

Kandidatafhandling



Rammerne for udenretslige rekonstruktioner mellem nærtstående

Herunder især beviskravet for, at skyldneren har respekteret armlængdeprincippet

Af

Anders Mikkelsen, studienr.: 2011-3983

10. semester, Jura

Aalborg Universitet

12. maj, 2016

Indhold

1. Indledning	1
2. Afgrænsning af specialet.....	2
3. Metode	4
3.1 Ordlyds- ctr. formålsfortolkning.....	5
3.1.1 Ordlydsfortolkning.....	5
3.1.2 Formålsfortolkning.....	6
3.1.3 Specialets fortolkning	6
4. Afhandlingens opbygning	6
4.1 Specialets terminologi.....	7
5. Centrale begreber indenfor specialets ramme	7
5.1 Den typiske virksomhedsoverdragelse.....	7
5.1.1 Hvad er en virksomhedsoverdragelse?.....	7
5.1.2 Rekonstruktion af økonomisk nødlidende virksomheder.....	8
5.2 Konkursretlige principper	10
5.2.1 Insolvens-begrebet	10
5.2.2 Omstødelsesprincipper.....	12
5.2.3 Forringende- og forrykkende dispositioner.....	14
5.2.4 Dispositioner mellem nærtstående	14
5.3 Konkurslovens § 64 – gavebegrebet	16
5.3.1 Begrebet gave.....	16
5.3.3 Bestemmelsens relation til specialet	19
6. Analyse af retspraksis	20
6.1 U2005.2235H.....	20
6.2 U2011.963H.....	26
6.3 U2015.2219H.....	31
7. Rammerne for virksomhedsoverdragelse for insolvente virksomheder.....	54
8. Konklusion.....	55
9. Summary	57
10. Perspektivering	58
11. Litteraturliste.....	60

1. Indledning

Overdragelse af en virksomhed kan bero på mange forskellige overvejelser og hensyn. Det kan være strategiske opkøb af konkurrenter, sælgers ønske om at gå på pension, kapitalfondes opkøb med henblik på salg med gevinst osv. En virksomhedsoverdragelse kan midlertidig også være aktuel at foretage, hvis skyldnerens samlede virksomheder ikke genererer overskud. Skyldneren vil, således have en interesse i at få udskilt den aktivitet som giver overskud fra de underskudsgivende virksomheder. Denne omstrukturering er typisk effektueret gennem en udenretlig virksomhedsoverdragelse til et søsterselskab.¹ Problemerne opstår specielt, når der er tale om horisontale virksomhedsoverdragelser.

Dispositionen kan indebære en risiko for kreditorforrykkelser- eller forringelser, som vil kunne føre til erstatnings- og omstødsessager, fordi der efterlades en række ufyldstgjorte kreditorer i det gamle selskab. De efterladte kreditorer bør derfor overveje, om de skal indgive konkursbegæring af det gamle selskab med henblik på omstødelse af salget, hvis værdiansættelsen kan diskuteres.

I perioden op til indtrædelse af konkurs, ses det oftest, at skyldneren træffer beslutning om omstrukturering af virksomheden. Problematikken opstår primært, når skyldneren gør dette af egen drift og uden aftale med kreditorerne. Derfor vil der kunne rejses tvivl om skyldnerens motiv for salget og prisen på virksomheden. Ligeledes vanskeliggør det problemstillingen, at det oftest er til nærtstående salget sker, hvorefter kravene til objektivitet og beviset for, at købssummen er udtryk for markedsværdien formodentlig er skærpet.

På baggrund heraf, vil jeg se nærmere på rammerne for en udenretslig rekonstruktion med springbræt i den nyeste dom på området – U2015.2219H. Således vil følgende problemformulering blive undersøgt:

Hvilke rammer skal skyldneren forblive indenfor, når skyldneren ønsker at foretage en udenretlig rekonstruktion af virksomheden til nærtstående med respekt af skyldnerens kreditorer? Herunder især det bevismæssige krav til skyldneren for, at skyldneren kan dokumentere en korrekt værdiansættelse.

Et af de væsentligste elementer i vurderingen af, hvorvidt der kan ske omstødelse eller ej, er værdiansættelsesmetoden for virksomheden og hvem der har udarbejdet den. Det er et centralt element i

¹ Artikel "U2015.2219H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelse" af Lasse Højlund Christensen, Aarhus Universitet.

U2015.2219H, hvorfor der vil blive redegjort og analyseret på, hvilke præmisser Højesteret lægger til grund, når de tillægger værdiansættelsen vægt eller tilsidesætter denne.

Prisen på virksomhedskøbet er omdrejningspunktet for, hvorvidt skyldneren handler på armslængdevilkår, når skyldneren gennemfører en rekonstruktion. Den primære årsag hertil, er kreditors omstødelsesmuligheder, hvis kreditor mener der har været handlet for billigt i forhold til virksomhedens værdi. Kreditor har derfor interesse i at begære konkurs af den efterladte virksomhed for at føre omstødelsessag mod de involverede parter med påstanden om, at der har været handlet for billigt og derfor forelægger en gave efter konkursloven § 64. Ydermere vil konkursboet køre et erstatningsansvar mod det pågældende centrale ledelsesorgan, der traf beslutningen om, at der skulle sælges.

Det er denne situation, specialet skal behandle for eventuelt at finde retningslinjer for, hvornår en rekonstruktion er sikker at gennemføre i forhold til skyldneren selv og i forhold til kreditorernes risiko for forringede eller forrykkede dispositioner.

2. Afgrænsning af specialet

Specialets fokus er rammerne for udenretslige rekonstruktioner, hvorfor meget af vægten ligger på gennemgang og analyse af domme, der gerne skulle resultere i en bekræftelse af retningslinjer eller nye retningslinjer for disse rekonstruktioner. Der er derfor en række ting, som der afgrænses overfor og ligeledes ting, som der kort redegøres for. Dette gøres for at skabe det nødvendige overblik over den i specialets behandlede problemstilling.

Indledningsvis redegøres der kort for de forskellige virksomhedsoverdragelsesmodeller, samt hvilken rekonstruktionsmodel der vanskeliggør situationen. Der vil blive redegjort for den gængse metode der benyttes i situationen, som specialet behandler. Det drejer sig om substansoverdragelse. Til dette skal nævnes, at U2015.2219H, som er omdrejningspunktet, omhandler en aktieoverdragelse. Til trods for dette er dommen stadig relevant i forhold til generelle betragtninger og principper. Af hensyn til specialets omfang og relevansen af at redegøre nærmere for aktieoverdragelser, er der ikke i specialet redegjort for dette. Redegørelse af substansoverdragelsesmodellen for nødlidende virksomheder skal snarere ses som et eksempel på, hvordan det typisk foregår i praksis og hvilke udfordringer det rejser.

Der er ligeledes redegjort for en række konkurs- og omstødelsesprincipper. Fælles for disse er, at de er berørt overfladisk for at iscenesætte problemstillingen, som specialet omhandler. Hensigten er ikke en tilbundsgående undersøgelse af disse principper, men snarere et overblik over, hvilke hensyn de varetager og hvilken kollision dette medfører, når der laves en horisontal virksomhedsoverdragelse. Det er blandt andet derfor, at det kun er konkurslovens § 64 der redegøres for, da det er denne bestemmelse med relevans for specialet.

I forhold til konkurslovens § 64 er der ikke gået i dybden med kriteriet om den vederlagsfrie formueoverførsel med fx inddragelse af domme til belysning af kriteriet osv. Fokus er lagt på, hvordan gavebegrebet i konkurs adskiller sig fra gavebegrebet i den gængse formueret, og hvilke hensyn der spiller ind i det anderledes gavebegreb. Det er derfor, at gavmildhedskriteriet vægter mere i redegørelsen end den vederlagsfri formueoverførsel, da det er her gavebegrebet adskiller sig fra det almindelige formueretslige gavebegreb.

Yderligere er der af omfangsmæssige grunde ikke redegjort for virksomhedspant, som kan have en væsentlig indflydelse på, om der er anledning til omstødelsessager ved ovenstående disposition. Virksomhedspant bliver et element, når man har foretaget en virksomhedsoverdragelse med accept af virksomhedspanthaver, selvom panthaveren får et tab. Kan simple kreditorer appellere til omstødelsessager, selvom de ikke vil blive dækket ved en korrekt værdiansættelse? Overvejelserne om, hvorvidt eventuel virksomhedspant kan spille ind i vurderingen af, om der bliver eller kan rejses omstødelsessager, er således ikke taget med i forhold til specialet, da det ligeledes ikke direkte kan forbindes med specialets problemformulering.

Bevisførelsen for at kunne dokumentere et økonomisk tab for kreditorer i den af specialets behandlede situation, drejer sig oftest om korrekt værdiansættelse. Der vil derfor være nævnt en række værdiansættelsesmodeller i behandlingen af dommene på et overfladisk plan. I dette speciale er der ikke gået i dybden med de forskellige modeller og deres regnskabsmæssige forcer og svagheder. Da specialets fokus er at finde retningslinjer for udenretlige rekonstruktioner samt klarlægge kravene til bevisførelsen herfor, vurderes det i stedet, hvordan værdiansættelsesmodellerne bruges i forhold til at bevise, om der er lidt et tab eller ikke.

Situationen, som specialet søger at behandle, indeholder ligeledes et aspekt af ledelsesansvar for de involverede parter. I disse situationer har konkursboet også påstand om et ledelsesansvar for beslutningstageren i forhold til at foretage den udenretslige rekonstruktion. I specialet er der ikke behand-

let ledelsesansvar særskilt og gået i dybden med de forbundne problemstillinger både, hvad angår det erstatningsretlige aspekt, men også det ledelsesmæssige aspekt i selskabsretten. Det er dog vanskeligt at skille specialets problemstilling 100 % fra ledelsesansvaret, da disse er tæt forbundne i forhold til domstolenes behandling af disse situationer. Det er derfor naturligt, at der bliver inddraget præmisser vedrørende ledelsesansvaret, da de er med til at illustrere retningslinjerne for udenretlige rekonstruktioner.

3. Metode

Nærværende speciale søger at beskrive gældende ret, hvorfor det således er den retsdogmatiske metode der anvendes. Den retsdogmatiske metode er udtryk for en måde, hvorpå retskilderne analyseres og anvendes. Derfor vil projektet inddrage retskilder, som domstolene og andre vil benytte til at løse et juridisk problem.² Retsdogmatik vil sige at systematisere, beskrive og fortolke/analysere retskilderne med henblik på at fastlægge gældende ret, hvorfor metoden benyttes.³

De traditionelle relevante retskilder vil derfor blive inddraget og analyseret i forhold til at beskrive gældende ret. Det omhandler love, forarbejder hertil samt retspraksis.

Disse er de traditionelle retskilder, som i specialet ligeledes vil blive suppleret af relevant litteratur om emnet. Litteraturen betragtes traditionelt ikke som en retskilde. Retsvidenskaben er beskrivende og analyserende af de ovenstående retskilder, hvorimod litteraturen fortolker, hvad den nuværende retsstilling er.⁴ Litteraturen er derfor inddraget i den juridiske argumentation, da den beskriver den teoretiske opfattelse af gældende ret.

I forhold til besvarelse af specialets problemformulering, er der inddraget relevante love for redegørelsen af retsgrundlaget og baggrunden for relevante bestemmelser indenfor konkursloven. Der er i begrænset omfang inddraget forarbejder udover der, hvor det har særlig relevans. Inddragelse og analyse af retspraksis har klar overvægt i forhold til specialet og dennes sammenhæng med det juridiske grundlag, hvilket også vil ses i forhold til inddragelse og omfanget af domme. Ved inddragelse af domme søges der at opnå den højst mulige præjudikatværdi, hvorfor der foretrækkes Højesteretsdomme frem for Landsretsdomme osv.

² R. Nielsen & C. Tvarnø s. 27

³ R. Nielsen & C. Tvarnø s. 24

⁴ J. Evald (2009) s. 60

Overfor dette, vil der blive inddraget relevant juridisk litteratur. Herunder lærebøger i de af specialets berørte retsområder, men også artikler som kommenterer på specialets omhandlende situation. Der vil især her blive inddraget relevante synspunkter fra teoretiker og praktikere, som vil blive sammenholdt med analysen af dommene. Dette gøres for dels at kunne beskrive gældende ret, samt om der er enighed mellem domstolenes behandling af den af specialets nævnte situation og den relevante litteratur. I forhold til mængden af forskelligt litteratur, henvises der til tre forskellige konkursretlige bøger. Det faktum, at der ikke er udvalgt flere forskellige bøger er primært, at der er rimelig bred enighed om gavebegrebet i konkurs og de andre beskrevne konkursretlige ting. Tilsvarende gør sig gældende i forhold til beskrivelsen af virksomhedsoverdragelsesforløbet, men også at der her ikke findes mange bøger.

For besvarelse af specialets problemformulering vil jeg derfor redegøre for en række konkursretlige principper, som sigter mod, at der ikke sker kreditorforringede- eller forrykkende dispositioner inden konkursens indtræden samt disse princippers sammenspil med en horisontal virksomhedsoverdragelse til nærtstående. Dernæst vil der være en gennemgående analyse af en række eksempler på udenretlige rekonstruktioner, som endte i omstødelsessager, da der var mistanke om dispositioner der resulterede i en ringere retsstilling for kreditorerne.

Slutteligt vil der blive opsummeret og dannet en konklusion, som sigter på at beskrive gældende ret for specialets problemformulering.

3.1 Ordlyds- ctr. formålsfortolkning

3.1.1 Ordlydsfortolkning

Udgangspunktet for en tolkning af lovbestemmelser er lovens tekst. Formålet med fortolkningen er at finde lovbestemmelsens juridiske mening, således bestemmelsens konkrete indhold fastlægges. På denne måde, kan man fastslå, hvorvidt et konkret forhold er omfattet af bestemmelsen eller ej.⁵

Ordlydsfortolkningen har således til formål at præcisere bestemmelsens indhold nærmere og om, hvorvidt reglen skal tillægges et snævrere eller et bredere område, end det ordlyden umiddelbart præciserer. Ved en udvidende fortolkning anvendes reglen på tilfælde, der som udgangspunkt falder udenfor bestemmelsens naturlige ordlyd.⁶ Omvendt anvendes en indskrænkende fortolkning, når en

⁵ R. Nielsen & C. Tvarnø s. 187

⁶ R. Nielsen & C. Tvarnø s. 196

regel ikke anvendes i tilfælde, som falder indenfor dens område ved en sproglig fortolkning. Oftest er det pragmatiske hensyn der fører til, at reglen ikke anvendes i det konkrete tilfælde.⁷

3.1.2 Formålsfortolkning

I modsætning til ordlydsfortolkning, tager formålsfortolkningen udgangspunkt i lovtekstens mening ud fra lovens øvrige paragraffer.⁸

Oftest er der i loven indledt med en formålsbestemmelse, som sætter de overordnede rammer for loven. Denne samt forarbejder, som typisk udtaler som om meningen bag den enkelte paragraf, indgår i en formålsfortolkning, da der fortolkes ud fra paragraffens rammer, som den er sat ind i og skal bruges i.

3.1.3 Specialets fortolkning

Specialet anvender en formålsfortolkning, da specialets problemformulering eksplicit anlægger sondringen, at konkurslovens § 64, som der omstødes efter, anvendes udover sin ordlyd og inddrager en række grundlæggende konkursretlige hensyn. Der er således anlagt den betragtning, at konkurslovens § 64 strækkes i specialets situation.

4. Afhandlingens opbygning

Specialet undersøger, som nævnt i indledningen, hvad rammerne er for skyldneren til at foretage en udenretlig rekonstruktion i form af en horisontal virksomhedsoverdragelse mellem nærtstående.

Som en konsekvens heraf er specialet opbygget således, at en række begreber er defineret i kapital 5. Kapitlet omhandler virksomhedsoverdragelse, rekonstruktion af nødlidende virksomheder og baggrunden herfor. Dernæst vil der blive redegjort og defineret for de konkursretlige principper, således baggrunden for, hvorfor specialets omhandlende situation, er vanskelig for de involverede parter, klarlægges. I det konkursretlige afsnit er konkurslovens § 64 behandlet i et vist omfang, da tvisten typisk udspringer af § 64. Ligeledes er det beskrevet hvilke kriterier, der skal opfyldes, før der kan kræves omstødelse efter § 64, og hvad der adskiller gavebegrebet i § 64 overfor det gængse gavegreb og baggrunden herfor.

Dette kapitel leder hen til en analyse af retspraksis i kapital 6, hvor det søges at klarlægge domstolens behandling af disse situationer sammenholdt med den allerede beskrevne jura. Der sigtes især

⁷ R. Nielsen & C. Tvarnø s. 195

⁸ Peter Blume s. 180

på at få konkretiseret rammerne for specialets problemformulering, og hvad der vægtes i vurderingen for og imod.

Efter analyseafsnittet vil der i kapital 7 opsummeres på det beskrevne og analyseret i kapital 5 og 6, således der dannes en række forhold, som er relevante i forhold til at konkluderer på specialets problemformulering i kapital 8.

4.1 Specialets terminologi

I specialet er der anvendt en række betegnelser for at beskrive parterne der foretager den udenretlige rekonstruktion. De to mest brugt er skyldner eller ledelsen. Disse to bruges forskelligt alt efter teksten og hvor de hver især passer bedst.

Det skal blot nævnes her, at uagtet, hvilket at disse to der anvendes, er der tale om samme personkreds. Det er således parterne der foretager den udenretlige rekonstruktion.

5. Centrale begreber indenfor specialets ramme

Nærværende afsnit sigter på at redegøre for de væsentligste begreber i forhold til at kunne besvare problemformuleringen. Ligeledes skal det give et afsæt til analysen af forskellige domme, som skal bidrage til at belyse, hvilke rammer der er for en udenretlig rekonstruktion til nærtstående.

5.1 Den typiske virksomhedsoverdragelse

5.1.1 Hvad er en virksomhedsoverdragelse?

Begrebet virksomhedsoverdragelse er defineret ved, at et selskab eller en anden funktionel enhed (herefter målvirksomhed) sælges af ejeren og købes af en ny ejer, således at der sker varige ændringer i kontrollen af virksomheden. Købet af en virksomhed er et obligationsretlig køb.⁹

Virksomhedsoverdragelsen kan ske på to måder. Enten ved substansoverdragelse eller ved aktieoverdragelse. Der er en række fordele og ulemper forbundet med begge overdragelsesmåder, hvorfor det typisk er en konkret stillingtagen i hver enkel virksomhedsoverdragelse, hvorvidt det er substans- eller aktieoverdragelse, der skal gennemføres.

Fordelen ved en aktieoverdragelse er, at køber indtræder i sælgers retsstilling som ejer af målvirksomheden, da det er ejerforholdet til den juridiske enhed der ændres. Som udgangspunkt er den ju-

⁹ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 29

ridiske enhed således uberørt af salget. En af de væsentligste fordele ved dette er, at målvirksomhedens eksisterende kontrakter kan fortsætte som udgangspunkt, da der ikke er sket et debitorskifte. Dette udgangspunkt kan modificeres ved, at der er change-of-control klausuler i kontrakterne, således at medkontrahenterne kan ophæve samarbejdet ved et ejerskifte. Ulempen er omvendt, at køber indtræder i alle risici og forpligtelser forbundet med målvirksomheden i købers funktion af ejer.¹⁰

Ved en substansoverdragelse er fordelene og ulempen vendt, således at det her er fordelene, at der ikke indtrædes i forpligtelser og risici forbundet med driften. Men samtidig ophører eksisterende kontrakter med samarbejdspartnere, da det kræver samtykke fra medkontrahenterne, fordi der sker et debitorskifte.

Som et væsentligt element i vurderingen af, hvorvidt man skal vælge aktieoverdragelse eller substansoverdragelse indgår især virksomhedens størrelse. Hvis der er tale om en mellemstor virksomhed eller større, kan det være en stor udfordring at få et præcist billede over målvirksomhedens passiver og aktiver, som er omfattet af en substansoverdragelse. Dette kan tale for en aktieoverdragelse, hvor det er enkelt at identificere overdragelsens genstand.¹¹

Omvendt er det kun substansoverdragelse der kan bruges, hvis det kun er en særskilt enhed af målvirksomheden, som skal købes.

Betydningen af, hvorvidt det er aktie- eller en substansoverdragelse, er minimal i forhold til specialrets problemformulering og eventuelle erstatnings- eller omstødelsessager. Det er stadig den samme vurdering der skal foretages af, hvorvidt overdragelsen er sket på armslængdevilkår eller ej, og ligeledes hvad rammerne er for dette.

5.1.2 Rekonstruktion af økonomisk nødlidende virksomheder

En virksomhedsoverdragelse vil som udgangspunkt være karakteriseret ved, at køber og sælger vurderer virksomhedens pris ens på transaktionstidspunktet, men at køber typisk har en højere forventning og håb om målvirksomhedens fremtidspotentiale end sælger.¹²

Virksomhedsoverdragelser i insolvenssituationer adskiller sig væsentligt fra det ovenstående udgangspunkt, da virksomhedsoverdragelser i disse situationer typisk vil ske under stort tidspres og ikke har de samme karakteristika. Det kan have store økonomiske konsekvenser for en virksomhed,

¹⁰ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 65

¹¹ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 66

¹² J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 33

hvis den bliver nødsaget til at stoppe driften på grund af likviditetsmæssige årsager. Der vil oftest gå kort tid før, at organisationen i virksomheden falder fra hinanden og virksomhedens vigtigste aktiv, medarbejderne, kigger om sig efter andet arbejde.

Tidspresset medfører også, at der som regel ikke er tid til en due diligence undersøgelse, men at købet sker ”som beset”, hvorfor prisen på virksomheden allerede her, vil være reduceret, da køber vil have indregnet en risikopræmie.¹³ Et forhold der besværliggør vurderingen af, hvorvidt værdiansættelsen af virksomheden er korrekt.

Den relevante rekonstruktionsmodel, i forhold til specialets problemformulering, vil typisk være en substansoverdragelse af virksomheden til en ny ejerkreds. Dette kan enten ske helt eller delvist. Fordelen er netop her, at målvirksomhedens økonomiske forpligtelser ikke bliver overdraget, men at der kun overdrages værdien i form af fx driften eller varelageret. Der er dog en række udfordringer ved denne fremgangsmåde. En af de største udfordringer i denne rekonstruktionsmodel er, at en sådan model kan medføre negative konsekvenser i forhold til bevarelsen af virksomhedens samarbejdspartnere og øvrige gensidige kontrakter, da en rekonstruktionsmodel som denne, som altovervejende udgangspunkt kræver samtykke fra medkontrahenter.¹⁴ Et sådan samtykke gives dog ofte, men det bruges samtidig for medkontrahenterne som en løftestang til at få bedre vilkår end før.

Den ovennævnte rekonstruktionsmodel vil typisk være substansoverdragelse til et søsterselskab, hvorved virksomheden flyttes ud fra det insolvente ejerskab.¹⁵ Da dette er en horisontal overdragelse, er der for virksomhedssælger og køber fare for, at en eventuel kurator vil anfægte overdragelsen ud fra kurators betragtning om, at prisen på virksomheden var for lav. Kurator ville derfor kunne forsøge at kræve transaktionen omstødt efter konkurslovens regler. Denne problemstilling bliver især vanskeliggjort af, at der til brug for transaktionen typisk foretages en uvildig værdiansættelse af virksomheden, hvilket er et ikke ubetydeligt bevismoment i en omstødelsessag, hvilket retspraksis vil belyse.¹⁶

Værdiansættelsen af virksomhederne er meget komplekst. Ofte så kompliceret, at flere vurderingsmænd ofte vil nå til forskellige værdier til trods for, at de anvender samme værdiansættelsesmeto-

¹³ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 587

¹⁴ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 604

¹⁵ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 608

¹⁶ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 608

der. Dette er et af de helt klare risikomomenter i forhold til horisontal overdragelse, hvorfor en sådan transaktion skal tages meget forsigtigt.¹⁷

Den korte redegørelse af virksomhedsoverdragelser, skal ses i perspektiv til specialets problemformulering. Det har været nødvendigt at redegøre for en række begreber og forhold, som har betydning i forhold til at forstå de bagvedliggende årsager til at ville foretage en udenretlig rekonstruktion af virksomheden. Ligeledes har en stor del af besvarelsen af specialets problemformulering, grundlag i konkursretlige principper samt domstolenes bevismæssige vurdering af forskellige momenter – herunder, som et af de vigtigste, værdiansættelse af virksomheden.

5.2 Konkursretlige principper

Det konkursretlige afsnit søger at afdække de begreber, som har relevans i forhold til specialets problemformulering. Det er principper, som danner grundlag for en kurators mulighed for at omstøde en disposition og ligeledes, hvad der skal være opfyldt, før en kurator har denne mulighed. Samtidig er det begreber der er centrale til at forstå det konkursretlige retssystem og især systemets hensyn til kreditorerne.

Indledningsvis er konkursinstituttet overordnede formål at skaffe kreditorerne fyldestgørelse for deres krav mod skyldneren. Konkurs er universalforfølgning med det formål at sikre kreditorerne, som bestod før dekretdagen, ved at realisere skyldnerens aktiver og herefter som udgangspunkt foretage en lighedeling af midlerne mellem kreditorerne, dog med respekt af konkursordenen.

Et af de vigtigste hensyn ved konkursen er således at varetage kreditorernes interesser. Dette skyldes primært, at det ville være utilfredsstillende for et retssystem, hvis skyldneren kan undslippe sin gæld, blot fordi personen er ude af stand til at betale med likvide midler. Der er således i konkursloven en række redskaber til at imødekomme, at kreditorerne ikke kommer til at betale for skyldnerens forbrug.

5.2.1 Insolvens-begrebet

Konkurslovens kapital 3 (§§ 17-20) opstiller de materielle betingelser for, at der kan indtræde konkurs. Grundbetingelsen for konkurs er, at skyldneren kan erklæres insolvent. Insolvens-begrebet er

¹⁷ J. Egholm Hansen & C. Lundgren (2014) s. 609

defineret som illikviditet.¹⁸ Herved forstås skyldners manglende evne til at opfylde sine forpligtelser ved forfaldstid, medmindre det må antages at betalingsudygtigheden er forbigående.¹⁹

Der har siden konkurslovens ikrafttrædelse i 1872 været en diskussion om, hvor vægten i denne vurdering skulle lægges. Det omhandlede blandt andet, hvorvidt det var insufficiens, illikviditet eller om der skulle være et friere skøn over skyldnerens økonomi til at vurdere dette. Denne diskussion er løst ved konkurslovens § 17, stk. 2, hvorefter en skyldner er insolvent, hvis skyldneren opfylder ovenstående definition. Reglen efterlader således ikke tvivl om, hvilken bedømmelse skifteretten skal foretage. Bedømmelsen tager udgangspunkt i skyldnerens likviditet.²⁰

I praksis spiller vurderingen af, hvorvidt skyldneren er insolvens eller ej en knap så stor rolle, da konkursbegæringen oftest kommer fra skyldneren selv, hvilket i sig selv taler kraftigt for, at skyldneren er insolvens.²¹ Midlertidig udspiller der sig oftest et andet forløb i specialets nævnte situation end den typiske konkursbegæring, da det sædvanligvis er de efterladte fordringshavere, der begærer konkursen ud fra den begrundelse, at der er sket omstødelige dispositioner.

I den af specialets omhandlede situation, er formodningen for insolvens hos skyldneren nærliggende. Dette skyldes begrundet i, at det faktum, at skyldneren ikke længere har væsentlige aktiver eller drift i selskabet, som er et signal om, at skyldneren ikke længere agter eller kan opfylde sine forpligtelser overfor fordringshaveren. Et væsentligt moment heri er den kendsgerning, at de omdiskuterede horisontale virksomhedsoverdragelser oftest er gennemført uden aftale med skyldnerens kreditorer samt at fordringshaveren vurderer, at værdiansættelsen af virksomheden er for lav. Fordringshaveren vil således argumentere for, at der er sket en kreditorforringede disposition. Det faktum, at en konkursbegæring er indgivet for at undersøge eventuelle omstødelige dispositioner, som eneste eller afgørende grund, er blevet behandlet flere gange i praksis.²² Diskussionen har været, hvorvidt det opfyldte kravet om retlig interesse. Det har været praksis i lang tid, at den retlige interesse er opfyldt, hvis indgivelse af konkursbegæring er begrundet med, at der er mistanke om eventuelle omstødelige dispositioner, hvorfor det skal undersøges nærmere. Dette ses blandt andet i FM 1-2007-1485323 ØL.

¹⁸ A. Ørgaard (2010) s. 31

¹⁹ B. Von Eyben (2008) s. 189

²⁰ A. Ørgaard (2010) s. 32

²¹ A. Ørgaard (2010) s. 32

²² J. Paulsen (2010) s. 199

Nærværende sag omhandlede, hvorvidt konkursrekvirenten kunne begrunde sin konkursbegæring med, at rekvirenten ønskede at foretage undersøgelser af omstødelige dispositioner. I skifteretsmødet den 20. juli, 2007 havde skyldneren oplyst, at denne kort forinden havde overdraget sin andel af en ejendom til samleveren. Ligeledes havde samleveren og skyldneren i juli, 2007 fået opprioriteret deres ejendom ved forhøjelse af realkreditlånets hovedstol med kr. 470.000,00, i hvilken forbindelse der skete betaling til visse af skyldnerens kreditorer.

Til trods for dette nægtede skifteretten at afsige konkursdekret. Landsretten udtalte, at der efter disse oplysninger ikke kunne udelukkes, at der var sket mulige omstødelige dispositioner, hvorfor konkursbegæringen blev tilladt.

Dommen er således et udtryk for, at kreditors muligheder for at begære konkurs med baggrund i eventuelle omstødelige dispositioner er vid.²³ Især når det omhandler nærtstående. Alene det faktum at der op til konkursen er gennemført økonomiske dispositioner må indikere, at den retlige interesse vil være til stede for kreditorerne i forhold til at afdække eventuelle omstødelige dispositioner.

5.2.2 Omstødelsesprincipper

Konkurslovens kapitel 8 (§ 64-81) indeholder reglerne for omstødelse. Initiativet til omstødelse træffes af kurator i konkursboet, hvis vedkommendet har holdepunkter for, at der er sket omstødelige dispositioner, som er omfattet af omstødelsesreglerne. Hvis der ikke er midler i boet til at føre en omstødelsessag, kan initiativet i betydelig omfang stamme fra de større kreditorer, således at de vil dække omkostningerne ved en retssag.²⁴ Dette ville oftest være tilfældet – især efter reglerne om virksomheds- og fordringspant trådte i kraft.²⁵

Omstødelse har historisk kun haft til hensigt at ramme skyldnerens svigagtige dispositioner. Omstødelsesinstituttet er dog ikke længere funderet i denne hensigt, da principper som lighedeling og rimelighed snarere har begrundet omstødelsesreglerne i de seneste årtier.²⁶

Baggrunden for en omstødelse skal ses i sammenhæng med håndhævelse af lighedsprincippet, som er et gennemgående princip i universalforfølgningen gennem konkurs.²⁷ Omstødelse sigter således mod at genoprette dette princip. Omstødelse af en disposition forudsætter også, at denne disposition

²³ J. Paulsen (2010) s. 200

²⁴ J. Paulsen (2010) s. 519

²⁵ J. Paulsen (2010) s. 519

²⁶ A. Ørgaard (2010) s. 89

²⁷ J. Paulsen (2010) s. 512

har været til skade for kreditorerne. Dispositionen skal således i almindelighed have haft negativ indflydelse på boets aktivmasse, som ellers skulle fordeles til kreditorerne.

Derfor er omstødelsesreglerne udstyret med tilbagevirkende kraft af en vis form, da omstødelsesbestemmelserne kan omstøde dispositioner forud for konkursen i en nærmere bestemt tidsperiode. Reglerne har derfor en indirekte rolle i perioden op til konkursen, da de kan tænkes at påvirke skyldneren og andre i forhold til at foretage eventuelle dispositioner af frygt for omstødelse.²⁸ Omstødelse skal således balancere mellem to hensyn. Hensynet til konkurslovens grundprincip om fyldestgørelse til kreditorer samt hensynet til ikke at begrænse skyldnerens handlefrihed for en virksomhed i økonomisk krise unødigt.

Omstødelsesbestemmelserne kan opdeles som objektive og subjektive omstødelsesregler. Dette har betydning for især retsvirkningen af omstødelse. Ved omstødelse efter en objektiv omstødelsesregel er retsvirkningen, at den begunstigede skal fralægge sig den berigelse, vedkommendet har haft, dog med begrænsning af, at det ikke kan overskride boets tab, jf. Konkursloven § 75. Modsat de objektive regler, er retsvirkningen af de subjektive omstødelsesregler, at der skal ske erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. Konkursloven § 76.

Objektivering af en række af omstødelsesbestemmelserne blev indført ved konkursloven af 1977. Dette medførte, at der kunne ske omstødelse blot det kunne bevises, at der forelå en omstødelig disposition indenfor omstødelsesfristen.²⁹ De subjektive omstødelsesbestemmelser i KL §§ 72 og 74 adskiller sig væsentligt herfra, da kurator både skal bevise, at der foreligger en omstødelig disposition samt at den begunstigede have viden eller burde kende skyldnerens insolvens og de nærmere omstændigheder for at dispositionen var utilbørlig.

I forhold til specialets problemformulering er den relevante omstødelsesbestemmelse KL § 64, som omhandler gave. Denne vil der blive nærmere redegjort for i afsnit 5.3. Det skal blot nævnes her, at det er en væsentlig fordel for konkursboet, at det er en objektiv omstødelsesregel, da der her er færre krav, som skal opfyldes.

²⁸ A. Ørgaard (2010) s. 88

²⁹ J. Paulsen (2010) s. 542

5.2.3 Forringende- og forrykkende dispositioner

Omstødsesreglerne bygger ligeledes på en sondring mellem forringende- og forrykkende dispositioner.³⁰ Ved forringende dispositioner mindskes skyldneres aktivmasse uden, at der sker en forfordeling af en eller flere kreditorer. Omvendt sker der forfordeling af enkelte kreditorer ved forrykkende dispositioner. Årsagerne hertil kan være mange, men alt andet lige, så strider begge slags dispositioner mod det altovervejende konkursretlige princip om lighed i konkurs.

Principielt er det uden betydning, om det er en forrykkende eller forringende disposition, da begge slags dispositioner kan omstødes, fordi dispositioner af denne art begge vil have begrænset konkursboets aktivmasse eller øget passivmassen, hvilket kreditorerne mærker i form af en mindre dividende.³¹

Det kan dog have en betydning på det overordnede samfundsmæssige plan. Det er lettere at have vid mulighed for omstødelse af forrykkende dispositioner, da det strider imod et grundlæggende princip i konkursretten. Omvendt kan man ikke have en ligeså vid mulighed for at omstøde forringende dispositioner, da hensynet til skyldner spiller ind. Skyldneren skal have mulighed for at overvinde en økonomisk krise, hvilket kan gøres ved at foretage nogle forringende dispositioner, straks for at forsøge, at kunne redde virksomheden ude i fremtiden. Derfor er det som udgangspunkt kun ensidige forringende dispositioner der kan omstødes som fx gaver eller arveafkald.³²

5.2.4 Dispositioner mellem nærtstående

I forhold til specialets problemformulering er det vigtigt at definere begrebet ”nærtstående” i konkursretten. Det spiller en væsentlig rolle i horisontale virksomhedsoverdragelser, da det ofte er samme personkreds der går igen for sælger og køber.

Betænkning nr. 606, 1971 til Konkursloven kommenterer på Konkurslovens § 2. Under normale omstændigheder vil en insolvent persons kreditorer oftest have en formodning om, at skyldneren varetager sin økonomi efter bedste evne og således ikke sælger/giver noget fra sig uden at få en passende modydelse. Denne regulering er sat ud af kurs, når det omhandler nærtstående. Dette begrundes udvalget med det faktum, at skyldneren står tæt på personen eller selskabet, og de således har et økonomisk fællesskab gør, at skyldneren snarere kan formodes at ville give noget til disse grupper uden respekt for armslængde-princippet. Dette beror navnlig på, at skyldneren vil have en

³⁰ A. Ørgaard (2010) s. 90

³¹ J. Paulsen (2010) s. 516

³² A. Ørgaard (2011) s. 90

formodning om, at disse persongrupper snarere vil komme ham til hjælp, hvis der skulle blive brug for dette senere eller at skyldneren nærer en interesse for disse, så skyldneren er villig til selv at bringe ofre for deres vindings skyld. Det er derfor kun kreditorerne der lider af sådanne dispositioner til nærtstående.³³ En disposition, som fremtræder forretningsmæssig begrundet, foretaget af skyldneren til disse persongrupper vil, som udvalget bemærker ”*vække formodning om begunstigheds hensigt*”.³⁴ Dette var udvalgets baggrund for at lave en svagere retsstilling for nærtstående end tredjemænd, hvilket ses i omstødellesreglerne, hvor omstødellesfristen er længere end ellers.

Reglen om nærtstående i Konkursloven er derfor et sikkerhedsværn for kreditorerne. Konkurslovens § 2 afgrænser positivt en gruppe personer der opfattes som nærtstående. Personer eller selskaber som er skyldneren nær, har et interessesammenfald, hvorfor der er behov for regler, der beskytter kreditorerne i forhold til transaktioner nærtstående imellem.³⁵ Da skyldneren og den begunstigede har et interessesammenfald, er der en formodning om, at den foretagne disposition ikke er sket på armslængde-vilkår.³⁶ § 2 er ikke udtømmende oplyst, hvis man betragter ordlyden i nr. 1 samt 4. § 2, nr. 4 kan betragtes som en opsamlingsregel, da bestemmelsen har en elastisk ordlyd ”*andre personer, selskaber eller organisationer, som har tilsvarende interessefællesskab som under nr. 2 eller 3 angivet*”.³⁷

Ligeledes har § 2, nr. 1 en tilsvarende elastisk ordlyd med ”*og andre personer, der har stået hinanden særlig nær*”.³⁸ Dette giver en meget bred beskyttelse for kreditorernes interesse.

Nærtstående har ligeledes væsentlig betydning i forhold til omstødellesreglerne, da flere af omstødellesbestemmelsernes frist er forlænget i op til 2 år før konkursen når det omhandler dispositioner mellem nærtstående. Det gælder blandt andet omstødelse af gaver, jf. KL § 64, stk. 2, hvor der ligeledes er en omvendt bevisbyrde, således det er den nærtstående der skal bevise, at skyldneren ikke var eller blev insolvent ved transaktionen.³⁹

I forhold til specialet, besværliggør det alt andet lige bevisbyrden for skyldners gennemførelse af en udenretlig rekonstruktion, at der oftest er interessesammenfald mellem rekonstruktionens parter.

³³ Betænkning nr. 606, 1971 s. 49

³⁴ Betænkning nr. 606, 1971 s. 49

³⁵ L. Lindenkrone Petersen & A. Ørgaard (2010) s. 95

³⁶ A. Ørgaard (2010) s. 101

³⁷ L. Lindenkrone Petersen & A. Ørgaard (2010) s. 94

³⁸ L. Lindenkrone Petersen & A. Ørgaard (2010) s. 94

³⁹ J. Paulsen (2010) s. 549

Dette vil blive behandlet nærmere i afsnit 6 under analyse af praksis, hvor det er et gennemgående element.

5.3 Konkurslovens § 64 – gavebegrebet

Omstødelse af Konkurslovens § 64 har stor relevans i forhold til specialets problemformulering. I den af specialets omhandlende situation er det § 64, der søges omstødt med hjemmel i ud fra den betragtning, at der har været handlet til for lav en pris, og derfor foreligger en delvis gave, som kan kræves omstødt.

Det har derfor betydning at redegøre for rammerne af § 64 og kravene til bevisbyrden, i forhold til at få omstødt en disposition ud fra denne gavebetragtning.

5.3.1 Begrebet gave

Definitionen af en gave hentes i den traditionelle formueret. Ved gave forstås en vederlagsfri formueoverførsel, der er begrundet i et udslag af gavmildhed.⁴⁰ En sådan disposition medfører endvidere en formueforskydning mellem gavegiver og gavemodtageren.

Det er dog omdiskuteret i teorien, hvorvidt denne formueretlige definition gennemføres fuldt ud i konkurslovens § 64. Kravet om en vederlagsfri formueoverførsel rejser ikke tvivl i forhold til konkurslovens § 64 om gavebegreb og det traditionelle formueretlige gavebegreb.⁴¹ Det er således også et krav i konkursretten, at den begunstigede får en formuefordel. Derimod er det mere tvivlsomt, om det skal have betydning for kreditorerne, at gaven er et udslag af gavmildhed eller ej. Der er i dele af den omfattende litteratur om gavebegrebet medtaget andre motiver, som kan opfylde det konkursretlige gavebegreb. Her er navnlig kreditorunddragelse et tema, hvilket ligger i god tråd med de grundlæggende principper i konkursloven.⁴² At skyldneren skulle give en gave ud fra et motiv om kreditorunddragelse eller gavmildhed vil have samme negative konsekvenser for kreditorerne. Der sker en kreditorforringende disposition, uagtet om det er udslag af gavmildhed eller motiveret af kreditorunddragelse.

Der er således en vis enighed om, at gavebegrebet i KL § 64 er mere objektivt end formuerettens.⁴³ Dette skal blandt andet ses i lyset af, at gavebegrebet ikke nødvendigvis er eksakt i de forskellige retsområder. Gavebegrebet skal således være fleksibelt og rummeligt i forhold til de forskellige

⁴⁰ B. Gomard, H. Pedersen & A. Ørgaard s. 55 & J. Paulsen s. 545 & A. Ørgaard s. 98

⁴¹ L. Lindenchrone Petersen & A. Ørgaard s. 548

⁴² L. Lindenchrone Petersen & A. Ørgaard s. 548

⁴³ L. Lindenchrone Petersen & A. Ørgaard s. 548 & A. Ørgaard s. 99

gavemiljøer. En person, som er insolvens, drives af anden motivation end en solvent person. Det er hensynet hertil der gør, at gavebegrebet formodentlig må betragtes som værende mere objektivt end gavebegrebet i formureten.⁴⁴ Ovenstående betragtninger er funderet i U2007.2772H:

Dommen omhandler en forpagtningskontrakt om en restaurant, der indeholdt en bestemmelse om forkøbsret. Forpagteren kunne herefter købe det forpagtede for 200.000 kr. Forpagteren, G, overdrog køberetten til P, som G var direktør og dominerende i. Kort efter blev forpagtningskontrakten overdraget til et nyt selskab, D, mod betaling af 200.000 kr. til E. G havde ikke ejerinteresser i D, men G havde stadig den daglige drift. Herefter blev den overdraget til en uafhængig tredjemand, H, som fik en forkøbsret, hvor prisen var 3,1 mio. kr.

P gik efterfølgende konkurs, hvorefter konkursboet gjorde gældende, at D skulle fralægge sig berigelsen på cirka 2,8 mio. kr. Højesteret fandt ud fra det korte tidsforløb samt omsætningen i restauranten, at P havde givet en gave til D, som kunne kræves omstødt.

D skulle derfor fralægge sig berigelsen, som D havde opnået ved at sælge restauranten videre til H for et væsentligt større beløb.

I kendelsen er gavmildhedskriteriet svagt, da det snarere er et hensyn til G selv der gør, at rettighe-den bliver overdraget adskillige gange. Dommen viser, at selvom gavmildhedskriteriet er udgangspunktet for omstødelse efter KL § 64, så er kravene i konkursretten lempet i forhold til det gængse gavebegreb, jf. ovenstående dom samt U2009.1796H.⁴⁵

Sagen omhandlede en gartneriejer, som anlagde sag mod en producent og forhandler med en påstand om erstatning på 2,7 mio. kr. Tabet blev opgjort til 1,3 mio. kr., hvor sagsøgte tilbød 650.000 kr. Gartneriejeren overdrog erstatningskravet til sin ægtefælles og sine to sønners nystiftede selskab uden vederlag.

Til erstatningskravet hørte en økonomisk forpligtelse på 100.000 kr. samt en forpligtelse til selv at afgive et bud på 800.000 kr. på ejendommen tilhørende gartneriet under en potentiel tvangsauktion. Gartneriejeren blev efterfølgende taget under konkursbehandling.

Landsretten fandt, hvilket Højesteret tiltrådte, at det overdragne erstatningskrav havde en væsentlig økonomisk værdi og forpligtelserne ikke havde et sådant omfang, at det kunne begrunde, at det blev

⁴⁴ A. Ørgaard s. 99

⁴⁵ J. Paulsen s. 550

overdraget uden vederlag. Der var således tale om en gave mellem nærtstående, som indebar en formueforskydning, hvorfor der kunne omstødes efter KL § 64. Selskabet blev dømt til at erstatte konkursboets tab, som blev opgjort til 1,4 mio. kr.

I konkursretten kigges der således snarere på, hvorvidt det objektivt kan konstateres at der foreligger en gave i form af misforhold mellem ydelserne og knap så meget på skyldners bagvedliggende motiver til at give gaven. Den gennemgående argumentation fra domstolene i disse sager er, at blot det konstateres at der foreligger en gave som giver en formueforskydning, så kan der omstødes til trods for, at det ikke udtrykkeligt kan påvises 100 %, at dispositionen var begrundet i gavmildhed. Det er således snarere en objektiv konstatering af, hvorvidt der er difference mellem ydelser der afgør, om der er givet en gave frem for det subjektive kriterie, gavmildhed.

Det ville da også være i strid med det grundlæggende konkursretlige hensyn til kreditorerne, hvis en gavegiver kunne være drevet af motivet kreditorunddragelse og derved undgå en omstødelse. Omstødelse af en sådan disposition må kunne forsvares under § 64, hvilket også hjælper boet i forhold til bevisbyrden. Alternativet ville være omstødelse efter KL § 74, hvis betingelserne er opfyldt, men her er problematikken, at det er en subjektiv omstødelsesregel, hvorfor boet alt andet lige ville have sværere ved at omstøde end efter KL § 64. Hvis betingelserne ikke er til stede i forhold til omstødelse efter § 74, ville det være stødende og retskrænkende ikke at kunne omstøde en disposition der er drevet af skyldnerens motiv til at unddrage kreditorerne.

Kriteriet om vederlagsfri overførsel omfatter både aktiver, der gives helt eller delvist. Oftest vil en gave i konkursretten være kamufleret i en gensidig aftale, hvor aktivets værdiansættelse indirekte indikerer, at der er givet en gave, fordi værdiansættelsen er for lav i forhold til aktivets reelle pris.⁴⁶ Dette er essensen i forhold til specialets problemformulering – værdiansættelsen af aktivet og bevist for, at der er sket en korrekt værdiansættelse. Gavegivere kan således ikke komme udenom gavebegrebet ved at skjule en gave i en gensidig bebyrdende aftale, hvor der ikke betales for aktivets reelle værdi. Dette udtrykker udvalget af *betænkning nr. 606* også – det faktum, at en disposition indeholder en større eller mindre gave, har ingen betydning for domstolens brug af Konkurslovens § 64, da domstolene vil anvende denne uagtet størrelsen på gaven.⁴⁷ Dette skal samtidig adskilles fra, at skyldneren ”bare” har gjort en dårlig handel ved fx at købe for dyrt og sælge for billigt. Det faktum, at skyldneren har gjort en dårlig handel, er ikke ensbetydende med, at der foreligger en delvis

⁴⁶ J. Paulsen s. 545 & A. Ørgaard s. 101

⁴⁷ Betænkning nr. 606, 1971 s. 144

gave, da nogle af de ovenstående motiver oftest vil mangle i disse situationer.⁴⁸ Dette vil for det meste være gavmildhedskriteriet, som mangler i disse situationer. Der skal således sondres mellem reelle forretningsdispositioner og dispositioner, hvor gavmildhedskriteriet eller kreditorunddragelse præger dispositionen.

Situationen, hvor værdiansættelsen er for lav, er netop en af specialets problemstillinger. Oftest foretager skyldneren en horisontal virksomhedsoverdragelse, hvor konkursboet rejser tvivl om værdiansættelsen og procederer på, at der foreligger en delvis gave.

Konkurslovens § 64 og forarbejderne hertil vanskeliggør det for skyldneren at foretage en udenretlig rekonstruktion til nærtstående, da forarbejderne hertil konkluderer, at der er en formodning om en gave, når der overdrages mellem nærtstående. Forarbejderne, *Betænkning nr.606 1971*, kommenterer, som nævnt i fodnote 44, at en disposition til nærtstående, som fremstår forretningsmæssig begrundet, rejser formodningen for begunstigelse, da der her foreligger et andet gavemiljø, som vil komme skyldnerens kreditorer til skade.

5.3.3 Bestemmelsens relation til specialet

Ovenstående skal ses i sammenhæng med problemstillingen som specialets problemformulering skitserer. Det er en vanskelig situation, hvor skyldneren har svært ved at føre bevis for, at der er handlet på armslængde vilkår.

Kriterierne for KL § 64 samt at der oftest er tale om nærtstående, vanskeliggøre alt andet lige skyldners mulighed for at foretage en legitim horisontal virksomhedsoverdragelse, da et eventuelt misforhold mellem ydelserne, som udgangspunkt vil anses som værende et udslag af gavmildhed og at der således forelægger en gave.⁴⁹ Til trods for at gavmildhedskriteriet ikke har samme altgørende betydning i konkursretten, henses der stadig til, om der skulle forelægge gavmildhed eller ej. Det er dog ikke et kriterie der har vist sig at fylde meget i retspraksis vedrørende ovenstående situation, hvilket kunne tale for, at gavmildhedskriteriet vægter minimalt eller ingenting indenfor konkursrettens gavebegreb.

⁴⁸ A. Ørgaard s. 101

⁴⁹ A. Ørgaard s. 101 & J. Paulsen s. 549

6. Analyse af retspraksis

Dette afsnit tager sit udgangspunkt i domme vedrørende ovennævnte situation. Afsnittet sigter således på at analysere domme for at kunne besvare specialets problemformulering og opstille nogle rammer for, hvordan og hvorledes en horisontal virksomhedsoverdragelse kan gennemføres uden at blive mødt med et omstødelses- eller erstatningskrav for ledelsen.

Afsnittet skal ses i forlængelse af de forudgående afsnit, som omhandlede de grundlæggende mekanismer der ligger til grund for, at en situation som denne kan opstå. Ligeledes redegør afsnittene for, hvad det retlige grundlag er og sammenspillet mellem kreditorernes og skyldners modsatrettede interesser.

Er det muligt at opstille objektive rammer for, hvornår skyldner handler på armslængde-vilkår og hvad er grænsen for dette princip?

Afsnittet er bygget op omkring en række domme der har været afsagt gennem tiden for til sidst, at behandle den omfattende U2015.2219H, som er en af de nyeste domme på området.

6.1 U2005.2235H

Referat

Dommen omhandler A, B og C, som i fællesskab drev og ejede selskabet S. S drev autoforhandler-virksomhed. A, B og C udgjorde bestyrelsen i selskabet, samtidig med at A og C sad i direktionen. D. 19. juni, 1997, forsøgte Told og Skat at foretage udlæg hos S for cirka 3 millioner kroner, som skyldtes for manglende registreringsafgifter. På mødet mødte A og C, som oplyste, at S intet ejede af udlægsegne aktiver, da fx varelageret var pantsat til banken, ejendommen var belånt osv.

D. 13. juli 1997 blev samtlige aktiviteter i S overdraget til et nyt selskab ved navn ApS KBUS 8 nr. 4530. Salget omfattede virksomhedens samlede aktiver, hvor hovedparten var behæftet, men kun i begrænset omfang passiverne i virksomheden, således at nogle af passiverne forblev i S. Aktiverne var i stor udstrækning blevet vurderet af uafhængige vurderingsmænd, hvilken vurdering lå til grund for overdragelsen.

Overdragelsesaftalen kom i stand med hjælp fra advokat Karsten Kielland, som ligeledes var sagsøgt samt revisor Gert Olsen. Karsten Kielland skrev den 11. juli, 1997, til A, B og C, at han frarå-

dede den valgte fremgangsmåde med virksomhedsoverdragelse inden en eventuel betalingsstandsning, hvilket A, B og C ønskede. I denne skrivelse gjorde han endvidere de sagsøgte opmærksomme på risikoen ved overdragelsen. De efterladte kreditorer ville muligvis under en konkurs forsøge at gøre gældende, at virksomheden ikke er overdraget til de reelle markedsværdier, da det eneste aktiv i S var den konstante betaling på 34.805,00 kr. som de sagsøgte betalte for virksomheden, da de ligeledes overtog en del passiver.

Problematikken som Karsten Kielland skitsere er specialets problemstilling. Ved denne udenretlig rekonstruktion inden betalingsstandsning, vil kreditorerne ikke blive inddraget, hvorfor der er en risiko for, at kreditorerne ville forsøge at gøre gældende at prisen på virksomheden ikke er sket på markedsvilkår eller at der er sket en forrykkende disposition. Dette lykkedes netop i nærværende sag.

Den 8. august 1997 blev der afsagt konkursdekret over Bagsværd Autohus ApS på baggrund af det skyldige beløb til Skat. Der blev herefter anlagt sag mod A, B, C og Karsten Kiellund for ledelsesansvar.

Analyse

Under partsafhøringerne kom det frem, at alle involverede parter vidste at nogle af S's kreditorer ikke ville blive fyldestgjort ved denne model. Ligeledes fortalte parterne, at der ikke var tid til at foretage *"en egentlig vurdering af biler og reservedele, men Nissan havde i henhold til forhandlerkontrakten i tilfælde af konkurs en tilbagekøbspligt til 40 % af værdien, hvorfor reservedelslageret blev afskrevet med 60 %"*.⁵⁰ Heri lægger udfordringen ved at skulle foretage virksomhedsoverdragelser af nødlidende virksomheder. Der vil oftest ikke være tid til at indhente værdiansættelser for samtlige aktiver. Til trods for dette, udtalte revisor Gert Olsen, at risikoen var lille i forhold til et efterfølgende krav, da der forelå værdiansættelser for de fleste aktiver og overdragelsen var sket til reelle handelsværdier. Landsretten og Højesteret lægger ikke synderligt vægt på præmissen om, at der ikke er "tid" til at foretage egentlige vurderinger af biler og reservedele. Det er ikke i hensyn til eventuelle kreditorer, at de sagsøgte ikke indhenter vurderinger til samtlige aktiver, men snarere et hensyn til dem selv og hensynet til, at den udenretlige rekonstruktion skulle ske før, at SKAT tog teten og begærede konkurs. De sagsøgte handlede således kun i deres egen interesse i forhold til at

⁵⁰ U2005.2235H – s. 4

kunne styre håndteringen af virksomhedsoverdragelsen i stedet for, at de blev parkeret på sidelinjen ved en eventuel konkurs.

Parterne fortalte ligeledes, at der blev drøftet betalingsstandsning, men ”*Nissan ville ikke have støj i virksomheden og tilkendegav at ville overveje en inddragelse af forhandlerretten i tilfælde af betalingsstandsning*”.⁵¹ Denne forhandlerrettighed var afgørende for rekonstruktionen, hvorfor betalingsstandsningen ikke længere ansås som en mulighed for parterne. Virksomheden ville få fjernet sit eksistensgrundlag, hvis de mistede forhandlerrettigheden.

Dette er, hvad parterne uafhængigt af hinanden fortalte til retten. Deres yderligere forklaringer handler hovedsageligt om at ”redde” deres eget skind i forhold til det indbyrdes ansvar. Her tænkes især på A, B og C’s ansvar overfor advokaten Karsten Kiellund.

Sagsøgeren gjorde gældende, at A, B og C i deres funktion som medlemmer af bestyrelse og direktion i S, havde handlet ansvarspådragende ved virksomhedsoverdragelsen, idet ”*de indså eller burde have indset, at overdragelsesaftalen på grund af den måde, hvorpå købesummen skulle berigtiges, ville medføre en skævdeling imellem selskabets kreditorer og dermed et tab for de kreditorer, som blev efterladt i selskabet uden udsigt til dækning*”.⁵² Heri lægger de konkursretlige principper, som sigter på at forhindre forrykkende dispositioner. De sagsøgte burde have indset, at S var insolvens på overdragelsestidspunktet og det faktum, at virksomheden blev overdraget, ville medføre en betydelig ringere retsstilling og et økonomisk tab for de efterladte kreditorer.

Advokat Karsten Kiellund var rådgiver for selskabet, hvorfor han var ansvarlig i forhold til de efterladte kreditorer ved at bistå med udarbejdelsen af overdragelsesaftalen.

Til støtte for påstanden om et ledelsesansvar, gjorde sagsøgeren navnlig gældende, at der ved fogedretsmødet d. 19. juni, 1997 blev oplyst, at S intet ejede, som kunne tjene til sikkerhed for gælden, hvilket var inden overdragelsesaftalen. Ligeledes havde S realiseret et underskud på ca. 4 mio. kr. for perioden 1. juni 1996-31. maj 1997 samt havde en negativ egenkapital på ca. 3,7 mio. kr.

Sagsøgeren forsøgte således at tegne et billede af, at S var insolvens på overdragelsestidspunktet og at overdragelsesaftalen medførte, at S overdrog samtlige aktiver uden at værdien blev ligeligt fordelt mellem S’s kreditorer. De efterladte kreditorer i S, var nødsaget til at søge fyldestgørelse i den konstante købesum på knap 35.000,00 kr. De sagsøgte havde herved ”*gjort sig skyldig i et pligtstri-*

⁵¹ U2005.2235H – s. 6

⁵² U2005.2235H – s. 8

*digt forhold over for de tilbageværende kreditorer, hvorfor de sagsøgte 1-3 (A, B og C) som selskabets ledelse er erstatningspligtige for det tab, som de tilbageværende kreditorer er blevet påført herved.*⁵³

De sagsøgtes bærende argument var, at der ikke længere var tale om going concern, da regnskaberne i selskabet var stærkt nedadgående, således at regnskabet for 1996/1997 viste en underbalance på ca. 4 mio. kr. og at egenkapitalen var brugt. Det skulle ses i forhold til 1995/1996, hvor der var en bruttofortjeneste på ca. 4,5 mio. kr. og et overskud på 62.264 kr. S samlede aktiver udgjorde knap 19 mio. kr. og havde en egenkapital på 190.269 kr. Det eneste alternativ til overdragelsen var således konkurs, hvor de gjorde gældende, at værdierne ville være faldet endnu mere. De mente her, at aktiverne kun havde en tvangssalgsværdi. De støttede sig således op af et argument om, at de havde begrænset et tab, som ville have været større for de efterladte kreditorer i tilfælde af det hypotetiske forløb om, at den eneste anden vej var konkurs.

Landsrettens indledte sine bemærkninger med at finde det godtgjort at S var insolvens på overdragelsestidspunktet d. 13. juli, 1997. Dels på grund af regnskabsrapporten fra 1996/1997, men også den forgæves udlægsforretning. De lå endvidere til grund, at disse forhold alle var kendte for de involverede parter, således at den betydelige gæld til SKAT samt det forhold, at alle kreditorerne ikke ville blive fyldestgjort ved rekonstruktionen pegede på, at S var insolvens. De sagsøgte måtte herved have haft kendskab til insolvensen.

Af ovenstående grund, måtte de sagsøgte have indset, at der var en nærliggende risiko for det tab som en del af S's kreditorer lider.

De sagsøgte måtte derfor anses for at have handlet retsstridigt og ansvarspådragende overfor de efterladte kreditorer.

Landsretten afsluttede med at lægge værdiansættelserne i overdragelsesaftalen til grund for tabsopgørelsen, da det ikke fandtes godtgjort at værdiansættelsen skulle foretages på andet grundlag. Ligeledes bemærkede Landsretten ”at en konkurs ikke kan anses at have været det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen”.⁵⁴

⁵³ U2005.2235H – s. 8

⁵⁴ U2005.2235H – s. 10

Afgørelsen blev anket til Højesteret, hvor der under supplerende sagsfremstilling blandt andet blev foretaget syn og skøn ved en revisor. Vedkommende udarbejdede en balance, hvor det bl.a. fremgik af opgørelsen, at nogle af aktiverne ville have været værdiløse i tilfælde af konkurs.

Højesteret bemærkede, at det ansvarspådragende forhold bestod i, at virksomhedsoverdragelsen indebar en tilsidesættelse af det konkursretlige lighedingsprincip samt, at de sagsøgte ikke havde godtgjort, at konkurs var eneste alternativ.

Højesteret konkluderede derfor, at værdiansættelsen af aktiverne *”der skal foretages til brug for tabsopgørelsen, må ske med udgangspunkt i de faktisk trufne dispositioner og ikke ud fra, hvilken værdi aktiverne må antages at ville have haft i tilfælde af konkurs”*.⁵⁵ Dette er et afgørende argument i hele problemstillingen. I samtlige sager der vedrører ovenstående situation, ser man en argumentation, som forsøger at tegne et billede af, at hvis der ikke skete en virksomhedsoverdragelse, så ville virksomheden gå konkurs og aktiverne ville være betydelig mindre værd. De involverede parter i en udenretlig rekonstruktion ser virksomhedsoverdragelsen som den eneste mulige udvej i stedet for konkurs. Argumentet finder ikke opbakning ved de danske domstole der konsekvent følger ovenstående princip.

Dette faktum, bekræftede syn og skønserklæringen også i nærværende sag, men dette tema blev ikke behandlet videre, fordi de sagsøgte allerede ved deres disposition havde handlet ansvarspådragende overfor de efterladte kreditorer i S. Det var denne skævvridning der var omdrejningspunktet for erstatningssøgsmålet og ikke værdiansættelsen, hvilket også kan begrunde, hvorfor købspriisen ikke er blevet tildelt mere opmærksomhed.

Højesteret tiltrådte Landsrettens bemærkninger vedrørende værdiansættelsen af aktiverne i overdragelsesbalancen. Et væsentligt moment i denne vurdering kan være det faktum, at værdiansættelsen af aktiverne er foretaget af uafhængige tredjemænd. Der har således ikke været en interessekonflikt, som der var mellem sælger og køber af virksomheden. Dette er også en gennemgående problemstilling i retspraksis. Som det vil ses i den øvrige retspraksis, er retten væsentlig mere tilbøjelig til at følge en påstand om, at værdiansættelsen er for lav, hvis værdiansættelsen ikke er udarbejdet af en uafhængig tredjemand. Dette lægger også helt i tråd med det konkursretlige princip om nærtstående.

Det er interessant, at hverken Landsretten eller Højesteret har andre bemærkninger til deres stillingtagen til sagsøgtes argument om, at konkurs var eneste udvej. De nævner blot *”Det bemærkes her-*

55

ved, at en konkurs ikke kan anses at have været det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelse”⁵⁶ samt Højesterets bemærkning ”det er ikke med den fornødne sikkerhed godtgjort, at konkurs var eneste alternativ til den skete overdragelse”.⁵⁷ Formuleringen ”ikke med den fornødne sikkerhed” bunder formentlig i de sagsøgte procedure, hvor de sidestiller konkurs med tvangssalgsværdier. Det kunne således tyde på, at præmissen ikke er, hvorvidt alternativet er konkurs, men snarere hvilket værdier boet kunne have solgt for. I forhold til sagens faktum tyder det på, at der er en meget tung bevisbyrde for at kunne dokumentere, at en horisontal virksomhedsoverdragelse er nødvendig for at begrænse et ellers endnu større tab ved konkurs. Et synspunkt, som også partnerne Morten Plantholm og Jesper Saugmandsgaard ved Advokatfirmaet Poul Schmidt fremhæver i deres artikel ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben?”. De nævner blandt andet to forhold der gør sig gældende i forhold til at kunne løfte denne bevisbyrde. Det ene er, at selskabet er trådt i rekonstruktion samt hvis ledelsen har søgt at konkurrenceudsætte virksomheden til flere potentielle købere. Disse to forhold er interessante, da ledelsen oftest ikke har foretaget disse, hvorfor ledelsen allerede her vil have svært ved at finde opbakning til deres præmis om, at konkurs var eneste alternativ.

I nærværende sag udtalte revisor Gert Olsen blandt andet, at han anså konkurs for eneste alternativ. Dette faktum, synes Landsretten og Højesteret ikke at have tillagt vægt i denne vurdering. Denne vinkel på problemstillingen kan dog også være forkert, hvis man opererer ud fra et udgangspunkt om, at det ikke er centralt om virksomheden går konkurs, men snarere hvilken værdi boet kunne sælge aktiverne for.

Konklusion

Indledningsvis skal det siges, at denne dom ikke handler præcist om specialets problemformulering, som sigter på situationen, hvor der rejses et krav på baggrund af en for lav købspris og at der således forelægger en gave. Nærværende dom retter sig derimod mod den forrykkende disposition, som de sagsøgte foretager og erstatningsansvaret forbundet hermed. Den kan således næppe overføres direkte til en omstødelsessag, men den er taget med dels på grund af, at Højesteret begrundet afgørelsen med, at værdiansættelsen skal ske med udgangspunkt i de faktisk truffede dispositioner og ikke ud fra en eventuel konkurs samt at linjen formodentlig er ført videre i U2011.963H, som ligeledes vil blive behandlet.

⁵⁶ U2005.2235H – s. 10

⁵⁷ U2005.2235H – s. 11

Det væsentligste i dommen i forhold til specialets problemformulering er Højesterets bemærkning ”at den værdiansættelse af aktiverne, der skal foretages til brug for tabsopgørelsen, må ske med udgangspunkt i de faktisk trufne dispositioner og ikke ud fra, hvilken værdi aktiverne må antages at ville have haft i tilfælde af konkurs”.⁵⁸ Dommen giver således en rettesnor i forhold til sagsøgtes argumentation om, at eneste alternativ var konkurs. Til trods for sagsøgtes procedure, tager Højesteret udgangspunkt i det faktiske. Når der foretages en virksomhedsoverdragelse, er udgangspunktet going concern værdier. Dette er et væsentligt element i forhold til at skitsere eventuelle retningslinjer for horisontale virksomhedsoverdragelse i den af specialets nævnte situation.

Det kan ligeledes udledes af dommen, at det faktum, at vurderingerne er udarbejdet af uafhængige tredjemænd har haft en indflydelse i forhold til ikke at så tvivl om værdiansættelsen af virksomheden. Det er dog med det forbehold, at værdiansættelsen ikke var det primære fokus i nærværende sag, men snarere hvilke konsekvenser de sagsøgtes disposition havde. Det ændrer dog ikke på det faktum, at Landsretten og Højesteret nævner, at de ikke finder anledning til at anfægte værdiansættelsen uden nærmere begrundelse. Baggrunden for dette kan blandt andet være ovenstående betragtninger.

6.2 U2011.963H

Dommen omhandler en række problemstillinger, herunder salg af produktionsaktiver mellem nærtstående til realisationsværdier. De øvrige problemstillinger, som dommen omhandler, vil ikke blive behandlet, da de ikke har relevans i forhold til specialets problemstilling. Dommen er en 3-instans dom, hvor Byretten frikendte de sagsøgte i forhold til produktionsaktiverne. Der inddrages kun i begrænset omfang indhold fra Byrettens kendelse ud fra en betragtning om Byrettens præjudikatværdi i forhold til Landsretten og Højesteret, som var enige om udfaldet.

Referat:

L stiftede i 2000 selskabet A, hvori L fungerede som direktør og bestyrelsesmedlem. L stiftede yderligere et selskab (B) i 2003, hvor L også fungerede som direktør og bestyrelsesmedlem. A gik konkurs d. 26. august, 2004 på baggrund af en konkursbegæring indleveret af en af A's væsentlige kreditorer. A's konkursbo rettede et krav mod B og L på baggrund af, at der var blevet overdraget produktionsaktiver fra A til B i maj og juli 2004. Produktionsaktiverne var blevet overdraget til

⁵⁸ U2005.2235H – s. 11

237.500 kr. + moms, hvilket var samme pris som Netto Maskiner A/S havde afgivet af tilbud. Netto Maskiner A/S levede af at opkøbe og sælge sådanne aktiver videre.

Efterfølgende blev der udarbejdet en såkaldt *sales and lease back* aftale, således at de købte produktionsaktiver blev leaset tilbage til A fra B til 4.750,00 kr. pr. måned i leasingsperioden, som løb over 60 måneder.

Efter A's konkurs blev aktiverne vurderet af Ole Gunder, som fungerede som vurderingsmand. Han vurderede aktiverne ud fra 3 forskellige principper – Going concern, målrettet salg og tvangsrealisation. Ole Gunder opgjorde værdien af aktiver til hhv. 426.200, 232.675 og 140.675 kr. i tvangsrealisationsværdi. Der blev også afholdt syn og skøn under sagen, hvor der blev anvendt samme principper. Syn og skønsmanden opgjorde tilsvarende 442.850, 290.00 samt 138.600 kr., så der var rimelig enighed mellem de to.

Salget blev foretaget under en voldgiftssag, som A havde kørende mod en af selskabet største kreditorer, og hvor udfaldet ville have vidtgående konsekvenser i forhold til A's økonomi.

Analyse

Under partsforklaringer fra L samt A's revisor, var der enighed om, at formålet med salget af produktionsaktiver var at skaffe kapital og likviditet i A. Ligeledes forklarede de, at de anså selskabet for at være solvent nok til at kunne stå imod den hårde tid der havde været og var forventet ville komme. L forklarede ligeledes, at der ikke var tid til at forsøge at finde alternative muligheder i forhold til forskellige leasingselskaber, hvorfor salget skete til B. Igen et gennemgående træk i den relevante retspraksis, og som er nævnt i indledningen. Det er oftest under stort tidspres, når man handler med nødlidende virksomheder. Det er iøjnefaldende, at sagsøgte eneste mulighed for at føre bevis for sin uskyld, er dels ved parts- og vidneforklaringer og i denne sag ved et tilbud fremsat af tredjemand. Et sådan tilbud burde være med til at kunne dokumentere, at sagsøgte har handlet på armslængde-vilkår og overdraget til den konkrete pris. Dette viste sig ikke at være nok i den konkrete sag. Uden at Landsretten og Højesteret har fremkommet med bemærkninger hertil, kunne det tænkes, at det er haft betydning, hvad Netto Maskiner A/S var beskæftiget med. De opkøbte og solgte maskiner videre, hvilket kunne tænkes at have haft en indflydelse i forhold til deres bud til trods for, at det nogenlunde matchede værdiansættelsen af handelsværdien fra Ole Gunder samt syn- og skønsmanden. Det er selvfølgelig ikke tilstrækkelig med handelsværdien, hvis det antages

at U2005.2235H har skabt præcedens om, at der skal handles til going-concern, hvis de sagsøgte ikke kan løfte bevisbyrden for, at konkurs var eneste alternativ.

Sagsøgers procedure lægger helt i tråd med den argumentation, som møder de sagsøgte i sådanne situationer ved følgende *"Overdragelsen er sket mellem nærtstående og interesseforbundne parter og er omstødelig efter konkurslovens § 64. Overdragelsen skete til realisationsværdi, selvom overdragelsen skete med fortsat drift for øje"*.⁵⁹ Ydermere argumenterede sagsøger, at A måtte betragtes som going concern, da aktiverne blev leaset tilbage til selskabet sammenholdt med, at A oprettede deres produktion. Aktiverne var ikke værdisat taget det i betragtning. Ligeledes fandt de ikke, at sagsøgte havde godtgjort at konkurs var eneste alternativ.

Et vigtigt argument i sagsøgers procedure var, at det forhold at det skete mellem nærtstående var en skærpende omstændighed.

Sagsøgers procedure kørte således på alle de momenter der taler imod en horisontal virksomheds-overdragelse mellem nærtstående.

Sagsøgte argumenterede primært for, at der til en vis grad måtte indrømmes et vist spillerum for værdiansættelsen af aktiver generelt. Ligeledes var dispositionen begrundet med, at der skulle skaffes likviditet i A, således A kunne køre videre, hvilket var tanken. En væsentlig udfordring var her, at L ikke kunne opnå en akkordordning med den største kreditor i A, hvorfor eneste alternativ var en konkurs ifølge sagsøgte. Dette havde den konsekvens, at aktiverne således ikke skulle overdrages som going concern. En argumentation, som de sagsøgte i U2005.2235H brugte. Sagsøgte mente således ikke, at der var det misforhold mellem købesummen af aktiverne og værdiansættelsen, som boet forsøgte at tegne, hvorfor der ikke forelå en gave.

Som det ses i sagsøgtes procedure, har sagsøgte samme argumentationsmønster, som U2005.2235H. De forsøgte at løfte bevisbyrden for, at konkurs var eneste alternativ, hvilket kan være deres eneste mulighed for at "retfærdiggøre" deres valgte værdiansættelsesprincip. Billedet de vil tegne er således, at selvom dispositionen blev foretaget, så ville aktiverne bliver solgt til samme eller en mindre værdi ved en konkurs.

Landsretten indledte med at konkluderer, at A og B er nærtstående, jf. Konkurslovens § 2, nr. 3, hvori der allerede lægger en skærpelse af sagsøgtes bevisbyrden i forhold til at kunne dokumentere,

⁵⁹ U2011.963H – s. 3

at der ikke foreligger et misforhold mellem købesummen og værdien af aktiverne og derfor en gave i overdragelsen. Dette er også Landsrettens bemærkning *”Herefter, og da købesummen ikke svarer til den værdi, som er fastsat af skønsmanden som going concern, er der en formodning for, at der i overdragelsen ligger et gaveelement.”*⁶⁰ Landsrettens bemærkning ligger helt i tråd med litteraturen om nærtstående og gaver. En sådan bevisbyrde er svær at løfte for sagsøgte, hvilket Landsretten heller ikke fandt for sket ved L’s forklaring eller L’s øvrige bevisførelse.

Landsretten afsluttede med at konkluderer at der forelå en gave, jf. Konkurslovens § 64, da salgspri- sen af aktiverne lå væsentlig under skønsmandens vurdering, som Landsretten i øvrigt ikke fandt grundlag for at tilsidesætte.

Under den efterfølgende ankesag, tilføjede Højesteret yderligere, udover at tilslutte sig Landsrettens bemærkninger, at det faktum, at produktionen blev videreført gennem sales and lease back arrangement gør, at *”overdragelsen burde være sket til aktivernes værdi under forudsætning af going concern”*.⁶¹ Der lå således et gaveelement i overdragelsen, som kunne omstødes, jf. Konkurslovens § 64. L havde ligeledes handlet ansvarspådragende, da han *”måtte være klar over, at de ved samlet salg til fortsat produktion havde en højere værdi end den faktisk opnåede pris”*.⁶²

Det interessante ved denne afgørelse i forhold til U2005.2235H er, at rammerne for horisontale virksomhedsoverdragelser bibeholdes. Det er de samme argumentationsmønstre der bruges i forhold til sagsøgers og sagsøgtes procedure i deres respektive forsøg på at tegne et billede der taler til deres fordel. Det er yderligere interessant, at sagsøgte i nærværende sag, må formodes at handle i de bedste interesser i forhold til at A skulle overleve. Det ændrer dog ikke synderligt på den kendsger- ning, at domstolene tager udgangspunkt i den faktiske foretagne disposition og de forhold der gør sig gældende når dispositionen foretages. Domstolene giver således de sagsøgte en snævre adgang til at kunne dokumentere, at konkurs er eneste alternativ, hvorfor prisen på aktiverne skal beregnes som going concern.

Konklusion

Det er iøjnefaldende, at Byretten argumenterede deres frifindelse med *”Der er ikke grundlag for at antage, at der ved overdragelsen blev tilsigtet at opnå en fordel på kreditorernes bekostning. Efter*

⁶⁰ U2011.963H – s. 7

⁶¹ U2011.963H – s. 8

⁶² U2011.963H – s. 8

*de afgivne forklaringer må det tværtimod antages, at A har tilstræbt at opnå en pris, som ikke kunne give anledning til kritik”.*⁶³ Et forhold som Landsretten og Højesteret ikke finder anledning til at kommentere på. Ud fra deres bemærkninger tyder det på, at det er en benhård vurdering i forhold til salgsprisen og om der eventuelt er et misforhold mellem denne pris og en værdiansættelse.

Der er en række momenter der tæller i denne vurdering. For det første, er det en væsentlige skærpede omstændighed, at det er nærtstående, hvorfor der allerede er en formodning om gave her. Dernæst, hvad de købte aktiver skal bruges til og hvilken funktion sælger havde. Hvis sælgers virksomhed konstateres, at være going concern, så skal der sælges til going concern værdier og ikke ud fra en hypotetisk betragtning om, at konkurs var eneste alternativ. Bevisbyrden for at overbevise Domstolene om, at konkurs var eneste alternativ er tung, når den opstillede situation udspiller sig. Kan man overhovedet løfte en sådan bevisbyrde når der er tale om en udenretlig rekonstruktion?

Ligeledes synes det ikke at vægte særligt højt i Landsrettens og Højesterets bedømmelse, at prisen på aktiverne er det samme, som en tredjemand har tilbudt. De gør sig ikke dybere overvejelser omkring dette punkt, hvilket kunne have været interessant. Dette kunne tale for, at den betragtning, som Morten Planthin m.fl. anlægger i tidligere nævnte artikel, ikke har synderlig opbakning. Der tænkes her på det forhold, at sælgeren skaber konkurrence ved at udbyde virksomheden. Det er dog med det forbehold, at der ikke som sådan er en konkurrence blandt flere potentielle købere, men blot en, hvilket selvfølgelig taler imod det nævnte. Landsretten og Højesteret konstaterer blot, at der foreligger en overdragelse og salgsprisen afviger fra en syn- og skønsrapport, der dokumenterer en betydelig anden pris. Dette forhold sammenholdt med, at der ikke sælges til going concern værdi, synes at være nok til, at der kan omstødes efter konkurslovens § 64, når sælger og køber ligeledes er nærtstående.

De kører således videre med samme princip, som havde vægt i U2005.2235H. De tager udgangspunkt i det faktiske. Når der sker en virksomhedsoverdragelse, skal der, som altovervejende udgangspunkt, anvendes going concern værdi. Et synspunkt, som også Lasse Højlund Christensen fremfører i sin artikel ”U2015.2219 – *Og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelse*”. Et synspunkt, som indtil videre kan tilsluttes.⁶⁴

⁶³ U2011.963H – s. 5

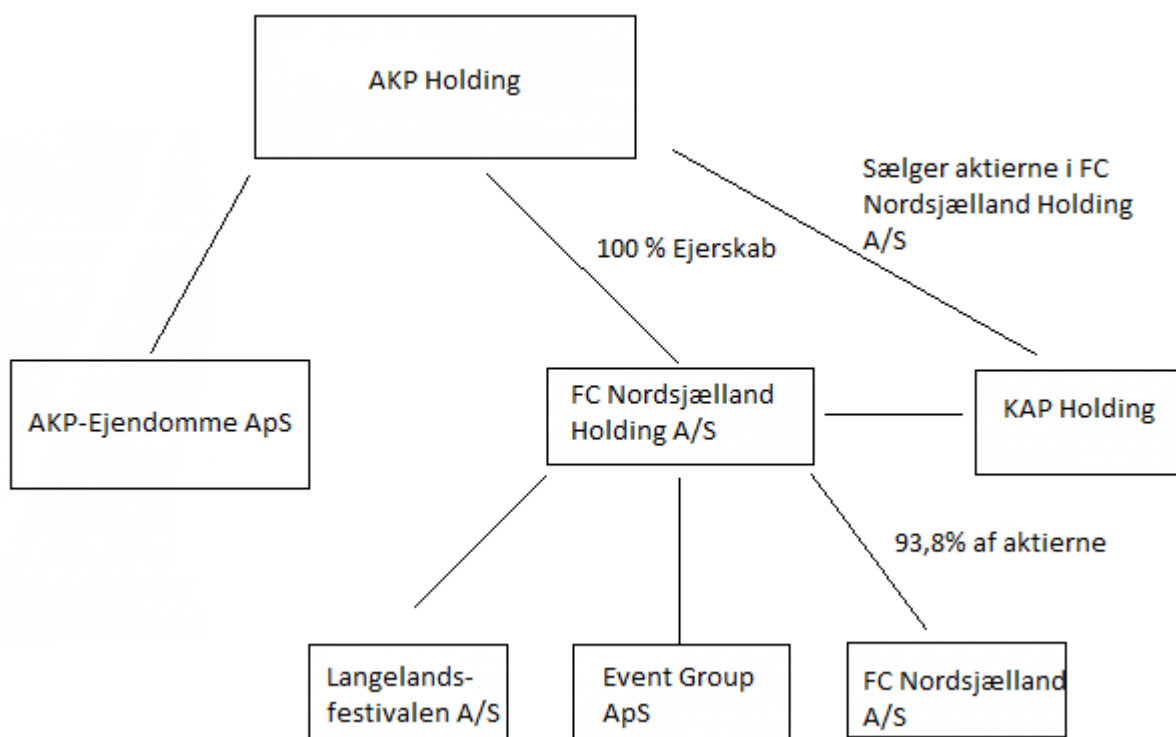
⁶⁴ J. Højlund Christensen s. 4

6.3 U2015.2219H

Denne ganske omfangsrige dom bygger videre på de synspunkter og betragtninger, som blev analyseret i U2005.2235H samt U2011.963H. Dommen omhandler, i modsætning til ovenstående, overdragelse af aktier og er således ikke en substansoverdragelse. Dette skal selvfølgelig tages med i overvejelserne om, hvorvidt dommens principper kan overføres til at gælde generelle horisontale virksomhedsoverdragelser uagtet om det er substans- eller aktieoverdragelser.

Den af specialets oplistede problemstilling, er i praksis mest vanskelig ved substansoverdragelse, men U2015.2219H, som omhandler aktieoverdragelse, berører en række principielle forhold der gør, at den er yderst relevant at se på i forhold til løsning af specialets problemformulering.

Som indledning til dommen, er der skitseret en koncernoversigt over Allan Kim Pedersens (Herefter AKP) koncern.



AKP Holding var moderselskabet til forskellige datterselskaber. Ovenstående diagram illustrerer hele koncernen opdelt i "underholdsbenet" og ejendomsdelen. AKP Holding ejede AKP-Ejendomme ApS der havde investeret kraftigt i ejendomme, aktier osv. AKP var en gennemgående person igennem hele koncernen assisteret af hans kone Bente Pedersen.

Som det kan ses af ovenstående diagram, så sælger AKP Holding aktierne i datterselskabet FC Nordsjælland Holding A/S (herefter FCN Holding) ud af koncernen til KAP Holding. Ved salget bliver der således indirekte frasolgt en række datterselskaber af FCN Holding, hvoriblandt FC Nordsjælland A/S (herefter FCN) befinder sig. De to resterende datterselskaber, Langelandsfestivalen A/S og Event Group ApS, kørte med underskud og blev holdt i live af FCN Holding.

Vi har således at gøre med en horisontal virksomhedsoverdragelse til nærtstående, hvor aktiver bliver flyttet ud af koncernen og det senere konkursbo, AKP Holdings, ejerskab.

Referat

AKP-koncernen:

AKP-koncernen bestod i 2008 af det senere konkursramte selskab, AKP-Holding, som havde en række datterselskaber, som vist i ovenstående diagram.

AKP Holding var ejet af AKP, som også sad i bestyrelsen sammen med Bente Pedersen og advokat Michael Vinther. Disse tre var sammen med KAP Holding sagsøgt af konkursboet for at have foretaget ovenstående transaktion.

AKP Holding havde i 2007 en egenkapital på 201 mio. kr., og en indtjening på 26,3 mio. kr. Selskabet havde i 2008 en trækingsret på ca. 18 mio. kr. hos Jyske bank og sammen med sine datterselskaber en saldo på cirka 353 mio. kr. til disposition. Selskabet havde ligeledes en trækingsret på ca. 10 mio. kr. hos Lokalbanken.

Selskabet havde gennem de forskellige datterselskaber investeret store beløb i ejendomme, aktier og valuta og krisen bankede på døren. Ifølge en balance, udarbejdet af revisor Jan Truedsson, selskabets revisor, var selskabet insolvent med en dividende på 18 % til de simple krav pr. 31. december 2008. Selskabet blev erklæret konkurs den 5. februar 2009, hvor AKP Ejendomme ApS anmeldte et krav på ca. 62 mio. kr. og Forstædernes Bank anmeldte et krav på ca. 194 mio. kr. efter fradrag af sikkerhedsstillelser.

Datterselskabet FC Nordsjælland Holding A/S og dens datterselskaber

Der kigges ikke meget på selve moderselskabet, FCN Holding, i forhold til selskabets datterselskaber, som er omdrejningspunktet i forhold til aktieoverdragelsen.

Bestyrelsen i FCN bestod af AKP, advokat Michael Vinther og Erik Berendt. Nedestående figur viser selskabets egenkapital og fortjeneste hhv. 2 år før og efter overdragelsen den 3. oktober, 2008.

	Egenkapital	Årets resultat
2006	6,5 mio. kr.	1,1 mio. kr.
2007	23,7 mio. kr.	18,5 mio. kr.
2008	20,4 mio. kr.	÷ 3,3 mio. kr.
2009	17,5 mio. kr.	÷ 2,9 mio. kr.
2010	13,0 mio. kr.	÷ 4,5 mio. kr.

Som det ses af ovenstående, så havde FCN underskud årene efter overdragelsen, hvilket er et element der bliver brugt til at påvise, at den af selskabets egen revisor udarbejdet værdiansættelse er korrekt.

FCN havde ligeledes en række søsterselskaber. Heriblandt var Langelandsfestivalen og Event Group ApS, som kørte med negativ egenkapital i alle årene og ligeledes havde negative årsresultater. Event Group ApS gik konkurs i 2010. I årsrapporten fra 2007-08 for Langelandsfestivalen var der anført i ledelsesberetningen, at den fornøden støtte fra moderselskabet FC Nordsjælland Holding A/S gjorde, at regnskabet blev aflagt med fortsat drift for øje.

Aktieoverdragelsen

Den 3. oktober, 2008, solgte AKP Holding, ved aktienota, samtlige af sine aktier i FCN Holding til KAP Holding for en købesum på 500.000,00 kr. Ifølge aktienotaen var selskabets købesum fastgjort på baggrund af selskabets finansielle stilling den 1. oktober 2008. Revisor Jan Truedsson udarbejdede købsprisen ud fra de oplysninger, som blev givet fra AKP. Jan Truedsson tog en række faktorer med i sin beregning, som det senere viste sig at skulle blive tvist omkring. Der var inddraget en udtalelse fra en fodboldøkonom fra Deloitte, som udtalte at transfermarkedet for spillere, ville blive ramt pga. den finansielle krise. Jan Truedsson satte derfor transferindtægterne tæt på 0 kr., hvilket selvfølgelig gjorde selskabet, som helhed, mindre værd. Der var ligeledes inddraget en verserende lejesag der kørte mellem FCN og Farum Kommune vedrørende tidligere leje af station, som potentielt kunne udløse krav på 6 mio. kr., hvorfor der også blev foretaget en reduktion af købesummen. Yderligere var der udarbejdet et gældsbeholdning med AKP Holding som kreditor og FCN Holding som

debitor, således deres mellemregnskonto blev udlignet. Gælds brevet var udarbejdet på gunstige vilkår i forhold til FCN Holding. Slutteligt var der en række støtteerklæringer afsagt af FCN Holding til Langelandsfestivalen A/S og Event Group ApS taget med i betragtning.

Med disse forhold taget med i beregningen, kom Jan Truedsson frem til en købspris på 500.000 kr. for aktierne i FCN Holding.

Konkursboet havde indhentet en indikativ værdiansættelse fra Ernst & Young til brug for deres vurdering af, om aktierne var overdraget til markedsprisen. Ernst & Youngs erklæring, dateret den 7. april 2009, var lavet ud fra en going concern- og stand-alone forudsætning af FCN. De kom med et værdiinterval for aktierne på 25-40 millioner kr. Herefter anlagde konkursboet sag mod AKP, Bente Pedersen, KAP Holding samt advokat Michael Vinther med påstand om betaling af ca. 35. mio. Kr.

Lejesagen

I aktienotaen var der refereret til en verserende lejesag, som var startet af Statsforvaltningen Hovedstaden. De agerede som tilsynsmyndighed for Furesø Kommune. Der var blevet rejst spørgsmål om, hvorvidt kommunen havde ydet konkurrenceforvridende støtte til FCN Holding ved at udleje Farum Park Idræts- og Kulturcenter på for gunstige vilkår.

Konkurrencestyrelsen indleverede sin indstilling til Konkurrencerådet om, at FCN Holding skulle tilbagebetale 4,7 mio. kr. tilbage i juni 2007. Det viste sig dog, at der ikke var lovhjemmel i konkurrenceloven til at kræve efterbetaling af leje, hvilket fremgik af Konkurrencerådets afgørelse af 22. juni 2011.

Ledelsen i FCN Holding havde taget stilling til denne eventualforpligtelse i årsrapporten fra 2007. Ledelsen havde her, konkluderet ”at der ikke er grundlag for at rejse dette krav, og at et eventuelt krav vil blive afvist ved den igangværende domstolsbehandling. En samlet vurdering af disse igangværende sager – hvori tillige indgår sager, hvor FC Nordsjælland A/S har rejst betydelige krav over for Furesø Kommune – fører til, at disse ikke skønnes at kunne medføre nogen forringelse af egenkapital i selskabet”.⁶⁵ Samme note var i årsrapporten 2008 og lignende var skrevet i årsrapporten fra 2009.

⁶⁵ U2015.2219H – s. 4

Støtteerklæringer

FC Nordsjælland Holding havde afgivet støtteerklæringer overfor Langelandsfestival A/S og Event Group ApS. Disse støtteerklæringer blev der tvist om, da sagsøgeren ikke mente, at de var juridisk bindende og derfor ikke skal tages med som et fradrag i købesummen.

Støtteerklæringen afgivet overfor Langelandsfestival A/S havde følgende ordlyd ”FC Nordsjælland Holding A/S cvr nr. 24 25 73 98 erklærer hermed at indestå for den fortsatte drift af selskabet Langelandsfestival 2006 herunder at dække fordringer mod selskabet. Aftalen er bindende 12 måneder frem i tiden til 31/12-08”.⁶⁶

Støtteerklæringen overfor Event Group ApS havde samme ordlyd, men der var heri, ledelsens beretning for årsrapporten 2007, også skrevet, at ”datterselskaber med negativ egenkapital og indtjening vil fornøden finansiell støtte blive opretholdt”.⁶⁷ Dette ændrede sig til følgende ordlyd for årsrapporten 2009 ”datterselskaber med negativ egenkapital er det hensigten at fornøden finansiell støtte bliver opretholdt”.⁶⁸ I årsrapporten fra 2010 var der ikke tilsvarende tilkendegivelser i forhold til støtteerklæringerne.

Et forhold, som sagsøgte ligger vægt på i deres procedure var, at FCN Holding ydede støtte til Langelandsfestivalen den 4. juli 2008 med 4 mio. kr., den 30. juli 2008 med 0,5 mio. kr., den 8. januar 2009 med 0,75 mio. kr. og den 30. november 2009 med 2 mio. kr. I alt 7,25 mio. kr. blev ydet som lån til datterselskabet. Event Group ApS fik et lån på 1,025 mio. kr. i støtte.

Syns- og skønserklæringen

I forbindelse med sagen, blev der afgivet syn og skønserklæring af statsautoriseret revisor Jesper Jørgensen. En ganske omfattende syn- og skønserklæring, hvorfor der kun vil blive fremhævet og refereret de væsentligste ting fra rapporten, som har en relevans i forhold til specialets besvarelse og en generel præjudikatværdi.

Skønsrapporten omfattede en hel del fakta om, hvordan den finansielle krise havde indflydelse på fodboldøkonomien og driften af en fodboldklub. Det væsentligste var her, at fodboldklubber som

⁶⁶ U2015.2219H – s. 5

⁶⁷ U2015.2219H – s. 5

⁶⁸ U2015.2219H – s. 5

udgangspunkt ikke drives med overskud for øje, men at virksomhedens succes måles på sportslige resultater.

Skønsmanden skulle værdiansætte FCN pr. transaktionsdagen d. 3. oktober, 2008 samt pr. 31. december, 2011. Skønsmanden betragtede FCN's markedsværdi ud fra en going concern antagelse og på en stand-alone-basis – præcist som Ernst & Young gjorde. I denne vurdering lå skønsmanden nogle forudsætninger til grund, som fx at FCN fremadrettet gennemsnitlig opnåede en midterplacering i Superligaen osv., for at kunne værdiansætte virksomheden. Skønsmanden nævnede bl.a. også, at det faktum, at FCN og deres revisor ikke havde foretaget en hensættelse i forbindelse med lejesagen, var et udtryk for ”at de vurderer sandsynligheden til at være under 50 %”.⁶⁹ Til gengæld forudsatte skønsmanden, at en eventuel uafhængig køber ville kræve reduktion af købsprisen for denne potentielle risiko.

Skønsmanden værdiansatte FCN Holdings aktiepost på 93,8 % til 10,3 mio. kr. pr. 3. oktober, 2008. En væsentlig anden værdi end transaktionens købspris.

Skønsmanden værdiansatte ligeledes samme aktiepost til 11,5 mio. kr. pr. 31. december, 2011.

Det faktum, at konkursboet forsøgte at sætte sig på hele værdistigningen frem til FCN blev danske mestre i 2012 samt kvalificerede sig til Champions League gruppespil, var ligeledes et forhold, som skønsmanden blev bedt om at forholde sig til. Skønsmandens bemærkninger hertil var, blandt andet, at det havde været yderst usandsynligt i 2008, at FCN skulle gå hen og vinde Superligaen. Ligeledes var 2012 det første år, hvor mesterskabet gav direkte adgang til gruppespillet i Champions League.

Disse to forhold gjorde, at skønsmanden vurderede at sandsynligheden for, at FCN ville vinde Superligaen, ikke ville blive tillagt værdi mellem uafhængige parter.

Opsummering

Linjerne var således trukket op mellem sagsøgtes foretaget disposition og dispositionens legitimitet i forhold til armslængde-princippet. Sagsøgtes revisor udarbejdede en værdiansættelse på aktieposten i FCN Holding med få oplysninger, som var givet af AKP. En værdiansættelse der afvigede med næsten 10 mio. kr. fra skønsmandens værdiansættelse, hvilket indikerede, at der var sket en horisontal virksomhedsoverdragelse uden respekt for AKP Holdings kreditorer. Det var også tyngende

⁶⁹ U2015.2219H – s. 10

de for AKP, at der blev handlet mellem nærtstående og at aktiverne blev flyttet ud af kreditorsfæren.

Konkursboet anlagde derfor sag mod de sagsøgte, KAP Holding ApS, AKP, Bente Pedersen samt advokat Michael Winther, om betaling af 35.296.737 mio. kr.

Anlæggelsen af sagen støttes på Konkurslovens § 64, fordi konkursboet mente at differencen mellem købsprisen af aktieposten og den reelle markedsværdi havde karakter af gave, da aftalens parter ligeledes var nærtstående.

Analyse

Indledningsvis bliver der i analyseafsnittet fremhævet parts- og vidneforklaringer, hvor disse findes relevant. Disse vil blive brugt som afsæt i forhold til Lands- og Højesterettens præmisser.

Der er således alene fremhævet væsentlige elementer i de enkeltes forklaringer, hvorimod de dele af forklaringerne der alene søger at ”give” de andre skylden, er fravalgt som genstand for analyse.

Allan Kim Pedersen:

AKP forklarede, at koncernen ikke havde likviditetsproblemer i 2008, selvom krisen var mærkbar og at der var tabt omkring 50 mio. kr. Det var stadig AKP's opfattelse at koncernen var solvens. AKP havde ligeledes opfattelsen, at koncernens forskellige banker og samarbejdspartnere havde givet udtryk for, at opdelingen af koncernen var naturlig, da koncernens størrelse vanskeliggjorde tingene. Transaktionen var derfor et direkte udtryk for bankernes ønske. AKP og Michael Winther havde forespurgt en vurdering af aktieposten, da de ville sikre sig, at handlen skete med respekt af armslængde vilkåret.

AKP forklarede yderligere om, hvordan han redegjorde for transaktionen overfor Nykredit Bank, som havde overtaget Forstædernes Bank, under et møde. Resultatet på mødet blev, at AKP modtog opsigelse af 29 kreditter i banken dagen efter AKP fremsendte en koncernbalance, hvorefter AKP Holding blev erklæret konkurs.

Det giver god mening, at AKP forklarer som han gør i denne situation. Det er klart, at retten snarere ville acceptere en horisontal virksomhedsoverdragelse, hvis kreditorerne på en eller anden led havde accepteret eller fremskyndet det. Der skal selvfølgelig tages højde for, at det er et faktum, som er omtvistet, da samtlige af bankrepræsentanterne forklarede i modstrid med dette. De tegnede alle et

billede af, at der ingen kommunikation var med AKP om dette og at de blev holdt hen i periode op til og efter overdragelsen. Det har således ringe bevismæssig værdi, at AKP forklarer sådan.

AKP's forklaring bar derfor præg af, at AKP forsøgte at legitimere transaktion ved blandt andet at forklare, hvorfor der skulle udarbejdes en værdiansættelse, at AKP havde oplyst de største kreditorer om transaktion samt at transaktionen var et resultat af de uformelle samtaler med de forskellige banker, da de rådgav om opdeling af koncernen.

Michael Winther:

Michael Winther lægger sig op af AKP's forklaring om, at der ikke var pres fra bankerne og at bankfolkene havde rådgivet om en simplere koncern, hvorfor der skulle ske en opdeling af "underholdsbenet" og ejendomsselskaberne. Han sagde samtidig, at AKP traf beslutningen om transaktionen og at der ikke var tale om at udbyde denne del af koncernen i en tilbudsproces. Efter AKP og hans opfattelse, var der ingen grund til at overdragelsen blev forelagt for de forskellige bankforbindelser, da det var en lille del af koncernen.

Det er bemærkelsesværdigt, at Michael Winther udtaler, at der ikke var snak om at udbyde koncernen i konkurrence samt at de ikke forelagde overdragelsen for bankforbindelserne, når det er disse to, meget væsentlige, forhold, som der bliver kigget på i forhold til en transaktions legitimitet. Højesteret har vist, at de subjektive vurderinger foretaget af de involverede parter ikke har meget bevismæssig betydning i forhold til at kunne argumentere for overdragelsens legitimitet. Det er ikke en partsforklaring der peger i retning af, at de havde forsøgt at opfylde visse uformelle kriterier for at sikre, at transaktionen er sket på armslængde vilkår.

Finn Kent Meyer:

Finn Kent Meyer (herefter FKM) var ansat i Forstædernes Bank i efteråret 2008, hvor Nykredit Bank overtog Forstædernes Bank. Det var her FKM blev bekendt med AKP. Under et møde i banken d. 24. november 2008, kom det frem, at FCN Holding var blevet solgt sammen med en række datterselskaber tilhørende FCN Holding. FKM forklarede, at han intet kendskab havde til, at det skulle være noget banken havde opfordret til.

Desuden forklarede FKM, at banken havde udbedt sig dokumentation for overdragelsen, hvilket banken rykkede for flere gange. Bankens ville have dokumentationen, fordi denne del af koncernen spillede en rolle i bankens vurdering af det samlede engagement, da der skete en udvanding af sik-

kerheder. FCN Holding havde kautionsforpligtelser, som blev fjernet ved salget. Banken skulle derfor være blevet spurgt først, da det var af væsentlig betydning for bankens interesse.

FKM forklaring støttede således det billede konkursboets forsøgte at tegne. Der blev foretaget en horisontal virksomhedsoverdragelse uden inddragelse af kreditorerne og da de forsøgte at få oplysninger, var der tavshed fra AKP omkring transaktionen og perioden efter. Derfor var banken nødsaget til at indgive konkursbegæring, da koncernen fremstod insolvens. Banken havde da også et krav på 190.000.000,00 mio. kr. efter fradrag af sikkerhedsstillelser.

Stig Petersen, kundechef i FIH, og Finn Kagstrup, afdelingschef i Nykredit Bank, afgav ligeledes vidneforklaringer. Vidneforklaringer der støttede op om ovenstående billede tegnet af FKM. De kunne ligeledes ikke få etablerede en kontakt til AKP i forhold til møder, oplysninger om transaktion, regnskaber for koncernen samt fik de først besked efter transaktionen var gennemført.

De involverede banker forklarede således enstemmigt, om et hændelsesforløb der taler for boets fremstilling af sagen og boets procedure. Lands- og Højesteretten kom ikke med bemærkninger om, hvorvidt de fandt det for bevist, at der ikke blev orienteret om transaktionen eller ej. De forholdte sig alene til det faktum, som forelå klart og ikke de forskellige parts- og vidneforklaringer, som pegede i forskellige retninger. De skar ind til benet og kiggede på det faktuelle. Det var selvfølgelig tyngede for de sagsøgte, hvis Lands- og Højesteret fandt det bevist og tillagde det vægt, at AKP ikke havde rådført sig med sine kreditorer førend denne overdragelse blev foretaget. AKP ville således ikke på nogen måde have overholdt spillereglerne for disse virksomhedsoverdragelser.

Jan Truedsson:

Jan Truedsson udarbejdede værdiansættelsen af selskabskapitalen i FCN Holding ud fra få oplysninger, som han fik fra AKP. I modsætning til skønsmanden og Ernst & Young, mente Jan Truedsson ikke at discount cash-flow modellen passede, hvilket de to andre benyttede sig af. Jan Truedsson tog udgangspunkt i en anden model og foretog fradrag for de dele han mente der var relevante. Det var hans vurdering, at AKP Holding var solvens i oktober 2008.

Det er iøjefaldende, at Jan Truedsson ikke gør mere for at argumentere for den valgte fremgangsmåde i forhold til værdiansættelsen af selskabskapitalen. Især taget i betragtning, at de øvrige vurderinger alle tager udgangspunkt i en anden model. Der kommer således ingen objektive og saglige hensyn frem, som kunne argumentere for, at den af Jan Truedsson udarbejdet værdiansættelse reelt

er udtryk for selskabskapitalens markedsværdi og ikke blot en til lejligheden udarbejdet værdiansættelse.

Det faktum, at der ikke fremkommer nogle objektive og saglige hensyn til, hvorfor selskabskapitalens værdi skulle udregnes efter Jan Truedsson fremgangsmåde samt at der er blevet udarbejdet en syn- og skønserklæring, gør det nærliggende at se bort fra Jan Truedsson notat om værdiansættelsen. Ligeledes er Jan Truedsson ikke uafhængig i modsætning til syn- og skønsmanden, som er en udestående tredjemand. Der er således ikke nærliggende, at skønsmanden skulle have en interessekonflikt på samme måde, som det er for Jan Truedsson, hvis firma fungerede som revisor for AKP's selskaber.

Parternes procedure

Konkursboets procedure lægger fint i tråd med tidligere domme. Konkursboet gjorde navnlig gældende, at *"sagen er en klassisk aktivforstikkelsessag, hvor de sagsøgte 2-3 måneder før konkursens indtræden på et tidspunkt, hvor en konkurs var truende, kontraherede med sig selv og solgte værdier ud af den konkursramte koncern til priser væsentligt under de reelle værdier"*.⁷⁰ Konkursboet sætter således lighedstegn mellem tidligere afsagte kendelser vedrørende substansoverdragelser og aktieoverdragelser. Resultatet bliver da også det samme uagtet om det er substans- eller aktieoverdragelse – konkursboet mister værdier i selskabet til at fyldestgøre kreditorerne.

Konkursboet procedurerede derfor videre om, at kreditorerne herved var blevet unddraget væsentlige midler og at transaktionen skete ved *"tilsidesættelse af loyale hensyn over for koncernens interesser"*.⁷¹ Konkursboet mente ikke, at der forelægger juridiske eller kommercielle grunde til at foretage denne opdeling af koncernen. Det eneste motiv var, at værdierne skulle bringes udenfor kreditorernes rækkevidde.

Konkursboet fremhævede ligeledes, at der var personsammenfald mellem de forskellige involverede parter, hvilket burde skærpe kravene til parternes agtpågivenhed ved sådanne dispositioner. Dette lægger fint i tråd med tidligere afsagte kendelser og litteraturen. Der er tale om nærtstående, hvorfor bevisbyrden er tungere at løfte i forhold til at godtgøre at transaktionen er sket på armslængde vilkår end, hvis der ikke var personsammenfald.

⁷⁰ U2015.2219H – s. 27

⁷¹ U2015.2219H - s. 28

Differencen mellem prisen for selskabskapitalen og markedsværdien var udtryk for en gave, hvorfor den kunne omstødes efter Konkurslovens § 64, og fordi de også var nærtstående var gaveformodningen tilstede.

Konkursboet angreb også den af Jan Truedsson udarbejdede erklæring, da konkursboet mente, at der var en interessekonflikt, da AKP afgav oplysninger til Jan Truedsson. AKP havde en interesse i at få værdien så langt ned som muligt for at kunne tilegne sig selskabets værdier så billigt som muligt. Konkursboet gjorde derfor gældende, at AKP havde været selektiv med hvilke oplysninger der blev givet. Der blev foretaget forskellige nedskrivninger af en art, som konkursboet ikke mente have saglighed. Fx blev der foretaget nedskrivninger for 12 mio. kr. for 2 års fremtidige underskud i FCN, selvom selskabet havde haft overskud de seneste 4 år. Krisen stod for døren og ud fra skønsmandens erklæring og de øvrige erklæringer, var der bred enighed om, at fodboldøkonomien ville blive væsentlig mere anstrengt grundet den finansielle krise, hvorfor en vis nedskrivning nok ville kunne være saglig. Mere iøjnefaldende var det, at der bliver foretaget nedskrivning for lejesagen, selvom der ikke tidligere havde været fundet anledning til en sådan nedskrivning eller hensættelse. Dette virker iøjnefaldende, da det var et væsentligt moment, at AKP indtil videre ikke havde fundet anledning til at hensætte et beløb til et potentielt tilbagebetalingskrav førend det tilgodeså ham.

Konkursboet bemærkede ligeledes i forhold til værdiansættelsen fra Jan Truedsson, at de involverede parter ”burde have indhentet en uafhængig vurderingsmands beregning af værdien samt udbudt FC Nordsjælland i en struktureret salgsproces og frem for alt med accept fra koncernens kreditorer, som var de egentlige interessenter i koncernen på grund af dens insolvens og illikviditet”.⁷² Heri beskriver konkursboet den legitime fremgangsmåde, hvis man ønsker at foretage en udenretlig rekonstruktion i form af en horisontal virksomhedsoverdragelse. Disse to forhold er væsentlige bevismomenter i forhold til at kunne dokumentere sagligheden af transaktionen, hvilket litteraturen også bakker op omkring i bl.a. artiklen ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben?” skrevet af Morten Planthin og Jesper Saugmandsgaard.⁷³

Konkursboet havde i dens procedure også bemærkninger til de udarbejdede støtteerklæringer, som konkursboet mente ikke var holdbare grundet erklæringernes svage og generelle formuleringer. Ydermere støttede de dette med, at disse støtteerklæringer ikke var afgivet overfor kreditorerne,

⁷² U2015.2219H – s. 28

⁷³ M. Planthin & J. Saugmandsgaard s. 3

men internt. Disse skulle derfor anses som nulliteter der ikke kunne benyttes til, at foretage fradrag i købsprisen.

Yderligere procederede konkursboet på, at der havde været tid til at få foretaget en ordentlig og mere professionel værdiansættelse af en uafhængig tredjemand. Den indgået handel skete ikke på armslængdevilkår og der forelå ikke saglige grunde der kunne begrunde dispositionen. Det forhold, at bankerne intet vidste eller hørte fra AKP bestyrkede dette forhold. Denne bemærkning lægger fint i tråd med, hvad litteraturen beskriver i forhold til værdiansættelser. Før end en værdiansættelse af en virksomhed kan lægges til grund for vurderingen af, om der er overdraget til markedsprisen, skal der foretages en objektiv vurdering af *”rapportens kvalitet og på, om vurderingsmanden er uvildig”*.⁷⁴

Slutteligt gjorde konkursboet gældende, at Jan Truedsson’ notat om værdiansættelsen af selskabskapitalen havde ringe bevismæssigt vægt pga. vedkommendes tilhørsforhold til de sagsøgte og de ovennævnte forhold, bl.a. at der er flere diskutabile forhold i værdiansættelsen. Det måtte derfor også påhvile de sagsøgte at kunne bevise, at selskabet var 500.000 kr. værd og at de inddragede forhold i værdiansættelsen var reelle.

Det sidste er interessant, da konkursboet her forsøger at ville fravige udgangspunktet om ligefrem bevisbyrde. Konkursboet gør her gældende, at det forhold, at værdiansættelsen ikke var udarbejdet af en uafhængig tredjemand, at parterne var nærtstående, at kreditorerne ikke fik besked om overdragelse osv., gjorde, at bevisbyrden for, at det var sket på markedsvilkår påhvilede de sagsøgte. Er det en generel tendens i disse sager med nogenlunde samme fakta, at bevisbyrden på et tidspunkt vender? I så fald er det et væsentlig moment der skal med i overvejelserne inden man foretager en sådan disposition.

De sagsøgte gjorde navnlig gældende, at betingelserne for omstødelse ikke var opfyldt, da købesummen for selskabskapitalen i FCN Holding var den korrekte. De mente ikke, at der var grundlag for at tilsidesætte fradraget for lejesagen, da kravet var rejst af en offentlig myndighed og at der stadig bestod usikkerhed om, hvorvidt det blev et krav eller ej. Ligeledes støttede de sagligheden af fradraget med, at det ikke kunne forventes at selskabets ledelse burde være klogere end Konkurrencestyrelsen, som ligeledes først fandt ud af det manglende lovmæssige grundlag langt henne i processen.

⁷⁴ M. Planthin & J. Saugmandsgaard s. 2

De gjorde ligeledes gældende, at fradraget for fremtidig underskud også var saglig, da FCN realiserede et underskud i de følgende år efter overdragelsen fandt sted. Ydermere var støtteerklæringerne reelle, da der efterfølgende, efter overdragelse, blev ydet lån til de øvrige datterselskaber, således de kunne fortsætte driften. En væsentlig betragtning heri var, at AKP havde en stor interesse i at holde disse datterselskaber i live, da mange af kreditorerne i disse selskaber havde givet sponsorater til fodboldklubben FCN, hvorfor AKP var nødsaget til at gribe ind, således disse kreditorer ikke fik et økonomisk tab. Dette forhold udvandede objektiviteten af støtteerklæringerne og de efterfølgende ydet lån til Langelandsfestivalen A/S og Event Group ApS.

Yderligere gør de gældende, at Landsretten må lægge skønsrapporterne til grund og ikke den indikative værdiansættelse udarbejdet af Ernst & Young, da det var en betalt og bestilt vurdering ”*base-ret på tilfældigt udvalgt talmateriale og et indhentet og betalt internt diskussionsoplæg fra Ernst & Young om værdien af FC Nordsjælland*”.⁷⁵ De gør gældende, at den var ensidigt indhentet af konkursboet og dens bevismæssige værdi derfor var ringe. Ernst & Young havde også taget forbehold i værdiansættelsen ved at gøre konkursboet opmærksomme på, at den udelukkende er udarbejdet på baggrund af offentligt tilgængeligt talmateriale og at de intet ansvar havde i forbindelse med udarbejdelsen af den. Konkursboet var her udsat for præcis den samme argumentation, som de benyttede sig af i forhold til at afvise Jan Truedsson erklæring.

Disse forhold pegede alle i retning af, at konkursboet ikke ville kunne få medhold i at sætte sig på hele værdistigningen, fordi selskabet ikke havde en sådan værdi, da selskabet blev overdraget tilbage i oktober 2008. De sagsøgte lykkedes da også med, at Landsretten ikke fandt, at rapporten fra Ernst & Young skulle danne grundlag for en eventuel tabsopgørelse pga. ovenstående forhold.

Landsrettens begrundelse

Landsretten slår indledningsvis fast, at tidspunktet for, hvornår det skal vurderes, hvorvidt der er givet en gave eller ikke, er tidspunktet for transaktionen. Der skal således ses på værdien af aktierne d. 3. oktober 2008, hvorfor konkursboet ikke kan sætte sig på hele værdistigningen frem til mesterskabet. Det ville være vidtgående, hvis Landsretten anlagde konkursboets betragtning om, at konkursboet ville have drevet fodboldvirksomheden videre og ikke forsøge at sælge aktierne hurtigst mulig. Det var yderst søgt af konkursboet at forsøge at komme igennem med, at de ville have drevet

⁷⁵ U2015.2219H, s. 32

fodbolden videre i en årrække. Der var intet der pegede på, at FCN skulle opleve at vinde Superligaen og dermed kvalificerer sig direkte i gruppespillet i Champions League. Der ville blive lagt nogle forudsætninger ind, som var usandsynlige på transaktionstidspunktet.

Landsretten støttede sig op af Jesper Jørgensens skønsrapport, som opgjorde værdien af aktieposten til 10,3 mio. kr. og sagde i den anledning, at DCF-metoden *”er almindeligt anerkendt.”*⁷⁶ De lægger således skønsrapporten til grund i forhold til at opgøre værdien af en potentiel gave. Samtidig afviste de konkursboets indhentede rapport fra Ernst & Young, da den alene *”angives at være en indikativ værdiansættelse”*⁷⁷. Det forhold, at den var udarbejdet på begrænset mængde af oplysninger forringede kvaliteten, hvorfor den ikke kan *”danne grundlag for at tilsidesætte skønsmændens værdiansættelse”*⁷⁸. Landsretten støttede sig derfor op af Jesper Jørgensens foretaget fradrag i forhold til den verserende lejesag, da de slår fast, at en uafhængig køber ville have fået et fradrag pga. den forbunden risiko der var ved sagen. Landsretten sammenlignede således transaktionen med, hvad en uafhængig køber ville lægge vægt på i forhold til lignende virksomhedsoverdragelse. En tendens der går igen igennem præmisserne. De opstiller den faktiske foretagne disposition med, hvad der med høj sandsynlighed ville være blive forhandlet ved at udbyde virksomheden i konkurrence til uafhængige købere. De afviste således konkursboets argument vedrørende ledelsens oplysninger i årsrapporterne og skar ind til benet. De stillede sig spørgsmålet om, hvad resultatet ville have været ved en objektiv forhandling?

Landsretten påpegede noget interessant i forhold til de to forskellige rapporter. Det faktum, at DCF-modellen blev brugt i begge rapporter, og at det er værd at nævne for Landsretten, kan tages til indtægt for, at når man har en værdiansættelse der anvender DCF-modellen til at opgøre virksomhedens værdi, så er vedkommende bedre stillet i forhold til at bevise, at prisen er den korrekte, da værdiansættelsesmetoden er almindelig anerkendt.

Landsretten nåede frem til en værdi af selskabskapitalen på 3 mio. kr., da de fradragede FCN Holdings gæld til AKP Holding på 5,7 mio. kr. og koncerngoodwill. Landsretten fulgte konkursboets argumentation vedrørende støtteerklæringerne, da Landsretten fandt, at der ikke var grundlag for, at disse skulle fradrages købsprisen. Landsretten udtalte *”at det er afgørende, om det kan lægges til grund, at disse ville have været fremme og være tillagt betydning ved indgåelsen af en aftale med en*

⁷⁶ U2015.2219H – s. 34

⁷⁷ U2015.2219H – s. 35

⁷⁸ U2015.2219H – s. 35.

udenforstående tredjemand om købet af aktierne i FC Nordsjælland Holding".⁷⁹ Landsretten fortsatte i samme spor med at realitetsteste virksomhedshandlen. Landsretten lagde vægt på, at støtteerklæringerne ikke var udleveret til udenforstående og at ordlyden af ledelsens bemærkninger i årsrapporterne ændrede sig for til sidst at udgå, hvorfor Landsretten fandt de ikke skulle fradrages købsprisen.

Landsretten slår således fast, at der i transaktionen var et betydeligt gaveelement, som kunne omstødes efter Konkurslovens § 64.

Skønsmæssigt fastsatte Landsretten tabet for konkursboet til 2,5 mio. kr.

Efter at Landsretten konkluderede, at der var sket et tab for konkursboet ved dispositionen, var det nærliggende at der forelå et bestyrelsesansvar. AKP, KAP Holding, Bente Pedersen og advokat Michael Winther blev også fundet ansvarlig. Landsretten indledte argumentationen med, at det faktum, at AKP var en gennemgående figur i de forskellige involverede parter gjorde, at AKP *"havde en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår"*.⁸⁰ Denne forpligtelse var ikke opfyldt, da overdragelsen indeholdt et betydeligt gaveelement, hvorfor Landsretten *"finder ikke, at bestyrelsen på betryggende vis sikrede sig, at overdragelse skete på markedsmæssige vilkår"*.⁸¹ Landsretten afviste Jan Truedssons notat om værdiansættelsen af selskabskapitalen, da der blandt andet forelå modstridende oplysninger om, hvornår den var udarbejdet og ligeledes, at det er en interesseforbunden person der havde udarbejdet den.

Der var derfor ikke langt fra konstateringen af et økonomisk tab for konkursboet ved en af den tidligere ledelses dispositioner til, at den selvsamme ledelse findes erstatningsansvarlige. Især ikke når ledelsen var nærtstående på både køber og sælger siden af en overdragelse.

Dommen blev anket til Højesteret af konkursboet, hvor der var yderligere parts- og vidneforklaringer, uddybelse af procedure samt supplerende sagsfremstilling i form af spørgsmål til skønsmanden Jesper Jørgensen. Tvisten i Højesteret var primært Landsrettens afgørelse vedrørende fradrag af lejesagen, gældsrevet samt mangel på samme i forhold til støtteerklæringerne. Der vil blive fokuseret på disse tre forhold med det forbehold, at der vil blive inddraget andet, såfremt det vurderes kan medvirke til en besvarelse af specialets problemformulering.

⁷⁹ U2015.2219H – s. 35

⁸⁰ U2015.2219H – s. 35

⁸¹ U2015.2219H – s. 35

Højesteret

Parternes påstande var i store træk de samme for Højesteret, hvorfor disse ikke nærmere vil blive behandlet.

Parternes yderligere forklaringer vil kort blive inddraget, hvor det findes relevant i forhold til sagen og den primære tvist om, hvilke fradrag der skal foretages i forbindelse med opgørelsen af konkursboets tab samt beviset herfor.

Anbringender

Konkursboet byggede videre på deres anbringender i Landsretten, således at de forsøgte at få Højesteret til at tilsidesætte syn- og skønsrapporten grundet Ernst & Youngs indikative værdiansættelse, som konkursboet indhentede til brug for vurdering af sagen.

I forhold til de forskellige fradrag, lejesagen, gældsbrevet mv., gjorde konkursboet gældende, at fradragene generelt var foretaget på et mangelfuldt og usikkert grundlag samt konstrueret til fordel for handlen, hvorfor, når overdragelsen var mellem nærtstående, usikkerheden bør komme de indstævnte til skade. Konkursboet argumenterede for, at enhver given usikkerhed der måtte være i forhold til tab og værdiansættelsen, må komme modparten til skade, hvis de var nærtstående. De forsøgte at udbygge ”ansvaret” for personkredsen der foretog overdragelsen på baggrund af, at de var nærtstående. Konkursboet argumenterede ligeledes for, at fordi det var de indstævnte der havde skabt denne pågældende situation ved deres retsstridige handlinger bør usikkerhed komme dem til skade.

De indstævnte bibeholdte samme argumentation i Højesteretten.

Størstedelen af partsforklaringerne er i forhold til sagens fakta. Det var dog alle nogle forklaringer, der ikke blev tillagt særlig vægt i Højesterets præmisser, da bevisværdien af disse, var lav, da de alle var indblandet i overdragelsen og derfor havde en interessekonflikt.

Supplerende sagsfremstilling

Skønsmanden Jesper Jørgensen besvarede yderligere spørgsmål i forbindelse med ankesagen. Konkursboet argumenterede meget for, at den af Jesper Jørgensen brugte WACC (weighted average capital cost) var for høj og at Jesper Jørgensen ikke havde sammenlignet med andre fodboldklubber,

hvorfor værdiansættelsen byggede på et forkert grundlag. Konkursboet henviste her til Ernst & Youngs rapport, hvor de anvendte en WACC på 8 %, hvorimod skønsmanden anvendte 15 %.

Skønsmanden forklarede i denne forbindelse, at afkastkravet var ”*baseret på en vurdering af den driftsmæssige risiko og den generelle risiko i aktiemarkedet*”⁸² og indeholdte derfor et vis skøn. Baggrunden for, at skønsmanden ikke sammenlignede andre klubber var dels, at afkastkrav ikke var direkte observerbare, da der tages udgangspunkt i nogle parametre og skøn. Derfor havde skønsmanden ikke foretaget en sammenligning af andre relevante klubber i Superligaen, da det var yderst vanskeligt.

Skønsmanden havde derfor taget udgangspunkt i hans egen ”*generelle erfaring fra værdiansættelse af virksomheder og ikke med udgangspunkt i et eller flere specifikke selskaber*”.⁸³ Nogle af grunde til, at det af skønsmanden fastsatte afkastkrav var 15 % var, at fodboldøkonomi var og er skrøbelig, nedrykning for FCN var en reel risiko set ud fra de seneste år mv. Jo mere risikofyldt en virksomhed er, desto større krav stilles der til afkastet af sine investeringer, hvilket skønsmandens udregnede WACC er et udtryk for.

Yderligere parts- og vidneforklaringer

Michael Vinther:

Michael Winther forklarede yderligere, at ”*det bekymrede ham ikke, at det var samme personkreds på sælger- og købersiden, men det var baggrund for, at han mente, at der skulle laves en saglig vurdering af værdien*”.⁸⁴ Det er bemærkelsesværdig, hvordan de argumenterer for, at der skal laves en saglig vurdering af prisen. En vurdering de bestilte hos det revisorfirma der har fungeret som revisor for AKP koncernen. Forklaringen kan ses som et selvmål. De forklarede, at de var bevidste om udfordringen i forhold til samme personkreds, men de gik ikke ud og hentede en uvildig vurdering fra tredjemand, til trods for at de forklarede ikke at være i tidspres. Der synes derfor ikke at være nogen saglige hensyn bag, at de ikke opfyldte de gængse rammer for virksomhedsoverdragelse af insolvenstruede virksomheder, som forklaret af Morten Planthrin og Jesper Saugmandsgaard.⁸⁵ Retningslinjer der kan støttes i forhold at kunne dokumenterer at parterne har respekteret armslængdevilkåret.

⁸² U2015.2219H – s. 39

⁸³ U2015.2219H – s. 40

⁸⁴ U2015.2219H - s. 42

⁸⁵ M. Planthrin & J. Saugmandsgaard s. 2

Højesterets begrundelse

Højesteret indledte deres afgørelse med at fastslå, at *”det er ubestridt, at salget skete mellem nærtstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 3”*.⁸⁶ Heri lægger signalet om, at de involverede parter havde en udvidet forpligtelse til at sørge for, at der blev overdraget på armslængdevilkår.

Højesteret udtalte derefter omkring den af Jan Truedsson udarbejdede notat, at den var udarbejdet af samme revisionsfirma, som havde AKP Holding og KAP Holding og den var hovedsageligt baseret på AKP's oplysninger, som Jan Truedsson ikke verificerede, men lagde ukritisk til grund. Endvidere havde Jan Truedsson ikke set gældsbrevet, som han foretog fradrag for samt selskabets budget.

Højesteret fremhævede momenter der fremstillede værdiansættelsen uden kvalitet. Det lægger fint i tråd med Morten Planthin og Jesper Saugmandsgaard artikel, hvori de beskriver en vurderingsrapports kvalitet beror på *”Om en vurderingsrapport kan danne grundlag for vurderingen af, om der er overdraget til den højest mulige pris, vil bero på rapportens kvalitet og på, om vurderingsmanden er uvildig.”*⁸⁷

Notatet havde simpelthen ikke kvaliteten til at kunne danne grundlag for virksomhedsoverdragelsens værdiansættelse, jf. ovenstående. Det var også afgørende, at AKP var den gennemgående figur i forhold til, hvilke oplysninger der blev givet. AKP havde en stor interesse i, at købesummen blev så lav som mulig, hvorfor domstolene ikke kan vide sig sikker på, at AKP ikke havde været selektiv med oplysningerne. Ligeledes var revisorfirmaet ikke uvildig, hvilket mindskede kvaliteten ekstremt meget.

Højesteret slog også fast, at AKP *”var en gennemgående figur som ejer og bestyrelsesformand for både AKP Holding og KAP Holding”*.⁸⁸ Heri lægger, at AKP's troværdighed udvandes, da det omhandlede nærtstående, hvorfor der stilles større krav til objektiviteten af virksomhedsoverdragelsen.

Højesteret udtalte vedrørende omstødelsen, at udgangspunktet var, at vurderingen af, hvorvidt overdragelsen indeholdte et gaveelement eller ej må bero på *”værdien af aktierne på overdragelsestidspunktet”*.⁸⁹ Et andet udgangspunkt ville være mærkværdigt og det lægger også i tråd med Landsret-

⁸⁶ U2015.2219H – s. 48

⁸⁷ M. Planthin & J. Saugmandsgaard *”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben”* s. 2

⁸⁸ U2015.2219H – s. 49

⁸⁹ U2015.2219H – s. 49

ten. Højesteret tiltrådte Landsretten i forhold til ikke at tilsidesætte skønsmandens rapport og den benyttede værdiansættelsesmetode samt afkastkravet, som konkursboet havde forsøgt at kritisere.

Derimod gik Højesteret ind og tilsidesatte skønsmandens fradrag i forhold til lejesagen. Dette er bemærkelsesværdig, da retten oftest støtter sig op af en syn- og skønsrapport. Det kan formodentlig skyldes, at skønsmanden bevægede sig ind på et mere kendt område af dommerne, da fradraget var et hypotetisk spørgsmål om, hvad der ville være sket i en objektiv virksomhedsoverdragelse. Her er domstolene ligeså, måske mere, kompetente til at komme med en vurdering, hvorfor Højesteret tilsidesætter skønsmandens vurdering om fradraget. Højesteret udtalte om fradraget at *”Højesteret finder det nærliggende, at der ved et salg til en uafhængig køber, som fremsatte krav om nedslag i købesummen som følge af lejesagen, ville være sket det, at det manglende lovgivningsmæssige grundlag for et tilbage betalingskrav var blevet afklaret, eller at køberen var blevet tilbudt sikkerhedsstillelse.”*⁹⁰ Det lægger fint i tråd med litteraturen omkring virksomhedsoverdragelser, at Højesteret udtalte sådan. Højesteret fandt derfor ikke, at der skal foretages fradrag i købesummen på baggrund af lejesagen. Lasse Højlund Christensen påpegede også Højesterets tilsidesættelse af skønsmandens vurdering – især når vurderingen angår et territorium, hvor Højesteret ligeledes føler sig kompetent.⁹¹ Lasse Højlund Christensen mener, vedrørende tilsidesættelse af skønsmandens vurdering, at det er en korrekt retning at gå, da det er kendt juridisk stof, hvorfor Højesteret er ligeså kompetent til at vurdere, hvorvidt der skal foretages fradrag eller ej. Der kræves ikke en nærmere sikkerhed for, at tilsidesætte skønsmandens vurdering, hvorfor Lasse Højlund Christensen anser Højesteret vurdering, som værende korrekt. Dette udsagn kan tiltrædes. Højesteret gik helt ind i vurderingen og opstillede et hypotetisk forløb med lignende faktum. Højesteret konkluderede efter dette, at der ikke ville være sket fradrag i en sådan virksomhedsoverdragelse ud fra de gængse normer og traditioner indenfor virksomhedsoverdragelse.

Højesteret tiltrådte Landsrettens bemærkninger i forhold til støtteerklæringerne og at der ikke skulle foretages fradrag for disse.

Højesteret udtalte derimod om gælds brevet, udstedt fra FC Nordsjælland Holding til AKP Holding for et koncernmellemværende, at det var meget gunstigt for FCN Holding, da gælds brevet indeholdte vilkår om uopsigelighed og særlige indfrielses- og rentevilkår. Vilkårene i gælds brevet stillede således FCN Holding væsentlig bedre end hvis fordringen var blevet betalt kontant. Højesteret vur-

⁹⁰ U2015.2219H . s. 49

⁹¹ Lasse H. Christensen s. 3

derede ligeledes et potentielt fradrag for gælds brevet ud fra et teoretisk forløb med salg af virksomheden til en uafhængig køber. Højesteret konkluderede, at der ved salg til en uafhængig køber kun ville være sket inddragelse af gælds brevet i købesummen, hvis det blev kursfastsat, hvilket det ikke blev i den konkrete situation. Med andre ord, så kunne et sådan gælds brev med de meget fordelagtige vilkår, kun opstå ved interesseforbundne parter og det var primært baggrunden for, at FCN Holding fik udarbejdet gælds brevet. Forholdet kom således de indstævnte til skade.

Højesteret afviste konkursboet argumentation om at inddrage salgsprisen for fodboldspilleren Nicklas Pedersen. Højesteret lægger skønsmandens vurdering til grund og allerede her, afviste Højesteret indirekte inddragelse af salgssummen, da skønsmanden havde værdiansat virksomheden ud fra DCF-modellen, hvori der var taget højde for spillersalg, som led i den normale drift. Konkursboet fik derfor ikke medhold i, at salgssummen skulle betales til konkursboet.

Afslutningsvis fastsatte Højesteret virksomhedsprisen til skønsmæssigt at udgøre 10 mio. kr. på overdragelsestidspunktet, hvorfor Højesteret tiltrådte, at der kunne ske omstødelse efter konkurslovens § 64.

Højesteret udtalte i forhold til gennemførelsen af omstødelse, at konkursboets påstand om, at de ville have kørt virksomheden videre, ikke var realistisk. Højesteret udtalte ”Højesteret er således enig i, at konkursboet må antages at ville have solgt aktieposten i FC Nordsjælland hurtigst muligt, hvis aktieposten havde været i behold”.⁹² Højesteret tilsluttede sig derfor Landsrettens grunde, hvilket er helt korrekt i forhold til den gængse opfattelse af konkursboets rolle. Konkursboet skal realiserer boets aktiver så hurtig som mulig og dette ændres ikke ved, at konkursboet i bagklogskabets lys, finder det mere fordelagtigt ikke at gøre det. Højesteret lægger således til grund, hvad det forventelige ville være af konkursboet tilbage på overdragelsestidspunktet, hvilket var at sælge aktiebeholdningen så hurtig som mulig og ikke begynde at drive fodboldvirksomhed.

Omstødelsen gennemføres således ved, at konkursboet får sit tab erstattet, jf. konkurslovens § 75. Det var således tidspunktet for, hvornår boet ville sælge aktieposten der var relevant, hvilket Højesteret antog, ville være umiddelbart i forlængelse af d. 3. oktober 2008, hvor overdragelsen skete. Højesteret fastsatte tabet til 10 mio. kr., da ”der ikke er grundlag for at antage, at værdien af selskabet ændrede sig væsentligt i tiden efter overdragelsen den 3. oktober 2008, indtil konkursboet

⁹² U2015.2219H – s. 49

*må antages at ville have solgt aktieposten.*⁹³ Højesteret gik således ind og vurderede boets tab ud fra et hypotetisk forløb i forhold til boets salg. Lasse Højlund Christensens synspunkt om, at det centrale derfor er aktivets værdi samt tidspunktet for boets hypotetiske salg der er afgørende, kan derfor tilsluttes. Det er disse to elementer der går igen i de af specialets behandlede domme.⁹⁴

Afslutningsvis konkluderede Højesteret, at AKP, Bente Pedersen og Michael Vinther, som medlemmer af bestyrelsen, havde handlet ansvarspådragende ved ikke at sikre sig, at der blev overdraget til markedsværdi, hvorfor de findes solidarisk erstatningsansvarlige. Højesteret henviste her til Landsrettens begrundelse i forhold til bestyrelsesansvaret når der sælges til et søsterselskab *”en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår ... Landsretten finder ikke, at bestyrelsen på betryggende vis sikrede sig, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår”*.⁹⁵ Landsretten udtalte sig ikke konkret i forhold til den aktuelle sag, men anførte en mere generel betragtning i forhold til lignende situationer. Ovenstående kan anses som en erstatningsretlig skærpelse, som i disse tilfælde overføres til omstødelsesreglerne, således at det faktum, at det er en horisontal virksomhedsoverdragelse mellem nærtstående gør, at der skal føres et større bevis for, at det er sket på markedsvilkår. Enhver tvivl, som i en anden situation, ville komme sagsøger til skade, vil snarere i disse situationer komme sagsøgte til skade.

Dog tiltrådte Højesteret, at KAP Holding og AKP solidarisk skulle friholde advokat Michael Vinther for ethvert beløb, da det var AKP *”som fik den økonomiske fordel af den ansvarspådragende overdragelse, og at det lægges til grund, at det var Allan Kim Pedersen, som spillede den mest aktive rolle i forbindelse med beslutningen om og gennemførelsen af overdragelse”*.⁹⁶ Det er meget naturligt, at AKP skulle friholder Michael Vinther, som havde en betydelig mere tilbagetrukket rolle i virksomhedsoverdragelsen. AKP var manden der traf beslutningerne og ham der fik gevinsten, hvorfor han er nærmest til at dække tabet.

Konklusion

En konklusion på ovenstående dom, ville være, at Lands- og Højesteret syntes at kigge på dispositionens karakter og sammenligne denne med et tilsvarende forløb – blot det er til en uafhængig køber. Lands- og Højesteret går derfor ind i en række hypotetiske tankeforløb i forhold til, hvordan en

⁹³ U2015.2219H – s. 49

⁹⁴ Lasse H. Christensen – s. 3

⁹⁵ U2015.2219H – s. 35

⁹⁶ U2015.2219H – s. 49

sådan virksomhedsoverdragelse ville være sket, hvilket en række af deres præmisser kan tages til indtægt for. Fx er Højesterets bemærkning angående fradrag af lejesagen et udtryk for dette ”Højesteret finder det nærliggende, at der ved et salg til en uafhængig køber, som fremsatte krav om nedslag i købesummen som følge af lejesagen, ville være sket det, at det manglende lovgivningsmæssige grundlag for et tilbage betalingskrav var blevet afklaret, eller at køberen var blevet tilbudt sikkerhedsstillelse”.⁹⁷ Dette er blot et af de eksempler, hvor Lands- og Højesteret gik helt ind i vurderingen af, hvorvidt det var sket på markedsvilkår eller ej. Højesteret gik ligeledes helt ind i denne vurdering i forhold til det hypotetiske spørgsmål om, hvad størrelsen af konkursboet tab var. Dette tab afhang, som nævnt af, hvornår det kunne tænkes at konkursboet ville sælge aktiebeholdningen, hvilket Højesteret udtalte ”Højesteret er således enig i, at konkursboet må antages at ville have solgt aktieposten i FC Nordsjælland hurtigst muligt, hvis aktieposten havde været i behold”.⁹⁸

Det kan derfor konkluderes, at Højesteret ikke er tilbageholdende med at gå helt ind i en vurdering af, hvorvidt en sådan overdragelse ville være sket til en uafhængig køber i forhold til at konstatere, hvorvidt der er overdraget på markedsvilkår. Højesteret behandler også konkursboets tab ud fra en hypotetisk tankegang.

Det er ligeledes iøjnefaldende, at Landsretten, med Højesterets tiltrædelse, udtaler sig generelt om en situation, som den i dommen omhandlende. Landsretten udtaler om ansvaret, at bestyrelsen har ”en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår ... Landsretten finder ikke, at bestyrelsen på betryggende vis sikrede sig, at overdragelsen skete på markedsmæssige vilkår”.⁹⁹ når det omhandler horisontale virksomhedsoverdragelse. Højesteret har tiltrådt en generel udmelding fra Landsretten, som kan skabe præcedens og bekræfte den allerede beskrevne litteratur omkring dette. Med tanke på denne præmis, kan det konkluderes, at der ved disse horisontale virksomhedsoverdragelse, især når det omhandler nærtstående, er en udvidet forpligtelse til, at sikre bevis for overdragelsens værdi. Dette er udtryk for, at man skal have styr på sin dokumentation for, at overdragelsen er sket til den korrekte værdi. Der bliver således pålagt en tungere bevisbyrde for parterne til at kunne dokumentere virksomhedens værdi. Dette er, højst sandsynlig, begrundet i, at der som sagt sker en potentiel kreditor forrykkende disposition der kan omstødes. Det er således et konkursretligt hensyn i forhold til kreditorerne der gør, at man skal have dokumentationen for prisen i orden uden den mindste tvivl, da en sådan tvivl formodentlig vil komme parterne

⁹⁷ U2015.2219H – s. 49

⁹⁸ U2015.2219H – s. 49

⁹⁹ U2015.2219H – s. 35

til skade. Samtidig kan ovenstående ansvarsskærpelse tænkes, at have påvirket den konkursretlige vurdering af, hvorvidt der kan omstødes eller ej. Der skal således være betydelige saglige hensyn for, at parterne kan dokumenterer, hvorfor deres værdiansættelse af virksomheden er lavere end en eventuel skønsmand og hvorfor de fx ikke tager udgangspunkt i den velkendte DCF-metode, som Landsretten beskriver denne.

Dette forhold gør sig endnu mere gældende, når Højesteret indleder sine præmisser med ”*Det er ubestridt, at salget skete mellem nærtstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 3*”.¹⁰⁰ Heri lægger allerede en ansvarsskærpelse og et større beviskrav for, at de sagsøgte kan dokumenterer overdragelsens legitimitet.

Dommen synes at være et udtryk for, at det generelt kan komme de involverede parter i overdragelsen til skade, hvis der opstår usikkerhed og tvivl om fx deres indhentede erklæring og en eventuel skønsmands erklæring. Især når der er en lang række elementer der peger i retning af en kreditorforrykkende disposition uden hensyntagen til retningslinjerne for gennemførelsen af en sådan disposition.

Afslutningsvis er det også bemærkelsesværdigt, at Højesteret tilsidesætte skønsmandens vurdering, når det omhandler mere kendt juridisk stof, som Højesteret føler sig på tryk grund ved. Det er et udtryk for, at Højesteret ikke er tilbageholdende med at ville udtale sig anderledes end skønsmanden, når de finder anledning til dette og når det omhandler juridisk stof. Dette var blandt andet tilfældet i forhold til det af skønsmanden foretaget fradrag for lejesagen. Lasse Højlund Christensen har samme synspunkt, hvor han udtaler ”*Et spørgsmål om forhandlingen af vilkårene i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse er kendt juridisk stof, og der er næppe grund til – som Landsretten – at kræve en vis sikkerhed for at sætte rettens vurdering i stedet for skønsmandens*”.¹⁰¹ Dette er bemærkelsesværdigt, da Højesteret tager stilling til en række andre hypotetiske forhold, bl.a. om en tredjemand ville betale for koncerngoodwill, ville gælds brevet være blevet kursfastsat mv. Disse hypotetiske spørgsmål, når det omhandler jura, er Højesteret ikke tilbageholdende med at gå ind i, selvom skønsmanden har taget stilling til disse, hvorfor det kunne tænkes, at en syn- og skønserklæring i disse sager ikke har samme tilslutning, som normalt.

¹⁰⁰ U2015.2219H – s. 48

¹⁰¹ L. Christensen s. 3

7. Rammerne for virksomhedsoverdragelse for insolvente virksomheder

Nærværende afsnit vil kort redegøre for en række momenter, der har betydning i forhold til domstolenes behandling af udenretlige rekonstruktioner til nærtstående. I forhold til kapitel 6's konklusioner vedrørende de enkelte domme, er retningslinjerne implicit forankret i domstolenes præmisser.

I de behandlede domme har domstolene lagt vægt på, om det var en uafhængig erklæring, der lå til grund for transaktionens købspris. I de tilfælde, hvor der ikke har været en uafhængig erklæring, har domstolene tilsidesat denne. Det kan derfor ses som et udtryk for, at en uafhængig erklæring vil blive lagt til grund for en eventuel tabsopgørelse eller købspris i en udenretlig rekonstruktion mellem nærtstående frem for en erklæring fra en part, hvor der er en interessekonflikt. Det kan derfor anbefales at indhente en uafhængig værdiansættelse.

Yderligere har domstolene udtrykt et princip om, at der skal værdiansættes ud fra de faktiske foretagne dispositioner, hvorfor det som oftest er going-concern værdi, der skal lægges til grund for værdiansættelsen. De følger således ikke en argumentation om, at konkurs var det eneste alternativ og at de involverede parter derfor har værdiansat korrekt. Hvis virksomheden er i drift, skal den betales som værende i drift.

Samtidig har domstolene vist en ansvarsskærpelse, når det drejer sig om nærtstående. Dette stemmer fint overens med litteraturen omkring konkurslovens § 64. Sælgerselskabet og dennes ledelse er i et gavemiljø, hvor en difference i købesummen og en eventuel objektiv værdiansættelse vil være udtryk for en gave, da de har en naturlig interesse i at begunstige kredsen af nærtstående til sælgerselskabet eller dennes ledelse.

Disse tre momenter har været gennemgående i ovenstående domme og er typisk dem der er kendetegnet ved disse transaktioner, hvorfor det er vigtigt at have for øje, at der skal særlig fokus på at sikre bevis for, at de involverede parter respekterer armslængdeprincippet og laver en korrekt værdiansættelse.

8. Konklusion

Formålet med dette speciale har været at opstille retningslinjer for udenretlige rekonstruktioner mellem nærtstående og bevisførelsens værdi gennem anvendelse af juridisk metode.

Indledningsvis er der, teoretisk, intet til hinder for, at en ovenstående rekonstruktion kan gennemføres, så længe en række ting iagttages. En af disse ting er formodningen om gave, når der handles mellem nærtstående, og når prisen på aktivet lægger under markedsprisen.

Domstolene har vist, jf. ovenstående analyserede domme, at det faktum, at der handles mellem nærtstående, har været et gennemgående træk der har tyngt de sagsøgte. Konkursboets bevisbyrde bliver lempeligere, da konkursboet udelukkende skal dokumentere en prisforskel på det overdragede aktiv og dens markedsværdi, hvorefter de sagsøgte har udfordringen i at kunne dokumentere, at der ikke foreligger en omstødelig gave. At domstolene antager denne betragtning er helt i tråd med juraen, hvorfor det ikke kommer som en overraskelse, at det er tyngende for de involverede parter.

Det kan derfor konkluderes, at sagsøgtes bevisbyrde i disse tilfælde er skærpet, således domstolene stiller større krav til sagsøgtes bevis. Det tyder på, at der i disse tilfælde er en delt bevisbyrde og ikke ligefrem bevisbyrde, som ellers er udgangspunktet.

Dette faktum sammenholdt med de konkursretlige hensyn gør, at domstolene synes at tage afstand fra disse udenretlige rekonstruktioner.

Analysen har yderligere vist, at domstolene hælder til at lade eventuel tvivl komme de sagsøgte til skade. En tvivl der unægtelig vil opstå, når domstolene er nødsaget til at have en hypotetisk tankegang om, hvad der ville blive forhandlet i en lignende virksomhedsoverdragelse, hvor armslængdeprincippet bliver respekteret.

Domstolene har også ført en benhård vurdering i forhold til, hvilken konsekvens en eventuel difference mellem købsprisen af aktivet og en sagkyndig erklæring har. Konstateringen af, at der har været en difference, synes at være nok til at statuere, at der foreligger en omstødelig gave efter konkurslovens § 64. Herefter er det de sagsøgte, der skal bevise modsat, hvilket har vist sig at være svært i de domme, som har været genstand for analysen i dette speciale. Det har selvfølgelig haft betydning, at differencen har været signifikant, hvilket henleder opmærksomheden på, at de sagsøgte bevidst har forsøgt at presse prisen på virksomheden urealistisk meget ned.

I forhold til konkursboets bevisførelse sammenholdt med de sagsøgte, har det stor betydning, at konkursboets bærende bevis, som oftest, er en syn- og skønserklæring. Disse erklæringer har stor bevismæssig værdi ved domstolene. Dette sammenholdt med, at de sagsøgte oftest kun har partsforklaringer at støtte sig til gør, at udfaldet af disse sager oftest ender i et erstatningskrav.

En syn- og skønserklæring vægter betydeligt tungere end parternes subjektive forklaringer om, hvorvidt de anså virksomheden for at være konkurstruet, behovet for at orienterer kreditorer og deres generelle holdninger til overdragelsens legitimitet.

Det er af afgørende betydning, hvorvidt erklæringen er objektiv eller ikke. Dette ses blandt andet i U2005.2235H, hvor domstolene lægger de sagsøgte indhentede erklæringer til grund, da de var indhentet af uafhængige tredjemænd og ikke selskabets egen revisor. Omvendt tilsidesatte domstolene erklæringerne i U2011.963H og U2015.2219H, da de ikke er uafhængige.

Ud fra analysen af retspraksis kan det derfor konkluderes, at parter, der ønsker en sådan rekonstruktion, som minimum, skal have indhentet en uafhængig værdiansættelse, førend de kan gøre sig forhåbninger om at sikre, at overdragelsen er sket på armslængdevilkår.

Domstolene har også fastslået et princip om, at værdiansættelsen skal tage udgangspunkt i de faktiske foretagne dispositioner. Der skal derfor, som udgangspunkt anvendes going concern værdi i forhold til værdiansættelse af virksomheden. Parternes forklaring om, at det eneste alternativ var konkurs, er ikke noget domstolene lader sig påvirke af. Også her, kommer den bevismæssige værdi af forklaringerne i spil. I de ovenstående sager har der været regnskabsmateriale der eksplicit viser at virksomheden er insolvens eller nær insolvens. Parternes forklaringer har derfor ikke bevismæssig tyngde til, at domstolene vil fravige ovenstående konkursretlige hensyn til kreditorer og problematikken med nærtstående.

Det kan derfor konkluderes at nærtstående parter, hvis eneste bevisførelse består af egne forklaringer og en værdiansættelse fra en part, hvor der er en interessekonflikt, taber kampen i ovenstående situation, hvis en syn- og skønserklæring dokumenterer en difference i prisen og aktivets reelle værdi. Formodningen om at der er givet en delvis gave gør, at et økonomisk tab for de efterladte kreditorer er eksisterende og den mindste tvivl om, hvorvidt der er givet en gave eller ej, kommer de sagsøgte til skade.

9. Summary

Summary of:

The evidential weight of evidence for reversal of extrajudicial restructuring between closely related persons

Master Thesis written by Anders Mikkelsen, 10th semester, law, AAU

This master thesis concerns the challenges with an extrajudicial restructuring between closely related persons, when the company economics is on the edge of going bankrupt. The main problem is that the former company creditors have a high risk of getting an economic loss if the person's does not respect the principle of arm's length. This thesis contains a presentation to principles of the bankruptcy act and mergers and acquisitions and why an extrajudicial restructuring raises a number of issues. The biggest challenge in making an extrajudicial restructuring, is that the company's assets is being moved out of the creditors sphere and therefore the creditor have a risk for an economic loss if the transaction of the assets is not in respect of the above mentioned principle of arm's length. The challenge is the purchase price of the assets and how to calculate the price. If there is any question whether or not the price is indicating the market value of the assets, the bankruptcy act § 64 makes it possible for the bankruptcy estate to reversal the transaction. Therefore it is of significance meaning whether or not the purchase price is in respect of the arm's length. If the bankruptcy estate documents that the price was too low there is a presumption that the transaction contains a gift because the persons are closely related.

This is why most of the focus in this thesis is on the relevant legal practices. There is a number of cases that are being analyzed in hope of answered this thesis statement. The main question in these cases is whether or not the purchase price for the assets indicates the market value. These cases should give some guide-lines about the extrajudicial restructuring between person's that are closely related and what evidence is needed for a successfully extrajudicial restructuring without disregarding the arm's length principle.

The conclusion of this thesis is that the person's should, before completions of an extrajudicial restructuring, obtain one or more valuations of the company from independent persons to secure that the purchase price is the market value of the company. Furthermore the person's should use the going-concern method of calculation to fulfill the courts principle of calculating the value of the company by using the going-concern method. The court has several times concluded that the burden of proof for substantiate that bankruptcy was the only solution is hard. Therefore you must threat

the company as going concern and not value the assets after forced sale from a bankruptcy estate where the price is unquestionably significantly lower. It is also of importance whether or not the company's creditors have been informed of this transaction and also whether or not the creditors have accepted the transaction.

With these guidelines in perspective it should be possible to make an extrajudicial restructuring between closely related persons in respect of the principle arm's length.

The main question to remain unanswered, which is not part of the thesis statement, is the person's motive of making an extrajudicial restructuring? Is the person driven by a motive that does not serve protection from the courts? Are the person's trying to cut corners with this transaction instead of using the courts judicial system that works and respects the principles in the bankruptcy act? These are some number of questions that is worth taking in consideration when making an extrajudicial restructuring between closely related persons.

10. Perspektivering

Ovenstående sager er ikke enkeltstående eksempler med den behandlende situation. Efter den økonomiske krise tog fat i 2007-2008, har det medført en række konkursboer efterfølgende, hvor ovenstående situation har været aktuel. Dette har selvfølgelig medført en række lignende sager ved de danske domstole. Nedenfor er et dugfriskt eksempel på den lignende situation, som er blevet behandlet af Byretten i Randers. Til behandlingen af sagen har medvirket tre dommere, hvilket selvfølgelig bidrager til dommens præjudikatværdi. Dommen, som er utrykt, blev afsagt d. 19. april 2016 og vil kort blive opridset, således den kan fungere som et diskussionsgrundlag om retstilstanden til det mundtlige forsvar.

Dommen, afsagt den 19. april 2016 i sag nr. BS 6-336/2015, omhandlede flere forskellige problemstillinger. En af disse var overdragelse af en virksomheds samtlige aktiver og aktiviteter til et nystiftet selskab. Ledelsen i de to selskaber var identiske, og der var således tale om nærtstående. Kort forinden overdragelsen var der indhentet en uafhængig værdiansættelse, som opgjorde virksomhedens værdi i going concern-, målrettet salgs- og realisationsværdi.

Virksomheden blev værdiansat til 4.896.500 mio. kr. i going-concern værdi, men trods dette, overdrager ledelsen samme aktiver og aktiviteter til i alt 1.481.600 mio. kr.

Derudover havde selskabet forfordelt visse kreditorer, således at der var en kreditor tilbage, som var nødsaget til at anmelde sit krav i konkursboet. Denne kreditor udgjorde størstedelen af de anmeldte krav i konkursboet.

Det nystiftede selskab, som havde ført samme identiske virksomhed videre og selskabets ledelse blev fundet erstatningsansvarlig for konkursboets tab, da der kunne omstødes efter Konkurslovens § 64 og § 74.

Byretten lagde den uafhængige værdiansættelse til grund og brugte den beregnede going-concern værdi heri til at beregne konkursboets tab.

Byretten slår fast, at overdragelsen skulle have taget udgangspunkt i virksomhedens going-concern værdi og ikke værdien efter målrettet salg. Baggrunden herfor er, at ledelsen videreførte virksomheden i nyt regi, hvorfor der er tale om overdragelse af going-concern virksomhed. Byretten afviser således hurtig de sagsøgte forklaringer om den svære omsættelighed med varelager osv., og den yderligere indhentede værdiansættelse, som er foretaget efter overdragelsen. I den nye værdiansættelse vurderes going-concern værdien til 880.000 kr. Der var således usikkerhed om værdien, men trods dette, lægger Byretten den førstnævnte værdiansættelse til grund for tabsberegningen med følgende begrundelse *”I de tilfælde, hvor vurderingsselskaberne har vurderet aktiver forskelligt, findes derud fra oplysningerne om de to vurderinger ikke grundlag for at tilsidesætte værdiansættelsen fra Vurderingsfirmaet ApS, som Selskabet havde indhentet til brug for salg af virksomheden, og som er udført af to vurderingsmænd efter nærmere undersøgelser af aktiverne”*.¹⁰² Det er således samme vurdering der foretages som de øvrige. Værdiansættelsens kvalitet samt hvorvidt vurderingsmændene er uafhængige.

Byretten fastholder således princippet om, at der skal tages udgangspunkt i de faktiske foretagne dispositioner. Som udgangspunkt er det derfor going-concern værdien, der skal anvendes i udenretlige rekonstruktioner til nærtstående uanset hvad de involverede parter måtte mene om dette.

Det er interessant, at Byretten videreførte samme fremgangsmåde, som der er blevet statueret og konkluderet på baggrund af specialets analyse. Dette kunne tyde på, at konklusionen specialet tegner kan være præcedens-dannende i forhold til domstolenes fremtidige behandling af disse sager.

Afgørelsen er blevet anket til Vestre Landsret af de sagsøgte.

¹⁰² BS 6-336/2015 s. 35

11. Litteraturliste

Artikler

Højlund Christensen, Lasse, professor AU U2015.2219H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelse, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2015.193

Plannthin, Morten & Saugmandsgaard, Jesper *Hvordan undgår skat at stå tilbage med aben?*, SREV.2012.1.6

Bøger

Nielsen, Ruth & Tvarnø, Christina *Retskilder & retsteorier*, 1. udgave, 2005, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Evald, Jens *At tænke juridisk*, 1. udgave, 2009, Nyt Juridisk Forlag

Ørgaard, Anders *Konkursret*, 10. udgave, 2011, Jurist- og Økonomforbundets forlag

L. Petersen, Lars & Ørgaard, Anders *Konkursloven med kommentarer*, 11. udgave, 2010, Thomson Reuters

Paulsen, Jens *Insolvensret Konkurs*, 1. udgave, 2010, Thomson Reuters

E. Hansen, Johannus & Lundgren, Christian *Køb og salg af virksomheder*, 5. udgave, 2014, Nyt juridisk forlag

Christensen, Lasse, Sommer, Kim & Rammeskov Bang Pedersen, Ulrik *Konkurs*, 1. udgave, 2014, Jurist- og økonomiforbundets forlag

Blume, Peter *Juridisk metodelære*, 2009, Jurist- og Økonomforbundets forlag

Retspraksis

U2005.2235H

U2007.2772H

U2009.1796H

U2011.963H

U2015.2219H

Dom, afsagt den 19. april 2016 i sag nr. BS 6-336/2015

Love og forarbejder

Konkursloven (LBKG 2014-01-06 nr. 11)

Betænkning nr. 606, 1971 – forarbejder til konkursloven (KBET1971606)