led i bedømmelsen af, om de udviste bestræbelser er tilstrækkelige. Hermed bliver der reelt kun en regel tilbage: Har M under de foreliggende omstændigheder levet op til sin forpligtelse om at bestræbe sig på at støtte D økonomisk?⁶⁸

Den her antagne mellemløsning – *bestræbelsesforpligtelsen* – kan også udtrykkes på den måde, at M har forpligtet sig til at *arbejde for*, at D bevarer sin betalingsevne (cfr. til at *garantere*, at D bevarer sin betalingsevne). Ved afgørelsen af, om M har opfyldt denne bestræbelsesforpligtelse, må det spille ind, hvad årsagen til D's sammenbrud har været, om M har haft faktisk mulighed for at yde D økonomisk støtte, om D er brudt sammen til trods for en faktisk ydet støtte, om M har modtaget midler fra D o.s.v.

Det beløb, som M vil kunne blive dømt til at betale til P, må fastsættes skønsmæssigt, og der vil her kunne lægges vægt på såvel erklæringens ordlyd som på de konkrete omstændigheder. Selv om man således principielt antager samme regel for alle mellemtilfælde, vil resultaterne kunne blive nok så varierede.

5. Forholdet til Årsregnskabsloven

I dette afsnit skal det drøftes, hvorledes mellemløsninger som de ovenfor behandlede forholder sig til Årsregnskabsloven.

Det må erkendes, at en bestræbelsesforpligtelse vedrørende penge er en anomali. En pengeforpligtelse er normalt et enten-eller. Som hovedregel er det uden nogen betydning, om en manglende opfyldelse af en pengeforpligtelse er undskyldelig.

67 Jfr. *Grönfors*: Avtalsgrundande rättsfakta (1993) s. 30.

68 Herved sammenfattes *rebus sic stantibus* og bestræbelse i én regel, jfr. ordene "under de foreliggende omstændigheder" og "levet op til".

Årsregnskabsloven kender følgelig kun til garantier og kautioner, jfr. § 46, stk. 3 – ikke til erklæringer, som pålægger afgiveren en pligt til at arbejde for en andens betalingsevne.

Mens det er rigtigt, at Årsregnskabslovens hele system taler imod antagelsen af vidtgående, uskrevne regler om hæftelsesgennembrud og efterstilling,⁶⁹ kan loven ikke med samme sikkerhed hævdes at tale imod bestræbelsesforpligtelser. Årsregnskabsloven sætter ikke grænser for aftalefriheden, dvs. for hvilke *arter* af forpligtelser, et selskab kan påtage sig, men fastslår blot nogle *følger* af visse nærmere opregnede forpligtelser.

Mellemløsninger er således ikke umuliggjort af Årsregnskabslovens system. Når resultatet i en række sager er blevet, at en ikke-noteført erklæring findes *fuldt så forpligtende som en garanti*, er det ikke forunderligt, at man som det mindre i det mere kan nå til, at en ikke-noteført forpligtelse findes *til en vis grad forpligtende*.

Ubetænkelig er anerkendelsen af mellemløsninger imidlertid ikke. Reelt muliggør man herved, at et selskab påtager sig forpligtelser af et ubestemt omfang, uden at kreditorerne advares herom gennem en note. Herpå er der to mulige svar: Enten opstiller man samme krav til noteførsel af erklæringer, der kan falde ud til en mellemløsning, som til fuldt forpligtende garantierklæringer. Eller også tolererer man sådanne erklæringer, bl.a. under henvisning til, at forpligtelsen er af mindre omfang, og at den ikke kan gøres gældende i moderselskabets konkursbo.

Så vidt ses, må løsningen i første omgang være den, at man tolererer, at bestræbelsesforpligtelser ikke noteføres. Det kan ikke være ad domstolsvejen, der skal indføres regler om noteførsel af sådanne forpligtelser – det må være en lovgivningsopgave.

Det er næppe sandsynligt, at der lovreguleres om spørgsmålet inden for en overskuelig fremtid.

En eventuel lovregulering kan i øvrigt tænkes at have som mål at “udrydde” likviditetserklæringerne. I så fald vil lovfæstelse af en ubetinget pligt til at noteføre forpligtelsen med *det fulde beløb*, som D skylder P, utvivlsomt vise sig at være ret effektivt.

Er målet derimod blot at skabe større sikkerhed for årsregnskabs adressater, kan dette opnås ved (1) at pålægge M pligt til at oplyse, at M har påtaget sig en bestræbelsesforpligtelse og (2) ved at fastlægge pligten til at noteføre til et beløb svarende til f.eks. det halve af, hvad D skylder P.⁷⁰

69 Jfr. *Gomard*: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg. (1992) s. 62 med note 10.

70 Ifølge *R. Kæstel* i U 1953 B s. 155 tillod den finske banklov i 1953, at bankers garantiforpligtelser kun skulle medregnes med halvdelen ved opgørelsen af kapitalkravet. Som det ses, er der intet principielt i vejen for ret “firkantede” regler, som blot *gennemsnitligt* rammer det rette – i øvrigt er sådanne regler sikkert mindre betænkelige, når det gælder årsregnskaber, end når det gælder kapitalkrav.

6. Sammenfatning

Ovenfor i afsnit 4.4 argumenteres der for, at visse af mellemløsningerne er mulige inden for rammerne af gældende ret. De følgende udsagn hævdes på denne baggrund at være udsagn *de sententia ferenda* – men det er klart, at udsagnene bevæger sig tæt op til grænsen for retspolitik, dvs. udsagn *de lege ferenda*.

Sammenfattende kan det *for det første* siges, at mellemløsningerne ikke bør føre til, at der ses stort på de konkrete omstændigheder: Det rigtige resultat *kan være* “fuldstændig” domfældelse eller frifindelse. Der kan altså *ikke* opstilles *nogen formodning for mellemløsninger*.

For det andet må mellemløsningerne ikke blive brugt som argument for at sænke de sædvanlige krav til løfters bestemthed. I denne henseende er der ingen grund til at anbringe støtteerklæringer i en særstilling inden for aftalereetten. Det pengeinstitut, der kun har fået et vagt og ubestemt udsagn, kan ikke påberåbe sig, at M har forpligtet sig til at erstatte P det tab, som måtte følge af, at det ikke lykkedes at opretholde D’s likviditet.

Selv når man tager sig de netop anførte forbehold *ad notam*, vil der være en stor gruppe erklæringer, hvor mellemløsninger kan blive aktuelle. I denne gruppe kan det endelige resultat *undtagelsesvis* blive, at M stilles som quasi-kautionist, hvorimod M sikkert *ret ofte* vil blive frifundet for ethvert krav. *Ikke helt sjældent* vil imidlertid en mellemløsning – hvorefter M pålægges at betale en vis erstatning til P – kunne komme på tale. Erstatningens størrelse må fastsættes skønsmæssigt under hensyn til samtlige foreliggende omstændigheder.

Mellemløsningerne indtager – som det fremgår af ordet – området mellem domfældelse (som quasi-kautionist) og pure frifindelse. Det må herefter antages, at mellemløsningerne kan gøre indhug i områderne for begge disse løsninger. Det er mit gæt, at *indhugget i det område, hvor der hidtil er sket domfældelse, vil være størst*, jfr. ovenfor i afsnit 1 (formodning mod quasi-kaution) og i afsnit 4.1. (afvisning af at sænke bestemthedskravet).

KAPITEL XII

Resumé og sammenfatning

I afsnit 1 nedenfor gives et resumé af fremstillingen kapitel for kapitel. Fremstillingens hovedresultater sammenfattes dernæst i oversigtlig form i afsnit 2.¹ Diskussionen af mulige mellemløsninger opsummeres i afsnit 3, hvor udgangspunktet tages i støtteerklæringens placering i grænseområdet mellem aftale- og selskabsret. I afsnit 4 søges støtteerklæringerne anbragt i en større sammenhæng, og der fremsættes gisninger om støtteerklæringernes fremtid.

1. Resumé af kapitel I-XI

Fremstillingen ovenfor falder i tre dele: En indledende del (kapitel I-V) med præsentation og afgrænsning af emnet, en analyserende del (kapitel VI-X) og en konkluderende del (kapitel XI og nærværende kapitel XII).

I *kapitel I* redegøres indledningsvis for undersøgelsens genstand – gældende dansk ret om støtteerklæringer, navnlig likviditetserklæringer – samt for dens plan og metode. Dernæst gives et rids af støtteerklæringernes historie. Endelig afgrænses afhandlingens emne i forhold til en række andre retlige fænomener, med hvilke det har berøringsflader: *letters of intent*, soliditetsoplysninger, kaution og garanti, bestyrelsesansvar samt ansvarsgennembrud.

I *kapitel II* beskrives først den juridiske og økonomiske baggrund for støtteerklæringerne med udgangspunkt i basale betragtninger om koncernret og koncernfinansiering. Dernæst undersøges de formål, der forfølges med erklæringer af denne type. Det konkluderes, at det primære formål er, at erklæringen skal tjene som kompromis mellem to uforenelige standpunkter – et kompromis, som kan siges at bestå i at skjule eller udskyde problemet. Der kan være mange sekundære formål med (motiver for) anvendelsen af støtteerklæringer, f.eks. forsøg på at undgå pligt til noteførsel, til at indhente valutatiladelser eller til at forelægge spørgsmålet for en højere instans. Afslutningsvis gøres nogle bemærkninger om støtteerklæringernes udbredelse.

1 Fordelen ved den punktmæssige opregning nedenfor i afsnit 2 vejer efter min vurdering tungere end den ulempe, som følger af, at der er en vis overlappning mellem afsnit 1 og 2.

I *kapitel III* beskrives kriterierne for en opdeling af udsagn i støtteerklæringer. De juridiske kriterier er løfter, oplysninger og rene hensigtserklæringer. Løfter forpligter afgiveren til at opfylde (eller til at betale opfyldelsesinteressen). Oplysninger, der er culpøst urigtige, kan påføre afgiveren erstatningsansvar. Rene hensigtserklæringer har som altovervejende hovedregel ingen retsvirkninger. Kapitlet afsluttes med en kritik af hidtidige systematiseringsbestræbelser og en beskrivelse af de kriterier, der anvendes i afhandlingen, nemlig en opdeling efter juridisk form (løfte, oplysning eller hensigtserklæring?) og efter emne (hvad siges der noget om?).

Kapitel IV indeholder en gennemgang af Årsregnskabslovens sontring mellem gæld, hensættelse og noteoplysning. Det konkluderes, at forpligtelser, der indebærer omtrent samme byrde for et moderselskab som en kautionforpligtelse, skal noteføres. Det antages, at der ikke i almindelighed påhviler kreditgiver en pligt til at påse, at en forpligtende erklæring noteføres. Afslutningsvis afvises – med forbehold for ekstreme tilfælde – at overtrædelse af Årsregnskabsloven kan medføre erklæringens ugyldighed efter DL 5-1-2.

I *kapitel V* gennemgås forskellige typer af støtteerklæringer: Kendskabserklæringer, ejerskabserklæringer, kontrolerklæringer, erklæringer om at udøve indflydelse, samhandelserklæringer, managementerklæringer, erklæringer om at ville søge en forhandlingsløsning og likviditetserklæringer. Afslutningsvis behandles i et selvstændigt afsnit erklæringer afgivet over for almenheden eller det pågældende datterselskab selv.

I *kapitel VI* gennemgås retsvirkningerne af en fuldt forpligtende likviditetserklæring (likviditetsforpligtelse). Det antages, at en sådan forpligtelse reelt er en garanti over for P for, at D bevarer sin betalingsevne (sml. fra fransk ret *obligation de resultat*). Spørgsmålene om naturalopfyldelse og erstatning i tilfælde af misligholdelse drøftes. Det påvises, at P ikke kan kræve naturalopfyldelse i overensstemmelse med erklæringens bogstavelige indhold: P kan ikke forlange, at M faktisk opretholder D's likviditet. P kan kun forlange at blive stillet, *som om* D's likviditet var opretholdt. Et krav om naturalopfyldelse indebærer herefter, at M må indfri D's restgæld til P. Såfremt M ikke opfylder *in natura*, foreligger der erstatningspådragende misligholdelse fra M's side. Desuden behandles ophørsgrundene, herunder opfyldelse og forældelse. Det konkluderes, at en likviditetsforpligtelse indebærer en byrde, som for afgiveren i alt væsentligt svarer til byrden ved en kautionforpligtelse.

Afhandlingens tyngdepunkt ligger i kapitel VII-XI.

I *kapitel VII* gennemgås ordlydens betydning. Det slås indledningsvis fast, at ordlyden har særdeles stor betydning for afgørelsen af løftespørgsmålet. Det antages, at de almindelige fortolkningsregler også finder anvendelse, når det skal afgøres, om et udsagn indeholder et løfte. Den følgende gennemgang af de almindelige fortolkningsregler hviler på en tredeling: (1) primære for-

tolkningsregler, d.v.s. fortolkningsregler, som almindeligvis hævdes at have forrang for ordlyden (f.eks. grundsætningen om *falsa demonstratio*); (2) sekundære fortolkningsregler, d.v.s. sproglige og juridiske regler om ordlydsfortolkning (f.eks. reglen om kontekstens betydning); (3) tertiære fortolkningsregler, d.v.s. fortolkningsregler, som skal anvendes, når ordlydsfortolkning ikke fører til noget (sikkert) resultat (f.eks. uklarhedsreglen). Det påvises, at de primære fortolkningsregler i virkeligheden ikke har forrang for ordlyden i tilfælde, hvor det er omstridt, hvad ordlyden fører til.

Løftespørgsmålet splittes op i to spørgsmål, dels spørgsmålet, om der er afgivet et signal om påtagelse af en forpligtelse, dels spørgsmålet om den bestemtthed, hvormed det er angivet, hvad denne forpligtelse i givet fald går ud på. Hvad angår løftesignal, antages det, at vendinger som "vi forpligter os til", "vi vil", "vi er indforstået med" normalt signalerer et løfte, mens vendinger som "vi er indstillede på", "vi agter at", "vi har til hensigt" ikke signalerer noget løfte. Hvad angår bestemtbedskravet, antages det, at nøgne udsagn om at ville "støtte", "bistå", "kontrollere" eller "udøve indflydelse på" D i almindelighed ikke er tilstrækkeligt bestemte til at være løfter. Det hævdes, at der er en sammenhæng mellem kravene om løftesignal og bestemtthed. Afslutningsvis drøftes betydningen af visse særlige klausuler, f.eks. om lovvalg, beløbs- eller tidsbegrænsning.

I kapitel VIII-X gennemgås betydningen af omstændighederne uden for ordlyden. For at bevare en vis oversigt er behandlingen opdelt således, at kapitel VIII omhandler momenter med tilknytning til afgiveren af erklæringen (typisk et moderselskab), kapitel IX momenter med tilknytning til modtageren af erklæringen (typisk et pengeinstitut) og kapitel X momenter med tilknytning til det i erklæringen omhandlede selskab (typisk et datterselskab).

I *kapitel VIII* drøftes indledningsvis betydningen af afgiverens status (f.eks. moderselskab eller udenforstående). Det antages, at jo mere professionel afgiveren er i henseende til at afgive likviditetserklæringer, desto mindre skal han gøre sig forhåbninger om, at domstolene vil være villige til at "bortfortolke" løfter. Det antages videre, at et moderselskab – alt andet lige – lettere forpligtes ved en erklæring end en minoritetsaktionær eller udenforstående. Dernæst undersøges, om – og i givet fald under hvilke omstændigheder – erklæringsgivers afvisning af at kautionere kan tillægges betydning. Det konkluderes, at afvisningen trækker i retning af det uforpligtende, men i reglen ikke i sig selv kan føre til et bestemt resultat. Endelig drøftes forskellige andre forhold i et afsluttende afsnit, således f.eks. fortilfælde, længden af forretningsforbindelsen mellem M og P, vitterlighedspåtegning og bestyrelsesbehandling.

I *kapitel IX* drøftes indledningsvis betydningen af modtagerens status (f.eks. pengeinstitut eller leverandør). Det antages, at jo mere professionel modtageren er i henseende til at tage imod likviditetserklæringer, desto mindre skal han gøre sig forhåbninger om, at domstolene vil være villige til at

“indfortolke” løfter. Dernæst underkastes indretningssynspunkter – kreditgivning i tillid til erklæringen – en nøjere undersøgelse. Det konkluderes, at indretningssynspunkter i almindelighed ikke kan hævdes at tale til fordel for pengeinstituttet. Videre drøftes betydningen af initiativet til erklæringen og erklæringens eventuelle karakter af en standardkontrakt samt betydningen af skriftligt materiale ved siden af erklæringen. Graden af nærhed mellem modtageren og datterselskabet omtales i et særskilt afsnit. Afslutningsvis behandles betydningen af modtagerens egen opfattelse for løftespørgsmålet. Det antages, at modtagerens – ikke-udtalte – opfattelse er af betydning, såfremt den gik ud på, at erklæringen ikke var bindende.

I *kapitel X* omtales indledningsvis betydningen af koncernrelationen mellem moder- og datterselskab. Dernæst drøftes forskellige forhold vedrørende datterselskabets kreditoptagelse (gæld i forhold til egenkapital, renteforskel, ny eller gammel gæld m.v.). Endelig undersøges, om aktualiseringsgrunden kan have særlig betydning.

I *kapitel XI* gøres først nogle bemærkninger om det enten-eller, der foreligger i sager om likviditetserklæringer. Dernæst drøftes, om der kan opstilles en formodningsregel i den ene eller den anden retning. Det i *kapitel II* fremhævede synspunkt, hvorefter likviditetserklæringen tjener som kompromis, uddybes i det følgende afsnit.

Herefter tages forskellige mellemløsninger op til diskussion. Selv om løftespørgsmålet som sådan er et enten-eller, antages det, at en række mellemløsninger er mulige efter gældende ret. Den mellemløsning, der består i antagelsen af en bestræbelsesforpligtelse, findes at være den bedst egnede mellemløsning (sml. fra fransk ret *obligation de moyen*). Det hævdes, at mellemløsningen – i det omfang den måtte blive anvendt i retspraksis – vil gøre større indhug i det område, hvor der hidtil er sket domfældelse af M, end i det område, hvor der hidtil er sket frifindelse af M.

I et særskilt afsnit drøftes forholdet mellem sådanne mellemløsninger og Årsregnskabsloven.

De fremsatte synspunkter sammenfattes i det afsluttende afsnit.

2. Fremstillingens hovedresultater

Sigtet med fremstillingen har primært været at belyse det grundlæggende spørgsmål, som anvendelsen af støtteerklæringer – navnlig likviditetserklæringer – giver anledning til, nemlig *løftespørgsmålet*: Indeholder erklæringen et løfte til kreditgiver om, at M vil forsyne D med kapital?

Forud for denne undersøgelse har det været nødvendigt at drøfte visse grundlæggende, metodiske spørgsmål. Hovedresultaterne af disse drøftelser gennemgås nedenfor i afsnit 2.1.

I afsnit 2.2 omtales dernæst hovedresultaterne af undersøgelsen vedrørende løftespørgsmålet.

Endelig beskrives i afsnit 2.3 resultaterne af visse detailundersøgelser, f.eks. vedrørende den regnskabsmæssige behandling af støtteerklæringer.

De nedenfor angivne resultater har alle karakter af “alt andet lige”-udsagn og fremtræder undertiden i en voldsomt generaliserende form. Efter min opfattelse rummer denne fremstillingsform den fordel, at læserens *overblik* lettes, men den indebærer også den ulempe, at resultaterne kan komme til at fremstå som *mere sikre, end de er*. Dette bør man holde sig for øje ved læsningen – hvilket der til stadighed mindes om gennem henvisninger til de mere nuancerede drøftelser i de foregående kapitler.

2.1. Hovedresultater af metodiske undersøgelser

Resultaterne af de grundlæggende, metodiske undersøgelser kan sammenfattes i følgende sætninger:

- 1) *De retligt relevante grundkategorier er løfter, oplysninger og rene hensigtserklæringer.*² Andre sondringer – så som sondringer mellem subjektive, objektive fakta og udtalelser om fremtiden eller mellem stærke og svage forventningsgrundlag – er uden selvstændigt indhold. I bedste fald kan de siges at udgøre en omskrivning af sondringen mellem løfter, oplysninger og hensigtserklæringer.
- 2) *I almindelighed kan man sige, at enten har et givet udsagn løftevirkning – og da er det et løfte – eller også har det ingen løftevirkning – og da er det ikke noget løfte.*³ Løftevirkninger kan imidlertid komme på tale, selv om der ikke foreligger et udsagn, og man taler da om “løfteforpligtende adfærd”. De tilfælde, der falder ind under denne betegnelse, adskiller sig markant fra støtteerklæringerne, som ligger som en øde ø mellem parterne.
- 3) *Et løfte kan være mere eller mindre byrdefuldt – eller “stærkt”, om man vil.*⁴ En anfordringsgaranti er en tungere byrde for den forpligtede end en selvskyldnerkaution, der atter er mere byrdefuld end en simpel kaution og så fremdeles. Mens alle løfter *forpligter*, kan der altså være stor forskel på, *hvad* de forpligter til.
- 4) *For at der kan være tale om et løfte, må der være lovet (1) noget (2).*⁵ Der skal altså foreligge
 - 1) et *løftesignal* (en tilkendegiven beslutning om at forpligte sig)
 - 2) en *vis bestemthed* (klarhed over, hvad der loves, og under hvilke nærmere betingelser ydelse loves).

2 Jfr. ovenfor i kapitel III, særlig i afsnit 2.2.

3 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 og 1.1.2.

4 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 2.2.

5 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 og i kapitel VII, afsnit 3 og 4.

- 5) *Sammenhængen mellem løftesignal og bestemthed er komplementær.*⁶ Et særlig klart løftesignal lempet kravene til bestemthed af det, der lovet. En særlig klar tilkendegivelse af fremtidig adfærd lempet kravene til løftesignalet.
- 6) *Jo mere byrdefuldt det vil være for afgiveren, hvis hans udsagn anses for et løfte, desto større klarhed må man i almindelighed kræve i henseende til løftesignal og bestemthed.*⁷ Hverken kravet om løftesignal eller bestemthed er altså på forhånd givne størrelser, men varierer tværtimod efter forholdene.
- 7) *Når det skal afgøres, om der foreligger et løfte eller ej, har ordlyden betydelig vægt.*⁸ Ved fortolkningen af ordlyden må almindelige fortolkningsregler anvendes.
- 8) *Ordlyden kan ikke stå alene. Den må altid læses og fortolkes i lyset af hele aftalesituationen.*⁹ Omstændighederne uden for ordlyden kan føre til at antage et løfte, skønt ordlyden ikke tyder på – eller endog taler direkte imod – et sådant. I stedet for at spørge, om et udsagn *er et løfte*, kunne man derfor spørge, om udsagnet *skal tillægges løftevirkning*. Med denne terminologi risikerer man imidlertid, at fortolkning bliver til frihåndstegning, hvor snart sagt ethvert udsagn – være det nok så vagt og ubestemt – bliver tillagt løftevirkning.
- 9) *Hverken en oplysning eller en ren hensigtserklæring er en retshandel.*¹⁰ En oplysning medfører ingen forpligtelse til at opfylde. Hvor oplysningen er culpøst urigtig, vil afgiveren i reglen være pligtig at erstatte det tab, som måtte være lidt i tillid til oplysningen. En ren hensigtserklæring er alene en udtalelse om afgiverens intentioner i erklæringsøjeblikket og medfører som hovedregel ingen retsvirkninger overhovedet.
- 10) *Forskellen på løfter og oplysninger er af grundlæggende betydning.*¹¹ I begge tilfælde kan erstatningsansvar komme på tale, og undertiden vil der ikke være nogen beløbsmæssig forskel på erstatningens størrelse. Betingelserne for at pålægge erstatningsansvar er imidlertid helt forskellige. Det er derfor helt centralt at konstatere, om et givet udsagn er et løfte eller en oplysning. I den forbindelse bemærkes, at et udsagn, der umiddelbart ser ud til at være en oplysning, kan være et løfte – og omvendt.

6 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 5.

7 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.1 og i kapitel VII, afsnit 3.

8 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1 og kapitel VII, afsnit 1.

9 Jfr. bl.a. ovenfor i indledningen til kapitel VII.

10 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2 og 1.3.

11 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2.2 og 1.2.3.

- 11) *Der gælder ikke samme bestemthedskrav til indholdet af en oplysning som til indholdet af et løfte.*¹² Hvis det af oplysningen fremgår, hvad oplysningen drejer sig om, har formuleringen ofte kun mindre betydning: Mens et løfte forpligter til opfyldelse af det, der siges, kan ansvar for en urigtig oplysning skyldes det, der forties.
- 12) *Såkaldt berettigede forventninger spiller en rolle ikke blot ved løfter, men også ved oplysninger.*¹³

Det har længe stået fast i dansk ret, at fortolkningen af et løfte bestemmes af modtagerens berettigede forventninger i lyset af samtlige omstændigheder – ikke af afgiverens vilje.¹⁴ Ordet “berettigede” er vigtigt: Modtagerens subjektive forventninger er lige så uinteressante som afgiverens subjektive vilje. Afgørende er, hvorledes en almindelig, fornuftig person i modtagerens sted ville opfatte løftet. Synsmåden er således *objektiv*.

På samme måde må der anlægges et objektivt syn på, hvad modtageren af en oplysning kan indlægge heri. *Om en person kan få erstatning for et tab, han har lidt ved at stole på en urigtig oplysning, afhænger grundlæggende af, om det var berettiget, at han handlede – eventuelt udelukkende – i tillid til oplysningen.*

- 13) *Det er en logisk fejlslutning at hævde, at når et løfte skaber tillid, må eksistensen af tillid tale for, at der foreligger et løfte.*¹⁵ Også en oplysning skaber tillid: Erstatningen for en urigtig oplysning beregnes netop som det tab, modtageren har lidt ved at stole på oplysningen. Også en ren hensigtserklæring skaber tillid: P regner med, at M *faktisk* vil leve op til hensigtserklæringen, uanset om M er *retligt* forpligtet hertil eller ej.
- 14) *Rene hensigtserklæringer adskiller sig så fundamentalt fra løfter og oplysninger, at de må behandles som en særlig kategori af udsagn.*¹⁶ Dette gælder, selv om et udsagn om den erklærendes intentioner i erklæringsøjeblikket i en vis forstand kan siges at være en oplysning. I praksis har en ren hensigtserklæring som altovervejende hovedregel ingen retsvirkninger overhovedet.

12 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.2.1.

13 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.1.2 og 1.2.2.

14 Se hertil punkt (8) ovenfor.

15 Jfr. ovenfor i kapitel IX, afsnit 2.

16 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.1.

- 15) *Grænsen mellem løfter og hensigtserklæringer er i alt væsentligt sammenfaldende med grænsen mellem forpligtende og ikke-forpligtende udsagn.*¹⁷ Det er imidlertid ikke logisk umuligt, at en hensigtserklæring indeholder løfter “nedenunder” den tilkendegivne hensigt. Eksempelvis kunne man forestille sig, at en tilkendegiven *hensigt om at tilføre D midler* kunne indeholde et implicit *løfte om ikke at berøve D midler* gennem udbyttebetalinger el. lign. Der må dog kræves særlige holdepunkter for at antage, at en hensigtserklæring indeholder et implicit løfte om noget mindre.

2.2. Hovedresultater vedrørende løftespørgsmålet

Undersøgelserne af løftespørgsmålet vedrørende likviditetserklæringer kan gennemgående ikke siges at være mundet ud i et *positivt* resultat i den forstand, at der er udpeget en række sikre holdepunkter for, hvornår en likviditetserklæring er forpligtende, og hvornår den ikke er det. Snarere er resultatet af undersøgelserne overvejende *negativt*: En række forhold, der sædvanligvis fremhæves som talende for den ene eller anden løsning, har – hævdes det – i virkeligheden ikke nogen særlig vægt. Forinden disse negative resultater omtales nærmere, skal dog først enkelte positive resultater fremholdes:

- 1) *Når det skal afgøres, om en støtteerklæring indeholder et løfte eller ej, har ordlyden ganske særlig vægt.*¹⁸ Problemet er imidlertid, at ordlyden i reglen befinder sig i den grå zone mellem løfte og hensigtserklæring, altså er *tvetydig*, hvad angår løftesignal, eller *ubestemt*, hvad angår indhold.
- 2) *Jo klarere ordlyden peger i én bestemt retning – forpligtende eller uforpligtende – desto større vægt har den.*¹⁹ Hvis ordlyden – mere eller mindre klart – leder til et givet resultat, skal der fremføres langt bedre grunde for at “vælte” en klar ordlyd end en noget uklar ordlyd.
- 3) *Hver part må som udgangspunkt selv bære risikoen for en fejlbedømmelse af erklæringens virkelige indhold.*²⁰ Der er ikke grundlag for generelt at pålægge den ene part en klargøringspligt, da begge parter

17 Jfr. ovenfor i kapitel III, afsnit 1.3.1. – Der tænkes på udsagn, hvor noget fremtidigt stilles i udsigt. Oplysninger angår noget nutidigt, og hvis de er rigtige, bliver afgiveren ikke forpligtet i nogen henseende.

18 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 1.

19 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 5.

20 Jfr. ovenfor i kapitel II, afsnit 2.1, kapitel VI, afsnit 6 og kapitel VIII, afsnit 2.

typisk spiller om risikoen. Under alle omstændigheder ligger støtteerklæringen som en øde ø mellem parterne.²¹

- 4) *I jo højere grad en part er professionel i henseende til at afgive eller modtage likviditetserklæringer, i desto højere grad "fanges" han af ordlyden.*²² En professionel afgiver skal således ikke gøre sig forhåbninger om, at domstolene vil finde en efter ordlyden forpligtende erklæring uforpligtende, blot fordi afgiveren antog, at han ikke havde forpligtet sig, og at modtageren havde indset dette. En professionel modtager skal ikke gøre sig forhåbninger om, at domstolene vil finde en efter ordlyden uforpligtende erklæring forpligtende, blot fordi modtageren antog, at afgiveren var forpligtet, og bevilgede en kredit i tillid hertil.

Nært forbundet med graden af parternes *professionalisme* er graden af deres *bevidsthed* om, at de begiver sig ud i den grå zone. Jo mere bevidst de har været herom, desto mindre skal de regne med domstolenes "nåde".

- 5) *Ved afgørelsen af løftespørgsmålet kan – og skal – der tages hensyn til omstændigheder, som tyder på, at den ene part kan have vildledt den anden.*²³ Navnlig bør man være opmærksom på risikoen for vildledning fra pengeinstitutternes side.
- 6) *For støtteerklæringer gælder de almindelige løftebetingelser.*²⁴ Det økonomiske interessefællesskab mellem M og D indebærer som udgangspunkt, at M snarere end andre kan komme til at hæfte for D's gæld, f.eks. ved ikke at gøre det klart, at det er D og ikke M, der er aftalepart,²⁵ eller ved passivitet. Der kræves derfor formentlig også mindre, før der foreligger et løfte fra M end fra andre. Dette forhold modsvares imidlertid af typebaggrunden for støtteerklæringen, nemlig M's afvisning af at kautionere.²⁶
- 7) *Ved fortolkningen af støtteerklæringer må almindelige fortolkningsregler anvendes.*²⁷ Problemet er, at de almindelige, sproglige og juridiske fortolkningsregler sjældent vil lede til et sikkert resultat.

21 Jfr. punkt (2) ovenfor i afsnit 2.1. – Det anførte accept af risiko-synspunkt udelukker, at den ene part generelt pålægges *hele* risikoen, ikke at ansvaret konkret *deles*. Accept af risiko-synspunktet er altså ikke et argument *imod* mellemløsninger, men tværtimod et argument *for* sådanne løsninger: Når begge parter har accepteret den fulde risiko, kan det være nærliggende at dele den i et eller andet omfang. Se hertil nedenfor i afsnit 3.

22 Jfr. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 1 og kapitel IX, afsnit 1.

23 Jfr. ovenfor i kapitel X, afsnit 4. – Se også kapitel IX, afsnit 2 om særlige tilfælde, hvor P har en berettiget forventning. – Dette punkt skal i øvrigt navnlig ses i sammenhæng med punktet om *professionalisme* og *bevidsthed* (punkt (4) ovenfor).

24 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 3-5.

25 Hvor støtteerklæringer anvendes, er det – som omtalt i kapitel I, afsnit 3.5 – på det rene, at kun D hæfter over for P, medmindre erklæringen indeholder et relevant løfte fra M.

26 Jfr. punkt (11) nedenfor.

27 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.

- 8) *Som udgangspunkt kan hverken uklarhedsreglen eller minimumsreglen finde anvendelse ved fortolkningen af støtteerklæringer.*²⁸ Formuleringen er som regel et resultat af begge parterets indsats, således at den ene ikke har affattet erklæringen mere end den anden. En særlig pligt til at skabe klarhed kan ikke pålægges M. Det er P, der i givet fald vil støttere på erklæringen, og det er derfor lige så nærliggende at kræve, at P skal sørge for klarhed. Da erklæringen indgår i et trepartsforhold på samme måde som en kautionserklæring, kan den lige så lidt som en sådan udlægges på den for afgiveren mindst byrdefulde måde.
- 9) *Ordlyden må fortolkes i lyset af hele aftalesituationen.*²⁹ Hvor ordlydens tvetydighed selv ikke ved nøje fortolkning lader sig eliminere, må aftalesituationen antages at spille en særlig stor rolle.
- 10) *Der må foretages en samlet afvejning af ordlyd og omstændigheder i øvrigt.*³⁰ Næppe nogen omstændigheder uden for ordlyden kan isoleret afgøre fortolkningen. Derimod må mange spille ind i større eller mindre grad. Hvor omstændighederne uden for ordlyden trækker i samme retning som ordlyden, er afgørelsen ikke vanskelig. Anderledes, hvor ordlyden er tvetydig, og nogle omstændigheder trækker i én retning, andre i den modsatte. I så fald må man regelmæssigt falde tilbage på, at *en tvetydighed, som ikke lader sig eliminere, indebærer en sådan ubestemthed, at et løfte ikke kan antages.*³¹

Herved er vi nået til de overvejende negative resultater:

- 11) *Det kan ikke i almindelighed være enefølgende for afgørelsen af forpligtelsesspørgsmålet, om M har afvist at kautionere.*³² En sådan afvisning hører til typebaggrunden for støtteerklæringen: Den ville jo aldrig komme på tale, hvis ikke M afviste at kautionere, og P ikke til gengæld forlangte, at der skulle udarbejdes "et stykke papir".

Hvilken betydning der kan tilkomme afvisningen af at kautionere, må i øvrigt navnlig afhænge af, hvor klart forpligtende erklæringen er efter sin ordlyd. I den forbindelse må det også spille ind, hvor skarp afvisningen af at kautionere må antages at have været.³³

Som udgangspunkt må afvisningen skabe en formodning imod en for-

28 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.3.

29 Jfr. bl.a. ovenfor i indledningen til kapitel VII.

30 Jfr. ovenfor i kapitel VII-X.

31 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 5.

32 Jfr. ovenfor i kapitel VIII, afsnit 2.

33 Se i øvrigt punkt (6) ovenfor, hvor det anføres, at løftebetingelserne i almindelighed ikke kan lempes under henvisning til *interessesfællesskabet mellem M og D*, da betydningen heraf i reglen bliver elimineret af *M's afvisning af at kautionere* for D.

pligtelse, som pålægger M (næsten) samme byrde som en kautionsforpligtelse.³⁴

- 12) *Det kan ikke hævdes, at formålet med støtteerklæringen er at give P en eller anden form for sikkerhed.³⁵* Erklæringen skal tjene som *kompromis*. Formålet er at undgå, at spørgsmålet om kaution fra M – som parterne ikke kan blive enige om – hindrer låneaftalen mellem P og D. Formålet er at udskyde problemet – og eventuelt at skjule det for modparten eller endog én selv.
- 13) *Det kan ikke hævdes, at P har en “berettiget forventning” om, at erklæringen er bindende for M,³⁶* eller at P’s udbetaling af kreditten sker “i tillid til” erklæringen. M kan nok indse, at P *håber på* – men ikke, at P *regner med* – at erklæringen er bindende. Med det billedlige udtryk, som allerede er anvendt et par gange, kan erklæringen siges at ligge som en øde ø mellem parterne. M’s viden eller burde-viden om P’s opfattelse kan derfor ikke være mere afgørende end P’s viden eller burde-viden om M’s opfattelse. Heri ligger også en afvisning af, at *indretningssynspunkter* skulle tale for at tillægge erklæringen retsvirkninger. Man kunne lige så vel hævde, at når lånet er udbetalt, indretter M sig på, at det ikke hæfter. Afgørende er, at indretningssynspunkter ikke kan have nogen vægt, når handlingen (udbetalingen af lånet) er en éngangsforestilling, og – navnlig – når P accepterer risikoen ved at “indrette” sig på så usikker grund, som tilfældet er.
- 14) *Hvad angår D, har især de økonomiske forhold – graden af afhængighed af M – interesse.³⁷* Det må dog også spille ind, om der er tale om *gammel gæld*, og om der er stillet sikkerhed for gælden i form af *pant og kaution*. I denne sammenhæng erindres der om, at likviditetserklæringen fra M er et led i *kreditvilkårene* i forholdet mellem P og D, jfr. punkt (8) ovenfor. Et forhold som *rentefod* for kreditten kan derfor under særlige omstændigheder give et fingerpeg om den rette fortolkning af erklæringen.

Afslutningsvis skal nogle vigtige pointer vedrørende løftespørgsmålet fremhæves:

34 Jfr. ovenfor i kapitel VI, afsnit 6. – Sml. også punkt (16) nedenfor. – Dette resultat er for så vidt “positivt” – ikke “negativt” – men er for sammenhængens skyld anført her. – Det er næppe hensigtsmæssigt at kalde udsagnet for en “formodningsregel”, jfr. ovenfor i kapitel XI med note 24.

35 Jfr. ovenfor i kapitel VII, afsnit 2.2.2.

36 Jfr. ovenfor i kapitel IX, afsnit 2.

37 Jfr. ovenfor i kapitel X, afsnit 1.

- 15) *Der kan ikke siges at gælde nogen formodning for eller imod løftevirkning i det hele taget.*³⁸ Variationsmulighederne med hensyn til ordlyd og omstændigheder er så betydelige, at man på forhånd må nære en betydelig skepsis mod en så generel formodning.

Den omstændighed, at M som følge af erklæringen – alt andet lige – lettere ifalder erstatningsansvar over for P, kan man dog vælge at anskue som en *sporadisk løftevirkning*. I så fald har vel de fleste likviditetserklæringer løftevirkning – men den vil kun vise sig i ganske få, særegne tilfælde.

- 16) *Det har formodningen imod sig, at M har påtaget sig en byrde, som svarer til byrden ved en (tabs)kautionsforpligtelse.*³⁹ Det savner fornuftig mening, at M først afviser kaution for derefter at påtage sig en forpligtelse, som er lige så byrdefuld. Det bemærkes, at det forekommer, at et moderselskab optræder på denne meningsløse måde – og i så fald bliver det naturligvis forpligtet, medmindre den meningsløse optræden grunder sig på en opfattelse, som P har bibragt M.
- 17) *Det har ikke formodningen imod sig, at erklæringen slet ikke er forpligtende for M.*⁴⁰ En ren hensigtserklæring savner ikke – på samme måde som en quasi-kautionsforpligtelse – mening. Der synes nemlig at blive tillagt hensigtserklæringer vægt på trods af deres manglende retlige kvalitet. Om det er fornuftigt eller ufornuftigt at stole på sådanne erklæringer, er i denne sammenhæng uinteressant. Afgørende er, at det faktisk sker i et vist omfang.
- 18) *Valget mellem et quasi-kautionsløfte eller intet løfte overhovedet forekommer i visse situationer utilfredsstillende, og mellemløsninger må overvejes.*⁴¹ Herom henvises nærmere til kapitel XI ovenfor.

2.3. Øvrige resultater

Afhandlingens hovedresultater er gengivet i afsnit 2.1 og 2.2 ovenfor. I dette afsnit skal enkelte andre resultater ridses op.

2.3.1. Terminologi

Det har for det første været vigtigt at få fastslået termen *støtteerklæring* som overbegræb. Ordet hensigtserklæring er alt for bredt og bør ikke anvendes om

38 Jfr. ovenfor i kapitel XI, afsnit 2.

39 Jfr. ovenfor i kapitel VI, afsnit 6 og kapitel XI, afsnit 3. – Det fremhæves atter, at udsagnet ikke er en "formodningsregel". Om man vil, kan man kalde det for en *retningslinie* for fortolkningen.

40 Jfr. ovenfor i kapitel II, afsnit 2.1 og kapitel XI, afsnit 3.

41 Jfr. ovenfor i kapitel XI, afsnit 4.

denne type erklæring. Engelske ord som *letters of comfort* kan i sig selv være udmærkede, men der kan være grund til at opponere mod udenlandske betegnelser, hvor disse ikke er absolut påkrævede.

For det andet opererer afhandlingen med en hel række *betegnelser for de delerklæringer*, som en støtteerklæring består af, f.eks. kendskabserklæringer, ejerskabserklæringer og likviditetserklæringer. Disse termer blev introduceret i min artikel i Revisionsorientering nr. 66 (1992) og søges nu slået fast. Formålet er, at der kan gives en nogenlunde klar beskrivelse af indholdet af en støtteerklæring med relativt få ord. I øvrigt bundler megen uklarhed om stærke og svage erklæringer i virkeligheden i, at nogle erklæringer udtaler sig om ét emne, andre om et andet og atter andre om et tredje. Sammenligninger herimellem forekommer imidlertid ret ørkesløse.

Som term er "likviditetserklæring" valgt i mangel af bedre udtryk. Under denne betegnelse sammenfattes erklæringer, som på en eller anden måde stiller i udsigt, at M vil forsyne D med kapital til opretholdelse af likviditeten, solvensen eller egenkapitalen. Hvis likviditetserklæringen indeholder et fuldt bindende (dvs. resultatforpligtende) løfte herom, kaldes den en likviditetsforpligtelse.

2.3.2. Støtteerklæringer og årsregnskaber

Hvad angår støtteerklæringer, spiller regnskabsretten en væsentlig rolle i forskellige sammenhænge.

For det første er baggrunden for anvendelsen af støtteerklæringer ofte, at M tror – eller bringes til at tro – at en støtteerklæring ikke skal noteføres. Det er imidlertid klart, at pligten til noteførsel kun undgås, hvis erklæringen ikke påfører M en byrde, som (tilnærmelsesvis) svarer til byrden ved en kautionsforpligtelse.

For det andet kan man herefter spørge, om en likviditetserklæring, som hverken er klart forpligtende eller klart uforpligtende, skal noteføres under alle omstændigheder. I afhandlingen afvises det, at noteførsel skal ske ved enhver tvivl. Kun hvor det forekommer overvejende sandsynligt, at erklæringen er forpligtende, skal noteførsel ske. Selv om dette resultat måske ikke forekommer utvivlsomt, må det foretrækkes for noteførsel ved enhver rimelig tvivl, i hvilken forbindelse det må erindres, at stedfunden noteførsel undertiden anføres som et argument for at anse M for forpligtet.

For det tredje foreligger ofte den situation, at en erklæring, som burde være noteført, faktisk ikke er blevet det. Den manglende noteførsel kan tænkes at have forskellige virkninger: Ugyldighed, "ugyldighed" i konkurs, fortolkningsmoment imod ulovlige resultater eller fortolkningsmoment imod en passiv erklæringsmodtager. Det afvises, at manglende noteførsel skulle medføre generel ugyldighed, men muligheden for – i ekstreme tilfælde – at tilsidesætte ikke-noteførte erklæringer holdes åben, navnlig fordi en sådan løsning fore-

kommer mere hensigtsmæssig end at pålægge *kreditgiver* erstatningsansvar for medvirken til “regnskabssvig”. Endelig afvises det, at manglende noteførsel skulle have fortolkningsmæssig betydning.

For det fjerde er det nødvendigt at tage stilling til, hvilke delerklæringer – kendskabserklæringer, ejerskabserklæringer, kontrollerklæringer m.v. – der skal noteføres. Dette spørgsmål er behandlet ovenfor i kapitel V i tilknytning til de enkelte delerklæringer.

3. Indblik – aftaleret og selskabsret

Støtteerklæringen befinder sig i grænselandet mellem aftale- og selskabsretten. Noget forenklet kan man sige, at det ved fortolkningen af støtteerklæringer drejer sig om at finde en rimelig balance mellem opretholdelse af sædvanlige aftaleretlige krav og hensyntagen til særlige selskabsretlige synsmåder.

Mellem et moderselskab og dettes helejede datterselskab består et stærkt interessefællesskab. Denne “nærhed” medfører f.eks., at der stilles strengere krav til rigtigheden, herunder fuldstændigheden, af oplysninger fra M om D,⁴² at passivitet fra M’s side tillægges større betydning end ellers, og at der *kan* underforstås løfter i et udsagn fra M, selv om det for en sproglig betragtning alene indeholder en hensigtserklæring.

Fremkommer et moderselskab med udsagn om sit datterselskab, kan moderselskabet således i almindelighed lettere blive forpligtet som giver af et løfte og lettere blive erstatningsansvarlig som giver af en urigtig oplysning. Typebaggrunden for støtteerklæringerne er imidlertid stedse, at M nægter at kautionere for D. Vi står altså med et pengeinstitut, der véd, at forpligtelsen som udgangspunkt kun påhviler D, og at det gælder om at få en eller anden form for indeståelse fra M. Uanset om man *i andre tilfælde* kan lempe løftebetingelserne eller skærpe reklamationspligter, må det *for likviditetserklæringernes vedkommende* være klart, at de sædvanlige løftebetingelser skal fastholdes fuldt ud vedrørende *hovedspørgsmålet – har M afgivet (noget, der svarer til) en indeståelse for D?*

Spørgsmålet, om der foreligger et løfte om indeståelse, er et enten-eller. Der kan ikke i mere eller mindre grad foreligge et sådant løfte. Noget andet er, at løftets indhold kan være mere eller mindre stærkt: Indeståelsen kan f.eks. være begrænset til et vist beløb eller et vist tidsrum, eller den kan have forskellige former (anfordringsgaranti, selvskylderkaution, simpel kaution eller tabskaution).

⁴² Det mærkes, at der kun er grund til at behandle M strengere end andre, hvad angår *oplysninger om D*.

Det anførte enten-eller mellem indeståelse eller ej er utilfredsstillende i sager, der ligger "på kanten". Her vil det være mere nærliggende at dele risikoen fremfor at lade den ene part bære den alene.

I de fleste tilfælde anvender parterne formentlig støtteerklæringen (likviditetserklæringen) med åbne øjne for den risiko, som erklæringen indebærer.

Det forekommer dog ikke helt sjældent, at grunden til, at M har afgivet en erklæring, som efter sin ordlyd indeholder en likviditetsforpligtelse, er, at M i et eller andet omfang er blevet vildledt af P. Det forekommer også – men formentlig langt mindre hyppigt – at P i et eller andet omfang er blevet vildledt af M, f.eks. på grund af M's ledsagende udsagn til en erklæring, som efter ordlyden er tæt på at være forpligtende uden dog at være det.

Begge parter accept af risiko kan i sig selv være et argument for mellem-løsninger. Måske er mellem-løsninger ligefrem *særligt indicerede*, hvor der er en mistanke om, at en form for vildledning har fundet sted, uanset at der ikke er ført sædvanligt bevis herfor.

En sådan deleløsning kan umiddelbart synes at stride mod det fundamentale aftaleretlige udgangspunkt: Enten er der et løfte, eller også er der ikke.

Også i aftaleretten kendes imidlertid mellem-løsninger: Ikke alle løfter er lige bindende. I nogle tilfælde er der en lovhjemlet ret til at fortryde løftet. I andre tilfælde er der en videre adgang til tilbagekaldelse af eller tilbage-træden fra et løfte end ellers – således f.eks. ved gaveløfter. I atter andre tilfælde vil løftegiver kunne træde tilbage fra løftet – eventuelt mod at godtgøre løftemodtager den negative kontraktsinteresse. Undertiden kan løftegivers forpligtelse lempes, f.eks. i medfør af Aftl. § 36 eller forudsætningslæren. I et overordnet perspektiv kan også den adgang, der regelmæssigt er til at afbestille naturalopfyldelse mod at betale positiv opfyldelsesinteresse, siges at være udtryk for, at ikke alle løfter er fuldt ud bindende.

I erstatningsretten er mellem-løsninger mere udbredte end i aftaleretten. Det er bemærkelsesværdigt, at det historiske udgangspunkt i medfør af den romerretlige *compensatio culpa*-regel var en enten-eller-løsning, og at denne løsning først blev forladt så sent som omkring Første Verdenskrig.

Erstatningsretlige synspunkter er ikke fremmede for aftaleretten. Dette kan bl.a. erkendes ud fra aftaleretlige grundsætninger om klargøringspligt, *culpa in contrahendo*, fremkaldelse af vildfarelse samt læren om urigtige og bristede forudsætninger.

Ved likviditetserklæringer er forholdet ofte det, at M afgiver en erklæring, som M ordentligvis ikke burde have afgivet, og at P accepterer en erklæring, som P ikke burde have taget imod: M kunne lade være med at afgive en erklæring, som i en eller anden udstrækning foregøgler P en sikkerhed; P kunne afvise at tage imod erklæringen og skabe klarhed ved at insistere på en kautionserklæring. Når begge parter således har optrådt på en måde, som kan bebrejdes dem, bør en mellem-løsning ikke være udelukket.

Det må dog erkendes, at “baggrundsretten” ikke ligefrem indbyder til mellem-løsninger, og det er derfor muligt, at en sådan ikke vil blive antaget uden særlige holdepunkter.⁴³

Uden anerkendelse af mellemløsninger må frifindelse af M sikkert være den praktiske hovedregel ved likviditetserklæringer, som ikke findes at indeholde et *klart og ubetinget løfte*.⁴⁴ M har (næsten altid) afvist at kautionere; P tager (næsten altid) initiativet til erklæringens udfærdigelse; det er P, som vil støtte ret på erklæringen; uklarhed trækker i retning af det uforpligtende.

Selv med anerkendelse af mellemløsninger vil den praktiske hovedregel for de nævnte tilfælde sikkert være frifindelse af M. Grunden til frifindelsen vil dog i så fald kunne være en ganske anden, end at M ikke har *affgivet* noget løfte, nemlig at M har *opfyldt* sit løfte om at udfolde rimelige bestræbelser for at redde D.

Den mellemløsning, der forekommer mest nærliggende, er at antage, at M har påtaget sig en *bestræbelsesforpligtelse*. Denne antagelse strider ikke mod aftaleretlige principper: Både forpligtelser til at *stå inde for* og til at *bestræbe sig på* opnåelsen af et resultat påtages ved løfter. Antagelsen strider derimod i nogen grad mod sund fornuft: Normalt vil ingen udlåne en sum penge mod en forsikring fra en trediemand om, at han vil udfolde rimelige bestræbelser på at opretholde skyldnerens betalingsevne.

Som påvist ovenfor i kapitel XI, afsnit 4.3.4 er det imidlertid hverken logisk eller juridisk umuligt at antage en bestræbelsesforpligtelse gående ud på, at M vil holde økonomisk liv i D. Den nærmere fastlæggelse af omfanget af en sådan bestræbelsesforpligtelse må bl.a. foretages under anvendelse af *selskabsretlige synsmåder*: Hvor stærk var M's indflydelse? Hvor stor var D's afhængighed? Har M sørget for en forsvarlig tilrettelæggelse af driften i D? I hvilket omfang har M ydet økonomisk bistand til D? Har M tværtimod fået udbetalt provenu ved kapitalnedsættelse? Har M modtaget udbytte fra D også efter de første krisetegn? Har M beregnet sig betydelige interne avancer?⁴⁵

En mellemløsning – f.eks. antagelse af en bestræbelsesforpligtelse – er ikke i sig selv særligt ønskværdig, men den kan være den *mindst dårlige løsning* på en uløselig situation. Kun fremtiden kan vise, om mellemløsninger kan finde anvendelse – og da i hvilke situationer. Det er mit gæt, at mellemløsninger i givet fald vil gøre et større indhug i det område, hvor M hidtil er blevet dømt som quasi-kautionist, end i det område, hvor M hidtil er blevet pure frifundet.

43 Såfremt erklæringen indeholder udtrykket “bestræbe os på”, forekommer holdepunktet særdeles klart.

44 Sml. præmisserne i U 1994.470 H.

45 Mange andre spørgsmål kunne stilles, men de anførte er tilstrækkelige til at anskueliggøre tankegangen.

4. Udblik – støtteerklæringernes fremtid

4.1. Støtteerklæringernes fremtid – idealbilledet

Det er svært at spå om fremtiden – også for støtteerklæringernes vedkommende. Man kan håbe på, at de mest tvivlsomme typer vil gå af brug i takt med, at der i erhvervslivet – navnlig hos pengeinstitutterne – opnås tilstrækkelige erfaringer med deres brug. Der er f.eks. ikke noget reelt behov for følgende typer, som bør gå af brug, så snart pengeinstitutter og moderselskaber besinder sig på, hvad der tjener deres interesser bedst:

- 1) Likviditetsforpligtelser, fordi M herved reelt påtager sig samme byrde som ved (tabs)kaution.
- 2) Uklare likviditetserklæringer, fordi et enten-eller er helt utilfredsstillende, og fordi en mellemløsning heller ikke er attraktiv for nogen af parterne. Muligheden for og omfanget af en bestræbelsesforpligtelse vil være behæftet med usikkerhed i lang tid endnu. Derimod giver alle mulige afskygninger af kaution – herunder tids- og beløbsbegrænset – parterne mulighed for at vælge en fornuftig mellemløsning *på forhånd* (i stedet for at overlade den til en domstols *efterfølgende* afgørelse).

En række rene typer af støtteerklæringer kan der derimod stadig være behov for:

- 3) *Et løfte* kan give P en vis sikkerhed, selv om dets rækkevidde er temmelig begrænset. Ud fra devisen “lidt har også ret” kan P f.eks. være interesseret i et løfte fra M om ikke at afhænde aktierne i D, et løfte om ikke at nedsætte kapitalen i D, et løfte om ikke at modtage udbytte fra D eller et løfte om at træde tilbage i forhold til P. Det anbefales at benytte helt klare udtryk til at signalere et løfte, f.eks. “Vi forpligter os til [...]”.
- 4) *En oplysning* fra M om D’s økonomi kan give P en vis sikkerhed for en rigtig kreditvurdering af D. Er oplysningen culpøst urigtig på afgivelsestidspunktet, kan P have et erstatningskrav mod M. I øvrigt kan P betinge sig, at M løbende forsyner P med oplysninger om D’s økonomi. Det anbefales at benytte helt klare udtryk til at markere, at der er tale om en oplysning, f.eks. “Vi oplyser [...]”.
- 5) *En ren hensigtserklæring* fra M om at støtte D kan give P en vis faktisk sikkerhed, såfremt M dels råder over store økonomiske ressourcer, dels har et renommé, det vil være om. Såfremt det udtrykkeligt udtales i hensigtserklæringen, at den ikke er retligt forbindende, er anvendelsen helt ubetænkelig. Det anbefales derfor at forsyne erklæringen med en sådan tilføjelse, f.eks. “Denne erklæring er alene udtryk for vor hensigt og har ingen retsvirkninger overhovedet.”

4.2. Støtteerklæringernes fremtid – set i perspektiv af “soft law”-tendensen

Set i et større perspektiv er støtteerklæringerne blot udtryk for en omsiggribende tendens til at udviske grænsen mellem retlig og anden regulering. Såkaldt “soft law” breder sig med stadigt større hast:

Der indgås folkeretlige “aftaler” mellem organer uden kompetence hertil, hvilket forsvares med, at aftalerne ikke er retligt bindende.

Der indgås forskellige offentligretlige aftaler, hvor der før blev udstedt forvaltningsakter eller pålagt straf. For offentlige ansættelsesforhold er der for nylig fremlagt en rapport om såkaldt fagligt etiske principper.

I erhvervsreguleringsretten opstilles stadigt flere god skik-regler. Udfyldningen af sådanne regler må ofte foretages med (yderligere) “soft law”, sml. f.eks. Markedsføringslovens § 1, hvor såvel branchevedtagelser som henstillinger fra forbrugerombudsmanden kan tillægges betydning ved fastlæggelse af bestemmelsens rækkevidde.

Med al respekt for den vejledning for løsningen af retlige spørgsmål, som *også* kan følge af regler om “god skik”, indebærer de ikke sjældent en risiko for kortslutninger af typen: “Er god skik overtrådt, må der være erstatningspligt.”

I EU-retten er *henstillinger* og *udtalelser* reguleret i Rom-traktatens art. 173, 175 og 189. Ifølge art. 189 er henstillinger og udtalelser “ikke bindende”, og ifølge art. 173 kan deres lovlighed ikke prøves af EF-domstolen. I EU-konkurrenceretten udfærdiges der *comfort letters*.

I private retsforhold udarbejdes ikke sjældent *letters of intent* forud for kontraktsindgåelse. I forbindelse med ansættelser tilkendes gives ofte, hvad der er indholdet af arbejdsgiverens “personalepolitik”.

I såvel den private som den offentlige sektor synes der at være et veritabelt moderæs, når det drejer sig om at bruge ordet “etik” i alle mulige – og umulige – sammenhænge. Et foreløbigt højdepunkt synes nået med nogle virksomheders udarbejdelse af et såkaldt “etisk regnskab”.⁴⁶

Det hævdes undertiden, at den løsere regulering i form af vejledninger, henstillinger, mere eller mindre formaliserede aftaler m.v. er et ønskværdigt alternativ til regeldannelse, som er bureaukratisk og ufleksibel. Det kommer nok sandheden nærmere at sige, at alternativet er dikteret mere af ønsket om at regulere *alt* *muligt* end af ønsket om en *mildere* form for regulering.

46 Tilsyneladende positiv heroverfor er Werlauff: Selskabsmasken (1991) s. 265 med note 693. Efter min opfattelse er der tale om et USA-inspireret modepåhit uden reel værdi: Enhver fornuftigt drevet virksomhed vil i forvejen bestræbe sig på at have et godt forhold til omverdenen.

Den anførte tendens til at søge andre veje end de traditionelle kan dog være fornuftig nok, når én form for retlig regulering (f.eks. forvaltningsakt) afløses af en anden (f.eks. aftale).

Derimod er opstilling af “bagvedliggende” etiske normer og regler på en række andre områder betænkelig.

Når alt kommer til alt, er den virkelige baggrund for de fleste (erhvervs)skandaler i nyere tid, at nogle personer har handlet ulovligt – og ikke bare uetisk. I vor tids regeljungle forekommer det på denne baggrund *langt nyttigere at fokusere på retsreglerne* end at opstille alle mulige etiske handlenormer, hvorved der blot bidrages til uoverskueligheden.

Under alle omstændigheder er opstillingen af alle mulige etiske regler udtryk for en tendens, som man ikke blot ukritisk skal tage til efterretning.

Set i denne større sammenhæng kan det næppe ventes, at de 5 punkter om støtteerklæringer, som er nævnt i afsnit 4.1 ovenfor, vil slå igennem i praksis inden for kortere tid. Tværtimod kan der ligefrem være grund til at befrygte, at støtteerklæringer blot er et af de første eksempler på bevidst udviskning eller tilsløring af den fundamentale forskel mellem bindende og ikke-bindende udsagn (også) inden for privatretten.

Summary in English

The title of the thesis is “Comfort Letters” (“*Støtteerklæringer*”). The main objective of the thesis is to examine comfort letters in Danish law. The thesis consists of three parts: An introductory part (chapter I-V), an analytical part (chapter VI-X), and a concluding part (chapter XI-XII).

Chapter I

This chapter explains the scope of the study – existing Danish law on comfort letters.

Initially, the study gives a short – and perhaps not very informative – definition of the comfort letter: A letter to a money lender in which the issuing person states something about his relationship to the borrower – the typical case being a parent company issuing a letter to a bank in connection with the bank’s extending a credit to a daughter company of the parent.

The study concentrates on letters that state something – no matter how vaguely – about the willingness of the parent company to provide its daughter company with funds. These letters are called *letters of support* (*likviditetserklæringer*), or – provided they are found to have (almost) the same legal effect as guarantees – *pledges of support* (*likviditetsforpligtelser*).

Further, the plan and method according to which the study is carried out is explained. The method is traditional, and the study seeks to describe Danish law as it is – i.e. to give arguments and solutions that are suitable for use by Danish courts in their rulings.

Finally, the object of the study is also defined by way of excluding related – but not identical – legal problems, viz. problems regarding letters of intent, credit reports, guarantees and sureties, management liability, and piercing the corporate veil.

Chapter II

This chapter leads off with a description of the legal and economic background to comfort letters, i.e. a description of the operational basis for company groups as regards law and finance.

Thereupon, reasons for using comfort letters are examined. It is argued that the primary reason for the existence of the comfort letter is its ability to serve as a compromise between two incompatible positions – the parent company's refusal to issue a guarantee on the one hand, and the bank's insistence upon a guarantee on the other.

There may be various secondary reasons for using comfort letters, such as attempts to avoid mentioning a guarantee as a possible liability in the accounts of the parent company, or to avoid applying for a permission to transfer funds abroad, or to avoid submitting the matter to a higher authority within the parent company for approval.

In the closing section of the chapter, some comments are made upon the actual spread of comfort letters.

Chapter III

Initially, the criteria for dividing the statements contained in a comfort letter are described. From a legal point of view the relevant criteria are promise, representation of fact, and mere declaration of intent.

A promise imposes an obligation to perform upon the promisor, and a failure to do so ordinarily results in an obligation to pay damages calculated as reliance interest. The obligation imposed on the promisor depends on the promise itself, and hence obligations may differ vastly in respect to the burden on the promisor and the value for the promisee.

A representation of fact may also result in an obligation to pay damages – but only calculated as the actual loss suffered, and only if the person who made the representation knew or ought to have known that it was false at the time. It is stressed that a representation may be false not only on account of what it actually states, but also on account of what it does not state (false representation by omission of necessary information).

As a general rule, a mere declaration of intent has no legal effects whatsoever. However, it should be noted that this rule is not without exceptions.

The final remarks of the chapter criticize the attempts to systematize comfort letters that have been made so far in Scandinavian legal writings. In this connection, the criteria to be employed in the present study are explained, viz. a grouping according to legal form (promise, representation of fact, or mere declaration of intent?) as well as according to contents (what does the comfort letter say something about?).

Chapter IV

This chapter deals with the Danish Act on Annual Accounts (*Årsregnskabsloven*) and its distinction between debts, liabilities, and information in notes.

By means of conclusion it is stated that a promise by the parent company which involves a burden comparable to that of a guarantee should appear from the accounts in the same way as a guarantee would (cf. the Danish Act on Annual Accounts, s. 46 (3)).

It is argued that, as a general rule, the lender (i.e. the bank) is under no obligation to examine whether the parent company actually complies with the provisions of the Danish Act on Annual Accounts.

A special investigation is made into the question whether the rights based on a letter of support (pledge of support) cease to exist if the parent company is declared bankrupt.

Finally, it is submitted that non-compliance with the provisions of the Danish Act on Annual Accounts does not lead to the comfort letter being null and void or voidable (cf. art. 5-1-2 of *Danske Lov*).

Chapter V

In this chapter different types of comfort letters are analyzed: letters of awareness, letters of ownership, letters of control, letters of capability of influence, letters of confidence in the management, and letters of willingness to negotiate.

The analysis of each letter is carried out according to the same scheme: First, what are the forms and variations of the letter in question; second, what legal effects does it have – if any; and third, should it be mentioned in the annual accounts of the parent company in accordance with the Danish Act on Annual Accounts, s. 46 (3).

The final section of the chapter deals with comfort letters issued to the public or to the daughter company itself.

Chapter VI

Initially, the effect of a legally binding letter of support (i.e. a pledge of support) is described. It is demonstrated that a pledge of support involves a guarantee to the promisee that the daughter company will continue to have available funds (cf. the French *obligation de resultat*).

The questions related to specific performance and contractual liability for non-performance are dealt with. It is shown that the promisee cannot sue for specific performance in accordance with the literal wording of the pledge of support: He cannot claim that the promisor (the parent company) should supply the daughter company with funds to such an extent that the daughter company's existence is actually secured. He can only claim that the parent company puts the daughter company in a position where it is able to fulfill its obligation *towards himself*. Practically speaking, specific performance means that the parent company pays an amount equal to the debt of the daughter company to the promisee. If the parent company fails to do so, it will be held liable in contract for the loss suffered by the promisee.

Further, the reasons for cessation of duty to perform – e.g. cessation by way of discharge, frustration, or limitation – are mentioned.

By means of conclusion it is stated that a pledge of support confers a burden on the promisor all but equalling the burden of a formal guarantee or surety. Consequently, the pledge of support is described as a quasi guarantee.

General remark on chapters VII to XI

The focal points of the thesis are to be found in chapters VII-XI. In these chapters it is examined when a letter of support involves a promise to the receiver, and when it offers him nothing more than a “placebo”. In a few words, this question is referred to as *the question of promise*.

Chapter VII

This chapter deals with the most important issue in determining whether a letter of support involves a promise or not, viz. the wording of the letter.

Important though it is, the wording of the letter cannot stand alone: When determining whether the letter involves a promise or not, one always has to consider the wording of it in the light of the surrounding circumstances.

As regards this question of promise, it is submitted that it has to be solved by applying normal rules of interpretation. Thereupon, these rules are described and discussed. They are divided into three categories: (1) primary rules, i.e. rules that are said to have priority over the wording (e.g. the rule of *falsa demonstratio*); (2) secondary rules, i.e. rules of language and of law as regards interpretation of the wording itself (e.g. interpretation in view of the context); (3) tertiary rules, i.e. rules that can be applied if the primary or secondary rule leads to no conclusion (e.g. interpretation *contra proferentem*).

It is demonstrated that in reality the primary rules cannot be said to have priority over the secondary rules, as the wording is of importance wherever the parties maintain different views upon the interpretation of the wording.

Thereupon, the basic requirements for assuming a promise are pointed out: (1) the wording must signal the willingness to incur an obligation, and (2) the nature of the obligation must be described with the necessary amount of certainty.

It is argued that phrases like “We undertake to”, “We promise to”, or “We shall see to it that” signal a promise, whereas phrases like “It is our policy to”, or “We intend to” do not signal a promise.

If the letter of support only contains phrases like “stand behind our daughter company”, “come to the aid of our daughter company”, or “control our daughter company”, it does not comply with the requirement of certainty as far as quasi guarantees are concerned.

It is pointed out that the requirements for signal of promise and certainty of what is promised are interrelated in a complementary manner. Further, it is argued out that these requirements are not always the same – they vary with the circumstances: Generally, the heavier the burden implied by the statement is (if it is found to be a promise), the more explicit and well-defined the statement must be.

Finally, the significance of a number of detailed clauses – e.g. concerning choice of law, or limitation to a certain period of time or to a certain amount of money – are discussed.

General remark on chapters VIII to X

The circumstances accompanying the issuing of a letter of support are dealt with in chapters VIII to X. To facilitate matters for the reader, these circumstances are divided into three categories as follows: Chapter VIII describes the circumstances relating to the person issuing the letter of support (in most cases a parent company), chapter IX deals with the person receiving the letter of support (in most cases a bank), and chapter X depicts the circumstances relating to the company referred to in the letter of support (in most cases a daughter company).

Chapter VIII

This chapter leads off with a discussion of the “status” of the issuing person (e.g. parent company or *extraneus*).

It is submitted that the more professional the issuing person is in regard to letters of support, the less mercy he should expect at the courts when arguing that a letter which seems to involve a promise should not be interpreted in that way.

It is stated that a company holding 100 % of the shares of the daughter company is more likely to be regarded as having given a promise than a minority shareholder or an *extraneus*.

Thereupon, it is examined if – and when – the issuing person’s refusal to assume a normal guarantee is significant for the question of promise. It is argued that such a refusal points in the direction of non-promise, but that it cannot determine the outcome in itself. It is further argued that the significance of a refusal to guarantee depends on the wording of the letter of support: the clearer the wording, the less significant the refusal to guarantee.

Finally, a number of other circumstances are commented upon, among other things: previous letters of support between the same parties, the time span of their business relation, confirmation by witnesses, and formal approval of the letter of support by the parent company’s board of directors.

Chapter IX

In this chapter the significance of the receiving person’s “status” (e.g. bank or supplier of goods) is discussed.

Thereupon, it is considered whether the bank can be said to have acted in *justified reliance* on the letter of support from the parent company when extending the loan to the daughter company. It is shown that, as a general rule, this is not the case: The bank is aware of the question of promise, and if by mistake the bank assumes that the letter involves a promise when in reality it does not, the bank itself must bear the consequences of its fallacy.

Further, a number of other circumstances are discussed, such as the initiative to issue a letter of support, its possible character of a standard document, and the existence of accompanying written material. The degree of “proximity” between the receiving person and the daughter company is focussed upon in a separate section.

Finally, it is discussed whether the question of promise may be determined by the (unexpressed) view held by the receiving person himself. It is argued that the unexpressed view of the receiving person is relevant only if the view held was that the letter *did not* involve a promise from the other party.

Chapter X

This chapter leads off by describing the significance of the fact that parent and daughter companies belong to the same group. If the companies – though separate *legal* entities – make up only one actual *economic* enterprise, the significance of the group relationship is especially obvious.

Next, various circumstances relating to the loan agreement between the daughter company and the bank are dealt with, e.g. loan amount compared with equity of the daughter company, interest rate, the letter of support being related to a new loan or to old debts.

Finally, it is discussed whether the reasons for the collapse of the daughter company are of any significance.

The closing section of the chapter is an *excursus* discussing the first ruling on letters of support from the Supreme Court of Denmark (published in *Ugeskrift for Retsvæsen* 1994 p. 470). The first impression – conveyed by the seemingly unambiguous wording of the letter – is that the ruling is correct in finding that the parent company made a contractual promise. On closer inspection, however, this first impression begins to give room for doubts. Not only does the wording seem to be somewhat ambiguous – the facts of the case even suggest that statements made by the bank caused the parent company to believe that the letter involved no legally binding promise. At least, the bank's misleading statements – regardless their being made in good faith or not – suggest that the bank knew or ought to have known that the parent company did not consider the letter to involve a legally binding promise.

Chapter XI

In this chapter, it is pointed out that existing rulings on comfort letters (letters of support) have chosen between two extremes: *either* a promise equivalent to a guarantee, *or* no promise at all.

In this connection it is discussed whether there is a presumption for one or other of these extremes. The point made in chapter II – that a letter of support is to be seen as a compromise – forms a starting point for the ensuing discussion of possible “mediating solutions”. It is argued that although the question of promise is an *either-or*, existing Danish law does not rule out mediating solutions – i.e. promises of a lesser quality than a guarantee.

A number of different solutions of this kind are listed and discussed. By means of conclusion, it is stated that the preferable solution is to interpret the letter of support as an obligation of best efforts (cf. the French *obligation de moyen*). It is argued that this solution – provided that it will be applied in

practice – will conquer more of the land where the existing rulings have been in favour of the promisee (the lender) than of the land where the existing rulings have been in favour of the parent company.

In a separate section the mediating solutions are discussed in view of the Danish Act on Annual Accounts.

The final section sums up the points made.

Chapter XII

This chapter is the final one, and it leads off with a summary of the thesis in the first section.

The next section focusses on the main results which are presented in a number of statements of a general nature.

The two last sections aim to locate comfort letters within the larger framework of contract law and company law, and to point out that the comfort letter is not an isolated phenomenon but part of an over-all tendency towards soft law regulations.

Deutsche Zusammenfassung

Die Abhandlung trägt den Titel “Patronatserklärungen” (*“Støtteerklæring”*). Das Hauptziel der Abhandlung ist es, Patronatserklärungen nach dänischem Recht näher zu untersuchen.

Die Abhandlung besteht aus drei Teilen: einem einleitenden Teil (Kapitel I-V), einem analysierenden Teil (Kapitel VI-X) und einem zusammenfassenden Teil (Kapitel XI-XII).

Kapitel I

In diesem Kapitel wird der Gegenstand der Untersuchung, geltendes dänisches Recht über Patronatserklärungen, näher erläutert.

Anfänglich wird eine kurze – und zunächst nicht sehr informative – Definition der Patronatserklärung angegeben: Eine gegenüber einem Kreditgeber eines Dritten abgegebene Erklärung, in der etwas über die Beziehung des Erklärenden zum Dritten (dem Kreditnehmer) ausgesagt wird. Der Typfall: Eine Muttergesellschaft gibt – anlässlich einer Kreditgewährung einer Bank an eine Tochtergesellschaft der Mutter – eine Erklärung an die Bank ab.

Die Abhandlung befaßt sich vornehmlich mit Erklärungen, die eine – möglicherweise außerordentlich vage – Aussage enthält über die Bereitschaft der Muttergesellschaft, ihre Tochter mit Kapital zu unterstützen. Solche Erklärungen werden *Liquiditätserklärungen* genannt, oder – wenn sie als rechtsverbindlich angesehen werden müssen – *Liquiditätszusagen*.

Danach wird erklärt, nach welchem Plan und anhand von welcher Methode die Abhandlung ausgearbeitet ist. Die Methode ist traditionell, und die Arbeit bezweckt, dänisches Recht, wie es ist, darzustellen – d.h. Argumente und Lösungen anzugeben, die geeignet sind, von den dänischen Gerichten gebraucht zu werden.

Abschließend wird das Thema auch durch Abgrenzung gegen verwandte – aber nicht identische – Themen definiert: letters of intent, Kreditauskünfte, Bürgschaft und Garantie, Haftung der Geschäftsführung für unerlaubte Handlungen sowie Haftungsdurchgriff.

Kapitel II

Dieses Kapitel enthält anfänglich eine Beschreibung der rechtlichen und finanziellen Hintergründe der Patronatserklärung, d.h. eine Beschreibung der rechtlichen Basis der Konzernfinanzierung.

Darauf werden die Ursachen für die Anwendung der Patronatserklärung näher erläutert. Es wird unterstellt, daß der primäre Grund für die Existenz der Patronatserklärung derjenige ist, daß die Patronatserklärung als Kompromiß dienen kann – ein Kompromiß zwischen zwei Positionen, die miteinander unvereinbar sind: der Weigerung der Muttergesellschaft, eine Bürgschaft zu übernehmen, und dem Bestehen der Bank auf einer Bürgschaft.

Es mag andere Gründe geben, weshalb Patronatserklärungen gebraucht werden. Darunter kommt dem Versuch, einen Bilanzvermerk zu vermeiden, die größte Bedeutung zu. Die Parteien versuchen bisweilen auch, zu vermeiden, eine Erlaubnis zur Währungsausfuhr zu beantragen oder eine Bürgschaftsübernahme einem höheren Organ der Muttergesellschaft vorzulegen.

Der abschließende Abschnitt des Kapitels bringt einige Bemerkungen zur tatsächlichen Verbreitung der Patronatserklärungen.

Kapitel III

Anfänglich werden die Kriterien für eine Aufteilung der in den Patronatserklärungen enthaltenen Aussagen dargestellt. Rechtlich gesehen sind die relevanten Kriterien Versprechen, Auskunft und bloße Absichtserklärung.

Durch das Versprechen wird der Versprechende dazu verpflichtet, die Leistung zu vollbringen. Wenn er dies nicht tut, muß er im allgemeinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung zahlen (das positive Interesse). Aus dem Versprechen selbst ergibt sich die Pflicht, die dem Versprechenden obliegt, und so können die Pflichten aus einem Versprechen sehr unterschiedlich sein, was die Belastung für den Versprechenden und den Wert für den Versprechensempfänger betrifft.

Eine Auskunft kann auch dazu führen, daß Schadensersatz gezahlt werden muß – aber nur in der Größenordnung des negativen Interesses, und nur wenn derjenige, der die Auskunft erteilte, zum damaligen Zeitpunkt wußte oder hätte wissen müssen, daß die Auskunft falsch war. Es wird hervorgehoben, daß eine Auskunft nicht nur aufgrund dessen, was gesagt wird, falsch sein kann, sondern auch aufgrund dessen, was nicht gesagt wird (falsche Auskunft durch Verschweigen wesentlicher Informationen).

Eine bloße Absichtserklärung hat in der Regel gar keine Rechtswirkungen. Es sollte aber bemerkt werden, daß diese Regel nicht ohne Ausnahmen ist.

Die abschließenden Bemerkungen des Kapitels enthalten eine Kritik der bisherigen skandinavischen Versuche, die Patronatserklärungen näher zu systematisieren. In diesem Zusammenhang werden die Kriterien, die in der vorliegenden Abhandlung angewendet sind, erläutert, d.h. eine Systematisierung anhand von rechtlicher Form (Versprechen, Auskunft oder bloße Absichtserklärung?) sowie anhand von Inhalt (welches ist das Thema der Aussage in der Patronatserklärung?).

Kapitel IV

In diesem Kapitel wird das dänische Bilanzgesetz (*Årsregnskabsloven*) näher behandelt. Zur Einleitung werden die Unterschiede zwischen Schulden, Rückstellungen und Bilanzvermerken für Eventualverpflichtungen erklärt.

Es wird die Vermutung angestellt, daß ein Versprechen einer Muttergesellschaft, das ungefähr die gleiche Belastung wie eine Bürgschaft darstellt, genau wie eine Bürgschaft in den Bilanzen vermerkt werden muß (vgl. § 46, Abs. 3 des dänischen Bilanzgesetzes).

Es wird angenommen, daß der Kreditgeber (d.h. die Bank) unter normalen Umständen nicht verpflichtet ist, zu kontrollieren, ob die Muttergesellschaft tatsächlich ihre Vermerkplicht gemäß dem Bilanzgesetz erfüllt oder nicht.

Die Frage, ob eine Liquiditätserklärung (Liquiditätszusage) mit dem Konkurs der Muttergesellschaft entfällt, wird einer besonderen Prüfung unterzogen.

Das Kapitel wird mit der Feststellung abgeschlossen, daß die Nichtbeachtung der Vermerkplicht des Bilanzgesetzes in aller Regel nicht zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Patronatserklärung führen kann (vgl. *Danske Lov* 5-1-2).

Kapitel V

In diesem Kapitel werden unterschiedliche Typen von Patronatserklärungen untersucht: Erklärungen des Wissens von dem Darlehen, Erklärungen zum Besitzerverhältnis, Erklärungen der ständigen Überwachung, Erklärungen der möglichen Einflußnahme, Erklärungen des Vertrauens in der Geschäftsführung und Erklärungen der Bereitschaft, Verhandlungslösungen anzustreben.

Die Analyse der unterschiedlichen Erklärungen folgt demselben Muster: erstens: Welche Formen und Variationen der betreffenden Erklärung gibt es?

Zweitens: Welche Rechtswirkung hat die Erklärung gegebenenfalls? Drittens: Ist die Erklärung mit einer Vermerkplicht gemäß § 46, Abs. 3 des dänischen Bilanzgesetzes verbunden?

Der abschließende Abschnitt des Kapitels beschäftigt sich mit Patronats-erklärungen gegenüber der Allgemeinheit sowie gegenüber der Tochtergesellschaft selbst.

Kapitel VI

In dem einleitenden Abschnitt wird die Rechtswirkung einer rechtsverbindlichen Liquiditätserklärung (d.h. einer Liquiditätszusage) erläutert. Es wird dargestellt, daß derjenige, der einem anderen gegenüber eine Liquiditätszusage abgibt, dadurch eine Garantie für die fortbestehende Liquidität der Tochtergesellschaft übernommen hat (vgl. die französische *obligation de resultat*).

Die Fragen des Anspruchs auf Erfüllung oder Schadensersatz werden behandelt. Es wird gezeigt, daß der Empfänger einer Liquiditätszusage keinen Anspruch auf wortwörtliche Erfüllung hat: Er kann nicht verlangen, daß die Muttergesellschaft durch die Zufuhr von liquiden Mitteln zur Tochtergesellschaft diese tatsächlich liquid und damit am Leben hält. Er kann nur verlangen, daß die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft in die Lage versetzt, ihre Verpflichtung *ihm gegenüber* zu erfüllen. Der Erfüllungsanspruch bedeutet, daß der Versprechensempfänger von der Muttergesellschaft verlangen kann, daß er finanziell *so* gestellt wird, *wie wenn* die Tochtergesellschaft liquid (zahlungsfähig) wäre. In der Praxis heißt das, daß die Muttergesellschaft die Schulden der Tochter gegenüber dem Versprechensempfänger tilgen muß. Wenn die Muttergesellschaft dies nicht tut, wird sie wegen Nichterfüllung schadensersatzpflichtig.

Darüber hinaus werden die Gründe des Erlöschens der Verpflichtung behandelt – wie z.B. Erfüllung der Liquiditätszusage, Wegfall der Geschäftsgrundlage und Verjährung.

Zusammenfassend wird erklärt, daß eine Liquiditätszusage dem Versprechenden eine Belastung aufbürdet, die mit der Belastung aus einer Bürgschaftserklärung fast identisch ist. Die Liquiditätszusage wird deshalb als Quasi-Bürgschaft bezeichnet.

Allgemeine Bemerkung zu den Kapiteln VII-XI

Das Hauptgewicht der Abhandlung liegt in den Kapiteln VII-XI. In diesen Kapiteln wird untersucht, wann eine Liquiditätserklärung ein Versprechen enthält, und wann sie – rechtlich gesehen – dem Empfänger nichts gibt außer “a warm feeling”. Kurz wird dies *die Frage des Versprechens* genannt.

Kapitel VII

Anfänglich wird betont, daß die Liquiditätserklärung – wie bedeutsam der Wortlaut auch immer sein mag – stets in Zusammenhang mit den Begleitumständen gesehen werden muß, wenn zu entscheiden ist, ob sie ein Versprechen enthält oder nicht.

Was diese Frage des Versprechens betrifft, wird angenommen, daß sie unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregeln entschieden werden muß. Darauf werden diese allgemeinen Auslegungsregeln näher dargestellt und diskutiert, indem sie nach Bedeutung in drei Gruppen eingeteilt werden: (1) primäre Regeln, d.h. Regeln, die dem Wortlaut vorrangig sind (wie z.B. die Regel von *falsa demonstratio*); (2) sekundäre Regeln, d.h. sprachliche und juristische Regeln zur Auslegung des Wortlautes selbst (wie z.B. Einbeziehung des Kontextes); (3) tertiäre Regeln, d.h. nachrangige Auslegungsregeln, die nur dann heranzuziehen sind, wenn die primären und sekundären Regeln zu keinem Ergebnis führen. Es wird gezeigt, daß die primären Regeln im Grunde keinen Vorrang vor den sekundären Regeln haben, da der Wortlaut immer beachtet werden muß, wo über die Auslegung gestritten wird.

Darauf werden die grundlegenden Anforderungen an ein Versprechen dargestellt, und zwar: (1) Der Wortlaut muß signalisieren, daß der Erklärende sich rechtlich verpflichten will, und (2) der Inhalt der Pflicht muß mit einer ausreichenden Bestimmtheit angegeben sein.

Es wird angenommen, daß Ausdrücke wie “Wir verpflichten uns”, “Wir versprechen”, “Wir werden dafür Sorge tragen” ein Versprechen signalisieren, während Ausdrücke wie “Es ist unsere Geschäftspolitik” oder “Wir haben die Absicht” kein Versprechen signalisieren.

Es wird unterstellt, daß eine Liquiditätserklärung, die nur Ausdrücke wie “Wir stehen hinter unserer Tochtergesellschaft”, “Wir unterstützen unsere Tochtergesellschaft” oder “Wir kontrollieren unsere Tochtergesellschaft” beinhaltet, nicht den Anforderungen an Bestimmtheit genügen, um ein Versprechen der Übernahme einer Quasi-Bürgschaft darstellen zu können.

Ferner wird angenommen, daß es zwischen “Versprechenssignal” und Bestimmtheit des Versprochenen ein komplementärer Zusammenhang besteht.

Der abschließende Abschnitt erörtert die Bedeutung einer Reihe von be-

sonderen Klauseln, wie z.B. Rechtswahlklauseln, Klauseln über Geltungsdauer oder Höchstbetrag der Unterstützung.

Allgemeine Bemerkung zu den Kapiteln VIII-X

Die Begleitumstände der Liquiditätserklärung werden in den Kapiteln VIII-X behandelt. Aus Gründen der Übersichtlichkeit sind diese Umstände wie folgt in drei Kategorien aufgeteilt worden: Kapitel VIII stellt die Umstände dar, die mit dem Erklärenden zusammenhängen. Kapitel IX enthält eine Beschreibung der Umstände, die mit dem Erklärungsempfänger zusammenhängen. Kapitel X befaßt sich mit den Umständen, die mit der in der Erklärung erwähnten Gesellschaft zusammenhängen (in den meisten Fällen einer Tochtergesellschaft des Erklärenden).

Kapitel VIII

Dieses Kapitel diskutiert eingangs die Bedeutung des "Status" des Erklärenden (z.B. einer Muttergesellschaft oder eines Außenstehenden).

Es wird folgendes angenommen: Je professioneller der Erklärende in bezug auf die Abgabe von Patronatserklärungen ist, um so weniger wird er das Gericht davon überzeugen können, daß eine Erklärung, die anscheinend ein Versprechen enthält, doch nicht so auszulegen sei.

Es wird angenommen, daß ein Gericht eher annehmen wird, daß eine Gesellschaft, die über sämtliche Gesellschafteranteile der Tochtergesellschaft verfügt, ein Versprechen abgegeben hat als ein Minderheitsgesellschafter oder gar ein Außenstehender.

Darauf wird geprüft, ob – und gegebenenfalls unter welchen Umständen – die Weigerung der Muttergesellschaft, eine Bürgschaft zu übernehmen, für die Frage des Versprechens von Bedeutung ist. Es wird unterstellt, daß eine solche Weigerung in Richtung auf Nicht-Versprechen zeigt, daß es aber den Ausgang nicht allein herbeizuführen vermag. Es wird ferner unterstellt, daß die Bedeutung einer Weigerung, eine Bürgschaft zu übernehmen, vom Wortlaut der Liquiditätserklärung abhängt: Je klarer der Wortlaut, um so weniger bedeutsam die Weigerung.

In dem abschließenden Abschnitt wird eine Reihe von anderen Begleitumständen behandelt, wie z.B. frühere Liquiditätserklärungen zwischen den Parteien, die zeitliche Ausdehnung ihrer Geschäftsverbindung, Beglaubigungen von Unterschriften an der Erklärung und förmliche Zustimmung des Aufsichtsrates der Muttergesellschaft zur Abgabe der Erklärung.

Kapitel IX

Dieses Kapitel diskutiert eingangs die Bedeutung des “Status” des Erklärungsempfängers (z.B. einer Bank oder eines Lieferanten).

Darauf wird in Erwägung gezogen, ob man sagen kann, daß die Bank im Vertrauen auf die Liquiditätserklärung handelte, als sie die Tochtergesellschaft den Kredit gewährte. Es wird dargestellt, daß dies normalerweise nicht der Fall ist: Die Frage des Versprechens ist der Bank durchaus bekannt, und wenn die Bank irrtümlich annimmt, daß eine Erklärung ein Versprechen enthält, dann muß die Bank die Folgen dieser irrtümlichen Einschätzung selbst tragen.

Weiterhin wird eine Reihe von anderen Begleitumständen diskutiert, wie z.B. die Initiative zur Ausarbeitung der Erklärung, die Vorformulierung (AGB-Gesichtspunkte?) und das Vorhandensein von schriftlichem Material neben der Erklärung selbst.

Der Grad der “Nähe” zwischen Tochtergesellschaft und Erklärungsempfänger wird in einem eigenen Abschnitt behandelt.

Schließlich wird diskutiert, ob die Auffassung des Erklärungsempfängers die Frage des Versprechens entscheiden kann. Es wird angenommen, daß die – nicht ausgesprochene – Auffassung des Empfängers von Bedeutung ist, wenn die Auffassung diejenige war, daß die Erklärung *kein* Versprechen enthielt.

Kapitel X

Anfänglich wird in diesem Kapitel die Bedeutung der Konzernverbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft näher erörtert. Diese Bedeutung ist besonders einleuchtend, wenn die Gesellschaften – obwohl sie verschiedene juristische Personen sind – zusammen eine wirtschaftliche Einheit bilden.

Darauf werden unterschiedliche Umstände bei der Darlehensvergabe an die Tochtergesellschaft behandelt, wie z.B. Größenordnung des Kredits im Vergleich zum Eigenkapital der Tochter, Zinssatz, Abgabe der Erklärung im Zusammenhang mit Kreditaufnahme oder zur Beruhigung eines alten Gläubigers?

Abschließend wird diskutiert, ob die Ursachen des Zusammenbruchs der Tochtergesellschaft von Bedeutung sein können.

Dieses Kapitel wird mit einem Exkurs beschlossen, in dem das erste Urteil des Obersten Gerichtshofs in Dänemark diskutiert wird (veröffentlicht in *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1994.470). Der unmittelbare Eindruck – erweckt durch den scheinbar eindeutigen Wortlaut der in Frage stehenden Erklärung

– ist, daß das Urteil korrekterweise annimmt, daß die Muttergesellschaft ein Versprechen abgegeben hatte. Nach einiger Überlegung stellen sich allerdings schon die ersten Zweifel ein. Bei näherer Betrachtung erscheint der Wortlaut nicht ganz so eindeutig, und einige Umstände deuten darauf hin, daß Aussagen der Bank die Muttergesellschaft zu der irrigen Annahme verleiteten, daß die Erklärung kein Versprechen darstellte. Jedenfalls deuten die irreführenden Aussagen der Bank – gleichgültig, ob sie gut- oder bösgläubig gemacht wurden – darauf hin, daß die Bank wußte oder hätte wissen müssen, daß die Muttergesellschaft die Erklärung als nicht-rechtsverbindlich betrachtete.

Kapitel XI

Dieses Kapitel wird mit der Feststellung eingeleitet, daß die vorhandenen Urteile über Patronatserklärungen (Liquiditätserklärungen) zwischen zwei Extremen entschieden haben: *entweder* ein Versprechen vergleichbar mit einer Bürgschaft *oder* kein Versprechen überhaupt.

In diesem Zusammenhang wird abgelehnt, daß es für das eine oder das andere Extrem im allgemeinen eine Vermutung geben sollte.

Darauf wird die Feststellung des Kapitel II, daß eine Patronatserklärung als ein Kompromiß zu betrachten ist, als Ausgangspunkt einer Diskussion aufgegriffen, ob “Kompromißlösungen” möglich sind. Obwohl die Frage des Versprechens im allgemeinen ein Entweder-Oder ist, wird angenommen, daß das dänische Recht Kompromißlösungen nicht ausschließt – d.h. Versprechungen einer geringeren Qualität als das Versprechen, das in einer Quasi-Bürgschaftsübernahme enthalten ist.

Verschiedene Kompromißlösungen werden angegeben und diskutiert. Zusammenfassend wird die Annahme einer Bemühungspflicht (vgl. die französische *obligation de moyen*) als die beste Kompromißlösung bezeichnet. Es wird angenommen, daß diese Kompromißlösung – wenn sie in der Praxis auf Zustimmung stößt – in den Fällen einen größeren Einschnitt machen wird, wo bisher eine Quasi-Bürgschaft angenommen wurde, als in den Fällen, wo die Klage des Erklärungsempfängers abgewiesen wurde.

In einem eigenen Abschnitt werden die Kompromißlösungen angesichts des dänischen Bilanzgesetzes näher diskutiert.

Der abschließende Abschnitt enthält eine Zusammenfassung der Diskussion.

Kapitel XII

Dieses Kapitel ist das abschließende Kapitel und enthält im ersten Abschnitt eine Zusammenfassung der Abhandlung.

Im folgenden Abschnitt werden die Hauptergebnisse der Untersuchungen in Form einer Aufstellung von nummerierten Leitsätzen generellen Inhalts zusammengefaßt.

In den beiden letzten Abschnitten wird die Patronatserklärung in einem größeren Zusammenhang betrachtet, erstens im Rahmen von Vertrags- und Gesellschaftsrecht, zweitens als Ausdruck einer allgemeinen Tendenz in Richtung auf "soft law".

Litteraturfortegnelse

Bemærkninger til litteraturfortegnelsen:

Litteraturfortegnelsen er ordnet alfabetisk efter forfatterens efternavn. Et værk, som er forfattet af flere, er kun angivet ét sted – nemlig under den forfatter, hvis efternavn kommer først i den alfabetiske rækkefølge.

I afhandlingen citeres nogle værker alene ved angivelse af forfatternavn (efter omstændighederne dog med tillæg af enkelte yderligere oplysninger). Sådanne særlige citeringsmåder fremgår af fortegnelsen nedenfor.

Af pladshensyn er der ikke optaget nærmere henvisninger til artikler. I afhandlingen er der stedse henvist til forfatter og fundsted, hvilket i sig selv gør det muligt at finde en ønsket artikel.

Achterberg, Erich og Karl Lanz: Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, Frankfurt am Main 1967-68

Adlercreutz, Axel: Avtalsrätt II, 3. udg., Lund 1991 (*citeret: Adlercreutz II*)

Altenburger, Peter: Die Patronatserklärung als “unechte” Personalsicherheit, Zürich 1979 (*citeret: Altenburger*)

Andersen, Kristen, *Festskrift til – Rett og humanisme*, Oslo 1977 (*citeret: [forfatter] i FS Kristen Andersen (1977)*)

Andersen, Lennart Lyng, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard: Aftaler og mellemmand, 2. udg., København 1991 (*citeret: [forfatter] i Lyng Andersen m.fl.*)

Andersen, Lennart Lyng og Peter Møgelvang-Hansen: Klager over pengeinstitutter, København 1991

Andersen, Lennart Lyng og Jørgen Nørgaard: Aftaleloven med kommentarer, 2. udg., København 1993 (*citeret: Lyng Andersen og Nørgaard*)

Andersen, Lennart Lyng og Erik Werlauff: Finans & kredit, København 1992 (*citeret: Lyng Andersen og Werlauff*)

Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret, 3. udg., København 1991

Andersen, Lars Svenning: Funktionærret, København 1993

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett I, Almindelig privatrett, Oslo 1964
(citeret: *Arnholm I*)

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett II, Avtaler, Oslo 1964 (citeret: *Arnholm II*)

Arnholm, Carl Jacob: Privatrett III, Almindelig obligasjonsrett, 2. udg., Oslo 1973 (citeret: *Arnholm III*)

Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of the Freedom of Contract, Oxford 1979

Augdahl, Per: Den norske obligasjonsrettens almindelige del, 5. udg., Oslo 1978 (citeret: *Augdahl*: Norsk obligasjonsrett (1978))

Bellis, Marc, Michel Coipel, Jean le Brun, Yves Pouillet og Charles van Wy-meersch: Les lettres de patronage, Paris 1984 (citeret: [forfatter] i *Bellis m.fl.*: Les lettres de patronage (1984))

Bengtsson, Bertil, *Festskrift till*, Göteborg 1993 (citeret: [forfatter] i FS Bengtsson (1993))

Bentzon, Viggo: Skøn og regel, København 1914

Bernt, J.F.: Avtaler med stat og kommune, Bergen 1981

Blix, Clas, Michael Bogdan, Krister Moberg og Björn Lindquist: Letters of Comfort, Handelsrättslig skriftserie nr. 1, Institutionen för handelsrätt, Lunds Universitet (citeret: [forfatter] i *Blix m.fl.*)

Bolding, Per Olof, *Festskrift till*, Stockholm 1992 (citeret: [forfatter] i FS Bolding (1992))

Carlsen, H.G.: Funktionærret, 4. udg., København 1989

Cheshire, Fifoot og Furmston: Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, 12. udgave, London 1991

Christensen, Jan Schans: Contested Takeovers, København 1991

Clausen, Nis Jul: Finansiering via selskabsopsplitning, Odense 1987

Dotevall, Rolf: Skadeståndsansvar för styrelsesledamot och verkställande direktör, Malmö 1989

v. *Eyben, Bo, Jørgen Nørgaard og Hans Henrik Vagner*: Lærebog i erstatningsret, 2. udg., København 1993.

v. *Eyben, W.E.*: Bevis, København 1986

Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, Basel og Stuttgart 1973

Fohlin, Paulo: Avtalsstolkning, Uppsala 1989 (*citeret: Fohlin*)

Gerth, Axel: Atypische Kreditsicherheiten, 2. udg., Frankfurt 1980
(*citeret: Gerth*)

Gomard, Bernhard: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 2. udg., København 1992

Gomard, Bernhard: Almindelig kontraktsret, København 1988

Gomard, Bernhard: Civilprocessen, 3. udg. under medvirken af *Allan Walbom*, København 1990

Gomard, Bernhard: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontrakt, København 1958

Gomard, Bernhard: Letters of intent (hensigtserklæringer), i: Forhandlingerne ved Det 30. nordiske Juristmøde 1984, del I, Oslo 1984 (s. 248-312); debatindlæg i: del II (s. 441-72) (*citeret: Gomard: Letters of intent (1984)*)

Gomard, Bernhard: Obligationsret, 1. del, 2. udg., København 1989
(*citeret: Gomard I*)

Gomard, Bernhard: Obligationsret, 2. del, København 1991
(*citeret: Gomard II*)

Gomard, Bernhard: Obligationsret, 3. del, København 1993
(*citeret: Gomard III*)

Grönfors, Kurt: Avtalsgrundande rättsfakta, Göteborg 1993.

Grönfors, Kurt: Tolkning av fraktavtal, Sjörettsföreningen i Göteborg, Skrifter 67, Göteborg 1989

Hasselager, Olaf og Aksel Runge Johansen: Årsregnskaber, 1. udg., København 1992 (citeret: Hasselager og Runge Johansen)

Hellner, Jan: Kommersiell avtalsrätt, 4. udg., Stockholm 1993 (citeret: Hellner)

Hellner, Jan, Festskrift till, Stockholm 1984 (citeret: [forfatter] i FS Hellner (1984))

Hoffmann, Dirk: Die Patronatserklärung im deutschen und österreichischen Recht, Frankfurt am Main 1989 (citeret: Hoffmann)

Holmgren, Sven og Dick Lundqvist: Letter of intent – värt mer än pappret?, Lund 1988

Hultmark, Christina: Upplysningsplikt vid ingående av avtal, Stockholm 1993

Huser, Kristian: Avtaletolking, Bergen 1983 (citeret: Huser)

Hurwitz, Stephan, Festskrift til, København 1971 (citeret: [forfatter] i FS Hurwitz (1971))

IdW-retningslinier: Aus der Facharbeit des IdW, Die Wirtschaftsprüfung 1976 s. 528-35 (også i: Bank-Betrieb 1976.362-64, DB 1976 s. 1921-26, ZKW 1976 s. 863-64). Sml. også bemærkningerne til retningslinierne, offentliggjort i: Die Wirtschaftsprüfung 1976 s. 209-14 og udkastet til retningslinierne offentliggjort i: Die Wirtschaftsprüfung 1976 s. 119-121 (citeret: IdW-retningslinier)

Jacobsen, J.O. Engholm, Jan Pedersen og Kurt Siggaard: Skatteretten 2, København 1991

Jørgensen, Stig: Fire obligationsretlige afhandlinger, København 1965 (citeret: Stig Jørgensen: Afhandlinger)

Jørgensen, Stig: Kontraktsret, bind 1, København 1971 (citeret: Stig Jørgensen I)

Jørgensen, Stig: Ret og samfund, København 1970

Kleinman, Jan: Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1987

Kohout, Dagobert: Patronatserklärungen, Mainz 1984 (citeret: Kohout)

- Koktvedgaard, Mogens*: Lærebog i konkurrenceret, 2. udg., København 1994
- Knoph, Ragnar*: Hensiktens betydning for grænsen mellem ret og uret, Kristiania 1921
- Krogh, Esben og Christer Ugglå*: Finansfunktionen i internationalt aktive virksomheder, København 1985 (*citeret: Krogh og Ugglå: Finansfunktionen (1985)*)
- Kronstein, Heinrich*: Die abhängige juristische Person, Berlin 1931 og 1973
- Krüger, Kai*: Norsk kontraktsrett, Bergen 1989
- Krüger, Kai*: Pengekrav, 2. udg., Bergen 1984
- Kruse, Anders Vinding*: Ejendoms køb, 6. udg., København 1993
- Kruse, Anders Vinding*: Restitutioner, København 1950
- Lake, Ralph B. og Ugo Draetta*: Letters of Intent and Other Precontractual Documents, Massachusetts 1989
- Lassen, Jul.*: Haandbog i Obligationsretten, Almindelig Del, 3. udg., København 1917-20
- Lassen, Jul.*: Haandbog i Obligationsretten, Speciel Del, København 1897
- Lassen, Jul.*: Lille lærebog i romersk privatret, 4. udg. ved *Frantz Dahl*, København 1937
- Lassen, Jul.*: Vilje og erklæring ved afgivelse af formueretlige tilsagn, København 1905
- Lutter, Marcus*: Der Letter of Intent, Köln 1982
- Lyngsø, Preben*: Afbestillingsret, København 1971
- Mann, F.A., Festschrift für*, München 1977 (*citeret: [forfatter] i FS Mann (1977)*)
- Medicus, Dieter*: Allgemeiner Teil des BGB, 5. udg., München 1992
- Mosch, Wolfgang*: Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihrer Bedeutung für die Rechnungslegung, Bielefeld 1978 (*citeret: Mosch*)

Munch, Mogens: Konkursloven med kommentarer, 7. udg., København 1993.

Nobel-utredningen: Nobel Industrier, Gamlestaden, Erik Penser och bankerna, rapport från en av Stockholms fondbörs tillkallad utredning (udarbejdet af *Johan Munck, Sven Harald Bauer og Ulf Gometz*), Nr. 10 i Stockholms fondbörs skriftserie, Stockholm 1992 (*citeret: Nobel-utredningen* (1992))

Obermüller, Manfred: Ersatzsicherheiten, Wiesbaden 1987

Pedersen, Axel H.: Indledning til advokatgerningen, bind I-II, 2. udg., København 1961

Pedersen, Jan: Skatteudnyttelse, København 1989

Pedersen, H.V. Godsk: Kaution, 3. udg., København 1992
(*citeret: Godsk Pedersen*)

Petersen, Kaj: Funktionærloven, 12. udg. under medvirken af *Niels Johan Petersen*, København 1990

Rehbinder, Eckard: Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. 1969 (*citeret: Rehbinder: Konzernaußenrecht* (1969))

Rippert, Klaus: Patronatserklärungen im deutschen und französischen Recht, Mainz 1982 (*citeret: Rippert*)

Rodhe, Knut: Obligationsrätt, Stockholm 1956

Røsæg, Erik: Garantier eller fattigmanns trøst? – Støtteerklæringer i selskabsforhold av typen “comfort letters”, Oslo 1992 (*citeret: Røsæg*)

Samuelsson, Morten og Kjeld Søgaaard: Rådgiveransvaret, København 1993

Schmid-Burgk, Klaus: Bankenaufsicht und Auslandstöchter, Frankfurt am Main 1989

Seiler, Ilke: Die Patronatserklärung, Münster 1981 (*citeret: Seiler*)

Siebourg, Peter: Der Letter of Intent, Bonn 1979

Skovgaard, Henning: Offentlige myndigheders erstatningsansvar, København 1983

Smith, Carsten: Garantioppgjør, Garantirett I, Oslo 1963
(*citeret: Carsten Smith I*)

Smith, Carsten: Studier i garantiretten, Garantirett II, Oslo 1963
(*citeret: Carsten Smith II*)

Smith, Carsten: Garantikrav og garantistvern, Garantirett III, 2. udg. 1981
(*citeret: Carsten Smith III*)

Stang, Fredrik: Innledning til formueretten, 3. udg., Oslo 1935 (*citeret: Stang*)

Stecher, Rainer: "Harte" Patronatserklärungen, rechtsdogmatische und praktische Probleme, Köln 1978 (*citeret: Stecher*)

Udkast: Udkast til Lov om Aftaler paa Formuerettens Omraade med tilhørende Bemærkninger, København 1914 (*citeret: Udkast*)

Ussing, Henry: Aftaler, 3. udg. København 1950 (*citeret: Ussing*)

Ussing, Henry: Erstatningsret, København 1937 (6. opl. 1962) (*citeret: Ussing: Erstatningsret (1937)*)

Ussing, Henry, Festskrift til, København 1951 (*citeret: [forfatter] i FS Ussing (1951)*)

Ussing, Henry: Obligationsretten, almindelig del, 4. udg. ved Anders Vinding Kruse, København 1967 (*citeret: Ussing: Almindelig del (1967)*)

Wagner, Klaus: Die internationale Tätigkeit der Banken als aufsichtsrechtliches Problem, Baden-Baden 1982

Werlauff, Erik: Selskabsmasken, København 1991

Werlauff, Erik: Selskabsret, København 1989

Ørgaard, Niels (red.): Artikler om konkurs og tvangsakkord, Viborg 1984
(*citeret: [forfatter] i Artikler om konkurs og tvangsakkord (1984)*)

Forkortelser

Kun forkortelser, som ikke kan betegnes som gængse, er angivet. Engelsk-sprogede forklaringer henviser til engelske (tysksprogede til tyske og fransk-sprogede til franske) tidsskrifter m.v., medmindre andet er angivet.

ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (østrigsk)
AG	= Die Aktiengesellschaft
Aftl.	= Aftaleloven
All ER	= All England Law Reports
APSL	= Anpartsselskabsloven
ASL	= Aktieselskabsloven
AStG	= Außensteuergesetz
BB	= Der Betriebsberater
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BRD	= Dommer og kjennelser ved Oslo (Kristiania) byrett I-VII
BS	= Byretssag
D	= Datterselskab(et)
Dalloz	= Recueil Dalloz-Sirey
DB	= Der Betrieb
DL	= Danske Lov
EGLR	= Estates Gazette Law Reports
EWiR	= Entscheidungssammlung zum Wirtschaftsrecht
FAL	= Forsikringsaftaleloven
FS	= Festskrift til
H	= Højesteretsdom
HGB	= Handelsgesetzbuch
HRT	= Højesteretstidende
IdW	= Institut der Wirtschaftsprüfer
J	= Juristen
JCP	= Juris-classeur Periodique (le semaine juridique)
JD	= Juristens Domssamling
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JT	= Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
Kbl.	= Købeloven

Forkortelser

KVStG	= Kapitalverkehrssteuergesetz
l.c.	= loco citato (på det anførte sted)
LG	= Landgericht
LOHS	= Landsover- samt Hof- og Stadsretsdom
M	= Moderselskab(et)
NDs	= Nordisk Domssamling
NIR	= Nordiskt Immaterielt Rättskydd
NJA	= Nytt Juridisk Arkiv
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NoH	= Norsk højesteretsdom
NRt	= Norsk Rettstidende
OGH	= Oberster Gerichtshof (østrigsk)
OLG	= Oberlandesgericht
op.cit.	= opus citatum (anførte værk)
P	= Pengeinstitut(tet)
RG	= Rettens Gang
RIW	= Recht der internationalen Wirtschaft
RR	= Revision og regnskabsvæsen
SH	= Sø- og Handelsretsdom
SHT	= Sø- og Handelsretstidende
Strfl.	= Straffeloven
SvH	= Svensk højesteretsdom
SvJT	= Svensk Juristtidning
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
U	= Ugeskrift for Retsvæsen
v.	= versus
V	= Vestre Landsrets dom
VLD	= Vestre Landsrets dom
WM	= Wertpapier-Mitteilungen
WPg	= Die Wirtschaftsprüfung
WuB	= Entscheidungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
ZGR	= Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	= Zeitschrift für die Insolvenzpraxis
ZKW	= Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
Ø	= Østre Landsrets dom
ØLD	= Østre Landsrets dom
ÅRL	= Årsregnskabsloven

Domsregister

Danske afgørelser – trykte

Ugeskrift for Retsvæsen

U 1894.639 H (HRT 1894.113, jfr. U 1892.1085 V) 61
U 1897.798 204, 274
U 1901.292 LOHS 66
U 1907.891 274
U 1924.517 H 219, 274
U 1929.459 H (HRT 1929.17) 61
U 1930.198 V 136
U 1930.411 H (HRT 1930.23) 61
U 1936.72 H 22, 207
U 1939.895 Ø 77 f
U 1942.242 H 275
U 1942.269 H 78 f
U 1944.582 Ø 66 f, 232
U 1944.862 H 22
U 1945.723 H 66 f, 232
U 1946.239 H 227
U 1947.253 H 80
U 1947.676 Ø 42
U 1949.1139 Ø 22
U 1955.208 H (HRT 1954.803) 62
U 1956.121 V 80
U 1956.245 H (jfr. 1954.893 Ø) 77 f
U 1956.275 H 22
U 1956.480 H 78 f
U 1956.903 SH 214
U 1958.898 H (HRT 1958.449) 62
U 1959.178 H 84, 214
U 1959.275 H (NDs 1959.82) 51
U 1959.327 H 22
U 1961.907 H (NDs 1961.417) 62
U 1962.266 H 84
U 1963.87 H 84, 214
U 1964.253 H (NDs 1964.55) 54
U 1965.110 H (NDs 1965.16) 62, 207, 232
U 1965.838 H 62, 207, 232
U 1966.10 H 231

U 1966.31 H (NDs 1966.487) 28
U 1966.293 SH 231
U 1966.588 H (NDs 1966.451) 78
U 1968.352 V 145
U 1971.337 V 24, 144
U 1972.50 H 82, 84, 121
U 1973.868 Ø 157
U 1974.119 H 226
U 1974.129 H (NDs 1973.649) 31, 33, 215, 238
U 1974.475 H 231
U 1974.936 V 231
U 1974.1005 H (NDs 1974.401) 27, 73, 108, 282
U 1975.379 H 85
U 1977.40 H (NDs 1976.429) 116
U 1977.274 H (NDs 1977.35) 27
U 1977.961 H 69
U 1979.15 H 64
U 1981.300 H (NDs 1981.59) 84
U 1981.543 V 136
U 1982.227 Ø 85 f
U 1982.412 52
U 1982.833 H 219
U 1983.126 221
U 1983.307 H 140
U 1983.478 Ø 31, 226
U 1983.597 V 226
U 1983.866 H (NDs 1983.341) 116
U 1983.895 H (NDs 1983.366) 116
U 1984.687 Ø 22
U 1984.867 171
U 1985.523 H 62
U 1986.301 H 22
U 1987.101 H 22
U 1987.784 H 32, 238
U 1988.98 H 26, 62, 79, 86, 176 ff, 198
U 1989.53 H 60, 83, 117, 121
U 1989.486 H 155
U 1989.523 H 171

Domsregister

U 1989.618 V 26, 108, 149, 175 f, 187 ff,
202, 206, 208, 210, 216, 225, 227 f, 255 f,
266
U 1989.622 SH 142
U 1990.190 H 86
U 1990.2 Ø 22, 73
U 1990.218 H 70, 84
U 1990.247 H 24, 144
U 1991.344 V 22
U 1991.903 H 72, 223
U 1992.69 H 125
U 1992.867 H (NDs 1992.514) 22
U 1993.52 H (NDs 1992.685) 71, 197
U 1993.217 V 22
U 1993.452 H 171, 200, 234
U 1994.470 H 109, 131, 141, 145, 149, 153,
160 f, 169, 179, 181, 194 f, 208 ff, 215,
225, 227, 230, 235, 241 f, 244 ff, 266, 302

Juristens Domssamling
JD 1944.295 78

Sø- og Handelsrets Tidende
SHT 1914.204 219, 274

Danske afgørelser – utrykte

Byretter

dom af 28. november 1986 fra Københavns Byret (afd. F, 1782/84) 22
dom af 27. April 1989 fra Retten i Svendborg (BS 810/88) 22
dom af 30. Juni 1989 fra Retten i Hobro (BS 584/88) 22
dom af 27. juli 1989 fra Retten i Hjørring (BS 977/87) 22
dom af 16. August 1989 fra Retten i Århus (1. afd., BS 66167-1/88) 22
dom af 8. august 1991 fra Retten i Vordingborg (BS 953/90) 22
dom af 29. Juni 1993 fra Københavns Byret (afd. A, A 1155/1991) 185, 257, 267
dom af 25. november 1993 fra retten i Nykøbing Falster (BS 540/1992 og BS 568/1993) 25, 225

Vestre Landsret

VLD af 15. april 1986 46
VLD af 21. december 1988 (3. afd., B 2362/1985) 104, 132, 137, 139 f, 145, 149, 178, 187 f, 195, 209, 222, 225, 229, 256 f, 266, 280
VLD af 6. marts 1990 (4. afd., B 17/1988) 22
VLD af 7. september 1990 (8. afd., B 735/1988) 22
VLD af 1. april 1992 (8. afd., B 2041/1989) 22
tilkendegivelse af 27. april 1993 fra Vestre Landsret (10. afd., B 1299/1990) 183, 257, 267
VLD af 20. oktober 1993 (8. afd., ankesag B 289/1992) 277

Østre Landsret

ØLD af 1. juli 1983 (8. afd., 504/1981) 22
ØLD af 11. juni 1985 46
ØLD af 1. maj 1987 (14. afd., 193/1986) 129 f, 135, 225, 230
ØLD af 15. februar 1988 (8. afd., 107/1987) 22

Norske afgørelser – trykte

Norsk Rettstidende

NRt.1851.577 NoH 79
NRt.1886.49 NoH 62, 77
NRt.1905.785 NoH 79
NRt.1924.929 NoH 61
NRt.1925.814 NoH 234
NRt.1928.1188 NoH 84
NRt.1931.545 NoH 126
NRt.1931.1247 NoH 44
NRt.1937.630 NoH 158, 181
NRt.1967.69 NoH (NDs 1967.59) 61
NRt.1983.716 NoH (NDs 1983.259) 26, 79, 178, 244
NRt.1992.1110 NoH (NDs 1992.565) 60
NRt.1992.1642 NoH (NDs 1992.807) 52

Rettens Gang

RG 1950.731 52

Nordiskt Immaterielt Rättsskyd

NIR 1992.410 52

Dommer og kjennelser ved Oslo

(Kristiania) Byrett

BRD I nr. 947 270 f

BRD V nr. 388 62

Norske afgørelser – utrykte

dom af 25. november 1986 fra Tromsø

Byrett (sak nr. 102/86 A) 23

dom af 4. juni 1988 fra Frostating Lagmannsrett (ankesak 145/1987) 205 f, 241 ff

dom af 23. februar 1990 fra Oslo Byrett (680/89-27-22) 104, 131, 135, 149, 174f, 195, 209, 256, 266

Svenske afgørelser – trykte

NJA 1949.609 SvH 155

NJA 1956.217 SvH 52

NJA 1977.92 SvH (NDs 1977.73) 86, 162

NJA 1980.46 SvH (NDs 1980.167) 155

NJA 1981.323 SvH 64

NJA 1982.244 SvH (NDs 1982.127) 31

NJA 1985.178 SvH (NDs 1985.112) 218 f

NJA 1990.745 SvH (NDs 1990.602) 86

NJA 1992.375 SvH (NDs 1992.460) 32 f, 50 f, 87 f, 108, 146, 152 f, 182, 281

Svenske afgørelser – utrykte

dom af 5. april 1991 fra Hovrätten för Nedre Norrland (2. avd., mål nr. T 145/88) 181 f, 215, 217 ff, 223 ff, 242

dom af 19. april 1991 fra Svea Hovrätt (15. avd., mål nr. T 1019/89) 104, 161, 191 ff, 199, 214, 230, 235, 239, 267, 272

Nordisk Domssamling

NDs 1959.82 51

NDs 1961.417 62

NDs 1964.55 54

NDs 1965.16 62, 207, 232

NDs 1966.451 78

NDs 1966.487 28

NDs 1967.59 NoH 61

NDs 1973.649 31, 33, 215, 238

NDs 1974.401 27, 73, 108, 282

NDs 1976.429 116

NDs 1977.35 27

NDs 1977.93 SvH 86, 162

NDs 1980.167 SvH 155

NDs 1981.59 84

NDs 1982.127 SvH 31

NDs 1983.259 NoH 26, 79, 178, 244

NDs 1983.341 116

NDs 1983.366 116

NDs 1985.112 SvH 218 f

NDs 1990.602 SvH 86

NDs 1992.460 SvH 32 f, 50 f, 87 f, 146, 152 f, 182, 281

NDs 1992.514 22

NDs 1992.565 NoH 60

NDs 1992.685 71, 197

NDs 1992.807 NoH 52

Tyske afgørelser – trykte

NJW 1967.1425 69, 175

AG 1979.108 220

IPR-Rechtsprechung 1979 s. 45 (jfr. AG 1977.321) 126 f

WM 1985.455 105, 131, 139, 147

WM 1989.1642 234, 136, 204 f

WM 1992.2088 32, 183

NJW 1992.2093 H (= ZIP 1992.338 = WM 1992.501) 105, 131, 138 f, 147

Tyske afgørelser – utrykte

dom af 29. januar 1986 fra OLG Köln 131

dom afsagt den 8. januar 1987 af OLG München (1 U 3949/86) 203 f, 207, 234, 241

Østrigske afgørelser

OGH-Zivilsachen 1985.606 139, 276

OGH-Zivilsachen 1988.361 131

Franske afgørelser

dom af 27. oktober 1981 fra Tribunal de
Commerce Paris 49

dom af 10. januar 1985 af Cour de
Montpellier 48, 131, 191

dom af 16. juni 1986 fra Tribunal de
Commerce de Paris 49, 131

dom afsagt af Cour de Cassation offentliggjort i JCP 1992 Ed. E II nr. 345 s.
230 49

Engelske afgørelser

Chemco Leasing SPA v. Rediffusion
PLC 131

Edwards v. Skyways Ltd. 166, 181, 220

Kleinwort Benson v. Malaysia Mining
Corp. 81, 131, 165 ff, 170, 181 f, 192,
213, 223, 228, 239 f, 243, 264, 267, 274,
281

Walford and others v. Miles and
another 121, 131

Australsk afgørelse

dom af 5. oktober 1990 fra Commercial
Division of the Supreme Court of
New South Wales 115, 131, 179 f

Stikordsregister

A

- accept af risiko 73, 301
- adfærd, løfteforpligtende 63 ff.
- adfærdsbeskrivelse 94
- adfærdstilkendegivelse 94
- adækvans 72
- afgiver
 - afvisning af at kautionere 208 ff.
 - momenter med tilknytning til 201 ff.
 - status 201 ff.
- aftale (se løfte)
- aftalefrihed
 - og bestemthedskravet 67 f.
 - og forpligtelsesspørgsmålet 85
- afvisning af at kautionere (se kaution)
- afværgelse af konkurs 242 f.
- aktualiseringsgrund 243 f.
- almenheden, støtteerklæringer over for 125 ff.
- anbefaling 124
- anmeldelsesret i M's konkursbo 104 f., 147 f.

B

- beføjede forventninger (se forventninger)
- beløbsbegrænsning, bestemmelse om 199
- berettigede forventninger (se forventninger)
- bestemthedskrav
 - og aftalefrihed 67 f.
 - det aftaleretlige 58 ff., 67, 96, 184 ff., 268
 - det processuelle 189 f.
- bestræbelsesforpligtelse (se også *obligation de moyen*)
 - begreb 69

- indhold af 273 ff., 302
- som mellemløsning 273 ff., 302
- naturalopfyldelse af 139 f.
- noteførsel af 284 f.
- bestyrelsesansvar 26 ff.
- bestyrelsesbehandling 213, 253
- betalingsevne 133 f., 205
- betalingsvilje 133 f., 205
- bevisbyrde, omvendt 113, 116, 120, 138
- Bretton Woods*-aftalen 47
- bristede forudsætninger (se *rebus sic stantibus*)
- byrde 58, 96, 99, 210, 297

C

- compensatio culpa* 163, 301
- culpareglen 156 f., 161 ff., 254, 258
- culpa in contrahendo* 85, 301
- cross default clause* 142 f.

D

- datterselskabet
 - afhængighed af M 237 ff., 297
 - kapital i forhold til låneoptagelse 239 ff.
 - koncernrelation til M 237 ff.
 - momenter med tilknytning til 237 ff.
- dolusreglen 155, 158, 161

E

- egen skyld 73
- ejerskabserklæring 112 ff.
- emne, støtteerklæringers 91 f.
- endelighed 58
- enten-eller 261 f., 300 f.
- erstatning for løftebrud 137
- erstatningsansvar eller løfte 66 f.
- essentialia negotii* 68

F

falsa demonstratio non nocet 154,
158 ff., 192 f., 233
forhandlingsløsning, erklæring om at
ville søge 121 f.
forkontrakt 68, 82 f.
formodning imod quasikautiion 266
formodningsregel 262 f., 298
formål med støtteerklæringer 40 ff.
– forsøg på kompromis mellem ufor-
enlige standpunkter 40 ff.
– forsøg på undgåelse af garantiforbud
(negativerklæring) 52 ff.
– forsøg på undgåelse af regnskabsnote
44 f.
– forsøg på undgåelse af skatter og
afgifter 45 ff.
– forsøg på undgåelse af tunge beslut-
ningsprocedurer 48 ff.
– forsøg på undgåelse af valutarestrik-
tioner 47 f.
forsigtighedsprincippet 101
fortilfælde 212
fortolkning 163 ff., 272 ff., 295 f.
forudsætninger (se *rebus sic stantibus*)
forventninger, beføjede (berettigede)
65, 88, 94 f., 297

G

garanti (se også kautiion)
– for betalingsevne 129, 133 ff., 146 ff.
– resultatforpligtelse 128 f.
garantiforbud, gennemslagskraft i
forhold til trediemand 53 ff.
gentlemen's agreement 67 f., 81, 85
going concern–forbehold 145
gæld 98
– ny eller gammel 241 f., 248

H

hensigtserklæring
– anvendelse af rene hensigtserklærin-
ger i praksis 41 ff., 239
– betydning som overskrift 194 f., 250,
258

– og *culpa in contrahendo* 85
– faktisk erklæring (*letter of intent*) 20 f.
– juridisk begreb 20, 81 ff., 292
– kortsigtede 223 ff.
– retsvirkninger 81 ff., 223 ff., 281 f., 293 f.
– og stiltiende løfter 88 ff.
hensættelse 98
hæftelsesgennembrud 29 ff., 237 f.

I

indemnitetserklæring 109 f.
initiativet til erklæringen 226 f.
indflydelse,
erklæring om at udøve 116 ff.
indretningssynspunkter 220 ff.

K

kautiion
– afgrænsning i forhold til 24 ff., 133 ff.,
146 ff.
– afvisning af at kautiionere 208 ff.,
251 f., 296
– senere anmodning om 233 f.
kautiionssurrogat 271
(se også quasi-kautiion)
kendskabserklæring 111 f.
klargøringspligt 224, 267 f.
kompromiskarakter 40 ff.
kompromissynspunktet 263 ff., 267 f.
koncernfinansiering 35 ff.
konkurs (se anmeldelsesret)
konsolideret årsregnskab 107
kontrollerklæring 115 f.
konventionalbod, bestemmelse om 199

L

lempelse 271 f.
letter of intent (se hensigtserklæring)
likviditetserklæring
(se også likviditetsforpligtelse)
– begreb 16, 123, 128
– og bestyrelsesansvar 28 f.
– bestyrelsesbehandling af 213, 253
– og hæftelsesgennembrud 29 ff.
– noteførsel 98 f., 125

- regnskabsmæssig behandling 98 f., 125
- retsvirkninger 124 f., 133 ff., 267 ff.
- likviditetsforpligtelse
 - (se også likviditetserklæring)
- anmeldelsesret ved M's konkurs 104 f., 147 f.
- begreb 99, 123, 128
- *beneficium ordinis* 140
- biforpligtelser 143 f.
- erstatning for misligholdelse 140 ff.
- garanti *sui generis* 133, 149
- indhold 129 ff.
- irrationel 257
- meningsløs 150, 257, 265 f., 298
- misligholdelse 135, 140
- misligholdelsesbeføjelser 137 ff., 140 ff.
- naturalopfyldelse 134 ff.
- noteførsel 99, 125
- ophævelse i forhold til M 142 f.
- ophørsgrunde 144 ff.
- regnskabsmæssig behandling 99, 125
- retlig kvalifikation 133 f., 146 ff.
- retsvirkninger 134 ff.
- subrogation 142
- tredjemandsløfte 129 f., 133
- vedvarende forpligtelse 135
- lov og ærbarhed (se ugyldighed)
- lovvalgsklausul 199
- loyalitetspligt 86 ff., 90, 212
- løfte
 - eller erstatningsansvar 66 f.
 - begreb 57
 - bestemthed 58 ff., 67, 184 ff.
 - betingelser 58 ff., 295
 - enten-eller 261 f., 300 f.
 - moralsk 42, 81, 85
 - om kaution 61 f.
 - signal 58 ff., 173 ff., 198, 251, 258
 - stiltiende 63 f., 80
 - typer 68 ff.
 - retsvirkninger 57, 291 ff.
- løftesignal (se løfte)
- løftespørgsmålet 58 ff., 184 ff., 294 ff.
- løftevirkning af adfærd 63 ff.

M

- managementerklæring 120 f.
- mandatum qualificatum* 270
- materiale, skriftligt ved siden af erklæringen 228 ff.
- mellemløsninger 267 ff., 298, 301 ff.
 - (se også bestræbelsesforpligtelse)
- begreb 123
- gældende ret 255, 282 ff.
- muligheder 258 ff., 268 ff.
- mellemstærk erklæring 93, 235, 247, 252
- minimumsreglen 172 f.
- modstrid, intern 194 ff., 296
- modtager
 - egen opfattelse 233 ff.
 - initiativ til erklæringen 226 f.
 - kreditgivning i tillid til erklæringen 220 ff.
 - momenter med tilknytning til 216 ff.
 - nærhedsgrad til D 231 ff.
 - status 216 ff.
- moral
 - (se også løfte og *obligatio naturalis*)
- i forretningslivet 42 f.

N

- naturalia negotii* 60
- til hensigtserklæringer 90 f.
- naturalopfyldelse
 - bogstavelig 135 ff.
 - af en likviditetsforpligtelse 137 ff.
- negativerklæring 52 ff.
- negative pledge*
 - (se negativerklæring)
- note 98
- noteførsel
 - af bestræbelsesforpligtelser 284 f.
 - betydning som fortolkningsmoment 213 f.
 - overvågningspligt for kreditgiver? 102
 - pligt til 99 ff.
 - ugyldighed som følge af manglende noteførsel? 103 ff.
- nærhedsgrad mellem modtager og D 231 ff.

O

- obligatio naturalis* 81 f.
- obligation de moyen* 49, 69
- obligation de resultat* 49, 69
- omgåelse 43 f.
- omvendt bevisbyrde
 - (se bevisbyrde, omvendt)
- opfattelse
 - fælles 254
 - (se også *falsa demonstratio non nocet*)
- modtagers egen 233 ff.
- oplysning
 - (se også soliditetsoplysning)
 - begreb 70
 - erstatningsansvar 72 ff., 281 f.
 - om hensigter 83, 88
 - kan være et løfte 76 ff.
 - retsvirkninger 84 ff., 291 ff.
 - og rådgivningsansvar 72
 - kan frit tilbagekaldes 74 f.
 - uforbindende 74 f.
 - ufuldstændig 71
 - urigtig 71
- ordlyd
 - betydning 151 ff., 249 ff., 294
 - fortolkning 153 ff.

P

- passivitet 63
 - kreditgivers over for manglende noteførsel 102 ff., 235 f.
 - kreditgivers over for udbytte fra D til M 280
- pengeforpligtelse 275
- professionalisme, betydning af 202, 217, 295

Q

- quasidisposition 63
- quasikaution 99, 149, 151, 210 f.
- formodning imod 266, 296 ff.

R

- rebus sic stantibus* 273 f.
- regnskabssvig 103
- rentefod 240
- resultatforpligtelse 69, 128, 273
 - (se også *obligation de resultat*)
- retshandelsegenskab 62 f.
- rådgivningsansvar 72

S

- samhandelserklæring 118 f.
- selskabsretlige synsmåder 302
- sikkerhedsstillelse ved siden af
 - likviditetserklæring 240 f.
- soft law* 304 f.
- soliditetsoplysning
 - begreb 22
 - berettigede forventninger 74
 - erstatningsudmåling 73
 - med løfteelementer 22, 76
 - oplysning, ikke indeståelse 80
 - retsvirkninger 73 ff.
 - uforsvarlig vurdering 71 f., 76
 - årsagsforbindelse 73
- solvensforpligtelse 132
 - (se også likviditetsforpligtelse)
- solvensgaranti 269, 271
- standardkontrakt 227 f.
- status
 - afgivers 201 ff.
 - modtagers 216 ff.
- stempelpligt 46 f.
- stillingsfuldmagt 48 f.
- stærk erklæring 93
- støtteerklæring
 - begreb 15 f., 111
 - emne 91 f.
 - fremtid 303 ff.
 - regnskabsmæssig behandling 98 f., 112, 115 f., 118 f., 121 f.
 - i “soft law”-perspektiv 304 f.
 - typer 111 ff., 303
- svag erklæring 93

T

tabskaution 147 f.
tegningsret 48
tidsbegrænsning, bestemmelse om 200
tilbagetrædelse 280
tjenestegaranti 269, 271
tvetydighed (se modstrid)

U

udbredelse af støtteerklæringer 86
udbyttebetalinger fra D 279
udelukkelsesklausul 196 ff.
udsagn
– om fremtiden 93
– objektive 93
– subjektive 93
ugyldighed 103 ff.
uklarhedsreglen 171 f.

V

valutarestriktioner 47 f.
videreledningsrisiko 135
vildledningsrisiko 225, 295, 301
vilje 64
viljesmangel, synbar
 (se culpareglen)
vitterlighedsvidne 212
voldgiftsklausul 199
vurdering 70 f., 76
væddeløbsresultater 77 f.
værnetingsklausul 199

Æ

ærbarhed (se ugyldighed)

Å

årsagsforbindelse 72, 75
årsregnskab
 (se også gæld, hensættelse, note,
 noteførsel og ugyldighed)
– forsigtighedsprincippet 101
– konsolideret regnskab 107
– retvisende billede 100
– og støtteerklæringer 299 f.