

Ophævelse af iværksætterselskaber

Cancellation of the variation of a Danish limited liability company - IVS

Cand.merc.(jur.) Kandidatafhandling, 15.05.2019

Affattet af Josephine Schwartz

Studienummer: 71331

Kontraktnummer: 14797

Økonomisk vejleder: Jakob Olsson

Juridisk vejleder: Rasmus Mehl

Anslag: 141.469

Indholdsfortegnelse

Indholdsfortegnelse	2
Abstract:.....	4
Forkortelser og betegnelser	5
1.1 Indledning:	6
1.1.1 Problemfelt.....	7
1.2.1 Juridisk underspørgsmål.....	8
1.2.2 Økonomisk underspørgsmål.....	8
1.2.3 Integreret underspørgsmål	9
1.3 Synsvinkel.....	9
1.4 Metode.....	9
1.4.1 Juridisk metode.....	10
1.4.2 Økonomisk metode	11
1.4.3 Integreret metode: Retspolitisk metode.....	12
1.5 Afgrænsning.....	13
1.6 Kildekritik	13
1.7 Struktur for afhandlingen	14
2. Juridisk analyse:.....	15
2.1 Indledning.....	15
2.2 EU-rettens forrang:	15
2.3 Formålet med iværksætterselskaber:	17
2.4 Definition af iværksætterselskab:	22
2.5 Kritik af kapitalkravet.....	23
2.6 Konkursryttere og tvangsopløsninger	25
2.7 Opretholdelse af kapitalkravet:	27
2.8 Anvendelse i praksis: Kreditorbeskyttelse i SG Finans.....	27
2.9 Ledelsesansvaret:	29
2.10 Domsanalyse	33
2.11 Juridisk delkonklusion.....	35
3. Økonomisk analyse	37
3.1 Indledning.....	37
3.2 Erhvervsstyrelsens rapport	37
3.3 Cost-benefit analyse	39
3.4. Kontrakten mellem IVS og Staten.....	42
3.5 Principal-Agent teori.....	43
3.6 Spilteori.....	44
3.7 Efficiens af ny regulering:	50
3.8 Kaldor Hicks effektivitetsteori.....	53
3.9 Økonomisk delkonklusion	54
4. Integreret analyse.....	55
4.1 Lovgivning kontra normer	55
4.2 Retssagsspil og BATNA	61
4.3 Integreret delkonklusion	63
5. Samlet konklusion	64
6. Perspektivering	67
6.1 Løsningsforslag: følge Luxembourg's eksempel	67
6.2 Løsningsforslag: Den digitale udvikling	68

7. Litteratur- og domsliste	69
Bilag 1 : Interview af Jesper Lau Hansen	73

Abstract:

A central theme in company law is the different types of companies each state in the European Union, offers the agents. Denmark offered until April 2019, a company with a formation of capital approximately to 1 EUR, with limited liability, in case of bankruptcy. 14 other states in the Union offer this type of company, however, Denmark has cancelled their type of company, as a variation of a limited liability company. The cancellation is based on a rapport made by the Governing for Business (Erhvervsstyrelsen), with an assumption that the IVS is more prone to commit financial crime.

This master thesis analyses the rapport, and it concludes there's no documentation for this assumption, based on the level of comparison, which seem too subjective.

Additionally, this master thesis investigates the consequences of cancelling this type of company, known as a company in favor of Danish entrepreneurs – IVS.

By using Danish and European verdicts the master thesis concludes that the government should use the rules of the responsibility that lies within the company management, instead of cancelling the IVS. The thesis is divided into an analysis of law and economics, whereas the economical analysis is based on a method of game theory and behavioral economics. This predicts the strategies and incentives towards the government and entrepreneurs. The Danish government and entrepreneurs will have to collaborate to get an efficient outcome for both parties, and therefore reveal an outcome, that optimizes social welfare. The economical conclusion finds social welfare by Kaldor-Hicks efficiency, which has the greatest total payoff, and is the strategy that keeps the IVS. This gives an incentive to the entrepreneurs, to save profits, towards changing the IVS into a Danish Aps.

Finally the thesis combines law and economics and concludes how the use of norms given as the responsibility that lies within the company management and how regulation by law, will force the entrepreneurs to comply with the Danish company law. The thesis concludes that by cancelling IVS, it will loose competitiveness on the European market, because Danish entrepreneurs will have more favorable company types in other EU-states. The Danish government will commit breach towards The Treaty on the Functioning of the European Union article 49 and 54, if they try to control companies with different nationalities.

Forkortelser og betegnelser

ApS: Anpartsselskab

Art.: Artikel

A/S: Aktieselskab

IVS : Iværksætterselskab

KSL: Kapitalselskabsloven

Moderniseringsudvalget: Udvalget til modernisering af selskabsretten

SEL: Selskabsskatteloven

s.m.b.a: Selskab med begrænset hæftelse

ÅRL: Årsregnskabsloven

1. Præsentation af problemstilling:

1.1 Indledning:

Folketinget kom i maj 2018 med et forslag om at udvande selskabsformen iværksætterselskaber, med den begrundelse at vi siden indførelsen i 1. Januar 2014, har set en stigende grad af ansvarsløs opførsel, herunder økonomisk kriminalitet og manglende ansvarspådragelse.¹ Den 28. februar 2019, fremkom endnu et lovforslag, som lød på ophør af iværksætterselskaber, jf. selskabslovens § 5 stk. 1, nr. 14.² I den forbindelse nedsætter lovgiver desuden minimumskravet til selskabskapitalen på anpartsselskaber til kr. 40.000., for at imødekomme iværksætteriet på anden vis. Den 9. april var forslaget til 3. behandling i Folketinget, hvortil det blev vedtaget at afskaffe IVS'er og nedsætte kapitalkravet på ApS'er.

Ophævelsen af IVS møder megen kritik fra eksperter indenfor selskabsretten, hvortil flere både har bedt om høringssvar og gjort opmærksom på potentielle selskabsretlige konsekvenser for Danmark.³ Eksperterne var med i Moderniseringsudvalget under udfærdigelse af Lov nr. 616 af 12-06-2013, hvortil de udtrykte bekymring for flere af de problematikker som dansk selskabsret står overfor i dag.⁴ Siden indførelsen af IVS'er har selskabsformen bidraget positivt til samfundet med en total omsætning på kr. 5.2 mia., eksport på kr. 430 mio., samt en givet beskæftigelse på 5.200 personer. Kritikken af ophævelsen stammer fra en bekymring om, hvorvidt den omsætning, eksport og arbejdspladser i nogen grad vil gå til udlandet, som følgevirkning af dansk selskabsrets mindre konkurrencedygtighed. Modsætningsvis er der siden oprettelsen af IVS'er, opstået en skatterestance på 641 Mio kr.⁵, hvilket forsøges at blive reguleret ved kravet om omdannelse til ApS⁶, samt nedsættelsen af kapitalkravet til Aps'er på 40.000⁷.

¹ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber

² *Kapitalselskabsloven*, Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved L 2019-04-13 nr. 445

³ Jesper Lau Hansen, Kronik: Det er ikke idéen bag IVS, som er ansvarsløs, men kritikken, 17-09-2018 i Børsen.

⁴ Moderniseringsudvalgets betænkning 1498/2008

⁵ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 3, s. 19-21 og s. 45, jf. Samlet skatte restance for både aktive og ophørte IVS selskaber.

⁶ Jf. KSL 5, stk. 1

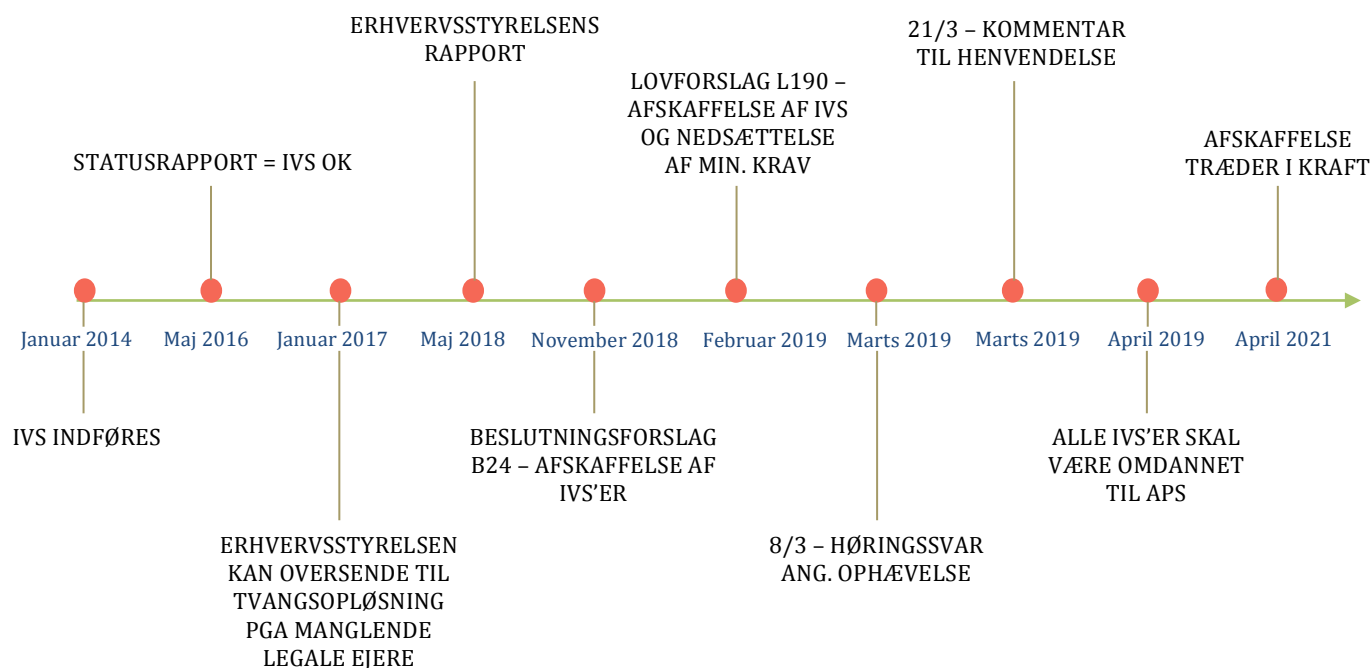
⁷ Jf. KSL § 4, stk. 2

Afhandlingen søger at belyse hvorvidt baggrunden for lovændringen er retvisende og om der kan drages en direkte sammenhæng mellem selskabsformen og de konsekvenser det har for samfundet. Erhvervsstyrelsen har udarbejdet en rapport til at belyse dette, hvorfor afhandlingen vil redegøre for om der er juridisk belæg for ophævelse af iværksætterselskaber. Endeligt diskuteres selve formålet med selskabsformen i lovgivningen, for at anskue vores fremtidige iværksætteres vækst og konkurrencedygtighed.

Formålet med afhandlingen er at give læseren indblik i de gældende regler for IVS'er. Ydermere søger afhandlingen at redegøre og analysere ændringerne i selskabsloven, som følge af ophævelse af IVS'er. Der fremføres et løsningsforslag for de involverede parter for at anskue hvorvidt ophøret af IVS'er er efficient. Endelig konkluderes på om de ændrede regler opnår tilsigtede virkning, samt om de økonomiske udfald er optimale for samfund og erhvervsliv.

1.1.1 Problemfelt

Figur 1.1 Tidslinje: Forløbet for IVS'ers ophævelse



1.2 Problemformulering

Afhandlingen behandler lovændringerne i selskabsloven⁸, hvor en ophævelse af IVS som selskabsform, nedsættelse af minimumkravet samt krav til omdannelse til ApS er afgørende ændringer. Disse lovændringer er vedtaget og fremført, grundet lovgivers antagelse om at selskabsformen ikke har den oprindelige tilskyndet virkning, men derimod er ramme for økonomisk svindel. Afhandlingen vil derfor undersøge baggrunden for ophævelsen, jf. erhvervsstyrelsens rapport.⁹

En fortolkning af lovændringerne, udfærdiges for at analysere hvorvidt ændringerne vil hindre økonomisk svindel fremadrettet, opnå den ønskede virkning eller vil få konsekvenser for selskabsrettens konkurrencedygtighed i Europa. Slutteligt angives et løsningsforslag, ved analyse af betingelserne for ledelsens ansvar, og hvorvidt bestemmelserne i KSL kan benyttes som kreditorbeskyttelse. Dette belyses ved anvendelse af erhvervsjuridisk metode i samspil med en praktisk fremførelse af, hvordan kreditorer i erhvervslivet forholder sig til iværksætterselskaberne. Behandlingen af retspraksis søger at afdække, hvorvidt afskaffelsen af IVS'er er juridisk og økonomisk efficient for samfundet, ud fra iværksætternes incitament til at omdanne sig til et ApS eller benytte sig af udenlandske selskabsformer. Ovenstående problematikker søges besvaret ved følgende underspørgsmål:

1.2.1 Juridisk underspørgsmål

Hvilke selskabsretlige konsekvenser vil ophævelse af IVS'er medføre for Danmark og vil den nye regulering opnå den tilsigtede virkning?

1.2.2 Økonomisk underspørgsmål

Hvilket incitament har Staten til at ophæve IVS som selskabsform samt hvorledes bør ressourcerne til samfundet allokeres?

⁸ *Kapitalselskabsloven*, Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved L 2019-04-13 nr. 445

⁹ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018

1.2.3 Integreret underspørgsmål

Hvilken reguleringsstandard vil være mest efficient for at iværksættere overholder selskabsloven?

1.3 Synsvinkel

Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven, angiver den ønskede virkning for samfundet samt de omkostninger som følger med en lovændring. Ud fra dette anskues afhandlingen ud fra lovgivers synsvinkel, ide lovgiver regulerer efter samfundets hensyn. Lovgivers incitament til ændring af lovgivning sammenholdes i den økonomiske analyse, hvortil der søges at afbillede hvilke konsekvenser lovændringen kan medføre for iværksætterne, samt om de to parter agern har den tilsigtede virkning. Samlet set har det danske samfund brug for at tage hensyn til både erhvervslivet og samfundet, hvorfor begge vil tages i betragtning for at besvare den integreret analyse.¹⁰

1.4 Metode

Afhandlingen udarbejdes ved en juridisk, økonomisk og integreret analyse. Afhandlingen søger at besvare det juridiske underspørgsmål ud fra den retsdogmatiske metode, ud fra gældende ret. Den økonomiske analyse benytter sig af den af neoklassiske teorier, spilteori og adfærdsøkonomi, hvorved formålet er udvikle pristeorien ved at indføre nyttebegrebet og formulere et græsenyttebegreb. Nyttebegrebet defineres som agentens behov for nyttemaksimering. Metoden tager udgangspunkt i matematiske beskrivelser af økonomiske problemer, hvormed udgangspunktet er at agenterne er rationelle, har fuld information, at ressourcerne er begrænsede og agentens behov er umættelige.¹¹

Da der er tale om et erhvervsjuridiske studie, er ovenstående en erhvervsorienteret metode.

¹⁰ Christina D. Tvarnø & Sarah Maria Denta, Få styr på metoden! – Introduktion til juridisk metode og tværfag samfundsvidenskabelig projektmetode, 2018, Ex Tuto Publishing, 2. Udg. S. 208-212

¹¹ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2017, s. 433

Den juridiske analyse søger at afklare allerede opstået tvister, hvorimod den økonomiske analyse søger at afklare det mest hensigtsmæssige, givet parternes adfærd. Den integreret analyse søger at sammenkoble juraen og økonomien, i et forsøg på at fremadrettet opnå den mest efficiente løsning.

1.4.1 Juridisk metode

I denne afhandling benyttes retsdogmatisk metode hvortil formålet er at fortolke de tilstedeværende retskilder på området, med henblik på at afklare hvad gældende ret er i forhold til den konkrete juridiske problemstilling.

De forskellige retskilder; regulering, retspraksis, sædvane og forholdes natur, har intet hierarki, men det er givet at regulering fremstår som den mest objektive retskilde, hvorfor der afgrænses fra at behandle sædvane og forholdets natur.¹² Regulering vil som bærende element bestå i den danske kapitalselskabslov¹³, hvortil der vil være en ordlydsfortolkning af relevante bestemmelser. Praksis vil have til formål at klargøre om der foreligger præcedens indenfor området. Der tages højde for hierarkiet indenfor domstolene, da det har betydning for retskildeværdien.¹⁴

Da mængden af domspraksis indenfor iværksætterselskaber er sparsom, og da der er tale om en variant af anpartsselskaber vil det være hensigtsmæssigt at tilføje retspraksis samt litteratur der behandler anparts- og aktieselskaber. Det forsøges således at klargøre den gældende retsstilling, de lege lata. Da afhandlingen forholder sig kritisk til de argumenter der stilles vedrørende opløsning af iværksætterselskaberne, vil der via retspolitisk analyse angives forslag til i hvilket omfang lovgiver bør ændre lovgivning om ophævelsen af iværksætterselskaberne, jf. de lege ferenda.¹⁵ Kortvarigt henvises til komparativ ret, da et af argumenterne imod opløsningen af iværksætterselskaber, antager at de andre nordiske landes

¹² Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2017, s. 207

¹³ Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, ændret ved LOV nr. 445 af 13/04/2019

¹⁴ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2017, s. 149

¹⁵ Ibid.

håndtering af iværksætterselskaber er bedre end den danske. Det er også relevant i forhold til det historiske aspekt, da iværksætterselskabernes udspringer af tysk ret.¹⁶

1.4.2 Økonomisk metode

Økonomisk teori har som kernepræmis, at individet vælger ved at optimere. Står individet mellem et valg af varer og tjenesteydelser vil individet vælge det som bedst afspejler deres værdi givet ud fra vægtningen af pris og kvalitet. Derudover antager man at valg træffes ud fra objektive betragtninger. Dette medfører at ud fra et økonomisk perspektiv, at der analyseres ud fra rationelle forventninger.¹⁷ Økonomisk teori har tendens til ikke at fremstå for selvsikker, hvorfor præmissen om begrænset optimering, benævnt *constrained optimization*, vil influere økonomiske konklusioner. Man vælger derfor det bedste ud fra et begrænset budget hvilket kan kombineres med teorien om ligevægt. Dette benævnes i opgaven som en NASH-ligevægt.¹⁸

Den økonomiske analyse vil behandle spilteori med udgangspunkt i incitamentsstruktur angivet som et principal-agent forhold. Incitament-teorien bygger på antagelsen om at individets handlinger foretages ud fra deres motiver og handler rationelt.¹⁹ Dette skyldes forskellige informationsgrundlag og forskellige interesser. Ændring i informationer kan udmunde i at parternes adfærd bliver styret i en ønsket retning. Adfærdsteori afdækker individets manglende evne til at træffe valg ud fra objektive betragtninger. Derimod dokumenterer flere studier at individet er præget af overmod, benævnt *overconfidence*, hvormed de kan være påvirket af *bias*. Tages disse betragtninger med, vil det være muligt at præcisere udfald, da adfærdsøkonomien påviser at individet ikke altid handler rationelt. Dette anvendes til at fastlægge hvilke forskellige præferencer individet har, grundet de kognitive begrænsninger som spiller ind ved brug af motiver frem for rationalitet.²⁰

¹⁶ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015s. 34, fodnote 33

¹⁷ Christian Knudsen, Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi, 1997, kap. 2.

¹⁸ Richard H. Thaler, Adfærdsøkonomi – hvordan vi afslørede det ufornuftige menneske, 2018, s. 7

¹⁹ Prajit K. Dutta, Strategies and Games – theory and Practice, 1999, s. 233

²⁰ Richard H. Thaler, Adfærdsøkonomi – hvordan vi afslørede det ufornuftige menneske, 2018, s. 10-11

Spilteori bygger på en forudsætning om at individet handler rationelt og at parterne på det angivne marked altid vil vælge mest efficiente løsning anskuet fra et rationelt perspektiv. Såfremt parterne ikke vælger den mest rationelle løsning antages det at der ikke er handlet fuldkommen rationelt. At en handling er rationel er på baseret på en antagelse om at enhver part handler ud fra deres bedste interesser, og den handling som være til største gunst. En parts handling kan forudses ud fra de forskellige udfald, som handlingen vil medføre.²¹ Den største nytte for samfundet udledes ud fra de give NASH-ligevægte og Kaldor Hicks-kriteriet. En NASH-ligevægt er et udtryk for spillerens *best response*, hvorfor ingen af parterne har incitament til at ændre sin strategi.²²

Formålet med en Cost-benefit analyse i afhandlingen er at måle intensiteten af præferencer og vurdere hvilken værdi parterne tillægger de forskellige fordele og ulemper. Parterne vil vælge det udfald som totalt angiver flere fordele end omkostninger.²³

1.4.3 Integreret metode: Retspolitisk metode

Retsøkonomiens analyseniveau er som udgangspunkt samfundsmæssigt orienteret. Et niveau af retsøkonomien er kontraktsøkonomien som anskuer fra et virksomhedssynspunkt, hvorfor kontrakten mellem iværksætter og Staten behandles i afhandlingens afsnit 3.3. Teorien har dermed til formål at forklare en regels implikationer og kan medvirke til at fastsætte hvilke regler der mest efficiente for parterne på markedet. Posner²⁴ argumenterer for at en dommer skal kende samspillet mellem jura og økonomi, hvorfor juridiske regler skal bedømmes ud fra deres konsekvenser.²⁵ Denne afvejning kan også afspejles juridisk via proportionalitetsprincippet jf. TEUF art. 5, stk. 1 og stk. 4.²⁶

²¹ Joel Watson, *Strategy: An introduction to game theory*, 2013, s. 43

²² Prajit K. Dutta, *Strategies and Games – theory and Practice*, 1999, s. 460

²³ Robert Frank & Edward Catwright, *Microeconomics and behaviour*, s. 609-611

²⁴ Richard A Posner, *Overcoming Law*, 1995, s. 387.

²⁵ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, *Retskilder og Retsteorier*, 2017, s. 440.

²⁶ Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, *EU Ret*, 2011, s. 182

1.5 Afgrænsning

Afhandlingen afgrænser fra komparativ analyse af dansk, kontra andre europæiske landes lovgivning, grundet sprogbarrierer. Disse kan føre til misforståelser i fortolkning af udenlandsk ret. Afhandlingen redegør kort iværksætterselskabers udspring af tysk ret, men ikke på et analyserende niveau.²⁷

Afhandlingen afgrænser fra behandlingen af større gennemgang af værktøjer som SG Finans kan benytte ved handel med iværksætterselskaber, da SG Finans afstår fra problemet, ved brug af kautioner, hvilket begge parter stiller sig til fri benyttelse af. Kautioner er med aftaleretlig baggrund, og da opgaven behandles ud fra et selskabsretligt synspunkt behandles dette ikke i større omfang. Afhandlingen afgrænser ligeledes fra at behandling af skattemæssige aspekter samt revision, delvist pga. sammenligningsgrundlaget i Erhvervsstyrelsens rapport, hvorfor afhandlingen i større grad ville have bygget på en analyse af danske personselskaber. Da IVS er en variant af et ApS, retter analysen sig mod kapitalselskaber og udenlandske IVS'er.

1.6 Kildekritik

I afhandlingens integreret analyse benyttes Shavell's artikel til at afgøre hvilket agtpågivenhedsniveau er mest efficient. Shavell stiller en forudsætning om at Stat og iværksættere er risikoneutrale, hvilket ikke er tilfældet for principal-agentforholdet i afhandlingen.²⁸

Afhandlingen stiller sig kritisk overfor valideringen af Erhvervsstyrelsens rapport, da politikerne har en agenda ud over hensyntagen til borgerne og samfundet. Rapporten kan derfor afspejle et ensidigt billede, på baggrund af et politisk standpunkt overfor vælgerne. Den politiske agenda har til dels til sigte at agere mere forsigtigt på markedet, frem for at være konkurrencedygtige med EU-selskabsret²⁹. Der kan derfor være tale om "rapport på

²⁷ Thomas Riis & Jan Trzaskowski(red.), Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling, 2013, s. 81

²⁸ jf. Afhandlingens afsnit 3.5

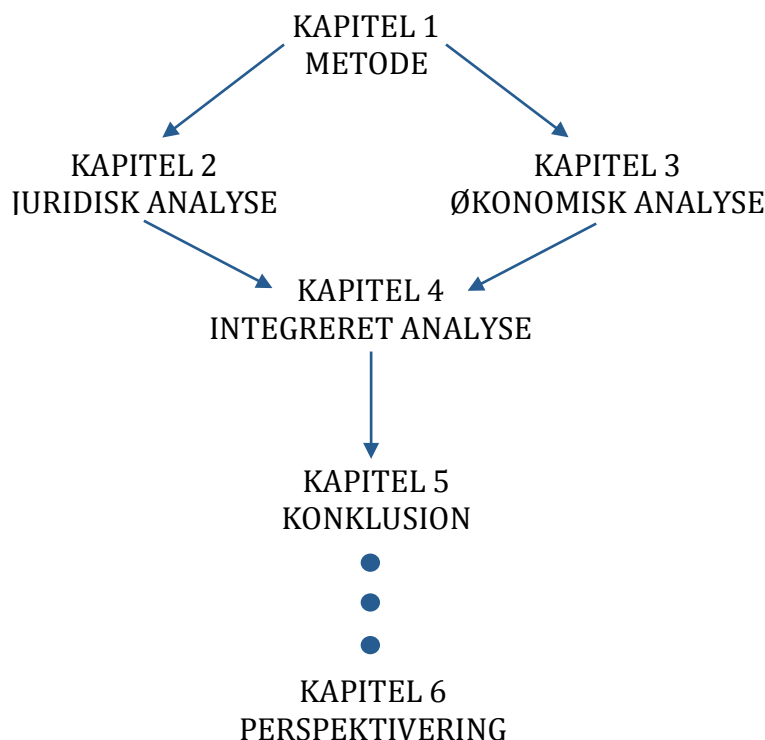
²⁹ Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19 (Omtryk - 21-03-2019 - Korrigeret bilag) L 190 Bilag 9

bestilling³⁰ jf. bilag 1, hvormed regeringen må kompromis med denne lovgivning for at opnå fordele i en anden lovgivning. Da afhandlingen tager afsæt i en del adfærdsøkonomiske overvejelser, forholder opgaven sig ligeledes kritisk til benyttelsen af eksperter på fagområdet. Eksperterne kan være *bias* af fordomme og holdninger, hvorfor ikke alle udtalelser er valideret på andet grundlag end tolkning og argumentation.

1.7 Struktur for afhandlingen

Nedenstående figur viser sammenhængen mellem specialets kapitler. I kapitel 1 behandles hvilke metoder som lægger til grund for afhandlingens analyser. Kapitel 2 behandler den juridisk analyse, og kapitel 3 behandler den økonomiske analyse. I kapitel 4 benyttes jura og økonomi til en integreret analyse, som munder ud i en konklusion i kapitel 5. Slutteligt vil kapitel 6 perspektivere til hvordan afhandlingens problemstillinger ellers kunne være grebet an.

Figur 1.2 Struktur for afhandlingen



³⁰ Bilag 1, Interview Jesper Lau Hansen

2. Juridisk analyse:

2.1 Indledning

IVS'er blev ophævet som selskabsform i april 2019, efter en undersøgelse foretaget af Erhvervsstyrelsen, som påviste at selskabsformen, var ramme for at drive økonomisk svindel³¹. Afhandlingen søger i den juridiske analyse, at undersøge om ophævelsen af IVS'er vil få konsekvenser for selskabsretten i Danmark, og om den nye lovgivning opnår det tilsigtede. Til at belyse dette, behandles gældende ret, med fokus på minimumskravet på nu 40.000 kr. til stiftelse af et ApS, og bestemmelserne i selskabsloven som vedrører ledelsens ansvar³².

2.2 EU-rettens forrang:

De nationale domstole skal følge EU-direktiver ved fortolkning af national ret, til trods for der ikke er tale om direktiver der ikke har direkte påvirkning på private. Pligten til EU-konformfortolkning begrundes i art. 288, stk. 3 i TEUF³³, og udstrækkes endvidere i art. 4 stk. 3 TEU hvormed EU-konform fortolkning kan benyttes i forhold til hvilken som helst EU-retsakt. Af praksis henvises til sag 14/83, Colson mod Kamann³⁴, hvormed det blev fastlagt at en dommer har pligt til at fortolke en national bestemmelse såfremt den nationale bestemmelse er vedtaget til gennemførelse i direktivet.

Er en national lovregel i strid med en EU-bestemmelse, er medlemsstaternes myndigheder forpligtet til at anvende EU-bestemmelsen. I sag Forenede sager C-397/01-C403/01 - Pfeiffer sagen³⁵ gik man skridtet videre og fastslog at den nationale domstol skal tage den nationale lovgivning med som helhed, for at vurdere hvordan lovgivning skal anvendes, således det ikke fører til et resultat, der er i strid med direktivets tilsigtede.³⁶ Denne monistiske tilgang til EU-retten har relevans for opgavens besvarelse da det henvender sig til problematikken omkring filial-dannelse ved ophævelse af IVS'er. Dette vil uddybes nærmere i forbindelse med

³¹ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

³² *Kapitalselskabsloven*, Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved L 2019-04-13 nr. 445

³³ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF)

³⁴ Sag 14/83, præmis 26

³⁵ Forenede sager C-397/01-C403/01 præmis 115

³⁶ Christina D. Tvarnø & Ruth Nielsen, *Retskilder og retsteorier*, 2017, s. 207

daværende EF-domstolens afgørelse i sag C-122/97 Centros Ltd. Mod Erhvervs- og Selskabsstyresen. Da IVS'er per definition er et anpartsselskab, er de underlagt de samme EU-direktiver som ApS'er.³⁷

Ved etableringen af Det Europæiske Fælledskab, forsøgte man at realisere en harmonisering af europæisk selskabsret. Visse områder af lovgivningen foreskriver valgfrihed af hensyn til nationallovgivning, mens andre er minimumsdirektiver som tillader medlemslandene skærpet regler på andre områder. Dette gør sig gældende for ApS'er, da disse er underlagt direktiv 2017/1132/EU af 14. juni 2017, til trods for direktivet kun er gældende for aktieselskaber.³⁸

Der foreligger to problemkredse indenfor EU-selskabsretten. Det første aspekt er håndteringen af selskabers nationalitet. Ud fra selskabsstatuettet fastlægges hvilket lands selskabsretlige regler, der finder anvendelse på et selskab. Det gældende retsgrundlag er at et selskab er underlagt det lands ret, i hvilket selskabet er registreret. Jf. Registreringsteorien samt EU-domsstolens afgørelser³⁹. Tidligere gjorde medlemslandene brug af hovedsædet teorien, hvormed selskabsstatuettet blev fastlagt ud fra den stat som selskabets hovedsædet befandt sig.⁴⁰

Det andet aspekt er retten til fri etablering som begunstiger selskaber på lige fod med fysiske personer. Jf. art. 54 TEUF, som medfører at selskaber stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning og med hovedkontor beliggende indenfor fællesskabet. Art. 54 TEUF skal sammenholdes med art. 49 som forskriver at enhver borger i en EU-medlemsret har ret til frit at udøve erhvervsvirksomhed ved at etablere sig på et andet medlemsstatsområde.⁴¹ Ovenstående bestemmelser er årsagen til vi i dag gennem EU-Domstolens afgørelser, har formået at sikre effektiv beskyttelse af etableringsfriheden, samt konkurrencen mellem EU-landenes selskabsformer. Art. 49 TEUF omfatter reglerne for direkte sekundær etablering,

³⁷ Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1, s. 276, 2017

³⁸ Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til Dansk selskabsret 1, 4. Udg. 2014, s. 73-79

³⁹ C-212/97/1999 - Centros, C-208/00 - Überseering-sagen, C-167/01- Inspire Art og C-411/03 - Sevic Systems AG.

⁴⁰ Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til Dansk selskabsret 1, 2014, s. 73-79

⁴¹ Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1, Kap. 5, 2017

hvorfor etableringen af filialer er beskyttet efter denne artikel. Problematikken omkring filialdannelse gennemgås i nedenstående afsnit 2.3.

2.3 Formålet med iværksætterselskaber:

Iværksætterselskaber blev indført som en variant af anpartsselskaber, hvorfor reglerne for anpartsselskaber som udgangspunkt anvendes til at bestemme retstillingen for selskabsformen. I selskabsloven er specificeret visse områder hvor reglerne for anpartsselskaber afviger, hvortil der desuden skal tages højde for lovens ordlyd, forarbejder og særligt de bemærkninger til det lovforslag der førte til reglernes vedtagelse.⁴² Dette følger af KSL § 357 a stk. 1. " Lovens regler om anpartsselskaber finder anvendelse på iværksætterselskaber, medmindre andet er fastsat i dette kapitel." Formålet med indførelsen af iværksætterselskaber var at øge iværksætteriet i Danmark, ved at reducere adgangsbarriererne. Dette resulterede i det lave kapitalkrav på 1. Kr. med begrænset hæftelse. Iværksætterselskabet havde til formål at øge væksten i samfundet ved nye arbejdspladser og afledte skattebetalinger, indenfor virksomheder med begrænset hæftelse⁴³. Samtidig skulle iværksætterselskaberne modvirke oprettelse af filialer af udenlandske selskaber.⁴⁴

Der var ikke ved indførelsen af iværksætterselskaber en antagelse om, at selskabsvarianten ville blive misbrugt i højere grad end andre selskabsformer eller et større antal konkurser, men man var bekendt med at den kunne tiltrække iværksættere med mindre professionelle hensigter end at drive en vækstende virksomhed.⁴⁵

Der gennem de sidste 15 år implementeret flere forskellige forslag til muligheden for at stifte et selskabet med begrænset hæftelse i vores nabolande, hvor kapitalkravet er lavere end kapitalkravet til danske anpartsselskaber. Ved udfærdigelsen af betænkning 1498/2008, kom moderniseringsudvalget ⁴⁶ med en anbefaling om at fjerne kapitalkravet på danske anpartsselskaber. Dette blev ikke vedtaget og man valgte i stedet at nedsætte kapitalkravet på

⁴² Lov nr. 616 af 12-06-2013, L 152 Forslag til lov om ændring af selskabsloven, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, årsregnskabsloven og lov om Det Centrale Virksomhedsregister.

⁴³ jf. Høringsbrevet og Erhvervsministerens fremsættelsestale.
<https://hoeringsportalen.dk/hearing/Details/16320>.

⁴⁴ Fremsættelsestalen i forbindelse med fremsættelsen af lovforslag nr. 152/2012-13.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Jf. betænkning 1498/2008, afsnit 1.3

kr. 125.000. til kr. 80.000. Da iværksætterselskabet blev indført, blev kravet yderligere nedsat til kr. 50.000 med baggrund i afskaffelse af selskabsformen s.m.b.a.⁴⁷

Årsagen til afskaffelse af s.m.b.a. skyldtes nogle u hensigtsmæssige retlige konsekvenser for iværksætterne, med begrundelse i s.m.b.a.'er havde manglende gennemsigthed, høj risiko for svindel, konkurser og tvangsopløsninger⁴⁸. Det kan hertil diskuteres om hvorvidt der er belæg for, at en ensidig afskaffelse af s.m.b.a.'er havde det ønskede resultat, heraf; større gennemsigthed, mindre risiko for svindel og færre konkurser og tvangsopløsninger. Afskaffelsen af s.m.b.a. var ikke ensbetydende med, at de iværksættere som hidtil har benyttet s.m.b.a. statuettet, ville benytte sig af et andet reguleret dansk selskab. Får at iværksætterne skulle vælge et af de selskabsformer dansk ret tilbyder, kræver det at selskabsformen passer til den enkeltes behov, og at de europæiske selskabsformer ikke tilbyder en mere attraktiv selskabsform⁴⁹. Omvendt er der ikke dokumentation for at iværksætterne i samme omfang kunne have stiftet virksomhed i en af de andre selskabsformer som Danmark tilbyder.⁵⁰ Væsentlige parametre for valg af selskabsform vil givetvis være krav til selskabskapital, regnskabsaflæggelse og vedtægter.

Den samme begrundelse ser vi i dag vedrørende vedtagelsen om ophævelse af iværksætterselskaber⁵¹. I første omgang blev lovforslaget afvist men det var igen på dagsordenen at kapitalkravet for anpartsselskaber skulle nedsættes.⁵² Dette blev igen taget op til lovforslag d. 28. Februar 2019, hvortil forslaget lyder på afskaffelse af iværksætterselskaber, med ophævelse af selskabslovens § 5 stk. 1, nr. 14, samt en reducere af minimumskrav til anpartsselskabers selskabskapital, hvorfor mindstekravet går fra kr. 50.000 til kr. 40.000.⁵³

⁴⁷ Høringsbrevet af Erhvervsstyrelsen d. 19. December 2012

⁴⁸ Lov nr. 616 af 12-06-2013: Indførelse af iværksætterselskaber, nedsættelse af minimumskrav til anpartsselskabers selskabskapital, afskaffelse af muligheden for at stifte nye selskaber med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder m.v.)

⁴⁹ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 28

⁵⁰ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 5

⁵¹ Beslutningsforslag B24: om afskaffelse af iværksætterselskaber (ivs'er)

⁵² Selskabslovens § 4, stk. 2. Med virkning fra 1. Januar 2014.

⁵³ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital. Jf. § 4 stk. 2, ændret til 40.000 kr.

Konkurrencen mellem retssystemer på tværs af landene blev sikret i 1999 efter Centros-sagen, jf. Sag C-212/97, hvormed man lovligt kunne drive erhvervsvirksomhed via etableringskæder og at selskabets stiftelsesland blev afgørende fremfor lokalitet for den primære erhvervsaktivitet⁵⁴. Man kom frem til samme udfald i Überseeing-sagen, Sag C-208/00, hvor en et hollandsk selskab med filial i Tyskland, anlagde sag i Tyskland og blev afvist at tysk domstol. Sagen blev taget til præjudiciel afgørelse hvor man igen fastslog etableringsfriheden.⁵⁵ Slutningsvis forefindes sag C-167/01, Inspire Art, som sidste slag for hjemstedsteorien var død, og opretholdelse af selskabers fri etablering på tværs af EU.⁵⁶ Efter disse sager er der fri mulighed for at iværksætterselskaberne kan stiftes i andre EU-lande, mens driften forgår i Danmark, herunder filial i form af direkte sekundær etablering. jf. Art. 49 TEUF.⁵⁷

Kapitalkravet er af særlig betydning som iværksætter hvorfor det i en årrække har været attraktivt at stifte filialer af engelske anpartsselskaber, private limited company (Ltd.) med et kapitalkrav nær kr. 0, samt lempelige krav til regnskabsaflæggelsen. I Tyskland og Norge så man især en stigning af de engelske filialer, hvorimod dette ikke var tilfældet i Danmark. Dette skyldtes formentlig dansk skatteretlig lovgivning, samt muligheden for stiftelse af et s.m.b.a.⁵⁸

Som modsvar til stigningen af filialer, indførte Tyskland selskabsformen Unternemergesellschaft (haftungbeschränkt) (UG), med et mindstekapital 1 EUR som var en variant af anpartsselskaberne med et kapitalkrav på 25.000 EUR ⁵⁹. Danske iværksætterselskaber er stærkt inspireret af iværksætterselskaberne fra tysk lovgivning, som har eksisteret siden 2008.⁶⁰ Det skal kort bemærkes at man i det tyske UG har valgt at indføre én bestemmelse, jf. GmbHB 5 a, som i en vis grad understøtter læsevenligheden og dermed forståelsen. De danske regler er både mere spredt i lovgivningen og selvom der fremkommer direkte oversættelser, ser vi også mærkante afvigelser⁶¹.

⁵⁴ Sag C-212/97, Centros.

⁵⁵ Sag C-208/00, Überseeing.

⁵⁶ Sag C-167/01, Inspire Art

⁵⁷ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF), art. 49

⁵⁸ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 31 fodnote 19.

⁵⁹ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015s. 34, fodnote 33

⁶⁰ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 30

⁶¹ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, fodnote 53.

Under vedtagelsen af lovforslag L190⁶² udtales følgende: *"Endelig bidrager den foreslåede nedsættelse til at tilnærme det danske kapitalkrav for anpartsselskaber til de tilsvarende krav til sammenlignelige selskabsformer i vore nabolande."* Denne udtalelse anfægtes i høj grad, med henvisning til *skema 1*. nedenfor.

Sammenlignet med andre europæiske lande er Danmark stadig et af de lande med det højeste kapitalkrav til anpartskapitalen, hvilket kan medføre udfordringer i forhold til Danmarks selskabsretlige konkurrencedygtighed. Det skyldes som nævnt ovenfor, at der er en del grænseoverskridende alternativer til selskabskonstruktioner.⁶³ 14 andre europæiske lande har en selskabsvariant svarende til et IVS, og et kapitalkrav på indskudt selskabskapital svarende til ca. 1 EUR. Der derfor intet til hinder for at iværksættere vælger at stifte et IVS i udlandet, og styre driften via filial beliggende i Danmark. Problemet med filialer er delvist manglende skatteindtægter, men også manglende mulighed for kontrol. Filiallandet som værende Danmark, har ikke indflydelse på det materielle regler som gælder for selskaber der driver filial, og en restriktiv kontrol på baggrund af selskabers nationalitet, vil være udgøre en restriktion efter TEUF art. 49 og 54. Danmark kan dermed ved benyttelse af øget kontrol, risikere at blive dømt for traktatbrud.⁶⁴

Skema 1. Kapitalkrav for anpartsselskaber i EU-medlemsstaterne.⁶⁵

Land	Selskabsnavn	Kapitalkrav
Portugal	a sociedade por quotas de responsabilidade limitada	0 EUR
Cypern	ΤῆΤωΙΤτῚ8 ἰΙἰαΤᄁἰἰἰ8 πἰᄁΤοᄁΤἰ3ῚḤ\$8 ἰυ\$ṽḤ\$8 3ἰ 3ἰΙἰοχῚ8 Ὶ 3ἰ ἰγγṽ\$ἰ\$	0 EUR
Irland	Private limited company	0 EUR
Holland	De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid	0 EUR
England	Private limited company	0 EUR

⁶² Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

⁶³ Beslutningsforslag B24: om afskaffelse af iværksætterselskaber (ivs'er)

⁶⁴ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) art. 49 og art 54.

⁶⁵ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

Tyskland	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (obs. De har UG)	25.000 EUR (186.627,388)
England	Private limited company	1 GBP (8,758)
Tjekkiet	společnost s ručením omezeným	5 CZK
Bulgarien	българско дружество с ограничена отговорност	2 LEV = 1 €
Letland	sabiedrība ar ierobežotu atbildību	1 EUR
Grækenland	IKR	0 EUR
Irland	Private limited company	0 EUR
Holland	de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid	0 EUR
Tjekkiet	společnost s ručením omezeným	5 CZK
Bulgarien	българско дружество с ограничена отговорност	2 LEV = 1 EUR
Letland	sabiedrība ar ierobežotu atbildību	1 EUR
Grækenland	IKR	1 EUR
Frankrig	la société à responsabilité limitée, la société par actions simplifiée	1 EUR
Belgien	de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid - la société de personnes à responsabilité limitée;	6.200 EUR /1 EUR
Bulgarien	българско дружество с ограничена отговорност	2 LEV = 1 EUR
Tyskland	die Gesellschaft mit beschränkter Haftung og UG	25.000 EUR/1 EUR
Belgien	de personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid - la société de personnes à responsabilité limitée;	6.200 EUR/ 1 EUR
Italien	società a responsabilità limitata	10.000 EUR/1 EUR
Luxembourg	la société à responsabilité limitée	12.000 EUR/1 EUR
Rumænien	ocietate cu răspundere limitată	20 RON = 42 EUR

Malta	kumpanija privata/private limited liability company	233 EUR
Polen	spółka z ograniczoną odpowiedzialnością	5000 ZLT = 1.200 EUR
Finland	Julkinen osakeyhtiö - publikt aktiebolag	2.500 EUR
Estland	Osaühing	2.500 EUR
Litauen	uždaroji akcinė bendrovė	2.500 EUR
Slovakiet	spoločnosť s ručením obmedzeným	2.500 EUR
Spanien	la sociedad de responsabilidad limitada	3.000 EUR
Sverige	Aktiebolag	50.000 SEK = 4.750 EUR
Østrig	die Gesellschaft mit beschränkter Haftung	5.000 EUR
Danmark	Anpartsselskab	40.000 KR = 5.360 EUR
Slovenien	družba z omejeno odgovornostjo	7.500 EUR

2.4 Definition af iværksætterselskab:

Et iværksætterselskab er en variant af et anpartsselskab, hvorfor det kategoriseres som et kapitalselskab. Dette er kendetegnet ved at selskabsdeltagerne hæfter begrænset med deres indskud for selskabets forpligtelser. I forbindelse med selskabets stiftelse skal derfor tegnes og indbetales en vis selskabskapital på minimum 1 kr., som lovgiver begrundet er af hensyn til kreditorerne. Dette har den virkning af selskabsformen reguleres efter selskabsloven § 1, stk. 1 med definition i § 5 stk. 1, nr. 14⁶⁶, som nu er ophævet. Endvidere blev IVS reguleret efter §§ 357 a-d, og årsregnskabslovens § 35 c. Karakteristisk ved iværksætterselskaberne er følgende:

Indtil lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven trådte i kraft d. 13 april 2019,

⁶⁶ Som lyder: Iværksætterselskab: *Et anpartsselskab, jf. nr. 2 der ikke har en registreret selskabskapital på mindst 50.000 kr., og som opfylder betingelserne i § 357 a*

skulle anpartskapitalen for et IVS være mellem 1-49.999. kr. At kapitalen ikke kan være højere end 49.999 kr. følger ikke direkte af bestemmelserne i selskabslovens kap. 20 a, men derimod i § 5 stk. 1, nr. 14. Et andet karaktertræk er kravet om bunden reserve på mindst 25 % af et eventuelt overskud og betinget fri reserve på maksimalt 75 % af eventuelt overskud, jf. selskabslovens § 357 b. IVS'et kan omregistreres til et ApS når summen af selskabskapitalen og den bundne reserve udgør mindst 50.000, jf. § 357 c. Nu er kravet ændret til et minimum på kr. 40.000 og det er fastlagt at generalforsamlingen i et IVS, som ikke er under konkurs eller tvangsopløsning, senest 2 år efter lovændringens ikrafttræden, med det stemmeflertal, der kræves til vedtægtsændring, skal beslutte, at IVS'er skal omregistrere sig til et ApS. Det er en betingelse for omregistreringen, at der udarbejdes en erklæring af en vurderingsmand, jf. selskabslovens § 37, om, at kapitalen er til stede. Jf. § 5, stk. 1, 1. pkt., eller stk. 3, 2. pkt.⁶⁷. Er IVS under tvangsopløsning, kan det kun blive genoptaget på den betingelse at de omregistreres til et ApS, jf. § 5, stk. 2.

2.5 Kritik af kapitalkravet

Under høringsnotatet af lovforslag L 152, i forbindelse med indførelsen af iværksætterselskaber og nedsættelse af kapitalkravet fra 80.000 til 50.000 i 2012, bemærker Moderniseringsudvalget at såfremt minimumskravet til anpartsselskabers kapitalkrav blev ophævet, var det ikke nødvendigt at introducere iværksætterselskabet som en variation af anpartsselskaber.⁶⁸ Begrundelsen lyder at minimumskravet skaber et skel mellem iværksættere og bunder i tradition, snarere end kreditorbeskyttelse. Desuden argumenteres for at dét øjeblik et selskab ikke kan betale sine kreditorer, er der stor sandsynlighed for selskabskapitalen allerede er tabt, hvorfor det minimumskravet udgør en ringe sikkerhed for kreditorerne. At der argumenteres for selskabskapitalen som værende en ringe kreditorbeskyttelse skyldes at egenkapitalen kan gå tabt, mens selskabskapitalen, som er fikseret i vedtægterne, ikke kan gå tabt. Selskabskapitalen er bunden egenkapital, hvorfor selskabet ikke er afskåret fra at anvende de beløb, som kapitalejerne har indbetalt, som selskabskapital til finansiering af selskabets drift. Dermed er der mulighed for at den

⁶⁷ *Kapitalselskabsloven*, Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved L 2019-04-13 nr. 445

⁶⁸ Høringsnotat ad L152, s. 7, med henvisning til Moderniseringsudvalgets betænkning 1498/2008

indskudte kapital kan gå tabt for selskabet. Selskabskapitalen forbliver imidlertid uændret, uanset at egenkapital helt eller delvist er gået tabt.⁶⁹

Selskabskapitalen er frie midler som selskabet kan bruge på sin drift, og erfaringer viser at uanset om selskabskapitalen lyder på 1 kr. eller 50.000 kr., går disse hurtigt tabt når man driver iværksætteri, idet man kan møde en svær opstartsfase. Som løsning foreslog Moderniseringsudvalget; kreditorbeskyttelse via ansvarsregler og konkurskarantæne.⁷⁰

Med henvisning ovenstående *skema 1* over EU-staternes minimumskapital, har Danmark efter nedsættelsen til 40.000 kr., det næsthøjeste krav, efter Slovenien. Dette forslag er modsigende med de forudsætninger som blev fremført ved indførelse af Iværksætterselskabet. Danmark vil således ikke være konkurrencedygtige indenfor europæisk selskabsret og der sker en unødvendig hindring for dansk erhvervsliv.⁷¹ At foreslå et kapitalkrav på 40.000. kr. er ydermere en overimplementering, da der ikke i EU-lovgivning stilles krav om anpartsselskabers kapital.⁷² Det tilføjes endvidere at der også er sket en overimplementering iht. Aktieselskaber, hvortil kapitalkravet kun lyder på ca. 186.000 kr., hvortil Danmark har sat kravet til 500.000 kr. Jf. Art. 45 i direktiv 2017/1132/EU af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten (kodificering).

Det gennemsnitlige kapitalkrav for alle 28 medlemslande, vil ramme 11.000 kr.⁷³ Hvorfor en nedsættelse til dette beløb vil give et mere sammenligneligt grundlag for kapitalkravet og dermed et mere retvisende billede, i forhold til andre europæiske landes kapitalkrav.⁷⁴ Såfremt Danmark skal imødekomme et højere kapitalkrav for ApS'er end det gennemsnitlige EU-niveau, kræver det samme stigning i andre EU-lande. Dette begrundes i etableringsfriheden behandlet i afsnit 2.3.

Det udledes at et IVS er et ApS uden et særskilt krav til mindstekapital. Det følger af selskabsloven at IVS'er skal have et tilstrækkeligt kapitalberedskab, jf. KSL § 118, stk. 2.

⁶⁹ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, S. 425.

⁷⁰ Jesper Lau Hansen, Kronik: Det er ikke idéen bag IVS, som er ansvarsløs, men kritikken, 17-09-2018 i Børsen

⁷¹ Betænkning 1498/2008

⁷² Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, S. 266.

⁷³ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

⁷⁴ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

Overholder selskabet ikke det, kan ledelsen stilles personligt ansvarlig. Det er i størstedelen af tilfældene for iværksætterselskaber, at ledelsen også er dem som er registreret som stiftere.⁷⁵ Endegyldigt ja så kan et iværksætterselskab stiftes for 1 kr., men det vil være ansvarspådragende og personligt hæftende at gøre det, såfremt den ikke afspejler den påtænkte drift. Myndighederne bør i højere grad advare om at driften af et IVS er forbundet med et personligt ansvar, søge det personlige ansvar gældende, i stedet for blot at opløse selskaberne. Kravet om mindste kapital har den konsekvens at det slører det personlige ansvar for selskabets tilstrækkelige kapitalisering.⁷⁶ At kravet om mindstekapital sikrer en seriøsitet hos stifteren er også under kritik. Det foreslås derfor være op til ledelsen som er personligt ansvarlig, hvor meget selskabskapital der kræves for at kunne gennemføre driften.

1. Kr. til stiftelse har aldrig fundet sted, da alene registreringen af et IVS koster kr. 670.⁷⁷ Ønsker man derimod øget seriøsitet hos stifteren, foreslås det at bl.a. at man opkræver flere gebyrer og ikke et kapitalkrav.⁷⁸

2.6 Konkursryttere og tvangsopløsninger

Iværksætterselskaber er selvstændige retssubjekter hvorfor reglerne for ophør i KSL kap. 14-17 gør sig gældende. Der sondres således mellem frivilligt ophør og tvangsmæssigt ophør. Frivillig ophør kan inddeles i opløsnings ved betalingserklæring, eller ved frivillig likvidation. Ophør som følge af eksterne omstændigheder dækker over situationer hvor der sker anmodning om tvangsopløsning fra Erhvervsstyrelsen, eller selskabet erklæres konkurs. Årsager til anmodning om tvangsopløsning kan skyldes manglende rettidigt indsendelse af årsrapport, opfyldelse af registrering af reelle ejere og ledelse, ingen kontakt til den registreret hjemstedsadresse eller såfremt der ikke er registreret en revisor. Jf. KSL § 225, stk. 1-7. Bliver opløsningen af selskabet ikke vedtaget frivilligt til generalforsamlingen, kan Erhvervsstyrelsen anmode Skifteretten om opløsning af selskabet. Det fremgår af

⁷⁵ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018.

⁷⁶ Jesper Lau Hansen, Kronik: Det er ikke idéen bag IVS, som er ansvarsløs, men kritikken, 17-09-2018 i Børsen

⁷⁷ <https://erhvervsstyrelsen.dk/takster-for-registreringer-og-aendringer> kl. 13.09. d. 08.02.2019

⁷⁸ Jesper Lau Hansen, Kronik: Det er ikke idéen bag IVS, som er ansvarsløs, men kritikken, 17-09-2018 i Børsen

Erhvervsstyrelsens rapport, at iværksætterselskaber har en større tendens til ophører under tvangsmæssigt ophør, frem for frivilligt ophør.⁷⁹

Erhvervsstyrelsen konkluderer ud fra rapporten at iværksætterselskaber tilgodeser konkursryttere, og har et stigende antal tvangsopløsninger.⁸⁰ Såfremt omkostningerne som følge af opløsning ikke kan dækkes af iværksætterselskabet, betales disse af Statskassen, jf. KSL § 227, stk. 3. Grundlaget for denne konklusion er tvivlsom, da der ikke ved indførelsen af iværksætterselskaber, er tilkendegivet et forventet antal af tvangsopløsninger.⁸¹ Ophæves iværksætterselskaber, er der risiko for at problemet bliver skubbet over til andre europæiske lande, med filialdrift i Danmark gennem udenlandske selskaber, som er helt lovligt.⁸² Det vil givetvis blive problematisk for regering at kontrollere disse selskaber, da en målrettet kontrol af selskaber fra andre EU-lande vil udgøre et traktatbrud, jf. TEUF art. 49 om etableringsfrihed og forbud mod restriktioner. Det vil ligeledes være i strid med TEUF art. 54 om ligestilling i medlemsstaterne af selskaber og statsborger. For at kunne gennemføre en kontrol kræver det derfor at Danmark har klart belæg for det ikke er udtryk for forskelsbehandling.⁸³ Vælger man i stedet at beholde IVS'erne, og ønsker mere kontrol, vil det kræve flere ressourcer hos SKAT i ved gennemgang af kapitalejere, og ledelsens skatteopgørelser og skattebetalinger. Dette er omkostningsfulgt, og man kan derfor stille spørgsmålstejn ved om vi er ualmindelig forsigtige i samkørsel af persondata og i offentliggørelse af frakendelse af retten til at drive virksomhed for konkursryttere i Danmark. Det er til offentlig viden i Storbritannien.⁸⁴ Alternativt kan man implementere en bestemmelse om solidarisk hæftelse hos ledelse og kapitalejere, såfremt virksomheden bliver tvangsopløst. Dermed slipper Staten for omkostningerne, og man pålægger virksomheden en ansvarspådragende norm, ved ikke at være påpasselig vedrørende virksomhedsstiftelse.⁸⁵

⁷⁹ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 43

⁸⁰ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 36

⁸¹ Betænkning 1498/2008

⁸² C-212/97 - Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen i 1999

⁸³ Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, TEUF art. 49 og art. 54

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Jf. Bilag 1 Interview – Jesper Lau Hansen

2.7 Opretholdelse af kapitalkravet:

Trods vurderingen fra Moderniseringsudvalget, har lovgiver alligevel valgt at opretholde et minimumskrav til selskabskapitalen i ApS'er. Baggrunden for dette, skyldes selskabskapitalens signalværdi.⁸⁶ Selskabskapitalen signalerer, at kapitalejeren har så stor tillid til forretningsidéen, at man på forhånd har valgt at indskyde en væsentlig sum penge i selskabet, som økonomisk fundament i etableringsfasen. Dette forhold kan medvirke til at styrke tilliden hos medarbejdere og kreditorer. Det er lovgivers vurdering, at kapitalkravet har en afskrækkende virkning, for iværksættere som har til hensigt at opbygge utilbørlig gæld. Kapitalkravet skulle ligeledes føre til færre stiftelser som har tvangsopløsninger til følge.⁸⁷

2.8 Anvendelse i praksis: Kreditorbeskyttelse i SG Finans

Kreditorbeskyttelse i iværksætterselskaber sker på flere niveauer. Det særlige krav om opsparring af mindst 25 % af overskuddet som bunden reserve er til for at beskytte tredjemand mod IVS'erne trækker alle midler ud.⁸⁸ Tilsvarende er der en eksplicit begrænsning i adgangen til at udlodde udbytte, jf. KSL § 357 b, stk. 1 og 2, således udbytte først kan udbetales, når omregistreringspunktet til anpartsselskabet, er opnået. Det sidste aspekt, er at der ikke kan foretages apportindskud, jf. KSL § 357 a stk. 2, 2. Disse særregler suppleres med de almindelige kreditorbeskyttelsesregler i lovgivningen. Jf. ovenstående kap. 2.8, argumenteres der for at kreditorbeskyttelse ikke opnås ved krav om et minimumskapital til selskabskapitalen, men derimod bedre opretholdelse af ledelsens ansvar. Udgangspunktet for kreditorbeskyttelse, er at kreditorerne kan søge fyldestgørelse af krav mod selskabet i aktivmassen, og hovedsagligt selskabskapitalen.

Den almindelige kreditorbeskyttelsesregel foreskriver, at ledelsen skal sikre at kapital selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt, herunder at der er

⁸⁶ Nu 40.000 jf. Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

⁸⁷ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af hørings svar) L 190 Bilag 3

⁸⁸ KSL § 357 b

tilstrækkeligt likviditet til at opfylde kapitalselskabets nuværende og fremtidige forpligtelser, efterhånden som de forfalder, jf. KSL § 118, stk. 2. Iværksætterselskabet er således til enhver tid forpligtet til at vurdere den økonomiske situation og sikre, at det tilstedeværende kapitalberedskab er forsvarligt, jf. KSL §§ 115, nr. 5, 116, nr. 5, samt 118, stk. 2. Sanktionen for en ledelse der ikke iagttager reglen om forsvarligt kapitalberedskab, kan ifalde erstatningsansvar, til trods for at formelle kreditorbeskyttelsesregler har været iagttaget.

Da stifteren af IVS'er som oftest også er ledelsen bør man sikre kreditorbeskyttelsen igennem ledelsens erstatningsansvar såfremt ledelsen eller aktionærerne uforsvarligt fortsætter virksomhedens drift, efter den burde være indstillet⁸⁹, hvortil egenkapital udgør mindre end halvdelen af det tegnede kapital, jf. kapitaltabsreglen §119 stk. 1.

I praksis gør kreditoren SG Finans, sig hovedsagligt brug af krav om anden sikkerhedsstillelse, end det registreret selskabskapital, hvilket er modstridende med IVS'erne henblik på at være underlagt begrænset hæftelse. Med krav om anden sikkerhedsstillelse, følger en forpligtelse til at kautionere for selskabets gæld, på andet retsgrundlag end selskabsretten, hvorfor kapitalejerne hæfter for mere end hvad de har indskudt.⁹⁰

SG Finans gør sig ved kontraktens indgåelse, hyppigt brug af in solidum-hæftere, selvskyldnerkautioner, og krav om tilbagekøb fra leverandøren, når der opstår mislighold af aftalen. Sammenholdt med SG Finans' kundeportefølje på i alt 9.000 selskaber, er mængden af iværksætterselskaber blot 120 stk. Dette er ikke en stor andel af den samlede portefølje, men de oplever alligevel at en større mængde af kunderne som havner i mislighold har selskabsformen IVS. Det fremgår at SG Finans er dækket via denne hæftelsesstruktur navnlig via kautioner, men det hænder desværre at SG Finans pålægger hæftelser til personer som intet ejer, hvorfor kravet mod det misligholdende selskab ikke medtages når der sker udlodning til kreditorerne eller først tilbagebetales over uhensigtsmæssigt lang tid.⁹¹ En anden tilgang forslås derfor ud fra følgende behandling af ledelsesansvaret og gældende retspraksis indenfor området.

⁸⁹ Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen, Selskabsformerne, 7. Udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014. s. 320.

⁹⁰ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 119.

⁹¹ Typer af mislighold, jf. en typisk kontrakt indgået med IVS, jf. bilag 1.

2.9 Ledelsesansvaret:

Da et iværksætterselskab er en juridisk person, kræves det at fysiske personer udpeges til at varetage ledelsen. Der skal i selskabets vedtægter indsættes ledelsesstrukturen, jf. KSL § 28, stk. 5. Den typiske ledelsesmodel for kapitalselskaber i Skandinavien, består af en bestyrelse og en direktion. jf. KSL 111 nr. 1. Da et IVS er en variant af et ApS, kan de nøjes med en direktion jf. den monistiske model - KSL § 111 stk. 2, hvilket tilgodeser den ofte meget begrænset ejerkreds i iværksætterselskaber. Behovet for en kompliceret ledelsesstruktur eksisterer derfor ikke.⁹² Der forefindes således også kun et ledelsesorgan til at være både det centrale- og øverste ledelsesorgan, jf. KSL §§ 5 nr. 4 og 5, nr. 4, litra b. I de fleste IVS'er, vil én direktør udgøre direktionen og den komplette ledelse.

Bestyrelsen skal påse at direktionen har etableret de fornødne procedurer for risikostyrning og interne kontroller. Jf. § 115, nr. 2. Overholdes bestemmelsen ikke, kan bestyrelsen idømmes erstatningsansvar efter KSL § 361, stk. 1. Af ældre retspraksis på området, henvises til U.1977.246 SH, hvortil bestyrelsen blev idømt erstatningsansvarlige overfor et af selskabets kreditorer, som følge af bestyrelsen ikke havde afviklet selskabet i tide.

Hvor den monistiske model er valgt, følger det af KSL § 117, stk. 2, at direktionen skal varetage den overordnede, strategiske ledelse samt den daglige ledelse. Med henblik på skadevolders rolle, er bestemmelsen afgørende for vurderingen af ansvar. Iværksætterselskabets direktør besidder i kraft af sin stilling, et detaljeret kendskab til den branche som selskabet handler i, hvorfor dette også kan lægges til grund for et given ledelsesansvar.⁹³ Bestemmelsen er to-delt hvorfor der sondres mellem "overordnet og strategisk ledelse", og "daglig ledelse". Iværksætteren kan derfor ifalde det fulde ansvar for denne bestemmelse. Har iværksætterselskabet derimod gjort brug af 2 ledelsesorganer vil de kunne sprede den interne kompetence- og ansvarsfordeling, hvorfor flere medlemmer vil blive erstatningsansvarlige og hæfte solidarisk for erstatningen, jf. KSL § 363, stk. 2.

⁹² Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 97

⁹³ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 670.

Ifølge KSL §§ 118, stk. 2, 115, nr. 5 og 116 nr. 5, er ledelsen i kapitalselskaber, hertil et IVS, underlagt et ansvar for at sikre tilstrækkeligt selskabskapital. § 118 stk. 1, tillægger direktionen ansvaret for bogføringen, jf. bogføringslovens § 6, stk. 1. Lever direktion ikke op til kravene, kan direktionen straffes med bøde, jf. bogføringslovens § 16, undtagelsesvis kan ledelsesmedlemmer pålægges konkurskarantæne ved overtrædelse af bogføringsloven.⁹⁴ Det følger af § 118 stk. 2, at direktionen til enhver tid er forpligtet til at vurdere den økonomiske situation, og sikre at kapitalberedskabet er forsvarligt. Direktionen skal derfor løbende vurdere IVS'ets likviditetsmæssige situation. Bestemmelsens ordlyd giver indikation af der ikke foreligger ansvar ved ethvert tab, som en kreditor måtte lide som følge af en konkurs. Bestemmelsen angiver ikke et objektivt krav om kapitalindskud i tilfælde af dårlig likviditet, men det fremgår af ordlyden, at direktionen skal handle og forsøge at overvinde den likviditetskrise som IVS'et måtte stå overfor. Direktøren må således ikke pålægge IVS'et yderligere forpligtelser, som fremrettet anses for at være urealistiske at tilbagebetale. Det fremgår af håbløshedstidspunktet⁹⁵ at direktionen har pligt til at standse IVS'ets virksomhed, da virksomheden ellers kan ifalde erstatningsansvar. Af praksis med domsfældelse henvises til U.2009.2269 hvormed direktør og enekapitalejer blev gjort erstatningsansvarlig for bevidst at have tilrettelagt et forløb, som var til skade for kreditor. Endvidere gennemgås nye retspraksis Ufr 2007.497 H – Caplypso, som analyseres nedenfor i afsnit 2.10.

Bestemmelserne for erstatning efter ledelsesansvaret, har endnu ikke været taget i brug i forhold til IVS'er, hvilket kan skyldes det lave kapitalkrav. Ved indskudt kapital på 1. Kr. vil der allerede opstå et kapitaltab ved en egenkapital på 0,50 kr., jf. kapitaltabsreglen, KSL § 119 stk. 1, som angiver ledelsens pligt til at indkalde til generalforsamling, såfremt halvdelen af egenkapital er tabt. Der sondres efterfølgende mellem hvornår indkaldelse til generalforsamling skal ske. Ifølge bestemmelsens ordlyd, skal generalforsamlingen være afholdt senest 6 mdr. Efter kapitaltabet er konstateret. Såfremt der ikke afholdes ordinær generalforsamling i tidsrummet, skal det centrale ledelsesorgan indkalde til ekstraordinær generalforsamling, jf. KSL § 89, stk.1. Efterfølgende skal ledelsen redegøre for selskabets økonomiske situation, og stille forslag til nødvendige foranstaltninger, eller om selskabet skal

⁹⁴ Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, 2015, s. 114.

⁹⁵ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 679.

opløses.⁹⁶ Formålet med § 119 stk. 1 er dermed at advare kapitalejerne, da de potentielt kan miste deres indskud, at skærpe ledelsens pligt til at sikre forsvarlig kapital, samt give anledning til at forholde sig til om fortsat drift er forsvarlig, hvorfor der må sondres mellem hvornår håbløshedstidspunktet indtræder.

Ifølge Kure indtræder ledelsens pligt til at indkalde til generalforsamling, det øjeblik kapitaltabet konstateres. Forudsætningen for at konstatere kapitaltabet beror på en faktisk opgørelse af egenkapital i forhold til selskabskapitalen. I KSL § 119 indfortolkes et direkte krav til ledelsen, om at opgøre egenkapitalen to gange om året. En sådan ordlyd synes ikke at have belæg i praksis eller lovens forarbejder⁹⁷. Det afgørende tidspunkt er derfor det tidspunkt hvor kapitaltabet konstateret og ikke fra det øjeblik der indkaldes til generalforsamling. Ordlyden af bestemmelsen giver anledning til en subjektiv konstatering. Dette taler for at ledelsen pligt skærpes i et kriseramt selskab, hvorfor ledelsen kan have overtrådt pligten til enhver tid, at sikre et forsvarligt kapitalberedskab. 6 måneders-fristen angiver dermed en frist for hvornår generalforsamlingen skal afholdes, men forholder sig ikke til hvornår en professionel selskabsledelse skal reagere på kapitaltabet. Behovet for at træffe foranstaltende tiltag kan med fordel træffes meget tidligere i processen og kræver ikke involvering af generalforsamlingen.⁹⁸ Modsætningsvis taler Krüger Andersen⁹⁹ for at indkaldelse til generalforsamling inden for 6 mdr. Opfylder kravet om ledelsens pligter og derfor har en ansvarslempende virkning på ledelsens ansvar, hvorfor ledelsen opfylder sin pligt i henhold til loven.

Som nævnt ovenfor består ledelsen i et IVS ofte af én person, hvorfor afhandlingen følgende omtaler denne som direktør. Direktøren er ofte også (iværksætter-anpartshaver)kapitalejer, og en kapitalejer er underlagt erstatningsansvar efter KSL § 362, stk. 2. Det er endvidere vigtigt for afgørelse af erstatningsansvar efter KSL §§ 361 og 362, at sondre mellem personen faktiske ageren i IVS'et. Har personen faktisk fungeret som leder og foretaget dispositioner i selskabet, skal denne ifalde ansvar efter KSL § 361 stk. 1, som kræver simpel uagtsomhed. En skadevoldende direktør i IVS, vil med fordel forsøge at idømmes ansvar efter § 362 stk. 1., da

⁹⁶ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 426.

⁹⁷ Henrik Kure, Finansieringsret, 2018, s. 58-63.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Poul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret, 1997, s. 658 f.

der dermed først ifalder ansvar ved grov uforsvarlig adfærd, også kendt i erstatningsretten som grov uagtsomhed.¹⁰⁰ Direktørens erstatningsansvar er underlagt den grundlæggende ansvarsnorm – culpa. Som udgangspunkt kan en skadevolder ifalde ansvar allerede ved simpel uagtsomhed. For at der kan foreligge erstatningsansvar kræves desuden de almene kumulative betingelser for erstatning opfyldt, navnlig krav om ansvarsgrundlag, økonomisk tab forvoldt ved en retsstridig handling eller undladelse, årsagssammenhæng og adækvans. Der må desuden ikke foreligge nogle ansvarsfrihedsgrunde.¹⁰¹

Det kan så vidt diskuteres om der i forbindelse med idømmelse af ledelsens ansvar skal foreligge et skærpet ansvar i form af et professionsansvar. Jf. Betænkning nr. 1498/2008. Der foreligger allerede en skærpet ansvarsbedømmelse overfor medlemmer af ledelsen, som ligger inde med særlig sagkundskab. Er direktøren jurist, og har foretaget et skadevoldende juridisk fejlskøn, vil dette aspekt skærpe ansvarsbedømmelsen¹⁰². Ved at pålægge ledelsen et professionsansvar, sidestillet med advokater, ville det givetvis være lettere at retsforfølge ledelsen, såfremt de ikke hare varetaget deres pligter i selskabets interesse. Jf. Ufr 2003.915Ø vedr. Direktør og hovedanpartshaver, som ifaldt erstatningsansvar med belæg i deres særlige sagkyndighed.

Moderniseringsudvalget kom frem til at der ikke var behov for en skærpelse af reglerne med henblik på større kreditorbeskyttelse, men derimod en præcisering af reglerne for ledelsesansvar, og at det burde tydeliggøres i lovteksten. Vi ser i praksis at især stifterne af IVS'er ikke har bemærket dette, hvorfor tydeliggørelse allerede bør ske når de opretter selskaber inde hos Erhvervsstyrelsen¹⁰³. Der var ikke belæg for skærpelse, da moderniseringsudvalget frygtede at en sådan skærpelse ville vanskeliggøre muligheden for at finde kvalificeret kandidater til at indgå i bestyrelsen. Om denne sontring er relevant i forhold til IVS'er, må besvares verificerende, da lovegiver hele tiden har haft til hensigt at IVS'er skulle omdanne sig til ApS med tiden, hvormed en mere krævende ledelsesstruktur og kyndig bestyrelse, kan blive relevant. Moderniseringsudvalget mener dermed at culpanormen er nok til at pålægge ansvar ud fra et skøn ved de konkrete situationer som skulle opstå. De

¹⁰⁰ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 667.

¹⁰¹ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 651.

¹⁰² Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 669.

¹⁰³ Bilag 1, Interview Jesper Lau Hansen.

specifikke bestemmelser i KSL §§115-119 vedrørende ledelsens og bestyrelsen pligter, bør i stedet være tilstrækkelige, for at beskytte selskabets kreditorer, og er dermed et udtryk for frihed under ansvar.¹⁰⁴ Et andet eksempel på dette ses ved The Business judgement rule, et amerikansk princip som giver den erhvervsdrivende frihed til at foretage forretningsmæssige fejlskøn, uden at skulle ifalde erstatningsansvar. Princippet beror på at ledelsen træffer deres beslutninger i god tro, og at de ofte er nødt til at træffe hurtige beslutninger på baggrund af det marked de operer i.

Hovedreglen for dansk ret er at der foreligger ligefrem bevisbyrde, hvorfor kreditorerne skal bevise at de har lidt et tab. Med henvisning til interview af Jesper Lau Hansen, jf. bilag 1, foreslås at i tilfælde med et indskudt selskabskapital på kr. 1 og moms-tilgodehavde på kr. 25.000., bør retten vende bevisbyrden om, som værende et præsumptionsansvar. Der skal være særegne holdepunkter med lovhjemmel for at vende bevisbyrden om. I praksis ses det at ud fra en rimeligheds betragtning, at domstolene vælger at vende bevisbyrden. Jf. U 2009.1652 V - Sommerland Syd. Samme argumentation foreslås anvendt ved restancer til SKAT, da man som Iværksætter bør kunne redegøre hvorfor man har moms-tilgodehavende for et vis beløb.

Ovenstående bestemmelser har endnu ikke været brugt i forbindelse med IVS'ers konkurs. Dette skyldes at det beløb som IVS'erne kan betale tilbage til kreditor, ofte ikke er af større beløb, end de omkostninger som følger med en retssag. Alligevel foreslås det at lovgiver stiller sig principfast overfor bestemmelserne, således at domme i fremtiden vil kunne afskrække IVS'ernes ledelse og kapitalejere fra at stifte et selskab uden de fornødne likvider til driften.¹⁰⁵

2.10 Domsanalyse

Formålet med at analysere dommen, er at forklare dens betydning som led i arbejdet med at fastlægge retsstillingen indenfor ledelsesansvaret, eller undersøge i hvilken grad den fungerer som retskilde.

¹⁰⁴ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014 S. 657-658.

¹⁰⁵ Bilag 1, Interview af Jesper Lau Hansen.

Af relevant domspraksis på området henvises til U.2007.497, i afhandlingen omtalt Calypso-dommen, som behandler ledelsens og bestyrelsesmedlems erstatningsansvar overfor rejseselskabets konkurs, som følge af en påvist tabsforårsagende forretningsplan.¹⁰⁶ Med en egenkapital på 1 kr. havde rejseselskabet udarbejdet en forretningsplan, hvor den grundlæggende finansiering af driften bestod i forudbetalinger modtaget fra kunderne. Da rejseselskabet blev erklæret konkurs, havde de en negativ egenkapital på 38 mio. kr. Det blev påvist at ledelsen og direktion i hele selskabets levetid, havde solgt rejser til priser, som ikke dækkede de direkte omkostninger, hvorfor rejseselskabet gennem hele perioden var blevet drevet på en måde, som måtte betegnes som klart uforsvarlig. Dette sammenfattes med KSL § 115, nr. 5, om pligten til at tage stilling til om selskabets kapitalberedskab er forsvarligt. De 4 bestyrelsesmedlemmer blev fundet at have forsømt deres forpligtelse til at føre tilsyn med rejseselskabets økonomi og forhold i øvrigt, svarende til manglende iagttagelse af KSL § 119 stk.1, og at hvert medlem af bestyrelsen herved havde udvist en betydelig uagtsomhed. Bestyrelsesmedlemmerne ville blive solidarisk erstatningsansvarlige, efter KSL § 363, stk. 2.

Nyere domspraksis fremgår Sag 226/2015 - Capinordic, som præcedens for statuering af ledelsens ansvar. Dommen er den første idømmelse af ledelsesansvar efter finanskrisen. Dette vidner om at dommere ikke længere er forsigtig med at påpege ledelsesansvaret, og at krisen ikke er en årsag til lempelse, når det gælder de forpligtelser som det centrale ledelsesorgan i et selskab har. Østrelandsret fandt at direktøren og bestyrelsesmedlemmerne ikke idømmes ansvaret for hele konkursen, og i dette tilfælde var det ikke nok belæg at forretningsmodellen var risikosøgende. Man gennemgik således de enkelte låneengagementer og fandt ledelsen solidarisk erstatningsansvarlige for 90 mio. kr. Dette var med belæg i at 8 stk. Lån, var af uforsvarlig kreditgivning. Højesteret stadfæstet i januar 2019 dommen og fastslår at der er tale om en konkret vurdering ved hver kreditgivning, og det forretningsmæssige skøn. jf. the business judgement rule, således at der ikke er idømt ledelsesansvar for handlinger, som ledelsen ud fra et tilstrækkeligt oplysningsgrundlag mente var forretningsmæssigt forsvarlige.

107

Ud fra ovenstående kan det dermed udledes, at IVS'ernes ledelse, både kan idømmes ansvar ved en uforsvarlig forretningsplan og for forpligtelser af uansvarlig karakter. I nogle tilfælde

¹⁰⁶ U.2007.497 - Calypso

¹⁰⁷ Sag 226/2015 - Capinordic

vil 1 kr. I indskudt egenkapital være uforsvarligt, men ligeledes kan 1 mio. Kr. være uforsvarligt, såfremt driften ikke afspejler det indskudte kapital. Det er derfor modsigende at der i dansk lovgivning er givet et minimumskapital, fremfor at kalde det et forsvarligt kapital. Det kan ydermere udledes at ledelsen, har ret en vis skønsmæssig margin til at træffe beslutninger som kan medføre tab, hvorfor man som stifter af IVS ikke skal være bange for at ifalde erstatningsansvar, såfremt man har truffet beslutningen om at drive virksomhed på et informeret grundlag og i god tro.¹⁰⁸

2.11 Juridisk delkonklusion

Det konkluderes at med etableringsfriheden fastslået i sag C-212/97, at iværksætterne fremadrettet vil drage nytte af stiftelse af udenlandske filialer, som et udtryk for fri konkurrence indenfor selskabsretten¹⁰⁹. Politikkerne taler for at de kan øge kontrollen af udenlandske selskaber for at nedsætte svindel¹¹⁰, men da Danmark, har ikke indflydelse på det materielle regler som gælder for selskaber der driver filial, vil en restriktiv kontrol på baggrund af selskabers nationalitet, udgøre et traktatbrud jf. TEUF art. 49 og 54.

Sammenholdt med baggrunden for indførelsen af selskabsvarianten, vil der ske en stigning af udenlandske IVS'er, da andre europæiske lande har et mere fordelagtigt kapitalkrav på ca. 1 euro. Danmark vil med det nye kapitalkrav på kr. 40.000 og afskaffelsen af IVS, ikke være konkurrencedygtige på iværksætterområdet i forhold til de andre europæiske lande. Det konkluderes derfor at det danske samfund vil tabe selskabsbeskatning, fremtidige arbejdspladser samt eksport.¹¹¹

Det udledes at kapitalkravet på kr. 40.000 er inefficent, da det gennemsnitlige kapitalkrav for anpartsselskaber bør ligge på kr. 11.000¹¹², og skal afspejle selskabets drift. Danmark er dermed tættere på andre europæiske lande, men stadig ikke konkurrencedygtige indenfor selskabsretten. Det udledes at det danske kapitalkrav er en overimplementering, jf. Art. 45 i

¹⁰⁸ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, s. 657-658.

¹⁰⁹ C-212/97 - Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

¹¹⁰ Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19 (Omtryk - 21-03-2019 - Korrigeret bilag) L 190 Bilag 9

¹¹¹ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 5

¹¹² Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

direktiv 2017/1132/EU af 14. juni 2017, og at der ikke foreskrives et kapitalkrav til anpartsselskaber i henhold til EU-retten. Det konkluderes at kapitalkravet som værende et værktøj til beskyttelse af IVS'ers kreditorer, ikke vil opnå den tilsigtede virkning i form af kreditorbeskyttelse, da selskabskapitalen kan benyttes til drift og ofte er af signalværdi, fremfor en beskyttelse i praksis. Kreditorer til iværksætterselskaber, vil være bedre stillet ved at bede iværksætterne stille kautioner eller gøre brug af de bestemmelser som KSL allerede foreskriver ved erstatningsreglerne og ledelsesansvaret.¹¹³

Den nye lovgivning har tillægger vanskelige barriere for iværksætterne, og er ineffektive som beskyttelsesværn. Nuværende bestemmelser i KSL §§ 115-119 er tilstrækkelige til kreditorbeskyttelse og skal anvendes i større omfang, da ledelsen skal varetage sine pligter om forsvarligt kapitalberedskab, langt tidligere i processen. Det udledes ud fra U.2007.497 og Sag 226/2015, at ledelsen kan og bør idømmes erstatningsansvar ud fra en uansvarlig forretningsplan, men at de også kan lempes ud fra Business Judgement Rule. Det konkluderes på baggrund af Moderniseringsudvalget¹¹⁴ at en skærpelse af ledelsens ansvar vil vanskeliggøre muligheden for at finde kvalificeret kandidater til at indgå i bestyrelsen. Derfor foreslås at der implementeres en mere objektiv og gennemsigtig formulering af ledelsens ansvar, enten via vejledninger eller i lovens forarbejder.

Samlet set er det ikke efficient for samfundet at ophæve af IVS og det vil ikke bidrage til tilsigtede om at nedsætte svindel. Ophævelsen udgør en uhensigtsmæssig barriere i det danske samfund, som har brug for erhvervslivet til at skabe vækst. Lovgiver bør i højere grad benytte sig af den allerede foreskrevet lovgivning. De arbejdspladser, omsætning og eksport som danske iværksætterselskaber bidrager til, er i svag grad tilvejebragt i Erhvervsstyrelsens rapport, hvorfor det i afhandlingen er relevant at skabe klarhed omkring de økonomiske forhold.

¹¹³ Henrik Kure, Finansieringsret, 2018, s. 58-63.

¹¹⁴ Moderniseringsudvalgets betænkning 1498/2008

3. Økonomisk analyse

3.1 Indledning

Den økonomiske analyse behandler lovændringens konsekvenser, som værende ophævelse af IVS.¹¹⁵ Lovændringens påvirkning af de involverede parter analyseres ud fra spilteori. De afgørende variable for staten og IVS'erne, afhænger af muligheden for at stifte et IVS. Selskaberne og Staten er strategisk afhængige af hinanden, grundet investeringen i nye selskaber, og de tabte indtægter for staten som følger af iværksættere ikke stifter selskab i Danmark. Watsons adfærdsteori argumenterer for hvorledes ændring af regler medfører ændring i payoff, som følges af ændring i parternes incitamenter og adfærd. Afhandlingen vil dermed forsøge at påvise hvorledes lovændringen ændrer parternes adfærd.¹¹⁶

3.2 Erhvervsstyrelsens rapport

Erhvervsstyrelsen har med rapporten, undersøgt udviklingen i og anvendelsen af de IVS'er, der er stiftet i perioden 1. januar 2014 til 31. december 2017 med henblik på at belyse, om IVS'er bliver anvendt til det formålet tilskriver. Det fremhæves bl.a. i rapporten, at IVS'er er en hyppigt anvendt selskabsform, men at virksomhederne lige såvel ville blive stiftet såfremt selskabsformen ikke var en mulighed.¹¹⁷

Det samme gælder for den økonomiske vækst IVS'erne har bidraget til, således at de ville have bidraget i samme omfang under en anden selskabsform. Rapporten udleder at der er en forholdsmæssig stor andel som bliver opløst indenfor de første års levetid, og at mere end halvdelen af dem er med baggrund i tvangsopløsninger.¹¹⁸ Det formodes at den største udslagsfaktor i analysen, blev fremførelsen af et overrepræsenteret antal af IVS'er, der fandtes at være blevet nægtet registrering efter skatte- og afgiftslovgivningen. Dette er på baggrund af

¹¹⁵ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

¹¹⁶ Joel Watson, Strategy: An introduction to game theory, 3.Udg, 2013, s. 298.

¹¹⁷ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 7

¹¹⁸ Erhvervsstyrelsens rapport maj, 2018 s. 1

skatteforvaltningens svigs-indikatorer.¹¹⁹ Dette anfægtes med henvisning til rapportens s. 29, hvor belægget for dette, er subjektivt og uden dokumentation. Statistiske overvejelser af det første leveår for en virksomhed er ikke hensigtsmæssig, da IVS'er og nyopstartede virksomheder, kræver flere års aktivitet før man kan måle effekten. Det postuleres endvidere at IVS'erne er "mindre professionelt drevet", med sammenligning i ApS'ers overlevelseshastighed.¹²⁰ Sammenligningsgrundlaget skyldes at man antager at IVS'er bliver drevet som en bibeskæftelse. Dette udtrykkes som værende negativt, men det lader til at der ikke er taget højde for hvem der ofte driver iværksætteri i Danmark, netop de unge og studerende.¹²¹ At IVS'erne ligner en sidebeskæftigelse kan ligeså vel være udtryk for en testbasis som er nødvendig, for at afgøre om der er en efterspørgsel på det produkt eller ydelse, som IVS'et tilbyder.¹²²

Modsætningsvis konkluderer man ikke bemærkelsesværdigt på rapportens mere positive fund. Det fremgår at virksomheder der er stiftet som IVS'er i årene 2014-2017, har haft en omsætning på kr. 5,2 mia., en eksport på kr. 430 mio., og givet beskæftigelse til 5.200 personer.¹²³ Det fremgår af rapporten at IVS'er er mere svigagtige, bl.a. ved opløsningsformerne, heraf 13 % af IVS'erne og kun 7 % hos ApS'erne. Hvad man ikke har taget med i denne vurdering er at sammenligningsgrundlaget er skævt, i og med at anpartsselskaberne udgør en langt større andel af danske stiftede selskaber, hvorfor der forholdsvist bliver opløst langt flere ApS'er.¹²⁴ Rapporten konkluderer at IVS'erne har bidraget positivt til samfundsøkonomien, og at der ikke er dokumentation for at det er iværksætterselskabsformen, som har bidraget til dette, eftersom de erhvervsdrivende formentlig kunne have skabt samme vækst ved en anden selskabsform. Modsætningsvist er det ikke dokumenteret at selskaberne kunne bidrage med samme vækst i en anden selskabsform, der er altså tale om en antagelse. Man kunne ligeså vel have konkluderet at "denne udvikling formentlig ikke kunne være sket uden introduktion af iværksætterselskabsformen". Det har siden indførelsen af IVS, været hensigten at IVS'et skulle omdanne sig til et ApS efter at have henlagt 25 % af selskabets overskud til bunden

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 28

¹²¹ DST Analyse, 2018, s. 1 pkt. 4.

¹²² Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013 s. 26-27

¹²³ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 5

¹²⁴ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 12

reserve, jf. KSL § § 357 b. Rapporten angiver i første omgang at det er 8 % af iværksætterselskaberne som har omdannet sig til ApS, hvorimod det reelle antal for omregistreringer ligger på 25 % af IVS'erne. Igen må henvises til at der ikke var et forventet estimat for dette, og at 25 % ikke er et dårligt resultat, med de adgangsbarriere der forligger for en nystartet virksomhed.¹²⁵

Lovgivers baggrund for tiltaget, lægger især vægt på at en højere andel af IVS'erne sanktioneres i forbindelse med momsregistrering, end ApS og enkeltmandsvirksomheder gør. Ydermere fremgår det på baggrund af skatteforvaltningens svigs-indikatorer at IVS'er i større omfang end de andre selskabsformer, at være repræsenteret blandt de virksomheder, der nægtes registrering efter skatte- og afgiftslovgivningen. Det undlades dog at fremhæve at markant flere enkeltmandsvirksomheder nægtes registrering end IVS. I forhold til sanktioner relativt til antal momsregistreringer, ligger IVS på niveau med ApS, jf. 12 % for IVS og 10 % for ApS¹²⁶. Det fremgår af rapporten at sanktionerne kan forskelligt fordeles på restriktioner, hvorfor det ikke giver et retvisende billede af, hvilke selskabsformer der sanktioneres i hårdere grad end andre. Rapporten bygger flere steder på antagelser som konkluderer ud fra et ikke-eksisterende grundlag.¹²⁷ Det anføres at skatte- og afgiftsrestancerne for IVS'er, er dobbelt så høje som for enkeltmandsvirksomheder. Sammenligner man derimod med ApS, fremhæves ikke at skatte- og afgiftsrestancerne i aktive ApS (2.096 mio. kr.) er 4 gange højere end i aktive IVS (533 mio. kr.), og at de i ophørte ApS (177 mio. kr.) er næsten dobbelt så høje som i ophørte IVS (108 mio. kr.). Dette fremfører tilladelsesvis at ApS'er mere svigagtige indenfor skatte-restancer, hvorfor ud fra samme begrundelse kunne argumentere for ApS'er skulle afskaffes. Man er derfor nødt til at være skarpere i sin begrundelse for ophævelse af IVS'er.¹²⁸

3.3 Cost-benefit analyse

Lovgivningsprocessen for ændring af lovgivning er omkostningsfuld og tidskrævende. De

¹²⁵ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 31.

¹²⁶ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 47, tabel 8.2.

¹²⁷ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 3, s. 19-21 og s. 45.

¹²⁸ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

administrative omkostninger for erhvervslivet er estimeret til omkostninger for 4. Mio. kr. årligt.¹²⁹ Ved implementering af de nye bestemmelser i selskabsloven, er der i lovforslaget ikke taget højde for de indirekte omkostninger som følger med udarbejdelse nyt lovforslag. Den må angiveligt have kostet tid og lønninger at udarbejde dette, da processen kræver behandling af 3 omgange, samt afstemning i Folketingssalen, med dertilhørende forhandling af clearingsaftaler.¹³⁰ Lovforslaget vil indebære økonomiske konsekvenser for Erhvervsstyrelsens it-system, da ændringerne i lovgivningen vil medføre en øget henvendelse fra 40 % af de nuværende 45.000 IVS'er som ønsker rådgivning. Dette vil kræve en udvidelse af ressourcer, såsom arbejdskraft og nye it-systemer til at håndtere dette.¹³¹

Der vil opstå opportunity costs,¹³² ved statens reducere af potentielle indtægter, såfremt iværksætterne ikke vælger at stifte selskab i Danmark. Primært vil dette være indkomstskatten for selskaber og foreninger mv., der er hjemmehørende i Danmark, jf. SEL § 1, på 22 % af den skattepligtige indkomst. Jf. SEL § 17, stk. 1. Anden tabt fortjeneste vil være andre forventede indtægter. I perioden 2014-2016, bidrog danske IVS'er med en samlet omsætning på 5,2 mia. kr., estimeret 5.200 beskæftiget, og med 430 mio. kr. til eksportområdet.

Fordelene ved lovforslaget om afskaffelsen af iværksætterselskabsformen, er en udsigt til at reducere omkostninger hos Erhvervsstyrelsen og Skifteretterne, da det forventes at færre selskaber skal under tvangsopløsning.¹³³ Det fremgår at omkostningerne for tvangsopløsning af et IVS, er på kr. 240 hos Erhvervsstyrelsen og Skifterettens omkostninger for tvangsopløsning af et IVS er kr. 4.196.¹³⁴ Samlet set udgjorde omkostningerne hos Erhvervsstyrelse 28 Mio. Kr. Dette beløb forventes at blive reduceret i fremtiden.¹³⁵ IVS'er

¹²⁹ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

¹³⁰ <https://www.ft.dk/da/folkestyret/folketinget/lovgivningsprocessen-i-folketinget>, besøgt d. 04.04.2019 kl. 17.43.

¹³¹ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

¹³² Robert Frank & Edward Cartwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s.7 "*The value of all that must be sacrificed to do the activity.*"

¹³³ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital.

¹³⁴ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 43

¹³⁵ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 44

har en samlet skatte- og afgiftsrestance på kr. 47 mio. Og udgør 9 % af de samlede restancer alle selskabsformerne har hos SKAT. Dette beløb forventes reduceret ved afskaffelsen af IVS.¹³⁶ Det er muligt at med selskabers ret til fri etablering, vil med problemet svigagtige selskaber, overgå til andre lande eller opstå i andre selskabstyper.¹³⁷

Med lovforslaget følger en nedsættelse af minimumskapitalen fra kr. 50.000 til kr. 40.000, således at danske ApS'ers konkurrencedygtighed kommer tættere på andre europæiske lande, men stadig langt fra det gennemsnitlige europæiske startkapital på kr. 11.000, behandlet i kap. 2.5. Man fastholder desuden at minimumskapitalen skaber tryghed for kreditorerne.¹³⁸ At være iværksætter forudsætter en del adgangsbarriere, hvormed det at starte en virksomhed med begrænset hæftelse, nu kræver opsparing 40.000 til rejsning af kapital. Med henvisning til rapporten s. 25, er en større del af danske iværksættere studerende, som ofte ikke er spor gunstige for en kreditor, i forbindelse med en kreditvurdering. Skal iværksætteren rejse kapital kan det derfor kræve en del opsparing, i og med mulighederne for et lån er vanskelige. Ofte er iværksætterne afhængige af en investor som er villig til at løbe en risiko og som tror på idéen. Tilbyder Danmark ikke de danske iværksættere at være uafhængige af investorer ved stiftelse, vil mange falde fra, til trods for de har et produkt eller tjenesteydelse som er til fordel for samfundet. Investorer tiltræder først senere i finansieringsfasen¹³⁹. At iværksættere er studerende kan med fordel bidrage til innovative løsninger, da de er en fase med stor mulighed for informationssøgning. Rapporten angiver også at de ofte har iværksætteriet som en bibeskæftigelse, hvorfor minimumskapitalkravet udgør en adgangsbarriere som også kan påvirke deres primære beskæftigelse som studerende¹⁴⁰.

Med implementering af bestemmelsen vedrørende krav om-registrering fra IVS til ApS, forventes alle erhvervsdrivende IVS'er at omdanne sig til et IVS, således at man skiller sig af

¹³⁶ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 51

¹³⁷ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

¹³⁸ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital. S. 9

¹³⁹ Vækstfonden: <https://vf.dk/media/1749/ba-matching-produktblad-28-marts-2019.pdf>

¹⁴⁰ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 28-29

med de ikke aktive IVS'er, og dermed de potentielle svigs-virksomheder.¹⁴¹

3.4. Kontrakten mellem IVS og Staten

Retsøkonomien redegør for som hovedopgave indenfor kontraktindgåelse, at bidrage til samarbejdet mellem parter, og tilstræbe sig en norm om at "aftaler skal holdes." Kontrakten har til formål at stimulere samarbejdet mellem parterne, skabe optimal grad af opfyldelse samt reducere forhandlingsomkostninger til et minimum.¹⁴² Regler og vilkår som bidrager til effektiv målsætning, beror på følgende forudsætninger; at man vil sikre samarbejde mellem løftegivere for kontrakten kan håndhæves, at man ønsker effektiv grad af kontraktopfyldelse, at brud på aftale medfører erstatning og at man ønsker at holde forhandlingsomkostningerne så lave som muligt. Som bidrag til dette henvises den kontrakt IVS'et indgår med staten. Disse forudsætninger har til formål betingelserne for frikonkurrence på markedet bliver opfyldt, korrigere markedssvigt og at reducere transaktionsomkostningerne. Den grundlæggende forudsætning for frikonkurrence på markedet bygger på en antagelse om at parterne agerer rationelt og har frie valg.¹⁴³

Forholdet mellem staten som værende principal og IVS som værende agent, indeholder en kontraktindgåelse angivet ved statens evne til at stille selskabsform til rådighed, og IVS'ernes modydelse som værende bidrag til samfundets vækst. Principalen ønsker at agenten skal yde mest muligt, men kan ikke måle hvor meget agenten yder. Agenten har incitament til at yde mindst muligt og vil forsøge at snyde principalen.¹⁴⁴

IVS'et optræder som risikoavers ud fra valget af selskabsform, der har begrænset hæftelse. Det kan diskuteres om IVS'er modsætningsvist er risikosøgende, da der indenfor iværksætteriet er en usikker opstartsfase og ikke et lønmodtagerforhold som sikrer en fast indkomst.¹⁴⁵ Til trods for staten registrerer ejeren af virksomheden ved stiftelse, forekommer

¹⁴¹ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital. S. 4

¹⁴² Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 287-291

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s. 190

¹⁴⁵ Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s. 179-81

der som oftest tilfælde af asymmetrisk information. Dette indebærer at IVS'erne er i besiddelse af nogle information som Staten ikke har adgang til. Et typisk eksempel beror på at IVS'et har undladt at indgive de formelle krav til registrering på CVR-registrert, og Staten må på afvente tvangsopløsning på baggrund af tillid til IVS'et vilje til at lade sig registrere, samt indbetale skatter. Dette kan modføre moral hazard, hvorfor agenten har større incitament til at løbe en større risiko efter kontraktens indgåelse, dog på bekostning af principalen.¹⁴⁶ Tilbageholder agenten informationer inden kontraktindgåelse, er der tale om adverse selection.¹⁴⁷ Tilbageholder IVS'et informationer vil der opstå en interessekonflikt mellem IVS'et og staten, som yder en kredit ved ikke at få sine skatterestancer. Der er derfor tale om en negativ eksternalitet, som kan udmunde i et markedsvigt. Markedsvigt opstår når fordelingen af ressourcer i samfundet ikke er optimale. Ressourceallokeringen kan modvejes ved at indføre en positiv eksternalitet, såsom regulering via lovgivningen.¹⁴⁸

3.5 Principal-Agent teori

Principal-agent teorien behandler iværksætterne (agenterne), og staten anses som repræsentanter for befolkningen (principalen). Det udledes hvorvidt agenterne har incitament til at følge principalens retningslinjer, eller om de har incitament til at bryde retningslinjerne og handle anderledes. Det givne udfald, anvendes som bud på en eventuel regulering af lovgivning, med henblik på nytteoptimering.¹⁴⁹ Iværksætterne har incitament til at selskabsformen fastholdes, således at de har en selskabsramme med lave omkostninger til stiftelse, og gennemsigtighed i selskabsformens rammer, da selskabsformen er underlagt selskabsloven. Ophæves selskabsformen, vil der være øget incitament til at begå svindel, såfremt iværksætterne vælger at oprette selskaber i andre lande, hvor det ikke vil være muligt at føre den samme kontrol. Staten har incitament til at ophæve iværksætterselskabsformen, da de er en vis delmængde af svindelende selskaber, hvorfor Staten har svært ved at inddrive skatte-restancer. Ydermere har de incitament til at fastholde en selskabsform som har et minimumskapitalkrav til kreditorbeskyttelse.

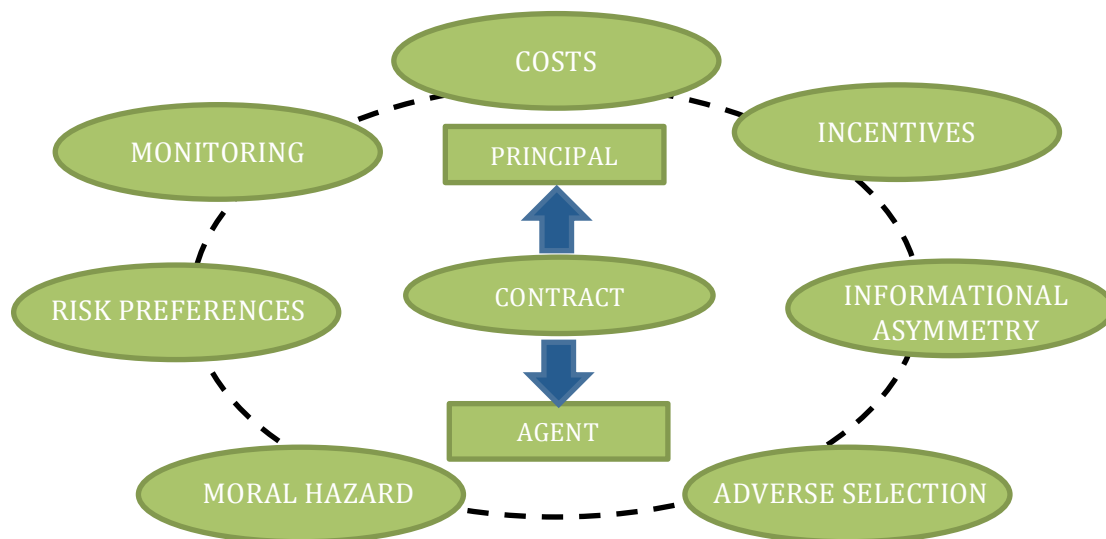
¹⁴⁶ Robert Frank & Edward Catwright, *Microeconomics and behaviour*, 2013, s. 190-191

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Erling Eide og Endre Stavang, *rettsøkonomi*, 2014, s. 152

¹⁴⁹ Prajit K. Dutta, *Strategies and Games – Theory and practice*, 1999, s. 295-301

Figur 1, Pricipal-Agent forholdet¹⁵⁰



3.6 Spilteori

I spilteorien sondres mellem simultane og sekventielle spil. Ved simultane spil afbilledet i spilmatx'er, handler begge spillere på samme tid, eller hvis de ikke trækker samtidigt, har de efterfølgende spillere ikke viden om de andre spillers' tidligere valg. Ved sekventielle spil afbilledet i spiltræ, har spillerne en viden om den anden spillers handlingsforløb. Kender spilleren alle valg og payoff, som modspilleren har truffet, er der tale om perfekt information. Dette er ikke tilfældet ved disse spil, men derimod fuldstændig information hvorfor spillerne har viden om modspillerens mulige valg og payoff, men ikke hvilke valg de har truffet.¹⁵¹

Et spil er konstrueret ud fra følgende elementer;

De berørte parter angivet som spillere. Staten er den part som varetager samfundets hensyn samt håndhævelse af denne. Iværksætteren tilvejebringer som part kun sine egne hensyn, på baggrund af de ofte er direktør og ejer majoriteten af kapitalen.

¹⁵⁰ Egen tilvirkning.

¹⁵¹ Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s. 190-191

Et regelsæt angivet ud fra typen af spil vil tage udgangspunkt i et ultimatumspil hvor spiller 1, som værende staten, vælger først da de regulerer lovgivningen, hvorefter spiller 2 som værende iværksætteren, handler ud fra statens valg. Ultimatumspil er kendetegnet ved at spillet spilles af én runde, hvorfor parterne ender ud i et take-it-or-leave-it-offer.¹⁵² Der analyseres ud fra iværksætterens adfærd, som bestemmelserne i selskabsloven foreskriver. Begge parter har perfekt information, således at de kender hinandens strategiske valgmuligheder og hvilke valg de tidligere har truffet.

Spillets forudsætninger og antagelser:

Det antages at iværksætteren er nyttemaksimerende og værende risiko-averse, da den ikke ønsker personlig hæftelse ved at stifte et selskab. Ydermere antages det at iværksætteren ikke har oparbejdet nok kapital til at stifte et anpartsselskab til minimumskravet på kr. 40.000, og vil lide et nyttetab ved at skulle gøre dette. Dette nyttetab vil stadig være større end hvis iværksætteren slet ikke stiftede et selskab.

Det antages at Staten har en økonomisk interesse i at der bliver drevet virksomhed i Danmark fremfor en udenlandsk filial. Dette forudsætter at Staten er nyttemaksimerende. Staten er også interesseret i at undgå misbrug i form af svindel, da denne form for misbrug vil medføre ressourcespild og dødvægtstab for samfundet. Kreditorhensynet varetages ved at overholde KSL § 4. Stk. 2, som værende kapitalkravet på kr. 40.000. Formålet med indførelsen af IVS var at fjerne nogle af de adgangsbarriere danske iværksættere møder.¹⁵³ Dette bør opholdes mod de transaktionsomkostninger som følger med at stifte denne type selskab. Det er givet at iværksætteren vil vælge den selskabsform som stiller dem med laveste omkostninger. Er der en selskabsform som fremstår mere attraktiv, kræver det at gevinsten af en anden selskabsform er mere fordelagtig, og derfor har en højere nytte.

De rettigheder som følger af hver selskabsform udgør positive og negative eksternaliteter, som iværksætteren skal forholde sig til. Er selskabsformen i Danmark ikke gunstig nok, vælger iværksætteren at stifte selskabet udlandet, hvorfor der også opstår et dødvægtstab. Ifølge Coase, er den kontrakt iværksætteren indgår med staten ved at stifte et dansk selskab,

¹⁵² Douglas G. Baird, et al., *Game Theory and the Law*, 1994, s. 43

¹⁵³ Lovforslag FT 2012-13 L152, generelle bemærkninger s. 28.

en vigtig tilkendegivelse af adfærd fra iværksætterens side. Adfærden afspejler de transaktionsomkostninger som iværksætteren er præget af i sin tilværelse som agent. Agenten er præget af begrænset rationalitet og opportunistisk adfærd. Dette ser vi også som bias af *overconfidence*. Coase-teoremet foreskriver at inddeles transaktionsomkostninger inddeles i følgende kategorier; søge, forhandlings og kontrolomkostninger. Søgeomkostninger vil for iværksætteren, være de omkostninger som følge af at undersøge og sammenligne selskabsformer, samt advokatomkostninger til rådgivning ved oprettelse af udenlandsk filial. Forhandlingsomkostninger opstår når kontrakten mellem parterne skal udmundes. Det opleves især at en af ulemperne ved mange forhandlingsomkostninger er tidsforbruget. Ifølge Rubinstein, er tid lig med penge, hvorfor man ønsker at lukke handlen så hurtigt som muligt.¹⁵⁴ Nedenstående spil giver ikke anledning til forhandlingsomkostninger, da der er tale om et ultimatumspil. Kontrolomkostninger kommer til udtryk såfremt kontrakten ikke overholdes, hvorfor der vil være omkostninger til erstatning og i visse tilfælde omkostninger til domstolene, som skal sørge for sanktionerne opretholdes.¹⁵⁵

Da spillet bygger på spilteoretiske forudsætninger er det disse regler som læseren bør forholde sig til. Samfundets konstruktion bygger på mere komplekse variable, hvorfor forudsætningerne forsøger at simplificere praksis med teori og dermed analysens fund. Det har derfor ikke været muligt at afbillede en model som tager højde for alle samfundets forhold og variable.

Spilmatrix 1¹⁵⁶ ud fra nyligt vedtaget retstilstand, hvormed der kun tages højde for fremtidig stiftelse af selskaber.

Staten/Iværksætter	Stifte DK IVS	Stifte udenlandsk filial
Ophæve IVS	$(B+A+X); (C-Y-A)$	$(B-D+A+X); (C-W-Y)$
Fastholde IVS	$(B+A+X); (C)$	$(B-D+A+X); (C-W-Y)$

Forslag til værdier: $A = 3$, $B = 5$, $C = 10$, $D = 5$, $W = 1$, $Y = 2$, $X = 3$

Staten/Iværksætter	Stifte DK IVS	Stifte udenlandsk filial
--------------------	---------------	--------------------------

¹⁵⁴ Douglas G. Baird et al., Game Theory and the Law, 1994, s. 314

¹⁵⁵ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 6. Udg. 2014, kap. 6

¹⁵⁶ Egen tilvirkning, med inspiration fra Troels Michael Lilja, mfl. Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolde kan tæmmes

Ophæve IVS	(5+3+3); (10-2-3)	(5-5+2+3);(10-1-2)NASH*
Fastholde IVS	(5+3+3); (10) NASH* + Kaldor Hicks	(5-5+2+3);(10-1-2)

Spilleets antaget værdier:

A = Nytteværdi ved at udvise agtsomhed i form af kreditorhensyn. (værdi:>0)

B = Nytteværdi for Staten ved stiftelse af selskab i DK (værdi:>0)

C = Nytteværdi for iværksætter ved Stiftelse af selskab med begrænset hæftelse fremfor personlig hæftelse (værdi>0)

D = Tabt nytteværdi af virksomheder oprettet i udlandet i stedet for DK(værdi:>0)

W = Startkapital for oprettelse af udenlandsk filial

Y = Transaktionsomkostninger for iværksætteren vedr. rådgivning af advokat til stiftelse af udenlandsk selskab. (Værdi>0)

X = Nytteværdien for Staten for anvendelse af kreditorbeskyttelse via erstatningsansvarsreglerne i KSL. Jf.

Ovenstående spilmatrix illustrerer at de to spillere iværksætter og stat, har 4 mulige strategier. Staten kan vælge strategierne; Ophæve IVS eller Fastholde IVS, og iværksætteren kan vælge strategierne; Stifte DK IVS eller Stifte udenlandsk filial.

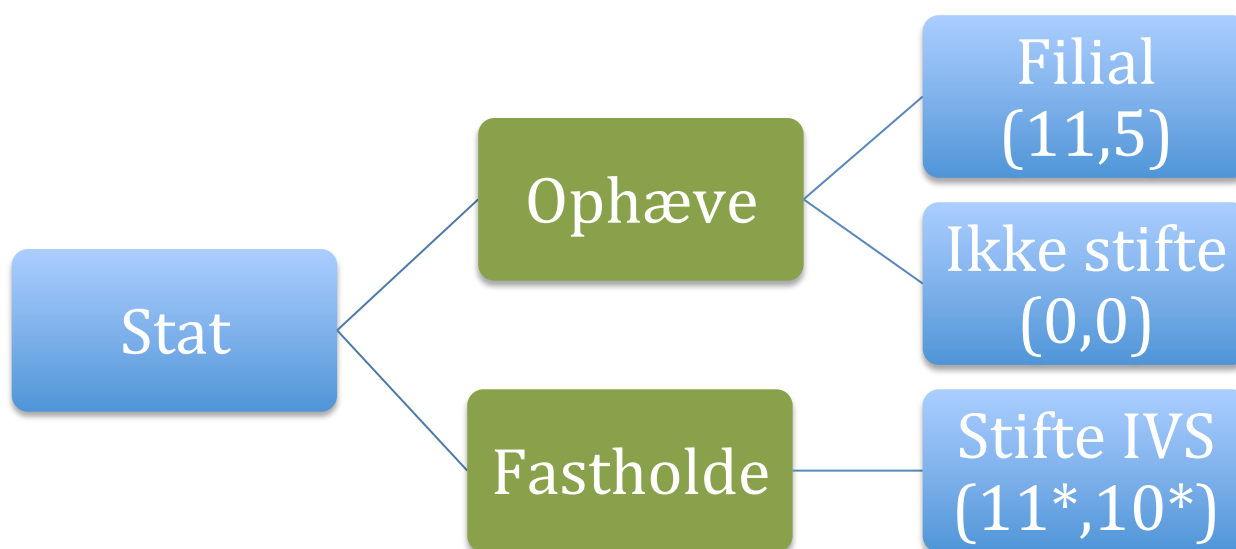
Iværksætter kan vælge mellem at stifte en udenlandsk filial, opspare kr. 40.000 til ApS, eller ikke at stifte et selskab. Stiftes der ikke et selskab, vil der opstå et dødvægtstab, hvorfor iværksætteren vil vælge at opspare eller gå til udlandet.

Iværksætteren vil opleve størst nytteværdi, ved at vælge strategien (Fastholde IVS; stifte dansk IVS), hvortil de udledte payoff også angiver en NASH-ligevægt. Ligeledes udledes Kaldor Hicks-kriteriet som angiver det største totale payoff. Kriteriet bygger på at en retsstilling er at foretrække, såfremt den skaber gevinst stor nok til vinderen, at taberen kan kompenseres. Man maksimerer derfor ressourcebrugen.¹⁵⁷

Staten vil opleve et større pay-off ved at der stiftes selskaber i DK, da stiftelse i udlandet vil medføre tabt nytteværdi. Dette besvares ved staten vil opleve potentielle manglende skatte

¹⁵⁷ Joel Watson, Strategy: An introduction to game theory, 2013, 3. Udg.; ”to maximize the payoff that you expect to obtain(...) you should select the strategy that yields the greatest expected pay off against your beliefs”.

indtægter, da nogle virksomheder der ellers ville være oprettet som IVS i DK, vil blive oprettet i udlandet, eller slet ikke oprettet. Virksomhederne vil ikke blive oprettet, såfremt de ikke kan finde kapital til et ApS selskab, hvilket også medfører en transaktionsomkostning.



Ovenstående spiltræ¹⁵⁸ er et udtryk for et sekventielt spil, hvormed de to spillerne 1. Staten og 2. Iværksætteren, vælger strategi i tidspunkt 0. Staten har first mover advantage, hvor iværksætteren må angive sin strategi ud fra Statens valg. Staten har to mulige strategier, angivet; fastholde IVS'er eller Ophæve IVS'er. Ud fra disse to muligheder har iværksætteren 3 mulige strategier, med henholdsvis 1 valg, og 2 valg. Vælger staten at ophæve IVS, har IVS muligheden mellem at stifte en udenlandsk filial, eller ikke at stifte noget. Vælger Stat derimod at fasthold IVS, kan iværksætteren vælge at stifte et IVS.¹⁵⁹

De mulige strategier angives som følgende:

$$\text{Spillernes strategier} = \text{antal valgmuligheder} \wedge \text{antal situationer}$$

Metoden for at løse backwards induction forudsætter at spillerne kan observere hinandens

¹⁵⁸ Egen tilvirkning.

¹⁵⁹ Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s. 467-469.

valg, hvorfor spiller 2, som værende iværksætteren's valg, først anskues. Efterfølgende anskues spiller 1, staten's valgmuligheder, da staten ikke vil vælge det samme som iværksætteren. Dette skyldes at ultimatumspil er fjendtlige, og uden incitament til at samarbejde. Ud fra dette udledes Subgame Perfect Nash Equilibrium, angivet (SPNE).

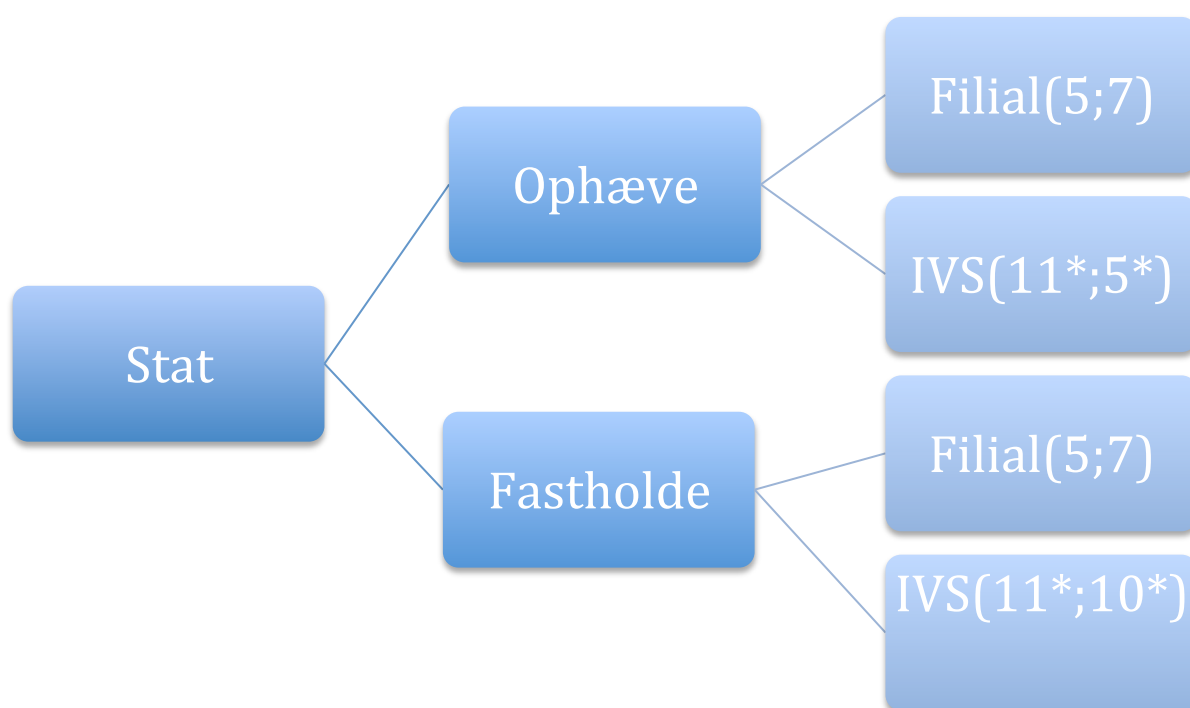
(SPNE) forefindes i spillernes største payoff, som befinder sig i strategien (Fastholde IVS;Stifte IVS) med payoff på 11 hos staten og 10 hos iværksætteren. Problemet opstår da denne type spil er fjendtligt, hvorfor den ene spiller kan være villig til at give den anden spiller et dårligere payoff end det som er bedst for begge parter. Da Iværksætteren vælger efter Staten, vil den have incitament til at vælge strategien (Ophæve IVS;Stifte filial) da denne giver iværksætteren det samme payoff: 11, men Staten vil få et lavere payoff på 5 frem for 10. Dette kan være et udtryk for iværksætterens *overconfident* adfærd. Iværksætteren kan vælge den risikobetonet strategi (ophæve IVS), da denne også har muligheden for at de får 0,0 hvorfor de ingenting opnår. Anskuer vi derimod iværksætteren for at være risikoaverse som principal-agent teorien foreskriver, vil han vil den mere sikre strategi (fastholde IVS).

Alternativt kan vi anskue spillet som værende et gentaget spil, hvorfor spillerne kan observere hinandens tidligere handlinger¹⁶⁰. Spillets miljø kan derfor ændre sig fra hver periode. Spillet er nu uden det udefald som leder til 0,0 i payoff. I dette spil forefinde 2 NASH-ligevægte. Henholdsvis i (ophæve IVS;Stifte IVS) og (Fastholde IVS;Stifte IVS). Såfremt at spiller 2, iværksætteren, er nyttemaksimerende vil han uanset spillets første udfald, vælge strategien (Fastholde IVS; Stifte IVS), da denne giver det største payoff på 6, kontra den anden mulighed som vil give et payoff på 4. Da nedenstående spil er gentaget spil, vil iværksætter og stat, nu have incitament til at samarbejde. Samarbejder spillerne ikke, kan der opstå overforbrug af ressourcer og samfundsmæssigt *Tragedy of the commons*.¹⁶¹ Da spillet gentages kan parterne vælge at samarbejde ved at benytte *Trigger Games*. Samarbejdet bygger på en forudsætning om at partnerne ønsker at overholde aftalen, på baggrund af tidligere positiv adfærd. Vælger iværksætteren ikke at overholde den nye lovgivning om omdanne sig til ApS, bliver de straffet, hvilket medfører bøder eller en øget kontrol. Vælger parterne derimod at

¹⁶⁰ Egen tilvirkning - spiltræ

¹⁶¹ Prajit K. Dutta, Strategy and Games, Teory and practice, 1999, s. 287

samarbejde, vil de øge incitamentet til at overholde lovgivningen samt opnå payoff som gevinst.¹⁶² I spilteorien sondres mellem spil gentaget i et givet antal perioder, samt uendeligt gentaget spil som ofte giver det største payoff, grundet muligheden for at observere tidligere udfald. Nedenfor udledes igen at det største payoff og mest efficiente, vil være at fastholde IVS og oprette det i Danmark, da Kaldor Hicks-efficienten befinder sig i denne strategi. Samlet payoff vil være på 21.



3.7 Efficiens af ny regulering:

Implementering af de nye bestemmelser i selskabsloven, jf. § 5 stk. 1, vedrørende en 2 årig overgangsperiode, for IVS til at omregistrere sig til ApS, medfører økonomiske og administrative konsekvenser. Selvom registreringen er gebyrfri, er der krav om at en vurderingsmand, heraf en godkendt revisor jf. KSL § 37 udarbejder en erklæring om at den fornødne kapital er tilstede.¹⁶³ Overholder de eksisterende IVS'er ikke dette vil de blive tvangsopløst. Staten anfører at det derfor forventes *"at et væsentligt antal iværksætterselskaber vil blive tvangsopløst. Dette vil medføre udgifter for Erhvervsstyrelsen og*

¹⁶² Douglas G. Baird et al, Game Theory and the Law, 1998, s. 169

¹⁶³ Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital. S. 7

skifteretterne". Der er ikke angivet et estimat for antallet af IVS, man forventer, der vil blive tvangsopløst, men set i lyset af at 94 af alle IVS'erne per udgangen af 2017 havde kapital nok til at kunne lade sig omregistrere, vil det forventeligt være mange selskaber, der risikerer at blive tvangsopløst.¹⁶⁴

I artiklen "Trolde kan tæmmes", er det allerede fremført at opsparingskravet med henblik på omregistrering, ikke har den ønskede virkning. Dette skyldes at iværksætteren har et større incitament til at omgå reglerne, og udbetale overskuddet til opsparing, som lønninger til ledelsen. Adfærden afbildes i nedenstående spilmatrix 2¹⁶⁵.

Staten/Iværksætter	Overskud til opsparing	Henlæg ikke (løn)
Fjern opsparingskrav	(B+X); (C+O)	(B+X); (C+K-E)
Behold opsparingskrav	(A+B+X); (C+O)	(G+B+X); (C+K-E)

Spillets antaget værdier:

A = Nytteværdi for Staten ved fuld opsparing til beskyttelse af kreditorerne. (værdi: $A > G$)

B = Nytteværdi for Staten ved stiftelse af selskab i DK

C = Nytteværdi for iværksætter ved Stiftelse af selskab med begrænset hæftelse fremfor personlig hæftelse (værdi > 0)

G = Nytteværdi af Staten varetager kreditorhensyn, kontra IVS laver kapitalnedsættelse

E = Transaktionsomkostninger for iværksætteren vedr. Alternativ kapitalafgang

K = Nytteværdien for iværksætteren ved lønninger eller kapitalnedsættelse.

O = Nytteværdien for iværksætter ved opsparing.

X = Nytteværdien for Staten ved beskyttelse af kreditorerne, fastholdt via erstatningsansvar

Ud fra følgende antagelser har iværksætteren transaktionsomkostninger ved at øge personaleomkostninger i form af udbetaling af løn. Iværksætteren kan vælge at udbetale lønnen til sig selv. Endvidere foreligger transaktionsomkostninger ved muligheden for kapitalafgang, som følge af kapitalnedsættelse til overkurs. Dette medfører administrative omkostninger i tid og rådgivning, hvilket indebærer et nytte tab. Staten lider ikke større

¹⁶⁴ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 47

¹⁶⁵ Troels Michael Lilja, mfl. Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolde kan tæmmes

nyttetab end forskellen på nytteværdien A om opsparing med henblik på kreditorbeskyttelse og nytteværdien af G som værende Statens beskyttelse af kreditorer ved en kapitalnedsættelse. Iværksætteren skal give meddelelse om kapitalnedsættelse til Erhvervsstyrelsen, af hensyn til selskabets kreditorer. Jf. KSL §§ 191-192.

Det er en forudsætning for spillet, at begge parter opnår nyttemaksimering ved at IVS'et etableres. Iværksætteren har incitament til at trække et evt. overskud ud til løn, fremfor at henlægge det til en forhøjelse af selskabskapitalen. Iværksætterens valg, afhænger de transaktionsomkostninger som følger. Såfremt iværksætteren vælger at udbetale hele det opsparet overskud som lønninger, opspares intet i selskabet, hvorfor staten vil opleve mistet nytte på A, og iværksætteren oplever en gevinst på nytteværdien K (fratrullet transaktionsomkostning E). Hvis opsparingskravet ikke eksisterede ville de opstå et endnu større nytte tab, da staten uanset udfaldet, får nytteværdien G ved opretholdelse af opsparingskravet. IVS'et kan også omgå opsparingskravet ved at trække overskuddet ud og foretage en kapitalnedsættelse, hvorfor op til 75 % af overskuddet kan forsvinde.¹⁶⁶ Staten vil have den dominerende strategi i behold opsparingskravet, hvilket kun vil påvirke iværksætteren såfremt den ønsker at trække overskuddet ud til kapitalnedsættelse. Dette kræver dog at iværksætteren overholder sine pligter for at opretholde et forsvarligt kapitalberedskab, jf. afsnit 2.10 i afhandlingen vedr. Ledelsens ansvar. Muligheden for at trække overskuddet ud, afgøres af om hvorvidt transaktionsomkostningen E overstiger nytteværdien af C og K. Såfremt nytteværdien af opsparing for iværksætteren (O), overstiger den totale værdi af C og K, vil iværksætteren vælge at opspare i selskabet med henblik på omdannelse til ApS.

Reglen giver derfor mulighed for at omgå kravet om opsparing, hvorfor andre tiltag vil være mere hensigtsmæssige. Det vil derfor kunne tales for at man som lovgiver, giver et større incitament til at opretholde opsparingskravet. At konsekvensen heraf vil komme til udtryk om 2 år, jf. § 357 b." *Et iværksætterselskab skal årligt henlægge mindst 25 pct. af selskabets overskud til en bunden reserve til opbygning af selskabets kapitalgrundlag, indtil denne reserve sammen med selskabskapitalen samlet udgør mindst 50.000 kr.*". Den nye bestemmelse giver

¹⁶⁶ KSL § 357 b, stk. 1 og § 179, stk. 2.

iværksætterne en tidsfrist til at hvornår opsparing på kr. 40.000 skal være nået, og er dermed en regulerende adfærd med henblik på straf frem for belønning. Denne norm er udbredt indenfor adfærdsregulerende tiltag, men langt fra ligeså effektiv som belønning eller indarbejdelse af norm.¹⁶⁷

3.8 Kaldor Hicks effektivitetsteori.

Kriteriet går ud på at en retstilstand, tiltag eller projekt, er ønskeligt såfremt allokeringen af ressourcer indebærer at den gevinst vinderen får er stor nok til at taberen kan kompenseres, samtidig med at mindst én part får lidt mere. Kriteriet går ud på at maksimere værdien af det ressourcerne bruges til, og karakteriserer resultatet af en ændring i en situation. Det er ikke et krav, at der rent faktisk sker en compensation, men blot at det er teoretisk muligt, således at taberen ville godtage compensationen hvis de fik tilbuddet. Ud fra dette sammenholdes om payoff for den ene part, som værende iværksætteren, kan kompensere staten for de transaktionsomkostninger som de måtte lide ved en ændring af loven. Det udledes i ovenstående spilmatrix'er, at det nye tiltag med henblik på en tidsfrist giver incitament til at overholde den nye retstilstand¹⁶⁸, hvorimod ophævelse af IVS ikke giver incitament til at overholde lovgivningen.¹⁶⁹

Ligeledes kan behandles potentielle pareto-forbedringer. Med en passende omfordeling af gevinsten kunne en pareto-forbedring være opnået. Ved pareto-forbedringer, handler individet i sin egen interesse, hvilket ikke optimerer samfundet, da begge parter i ovenstående spilmatrix'er har modstående interesser i forhold til ressourceforbruget. Denne omfordeling kan være for ressourcekrævende, hvorfor spillet i stedet vælger at fokusere på Kaldor Hicks kriteriet.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Robert C Ellickson, , Order without law, How neighbors settle disputes, chap. 7, 1991

¹⁶⁸ Troels Michael Lilja, mfl. Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolde kan tæmmes

¹⁶⁹ jf. Spilmatrix 1

¹⁷⁰ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 110-111

3.9 Økonomisk delkonklusion

Ud fra en Cost-benefit analyse, er der ikke et økonomisk belæg for at IVS'er begår svindel i højere grad end andre selskabsformer. Anpartsselskaber har 4 gange så mange restancer til SKAT og burde være sammenholdt med IVS'erne da IVS er en variant af et ApS. Antallet af IVS'er som ophører er målt på for kort en periode, da dette udfald også kan skyldes en branche med høje adgangsbarriere, som det kan være tegn på svindel og uprofessionel ledelse.¹⁷¹

Ud fra principal-agentteorien kan det konkluderes at statens incitaments til at ophæve IVS som selskabsform skyldes de er en vis delmængde af svindelende selskaber, hvorfor samfundet lider tab i form af manglede betaling til SKAT. Ydermere har de incitament til at fastholde en selskabsform som har et minimumskapitalkrav til kreditorbeskyttelse, da kreditorer stiller midler til rådighed for iværksætteren, heraf muligheden for finansiering, produkter og tjenesteydelser.¹⁷² Kreditorbeskyttelsen opnår tredjemand ofte allerede ved aftaleindgåelse som værende kautioner og lignende, hvorfor statens brug af ressourcer til at opretholde kreditorhensyn er ressourcespild og overkompenserende. Ressourcebruget kan med fordel bedre benyttes til udvikling af præventive systemer, samt øget antal i medarbejdere til inkassering af restancer.¹⁷³

Ud fra variablerne i spilmatrix 1, udledes det at ophævelse af IVS vil være hensigtsmæssig såfremt transaktionsomkostningerne < end omkostningerne til opstart af udenlandsk filial. Det Kaldor-Hicks efficiente og dermed største payoff til samfundet, er givet ved strategien: (Fastholde IVS; Stifte IVS). Så længe begge parter er nyttemaksimerende bør staten bære omkostningerne, da staten har færre transaktionsomkostninger ved varetagelse af kreditorhensyn, og da IVS vil ende i et dødgæststab ved for høje udgifter til revisor, jf. opsparingskravet og kapitalkravet på kr. 40.000. Endvidere vil udgifterne til rådgivning fra advokat til oprettelse af udenlandsk filial, være mindre end kapitalkravet på kr. 40.000¹⁷⁴, hvorfor iværksætteren har større incitament til at gå til udlandet eller fortsætte en kriminel adfærd, end at bruge ressourcer på opsparing og rejsning af kapital. Ud fra spilmatrix 2, kan

¹⁷¹ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 3, s. 19-21 og s. 45

¹⁷² Robert Frank & Edward Catwright, Microeconomics and behaviour, 2013, s. 190-191

¹⁷³ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, kap. 6

¹⁷⁴ kr. 2.000-3.000 i timen, jf. <https://www.juf.dk/hvorfor-er-der-sa-stor-forskel-pa-advokaters-priser/>

det konkluderes at der før kravet om omdannelse indenfor 2 år, ikke var incitament hos iværksætteren til opspare med henblik på omdannelse til ApS. Dette skyldes at de kan vælge at udbetale overskuddet som lønninger. Den nye lovgivning med en tidsfrist er dermed mere efficient da iværksætteren har en udsigt til hvornår manglende overholdelse af reglerne vil have en konsekvens, som ikke er nyttemaksimerende.¹⁷⁵

4. Integreret analyse

Retsøkonomien anvendes som metode i den integreret analyse, og har til formål at analysere, hvordan fordelingen af ressourcerne kan bidrage til en højere samfundsnytte, inden for gældende ret. Effektiv ressourcebrug er givet ved, at ressourcer allokeres til dem som skal bruge dem, hvorfor det ikke er et spørgsmål om en ensartet fordeling, men om at parterne får den ressource der er nødvendig.¹⁷⁶ Dette belyses ud fra i hvilket omfang lovgiver og iværksættere kan opnå størst mulig nytte af selskabsformen, ved anvendelse af teorien om ansvarsnormer og regulering.¹⁷⁷ I praksis vil det komme til udtryk som ledelsens ansvar og regulering i form af lovning på området.

4.1 Lovgivning kontra normer

Ovenstående spil i afhandlingens afsnit 3, påviser at nuværende lovgivning ikke skaber den maksimale nytte for hverken iværksætter eller stat. Det behandles derfor hvorledes en ændring i lovgivning, fremfor afskaffelse af IVS, vil give en større nytte og dermed bidrage til den tilsigtede virkning, som er beskyttelse af kreditorerne og reducere svindel på markedet. Dette belyses ud fra Shavells teori om efficiens af regulering frem for ansvarsnormer.¹⁷⁸ Shavell opstiller fire karakteristika som skal behandles for at afgøre om lovgivning eller som diskuteret i juridisk analyse, ledelsesansvar vil give det bedste udfald og dermed maksimere

¹⁷⁵ Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 2017 s. 433

¹⁷⁶ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 134

¹⁷⁷ Robert C. Ellickson, Order without Law, How Neighbors Settle Disputes, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1991, s. 52-64

¹⁷⁸ Steven Shavell "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulations", The RAN Journal of Economics, , 1984, Vol. 15. No. 2, pp. 271-280.

social velfærd. Dette angives ud fra parternes allokering af gevinster og transaktionsomkostninger.¹⁷⁹ Der sondres derfor mellem om hvorvidt en ansvarsnorm og/eller lovgivning til medføre en efficient adfærd for samfund og iværksætter.¹⁸⁰

Iværksætteren vil opnå social velfærd ved at skabe vækst og arbejdspladser. Dette vil være til gavn for både Stat og erhvervsdrivende. Staten frygter at iværksætterselskaberne ikke formår at omdanne sig til ApS, og derfor må tvangsopløses. Staten kan derfor vælge at indføre et agtpågivende redskab, som er en udgift, men vil være lavere end omkostningerne for en tvangsopløsning.¹⁸¹

Det første karakteristika er givet ved eksistensen af asymmetrisk information. Iværksætteren har større viden om sine forretningsforhold og transaktioner, end Staten. Skærper Staten kravene for iværksætterselskabets gennemsigtighed, kan de nedsætte risikoen for tab for tredjemand og SKAT. Omvendt vil der opstå et dødvægtstab hvis iværksætterens udgifter til at foranstalte gennemsigtighed, eksempelvis via rådgivning fra revisor, er for høje. Forefindes disse krav ikke, kan risikoen for tab nedsættes ved at iværksætteren skal stå til ansvar for tab overfor tredjemand.¹⁸² Risikoen er således allerede reduceret både via lovgivning, jf. Ledelsens ansvar og pligter i KSL §§ 115-119, samt tredjemands mulighed for at kræve iværksætteren stiller sikkerhed som kautionist.

Der følger transaktionsomkostninger for kreditorer ved at skulle undersøge IVS'ernes ledelse, i forbindelse med kreditrisiko, men disse opvejes ved at holde iværksætteren ansvarlig for de tab som kreditoren måtte lide. Kreditorernes risiko er derfor meget lav såfremt forarbejdet er velkontrolleret. Benyttes ansvar som norm, har iværksætteren nødvendige omkostninger for at nedsætte sit risikoniveau, ved muligheden for opstået tabssituationer. Staten vil reducere sine transaktionsomkostninger til at føre kontrol af regelefterlevelse, da ansvarsnormen vil

¹⁷⁹ Steven Shavell "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulations", The RAN Journal of Economics, , 1984, Vol. 15. No. 2, pp. 271-280.

¹⁸⁰ Robert C. Ellickson, Order without Law, How Neighbors Settle Disputes, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1991, chap. 7

¹⁸¹ Et typisk eksempel på dette, er at man som cyklist har udgifter til cykellygter, men udgiften er lavere end hvis cyklisten eller cyklen kommer til skade, og både for cyklisten men også for hospitalsvæsenet som skal bruge ressourcer på at afhjælpe en tilskadekommen.

¹⁸² Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 258.

være indarbejdet i samfundet.¹⁸³ Opstår en tabssituation, som medfører et søgsmål med henblik på benyttelse af KSL §§ 115-119, vil det indebære transaktionsomkostninger i form af søgeomkostninger. Disse omkostninger vil stadig være lavere end øget kontrol fra staten. Ansvarsnormen som reguleringsstandard vil give iværksætteren incitament til at agere mere agtpågivende, da iværksætteren i større omfang kan stilles til ansvar ved erstatningssager.¹⁸⁴ Endegyldigt må det være iværksætteren som er indehaver af mest information, og dermed et større grundlag for at vurdere risikoen, som bør fastsætte de omkostninger som følger af risikoen ved at drive iværksætteri og dermed hvad startkapitalen for virksomheden bør være.¹⁸⁵

Det andet karakteristika er givet ved eksistensen af betalingsfølsomhed. Dette henledes til om hvorvidt iværksætteren ikke er betalingsdygtig, til at kunne betale erstatning til en kreditor. I disse tilfælde vil det være fordelagtigt med lovgivning på området. Reguleringen skal bevirke at risikoen for tab og skader nedsættes, allerede inden muligheden for kontraktindgåelse. Dette vil øge tilliden til iværksætteren. Kreditor vil stadig have mulighed for at bede om ekstra sikkerhedsstillelse, heraf kautioner hos ejerkredsen.

Udover de lovgivningsmæssige krav til selskabet, kan det være nødvendigt med ansvarsregler. Staten kan pålægge at ansatte med beslutningskompetence, skal udvise agtpågivende adfærd i forhold til selskabets aktiviteter. Denne ansvarsregel kommer til udtryk i KSL § 42: *"Kapitalselskabets centrale ledelsesorgan er ansvarlig for, at erhvervelse af aktiver fra stiftere, kapitalejere og medlemmer af kapitalselskabets ledelse ikke er til skade for selskabet, dets kapitalejere eller kreditorer."*

Den centrale ledelse i et iværksætterselskab, udgør et instrument for selskabets kapitalejere, i forbindelse med risikostyring, hvorfor den centrale ledelses adfærd, også kan påvirke iværksætterselskabets risiko for at blive erstatningsansvarlige. Grundet den risiko eksisterer et behov for at implementere ansvarsregler overfor ansatte, da den nuværende norm og håndhævelse, er at medarbejderne bliver fyret når de ikke agerer agtpågivende nok. Dette er

¹⁸³ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 264-268.

¹⁸⁴ Jf. afhandlingens afsnit 2.11

¹⁸⁵ Troels Michael Lilja, mfl. Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolde kan tæmmes

ikke proportionelt med de erstatningskrav som kan forekomme af deres ageren eller manglende handlinger¹⁸⁶. Derfor bør der i større grad henvises til benyttelsen af bestemmelserne for et forsvarligt kapitalberedskab, jf. § 115, nr. 5, § 116, nr. 5 og 118, stk. 2. og en evt. skærpelse af disse regler. Som modsætning til dette henvises til Business Judgement Rule, og brugen af denne som kan virke lempende ved erstatningssager.

Det tredje karakteristika er givet ved eksistensen af sagsanlæg. Dette opstår når der er en risiko for at parterne ikke vil imødekomme truslen for den skade der er påført.¹⁸⁷ At føre en retssag i Danmark, indebærer omkostninger både for iværksætter, kreditorer og staten. Iværksætterselskabets kapitalberedskab er ofte lavt, hvorfor en retssag kan være et omkostningsfuldt anliggende. Risikoen for et sagsanlæg afhænger af parternes risikovillighed, og hvor stort tabet er. En risikovillig sagsøger, med en *overconfident* adfærd vil være mere tilbøjelig til at retsforfølge et IVS, som følge af en tabssituation. Endvidere vil en *overconfident* sagsøgt være mindre tilbøjelige til at indgå forlig, da denne vil forvente ikke at betale erstatningen. Endnu en variabel for eksistensen af sagsanslæg, er hvornår tabet/skaden bliver opdaget, samt hvor påviseligt det er at der foreligger kausalitet.

Da iværksætteren som værende agent, er risiko-averse, påvirker disse risici iværksætterens adfærd.¹⁸⁸ Adfærden fremstilles ved nedenstående retssagsspil ud fra de to parter BATNA. Ved benyttelse af lovkrav som adfærdsregulerende værktøj, heraf opsparingskrav til egenkapitalen, påvirkes sandsynligheden for sagsanlæg ikke i høj grad. Dette skyldes at minimumskravet på 40.000 kr. er et symbolsk beløb, som ikke yder kreditorer en sikkerhed i så bemærkelsesværdig grad, at iværksætterselskaber ikke benyttes til svig og økonomisk kriminalitet. Det er dog ikke påvist i højere grad end f.eks. anpartsselskaber. Induceres derimod en ansvarsnorm som tager højde for svig og økonomisk kriminalitet, vil det påvirke iværksætterens incitament til at begå svindel. Ansvarsnormen kan indarbejdes som et bidrag

¹⁸⁶ TEUF art. 5, stk. 1 og stk. 4

¹⁸⁷ Steven Shavell, "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulations", The RAN Journal of Economics, , 1984, Vol. 15. No. 2, pp. 271-280.

¹⁸⁸ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolld kan tæmmes – Troels Michael Lilja s. 13-14

til en præventiv adfærd, givet ved de praktiske værktøjer som kan stilles til rådighed ved stiftelse af selskab, jf. nodgeing og bedre vejledninger fra Erhvervsstyrelsen.¹⁸⁹

Det fjerde karakteristika er givet ved eksistensen af omkostninger. Dette vedrører de administrative omkostninger hos iværksætteren og staten, under ansvarsnorm eller regulerende norm. Under en ansvarsnorm følger omkostninger til begge parter ved afholdelse af retssager, lønning af dommere samt diverse sagsomkostninger som skal afholdes af parterne. Omkostningerne er først tilstede, såfremt der indtræder et tab/skade, således at de faste omkostninger ligger hos iværksætteren, med det formål at være agtpågivende. Endvidere skal der tages højde for muligheden for at indgå et forlig, hvilket vil være en mindre omkostningsfuld løsning, for både iværksætter og stat.

Ved brug af regulering, afhængigt af hvilken bestemmelse som benyttes, afholdes de faste omkostninger både af Stat og iværksætter. Staten vil have fast udgifter til kontrol, hvortil kontrolniveauet på nuværende tidspunkt først igangsættes ved et påført tab, eller aktuel usikret gæld fra tidligere virksomhed, på over kr. 50.000.¹⁹⁰ Iværksætteren vil have faste omkostninger til opretholde af agtpågivenhed. Iværksætteren vil i dette tilfælde ikke vide hvilket agtpågivenhedsniveau som er tilstrækkeligt. Det kan føre til overkompensation, hvilket er inefficiënt. De nuværende bestemmelser som skal virke agtpågivende bliver ikke benyttet pga. omkostningerne ved sagsanlæg, og så længe man ikke har gjort benyttelsen af §§115-119 til en sag af princip, vil iværksætterne kunne fortsætte med at overtræde, og omgås reglerne. En ansvarsnorm, eller yderligere skærpelse af reglerne for ledelsesansvar, vil derfor være mest efficiënt for stat og iværksætter.¹⁹¹

Med udgangspunkt i Shavell's artikel, opstilles en model for benyttelsen af de fire karakteristika. Teorien bygger på sammenhængen med risikoniveauet givet ved $(p(x))$, agtpågivenhedsniveauet givet ved (x) , som værende bestemmelser og ansvarsnormer der fastlægger niveauet. Tredje variabel er givet ved tabets forventede størrelse (h) , hvor iværksættere kender sin risiko og derfor sit forventede skadesniveau. Grundet

¹⁸⁹ Bilag 1 – interview Jesper Lau Hansen

¹⁹⁰ Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018, s. 45

¹⁹¹ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 14

asymmetrisk information, kender Staten kun distributionen af det forventede tab. Femte variabel er sandsynligheden for tabet, givet ved ($f(h)$). Den agtpågivenhed som en part vælger, afhængigt af (h) udtrykkes ved

$$xI(h) = x * (qmin(h, y)) < x * (h)$$

Sjette variabel er virksomhedens aktiver givet ved (y), sammenholdt med sandsynligheden for et sagsanlæg givet ved (q), og sidste væsentlige faktor er givet ved Statens brug af regulering, som tilsigter et agtpågivenhedsniveau der er lige for alle parter, givet ved (s)).

Den optimale regulerende standard er givet ved $s * = x * (E(h))$ ¹⁹²

Social velfærd opnås ved at de sociale omkostninger for agtpågivenhed og risiko, herunder potentielle tab, minimeres. Forskellen mellem de forventede sociale omkostninger, udtrykkes i ovenstående karakteristika ud fra brugen af den mest optimale risikoreducering, ved anvendelse af enten en norm eller lovgivning. Artiklen konkluderer at anvendelsen af lovgivning er mere optimal end ansvarsnormen, såfremt de variable som giver incitament til agtpågivenhed for et iværksætterselskab, jf. (q) sandsynligheden for sagsanlæg eller (y) størrelsen på virksomhedernes aktiver, er tilstrækkeligt lave, eller såfremt variansen blandt virksomhedernes forventede tab er tilstrækkelig lille, jf. (h) for hver virksomhed skal være på niveau med Statens vurdering af det gennemsnitlige forventede tab givet ved $E(h)$.¹⁹³

Såfremt (q), (y) og (h) ikke opfylder ovenstående krav, vil det mest optimale for samfundets velfærd være at benytte en ansvarsnorm, som værktøj til at få IVS'erne til at agere agtpågivende. Benyttes lovgivning, vil det medføre større transaktionsomkostninger end hvad der er efficient, og parterne vil ende i et dødvægtstab.

For at staten kan sætte en regulerende standard, kræves at de har al information til rådighed. I praksis har staten benyttet sig af minimumskravet på kr. nu 40.000, med det formål at en kreditor kan søge beskyttelse, og godtgørelse ud fra selskabskapitalen. Ud fra ovenstående

¹⁹² Steven Shavell, "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulations", The RAN Journal of Economics, , 1984, Vol. 15. No. 2, pp. 271-280.

¹⁹³ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 14-18

teori, tillader kapitalkravet ikke at iværksætterselskabet har handlefrihed på lige fod med anpartsselskaber, før de kan godtgøre en indtræden skade svarende til kr. 40.000.¹⁹⁴ For at optimere nytteefficiensen i samfundet, skal de sociale omkostninger holdes til det lavest mulige. Minimumskravet og kravet om omdannelse til ApS, er restriktioner som vil føre til et dødvægtstab for en iværksætter med en lav kapitalbeholdning.¹⁹⁵

Indtil omdannelsespunktet på kr. 40.000, er den nuværende reguleringsstandard ineffient, og lovgiver bør se bort fra kapitalkravet. Lovgiver bør stille større krav til ledelsen således at kreditorhensynet sikres gennem ledelsens ansvar, og ledelsen i iværksætterselskaber overholder selskabsloven. Denne ansvarsnorm synes fra praksis er være lempelig, hvorfor en mere objektiv måling af ledelsens ansvarsområde bør implementeres.¹⁹⁶

Fortilfælde til føre en endnu højere risikovillighed ved sagsanlæg, eftersom vundne sager med baggrund i påvist ledelsesansvar, vil bidrage til en mere risikovillig sagsøger.

4.2 Retssagsspil og BATNA

Det tredje karakteristika i ovenstående analyse fremføres i følgende spil med følgende antagelser:

- Staten er skadelidte og har lidt et tab på kr. (40.000) Skadelidte mener der er en 40 % chance for at vinde sagen.
- Iværksætteren er skadevolder og er optimistisk, hvorfor iværksætteren tror at sandsynligheden for at han ikke taber sagen er på 60 %.
- Advokatomkostninger er på 10.000 og taberen skal bære omkostningerne.

BATNA betegnes som værende "Best Alternative To Negotiated Agreement". Forskellen på to parter BATNA udgør normalt det spillerum, hvor de kan forhandle og indgå et forlig.

¹⁹⁴ Steven Shavell, "A model of the optimal use of liability and Safety regulations", The RAN Journal of Economics, Vol. 15. Nr. 2, 1984 s. 271-280.

¹⁹⁵ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolld kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 14-18

¹⁹⁶ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolld kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 18

Alternativt kan en analyse af to parter BATNA, påvise at der ikke er plads til forhandling.¹⁹⁷

Skadelidtes BATNA: $B_{\text{stat}} = (0,60 * -10.000) + (0,40 * 40.000) = 12.000$

Skadevolders BATNA: $B_{\text{IVS}} = ((0,40 * -(10.000 + 40.000)) + (0,60 * 0) = -20.000$

Bedste forlig vil dermed indgås ved kr. 16.000. Alt afhængig af hvor sikker iværksætteren er på at vinde erstatningssagen, vil dens BATNA ændre sig og vice versa for staten. Alt efter parterne bias og deres informationsgrundlag, vil forhandlingen give et forskelligt outcome. I tilfælde hvor iværksætteren som skadevolder, har et bedre informationsgrundlag end staten, vil deres niveau af agtpågivendehed og risikovillighed afspejle dette. Iværksætteren som ikke har handlet agtpågivende ved at udarbejde en forretningsplan, eller indskudt kapital som afspejler driften, *signalerer* ikke agtpågivenhed, og vil have større risiko for at blive idømt erstatningsansvar.¹⁹⁸ Staten kan ikke verificere om iværksætteren har handlet ansvarspådragende, hvorfor de som udgangspunkt vil være mindre risikovillige end iværksætteren.

Udregningen af BATNA kan afbillede partenes incitament til at indgå i en retssag, hvorfor en dom vil kunne påvirke fremadrettet sagers udfald. Såfremt parterne indgår et forlig svarende til deres BATNA, vil begge parter opleve optimal nytteværdi.¹⁹⁹ Er parterne ikke villige til at indgå forlig som følge af deres forskellige sandsynligheder, vil det ende i en dom med dertilhørende præcedens. Med udgangspunkt i at iværksætteren er risiko-averse, vil de være mere tilbøjelige til ikke at indgå et forlig. Dette vil have størst samfundsmæssig nytte, da en dom på erstatningsansvarlige iværksættere, vil medføre en risikodæmpende effekt på kommende iværksætteres incitament til at overholde lovgivningen, heraf ledelsens pligter, jf. KSL §§ 115-119 og de normale kreditorbeskyttelsesregler. De vil dermed være *biased* af forgangstilfælde.²⁰⁰

¹⁹⁷ Douglas G. Baird, et al., *Game Theory and the Law*, 1994, chap. 8

¹⁹⁸ Spilteoretisk definition af Signaling: "*Strategy choices by those who possess nonverifiable information that convey information.*"

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Douglas G. Baird, et al., *Game Theory and the Law*, 1994, s. 260

4.3 Integreret delkonklusion

Med udgangspunkt i artiklen "Trold kan tæmmes", konkluderes det at anvendelsen af lovgivning er mere optimal end ansvarsnormen, såfremt de variable som giver incitament til agtpågivenhed for et iværksætterselskab, er lavere end sandsynligheden for sagsanlæg og det givne erstatningsbeløb. Endvidere konkluderes det at det mest optimale for samfundets velfærd være at benytte en ansvarsnorm som værktøj til at få IVS'erne til at agere agtpågivende, da lovgivning vil det medføre større transaktionsomkostninger, end de variable som skal medføre til agtpågivenhed.²⁰¹

Ud fra beregningen af iværksætterens og Statens BATNA, vi incitamentet til at overholde selskabsloven øges, såfremt der forekommer mere præcedens på området. Da iværksætteren er mere risikovillig end Staten, vil de være mere tilbøjelig til at løbe en risiko ved en given retssag, og ikke indgå et forlig.²⁰²

Minimumskravet og kravet om omdannelse til ApS som værende den regulerende standard for kreditorbeskyttelse, er for restriktive til at kunne medføre en efficient reguleringsstandard. Indtil omdannelsespunktet på kr. 40.000, er den nuværende reguleringsstandard ineffient, og lovgiver bør se bort fra kapitalkravet og i stedet stille større krav til ledelsen med henblik på at skærpe ledelsens ansvar i §§ 115-119. Dette vil give ledelsen incitament til at overholde selskabsloven. Denne ansvarsnorm synes fra praksis er være lempelig da staten ikke i høj nok grad benytter sig af iværksætteren risikovillighed og dermed muligheden for flere domsfældelser indenfor området. Endvidere forslås implementering en mere objektiv måling af ledelsens ansvarsområde, og dermed højere krav til en agtpågivende adfærd.²⁰³

²⁰¹ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 14-18

²⁰² Jf. afhandlingens afsnit 4.2.

²⁰³ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 18

5. Samlet konklusion

Det konkluderes at med etableringsfriheden fastslået i sag C-212/97, at iværksætterne fremadrettet vil drage nytte af stiftelse af udenlandske filialer, som et udtryk for fri konkurrence indenfor selskabsretten.²⁰⁴ Det vurderes at politikkerne ikke har taget højde for, at der ikke er selskabsretslig belæg for at øge kontrollen af disse selskaber, da det vil medføre et traktatbrud jf. TEUF art. 49 og 54.

Set i lyset af formålet med indførelsen af IVS'er, vil der ske en stigning af udenlandske IVS'er, da andre europæiske lande har et mere fordelagtigt kapitalkrav på ca. 1 euro. Danmark vil med det nye kapitalkrav på kr. 40.000 og afskaffelsen af IVS, ikke være konkurrencedygtige på iværksætterområdet sammenlignet med andre europæiske lande.

Det udledes at kapitalkravet på kr. 40.000 er inefficient, og at kapitalkravet snarere skulle ligge på kr. 11.000²⁰⁵. Det indskudte selskabskapital bør afspejle selskabets drift, hvad enten det er på 1 kr. eller 200.000 kr. Med det nye kapitalkrav er Danmark ikke konkurrencedygtige indenfor selskabsretten. Det udledes at det danske kapitalkrav er en overimplementering, jf. Art. 45 i direktiv 2017/1132/EU af 14. juni 2017. Endvidere kan det konkluderes, at det nye kapitalkrav ikke vil opnå den tilsigtede virkning, i form af kreditorbeskyttelse, da selskabskapitalen kan benyttes til drift, og ofte er af signalværdi fremfor en reel kreditorbeskyttelse. Kreditorer til iværksætterselskaber, kan med fordel benytte sig af kautioner eller gøre brug af de bestemmelser som KSL allerede foreskriver ved erstatningsreglerne og ledelsesansvaret.²⁰⁶

Den nye lovgivning har tillægger for store barriere for iværksætterne og er ineffektive som beskyttelsesværn. Nuværende bestemmelser i KSL §§ 115-119 er tilstrækkelige til kreditorbeskyttelse og skal anvendes i større omfang, da ledelsen skal varetage sine pligter om forsvarligt kapitalberedskab, langt tidligere i processen. Det udledes ud fra dommene, U.2007.497 og RR.12.2015.44, at ledelsen kan og bør idømmes erstatningsansvar ud fra en uansvarlig forretningsplan, men at de også kan lempe ansvars ud fra Business Judgement Rule. Det konkluderes på baggrund af moderniseringsudvalget²⁰⁷ at en skærpelse af ledelsens

²⁰⁴ C-212/97 - Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen

²⁰⁵ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

²⁰⁶ Henrik Kure, Finansieringsret, 2018, s. 58-63.

²⁰⁷ Moderniseringsudvalgets betænkning 1498/2008

ansvar vil vanskeliggøre muligheden for at finde kvalificeret kandidater til at indgå i bestyrelsen. Derfor foreslås at der implementeres en mere objektiv og gennemsigtig formulering af ledelsens ansvar, enten via vejledninger eller i lovens forarbejder.

Samlet set bidrager ophævelse af IVS som selskabsform ikke til tilsigtede om at nedsætte svindel men vil stille Danmark svagere i EU-retligt selskabsret. Ophævelsen udgør for stor en barriere i det danske samfund, som har brug for erhvervslivet til at skabe vækst. Lovgiver bør i højere grad benytte sig af den allerede foreskrevet lovgivning.

Det konkluderes ud fra en vejning af fordele og ulemper, jf. Cost-benefit analysen i afsnit 3.3 og en gennemgang af Erhvervsstyrelsens rapport, at der er ikke er økonomisk belæg for at IVS'er begår svindel i højere grad end andre selskabsformer, udmålt i skatterestancer. Dette skyldes Aps'er har 4 gange så mange restancer til SKAT, at sammenligningsgrundlaget bør bero på andre landes IVS'er og de antallet af ophørte IVS'er er målt over for kort tid. Det kan dermed konkluderes at der ikke er foretaget sammenligning på et relevant grundlag.²⁰⁸

Det konkluderes ud fra principal-agentteorien at statens incitaments til at ophæve IVS som selskabsform, skyldes de er en vis delmængde af svindelende selskaber, hvorfor samfundet lider tab i form af manglede betaling til SKAT. Ydermere har de incitament til at fastholde en selskabsform som har et minimumskapitalkrav til kreditorbeskyttelse, da kreditorer stiller midler til rådighed for iværksætteren, heraf muligheden for finansiering, produkter og tjenesteydelser. Kreditorbeskyttelsen opnår tredjemand ofte allerede ved aftaleindgåelse som værende kautioner og lignende, hvorfor statens brug af ressourcer til at opretholde kreditorhensyn, er ressourcespild og overkompenserende. Dette resulterer i et dødvægtstab.²⁰⁹ Ressourcerne kan med fordel benyttes til udvikling af præventive systemer, samt øget antal i medarbejdere til inkassering af restancer hos SKAT.

Ud fra variablerne i spilmatrix 1, udledes det at ophævelse af IVS vil være hensigtsmæssig såfremt transaktionsomkostningerne til kreditorbeskyttelse < end omkostningerne til opstart af udenlandsk filial. Det Kaldor-Hicks efficiente og dermed største payoff til samfundet er givet ved strategien: (Fastholde IVS; Stifte IVS). Med udgangspunkt i nyttemaksimerende

²⁰⁸ jf. Afhandlingens afsnit 3.2 og 3.3

²⁰⁹ Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 2014, s. 152

adfærd hos begge parter, bør staten bære omkostningerne, da staten har færre transaktionsomkostninger ved varetagelse af kreditorhensyn, og da IVS vil ende i et dødgæststab ved for høje udgifter til revisor, jf. opsparingskravet og kapitalkravet på kr. 40.000. Endvidere vil udgifterne til rådgivning fra advokat til oprettelse af udenlandsk filial, være mindre end kapitalkravet på kr. 40.000²¹⁰, hvorfor iværksætteren har større incitament til at gå til udlandet eller fortsætte en kriminel adfærd, end at bruge ressourcer på opsporing og rejsning af kapital. Ud fra spilmatrix 2, konkluderes det at der før kravet om omdannelse indenfor 2 år, ikke var incitament for iværksætteren til opspare, med henblik på omdannelse til ApS. Dette skyldes at de kan vælge at udbetale overskuddet som lønninger, og på den måde omgå formålet med bestemmelsen. Den nye lovgivning med en tidsfrist, vil få iværksætteren til at ændre adfærd og være mere agtpågivende. Dette skyldes en udsigt til hvornår manglende overholdelse af reglerne vil have en konsekvens, som ikke er nyttemaksimerende.²¹¹

På baggrund af fundne i artiklen "Trold kan tæmmes"²¹², konkluderes det at anvendelsen af lovgivning er mere optimal end ansvarsnormen, såfremt de variable som giver incitament til agtpågivenhed for et iværksætterselskab, er lavere end sandsynligheden for sagsanlæg og det givne erstatningsbeløb. For at der kan ske en optimering af samfundets velfærd, bør lovgiver benytte en ansvarsnorm som værktøj til at få IVS'erne til at agere agtpågivende, da lovgivning vil det medføre større transaktionsomkostninger end de variable som skal medføre til agtpågivenhed. Agtpågivenhed er af hensyn til kreditorerne.

Det konkluderes ved beregningen af iværksætterens og statens BATNA, at incitamentet til at overholde selskabsloven, øges såfremt der forekommer mere præcedens på området. Da iværksætteren er mere risikovillig end Staten, vil de i højere grad være villige til at løbe en risiko ved en given retssag, og ikke indgå et forlig. Endvidere konkluderes det at minimumskravet og kravet om omdannelse til ApS som værende den regulerende standard for kreditorbeskyttelse, er for restriktive til at kunne medføre en efficient reguleringsstandard. Før omdannelsespunktet på kr. 40.000 er nået, er den nuværende

²¹⁰ kr. 2.000-3.000 i timen, jf. <https://www.juf.dk/hvorfor-er-der-sa-stor-forskel-pa-advokaters-priser/>

²¹¹ Robert C Ellickson, , Order without law, How neighbors settle disputes, chap. 7, 1991

²¹² Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 8-10

reguleringsstandard inefficent, og lovgiver bør se bort fra kapitalkravet og i stedet stille større krav til ledelsen med henblik på at skærpe ledelsens ansvar i KSL §§ 115-119, og den ønskede ændring i adfærd, som vil føre til at ledelsen overholder selskabsloven.²¹³ Denne ansvarsnorm synes fra praksis er være lempelig, da Staten ikke benytter sig af iværksætterens risikovillighed og dermed muligheden for flere domsfældelser indenfor området. Som følge heraf, forslås implementering en mere objektiv måling af ledelsens ansvarsområde og dermed højere krav til en agtpågivende adfærd.²¹⁴

6. Perspektivering

6.1 Løsningsforslag: følge Luxembourg's eksempel

Afhandlingens problemstillinger søger at afdække hvorvidt iværksætterselskaber begår svindel i højere grad end andre selskabsformer, og om ændringen i selskabsloven vil reducere svindlende selskaber. Dette kunne ikke verificeres ud fra analysen men havde afhandlingen taget udgangspunkt i en komparativ analyse af Luxembourg's regler for IVS'er, kunne en anden konklusion være forekommet.

Såfremt Luxembourg's regler havde været baggrund for analysen, frem for ledelsens ansvar, ville Danmark stadig ikke skulle ophæve IVS som selskabsform, med derimod kopiere Luxembourgs regler, hvor IVS-anparter kun ejes af fysiske personer, og hvor man kun kan eje IVS-anparter i ét IVS ad gangen. Baggrunden for løsningsforslaget skyldes at svig ofte foregår under anvendelse af flere selskaber, og såfremt IVS-anparter kun kan ejes én person af gangen ville svig undgås eller reduceres i betydelig grad.²¹⁵ Iværksættere med henblik på at drive en professionel virksomhed, vil derfor fortsat have muligheden for nemt og uden større omkostninger, at starte en virksomhed med gavn for samfundet. Et IVS er et retssubjekt hvorfor det bærer rettigheder og pligter i eget navn. Det er desuden en juridisk person, og ikke en fysisk person.²¹⁶ Iværksætterselskabet blev indført for at skabe gunstige vilkår for

²¹³ jf. Afhandlingens afsnit 4.1

²¹⁴ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 18

²¹⁵ Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19 (Omtryk - 21-03-2019 - Korrigeret bilag) L 190 Bilag 9

²¹⁶ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 2014, kap. 1.

danske iværksættere, og ikke for virksomheder som allerede har etableret sig på markedet. Dette vil angiveligt fjerne størstedelen af de svingagtige forhold, da det fremgår af Erhvervsstyrelsens rapport, at denne gruppe består af ikke-aktive erhvervsdrivende.²¹⁷

6.2 Løsningsforslag: Den digitale udvikling

Afhandlingen kunne ligeledes have fokuseret på den digitale udvikling i samfundet, hvorfor den kunne have behandlet skattemæssige aspekter, og i højere grad hvorledes SKAT kan benytte sig af digitale *track records*²¹⁸ af ledelsens transaktioner. Ud fra denne synsvinkel kunne afhandlingen have taget udgangspunkt i en mere persondataretlig analyse, og kommet frem til en mere praktisk tilgang for anvendelse af ledelsesansvaret end sondringen mellem normer og regulering.²¹⁹ En analyse af digitale-værktøjer vil endvidere kunne bidrage med bedre vejledninger til god selskabsledelse, som ville have haft præventiv virkning, fremfor sanktionering ved overtrædelse af ledelsens ansvar og pligter.²²⁰

²¹⁷ Troels Lilja, Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3

²¹⁸ Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trold kan tæmmes – Troels Michael Lilja, s. 18-19

²¹⁹ Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19 (Omtryk - 21-03-2019 - Korrigeret bilag) L 190 Bilag 9

²²⁰ Bilag 1, Interview Jesper Lau Hansen

7. Litteratur- og domsliste

Lovgivning:

- *Bogføringsloven*, Lovbekendtgørelse af 15/06/2006 nr. 648
- *Kapitalselskabsloven*, Lov nr. 616 af 12-06-2013: Indførelse af iværksætterselskaber, nedsættelse af minimumskrav til anpartsselskabers selskabskapital, afskaffelse af muligheden for at stifte nye selskaber med begrænset ansvar omfattet af lov om visse erhvervsdrivende virksomheder m.v.)
- *Kapitalselskabsloven*, Lovbekendtgørelse 2015-09-14 nr. 1089 om aktie- og anpartsselskaber, som ændret ved L 2019-04-13 nr. 445
- *Selskabsskatteloven*, Lovbekendtgørelse af 06/09/2016 nr. 1164
- Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF)

Lovforslag:

- Beslutningsforslag B24: om afskaffelse af iværksætterselskaber (ivs'er)
- Fremsættelsestalen i forbindelse med fremsættelsen af lovforslag nr. 152/2012-13.
- L 152 Forslag til lov om ændring af selskabsloven, lov om visse erhvervsdrivende virksomheder, årsregnskabsloven og lov om Det Centrale Virksomhedsregister
- Lovforslag L190, lov om ændring af selskabsloven og årsregnskabsloven: Afskaffelse af iværksætterselskaber og nedsættelse af minimumskapital til anpartsselskabers selskabskapital. Fremsat d. 28.02.2019

Betænkninger:

- Moderniseringsudvalgets betænkning 1498/2008

Direktiver:

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2017/1132/EU af 14. juni 2017 om visse aspekter af selskabsretten (kodificering)

Høringer:

- Høringsbrevet af Erhvervsstyrelsen d. 19. December 2012
- Høringssvar: Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19
- (Omtryk - 14-03-2019 - Fjernelse af høringssvar) L 190 Bilag 3
- Høringssvar: Troels Michael Lilja; Erhvervs-, Vækst- og Eksportudvalget 2018-19 (Omtryk - 21-03-2019 - Korrigeret bilag) L 190 Bilag 9

Artikler:

- Jesper Lau Hansen, Kronik: Det er ikke idéen bag IVS, som er ansvarsløs, men kritikken, 17-09-2018 i Børsen.
- Joel Watson, Strategy: An introduction to game theory, W.W. Norton & Company, 2013, 3. Udg.
- Richard A Posner, Overcoming Law, Cambridge Massachusetts. Harvard University Press, 1995.
- Steven Shavell "A Model of the Optimal Use of Liability and Safety Regulations", The RAN Journal of Economics, , 1984, Vol. 15. No. 2, pp. 271-280.
- Troels Michael Lilja, mfl. Nordisk tidsskrift for selskabsret nr. 4, 2007, Iværksætterselskabet i et retsøkonomisk perspektiv – Trolde kan tæmmes

Bøger:

- Christian Knudsen, Økonomisk metodologi bind 2, Virksomhedsteori og industriøkonomi, 2. Udg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1997.
- Christina D. Tvarnø og Ruth Nielsen, Retskilder og Retsteorier, 5. Udg., Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2017.
- Christina D. Tvarnø & Sarah Maria Denta, Få styr på metoden! – Introduktion til juridisk metode og tværfag samfundsvidenskabelig projektmetode, 2. Udg., Ex Tuto Publishing, 2018.
- Douglas G. Baird, et al., Game Theory and the Law, Harward University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1994.

- Erling Eide og Endre Stavang, rettsøkonomi, 6. Udg. Cappelen Akademisk Forlag, 2014,
- Henrik Kure, Finansieringsret, 2. Udg. Karnov Group, 2018.
- Noe Munck & Lars Hedegaard Kristensen, Selskabsformerne, 7. Udg. Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2014.
- Poul Krüger Andersen: Studier i dansk koncernret, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 1997.
- Prajit K. Dutta, Strategies and Games – Theory and practice, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts and London England, 1999.
- Robert C. Ellickson, Order without law, How neighbors settle disputes, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England, 1991,
- Robert Frank & Edward Cartwright, Microeconomics and behavior, McGraw-Hill Education, 2013.
- Richard H. Thaler, Adfærdsøkonomi – hvordan vi afslørede det ufornuftige menneske, Gyldendal, 2018
- Thomas Riis & Jan Trzaskowski(red.), Skriftlig Jura – den juridiske fremstilling, Ex Tuto Publishing, 2013,
- Troels Michael Lilja, Iværksætterselskaber, Karnov Group, 2015
- Ulla Neergaard & Ruth Nielsen, EU Ret, udg. 6, Karnov Group, 2011,
- Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Introduktion til Dansk selskabsret 1, 4. Udg., Karnov Group, 2014.
- Søren Friis Hansen & Jens Valdemar Krenchel, Dansk selskabsret 1, 5. Udg. Karnov Group, 2017.
- Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel, Dansk Selskabsret 2 – Kapitalselskaber, 4. Udg., Karnov Group, 2014.

Retspraksis:

- U.2007.497
- U.2009.2269
- U 2009.1652 V

- Sag 226/2015, dom afsagt i højesteret d. 15.01.2019 – Capinordic
- U.1977.246 SH
- Ufr 2003.915 Ø

EU-domme:

- C-212/97/1999 - Centros Limited mod Erhvervs- og Selskabsstyrelsen
- sag C-167/01 - Inspire Art
- C-411/03 - Sevic Systems AG
- Sag 14/83 - Colson/Kamann, præmis 26
- C-208/00 - Überseering
- Forenede sager C-397/01-C403/01 - Pfeiffer sagen, præmis 115

Hjemmesider:

- <https://erhvervsstyrelsen.dk/takster-for-registreringer-og-aendringer> Besøgt d. 08.02.2019, kl. 13.09.
- <https://www.ft.dk/da/folkestyret/folketinget/lovgivningsprocessen-i-folketinget>, besøgt d. 04.04.2019 kl. 17.43.
- <https://hoeringsportalen.dk/hearing/Details/16320>: Høringsbrevet og Erhvervsministerens fremsættelsestale, besøgt d. 25.02.19, kl. 18.20.
- <https://vf.dk/media/1749/ba-matching-produktblad-28-marts-2019.pdf>

Rapport:

- Erhvervsstyrelsens rapport, maj 2018
- DST Analyse – Iværksætteri i Danmark, Christina Juul Egedesø, Kalle Emil Holst Hansen og Peter Bøegh Nielsen, november 2018

Bilag 1 : Interview af Jesper Lau Hansen

JLH: Debatten har været meget polemisk sort-hvide, forstået på den måde, jeg har ikke sagt noget jeg ikke mener, men jeg har trykket det lidt tydeligt frem at jeg mener det man gør nu er forkert. Jeg er både uenig i man ophæver IVS'erne, jeg synes godt man kunne have fået dem til at fungere, og mit stærkeste argument er sådan set at det kan man godt i udlandet, så hvorfor skulle man ikke kunne gøre det herhjemme. Der må være noget hos os der er galt, og det må man kunne reparere på. Jeg synes også Troels(Lilja) mange gange er kommet med gode forslag til hvad man kunne gøre. For det andet, som jeg synes er ligeså slemt, er at de problemer som netop bliver påpeget i rapporten, de er for mig og se uløste. Jeg kan ikke se at man gør noget ved dem – man er nærmest ligeglad med dem. Om jeg så har forstået det rigtigt, det jo så noget at det du kan undersøge nu. Når jeg så nu trækker det lidt hårdt frem og forsøger at gøre lidt sjov med det, så det ikke for at ignorere at der rent faktisk er nogle problemer og at IVS'erne ikke er blevet brugt på den måde jeg havde håbet på de ville blive brugt i sin tid.

JS: Hvad indebærer det at være en del af Moderniseringsudvalget, da vores politikere har valgt at gå imod eksperternes anbefalinger?

JLH: For nu at sætte mig op på den høje hest: det jo politikerne der bestemmer, og derfor skal man ikke lade sig dupere af der er nogle eksperter der har sagt noget andet. Selvom jeg jo selv synes de burde lytte til os. Et udvalg er altid kun rådgivende. Vi kommer med nogle argumenter og vi er ikke stærkere end vores argumenter. Udvalget var meget bredt, hvilket jeg synes var den rigtige tilgang. Selvom 27 lyder af mange, plus det løs, dvs. De embedsmænd som er med til at repræsentere nogle bestemte ressource-områder. Både SKAT, og Erhvervsstyrelsen osv. Vi måtte opdele os i nogle underudvalg, hvor jeg så kom til at lede et ud af to udvalg, hvortil min Kollega som nu sidder i højesteret leddet det andet. Jeg syntes det var rigtigt, da Selskabsloven er vanvittigt betydningsfuld. Indenfor de erhvervsretlige love, har jeg svært ved at forestille mig en lov der er mere vigtig end den, fordi stort set alle former for erhvervsaktivitet er jo organiseret i det mindste som et ApS, men typisk som et A/S. Vores

banksystem har jo deres egen struktur, men den ligger sådan set ovenpå selskabsloven, som er en slags fundament. Det der var vores mandat, - det skal man være meget opmærksom på, det siger jeg selv til mine studerende, igen man skal ikke overvurdere eksperters rolle, fordi et demokrati er det politikkerne der bestemmer. Det også dem der står til ansvar overfor vælgerne og repræsenterer dem, i hvert fald ved det sidste afholdte valg. En anden ting man skal være opmærksom på, det er at et udvalg svarer kun på det de bliver spurgt om. Man kan styre et udvalg i betydelig grad ved at skrive en kommissorium som peger i en eller anden retning, og det gør de altid. Derfor skal være lidt forsigtig når man siger et udvalg er kommet med en rapport. Man skal selvfølgelig tage rapporten for gode varer, fordi jeg tror ikke det forekommer at nogen sidder i et udvalg og skriver noget de ikke mener. MEN man skal være opmærksom på at rapporten jo er deres mening om noget de er blevet spurgt om. Og derfor kan man jo sige, at ved at vælge hvad de bliver spurgt om, kan man bestemme hvad de skal svare på og hvad de ikke skal svare på, og dermed tvinge dem til at tage stilling til nogle ting. Jeg kan huske i vores udvalg (moderniseringsudvalget), var der på et tidspunkt nogle skamysler, jeg kan ikke gå i detaljer med det, for der en vis fortrolighed omkring det, selvom det nok er ved at være væk, men der var nogle skamysler i forhold til justitsministeriet og konkurslovgivningen, hvor det var meget tydeligt at vi i udvalget gerne ville komme ind på nogle ting, og fra justitsministeriet havde man ikke rigtig lyst til at det skulle blive drøftet af os, fordi man jo overlod dette til konkursrettens eget system, nemlig konkursrådet, som jo er de egentlige eksperter dér. Vores holdning var: jamen kan vi ikke få lov til også at komme med vores holdning, og så kan de jo bare komme med deres. Der trak justitsministeriet det kort, nej prøv nu lige at læse her, I skal holde jer til dét her. Så på den måde kan man styre et udvalg. Det beklager jeg mig ikke over, der ikke noget snyd, man skal bare altid være opmærksom på at sådan nogle udvalg de er styret af de kommissorium som har lavet det, det er ikke sådan at de selv har sat sig ned og sagt "nu finder vi på noget." én af de ting som lå i vores udvalg var at selskabsloven, var ved at blive lidt umoderne, den havde den sidste store hovedrengøring på i 90'erne, 92' tror jeg det var, deromkring. Så derfor var det meningen at vi skulle kigge på omverdenen, og hvad kan vi så gøre. Det gjorde vi så på nogle punkter. Det var en ret stor betænkning, den fyldte en hel del, og der var rigtig mange forslag. Det pudssige ved det er, jeg kan faktisk huske at da vi så afleverer rapporten, så tænker vi der er nogle af de her forslag som kommer til at vække en vis opsigt. Vi slog to love sammen, aktieselskabsloven og anpartsloven, fordi vi sagde der er egentlig i moderne EU-selskabsret ikke nogen forskel.

Forskellen det er hvis selskaber er børsnoteret. Det betød jo for det første at man flyttede rundt på en frygtelig masse paragraffer, og for det andet, hvad der er meget værre, og som jeg selv hader når andre gør det, så fandt vi på en masse nye navne. Det var vi nødt til. Det blev så til kapitalselskaber, så i stedet for aktier og anparters, måtte man sige kapitalandele. Anpartshaveroverenskomster og aktieoverenskomster blev til kapitalejere. Vi var nødt til at opfinde en masse nye begreber som jo irriterer folk der arbejder med den her slags ting. Så opfandt vi som svar på udviklingen i udlandet, et modsvar til den klassiske og i øvrigt for mig at se rigtig velfungerende ledelsesstruktur, som jo er en ledelse og en direktion, en nordisk model. Alternativet blev så til hvis man ønskede noget udenlandsk, hvorfor vi lavede et tilsynsråd, som jo er et alternativ. Den har aldrig rigtig blevet den store succes. Vi syntes heller ikke selv det var noget godt alternativ, men igen, opgaven var: prøv at lave ting så folk ikke behøver gå til udlandet og lave selskaber, det man kalder Centros-modellen. Vi lavede alle de der ting og tænkte, der bliver ballade omkring det. Men lige præcis anpartskapitalen som vi foreslog skulle afskaffes, det var så en af de få hvor vi tænkte, det vil alle folk kunne se det fornuftige i, fordi det betyder ikke rigtig noget, og trenden er jo i vores omgivelser, at de helt fjerner den. Og så det lige præcis dét punkt, der i sin tid gav en masse ballade.

JS: Men var det fordi det var et spørgsmål om signalværdi?

JLH: Det tror jeg. Vi var jo uheldige i den forstand, at udvalget var startet i 06', og i 08' kom finanskrisen. Der var det jo populært for politikere at gå ud og sige vi skal være forsigtige, og der var det et forkert signal at fjerne minimumskapitalen, fordi den betyder ikke rigtig noget. Det betød så for os, at noget som var så ukontroversielt, pludselig var noget der gik hen og blev det mest kontroversielle. Så meget så da lovgiver skulle lave et lovforslag, så tog lovgiver, dvs. Den siddende regering, alle vores forslag, på nær ang. Anpartsselskabers minimumskapital. Det turde de ikke, i stedet satte de den ned, og det gik jo så igennem. Men at man kunne se de var i tvivl, lidt usædvanligt for dansk selskabslovgivning, satte en sunset-clause, og sagde det her med selskabskapital skal drøftes igen om nogle år. Man var godt klar over at det egentlig var noget om snakken, og at minimumskapitalen ikke var noget man havde brug for. Den diskussion kom op igen i 2013, hvor jeg var tilhænger af at nu fjernede man den helt og aldeles. Man valgte så den lidt mere forsigtige model, den her IVS-model, som

jo er inspireret direkte fra Tyskland. Jeg var ikke selv tilhænger af IVS'et, men betragtede det som en plan B.

JS: Så det var i virkeligheden en "lappeløsning?"

JLH: Ja fordi det andet havde været mere rigtigt.

JS: Men det var ikke et modsvar til at imødekomme afskafning af S.M.B.A'er?

JLH: Nej fordi det sker allerede ved selskabsloven, det var mere fordi man godt var klar over at ideen med selskabskapital var en forældet idé.

JS: Så det er ikke fordi vi ser historien den gentager sig?

JLH: Ikke i den her sammenhæng. S.M.B.A'erne blev fjernet sideløbende og mange af dem gik ned, fordi dem der drev dem var ikke gode nok til at indrette den. B.l.a. Så rodet de rundt i det her med regnskab, og så var tanken at det var bedre at få dem ind i en organiseret selskabsform. Det smukke ved selskabslovgivningen, det er jo at det er en standardkontrakt, som sammengiver en ramme. Du kan jo ikke aftale alle mulige ting, men får en pakkelsning hvor det hele er der i forvejen. Frygten for misbrug var mindre, det jo i sig selv lidt påfaldende, da hele misbrugsproblemet, som jo efterhånden er blevet ret stort, har hele tiden været noget der ligger sådan under bølgelinjen, fordi man ikke rigtig gør noget ved det. Det er for mig at se helt uforståeligt, når man læser om de her store restancer, at man ikke fra Statens side er bedre til at opkræve penge ind, jeg synes jo det må være ret nemt. Det er åbenbart en stor udfordring som ligger der. Jeg tror især S.M.B.A'er blev ophævet fordi de små selskaber ikke kan finde ud af at indrette sig ordentligt, de klækker i det med alle mulige regler. Det var bedre at afskaffe dem og tvinge dem ind i en selskabsform, dengang ApS'et. Det passede meget smukt med at vi havde forstillet os at kapitalen skulle være fri, altså at man selv måtte bestemme kapitalkravet, og være ansvarlig for det.

JS: Vi jo stadigvæk dem med den højeste selskabskapital for anpartsselskaber i forhold til vores nabolande, er vi så stadigvæk ligeså konkurrencedygtige?

JLH: Nej. Jeg modsiger lidt mig selv nu, for jeg synes egentlig ikke selskabskapitalen, altså minimumskravet er så stærkt et parameter, for mig er det et spørgsmål om; har man et minimumskrav, eller har man ikke et minimumskrav. Hvis man har et minimumskrav, så har man valgt at have en hindring for iværksættere, som er forholdsvis nem at overkomme, fordi så svært at det jo heller ikke at skaffe de der penge. Det er en symbolsk barriere, som jeg synes er unødvendig. Jeg kan ikke se den virker. Jeg kan huske en af de ting som gjorde indtryk på mig, det var en kvindelig advokat, som repræsenteret dem som arbejder som skifteretsadvokater, og hun sagde jamen ret ofte så oplever vi at det det jo ikke så tit man gider gå løs på de her små selskaber, når de krakker, men nogen gange så havde man fat i nogen som var gået ned, og så bebrejdede man dem at de ikke havde sat mere kapital i, hvortil selskaberne svarede; jamen jeg havde jo sat minimumskapitalen ind. Der står i loven der skal være så og så meget i anpartsselskaber, det havde jeg puttet ind, hvad mere vil I have?

Det er simpelthen fordi folk ikke forstår, at det jo er et minimumskapital, du skal jo sætte det kapital ind som afspejler driften. De troede det tal som stod som minimum var nok. Hvis nu du skal bruge, lad os sige 100.000 kr. Så det jo ikke nok at have puttet 40.000 kr. Ind. Så den slags misforståelser, kan man komme væk fra. Men noget af det som jeg synes man forsøgte at gøre, ved IVS'et, det går igen på nogle andre punkter, som ikke er så alvorlige, og jeg kan huske vi talte med erhvervsstyrelsen om, at når nu de her nye regler kom, så skulle der være en masse vejledninger. Der gik meget længe før de her vejledninger kom. Det var et problem.

JS: Så du mener i virkeligheden man ikke har været præventiv omkring indførelsen af IVS'et?

JLH: Jeg synes godt man kunne have været mere. Jeg skal passe på med at kritisere, for jeg synes mægtig godt om de folk der sidder i erhvervsstyrelsen. Jeg kender flere af dem, og synes de gør et godt stykke arbejde, men lige præcis på det her punkt der synes jeg man har været for akademiske i sin tilgang. Jeg var for nyligt inde og kigge på de her vejledninger, og de er for mig at se stadigvæk for akademiske. F.eks. det her med du skal have tilstrækkelig meget kapital, det står jo beskrevet i jura-sprog, i en vejledning som du selv skal gå ind og finde.

For mig at se, så skal det være sådan at når folk de går ind for at stifte et IVS, og så skal der være en form for nodge-ing, som er i butikker og lign. Når du vil tage en vigtig beslutning, så skal der komme en dialog-rude op på skærmen som siger "pas på, er du nu sikker på du vil

gøre det her?”. F.eks. ”Pas på, du er ved at stifte et IVS, er du klar over du bliver personlig ansvarlig hvis der ikke er tilstrækkelig kapital i selskabet?”. Sådan nogle ting kunne man jo godt ligge op.

JS: når nu du siger vi bliver gjort personligt ansvarlige, jeg har ikke fundet særlig meget hvor vi rent faktisk har brugt de bestemmelser der er til for at forfølge ledelsen.

JLH: Nej desværre ikke, det er noget man kunne gøre meget mere ud af. Jeg har nogle gange tænkt på at man burde have en slags offentlig funktion dér. Nærmest en slags statsanklager der skulle føre den slags sager, pga. de kan jo mange gange gøres ret enkelt. Hvis vi tager IVS'erne, så er det jo helt fejlagtigt blevet markedsført som 1kr.-selskaber, og det er jo en stor misforståelse, fordi hvis du putter 1 kr. I sådan et selskab, og du så begynder at føre forretning i det, så vil det meget hurtigt vise sig at det er for lidt. Især der hvor der opstår en større skatte eller momstilsvær. Der kan man jo med det samme sige jamen hvis der er så meget som 25.000 kr. I skyldige moms, og der kun er 1 kr. I selskabet, så kan selv en død advokat vinde sådan en sag. Så går man bare ned i byretten og siger, han har stiftet det her selskab til 1 kr. Og han har moms-tilgodehavende for 25.000 kr. – Der er noget her der ikke spiller sammen. I en sådan sag, så vil beretten jo med det samme vende bevisbyrden om og sige så må kapitalejeren og ledelsen gøre klar for det, og hvis ikke de kan det, så bliver de dømt.

JS: er det så benyttelsen af §§ 115-119?

JLH: Ja hvis du ser på vejledningerne, så har de jo også forsøgt at advare om det. Problemet er, for det første, at der ikke er nogen der gider føre de her sager, fordi de er for små, og det er for mig at se forkert, men det jo der hvor jeg og andre borgere har svært ved at forstå vores stat. Hvorfor dølen opkræver de ikke de penge?

JS: Skal vi gøre det til en principalsag?

JLH: Ja, man skal bare have 2-3 domme, som man kan bruge til at gå løs på dem. Hvis man bare valgte nogle ganske få domme, og var lidt mere aggressiv, så ville man kunne komme langt. Men det at have gøre med restancer, det er åbenbart tungere end vi lige går og tror. En

anden ting som virkelig kunne reducere en større beløb, det ville være hvis man indførte en paragraf der lød på hvis selskabet skulle tvangsopløses, så skulle udgifterne til dette bæres af ejer og ledelse, solidarisk. En paragraf, og så det bare at sende et ciro-kort og så kradse pengene ind. Det der sker er jo, fordi man kun behøver putte 1 kr. Ind og det trods alt ikke koster mere end, 1.600 kr..

JS. Det koster 670. Kr. At stifte et IVS.

JLH: Er det kun det? Hold da op. Det jo alt for lidt.

JS: Så du tænker vi skal trykke på gebyrknappen ved oprettelse?

JLH: Ja, gør det dyre, så det gør lidt mere ondt. Samtidig kom med de her advarsler på skærmen. F.eks. Det koster altså 10.000 kr. At nedlægge det, og den regning får de med det samme, når man nedlægge selskabet, så de hæfter for opløsningen. Sådan nogle regler kunne have en effekt. For mig at se så der mange af de her stiftere der sidder fredag aften med et glas rødvin, lad os i stedet kalde dem rødvins-selskaber. Man kan simpelthen se at de er stiftet sent fredag aften, og så glemmer de selskabet. Det der for mig at se er helt absurd i de danske selskaber, det er hvis selskabet så ikke indgiver sin næste årsrapport, så bliver det opløst, og den regning betaler staten. Det er en fuldstændig vanvittig udgift. Det burde jo være sådan at det øjeblik selskabet bliver tvangsopløst, så sender man en besked, elektronisk per mail, til den registreret ejer: dit selskab er ved at blive tvangsopløst, vær'så'god at betale, et eller andet beløb. Så ville en meget stor andel af den her milliongæld forsvinde. Det jo ikke bare IVS'er, det ville også være ApS'er,

Det er for mig at se fuldstændig vanvittigt at man lukker et selskab og så oveni købet betaler udgiften for at lukke det. Hvorfor skal Staten betale for det? Dét er en stor omkostningen. Det fremhæver de i rapporten, at IVS'er bliver tvangsopløst mere, det tror jeg da pokker, det koster jo 600 kr. At oprette det, du behøver kun ligge 1 kr. I det.

Hvis man lavede nogle ganske få lovændringer, f.eks. en hæftelse for opløsningsomkostningerne, og indrettede selve online proceduren så man bruger moderne psykologi, det man kalder nudgeing, hvor du simpelthen advarer folk om "du kommer altså til at hæfte for det her selskab, og hvis det skal opløses så kommer det altså til at koste dig

10.000 kr. Er du sikker på du vil det". Man bør føre nogle få sager som er typemæssigt genkendelige, og få fastslået, dér er der et ansvar og så bruge dem mod dem som misbruger selskabet. Så ville IVS'er komme til at fungere, ligesom det gør i udlandet. Vi ville oveni købet få løst de problemer som plager ApS'erne. Det jo mange af de samme ting. Jeg synes det er absurd at i den der rapport, hvis man gider læse videre så kan man jo se at ovre på ApS'erne taber vi jo endnu flere penge, meget større beløb, men procentuelt er det jo mindre, fordi ApSerne fylder mere. Men stadigvæk i kr. Og øre så er tabet på ApS'erne langt større end på IVS'erne.

JS: Hvad er din holdning til revisionspligten?

JLH: Altså revisorerne klapper jo i hænderne over IVS'erne forsvinder. De kan ikke lide alt hvad der ikke har med revisionspligt at gøre. Jeg synes det er et svært spørgsmål, da jeg godt kan forstå revisorerens pointe, da jeg kender en del. Lad mig sige det på den måde, hvis vi var et meget rigere samfund, ville det være fint at have revisionspligt, på næsten alle selskaber, men vi er ikke et rigt samfund, ikke så rigt i hvert fald. Vi har brug for de der små iværksættere. Derfor har jeg mest sympati for, nok 52 % for de små selskaber ikke har revision og 48 % for revisorer. I de tilfælde hvor revision rent faktisk spiller en rolle, typisk banker, beder man om et regnskab, eller en kaution. Jeg har set Anders Dam, der stadigvæk tør sige noget andet end undskyld hele tiden, han synes også det er fint at IVS'erne bliver ophævet, fordi han er træt af de skal stille krav til IVS'erne. Fra hans syns der er det nemmere bare at sige væk med dem.

JS: Men så håndterer jo ikke problemet?

JLH: Nej. Men for at vende tilbage til dit spørgsmål, så synes jeg det er okay at man fratager regnskabspligten for de her små selskaber. De vil nok blive bedt om dem alligevel i forbindelse med en bank, ikke fordi loven siger de skal, men fordi de reelt har brug for det. Det der får mig til at støtte det her system, det er der stadigvæk en masse selskaber som ikke har brug for det, og som derfor slipper for en omkostning.

JS: Dit forslag til håndtering er bl.a. at forfølge ledelsen. I min virksomhed gør vi brug af kautioner. Hvad er din holdning til dette?

JLH: Det må man tage med. Hvis der er en kreditor ikke synes hæftelsen for ledelsen er nok, bl.a. hvis der opstår et søgsmål bagefter, så det jo et spørgsmål om forhandling. Ofte har kreditor størst magt, og vi lever et samfund hvor man har mistro til dem der har flest penge, jamen så det fint at kreditor siger, at den handel vil de ikke være med til, så må debitor gå med på mine vilkår.

JS: Men SKAT som kreditor, kan jo ikke pålægge kautioner.

JLH: Nej så de er tvunget til at lave det system som jeg foreslog. Hvis vi nu afskaffer IVS'erne, så kommer vi til at have de samme problemer med ApS'erne og de 40.000 kr. De penge er der jo ikke. Hvis minimumkapital skal give mening, så skal kapitalkravet ligge på 2-300.000 kr. Så begynder det at ligne noget. De der 40.000 kr. I et ApS de ligger jo ikke et eller andet sted på en bankkonto. Pengene er jo altid væk.

JS: Når min virksomhed skal bevilge noget, tager vi heller ikke selskabskapitalen med i vores betragtning.

JLH: Nej så for mig at se er der ikke nogen grund til at have den regel. Den hjælper ikke noget. Det må være op til den som driver virksomheden som vurderer hvor meget der skal bruges. Det man skønner er nødvendigt, og ikke et tilfældigt tal som står i loven. For nogen er 40.000 kr. Alt for lidt, og for nogen er 40.000 kr. Alt for meget, og vil måske skræmme dem fra at starte en virksomhed. Gør ledelsens vurdering til det egentlige princip og be' dem om selv at tage stilling. Det kræver selvfølgelig at vi har nogle ansvarssager. Vi har en del tidligere sager. Gør dog nu noget ud af de små sager, så vi har præcedens og så vi kan advare folk.