



LEDELSENS ANSVAR VED SUBJEKTIVE OMSTØDELSE

The management's responsibilities at subjective avoidance



24. NOVEMBER 2016

DAVID JACOB TYRRELL
Aalborg Universitet

Titelblad

Vejleder: Anders Ørgaard

Studie: Cand.merc.jur.

Retsområde: Konkursret og Selskabsret

Titel: Ledelsens ansvar ved subjektiv omstødelse

Engelsk titel: The management's responsibilities at subjective avoidance

Afleveringsdato: 24. november 2016

Antal sider: 40

Antal tegn: 109.810

Afleveret af:

David Jacob Tyrrell

Under vejledning af:

Anders Ørgaard

Indhold

Kapitel 1 – Indledning, problemformulering, afgrænsning og disposition	4
1.1 - Indledning og problemformulering	4
1.2 - Afgrænsning.....	5
1.3 - Metode:	5
1.4 - Disposition	5
Kapitel 2- Generelt om omstødelse	7
2.1 - Generelt om omstødelse	7
2.2 - Fristdagen	8
2.3 - Insolvens.....	8
2.4 - Konkursordningen.....	8
Kapitel 3 - Subjektiv omstødelse	9
3.1 - § 72.....	9
3.1.1 - Generelt om § 72.....	9
3.1.2 - Stk. 1, betaling af gæld	11
3.1.3 - Stk. 2 Betalinger af andre dispositioner.....	12
3.1.4 - Stk. 3 Rekonstruktørens godkendte dispositioner	13
3.2 - § 74	14
3.2.1 - Generelt om § 74.....	14
3.2.2 - Dispositioner ved kreditorbegunstigelse (forrykkende dispositioner).....	15
3.2.3 - Forringende dispositioner.....	16
3.2.4 - Insolvens	17
3.2.5 - Utilbørlighed	18
3.3 - Erstatningsreglen for §§ 72 og 74	21
3.4 - Delkonklusion	21
Kapitel 4 - Generelt om selskaber og hvad der forstås ved et selskabs ledelse	23
4.1 - Forskellige kapital-selskabsformer	23
4.2 - Selskabets ledelse:	23
4.3 - Bestyrelsens og tilsynsrådets opgaver	24
4.4 - Direktionens opgaver:	25
Kapitel 5 - Ledelsens erstatningsansvar	26
5.1 - Hvem kan ifalde erstatningsansvar?	26
5.2 - Bestyrelsesansvar vs. Professionsansvar	27
5.3 - Betingelser for erstatningsansvar	27

5.3.1 - Tab	28
5.3.2 - Årsagssammenhæng	28
5.3.3 - Påregnelighed	28
5.3.4 - Culpabedømmelsen:.....	28
5.3.5 - Forretningsmæssigt skøn.....	28
5.3.6 - Passivitet.....	29
5.4 - Pligter	29
5.4.1 - Tilsyn.....	29
5.4.2 - Bogføring og regnskab.....	30
5.4.3 - Forsvarligt kapitalredskab.....	30
5.4.4 - Selskabet midler	31
5.5 - Nedsættelse af erstatningspligten	32
5.6 - Søgsmål	32
5.7 - Delkonklusion	32
Kapitel 6 - Analyse	33
Kapitel 6 - Konklusion	35
Kapitel 8 - English Abstract.....	37
Kapitel 9 - Litteratur- og domsliste	39
9.1 - Litteraturliste	39
9.1.1 - Bøger	39
9.1.2 - Websider:.....	39
9.2 - Doms og lovliste	39
9.2.1 - Love	39
9.2.2 - Domme	40

Kapitel 1 – Indledning, problemformulering, afgrænsning og disposition

1.1 - Indledning og problemformulering

Da Danmark indtrådte i den verdensomspændende lavkonjunktur i starten 2008, eksploderede antallet af konkurser i forhold til, hvad der tidligere var set. Således var der i 2007 2401 selskaber, der gik konkurs. Det tal var i 2008 steget til 3709¹. I 2009 var det tal steget til 5710². Til trods for, at der ikke længere snakkes så meget om finanskrisen om end at økonomien stadig er ramt, var der i 2015 stadig 4029³ konkurser, og for de første 10 måneder af 2016 er det tal allerede markant højere end 2015, nemlig 5030⁴ konkurser. Disse tal viser meget godt, at krisen stadig kradser hos selskaberne. Krisen har således medført, at mange selskaber måtte stoppe driften pga., at der ikke var nok kapital til at fortsætte og måtte derved ty til konkurs.

Når et selskab går konkurs vil konkursboet kigge på, hvad der ligger til grund for denne konkurs. Altså om der har været nogle forhold, der har gjort selskabet så insolvent, at en fortsættelse er umulig. Et af de forhold kurator kigger specielt meget på, er om der kan omstødes. Omstødelse var allerede en del af den første konkurslov i 1872, og senest blev disse ændret i 1973, hvor antallet af objektive omstødelsesregler blev udvidet, men hvor der også blev udvidet med en ny subjektiv regel samtidig med, at den subjektive regel, der var, også blev ændret⁵. Omstødelsesreglerne har til formål at sikre, at værdierne i selskabet også er der, når konkursen indtræder således, at der kan ske en lige fordeling efter konkursordenens regler. Hvis en disposition før konkursen medfører ubalance mellem kreditorerne må den omstødes. Når der ikke kan omstødes efter de objektive regler, vil kurator ty til de subjektive regler. Heri vil kurator kigge på hvor meget af ansvaret den begunstigede kreditor selv har ved at modtage dispositionen. Heri om kurator kan kræve erstatning af kreditoren. Retspraksis har ved anvendelsen af de subjektive regler lagt meget vægt på den begunstigedes onde tro overfor dispositionen, hvortil domstolen også har lagt vægt på de erstatningsretlige regler, når det skal vurderes om kreditor skal ifalde erstatningsansvar.

Når en disposition kan omstødes, vil det også kunne diskuteres, hvor meget af ansvaret for denne disposition, at ledelsen i selskabet har haft. Før selskabsreformen i 2010 kunne reglen om ledelsens ansvar findes i aktieselskabsloven samt anpartsselskabsloven, som nu er samlet til en lov, nemlig selskabsloven, hvor den findes i § 361. Domstolen har, når den skal vurderer om ledelsen kan idømmes erstatningsansvar, lagt vægt på de erstatningsretlige betingelser, herunder specielt culpabedømmelsen, når det skal vurderes om ledelsen har handlet ansvarspådragende, hvortil domstolen også har lagt meget vægt på, om denne har tidsidesat sine pligter. Derved en vurdering om ledelsen, gennem deres handling, enten har forårsaget konkursen eller kunne afværge konkursen.

I forhold til omstødelse kan det altså vurderes om ledelsen også bære en del af ansvaret og med udgangspunkt i dette, er nedenstående problemformulering således formuleret:

- *Hvis omstødelsesreglerne i konkurslovens § 72 og 74 er opfyldt, vil det så medføre, at en eller flere af elementerne i erstatningsreglen i selskabslovens § 361 er opfyldt?*

¹ Danmarks statistik: statistikbanken.dk

² Danmarks statistik: statistikbanken.dk

³ Danmarks statistik: statistikbanken.dk

⁴ Danmarks statistik: statistikbanken.dk

⁵ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 79-85

Ovenstående problemformulering vil blive besvaret med nedenstående problemstillinger:

- Hvad er betingelserne for subjektiv omstødelse efter hhv. KL § 72 og 74?
- Hvad er betingelserne for, at ledelsen kan idømmes erstatningsansvar?
- Hvem anses som værende ledelsen?
- Hvornår er et selskab insolvent?

1.2 - Afgrænsning

Omstødellesbegrebet er et vidt begreb i konkursloven. I dette projekt vil fokus således hovedsageligt være på subjektiv omstødelse. Objektiv omstødelse vil kun kort blive nævnt, og reglerne herfor vil sporadisk blive nævnt i projektet, når det findes relevant. Omstødelse er så vidt muligt begrænset til at omhandle kapitalselskaber. Projektet vil ikke nævne det historiske forarbejde til omstødellesreglerne, med mindre dette findes relevant at inddrage.

Ledelsens ansvarsbegreb er ligeledes et omfattende begreb. I projektet vil der være fokus på ledelsens ansvar ved tilsidesætte af deres pligter, og hvordan disse således bliver erstatningsansvarlig. Også her vil projektet ikke nævne det historiske forarbejde, medmindre dette findes relevant at inddrage.

1.3 - Metode:

I dette speciale undersøges gældende ret. Dvs. at projektet tager sit udgangspunkt i gældende lovgivning, forarbejder, domsafgørelser osv. Herved anvendes den retsdogmatiske metode indenfor den juridiske metode. Til udarbejdelse af projektet vil der også blive inddraget den relevante juridiske litteratur. Den juridiske litteratur har ikke status af retskilde, men den er med til at fortolke hvad den nuværende retsstilling er. Derved fortæller den juridiske litteratur således den teoretiske opfattelse af den gældende retsstilling.

1.4 - Disposition

Kapitel 1: Indledning, problemformulering, afgrænsning, disposition og metode

I kapitel 1 vil der være fokus på indledning, problemformulering, afgrænsning og metode, der er med til at danne ramme om projektet.

Kapitel 2: Generelt om omstødelse og konkurs med relevans til omstødelse

I Kapitel 2 vil der være et generelt fokus på omstødelse, herunder forskellen på objektiv og subjektiv omstødelse. Der vil også være fokus på de andre konkursretlige begreber, som har relevans til omstødelse, herunder fristdagen. Til dette vil gældende ret og relevant juridisk litteratur blive anvendt.

Kapitel 3: Subjektiv omstødelse

I kapitel 3 vil der være fokus på, hvad der skal til for, at der kan omstødes efter § 72 og 74, og herunder hvordan at en kreditor kan blive erstatningsansvar. Her vil der bl.a. blive kigget på begrebet utilbørlighed og insolvens. Det hele afsluttes med en delkonklusion. Til dette kapitel vil gældende ret og relevant juridisk litteratur blive anvendt.

Kapitel 4: Generelt om selskaber og selskabsledelse

I kapitel 4 vil der være fokus på, hvad der forstås ved et selskab, og hvordan et selskabs ledelse er opbygget for derefter at kunne identificere ledelsen i selskabet. Herunder vil der også blive kigget

på nogle af de opgaver ledelsen har. Til dette kapitel vil gældende ret og relevant juridisk litteratur blive anvendt.

Kapitel 5: Ledelsens erstatningsansvar

I kapitel 5 vil der være fokus på, hvilke betingelser, der skal være opfyldt før, at selskabets ledelse kan blive erstatningsansvarlige. Herunder vil der bl.a. kigget på de almindelige erstatningsretlige regler samt ledelsens forpligtelser. Det hele afsluttes med en delkonklusion. Til dette kapitel vil gældende ret og relevant juridisk litteratur blive anvendt.

Kapitel 6: Analyse

I kapitel 6 vil der blive foretaget en analyse ved at sammenligne reglerne for ledelsens erstatningsansvar med reglerne for erstatning i de subjektive regler. Dette gøres for at kunne give et svar på problemformuleringen.

Kapitel 7: Konklusion

I kapitel 7 vil konklusionen afslutte projektet. Konklusionen vil inddrage de to delkonklusioner, give et svar på problemformuleringen efter analysen samt komme med afsluttende bemærkninger.

Kapitel 8: Abstract

I kapitel 8 vil det engelske resumé af opgaven fremgå.

Kapitel 9: Litteratur og domsliste

I kapitel 8 forefindes den lovgivning, de domme og den litteratur projektet har anvendt.

Kapitel 2- Generelt om omstødelse

Dette afsnit omhandler generelt om konkurs og omstødelse med relevans til kapitlet om subjektiv omstødelse. Blandt andet vil afsnittet komme ind på de fælles betingelser for omstødelse, fristdagen og hvad der menes med insolvens. Til dette vil blive anvendt relevant juridisk materiale og retskilder.

2.1 - Generelt om omstødelse

6 7 8 Omstødelserreglerne er en slags hensyn til et selskabs kreditorer og en slags hensyn til en passende begrænset frihed for et selskab i økonomisk krise.

Omstødelserreglerne er reguleret i konkurslovens kapitel 8 hvilket er §§ 64-81. Dog findes omstødelserregler også i forsikringsaftalelovens § 117, aftalelovens § 21, stk.2, 2.pkt., pensionsopsparingslovens § 12 samt i selskabslovens § 138, stk. 2. Projektet vil ikke komme nærmere ind på disse regler.

Omstødelse er betinget af at skyldner enten er under konkurs, under rekonstruktion jf. §121 samt under gældssanering, jf. § 221. Ligeledes anvendes omstødelserreglerne også for et insolvent dødsbo. Det vil typisk være boet under konkurs, rekonstruktion eller gældssanering, der anlægger omstødelssag mod skyldner.

Omstødelse kan deles op i subjektive og objektive omstødelser. De objektive regler er reguleret i §§ 64-71, mens de subjektive regler er reguleret i §§ 72 og 74 som også er disse paragraffer, projektet er bygget op om. Der kan, ved objektive omstødelserregler, ske omstødelse uanset den begunstigedes gode eller onde tro. For de subjektive omstødelserregler skal den begunstigede være i ond tro.

Omstødelse kan ligeledes deles op i forrykkende og forringende dispositioner. Forrykkende dispositioner findes i §§ 67, 70 og 71 og betyder, at en kreditor er blevet betalt fuldt ud på bekostning af de andre kreditorer. Forringende dispositioner, som findes i §§ 64-66, betyder, at der undrages midler fra skyldners aktiver, som forringer skyldners betalingsevne. §§ 72 og 74 kan både være forrykkende og forringende.

Omstødelse er også betinget af, at skyldner har været eller blev insolvent, da dispositionen blev foretaget. Hvis en omstødelse gør skyldner solvent kan omstødelse ikke ske. Ydermere er det en betingelse, at dispositionen har været til skade for de øvrige kreditorer, jf. ordlyden ”på bekostning af andre” som den fremgår af § 74.

Fristerne for omstødelse varierer i alt fra 3 måneder, 6 måneder, 1 år og helt op til 2 år før fristdagen. Dette gælder dog ikke for § 72, der omhandler dispositioner foretaget efter fristdagen, mens § 74 ikke har nogen tidsfrist.

⁶ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 373-382

⁷ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 89-98

⁸ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013), s. 543-555

Omstødelse kan ikke ske, hvis ekstinktion eller ugyldighed kan gøres gældende overfor dispositionen.

For de objektive regler er det i § 75 reguleret således, at den begunstigede skal fralægge sig den berigelse denne har fået som dog ikke må overstige boets tab. I de subjektive regler er det § 76, der gælder hvortil, at den begunstigede skal svare erstatning, som ligeledes ikke må overstige boets tab. Dog er det her ikke et krav om, at den begunstigede skal være blevet beriget.

2.2 - Fristdagen

Fristdagen er reguleret i KL § 1 og fastslås som den dag skifteretten modtog begæring om konkurs, rekonstruktion eller gældssanering, dagen for skyldners død samt dagen for likvidation eller tvangsopløsning af et selskab. I stk. 2, stk. 3 og stk. 4 er der indsat en række sløjferegler for fristdagen. Stk. 2 fremhæver, at hvis en begæring om rekonstruktion tilbagekaldes, fastholdes den dag hvor skifteretten modtog en begæring om rekonstruktion, såfremt der indenfor 3 uger, indgives en ny begæring om rekonstruktion eller en begæring konkurs eller gældssanering. Det samme gælder for en rekonstruktions udløb. Stk. 3 og 4 har samme regler som stk. 2. I stk. 3 er det konkursbegæring, der fastholdes, hvis der kommer en begæring indenfor 3 uger af konkursens tilbagekaldelse og i stk. 4 er det gældssanering.

2.3 - Insolvens

Insolvens er reguleret i KL § 17, stk. 2 sammenholdt med § 18. § 17, stk. 2 siger, at skyldner er insolvent såfremt, at skyldner ikke er i stand til at betale sine forpligtelser efterhånden som de forfalder. Dette gælder dog ikke hvis insolvensen blot anses for at være forbigående. § 18 siger, at insolvens generelt foreligger såfremt, at skyldner erkender at være insolvent, skyldner er under rekonstruktionsbehandling, skyldner har standset sine betalinger eller at der, inden 3 måneder før modtagelse af konkursbegæring, er forsøgt udlæg, som der ikke kunne opnås fuld dækning for hos skyldner⁹.

2.4 - Konkursordenen

Konkursordenen er den fordelingsnøgle, som kurator bruger til fordeling af de midler, der er tilbage i selskabet til de kreditorer, der har et krav. Denne fordeling er reguleret i §§ 93-98. I § 93 betales alle omkostninger ved konkursen og konkursboet. I § 94 betales gæld, der er fremkommet ved forsøg på likvidation, rekonstruktion og gæld optaget af rekonstruktøren. I § 95 betales løn og andet ansættelsesrelateret. I § 96 betales afgifter til staten. I § 97 betales alle andre fordringer (simple krav) undtagen § 98 betalinger. I § 98 betales renter forekommet efter dekretdagen, bøder og gaveløfter. Projektet vil ikke komme nærmere ind på disse regler.

⁹ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 66

Kapitel 3 - Subjektiv omstødelse

I dette kapitel gives der svar på, hvordan der kan omstødes efter § 72 og § 74. Hvilke betingelser der her ligger bag. Ligeledes gives der svar på hvordan en kreditor kan ifalde erstatningsansvar. Det hele bliver rundet op med en delkonklusion. Til dette kapitel vil der blive brugt relevant juridisk materiale og retskilder.

3.1 - § 72

3.1.1 - Generelt om § 72

^{10 11}I § 72, stk. 1 og 2 er reglerne tidsmæssigt begrænset til at være betaling af gæld og andre dispositioner efter fristdagen, jf. KL § 1. Derved er reglerne først gældende for dispositioner foretaget efter udløbet af det døgn, hvor en begæring om rekonstruktionsbehandling, konkurs eller gældssanering indtrådte. Reglerne er også anvendelig for dispositioner foretaget efter dekretet, ligesom § 72 også kan anvendes selvom fristdagen bygger på en af sløjfereglerne i KL § 1, stk. 2-4, jf. U 1992.940.

I U 1992.940 V havde selskab A d. 24. august 1990 indgivet konkurs mod selskab S. A skrev d. 27. august, efter at have afvist en delbetaling på det tilgodehavende, at hvis ikke der kom fuld dækning fra S i form af en check, ville A d. 31. august i skifteretten fastholde konkursbegæringen. D. 29. august modtog A en check på det fulde beløb, og A frafaldt derved konkursbegæringen. D. 7 september indgav S konkursbegæring mod sig selv, og skifteretten erklærede S konkurs samme dag med fristdag d. 7. september. Byretten kom frem til at omstødelse af checken, som var sket på bekostning af de andre kreditorer, kunne ske efter § 74. Landsretten kom frem til at omstødelse kunne ske efter § 72, i det at A var bekendt med S insolvens, jf. dennes konkursbegæring fra d. 24 august. Derved var A i ond tro, og fristdagen blev derfor sat til at være d. 24. august.

Reglerne i § 72 omfatter samtlige dispositioner foretaget efter fristdagen og et eksempel på en sådan disposition, som omfattes er en, der er foretaget mellem en konkursbegæring og afsigelsen af konkursdekretet. § 72 vil dog typisk omhandle en rekonstruktionsbehandling, og det ses også i § 72, stk. 3, hvor der er indsat en regel om rekonstruktørens beføjelser. Denne regel får kun selvstændig betydning, hvis betingelserne for at omstøde efter § 72 ikke er opfyldt.

Hvis en fristdag afbryder en kontrakts normale afvikling, hvor ydelsen til skyldner er leveret før fristdagen, mens at skyldners modydelse først er foretaget efter fristdagen, er udgangspunktet, at skyldners ydelse kan omstødes og ikke vil blive omstødt hvis undtagelserne hertil er opfyldt.

§ 72 er betinget af at dispositionen har været af forrykkende eller forringende karakter og dermed, at boet har lidt et tab, jf. §§ 75 og 76. Derved skal der være sket en begunstigelse af en kreditor eller unddraget aktiver, der skule have sikret fyldestgørelse af en kreditor.

§ 72 er som § 74 en subjektiv omstødelsesregel. Det betyder, at omstødelse ikke kan ske såfremt, at den begunstigede ikke kendte eller burde kende de omstændigheder, der lå til grund for en begæring om konkurs, rekonstruktionsbehandling eller gældssanering og derved en etablering af en fristdag. Det er her uden betydning, at den begunstigede ikke forstod at indgivelse af en begæring ville medføre en etablering af en fristdag. Omstødelse kan ske for den begunstigede, der enten vidste

¹⁰ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 581-586

¹¹ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 152

eller burde vide, at skyldner havde stoppet sine betalinger, jf. U 1985.362 H. Bevisbyrden for god tro ligger hos den begunstigede.

I U 1985.362H havde skyldnerselskabet A i en cirkulæreskrivelse af 21. februar 1980 til dennes kreditorer oplyst, at A ikke var i stand til at betale forfalden gæld. A's advokat skrev i en senere skrivelse, at A ville søge at udsætte sine gældsposter i en form for tvangsakkord. A meldte aldrig sin betalingsstandsning til skifteretten, og d. 2. april indgav A konkursbegæring mod sig selv med fristdag samme dag. SKAT modtog d. 10. april A-skatten for marts måned. Landsretten fandt, at denne betaling kunne omstødes efter § 72, stk. 1 eftersom, at SKAT var i ond tro omkring betalingsstandsningen i det, at denne var bekendt med de to skrivelser.

Begæring om konkurs, rekonstruktion eller gældssanering offentliggøres ikke, jf. KL § 9, stk. 1. Det betyder, at der, i perioden mellem begæringen og indledningen på konkurs, gældssanering eller rekonstruktion, kan forekomme tilfælde, hvor den begunstigede vil være i stand til at bevise sin gode tro mht. til fristdagen.

Dog vil det være noget sværere for den begunstigede at bevise sin gode tro efter indledningen til en rekonstruktionsbehandling, eftersom skifteretten indrykker en indkaldelse til kreditormøde i statstidende, hvorefter, at rekonstruktøren giver meddelelse om dette møde til alle kendte kreditorer senest en uge efter, jf. § 11 a, stk. 2. Det betyder dog ikke, at der ikke kan komme tilfælde, hvor den begunstigede vil være i stand til at bevise sin gode tro.

Jf. § 72, stk. 2 kan omstødelse ikke ske overfor den som ”med føje antog at dispositionen var nødvendig.” Det betyder, at den begunstigede skal være bekendt med fristdagen, men alligevel antog at dispositionen var nødvendig ligesom, at den begunstigede ikke kan søge om god tro mht. til fristdagen og samtidig gøre gældende, at dispositionen var nødvendig. Også her ligger bevisbyrden hos den begunstigede.

Hvis ikke omstødelse kan ske efter § 72 fordi den begunstigede var i god tro mht. til fristdagen, kan der stadig søges omstødelse i de andre omstødelsesregler.

Hvis en vare er individualiseret efter § 32 vil leveringen af varen ske uden risiko for omstødelse efter §72. Omstødelse kan som regel heller ikke ske ved varer, som er individualiseret, men stadig mangler at blive bearbejdet. Herunder kan f.eks. nævnes byggeprojekter, skibsbyggeri osv., hvor betalingen forekommer i rater i takt med at varen bliver produceret eller bygget.

Skattegæld er omfattet af § 72, jf. U 1988B.417¹², da skattegæld i konkursordenen er ligestillet med anden simpel gæld. Lønindeholdelse er derimod ikke omfattet af § 72, jf. U 1987.755/2 H sammenholdt med U 1988B.417, og derved kan SKAT samt andre kreditorer gøre udlæg i den lønindtægt skyldneren har under konkursen.

I U 1987.755/2H blev det af højesteret udtalt, at lønindeholdelse ikke kan omstødes efter §§ 72 og 74 og at forarbejderne til gældssaneringsloven ikke giver grundlag for at anvende omstødelsesreglerne i videre omfang end ved konkurs og tvangsakkord. Landsretten var ellers kommet frem til, at lønindeholdelse kunne omstødes efter § 72, stk. 2 efter fristdagen.

§ 72 deles op i 3 afsnit, hvor stk. 1 omhandler betaling af gæld, stk. 2 omhandler betaling af andre dispositioner mens stk. 3 omhandler rekonstruktørens beføjelser.

¹² Mogens Munch: U1988B.417

3.1.2 - Stk. 1, betaling af gæld

¹³ ¹⁴ ¹⁵ Hovedreglen i § 72 er, at alle dispositioner, foretaget efter fristdagen, skal omstødes. Betalinger med varer i stedet for penge er omfattet af reglerne i § 72, stk. 1. Betaling af gæld sikret ved pant stillet af skyldner eller ved ejendomsforbehold i en genstand købt af skyldner er ikke omfattet af § 72.

Kontantkøb er ikke omfattet af § 72, stk. 1, men vil, hvis betingelserne herfor er opfyldt, være omfattet af reglerne i stk. 2.

Jf. ordlyden i § 72, stk. 1 kan omstødelse ikke ske, hvis betalingen af gælden er dækket efter reglerne i konkursordenen. Det betyder, at betalinger af fordringer med fortrinsret ikke kan omstødes såfremt, der også vil være dividende til de simple krav, jf. f.eks. U 1998.1047.

I U 1998.1047 indgav skyldner S i juni 1993 betalingsstandsning til skifteretten, der blev opretholdt til juni 1994. Ligeledes i juni 1994 var gældssanering indledt, og ved at ophæve en række pensionsordninger, betalte S revisor R's krav med disse midler. I december samme år blev et gældssaneringsforslag godkendt, og gæld stiftet før juni 1994 blev nedsat med en dividende. En anden kreditor anlagde sag mod R med påstand om omstødelse for den disposition, S havde foretaget til R. R's krav ville uden tvivl være omfattet af KL § 94, hvis konkursbehandling var indledt. Landsretten kom frem til, at der, ved afsigelse af gældssaneringen, var fuld dækning for fordringer omfattet af § 94, og derved kunne der ikke omstødes efter § 72, stk. 1.

I U 1998.1047, som nævnt ovenfor, blev bestemmelsen udvidet til i en gældssanering, hvor konkursordenen ikke er gældende, også at omfatte betaling af en fordring, der ellers ville være omfattet af § 94 i tilfælde af konkurs.

I ovenstående undtagelse falder ligeledes de tilfælde, hvor der, i overensstemmelse med lighedsprincippet, er afdraget på den samlede gæld, jf. U 1995.245.

I U 1995.245 V havde H, der drev 2 restauranter, d. 27. november 1990 indgivet begæring om rekonstruktion til skifteretten, der herefter beskikkede A som rekonstruktør. A havde i en skrivelse pr. 21. december, meddelt kreditorerne, at han mente, at der, som udgangspunkt, ville være dividende til alle kreditorer, hvoraf den ene restaurant ville kunne give fuldt udbytte til de fortrinsstillede krav, men ikke fuldt udbytte til de simple krav. Det afhang af den anden restaurant. I samme skrivelse skrev A, at han ville betale 50% af kreditorernes tilgodehavender. Det viste sig umuligt at sælge den anden restaurant, og d. 10 april 1991 blev H taget under konkurs. Konkursboet vurderede, at der ikke ville være fuld dividende til de anmeldte krav, og dividende kravet nok nærmere var 0-5% til de simple krav. Derved søgte konkursboet omstødelse af denne udbetaling. Byretten kom frem til, at der ikke kunne ske omstødelse, da betalingen ikke skyldes en fejlvurdering af kreditormassen, men nærmere end optimistisk vurdering af muligheden for fyldestgørelse af kreditorerne. Landsretten stadfæstede denne dom.

Ordlyden i § 72, stk. 1 siger endvidere, at der heller ikke kan ske omstødelse, såfremt dispositionen var nødvendig for at afværge tab. Der er her indsat en regel om et forretningsmæssigt skøn, og det,

¹³ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 620-623

¹⁴ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 153-154

¹⁵ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 581-586

der primært omfattes, er betalinger for vedvarende ydelser fra en medkontrahent, eller hvis en kreditor, i forhold til skyldneren, stod i en monopolsituation. Herunder falder betaling for vand, elektricitet, løn, husleje osv. Altså ydelser, der kun kan leveres af en kreditor og som er nødvendig for opretholdelse af virksomheden i et forsøg på at redde denne. Hvis en kreditor overfor skyldner er i en monopolsituation, vil betalinger blive omstødt efter § 74 som betalinger foretaget før fristdagen. Se dog U 1985.1 H som et eksempel på en betaling, der ikke kunne omstødes efter hverken § 72 eller § 74, da denne betaling var nødvendig for opretholdelse af virksomheden.

I U 1985.1 H havde F d. 16. maj 1979 indgivet begæring om rekonstruktion. Denne dato fungerede som fristdag, og F fortsatte herefter med lastvognstransporter til Mellemøsten. Et svensk rederi N havde tilbudt F at få 6 lastvogn med chauffører hjem, som var strandede i Mellemøsten, men havde stillet som vilkår herfor for, at F's gæld til N blev betalt, og det skete med samtykke fra rekonstruktøren. På det tidspunkt synes der at være en mulighed for, at virksomheden kunne redde sig. Senere gik F dog konkurs, og betalingen til N søgtes omstødt af konkursboet, jf. § 72, stk. 3. Det var af den holdning fra de andre chauffører i virksomheden, at F kun kunne fortsætte såfremt, at hjemsendelsen af de 6 lastvognstog blev realiseret. Højesteret kom frem til, at der, på tidspunktet for betalingen, fortsat var en reel mulighed for, at F kunne redde sig, og derved kunne omstødelse ikke ske, da dispositionen var nødvendig for opretholdelse af virksomheden.

Ydelser, hvor skyldner har mulighed for at vælge en anden medkontrahent, vil blive omstødt, herunder f.eks. skyldners valg af telefonudbyder og internetudbyder.

3.1.3 - Stk. 2 Betalinger af andre dispositioner

^{16 17 18} I stk. 2 er det andre dispositioner, der ikke kan omstødes efter stk. 1, omfattet, med mindre dispositionen var nødvendig for opretholdelse af skyldners virksomhed, af rimelig varetagelse for kreditorernes fælles interesser eller til betaling til dagligdagens fornødenheder. Derved adskiller stk. 2 sig fra de andre omstødelsesregler ved positivt at angive hvad der ikke kan omstødes. Stk. 2 omfatter både indgåelse og opfyldelse af nye aftaler samt aftaler indgået før fristdagen.

Hvis der går en længere periode mellem fristdag og konkursdekret, er det udtryk for, at skyldner forsøger at redde sin virksomhed gennem akkord eller på anden vis. Det vil være at foretrække, at virksomheden holdes i gang i mens det undersøges, hvorvidt der er mulighed for enten at kunne fortsætte gennem mere kapital, eller at kunne sælge den eller dele af den. Skyldner må som hidtil kunne modtage og inddrive fordringer idet, at debitorer og kreditorer må anse dette som en nødvendighed for at bevare selskabet. Det betyder således, at skyldner må kunne fortsætte med at trække på en kassekredit ved en bank såfremt, at banken ikke har et modkrav ved ham. Dog vil ekstraordinære høje udtræk kunne udløse spørgsmål om omstødelse i det, at det må kunne antages, at selskabet således ikke følger normal forretningsdrift.

Et salg eller en lukning af tabsgivende dele af skyldners virksomhed kan også være nødvendig for bevarelse af resten af skyldners virksomhed.

¹⁶ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 581-586

¹⁷ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 623-625

¹⁸ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 153

Omfanget af dagligdagens fornødenheder er ifølge, bet. 606,¹⁹ køb i en passende mængde til husholdningen og til skyldners og dennes families personlige brug. Denne regel er lavet så skyldner og hans familie har en mulighed for at overleve til trods for, at skyldner er insolvens, og afsigelse af et evt. konkursdekret nærmer sig.

3.1.4 - Stk. 3 Rekonstruktørens godkendte dispositioner

^{20 21 22}Jf. stk. 3 kan en disposition, foretaget under rekonstruktionsbehandling, ikke omstødes, hvis den er godkendt af rekonstruktøren, medmindre denne åbenbart overskred sine beføjelser ved f.eks. at godkende en betaling i strid med konkursordenen, eller at godkende en betaling, der ikke var nødvendig for at afværge tab. Se dog U 2008.2271, hvor en disposition, i strid med konkursordenen, ikke blev omstødt, da rekonstruktøren havde godkendt dispositionen. Denne vil dog næppe have gældende retsvirkning, da der i retten ikke blev procederet for, at rekonstruktøren havde overskredet sine beføjelser. Denne dom viser dog meget godt, at stiltiende accept fra rekonstruktør også gælder som en godkendelse af en betaling.

I U 2008.2271 skulle B, der var advokat for P, ifølge en købsaftale godkende en handel vedrørende fast ejendom, og skulle, ifølge aftalen, trække beløb fra købesummen så der kunne ske en frigivelse af et beløb til dækning af mæglersalær og garantiprovision. På grund af en uenighed mellem B og købers advokat, blev dette beløb ikke betalt, og d. 29. juni 2005 indgav P begæring om rekonstruktion, og advokat A blev beskikket som rekonstruktør. A og B var i daglig kontakt frem til 8. juli omkring forholdene i P, og d. 7. juli frigav B beløbet og orienterede herefter A. I mellemtiden var P gået konkurs, og konkursboet ved P anlagde sag om omstødelse. A var beskikket rekonstruktør og havde som pligt at tilse, at P's gæld ikke blev betalt. A var derfor bekendt med den problemstilling at skulle forholde sig til, at gælden blev betalt. Landsretten kom frem til, at selvom der ikke lå en skriftlig godkendelse fra A, havde A alligevel godkendt betalinger som følge af bl.a. korrespondancerne mellem A og B. Omstødelse kunne således ikke ske.

Da § 72 typisk omhandler rekonstruktion vil der næsten altid være beskikket en rekonstruktør umiddelbart efter fristdagen. Det betyder at stk. 2 sjældent vil blive effektueret. Jf. bet. 606²³ fremgår det, at kun meget mærkværdige dispositioner, såsom en betydelig gave eller dækning af en långiver, kan omstødes såfremt rekonstruktøren har givet sin godkendelse. Se herved f.eks. U 1999.473:

I U 1999.473 var gårdejer K kommet i økonomiske vanskeligheder, og dennes advokat G orienterede derved panthaverne i K's ejendom om dette, herunder hypotekbanken H. H bad i september 1994 G om at bekræfte, at provenuet fra salg af K's svinebesætning, blev indsat på en sikret konto. G bekræftede dette i november. Den 25. januar 1995 indgav K rekonstruktionsbegæring, og G blev beskikket som rekonstruktør. D. 7. februar kontaktede G, K's bank for at overføre det indestående beløb fra driftskontoen til en særskilt konto. Først d. 8. marts oprettede G en sikret konto, og overførte herved det beløb, som fremkom efter et nettoskøn over driften med svin fra d. 1. september 1994 til d. 13. februar 1995. K gik senere konkurs, og boet anlagde omstødelsessag mod H om omstødelse af sikringskontoen. H adciterede G med påstand om

¹⁹ Betænkning 606 af 1971

²⁰ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 154

²¹ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 581-586

²² Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 625-627

²³ Betænkning 606 af 1971

friholdelse. H procederede, at G ikke havde holdt salget af svinebesætningen adskilt fra K's øvrige midler, hvilket betød, at H's panteret ikke var bevaret. Oprettelsen af sikringskontoen, der indebar en begunstigelse af panthaverne i ejendommen, var derfor omstødelig efter konkurslovens § 72, stk. 2, og det forhold, at dispositionen var truffet af rekonstruktøren, kunne ikke ændre på at omstødelse fandt sted. G var erstatningsansvarlig overfor det beløb som H skulle have frigivet på sikringskontoen.

En rekonstruktør har ikke kompetence til at godkende en virksomhedsoverdragelse, da sådan en skal godkendes i forbindelse med et rekonstruktionsforslag, som er vedtaget af kreditorerne og godkendt af skifteretten, jf. KL §14, stk. 2. Hvis en virksomhed alligevel overdrages efter godkendelse af rekonstruktøren, har rekonstruktøren åbenbart overskredet sine beføjelser, og derved kan omstødelse ske. Der vil sjældent være tilfælde, hvor en virksomhedsoverdragelse synes nødvendig for at afværge et tab.

Hvis rekonstruktøren har indvilget i, at virksomheden fortsættes som hidtil, vil sædvanlige dispositioner være undtaget fra omstødelse efter § 72. Hvis omstødelse er udelukket pga. rekonstruktørens godkendelse, kan der formentlig heller ikke ske omstødelse efter de andre omstødelsesregler. Dog kan det ikke helt udelukkes, at dispositioner, der var nødvendige for at afværge et tab, kan omstødes efter § 74.

Rekonstruktøren kan i øvrigt blive erstatningsansvarlig efter de regler, som ledelsen af et selskab også kan blive, idet han anses som ledelsen i selskabet, da han har overtaget kontrollen med selskabet. Se nærmere nedenfor i kapitlet om ledelsens erstatningsansvar.

3.2 - § 74

3.2.1 - Generelt om § 74

²⁴ § 74 er som § 72 en subjektiv omstødelsesregel. Hvor § 72 har en tidsbegrænsning i forhold til alle dispositioner foretaget efter fristdagen, omhandler § 74 alle dispositioner foretaget før fristdagen uden tidsbegrænsning såfremt, at skyldner var eller blev insolvent ved foretagelsen, jf. § 17, stk. 2. Endvidere er det også en betingelse, at dispositionen er anset som værende utilbørlig, samt at den begunstigede var i ond tro om skyldners forhold. Slutteligt er det også en betingelse, at der er sket et tab i forbindelse med dispositionen, jf. § 76, samt at der er sket en begunstigelse af en kreditor, eller at der er unddraget aktiver, der skulle have været med til fyldestgørelse af en kreditor. § 74 omfatter derfor både forrykkende og forringende dispositioner.

§ 74 fungerer som en slags opsamlingsregel for de andre omstødelsesregler i det, at der ikke er nogen tidsbegrænsning i modsætning til de andre omstødelsesregler. Dvs., at hvis der ikke kan omstødes efter de andre omstødelsesregler, grundet f.eks. fristudløb, kan der søges omstødelse i § 74 såfremt betingelserne nedenfor er opfyldt. Hvis en disposition kan omstødes efter § 74 og en eller flere andre omstødelsesregler, kan boet endvidere selv bestemme, hvilken omstødelsesregel, der skal søges omstødelse i – altså hvilken regel som vil være mest fordelagtig for boet

Som nævnt ovenfor, er der en række betingelser, der skal være opfyldt før omstødelse kan ske efter § 74. Herunder er der altså et krav om at dispositionen var utilbørlig, at skyldner er insolvent, at der er sket et tab, at en kreditor blev begunstiget eller at det skete på bekostning af de andre kreditorer

²⁴ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 138-142

samt, at den begunstigede var i ond tro. Disse vil nu blive gennemgået nedenfor startende med dispositioner ved kreditorbegunstigelser (altså forrykkende dispositioner).

3.2.2 - Dispositioner ved kreditorbegunstigelse (forrykkende dispositioner)

²⁵ § 74 forudsætter, at der er foretaget en disposition af skyldneren i en periode, hvor skyldneren var insolvens eller blev insolvent ved foretagelsen af dispositionen uden, at dette blot var forbigående – altså uden mulighed for at skyldner kunne redde sig. Se nærmere nedenfor. Enhver handling fra skyldners side må anses som en disposition. En disposition behøver ikke komme fra skyldneren selv. En kreditor kan ved selvtægt sikre sig opfyldelse af et krav. Dette kan f.eks. ske ved at realisere aktiver for skyldneren eller, med skyldners tilladelse, at foretage inkasso af udestående fordringer.

Et udlæg foretaget af en kreditor, der har en lovbestemt panteret eller en almindelig panterettighed, er ikke omfattet af § 74, men er derimod omfattet af § 71. Derved synes det, at omstødelse er udelukket, hvis ikke omstødelse kan ske efter § 71. En betaling, som parterne er blevet enige om skal fremgå som et udlæg, vil dog blive omfattet. Endvidere vil et udlæg foretaget udover panterettens rammer også blive omfattet af § 74.

Betaling af forfalden og uforfalden gæld er omfattet af § 74. Dvs. at f.eks. kortfristet usikret lån kan blive omfattet af § 74. Bestemmelsen er ikke begrænset til kun at omhandle simpelt gæld, men omhandler også fordringer med fortrinsret, jf. konkursordningen. Det vil dog ikke give meget mening at forsøge at omstøde de privilegerede lønkrav i konkursordningens § 95, da disse er dækket af lønmodtagernes garantifond.

Lønindeholdelse er heller ikke omfattet af § 74, jf. U 1987.755/2 H, som nævnt ovenfor i § 72.

Ligeledes kan omstødelse gøres gældende overfor §98 krav ligesom, at omstødelse kan anvendes på opfyldelse af krav, der ellers ikke ville kunne gøres gældende mod skyldner, da disse krav mangler retskraft, som f.eks. forældelse. Omstødelse er udelukket, hvis skyldner har overdraget et aktiv, der ikke kan gøres genstand for en kreditorforfølgning som f.eks. en livsforsikringspolice.

Omstødelse er udelukket for overdrageren, hvis en fordring på skyldneren overdrages. Erhververen vil efter § 42, stk. 3 være afskåret fra at udnytte fordringen til modregning i konkurs. Modregning gennemført før konkurs, vil være omstødelig efter § 69 og ikke af § 74, medmindre de tidsmæssige betingelser i § 69 ikke er opfyldt.

En pantsætning for et sikkerhed for et ydet lån, enten samtidigt eller fremtidigt, er ikke omfattet af § 74 eftersom dette ikke er en kreditorbegunstigelse. Omstødelse kan heller ikke ske for den kreditor, der har gyldig panteret i et aktiv eller gyldig ejendomsforbehold i en genstand, der stadig har tilstrækkelig værdi til at dække købesummen. Ombytning af uomstødelig sikkerhed, herunder panteret og ejendomsforbehold, er ikke omfattet af § 74 medmindre sikkerheden er udvidet ved denne ombytning.

En gæld betalt ved træk på en usikret kassekredit vil typisk ikke blive omstødt efter § 74, eftersom det betragtes, at denne disposition som helhed hverken har påvirket skyldners aktiver eller dennes gæld, og at denne disposition derfor ikke er sket på de øvrige kreditors bekostning. Hertil kommer

²⁵ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 486-487

endvidere, at en betaling fra en usikret kassekredit som banken individuelt har godkendt, og som denne har fundet særdeles ønskværdig, typisk ikke kan omstødes. Se hertil U 1987.134.

I U 1987.134 havde F, der var en i store økonomiske problemer, en kassekredit hos bank P. I april 1983 godkendte P en betaling til F's revisor, som havde et tilgodehavende hos F. Maj samme år havde F begæret konkurs efter at akkordforhandling var mislykket. Konkursboet søgte herefter omstødelse hos F's revisor. Højesteret kom frem til, at der ikke var sket en forringelse af F's betalingsevne i det, at P til enhver tid kunne opsige og det også var i P's interesse, at virksomheden kunne fortsætte. Derved var betalingen ej heller utilbørlig.

Et kontantkøb er heller ikke omfattet af § 74 ligesom skyldners levering af varer på kredit heller ikke er. Endvidere er forudbetaling for en bestemt og allerede bindende individualisering af en vare ikke omfattet af § 74, da køberen af denne vare opnåede en ret til levering af denne vare. Omstødelse kan dog ske for opfyldelse af genuskøb, hvis køberen har forudbetalt for en endnu ikke bindende individualisering af disse varer.

En indfrielse af en fordring er omfattet af § 74, også selvom fordringen var sikret ved kaution eller pant sikret af tredjemand. Hvis den begunstigede fordringshaver var i god tro i forhold til skyldners insolvens, kan omstødelse efter § 74 ske overfor kautionisten til trods for, at hovedforholdet er uomstødelig, medmindre kautionisten ligeledes var i god tro. Hvis kautionisten direkte eller indirekte har medvirket ved betalingen i hovedforholdet, kan § 74 under alle omstændigheder kunne bringes i spil.

Hvis en tredjemand har indfriet eller stillet sikkerhed overfor skyldnerens gæld, er omstødelse udelukket. Dette gælder dog ikke hvis midlerne reelt stammer fra skyldner selv, jf. U 1988.484 H ligesom, at det kan tænkes, at to selskaber er så nært forbundne at de må betragtes som værende ens. Se nærmere om insolvens nedenfor.

I U 1988.484H havde bank B et tilgodehavende hos R, og i december 1981 valgte B at indgive konkursbegæring mod R. Efter at R i februar 1982 havde betalt halvdelen af det skyldige beløb, for derefter at afdrage det resterende beløb over nogle måneder, valgte B at trække konkursbegæringen tilbage. I april samme år blev R erklæret konkurs, og konkursboet søgte derefter omstødelse hos B for betalingerne. B påstod frifindelse, da betalingen ikke kom fra R, men et anpartsselskab R var direktør i. Det var R's svoger, der var eneanpartshaver og derfor synes det, at R også var enerådig over dette selskab. R påstod, at han havde et tilgodehavende hos anpartsselskabet, i det hans kone havde indbetalt et beløb til dette. Landsretten fandt dog ikke bevis for, at R havde et tilgodehavende hos anpartsselskabet, ligesom at landsretten fandt, at betalingen reelt kom fra R selv grundet R's position i anpartsselskabet. Omstødelse kunne herefter ske efter § 74.

3.2.3 - Forringende dispositioner

²⁶ Omstødelse kan også ske overfor de dispositioner hvorved skyldners aktiver unddrages fra at tjene til kreditorernes fyldestgørelse, eller at skyldners gæld forøges til skade for disse kreditorer. Dispositioner, der omfattes her, er typisk disse, der også falder ind under reglerne i §§ 64,65 og 66. Hvis en disposition er omfattet af §§ 64,65 og 66, vil boet kun have motiv til at kræve omstødelse

²⁶ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 150-152

efter § 74, hvis den tidsmæssige betingelse i disse paragraffer ikke er opfyldt, eller at erstatningsreglen i § 76 giver et mere favorabelt resultat end berigelses paragraffen i § 75.

3.2.4 - Insolvens

^{27 28 29} Insolvens er en betingelse for, at omstødelse efter § 74 kan ske, ligesom insolvens også er en betingelse for de andre omstødesregler. Skyldner skal således, ved dispositionens foretagelse, enten være insolvent eller være blevet insolvent. Når det skal vurderes om skyldner er insolvent eller blev insolvent, vil princippet i § 17, stk. 2 blive anvendt. Det, der her bliver afgørende, er hvorvidt, at skyldneren var eller blev illikvid, dvs. at skyldneren er ude af stand til at betale sine forpligtelse efterhånden som de forfalder. Insolvens fastsættes derfor efter et skøn om, hvorvidt skyldner har ramt sit "håbløshedstidspunkt", og konkurs derfor er uundgåelig. Dette gælder dog ikke, hvis insolvensperioden antages for blot at være forbigående.

Det, at der kan gå lang tid mellem dispositionens foretagelse og til, at skyldner bliver taget under konkurs- eller rekonstruktionsbehandling, er ikke ensbetydende med, at skyldner var solvent ved dispositionens foretagelse. Den lange tid mellem dispositionen og konkurs- eller rekonstruktionsbehandlingen kan skyldes, at ingen kreditorer har taget initiativ eller har haft interesse i at indgive konkursbegæring mod skyldner.

Har skyldners bank opsagt engagementet med en skyldner, der er i økonomiske vanskeligheder, vil dette typisk være et godt tegn på at skyldner er insolvent.

Aftaler banken med skyldner om, at denne løbende skal nedbringe en gæld eller en kassekredit, kan dette også gøre skyldner insolvent, jf. U 2013.429 H.

I U 2013.429 H havde A, i en periode denne var insolvens, nedskrevet kassekredit hos bank B med et forholdsvist stort beløb, der ikke kunne anses som værende sædvanlig forretningsdrift. Senere blev A erklæret konkurs, og konkursboet søgte herefter omstødelse hos B efter § 74 for dette beløb. Højesteret fandt, at dispositionerne var sket på et tidspunkt, hvor A var insolvent, og at B enten var eller burde være bekendt med denne insolvens. B burde derfor have vidst, at dispositionen ville medføre en begunstiggelse på bekostning af de andre kreditorer, og herved blev betaling også utilbørlig. Omstødelse kunne således ske efter § 74.

Hvis en kautionist stiller en garanti om likviditet, f.eks. et fra moderselskab, vil skyldneren typisk ikke anses for at være insolvent. Dog vil det være mere tvivlsomt om skyldner vil blive solvent, såfremt likviditetstilsagnet kommer fra skyldners nærtstående.

Er likviditetstilsagnet fra kautionisten kun er øremærket til at opfylde den begunstigedes krav, vil det ikke medføre, at skyldner anses som værende solvent, men der vil ikke kunne omstødes efter § 74, eftersom der ikke foreligger et tab, jf. § 76, idet, at dette tilsagn ikke kan anvendes generelt på de andre kreditorer.

Insolvensbetingelsen er betinget af, at den begunstiggede var i ond tro om skyldners situation. Dvs. at den begunstiggede enten vidste eller burde vide, at skyldner var eller blev insolvent ved dispositionens foretagelse. Det er boet, der skal bevise, at den begunstiggede var i ond tro mens, at

²⁷ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 639-643

²⁸ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 143-144

²⁹ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 487-489

det er den begunstigede, som skal bevise at skyldners insolvens blot var forbigående. Derved adskiller det sig fra § 72, hvor det er den begunstigede, der skal bevise god tro.

Ond tro i forhold til insolvens vil blive foretaget efter en konkret vurdering. F.eks. kan det nævnes, at banken vil have svært ved at bevise god tro, hvis banken har opsagt engagementet med skyldner. Eftersom at banken og SKAT typisk er dem, der har mest indblik i skyldnerens økonomi, vil det her være nemmere for konkursboet at bevise, at disse var i ond tro, end overfor skyldnerens andre kreditorer. Se hertil f.eks. U 1996.107 H, hvor ond tro ikke blev bevist.

I U 1996.107 H havde S, der leverede kød til K, i juli 1992 standset sine leveringer med henvisning til, at deres tilgodehavende var vokset til 2 mio. kr. for 4 fakturer, der ikke var blevet betalt. I løbet af efteråret nedbragte K sit tilgodehavende hos S med godt 1 mio. kr., og i december blev K erklæret konkurs. Landsretten kom frem til, at grundet leveringsstandsningen, burde S have kendskab til skyldners insolvens og de omstændigheder, der gjorde betalingen utilbørlig. Højesteret kom frem til, at S ikke havde indgående kendskab til K's økonomiske forhold, og derved, at S ikke vidste eller burde vide, at K var insolvent.

Har den begunstigede modtaget en betaling gennem en fuldmægtig eller har optrådt gennem en repræsentant, vil disse være i ond tro og dette vil smitte af på den begunstigede. En repræsentant kan være en udenlandsk agent i Danmark. Dog vil ond tro hos et statsorgan ikke smitte af på andre statsorganer.³⁰

3.2.5 - Utilbørlighed

^{31 32 33} Udover insolvens er det også et krav, at dispositionen, der er foretaget, er utilbørlig. Det er her ikke tilstrækkeligt blot at konstatere at en disposition er utilbørlig såfremt, der er sket et tab, jf. 76 om end dette også er et krav til dispositionens utilbørlighed. Der må her også tages hensyn til, hvor kritisk skyldnerens situation er. Er konkursen lige rundt om hjørnet, vil skyldners handlefrihed blive kraftigt reduceret³⁴.

Hvis en disposition, der er af en art, som ligeledes kan omstødes efter §§ 64-70 samt § 70, må dispositionen som udgangspunkt klart fremstå som utilbørlig. Dvs. at hvis den begunstigede ikke har modtaget nogen berigelse, jf. § 75, eller hvis dispositionen er foretaget før fastsatte tidsbegrænsning i de objektive regler, vil omstødelse efter § 74 kunne tages i brug. Utilbørlighed omhandler ikke kun de objektive regler for omstødelse. F.eks. er et salg af et aktiv til underpris en utilbørlig disposition, selvom forholdet ikke kan anses som værende en gave, jf. U 2007.1291/3 H.

I U 2007.1291/3 H havde T, der var et entreprenørselskab, solgt nogle parcelhuse til B, der var bygherre og som T udførte byggerier for. Købet var foranlediget af L, der var leverandør ved byggerierne, da denne havde et tilgodehavende hos T for transport. Købet var sket uden forhandling, og var solgt til underpris. Købesummen skulle bruges til den skyldige moms, A-skat og arbejdsmarkedsbidrag T havde oparbejdet, og restsummen skulle bruges til at nedbringe L's tilgodehavende for transport. Senere gik T dog konkurs. Både landsretten og højesteret kom frem

³⁰ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 144

³¹ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 489-494.

³² Ørgaard: Konkursret (2014): s. 145-150

³³ Petersen og Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (2013): s. 633-638

³⁴ www.tax.dk

til, at dispositionen ikke kunne anses som gave. Begge kom også frem til, at B senest ved underskrivelse af købsaftalen enten vidste eller burde vide, at T var insolvent. Der var ikke fremført forretningsmæssige begrundelser for salget ved aftalens indgåelse, og herefter blev aftalen anset som værende utilbørlig. Omstødelse kunne herefter ske efter § 74.

Ligeledes kan aktiver, der er erhvervet til overpris også anses som værende en utilbørlig disposition, jf. U 2003.1561H.

I U 2003.1561 H solgte A sin hustru B's aktier og obligationer i Accumulator Invest, herefter I, til en pris svarende til kursværdien. I var dog det på tidspunkt i en likviditetssituation, der var kritisk og selskabet kunne ikke fortsætte driften. Fondsbørsen var ikke informeret om dette, og derved var børskursen ikke et udtryk for den reelle værdi, der var værdiløs. Aktierne og obligationerne blev købt af et andet selskab i Accumulator-koncernen, nemlig Accumulator Finans, herefter F, der også var insolvent. Købet, som var sket mod kontant betaling, var således utilbørlig, da F's aktiver blev unddraget fra at tjene til fyldestgørelse af F's kreditorer. A, som gennem sit direkte ejerskab af Accumulator-koncernen, og som derved havde en stor del af aktierne i I, burde have kendt til at både F og I var insolvente og at dispositionerne derved var utilbørlige. Der kunne derved også ubestridt ske identifikation mellem A og B, og dispositionerne kunne derfor omstødes efter § 74.

Hvis køb og salg af aktiver sker i forbindelse med en eller flere andre transaktioner, må der foretages en helhedsvurdering, jf. U 2010.179 H.

I U 2010.179 H var selskab A 100 % ejet af B, som var 100 % ejet af E, og restaurationsselskabet R var 100 % ejet af S, der ligeledes var 100% ejet af E. I 2002 overdrog R en række aktiver til A, der var kreditor i R, for en købesum på 3,3 millioner kroner. Overdragelsen skete som led i flere dispositioner, der alle havde til formål at rekonstruere R, idet at S indskød et beløb på 700.000 i R. R gik i 2003 konkurs, og konkursboet søgte omstødelse for de overdragede aktiver minus det beløb, A havde betalt for R's husleje. Landsretten tog konkursboets påstand til følge. Højesteret kom frem til, at aktivernes reelle værdi på overdragelsestidspunktet var 1,2 mio. kr. og ikke 3,3 mio. kr., da overdragelse af aktiverne og efterfølgende lukning af R var det realistiske alternativ til en rekonstruktion. De 1,2 mio. kr. udgjorde herefter konkursboets krav. Med udgangspunkt i, at S først ville indskyde de 700.000 når aktiverne var overdraget, blev de 700.000 fratrasket de 1,2 mio. kr. ligesom, at A's betaling for R's husleje, der udgjorde 500.000, også blev fratrasket. Derved blev konkursboet ikke tilkendt noget beløb.

Betaling af gæld kan anses som værende utilbørlig, selvom denne ikke kan omstødes efter § 67. En betaling kan således være utilbørlig selvom betalingen fremstod ordinær. Det er ingen betingelse, at betalingen forringede skyldners betalingsevne.

Ved vedvarende ydelser kan forudbetalte dispositioner, såsom husleje og el, ikke anses som gæld, hvortil dispositionen ikke kan være utilbørlig. Ved bagudbetalte ydelser såsom varme, telefon, løn osv., er det mere tvivlsomt om en disposition hertil kan være utilbørlig. Betaling af sådanne ydelser kan typisk ikke være utilbørlig såfremt betalingen er nødvendig for, at skyldneren fremover vil kunne modtage ydelser fra medkontrahenten, og derved kunne holde sammen på sin virksomhed, hvilket formentlig vil være i kreditorernes interesse. Har medkontrahenten derimod udnyttet sin monopolstilling til at få betalt andre fordringer, herunder restancer, er utilbørlighedsgrænsen dog overskredet. Dette gælder uanset om betaling af restancer var nødvendig for at undgå tab, og derved

ikke kan omstødes efter § 72, stk. 1. I U 1985.1 H, som nævnt ovenfor, har højesteret dog en lempelig fortolkning af dette princip, i det de tillod en betaling af en restance.

Endvidere gælder det, at omstødelse ikke kan ske, hvis dispositionen følger princippet om forretningsmæssigt skøn. Dvs. at dispositionen skal være foretaget med hensyn til selskabets og kreditorernes interesse, ligesom at dispositionen skal være velbegrundet i f.eks. at undgå tab eller at dispositionen var nødvendig for selskabets fortsatte drift.

Betaling af løn til personalet i virksomheden falder typisk udenfor utilbørlighed. Indbetaling af A-skatte, som skyldneren har indeholdt ved udbetaling af løn til personalet, vil derimod ikke blive betragtet som en tilbørlig disposition. Det gælder dog ikke, hvis der er en reel mulighed for at redde virksomheden.

En betaling af gæld til en kreditor, som skyldner ikke længere har behov for at modtage ydelser fra, må anses som værende utilbørlig. Dette gælder, hvis betalingen enten er sket før normal betalingstid, jf. § 67 eller efter normal betalingstid. Hvis betalingen sker rettidigt, er det en vurdering om betalingen er sket i skyldners og kreditorers interesser, herunder specielt hvor tæt på konkursen reelt var. I denne vurdering må det også vurderes og kigges på, om skyldner også har betalt andre kreditorer, eller om betalingen fremstod som en begunstigelse af en kreditor. Betaling af skat, moms osv. vil være en utilbørlig disposition, og må derfor behandles efter samme principper, som betaling af anden gæld til andre kreditorer som skyldner ikke har behov for at modtage ydelser fra. Dog er dette princip ikke gældende, såfremt der fremstår en reel mulighed for at redde virksomheden. Sædvanlige betalinger i et leveranceforhold vil kunne foretages uden risiko for omstødelse, hvis virksomheden ser ud til at redde sig medmindre, at leverandøren har stillet krav om kontantbetaling af fremtidige leverancer, herindunder hører også modregning. Betaling af usikret gæld anses for at være utilbørlig.

Ved indbetaling på en usikret kassekredit vil der skulle kigges på de udtræk og indbetalinger, der er foregået i perioden op til konkursen. Hvis disse nogenlunde modsvarer hinanden vil omstødelse være udelukket. Hvis kassekreditten er nedbragt i forhold til en tidligere måned er omstødelse alligevel udelukket såfremt at bevægelserne på konto bærer præg af sædvanlig forretning eller svarer til hvad der er normalt i et andet tilsvarende forhold, jf. f.eks. U 1986.474 H.

I U 1986.474 H var der, i måneden op til D's konkurs, indbetalt betydelige beløb på D's kassekredit i dennes sparekasse N. Nedbringelsen af kassekreditten fremstod ordinær, da nedbringelsen hverken størrelsesmæssigt eller tidsmæssigt afveg fra, hvad der tidligere var forekommet. Omstødelse kunne således ikke ske.

Er kassekreditten opsagt må nedbringelser af kassekreditten anses for at være utilbørlig. Ligeledes gælder det, at nedbringelser af kassekreditten, der ikke bærer præg af sædvanlig forretning anses som utilbørlig, jf. U 2010.149 H som nævnt ovenfor. Betaling af gæld, som er fuldt ud sikret ved gyldigt og uomstødeligt pant i skyldners aktiver medfører ikke tab, jf. § 76, og kan derved ikke omstødes.

Som ved insolvens kræves det også her, at den begunstigede var i ond tro om dispositionen. Dvs. at denne vidste eller burde vide, at dispositionen var utilbørlig. Dette sker når den begunstigede må indse, at dispositionen vil ske på bekostning af de andre kreditorer. Hvis den begunstigede var i ond

tro om insolvens, vil denne have meget svært ved at bevise god tro, i det denne kender skyldners økonomi.

3.3 - Erstatningsreglen for §§ 72 og 74

^{35 36} Erstatningsreglen for §§ 72 og 74 findes i § 76 og siger, at erstatning følger de almindelige erstatningsretlige principper, såfremt omstødelse kan ske. Det ses ved den begunstigedes onde tro om henholdsvis insolvens og utilbørlighed.

Hvis det viser sig, at den begunstige var i ond tro om henholdsvis insolvens og utilbørlighed, vil man kunne drage den konklusion, at den begunstige vidste, at ved at modtage denne betaling, ville dette medføre et tab, eller hvert fald en højere risiko for tab for de andre kreditorer, og herved er princippet om årsagssammenhæng opfyldt, og derved også princippet om påregnelighed. Endvidere vil den begunstige også have handlet culpøst ved ikke at have nægtet betalingen. Den begunstige reagerede derved ikke, da den burde reagere, hvad enten dette har været ubevidst, f.eks. at have overset at have modtaget en betaling, eller helt bevidst at have modtaget betalingen. Den begunstige har herved været passiv, som det fremgår af definitionen ved ledelsens ansvar længere nede. Det synes at fremgå af regelforskrifterne i § 72, stk. 1 og 2 og § 74, at såfremt betingelserne for omstødelse er opfyldt, kan erstatning ske allerede ved simpel uagtsomhed.

I øvrigt må boet aldrig kræve mere erstatning end hvad det har tabt. Den begunstige skal således erstatte værdien af det modtagne, også selvom det modtagne er gået hændeligt til grunde.

I de tilfælde hvor omstødelse kan ske efter både de objektive og subjektive regler, kan det være mere fordelagtigt at søge omstødelse efter § 74. Dette er f.eks. gældende, hvis den begunstige har betalt med varer, der kan omstødes efter § 67, men at disse varer senere er gået tabt. Derved vil der ikke være noget at omstøde efter, hvis der kræves omstødelse efter § 67, hvorimod, at hvis der søges omstødelse efter § 74, vil den begunstige skulle erstatte varernes værdi.

Der kan ske lempelse eller bortfald af den begunstigedes erstatningskrav såfremt, at kravet vil være urimelig byrdefuld og omstændighederne taler herfor, jf. § 78. Lempelse sker yderst sjældent.

3.4 - Delkonklusion

Før at erstatning overhovedet kan komme på tale, kræves det at reglerne for omstødelse er opfyldt. Der vil i stort set alle tilfælde kræves erstatning efter de erstatningsretlige principper, såfremt omstødelserreglerne er opfyldt.

For § 72 gælder det, at dispositionen skal være foretaget efter fristdagen, og at der skal være sket et tab, jf. § 76. For § 74 gælder det, at dispositionen skal være foretaget før fristdagen, hvortil, at der ikke er nogen tidsfrist, som der er i de andre omstødelserregler. Også her skal der være sket et tab.

For begge paragraffer gælder det, at der skal være sket en begunstige af kreditor eller være unddraget aktiver fra selskabet, der skulle have været med til at sikre fyldestgørelse af selskabets kreditorer.

For § 72 gælder det, at den begunstige skal have været i ond tro omkring de omstændigheder, der ligger til grund for fristdagen. Dvs. at denne skal have kendskab til, at skyldners økonomi var så

³⁵ Bang-Pedersen, Christensen og Jensen: Konkurs (2014): s. 508

³⁶ Ørgaard: Konkursret (2014): s. 159-160

dårlig, at en begæring om rekonstruktion, konkurs eller gældssanering enten har fundet sted eller burde have fundet sted, og at den modtagne betaling herved bliver utilbørlig. I § 72 er der ikke indbygget et insolvenskrav i det, at det ikke vil have nogen betydning eftersom, at skyldners økonomi er så dårlig, at begæring allerede har fundet sted.

For § 74 gælder det, at den begunstigede skal have været i ond tro om både skyldners insolvens, og at den modtagne betaling var utilbørlig. Det vil sige, at den begunstigede skal have kendskab til, at skyldners økonomi er så dårlig, at denne ikke kan opfylde forpligtelserne som de kommer, og derved reelt set har stoppet sin drift. Den modtagne betaling bliver herved utilbørlig. Det ser ud til der ikke kan være ond tro uden også at have ond tro om insolvensen.

Omstødelse kan ikke ske hvis dispositionen er foretaget for at undgå unødvendigt tab for selskabet. Omstødelse kan ikke ske efter § 72, stk. 2, hvis selskabet reelt havde mulighed for at redde sig. Derimod kan denne disposition dog godt omstødes efter § 74, hvis selskabet efterfølgende går konkurs. Dispositioner kan ikke omstødes såfremt, at denne på betalingsdagen var velbegrundet og i kreditorernes og selskabets interesse, også selvom det senere konstateres, at der skete tab som følge af denne dispositionen. Dette lægger i princippet om et forretningsmæssigt skøn.

Det fremgår af ovenstående behandling, at der skal meget før, at dispositioner kan følge det forretningsmæssige skøn. Det synes af ovenstående, at der nemmere kan ske omstødelse efter § 72, grundet frisdagsbetingelsen, men hvor denne regel til gengæld har flere undskyldningsgrunde end § 74.

Kapitel 4 - Generelt om selskaber og hvad der forstås ved et selskabs ledelse

Da det af SL § 361, som vil blive behandlet længere nede, fremgår at selskabets stiftere og ledelse kan idømmes erstatningsansvar, såfremt disse har påført kapitalselskabet skade, vil der i dette kapitel blive redegjort for, hvad der forstås ved kapitalselskabsform, ligesom der også vil blive redegjort for, hvem der identificeres som ledelsen i et selskab. Til det vil der blive brugt relevant juridisk litteratur og retskilder.

4.1 - Forskellige kapitalselskabsformer

Kapitalselskaber defineres som værende selskaber, der i stil med andre selskaber, har sin formuemaske udskilt fra sine ejere, og at dette selskab har eget navn og derved uafhængig af ejerne, hvorved dette selskab også har opnået en selvstændig retsevne, handleevne, partsevne og procesevne. Derved er kapitalselskabet blevet en selvstændig juridisk person³⁷.

Selskabsloven definerer i § 5, nr. 18, to typer af kapital selskaber, nemlig aktieselskaber, herunder partnerselskaber samt anpartsselskaber, herunder iværksætterselskaber. Kapitalselskaber kan defineres som et slags samvirkeform med deltagelse af en eller flere juridiske personer, hvoraf ingen hæfter for selskabets forpligtelser således, at kun kapitalselskabet og dets selskabsformue hæfter for disse forpligtelser. Altså med andre ord har ejerne af kapitalselskabet begrænset hæftelse til kun at hæfte for selskabets kapital, jf. § 5, nr. 30. Ved aktieselskaber er det kapitalejernes indskud, der fordeles ud på aktier som ejerne kan vælge at udbyde til offentligheden gennem f.eks. et aktiemarked, jf. § 5, nr. 1. Ved anpartsselskaber er det kapitalejernes indskud, der fordeles ud på anparter, som ikke kan udbydes til offentligheden, jf. § 5, nr. 2³⁸.

4.2 - Selskabets ledelse:

I det at et selskab, som nævnt ovenfor, er en juridisk person, er det derved nødvendigt, at have en række fysiske personer til at varetage ledelsen af selskabet. Når der snakkes selskabets ledelse, er det nødvendigt at kigge på hvordan sådan en opbygges, og hvordan ledelsen rent hierarkisk er opbygget. Indenfor Europa findes 3 forskellige modeller den kan opbygges efter: Den engelske model, der er en enstrenget model med et ledelsesorgan, den tyske model, som er en tostrenget model med to ledelsesorganer og så den skandinaviske model, som er en blanding mellem disse to modeller.

Den engelske model er som sagt en enstrenget model. Det er kendetegnet ved, at der kun er et ledelsesorgan, det såkaldte board of directions som har plads til medlemmer, der varetager en form for tilsynsfunktion. Derved har den engelske model kun et ledelsesorgan, som samtidig er både det øverste og centrale ledelsesorgan³⁹.

Den tyske model er en tostrenget model. Det er kendetegnet ved, at der er to fuldstændig adskilte organer, som er opdelt i henholdsvis i en ledelsesfunktion (direktionen) og en tilsynsfunktion. Derved har den tyske model to ledelsesorganer. Medlemmerne af tilsynsfunktionen må ikke være medlemmer af direktionen. Det er direktionens opgave at lede selskab, mens at det er

³⁷ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 23

³⁸ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 27-28

³⁹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 515 og Werlauff: Selskabsret (2010): s. 385

tilsynsfunktionens opgave at ansætte og afskedige medlemmer af direktionen samt at føre tilsyn med direktionen. Derved har den tyske model to ledelsesorganer, hvoraf tilsynsfunktionen er det øverste ledelsesorgan, mens direktionen er det centrale ledelsesorgan⁴⁰.

Den skandinaviske model er en blanding af de to ovenstående modeller som primært er forekommet i dansk ret. Den har, som den tyske model, typisk to adskilte ledelsesorganer, hvoraf den, i et kapitalselskab, kan være opdelt i en bestyrelse og en direktion, hvor bestyrelsen både er det centrale og øverste organ jf. § 5, nr. 4 a og nr. 5. Ligeledes kan den opdeles i et tilsynsråd og en direktion, og i dette tilfælde er direktionen det centrale ledelsesorgan, mens tilsynsrådet er det øverste ledelsesorgan, jf. § 5, nr. 4 c og nr. 5 c. Et anpartsselskab kan også vælge en ledelsesform, hvor der ikke er en bestyrelse og et tilsynsråd, men kun en direktion. Derved bliver direktionen både det centrale og øverste ledelsesorgan, jf. § 5, nr. 4 b og nr. 5 b⁴¹.

Ved valg af en struktur, som opdeler ledelsen i en bestyrelse og en direktion, kan personer både være medlemmer af bestyrelsen og direktionen så længe, at over halvdelen af bestyrelsesmedlemmerne ikke består af direktionsmedlemmerne. Formanden og næstformanden for bestyrelsen må ikke også være medlemmer af direktionen. Det er bestyrelsens opgave at varetage den overordnede strategiske ledelse, mens direktionen varetager den daglige ledelse. Det er bestyrelsen, der ansætter ledelsen, jf. § 111, nr. 1. Derved minder denne struktur om en blanding mellem den engelske og tyske model ved at være tostrengt og ved at der sker personsammenfald mellem de to strukturer således, at de kan blive mere enstrengt. Ved valg af en struktur, der opdeler ledelsen i et tilsynsråd og en direktion, kan medlemmer i tilsynsrådet ikke samtidig kan være medlemmer af direktionen. Direktionen varetager både daglig, overordnet og strategisk ledelse, mens tilsynet ansætter og afskediger samt fører tilsyn med direktionen, jf. § 111, nr. 2. Derved minder denne struktur om den tyske model, i det organerne er fuldstændig adskilt. Valget af en struktur, som kun har en direktion, minder derimod meget om den engelske model. Også her varetager direktionen al ledelse, jf. § 111, nr. 2⁴².

4.3 - Bestyrelsens og tilsynsrådets opgaver

Flertallet af bestyrelses- og tilsynsrådsmedlemmerne bliver valgt af generalforsamlingen, jf. § 120, stk. 1. Bestemmelsen i § 115 siger i indledningen, at bestyrelsen både skal varetage den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, ligesom at den også skal sikre en forsvarlig organisation af selskabets virksomhed, ligesom den også skal føre tilsyn med direktionen. Dette indebærer blandt andet, at bestyrelsen skal fastlægge rammer for direktionens ledelse og fastlægge selskabets firmapolitik. Sådan en indledning findes ikke i § 116, som er der hvor tilsynsrådet opgaver forefindes, i det, at tilsynsrådet blot skal føre tilsyn med direktionen. Tilsynsopgaven for bestyrelsen og tilsynsrådet, i henholdsvis § 115 og § 116, er derimod ens. Organerne skal sikre, i bestemmelsernes nr. 1, at bogføringen og regnskabsaflæggelsen foregår på en måde, der efter kapitalselskabets forhold er tilfredsstillende, i nr. 2, at der er etableret de fornødne procedurer for risikostyring og interne kontroller, i nr. 3, at tilsynsrådet løbende modtager den fornødne

⁴⁰ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 514 og Werlauff: Selskabsret (2010): s. 385

⁴¹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 515-516 samt s. 521

⁴² Werlauff: Selskabsret (2010): s. 385-386

rapportering om kapitalselskabets finansielle forhold, i nr. 4, at direktionen udøver sit hverv på en behørig måde og i nr. 5, at kapitalselskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt⁴³.

4.4 - Direktionens opgaver:

I et selskab med bestyrelser er det direktionens opgave at varetage den daglige ledelse, jf. § 117. Selskabet skal følge de retningslinjer og anvisninger som det er givet af bestyrelsen, jf. § 117. Den daglige ledelse af selskabet omfatter ikke dispositioner, der er af usædvanlig art eller har stor betydning i forhold til selskabets størrelse. I en ledelsesstruktur, der ikke omfatter en bestyrelse har direktion ligeledes ansvaret for den overordnede og strategiske ledelse af selskabet, jf. § 117, stk. 2. Direktionen har ligeledes som ansvar at sikre, at selskabets bogføring sker under iagttagelse af lovgivningens regler, ligesom den skal sikre, at forvaltningen af selskabets formue foregår på en betryggende måde, jf. § 18, stk. 1. Direktionen har også som opgave at sikre, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarligt således, at der bl.a. er tilstrækkelig likviditet til at opfylde forpligtelser efterhånden som de forfalder, jf. § 18, stk. 2⁴⁴.

⁴³ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 522 samt Werlauff: Selskabsret (2010): s. 395-398

⁴⁴ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 523 og Werlauff: Selskabsret (2010): s. 396-398.

Kapitel 5 - Ledelsens erstatningsansvar

I dette kapitel vil der gives svar på, hvordan og hvem i ledelsen der kan ifalde erstatningsansvar og hvilke betingelser der skal til. Det hele rundes af med en delkonklusion. Hertil vil der blive brugt relevant juridisk litteratur sammenholdt med retskilder.

5.1 - Hvem kan ifalde erstatningsansvar?

I §361, stk. 1 er det begrænset til at være stiftere og medlemmer af ledelsen, der er fuldt erstatningspligtig for et hvert tab tilført skadelidte. I § 361, stk. 2 finder reglen anvendelse på vurderingsmænd, granskningsmænd og ejerbogsførere. I stk. 3 er reglen gældende for selskabets revisor og dennes revisionselskab. Jf. § 362 kan også kapitalejere blive gjort erstatningsansvarlige, hvis de groft uagtsomt eller forsætteligt har påført selskabet skade.⁴⁵

Ved tiltrædende ledelsesmedlemmer gives der en vis tid til at sætte sig ind i selskabets forhold før, at de kan blive erstatningsansvarlige. Et nytiltrådt bestyrelsesmedlem ikke kan se bort fra pligten til at varetage kreditorernes interesser også selvom, at en beslutning er foretaget før denne tiltrådte. Hvis denne er uenig med en sådan beslutning, må denne reagere hurtigst muligt, hvis beslutningen tilsidesætter kreditorernes interesse⁴⁶.

Et bestyrelses- eller tilsynsrådsmedlem kan til enhver tid udtræde af bestyrelsen, jf. § 121, stk. 1. Et sådant medlem vil, som hovedregel, ikke ifalde erstatningsansvar for beslutninger eller dispositioner udført efter, at dette medlem er udtrådt af bestyrelsen. Dog kan denne godt blive gjort ansvarlig, hvis ikke det udtrædende medlem har gjort efterfølgeren opmærksom på væsentlige risici, hvis denne har kendskab til dette, eller at en beslutning foretaget før dennes udtræden senere har resulteret i et tab⁴⁷.

Et bestyrelsesmedlem, der har opdaget et problem som bestyrelsen skal reagere på, har pligt til at underrette resten af bestyrelsen. Gøres dette ikke, kan medlemmet blive erstatningsansvarlig uden at resten af bestyrelsen ifalder erstatningsansvar.

Personer som ikke formelt er udpeget og registret som medlem af selskabets ledelsesorganer, men som alligevel har ageret som leder i selskabet, kan også ifalde erstatningsansvar overfor ledelsen⁴⁸.

Medlemmerne af ledelsesorganerne bliver, som udgangspunkt, individuelt idømt erstatningsansvar efter en vurdering af det enkelte medlems adfærd. Skadelidte skal føre bevis for, at samtlige erstatningsbetingelser er opfyldt for hver enkelt medlem af ledelsen, jf. U 1982.595H.⁴⁹

I U 1982.595 H blev en direktør erstatningspligtig, mens to bestyrelsesmedlemmer gik fri. K, som var direktør i E, formåede at få B til at levere varer til E uden at gøre opmærksom på, at den tidligere leverandør nægtede at yde mere på kredit og i øvrigt truede med inkasso. B indhentede E's forrige perioderegnskab, hvor underskud var vendt til overskud, men som var fyldt med fejlskøn, i det det nuværende perioderegnskab endnu ikke var færdigt. E gik senere konkurs og K blev sammen med revisor solidarisk ansvarlige.

⁴⁵ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 534.

⁴⁶ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 665-666

⁴⁷ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 666-667

⁴⁸ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 667

⁴⁹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 668

Hvis der er flere skadevoldere, hæfter disse solidarisk overfor skadevolder, jf. § 363, stk. 2. Tabet kan således kræves hos den skadevolder, skadelidte ønsker⁵⁰. Den individuelle fordeling mellem skadevolderne sker under hensyn til graden af hver enkeltes skyld, og hvad der i øvrigt findes rimeligt, jf. hertil erstatningsansvarsloven.⁵¹ Hvis en eller flere skadevolder har en ansvarsforsikring, kan der, i den indbyrdes fordeling, tages hensyn hertil, jf. erstatningsansvarslovens § 25, stk. 2. *Se U 1998.1137 H hvor alle bestyrelsesmedlemmer blev idømt solidarisk ansvar, men hvor bestyrelsesformanden måtte bære hele erstatningsbyrden, i det han, som den eneste, var dækket af en ansvarsforsikring.*

Et bestyrelses- eller direktionsmedlem kan, jf. § 363, stk. 1, få lempet erstatningsansvaret såfremt, at det ville være urimeligt at lade denne blive erstatningspligtig for det fulde tab og endvidere at denne nedlægger påstand herom overfor retten⁵².

5.2 - Bestyrelsesansvar vs. Professionsansvar

Før, at der dykkes videre ned i ledelsens erstatningsansvar, er det vigtigt at sige, at ledelsesmedlemmer ikke kan dømmes efter professionsansvarsreglen. Ved professionsansvar er der skærpet ansvar og derved kan der for de, der dømmes efter denne erstatningsansvarsregel, ikke opstilles undskyldningsgrunde, der kan retfærdiggøres. Det bunder i, at personer i et professionelt forhold, skal iagttage god skik, samt at disse har pligt til at præstere en god faglig indsats. Disse skal derved føre en forsvarlig professionsudøvelse⁵³. For bestyrelsesmedlemmer kan der derimod godt opstilles individuelle undskyldningsgrunde, der kan retfærdiggøres. Altså hermed at ledelsen, i visse tilfælde, kan fritages fra ansvar⁵⁴. Se hertil U 2002.2067H.

I U 2002.2067 H underskrev direktøren og bestyrelsesformanden et mangelfuldt børsprospekt. Mens bestyrelsesformanden var i fuld gang med at sikre bankaftaler og likviditet, var direktøren i fuld gang med at gennemføre de besparelser, der var nødvendig for selskabets fortsatte drift. De havde derved ikke haft tid til at sætte sig ordentligt i selskabets økonomiske forhold. Sø- og handelsretten frikendte derved bestyrelsen, til trods for det underskrevne børsprospekt.

Det lægges til grund, at en skærpelse af ledelsesansvaret, ville have gjort det svært at finde kvalificerede medlemmer til bestyrelsen eller tilsynsrådet i det, at disse kan fagligt set, kan bestå af mange forskellige baggrunde⁵⁵. Dog kan ansvarsgrundlaget for et ledelsesmedlem, der har en særlig sagkundskab, blive skærpet. En advokat i en bestyrelse kan f.eks. lettere idømmes erstatningsansvar såfremt, at den skadevoldende handling har sit udgangspunkt i et juridisk fejlskøn⁵⁶.

5.3 - Betingelser for erstatningsansvar

Det er en grundlæggende betingelse for at ifalde erstatningsansvar, at den skadegørende handling har været retsstridig. Dette er det objektive element i den såkaldte to – komponent bedømmelse, som udspringer fra culpapreglen⁵⁷.

⁵⁰ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 535

⁵¹ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 535 samt Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2010): s. 668-669

⁵² Werlauff: Selskabsret (2010): s. 536

⁵³ Von Eyben og Isager: Lærebog i Erstatningsret (2011): s. 112-116

⁵⁴ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 545

⁵⁵ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 658 samt Sofsrud (1999): s. 571

⁵⁶ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 669

⁵⁷ Sofsrud: Bestyrelsens beslutning og ansvar (1999): s. 117

Det fremgår af litteraturen, at retsstridighed ikke alene baseres på, om en skadevoldende handling er ulovlig, men at der også lægges vægt på en afvejning mellem hensigten med handlingen og den skade, som kan forekomme som følge af handlingen⁵⁸.

5.3.1 - Tab

Før at erstatningsansvar overhovedet kan komme på tale, skal skadelidte have lidt et økonomisk tab. Skadelidte kan være enten selskabet selv eller andre. Andre er typisk kreditorerne i selskabet i forbindelse med konkurs. Skadelidte skal bevise, at denne har lidt et tab. Skadelidte kan få fuld erstatning, men aldrig mere end hvad denne har tabt. Ved beregningen af skadelidtes tab tager domstolen udgangspunkt på det tidspunkt, hvor ledelsen burde have reageret, og derved skønsmæssigt fastsætter selskabets egenkapital for dernæst at sammenligne med egenkapitalen ved konkursen. På den måde fastsættes skadelidtes tab⁵⁹. Se hertil U 1998.1137 H.

I U 1998.1137 H kunne landsretten ikke fastslå tabets størrelse, og bestyrelsen blevet derved frifundet. Herefter kom sagen for højesteret, hvor en skønsmænd udarbejdede resultatopgørelser og balancer for forskellige perioder for derved at fastslå tabets størrelse, hvorved bestyrelsen blev solidarisk ansvarlige.

5.3.2 - Årsagssammenhæng

Endvidere er det også et krav, at der skal en årsagssammenhæng mellem skadevolders adfærd og det tab, som skadelidte har konstateret. Det er derved den udførte handling, der har medført tabet⁶⁰.

5.3.3 - Påregnelighed

Det, at der er lidt et tab, og der er en sammenhæng mellem adfærd og den opståede skade, udløser ikke altid et erstatningsansvar. Der lægges vægt på, om den skadevoldende handling har forøget risikoen for skaden. Altså skal det være tydeligt for skadevolder, at handlingen ville udløse tabet⁶¹.

5.3.4 - Culpabedømmelsen:

Ved culpabedømmelsen vurderes det, hvorvidt at skadevolders adfærd har været af en sådan karakter, at den strider mod almindelig handlemåde. Den handling eller udeladelse, der er foretaget skal være af en grad, der er enten forsætligt eller uagtsomt før, at der kan tales om erstatningsansvar. Uagtsomhed kan opdeles i simpel og grov uagtsomhed, og som udgangspunkt kan ledelsen blive ansvarlig allerede ved simpel uagtsomhed. Det er i meget begrænset omfang, at der er hjemmel til, at skadevolder kan blive dømt efter grov uagtsomhed.

Når det skal vurderes om hvor culpøs en adfærd har været, tages der udgangspunkt i en såkaldt "bonus pater" adfærd. Ved at kigge på "bonus pater" adfærden, kigges der på hvad en almindelig person burde have gjort i samme situation. "Bonus pater" adfærden er en adfærd, som altid handler på den ideelle og mest fornuftige måde⁶².

5.3.5 - Forretningsmæssigt skøn

Ledelsen af et selskab vil have en vis margin for fejlskøn før, at de vil kunne ifalde erstatningsansvar, hvis bestyrelsen skønner ud fra et forretningsmæssigt skøn, der bygger på den

⁵⁸ Sofsrud: Bestyrelsens ansvar (1999): s. 118

⁵⁹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 661 samt Werlauff: Selskabsret (2010): s. 541-544

⁶⁰ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 661 samt Werlauff: Selskabsret (2010): s. 541-544

⁶¹ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 662 samt Werlauff: Selskabsret (2010): s. 541-544

⁶² Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 663-664

såkalde "business judgement rule", som stammer fra amerikansk ret. Det er derfor ikke alle fejlskøn der ender med at ledelsen idømmes erstatningsansvar. Der er en forholdsvis bred margin for fejlskøn hvis ledelsen har varetaget selskabets interesse – altså hvad der er bedst for selskabet rent forretningsmæssigt. Derved vil den ledelse, der i god tro, har foretaget en forretningsmæssig forsvarlig disposition ikke blive gjort erstatningsansvarlige, hvis det viser sig efterfølgende, at dispositionen var tabsgivende, hvis det er velbegrundet⁶³. Dette kan f.eks. være et forsøg på at videreføre virksomheden eller for at undgå yderligere tab. Ligeledes er det således, at hvis ledelsen adfærd er loyalt forretningsmæssigt skøn, ifalder ledelsen ikke erstatningsansvar for selskabet og dets kreditorer ved faldende indtjening, såfremt det er velbegrundet, hvorfor man gjorde som man gjorde⁶⁴. Fejlmarginen er derimod ret lille, hvis ledelsens handling fører til, at en kapitalejer opnår en begunstige på bekostning af andre, f.eks. gennem samhandel af varer med selskabet. Det vil sjældent være en forretningsmæssig forsvarlig disposition, at begunstige en kapitalejer på bekostning af andre⁶⁵.

Hele begrundelsen med det forretningsmæssige skøn er, at ledelsen ikke skal være tilbageholden med at træffe beslutninger på selskabets vegne ligesom, at ledelsen ej heller skal være tilbageholden med at lave samhandel med kapitalejerne så længe det er i selskabets interesse⁶⁶.

5.3.6 - Passivitet

Passivitet betyder ikke, at ledelsen slet ikke handler. Det betyder, at ledelsen enten ikke reagerer på en situation den burde reagere på, eller at den forsømmer at tage nødvendige beslutninger som f.eks. at lukke en tabsgivende afdeling eller at standse driften i selskabet. Det fremgår af §§115-117, at ledelsen skal sikre en forsvarlig organisation. Derved skal ledelsen handle i selskabets interesse og handle på en måde, der er forventet af disse, jf. også "bonus pater" adfærden. Undladelse af at reagere eller træffe nødvendige beslutninger i en situation, der har medført tab er ansvarspådragende hvad enten det er uagtsomt eller forsætteligt⁶⁷.

Aktivitet kan også være ansvarspådragende. Det kan f.eks. være en fratrædende direktør, der påfører selskabets skade ved at slette filer med vigtige informationer for selskabet. *Se hertil U 2010.190 H, hvor selskab E's direktør blev erstatningspligtig for at have opsagt selskabets uopsigelige shippingkontrakter med selskab R, hvor denne direktør i øvrigt sad i bestyrelsen, samt at overføre hele dets søfartsvirksomhed til eget nyoprettede selskab hvorved, at selskab R gik konkurs.*

5.4 - Pligter

5.4.1 - Tilsyn

Det er jf. § 115 bestyrelsens opgave at varetage den overordnede og strategiske ledelse af virksomheden, hvilket indebærer at opstille retningslinjer og organisationsdirektiver, som direktionen, der står for den daglige ledelse, skal følge. Bestyrelsen må heraf gå ud fra, at direktionen loyalt varetager deres funktion og i hvert fald ikke bevidst, giver urigtige oplysninger til bestyrelsen. Ved manglende tilsyn og kontrol fra bestyrelsens side, som senere resultere i et tab, bliver ledelsen erstatningsansvarlige for det tab. Bestyrelsen skal også holde kontrol og tilsyn med,

⁶³ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 670-671

⁶⁴ Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (2014): s. 671

⁶⁵ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 547

⁶⁶ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 547

⁶⁷ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 548-550

at der ikke sker unødigt tab af selskabets formue. Det kan f.eks. ske ved, at en kapitalejer trækker midler ud af selskabet. Undlader bestyrelsen at reagere medfører det, at de har forholdt sig passive og derved ansvarspådragende⁶⁸.

Direktionen kan dog også blive erstatningsansvarlig, hvis denne har overskredet sine beføjelser ved at træffe afgørelser, der er af usædvanlig art, eller er af stor betydning, jf. § 117, stk. 1.

5.4.2 - Bogføring og regnskab

For både bestyrelsen og tilsynsrådet gælder det, jf. hhv. § 115, nr. 1 og § 116, nr. 1, at disse skal påse, at bogføringen foregår på en måde, der efter selskabets forhold er tilfredsstillende.

Direktionen skal, jf. § 118, stk. 1 skal sikre dette. Bogføring er ikke blot et udtryk for en registrering af en masse økonomiske fakta, men den er også et udtryk for et samlet regnskab, f.eks. et perioderegnskab.

Et sådant perioderegnskab er grundlæggende til brug internt i virksomheden. Hvis regnskabet skal bruges eksternt, kan det få stor betydning, hvorledes enkelte nøgletal er udregnet, f.eks. værdiansættelsen af varelageret. Bestyrelsen el. tilsynsrådet bør derfor insistere på at lade selskabets revisor, på bestyrelsen vegne, udføre en kontrol med direktionens skøn. Såfremt at regnskabet skal ud til offentligheden bør bestyrelsen lade regnskabet revideres.

Dette er vigtigt for bestyrelsen, i det, at de kan ifalde erstatningsansvar, såfremt at regnskabet er fejlbehæftet i forbindelse med f.eks. kreditoptagelse, og at kreditoptagelsen sker på baggrund af regnskabet⁶⁹.

Bestyrelsen og tilsynsrådet skal endvidere, jf. hhv. § 115, nr. 3 og § 116, nr. 3, påse, at de løbende modtagere den fornødne rapportering om selskabets finansielle forhold.

5.4.3 - Forsvarligt kapitalredskab

⁷⁰ Bestyrelsen og tilsynsrådet har, jf. hhv. § 115, nr. 5 og § 116, nr. 5, pligt til at påse, at selskabets kapitalberedskab til enhver tid er forsvarlig mens, at det, for direktionen, er dennes pligt til at sikre dette, jf. § 118, stk. 2. Herunder er der pligt til at sikre, at der, til enhver tid, er nok likviditet til at kunne betale selskabets nuværende og fremtidige forpligtelser.

Såfremt et selskab er i alvorlige økonomiske problemer, vil det være op til direktionen og bestyrelsen, at skønne, hvornår det er håbløst at fortsætte selskabets drift. Der er her en ret bred margin for disse til at beslutte dette, uden at ifalde erstatningsansvar i det, det ikke just er attraktivt for selskabets kreditorer, at indtræde i en konkurs, da disse kreditorer søger at få så meget af deres krav dækket og det er ikke altid, at alle kreditorer vil kunne få dækket deres krav ved konkurs. Afgørende for, hvorvidt det er håbløst at videreføre driften, er om direktionen og bestyrelsen kan indse, at selskabets økonomi er så dårlig, at der ikke er en realistisk mulighed for at fortsætte selskabets drift uden at dette medfører tab for selskabet selv og for kreditorerne. Hvis ledelsen har fortsat driften efter at håbløshedstidspunktet er passeret, ved f.eks. at optage lån, vil denne kunne blive erstatningspligtige, jf. U 1995.43H og U 1998.1137 H.

⁶⁸ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 550-552 samt Friis Hansen og Krenchel: Dansk Selskabsret 2 (s. 675)

⁶⁹ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 553-554

⁷⁰ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 555-558 samt Friis Hansen og Krenchel: Selskabsret 2 (2014): s. 676-678 og 679-682

I U 1995.43 H var A's økonomi ved årsskiftet 1983-1984 så dårlig, at det jævnfør revisor B, var umuligt at fortsætte driften uden betydelig støtte fra sine finansieringskilder. Ved årsskiftet 1984-1985, henvendte A sig til en anden revisor C, der også sagde, at der var et stort behov for likviditet. Efter nogle resultatløse forhandlinger om tilførsel af likviditet meddelte C til A, at han ikke så nogen anden udvej end betalingsstandsning. I juli 1985 henvendte A sig på ny til B, der endnu en gang havde troet på selskabets overlevelse. I juni 1985 blev A erklæret konkurs. Landsretten kom frem til, at A burde have sørget for, at der blev udarbejdet pålidelige årsregnskaber. Heraf burde A i april 1985 have indset at videreførelse af selskabet ikke var muligt. Derved blev A erstatningsansvarlig for SKAT's tab.

I U 1998.1137 H blev bestyrelsesmedlemmerne i et aktieselskab, der drev en fodboldklub, idømt erstatningsansvar ved at fortsætte driften udover håbløshedstidspunktet. Bestyrelsen burde, ved et bestyrelsesmøde i marts 1989, have indset, at driften ville være håbløst, og kun ville medføre unødigt tab for selskabet og kreditorerne, i det at årsregnskabet for 1988 viste underskud og tab af hele egenkapital.

Hvis ledelsen helt åbent overfor offentligheden har erklæret, at den er i økonomiske problemer og den derved har søgt ekstern rådgivning, skal der meget til for ikke at ifalde af erstatningsansvar. Hvis selskabet tager chancen og fortsætter på baggrund af egen vurdering, skal der ikke meget til for at ifalde erstatningsansvar.

I forbindelse med forsvarlig kapitalredskab har bestyrelsen og direktionen, jf. § 119, et ansvar for at afholde en generalforsamling senest 6 måneder efter, at det er konstateret at selskabets egenkapital udgør mindre end halvdelen af den tegnede kapital. Undladelse af at indkalde til generalforsamling, kan udløse erstatningsansvar for bestyrelsen eller direktionen.

Ledelsen har i øvrigt typisk kun et erstatningsansvar overfor SKAT og andre offentlige myndigheder, såfremt at ledelsen fortsatte driften efter håbløshedstidspunktet⁷¹.

5.4.4 - Selskabet midler

Den måde bestyrelsen og direktionen disponerer over selskabets midler, kan være ansvarspådragende, såfremt de måtte indse, at de udsætter selskabets og dets kreditorer for en tabsrisiko. F.eks. kan det ske ved virksomhedssalg, hvor vilkårene er udformet således, at midler fragår selskabet.

Det kan også være ansvarspådragende, hvis et ledelsesmedlem krænker sin loyalitetspligt ved at lade sine egne interesser gå forud for selskabets ved f.eks., at lade selskabet foretage betalinger, der ikke er dets interesse.

Bestyrelsen og direktionen kan også blive ansvarlige, hvis der flyttes værdier mellem nærtstående selskaber når f.eks. en retssag verserer eller at håbløshedstidspunktet er overskredet.⁷²

⁷¹ Werlauff: Selskabsret (2010): s. 558

⁷² Werlauff: Selskabsret (2010): s. 559-561

5.5 - Nedsættelse af erstatningspligten

Der kan ske nedsættelse af erstatningspligten, hvis skadelidtes forhold taler for dette. Det kan f.eks. ske, hvis skadelidte bærer noget af skylden, eller hvis denne stiltiende har accepteret, at skadevolder har udført en handling, hvorved at risikoen for tab blev forhøjet.

Lån til et selskab medfører altid en risiko for tab. Hvis långiver låner penge til et selskab i krise, vil denne långiver ofte låne til en væsentlig højere rente end markedsrenten, og derved har långiver på den måde accepteret en høj risiko for tab, og kan derfor ikke senere gøre et erstatningskrav gældende ved selskabets konkurs. Dette gælder på lignende vis også de tilfælde, hvor långiver eller anden kreditor ikke grundigt nok har sat sig ind i selskabets økonomi⁷³.

5.6 - Søgsmål

⁷⁴ Det er generalforsamlingen, der har kompetencen til at gøre selskabets erstatningskrav gældende, jf. § 364, stk. 1. Såfremt at selskabet går konkurs, tilfalder retten konkursboet, jf. § 364, stk. 4.

Den enkelte kapitalejer kan ikke stævne for selskabets tab, men kan gennem individuelt søgsmål eller gruppesøgsmål stævne for sit eget direkte tab.

Den enkelte kapitalejer kan derimod ikke stævne for et indirekte tab, som er et tab der er afledt af selskabets tab. Den enkelte kapitalejer kan dog i visse tilfælde gøre erstatningskrav gældende på selskabets vegne jf. SL § 364, stk. 3. Dette kan ske, hvis generalforsamlingen har truffet beslutning om décharge, men 1/10 af selskabskapitalen har modsat sig denne beslutning.

Med hensyn til kreditorernes tab, tilkommer søgsmålsretten generalforsamlingen, når kreditorernes tab er afledt af selskabets tab. Kreditorerne kan dog selv sagsøge bestyrelsen, hvis bestyrelsen ved direkte handlemåde overfor kreditorerne, har påført kreditorerne et tab.

5.7 - Delkonklusion

Med udgangspunkt i ovenstående, kan det konkluderes, at såfremt ledelsen skal kunne i dømmes erstatningsansvar, skal denne have ageret ansvarspådragende. Dvs. at der skal konstateres et tab, og dette tab skal være som følge af ledelsens handling, der enten skal vide eller burde vide, at en sådan handling ville udløst et tab. Derved har ledelsen ikke reageret eller handlet korrekt i forhold til ”bonus pater” princippet, og derved har denne handlet culpøst. Ledelsen kan idømmes erstatning allerede ved simpel uagtsomhed.

Ved tabet gælder det, at det skal være udløst af ledelsens tilsidesætte af dennes forpligtelser, som fremgår af §§ 115-118. En tilsidesættelse af en forpligtelse kan sagtens være som følge af tilsidesættelse af en anden forpligtelse. F.eks. et forkert udarbejdet regnskab, der har medført at selskabet har fortsat driften efter håbløshedstidspunktet. Dette scenarie fremgår bl.a. af ovennævnte U 1995.43 H

Erstatningspligten bortfalder, hvis bestyrelsen har foretaget en velbegrundet disposition, der er i selskabets og kreditorernes interesse, f.eks. at denne er foretaget for at undgå unødigt tab. Det fremgår af princippet om et forretningsmæssigt skøn.

⁷³ Friis Hansen og Krenchel (2010): s. 678-679

⁷⁴ Friis Hansen og Krenchel (2010): s. 687-690 samt Werlauff: Selskabsret (2010): s. 538-541

Kapitel 6 - Analyse

Dette afsnit vil forsøge at give et svar på ovenstående problemformulering ved at sammenligne betingelserne for erstatningsansvar for henholdsvis den begunstigede kreditor og ledelsen.

Som det fremgår af ovenstående behandlinger, følger begge erstatningsansvar de erstatningsretlige regler som indebærer, at der skal være sket en ansvarspådragende handling, der har medført et tab for enten selskabet eller dets kreditorer eller begge. Dvs. at der skal foreligge en handling, der har medført et påregneligt tab og som samtidig skal være culpøs.

Forskellen på de to erstatningsansvarsregler er altså de forhold, som den ansvarspådragende handling vurderes ud fra.

For at der skal kunne omstødes kræves det at den begunstigede kreditor er i ond tro om skyldners insolvens, og at denne derfor ved, at den modtagne disposition er utilbørlig. Ved KL § 72 er reglen om insolvens overflødig eftersom, at fristdagen allerede er overskredet. Dog kræves det, at den begunstigede kreditor kender eller burde kende de omstændigheder, der lå til grund for etableringen af fristdagen.

For ledelsen gælder det, at denne skal have tilsidesat deres forpligtelser i forbindelse med en forsvarlig førelse af selskabet som det fremgår af SL §§ 115-118. I forbindelse med omstødelse er særligt dens forpligtelse om at sikre et forsvarligt kapitalredskab hvortil, at videreførelse udover håbløshedstidspunktet typisk vil medføre erstatningsansvar. Hvis ikke denne tilsidesætter forpligtelserne har ledelsen ikke handlet ansvarspådragende, og de vil derved ikke kunne idømmes erstatningsansvar.

Subjektiv omstødelse kan, i mange tilfælde, først ske, når håbløshedstidspunktet er indtruffet, da der indtil da har været et spinkelt håb om overlevelse, og dispositionerne derved har været forretningsmæssigt begrundet. Håbløshedstidspunktet er defineret som det tidspunkt, hvor ledelsen har vurderet, at selskabet er i så store økonomiske problemer, at en videreførelse af selskabet kun vil medføre yderligere tab.

De fleste dispositioner, der kan omstødes efter de subjektive omstødelsesregler må antages at være godkendt af ledelsen. Herved synes det, at omstødelse er en kausal og adækvat følge af ledelsens handlinger. Eftersom at subjektiv omstødelse som regel kun kan ske efter håbløshedstidspunktet, må det antages, at ledelsen ikke har handlet som den burde, i det den har tilsidesat sin forpligtelse om, at selskabets kapitalredskab til enhver tid er forsvarligt, jf. SL § 115, nr. 5, § 116, nr. 5 og § 118, stk. 2. Derved har ledelsen handlet ansvarspådragende, i det den har fortsat driften efter det tidspunkt, hvor den burde have reageret ved at stoppe driften. Det, at ledelsen ikke har stoppet driften, kan skyldes tilsidesættelse af en anden forpligtelse som f.eks. forkert udarbejdelse af regnskab. Herved er ledelsen altså erstatningsansvarlig for denne disposition, jf. SL § 361, sammenholdt med forpligtelserne i § 115, § 116 og § 118.

Hvis ledelsen har godkendt at kreditor kan sikre selvtægt gennem f.eks. realisering af aktiver, må dette også sidestilles som værende en handling foretaget af ledelsen, idet ledelsen har godkendt, at kreditor kan gøre selvtægt og omstødelse kan også her ske.

Det interessante herved er, at både den begunstigede kreditor og ledelsen kan idømmes erstatningsansvar, i det det her må antages, at de erstatningsretlige principper er opfyldt.

Spørgsmålet er så hvem konkursboet skal rette erstatningskrav mod. Boet må nemlig ikke kræve mere end hvad det har mistet. Som udgangspunkt vil dette være den begunstigede kreditor, der kan søges erstatning hos.

Hvis der ikke kan søges erstatning hos den begunstigede kreditor grundet god tro om f.eks. insolvens eller fristdagen, kan erstatning derimod godt gøres gældende overfor ledelsen, og kurator kan herved søge erstatning hos denne.

Dog kan en kreditor godt søge om erstatning for sit tab i forbindelse med konkurs samtidig med at konkursboet søger omstødelse. Se hertil U 1989.812H:

I U 1989.812H solgte et insolvent anpartsselskab sine aktiver til en køber på vilkår, at køberen kun skulle overtage noget af gælden, men ikke det hele. Efter salget af aktiverne gik anpartsselskabet konkurs. En kreditor der, grundet konkursen og salget af aktiverne, således ikke opnåede dækning, søgte derfor om erstatning. Samtidig søgte også konkursboet omstødelse, i det der var sket en kreditorbegunstigelse. I omstødelsessagen fandt landsretten, at de sagsøgte vidste, at alle aktiver var solgt på det vilkår, at ikke al gæld blev flyttet med. Selskabet blev herved insolvent, og det var de sagsøgte klar over. Omstødelse kunne således ske efter § 74, og de sagsøgte blev herefter dømt til at betale erstatning efter § 76. Vedr. erstatningssagen fandt landsretten, at det insolvente anpartsselskab var klart insolvent ved overdragelsen af aktiverne samtidig med, at det var aftalt at køber kun skulle overdrage en del af gælden, men ikke hele gælden. Denne disposition var retsstridig og ansvarspådragende overfor de kreditorer, der ikke fik deres gæld dækket og de sagsøgte, selskabets bestyrelse samt direktør, blev in solidum erstatningsansvarlige. Højesteret stadfæstede landsrettens dom.

For begge gælder der princippet om forretningsmæssigt skøn, hvilket kan være erstatningsnedsættende for erstatningspligten. For at erstatningspligten kan være nedsættende, skal dispositionen være foretaget i selskabets bedste interesse og være velbegrundet. Dette skyldes som nævnt ovenfor, at omstødelse som regel er en kausal og adækvat følge af ledelsens handling. Derved gælder det naturligvis, at en ledelseshandling, der er forretningsmæssigt begrundet ikke kan omstødes. For begge ansvar gælder det desuden, at enhver disposition foretaget udover håbløshedstidspunktet næppe vil anses som værende forretningsmæssigt begrundet i selskabets eller kreditorernes interesse. Dette skyldes igen, at omstødelse som regel er en følge af ledelsens handling.

For begge gælder endvidere, at der kan ske bortfald eller lempelse af erstatningspligt. For den begunstigede kreditor gælder det i KL § 76 at kravet kan bortfalde såfremt kravet vil være urimelig byrdefuld og omstændighederne taler herfor. For ledelsen gælder det i KL § 363 at denne kan få lempet erstatningsansvaret såfremt at det ville være urimeligt at lade denne blive erstatningspligtig for det fulde tab og endvidere, at denne nedlægger påstand herom overfor retten.

Kapitel 6 - Konklusion

Før at erstatning ved omstødelse overhovedet kan komme på tale, kræves det, at reglerne herfor er opfyldt. Der vil i stort set alle tilfælde kræves erstatning efter de erstatningsretlige principper, såfremt omstødelsesreglerne er opfyldt.

For KL § 72 gælder det, at dispositionen skal være foretaget efter fristdagen, og at der skal være sket et tab, jf. KL § 76. For KL § 74 gælder det, at dispositionen skal være foretaget før fristdagen, hvortil, at der ikke er nogen tidsfrist, som der er i de andre omstødelsesregler. Også her skal der være sket et tab, jf. KL § 76.

For begge paragraffer gælder det, at der skal være sket en begunstigelse af kreditor eller være unddraget aktiver fra selskabet, der skulle have været med til at sikre fyldestgørelse af selskabets kreditorer.

For KL § 72 gælder det, at den begunstigede skal have været i ond tro omkring de omstændigheder, der ligger til grund for fristdagen. Dvs. at denne skal have kendskab til, at skyldners økonomi var så dårlig, at en begæring om rekonstruktion, konkurs eller gældssanering enten har fundet sted eller burde have fundet sted, og at den modtagne betaling herved bliver utilbørlig. I KL § 72 er der ikke indbygget et insolvenskrav i det, at det ikke vil have nogen betydning eftersom, at skyldners økonomi er så dårlig, at begæring allerede har fundet sted.

For KL § 74 gælder det, at den begunstigede skal have været i ond tro om både skyldners insolvens, og at den modtagne betaling var utilbørlig. Det vil sige, at den begunstigede skal have kendskab til, at skyldners økonomi er så dårlig, at denne ikke kan opfylde forpligtelserne som de kommer, og derved reelt set har stoppet sin drift. Den modtagne betaling bliver herved utilbørlig.

Omstødelse kan ikke ske, hvis dispositionen er foretaget for at undgå unødvendigt tab for selskabet. Omstødelse kan ikke ske efter KL § 72, stk. 2, hvis virksomheden reelt havde mulighed for at redde sig. Derimod kan denne disposition dog godt omstødes efter KL § 74, hvis selskabet efterfølgende går konkurs. Dispositioner kan ikke omstødes, såfremt denne på betalingsdagen var velbegrundet og i kreditorernes og selskabets interesse, også selvom det senere konstateres, at der skete tab som følge af denne.

Hvis ledelsen skal kunne i dømmes erstatningsansvar, skal denne have ageret ansvarspådragende. Dvs. at der skal konstateres et tab, og dette tab skal være som følge af ledelsens handling, der enten skal vide eller burde vide, at en sådan handling ville udløst et tab. Derved har ledelsen ikke reageret eller handlet korrekt i forhold til ”bonus pater” princippet, og derved har denne handlet culpøst. Ledelsen kan idømmes erstatning allerede ved simpel uagtsomhed.

Ved tabet gælder det, at det skal være udløst af ledelsens tilsidesætte af dennes forpligtelser, som fremgår af SL §§ 115-118. Derved kan den ansvarspådragende handling kun forekomme ved at ledelsen har tilsidesat en af sine forpligtelse. I forhold til omstødelse, er den vigtigste forpligtelse ledelsen kan tilsidesætte, kravet om at kapitalredskabet til enhver tid skal være forsvarligt, jf. SL § 115, nr. 5, § 116, nr. 5 og § 118, stk. 2. En tilsidesættelse af en forpligtelse kan sagtens være som følge af tilsidesættelse af en anden forpligtelse. F.eks. et forkert udarbejdet regnskab, der har medført at selskabet har fortsat driften efter håbløshedstidspunktet. Dette scenarie fremgår bl.a. af allerede nævnte U 1995.43 H

Erstatningspligten bortfalder hvis bestyrelsen har foretaget en velbegrundet disposition, der er i selskabets og kreditorernes interesse, f.eks. at denne er foretaget for at undgå unødigt tab. Det fremgår af princippet om et forretningsmæssigt skøn.

Ovenstående analyse giver som svar til problemformulering den konklusion, at når betingelserne for subjektiv omstødelse er opfyldt, vil et element i ledelsens erstatningsregel i KL § 361, udover de sædvanlige erstatningsretlige principper, rent faktisk være opfyldt, nemlig kravet om at kapitalredskabet til enhver tid skal være forsvarlig.

Dette skyldes, at enhver disposition, der fører til omstødelse skal være godkendt af ledelsen, og eftersom at subjektiv omstødelse, i mange tilfælde, først forekommer efter håbløshedstidspunktet, må ledelsen derved antages at have tilsidesat sin forpligtelse til at sikre at kapitalredskabet er forsvarligt. Omstødelse er således en følge af ledelsens handling. Derved følger det også, at en disposition ikke kan omstødes såfremt ledelsens handling er forretningsmæssigt begrundet.

Som en sidste bemærkning skal det noteres, at ledelsens ansvar ikke er begrænset til kun at omfatte dispositioner under insolvens. Hvor de subjektive omstødelsesregler næsten altid er begrænset til at omfatte dispositioner foretaget efter håbløshedstidspunktet vil ledelsen derimod kunne ifalde ansvar under hele dens levetid. Det skal endvidere bemærkes, at det er væsentligt nemmere for en begunstiget kreditor, at undgå erstatning end ledelsen, der kun i meget få tilfælde vil undgå erstatning, når de har handlet ansvarspådragende.

Kapitel 8 - English Abstract

The outbreak of the financial crisis in 2008 resulted in a very high number of bankruptcies amongst companies. The number is still very high.

When a company goes bankrupt, the curator can look at many things to why the company went bankrupt. One of those things the curator can look at is if he can file for avoidance of dispositions. To find out if he can file for avoidance of a particular disposition he can see which rule of avoidance he can use. Those rules can be either objective or subjective. The common rules for both of them are that the company needs to be insolvent and there need to be a favor of a creditor at the expense of other creditors or there need to have been withdrawn assets that are meant to fulfill the creditors in the company.

When looking at subjective reversal after the subjective rules, which are found in § 72 and § 74 of the Danish bankruptcy law, one will also have to look at what knowledge the favored creditor has about the situation in the company.

§ 72 can only be applied for dispositions made after the reference date. The rule of § 72 is that every dispositions made after the reference date is subject of avoidance. Those rules does not apply if the disposition was made in order of the raking of creditors or it was made to avoid loss. An example here could be to avoid unnecessary loss or to save the company. Another rule that is applied to § 72 is that disposition made by the reconstructor cannot be subject to avoidance unless the reconstructor exceeded his limitations.

§ 74 is applied for every disposition made before the reference date. The rule does not have any time limitation and the common rule is that avoidance can be applied as long as the company is insolvent. But avoidance cannot be applied if the favored creditor was in good faith about the insolvency of the company and in good faith about impropriety of the disposition. If the favored creditor was in bad faith about the insolvency and in good faith about the impropriety of the disposition, avoidance cannot be applied. The good faith of the impropriety of the disposition could be that the disposition was made to avoid unnecessary loss or was made in the interest of the company and its creditors. Avoidance can also not happen if the favored creditor has lien or reservation of title in an object. If avoidance can be applied the favored creditor is subject for compensation after § 76. Here the compensation seems to follow the normal compensation rules.

The curator can hereafter look at the management of the company and look if these have a responsibility for the disposition that was subject for avoidance. The management of the company have some responsibilities they need to fulfill. If they take actions that are against their responsibilities, they are also subject for avoidance.

The compensation rule is found in § 361 in the Danish company law. The normal compensation rules are applied when looking at how the leaders can be compensated. The compensation rules are applied after it is found that the management have breached the rules of their responsibilities. One responsibility rule that is important to avoidance is that the management must at any time make sure that there is enough liquid funds in the company to pay all the debts as they come along. If the company is insolvent and it seems hopeless to continue, the company has reached its hopelessness time. If the management choose to continue the company and make dispositions, the management have breached their responsibility. The management can avoid compensation if they claim that the

disposition, which led to the breach, was made in the interest of the company and its creditors. That rule is called the “business judgement rule.”

It is assumed that almost every avoidance is made after the hopelessness time. Moreover, since it is also assumed that almost every avoidance is an action made by the management, it seems that the management have breached their responsibility of always making sure that there is enough liquid funds in the company by continuing the company after the hopelessness time. That will lead the management to pay compensation.

When both the management and the favored creditor can be compensated, the bankruptcies’ estate will have to choose whom they will try to file compensation against. In courtrooms, it seems that the bankruptcies’ estate will file compensation against the favored creditor. It might have something to do with the fact that trials of compensation against the management often is very long.

If the bankruptcies’ estate cannot file compensation against the favored creditor, they can try to file compensation against the leaders instead.

Kapitel 9 - Litteratur- og domsliste

9.1 - Litteraturliste

9.1.1 - Bøger

Friis Hansen, Søren og Valdemar Krenchel, Jens

Dansk Selskabsret 2

4. udgave, år 2014

Forlaget Karnov Group

Sofsrud, Thorbjørn

Bestyrelsens beslutning og ansvar

1. udgave, år 1999

Forlaget Greens jura

Von Eyben, Bo og Isager, Helle

Lærebog i erstatningsret

7. udgave, år 2011

Forlaget DJØF

Werlauff, Erik

Selskabsret

8. udgave, år 2010

Forlaget Thomson Reuters

Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders

Konkursloven med kommentarer

12. udgave, år 2013

Forlaget Karnov Group

Rammeskow Bang-Pedersen, Ulrik, Højlund Christensen, Lasse og Sommer Jensen, Kim

Konkurs

1. udgave, år 2014

Forlaget DJØF

Ørgaard, Anders

Konkursret

11. udgave, år 2014

Forlaget DJØF

9.1.2 - Websider:

Statistikbanken.dk

www.tax.dk/jv/ga/G_A_3_4_1_4_9_10.htm

9.2 - Doms og lovliste

9.2.1 - Love

Konkursloven - LBKG2011217

Selskabsloven – LBKG2015610

Erstatningsansvarsloven – LBKG2005885

Betænkning 606 af 1971

9.2.2 - Domme

U 1982.595 H

U 1985.1 H

U 1985.362H

U 1986.474 H

U 1987.134 H

U 1987.755/2H

U 1988B.417

U 1988.484H

U 1989.812H

U 1992.940 V

U 1995.43 H

U 1995.245 V

U 1996.107 H

U 1998.1047 H

U 1998.1137 H

U 1999.473 H

U 2002.2067 H

U 2003.1561 H

U 2007.1291/3 H

U 2008.2271 H

U 2010.179 H

U 2010.190 H

U 2013.429 H