

Omstødelse af virksomheds-overdragelser

Anders Gylling Kronborg - 20154158

Frederik Rubæk - 20154493

Vejleder: Gitte Søgaard

Aalborg Universitet, Kandidatspeciale

Uddannelse: Jura, Aalborg Universitet

Afleveringsdato: tirsdag d. 19. maj 2020

Fag: Konkurs- og selskabsret



AALBORG UNIVERSITET

Indhold

Abstract	3
1. Indledning.....	4
2. Problemformulering.....	5
3. Afgrænsning	5
4. Metode	6
4.1 Specialets metode	6
4.2 Specialets retskilder og fortolkning heraf.....	6
4.2.1 Lovfortolkning	7
4.2.2 Fortolkning af retspraksis.....	7
4.2.3 Anvendelse af retslitteratur	8
5. Hvad er en virksomhedsoverdragelse.....	8
5.1 Begrebet virksomhedsoverdragelse.....	9
5.2 Aktivoverdragelser og aktieoverdragelser.....	10
6. Gennemgang af insolvensretten	11
6.1 Insolvens	11
6.1.1 Betydningen af insolvens	11
6.1.2 Insolvensbegrebet efter konkursloven	11
6.2 Nærstående	13
6.3 Omstødelse.....	15
6.3.1 Subjektiv og objektiv omstødelse	16
6.4 Gaver - konkurslovens § 64.....	17
6.4.1 Gavebegrebet.....	18
6.4.2 Betydningen af nærstående parter	19
6.5 Retsvirkningerne af omstødelse	20
6.5.1 Retsvirkningerne af objektiv omstødelse – konkurslovens § 75.....	21
6.5.2 Tilbagelevering af det modtagne – konkurslovens § 77.....	22
6.5.3 Lempelse af omstødelseskraav – konkurslovens § 78	23
6.5.4 Omstødelse i forhold til tredjemand – konkurslovens § 79	23
7. Værdiansættelse ved virksomhedsoverdragelser	24
7.1 Værdibegreber	24
7.2 Værdiansættelsesmetoder.....	25
7.2.1 Relative værdiansættelsesmetoder.....	26
7.2.2 Absolutte værdiansættelsesmetoder.....	26

8. Analyse af retspraksis	28
8.1 U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus).....	28
8.2 U 2011.963 H (Abtek)	32
8.3 U 2015.2219 H (FC Nordsjælland)	36
8.4 Østre Landsrets dom afsagt den 28. marts 2017	44
8.5 U 2018.1985 H (Fiskbæk)	49
9. Omstødelse af virksomhedsoverdragelser	54
9.1 Hvilken værdiansættelsesmetode skal anvendes ved virksomhedsoverdragelser?.....	54
9.1.1 Relative værdiansættelsesmetoder	55
9.1.2 Absolutte værdiansættelsesmetoder	56
9.1.3 Værdiansættelsesmetoden	58
9.2 Hvilken værdi bør en virksomhedsoverdragelse ske til?	58
9.2.1 Værdiansættelsesprincipper	58
9.2.2 Bevis for højest mulige værdi	61
9.3 Hvornår foreligger der en gave?.....	62
9.3.1 Formodningsreglen	63
9.3.2 Omstændigheder mod formodningen for gavmildhed	64
9.4 Tilbagelevering – konkurslovens § 77	65
10. Konklusion.....	68
11. Kan omstødelse undgås på anden vis?	70
11.1 Rekonstruktion	70
11.2 Lade selskabet gå konkurs	71
12. Litteraturliste	73
11.1 Artikler	73
11.2 Domme	73
11.3 Litteratur	74
11.4 Lovgivning.....	75
13. Bilag.....	76
13.1 Bilag 1 - Skærmpoint med antal anslag inkl. mellemrum.....	76
13.2 Bilag 2 - Samarbejdsaftale.....	77
13.3 Bilag 3 - Procesafsnit.....	79
13.4 Bilag 4 - Byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013 og Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 (anonymiseret).....	81

Abstract

Reversal of business transfers

This master thesis concerns reversal of business transfers among businesses at the edge of bankruptcy. The main problem of these transfers is that the creditors may have a risk of an economic loss. This loss often emerges from the fact that the business, and its assets are transferred at a price beneath the market value.

Therefore, this master thesis will try to clarify which valuation method should be applied to find the correct market value of a business. If there is a difference in the purchase price compared to the market value, there will be a risk/opportunity that the transfer will be reversed. In relation to this, this master thesis will seek to clarify when the business transfer can be reversed. Furthermore, this master thesis contains a study, whether it is possible or not, to demand a return of the business and its assets.

The above-mentioned issues will be examined through an analysis of relevant case law, legislation, and literature. Afterwards this master thesis will set to discuss the result of the analysis.

Through this master thesis, it has been concluded that the correct market value of a business is going concern, where the owner intends to run the business in a new company. It has also been concluded that the correct valuation method is the discounted cash flow method, or at least a method that involves the businesses previous operations, expectations for the future and customer relations.

Additionally, this master thesis has concluded that there is a high possibility that the business transfer can be reversed if the parties of the transaction are closely related. This is due to the fact, that there is a reverse burden of proof due to the so-called assumption rule. Normally the burden of proof would rest on the bankruptcy estate, but due to the assumption rule it is the defendant that must disprove the assumption of generosity. This master thesis has concluded that it should be possible to disprove the assumption, yet it is very difficult. To disprove the assumption the purpose of the business transfer must be in the company, and its creditors best interest, and the business transfer must have been the only alternative to bankruptcy.

In relation to whether it is possible to demand a return of the business and its assets, it has been concluded that it is very difficult for the bankruptcy estate to make a demand. This is because a business usually will be dynamic, and in development, wherefore the business cannot remain unaltered.

1. Indledning

Samfundet er i høj grad afhængig af, at der bliver etableret virksomheder, som kan generere indtjening. Det er imidlertid ikke alle virksomheder, som overlever. Konkurs kan medføre, at der vil blive efterladt en stor gæld til offentlige eller private kreditorer, hvilket naturligvis ikke er i samfundets interesse.

Inden et selskab går konkurs, vil ejer og ledelse i visse tilfælde forsøge at redde aktiviteten i selskabet. Men grundet at selskabet er insolvent eller insolvenstruet, vil det være nødvendigt at overdrage aktiviteten i det konkurstruede selskab til et nyt selskab, hvor driften kan fortsætte.

Ved hjælp af en virksomhedsoverdragelse er det muligt at drive en virksomhed videre i et nyt selskab og dermed slippe for gælden i selskabet. Denne metode vil i mange tilfælde kunne medføre et væsentligt tab for de tilbagestående kreditorer. Men det er herimod heller ikke i samfundets interesse, at det skal være umuligt at fortsætte driften af virksomheden i et nyt selskab, da det netop er drift, som driver samfundet.

Efter virksomhedsoverdragelsen vil det tilbagestående selskab i visse tilfælde gå konkurs. Konkursboet vil herefter blive ledt af en kurator. Det er kuratorens pligt at varetage kreditorernes interesse og dermed skaffe konkursboet flest mulige midler til dækning af kreditorernes krav.

Derfor er det en vigtig opgave for kurator at kunne gøre et krav gældende mod køberen, hvis overdragelsen eksempelvis skyldes et forsøg på kreditorsvig. Dette ses typisk, hvis der ved overdragelsen har været en risiko for kreditorforrykkende eller kreditorforringende forhold, hvor kreditorerne ikke er blevet involveret i beslutningen om virksomhedsoverdragelsen.

Omvendt skal kurator normalt ikke gøre et krav gældende, hvis overdragelsen generelt har været i selskabets og kreditorernes interesse.

Disse udenretlige rekonstruktioner vil derfor altid rejse en række problemstillinger, da kreditorerne skal dækkes bedst muligt, men det samtidigt skal være muligt at fortsætte en rentabel drift i et nyt selskab. I de situationer, hvor kreditorernes retsstilling er forværret, vil det være muligt for kurator at anvende konkurslovens omstødelsesregler til at genoprette retsstillingen.

Problemstillingerne omkring virksomhedsoverdragelser fra insolvente eller insolvenstruede selskaber er i den nuværende tid højaktuel, da Danmark grundet COVID-19 er indtrådt i en form for finansiell krise. Dette vil uden tvivl medføre, at mange selskaber med ellers rentable aktiviteter må gå konkurs, hvorfor flere måske vil forsøge sig med en virksomhedsoverdragelse til et nyt selskab, hvor driften videreføres.

2. Problemformulering

Hvilke punkter er særligt vigtige at være opmærksom på i relation til efterfølgende risikoer/muligheder for omstødelse af virksomhedsoverdragelser?

Til besvarelse af specialets problemformulering vil følgende spørgsmål blive besvaret:

- Hvilken værdiansættelsesmetode skal anvendes i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse?
- Hvilken værdi bør en virksomhedsoverdragelse ske til?
- Hvornår udgør en virksomhedsoverdragelse en omstødelig disposition?
- Kan en virksomhed eller et selskab forlanges tilbageleveret efter konkurslovens § 77?

3. Afgrænsning

Specialet vil have fokus på rammerne for omstødelse af virksomhedsoverdragelser. Specialet vil dermed fokusere på rammerne for, hvornår kurator kan omstøde en virksomhedsoverdragelse, og hvorledes parterne i en virksomhedsoverdragelse kan undgå en efterfølgende omstødelse af overdragelsen.

Omstødelse af en virksomhedsoverdragelse kan føre til en efterfølgende konkurskarantænesag. Ved besvarelsen af problemformuleringen, vil reglerne om konkurskarantæne, jf. konkurslovens afsnit 3, ikke blive behandlet.

Ved virksomhedsoverdragelser kan der desuden bestå et grænseoverskridende element. Specialet vil ikke behandle grænseoverskridende elementer, men vil i stedet udelukkende fokusere på nationale virksomhedsoverdragelser.

Specialet vil blive udarbejdet på baggrund af dansk ret, hvorfor der ikke vil blive taget stilling til EU-ret samt anden international ret.

Eventuelle skatteretlige problemstillinger ved overdragelse af insolvente selskaber vil ligeledes ikke blive behandlet, og generelt vil specialet ikke behandle skatteretlige problemstillinger.

I forbindelse med virksomhedsoverdragelser og omstødelse heraf vil der endvidere forekomme en række ansættelsesretlige problemstillinger. Disse vil ikke blive behandlet i dette speciale.

Herudover vil mange af de analyserede afgørelser ligeledes omhandle tvister om ledelsesansvar. De problemer som ledelsesansvar medfører, vil ikke blive behandlet indgående, medmindre problemstillingerne relaterer sig til omstødelse af virksomhedsoverdragelser. Selve bedømmelsen af

betingelserne for ledelsesansvar, i relation til ledelsens pligter efter selskabsretten og erstatningsbetingelserne generelt, vil ikke blive behandlet i nærværende speciale.

Specialet vil ligeledes ikke have fokus på de selskabsretlige konsekvenser, som vil være resultat af valget af overdragelsesmetode. Overdragelsesmetoderne aktieoverdragelse og aktivoverdragelse vil blive behandlet i det omfang, det er nødvendigt for besvarelsen af problemformuleringen. I tillæg til dette vil problemstillinger i forbindelse med fusion og spaltning ikke blive behandlet.

4. Metode

4.1 Specialets metode

Ved udarbejdelsen af specialet vil den retsdogmatiske metode blive anvendt. For at kunne opfylde den retsdogmatiske metodes formål, skal der anvendes tre elementer; en beskrivelse, en fortolkning og en systematisering af gældende retsregler.¹

Den retsdogmatiske metode skal anvendes på de kilder, som løbende vil blive bearbejdet i specialet. På grundlag heraf skal den retsdogmatiske metodes anvendes på de domme, retsregler samt de fagbøger og artikler, som løbende vil blive bearbejdet. Overordnet har den retsdogmatiske metode til formål at danne en beskrivelse af gældende ret på et udvalgt retsområde.²

Dette speciales hensigt er at beskrive gældende ret i forhold til omstødelse af virksomhedsoverdragelser. Desuden vil den komparative metode blive anvendt. Den komparative metode skal blandt andet bruges til en sammenligning af domme. Dette skal ske for at kunne udlede, hvilke anbringender parterne anvender, og hvilke omstændigheder domstolene har lagt vægt på. I den afsluttende del af specialet vil det blive opsummeret, hvilke resultater der er blevet fundet frem til igennem det metodiske arbejde, hvorefter resultatet heraf vil blive diskuteret.

4.2 Specialets retskilder og fortolkning heraf

I forbindelse med udarbejdelsen af nærværende speciale vil lovregler samt forarbejder og betænkninger blive anvendt til at danne en beskrivelse af gældende ret. Love udgør en del af den traditionelle retsrealistiske opfattelse.³ Yderligere skal der i relation til fortolkning af lovgrundlaget benyttes retspraksis, hvilket udgør en del af det traditionelle retskildebegreb og yderligere udgør en

¹ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2018), s. 193

² Tvarnø, Christina D og Nielsen, Ruth: Retsskilder & Retsteorier (2014), s. 34

³ Ibid., s. 81

vigtig rolle ved fortolkning af gældende ret.⁴ Derudover vil retslitteraturen blive anvendt igennem specialet.

4.2.1 Lovfortolkning

Udgangspunktet for enhver fortolkning af retsregler må tages i bestemmelsens ordlyd. Det er således bestemmelsens ordlyd, der er genstand for fortolkningen, mens fortolkningsmateriale, såsom forarbejder og betænkninger, er hjælpemidler i fortolkningen. De ord og begreber, der anvendes i lovteksten, viser sig imidlertid ofte som upræcise og vage, når de anvendes på et konkret retsspørgsmål, hvorfor det ofte er nødvendigt at anvende øvrige fortolkningsmuligheder til at fortolke retsreglerne.⁵ I denne forbindelse vil de traditionelle hjælpemidler, såsom forarbejder og betænkninger, blive anvendt til lovfortolkningen.

4.2.2 Fortolkning af retspraksis

Ved udarbejdelsen af dette speciale vil retspraksis komme til at være en central retskilde ved fortolkning af gældende ret. I relation hertil vil det være nødvendigt at være opmærksom på, at der i forbindelse med retssager altid vil være faktorer, som vil være individuelle. Dette vil resultere i, at to retssager aldrig vil kunne være ens. På grundlag heraf vil det være nødvendigt at undersøge, hvorvidt der foreligger forskelle eller ligheder i relation til det relevante retsfaktum.⁶

Derudover er det vigtigt at være opmærksom på, hvilken præjudikatstyrke dommene har. Det er i litteraturen tidligere nævnt, at det udelukkende er Højesterets afgørelser, som har præjudikatvirkning. Synspunktet synes imidlertid ikke at tage højde for, at underretterne indretter sig efter egne afgørelser. Synspunktet synes i øvrigt heller ikke at have støtte i den generelle nordiske teori eller praksis. Der er herefter ikke noget til hinder for, at man betragter domme fra underretterne med præjudikatsværdi, dog med den undtagelse at Højesteret senere kan ændre den praksis, som følger af underretternes domme.⁷

I tillæg til dette vil det blive anført, når der har været betydende dissens i dommene. Ved L 1936-04-07, nr. 112 om ændringer i og tilføjelser til Lov om Rettens Pleje, blev det en pligt at gengive dissenterende dommers mening om resultat og begrundelse i dommens præmisser. Der vil herefter

⁴ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2018), s. 299 ff. og s. 321

⁵ Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 51f.

⁶ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2018), s. 316

⁷ Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 121

blive fokuseret på mindretallets begrundelse ved analyse af dommene, sådan det kan udledes, hvilke afgørende punkter, der skiller dommernes begrundelse og resultat.⁸

Det er blevet anført, at dissens svækker en doms præjudikatsværdi. Højesteret vil imidlertid stadig følge resultatet af dommen i tilsvarende sager. Omvendt vil det have en betydning, hvis der skal træffes afgørelse i en senere sag, hvor der er en vis usikkerhed om, hvorvidt situationen helt kan sammenlignes med forholdene i den dom, som blev afsagt med dissens.⁹

4.2.3 Anvendelse af retslitteratur

Når de anvendte lovregler eller retspraksis skal fortolkes, vil det være nødvendigt at anvende retslitteratur i forbindelse med denne fortolkning. I relation hertil er det centralt at have for øje, at der er nogenlunde enighed om, at retslitteratur som udgangspunkt ikke er en reel retskilde. Retslitteratur kan imidlertid indeholde en analyse af domme eller lignende, som kan have en særlig vægt i forbindelse med denne generelle fortolkning af dommen. Derudover indeholder retslitteratur et resultat af omfattende metodisk arbejde, der vil kunne indgå i den retlige argumentation.¹⁰ Derfor vil retslitteratur blive anvendt hyppigt ved udarbejdelsen af nærværende speciale.

5. Hvad er en virksomhedsoverdragelse

Grundlæggende vil der være tale om en virksomhedsoverdragelse i de tilfælde, hvor en transaktion vil medføre, at der sker ændringer i kontrollen hos den overdragne virksomhed. Imidlertid vil der ikke alene være tale om en virksomhedsoverdragelse, hvor en samlet virksomhed bliver overdraget, men derimod også i de situationer, hvor der overdrages en division eller lignende.

Når der skal foretages en virksomhedsoverdragelse, vil det ofte indebære, at der skal gennemgås en meget kompleks proces. Og det vil være en proces, som vil indebære stillingtagen til mange forskellige problemstillinger. Dette medfører, at virksomhedsoverdragelser ofte vil tage lang tid, da parterne eksempelvis skal have foretaget en omfattende due diligence. Imidlertid vil der ofte ikke være mulighed for at gennemgå en sådan kompleks proces, når der skal ske en virksomhedsoverdragelse fra et konkurstruet selskab, da man er under et betydeligt tidspres.¹¹

⁸ Ibid, s. 129f.

⁹ Ibid., s. 129ff.

¹⁰ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2018), s. 373f.

¹¹ Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 579

Der kan både være tale om en virksomhedsoverdragelse i de situationer, hvor der handles aktiver fra et selskab og i de situationer, hvor der handles de bagvedliggende kapitalandele i et selskab.

5.1 Begrebet virksomhedsoverdragelse

Nærværende speciale omhandler, som tidligere fremført, omstødelse af virksomhedsoverdragelser. Specialet vil behandle omstødelse af aktivoverdragelser og aktieoverdragelser. De særegne karakteristika ved disse forskellige overdragelsesmetoder har imidlertid ikke den store betydning for specialets problemformulering, hvorfor aktivoverdragelser og aktieoverdragelser samlet vil blive betegnet som virksomhedsoverdragelser.

Dette sker på trods af, at Erik Werlauff i den selskabsretlige litteratur omtaler en aktivoverdragelse som et virksomhedskøb¹², som dermed er nærmest identisk med begrebet virksomhedsoverdragelse. Herefter kunne brugen af formuleringen omstødelse af virksomhedsoverdragelser tænkes at føre til unødige misforståelser.

Imidlertid anvendes udtrykket virksomhedsoverdragelse andre steder i litteraturen som et begreb, der både omfavner aktieoverdragelser og aktivoverdragelser. Dette kan blandt andet ses i bogen "Køb og salg af virksomheder", hvor begrebet virksomhedsoverdragelse anvendes samlet om aktieoverdragelser og aktivoverdragelser¹³. Den omtalte anvendelse kan blandt andet ses under afsnittet "Hvad er en virksomhedsoverdragelse", hvoraf følgende fremgår:

*"Ved en »virksomhedsoverdragelse« forstås i det følgende en transaktion, hvorved et selskab eller en anden funktionel enhed (i denne fremstilling benævnt »målvirksomheden« eller »målselskabet«) overføres fra én ejer (sælger) til en anden ejer (køber) – på begge sider en eller flere fysisk(e) eller juridisk(e) person(er)."*¹⁴

Endvidere fremgår følgende senere i fremstillingen:

*"Grundlæggende kan en virksomhed overdrages i form af salg af kapitalandele, det vil sige aktier eller anparter, i målvirksomheden (»Kapitalmodellen«), eller i form af overdragelse af målvirksomhedens aktiver, med eller uden passiver (»substansmodellen«)."*¹⁵

¹² Werlauff, Erik (2019): Selskabsret, s. 211ff

¹³ Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019)

¹⁴ Ibid., s. 29

¹⁵ Ibid., s. 67

Desuden kan der henvises til artiklen ”U 2015.2219 H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser”, hvoraf følgende fremgår:

”Det er noget tvivlsomt, om de betingelser kan opfyldes, når en virksomhedsoverdragelse bygger på aktier...”¹⁶

På baggrund af ovenstående synes det herefter ikke betænkeligt at anvende begrebet virksomhedsoverdragelser samlet om både aktieoverdragelser og aktivoverdragelser, da begrebet populært benyttes således. Ligeledes anses anvendelsen af begrebet virksomhedsoverdragelser samlet om både aktieoverdragelser og aktivoverdragelser ikke at kunne give anledning til problemer, da specialets problemformulering ikke har som direkte formål at behandle forskelle i omstødelse af henholdsvis aktieoverdragelser og aktivoverdragelser. Tværtimod bør anvendelsen af begrebet virksomhedsoverdragelser samlet om aktivoverdragelser og aktieoverdragelser resultere i, at der igennem specialet vil være fokus på at behandle de problemstillinger, som netop er af betydning for specialets problemformulering. De steder, hvor der er relevante forskelle ved omstødelse af aktieoverdragelser og aktivoverdragelser, vil disse dog blive bearbejdet.

5.2 Aktivoverdragelser og aktieoverdragelser

Forskellen mellem aktivoverdragelser og aktieoverdragelser skyldes blandt andet forskellen i, hvem der direkte ejer henholdsvis aktiverne og aktierne, og hvem pengene fra salget tilgår.¹⁷

I en situation, hvor aktiverne i selskab A bliver overdraget, vil pengene tilgå dette selskab A. Det vil ligeledes være dette selskab A, der skal gå konkurs, før omstødelsesvirkningerne kan blive udløst. Hvis der i stedet er tale om en aktieoverdragelse af selskab A, vil det være de bagvedliggende kapitalandele, som bliver overdraget. Disse kapitalandele vil ofte være placeret i et holdingselskab, som i det følgende betegnes selskab B. Dermed vil det i forbindelse med omstødelse af aktieoverdragelsen være selskab B, der skal gå konkurs, før omstødelsesvirkningerne kan blive udløst.

I situationer, hvor et konkurstruet selskab ønsker at redde driften via en virksomhedsoverdragelse, vil overdragelsen ofte ske til et koncernforbundet selskab eller i hvert fald til et selskab, som har den samme eller de samme reelle ejere. Overdragelsen vil enten ske ved, at aktiviteten overdrages ud af det konkurstruede selskab via en aktivoverdragelse eller en aktieoverdragelse. I de fleste tilfælde vil det ofte ske via en aktivoverdragelse. Det kan imidlertid være tilfældet, at virksomheden er placeret

¹⁶ Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, s. 5

¹⁷ Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 68f

i et datterselskab, hvorfor det besluttes, at der foretages en aktieoverdragelse af dette datterselskab. I begge tilfælde vil købesummen imidlertid tilfalde det selskab, som senere bliver underlagt konkursbehandling, hvilket kurator efterfølgende anlægger en omstødsessag på vegne af.

6. Gennemgang af insolvensretten

For at kunne besvare specialets problemformulering, er det nødvendigt at gennemgå centrale principper og lignende i det insolvensretlige system, som har betydning for omstødelse af virksomhedsoverdragelser.

6.1 Insolvens

6.1.1 Betydningen af insolvens

For at kunne erklære et selskab konkurs, er det en betingelse, at selskabet er insolvent, jf. konkurslovens § 17. Det samme gør sig gældende, hvis man ønsker at tage et selskab under rekonstruktionsbehandling.¹⁸

Dernæst er insolvensbegrebet relevant ved en efterfølgende konkurs for at se på, om selskabet var insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen, hvilket har relevans i forhold til konkurslovens regler om omstødelse.

Herudover udløser selskabets insolvens nogle forpligtelser for ledelsen, hvis de vil undgå at ifalde ansvar ved en efterfølgende konkurs. Det er efter konstateringen af selskabets insolvens afgørende, at ledelsen primært varetager kreditorernes og selskabets interesser og ikke ejeren eller ejernes. Hertil skal det typisk besluttes, om man vælger at indgive egen konkursbegæring, eller om man vil forsøge sig med at rekonstruere virksomheden.¹⁹

6.1.2 Insolvensbegrebet efter konkursloven

En skyldner er insolvent, hvis denne ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående, jf. konkurslovens § 17, stk. 2.

Efter konkurslovens § 17, stk. 2, 1. led knytter insolvensbegrebet sig ikke til regnskabsmæssig kapitalværdi - såkaldt insufficiens -, som det gør i selskabslovens § 119 omhandlende kapitaltab.

¹⁸ Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 22

¹⁹ Ibid., s. 583

Derimod fokuseres der udelukkende på selskabets likviditetsmæssige situation, dvs. om selskabet har likviditet til at betale sine forpligtelser, løbende som de forfalder.²⁰ Er skyldneren i stand hertil, er det uden betydning, om gælden er større end aktiverne.

Det hænder derfor, at selskaber kan være insolvente med en regnskabsmæssig positiv egenkapital, såfremt aktiverne vurderes efter going concern-princippet. Dette er typisk situationen, hvor et selskab har væsentlige anlægsaktiver, som er svært omsættelige, imens selskabet har betydelig kortfristet gæld, eller hvis store dele af selskabets finansielle ressourcer er bundet i ikke let omsættelige varelagre, udestående tilgodehavender hos kunder eller i ikke let omsættelige investeringer.²¹

En underbalance kan imidlertid være et indicium for manglende betalingsevne. Hertil foreligger der flere landsretsafgørelser, hvor der ved insolvensvurderingen er blevet lagt vægt på negativ egenkapital.²² I FM 2008-159 V forelå den modsatte situation, hvor en konkursbegæring ikke blev taget til følge grundet en positiv egenkapital på 124.000 kr. Det er herefter ikke uden betydning at kigge på selskabets regnskabsmæssige forhold ved insolvensvurderingen. I bedømmelsen af skyldnerens aktiver er det alene aktiver, der kan foretages retsforfølgning i, som tælles med på aktivsiden ved insolvensvurderingen, jf. U 2014.3140 Ø, hvor skyldnerens indestående på en bankkonto i Schweiz ikke blev medtaget som et aktiv, da der ikke kunne foretages retsforfølgning heri.²³

Af konkurslovens § 17, stk. 2, 2. led fremgår det, at en skyldner ikke er insolvent, hvis betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående. Bevisbyrden herfor påhviler skyldneren. Det er svært at sætte faste retningslinjer for, hvornår betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående, men det må normalt afhænge af, hvornår skyldneren normalt har indtægter og konkrete omstændigheder i øvrigt.²⁴ Hvis skyldneren kan betale sin gæld inden for den tid, der normalt går med at inddrive en fordring ved individualforfølgning hos en solvent skyldner, må konkurs være udelukket. For at vurdere, om en skyldner er illikvid, vil der typisk blive opstillet en prognose for skyldners mulighed for at betale gældsposter til forfaldstid.²⁵ Om kreditorerne skal vente i længere tid kan afhænge af risikoen for, at prognosen over skyldnerens fremtidige betalingsdygtighed vil slå fejl. Desto sikrere den opstillede prognose er, des længere må kreditorerne kunne henvises til at vente. Vil der gå flere måneder, før betaling vil kunne forventes, må skifteretten

²⁰ Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 581

²¹ Ibid., s. 582

²² Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 154

²³ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 35

²⁴ Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 155

²⁵ Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer: Konkurs (2020), s. 67

frem for at afslå konkursbegæringen henvise skyldneren til i medfør af konkurslovens § 24 at indgive begæring om rekonstruktionsbehandling med henblik på at opnå en betalingsudsættelse. Bevisbyrden for insolvens påhviler som udgangspunkt fordringshaveren. Såfremt fordringshaveren har sandsynliggjort insolvens, er det op til skyldneren at afkræfte dette.²⁶

Konkurslovens § 18 indeholder nogle formodninger for, hvornår en skyldner er insolvent. Efter konkurslovens § 18, stk. 1, nr. 1 anses insolvens at foreligge, når skyldneren erkender at være insolvent. Formodning for at skyldneren er insolvent foreligger endvidere, hvis skyldneren er taget under rekonstruktionsbehandling, jf. konkurslovens § 18, stk. 1, nr. 2. Insolvensformodningen foreligger desuden, hvis skyldneren har standset sine betalinger, jf. konkurslovens § 18, stk. 1, nr. 3. Her tænkes på en udenretlig faktisk betalingsstandsning. At skyldneren undlader at betale en enkelt fordring, er ikke udtryk for en betalingsstandsning.²⁷ En forgæves udlægsforretning inden for de sidste 3 måneder før konkursbegæringens modtagelse er til sidst en formodning for insolvens, jf. konkurslovens § 18, stk. 1, nr. 4.

6.2 Nærstående

I forhold til insolvensretten har begrebet nærstående retlig relevans på flere områder. Hertil er det særligt relevant i forhold til konkurslovens regler om omstødelse. På baggrund af de retsvirkninger, der knytter sig til begrebet nærstående, er det vigtigt at få klarlagt nærmere, hvad begrebet omfatter.

Konkurslovens § 2 indeholder en opregning af, hvad der skal forstås ved nærstående efter konkursloven. Overordnet oplister konkursloven nærstående i fire grupper.

Af konkurslovens § 2, nr. 1 fremgår det, at ægtefæller, slægtninge i op- og nedstigende linje, søskende, de nævnte personers ægtefæller og andre personer, der har stået hinanden særligt nær, vil være nærstående. Det kan udledes af ordlyden, at konkurslovens § 2, nr. 1 indeholder en række familiemæssige relationer, som ubetinget falder ind under begrebet nærstående. Andre personer end de nævnte kan imidlertid også være omfattet.²⁸

Herudover følger det af konkurslovens § 2, nr. 2, at et selskab og en person skal anses som nærstående, såfremt personen eller dennes nærstående direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af selskabets kapital.

Endvidere vil to selskaber være nærstående, såfremt det ene eller dets nærstående direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af det andet selskabs kapital, eller såfremt en væsentlig del af begge

²⁶ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 35f.

²⁷ Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 158

²⁸ Ibid., s. 22

selskabers kapital direkte eller indirekte ejes af samme person eller selskab eller af indbyrdes nærstående personer eller selskaber, jf. konkurslovens § 2, nr. 3.

Til sidst fremgår det af konkurslovens § 2, nr. 4, at andre personer, selskaber eller organisationer, som har tilsvarende interessefællesskab som under nr. 2 eller 3 angivet, vil være nærstående.

De grupper, der er opremset i konkurslovens § 2, nr. 1-4, vil uden undtagelse være skyldnerens nærstående. Herimod er opremsningen imidlertid ikke udtømmende, hvorfor der kan være nogle personer, selskaber eller organisationer, der kan blive anset som værende nærstående, på trods af de ikke fremgår direkte af ordlyden af konkurslovens § 2, nr. 1-4.

Dette skyldes, at der i henholdsvis konkurslovens §§ 2, nr. 1 og 2, nr. 4, bliver anvendt vendingen ”og andre”, hvilket netop indikerer, at opremsningen ikke er udtømmende. Dette medfører blandt andet, at en skyldners registrerede partner eller faktiske samlever vil blive anset som værende skyldnerens nærstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 1.²⁹

I forbindelse med overdragelse af virksomheder fra insolvente selskaber vil det ofte være bestemmelserne om nærstående, som angår juridiske personer, der vil være interessante. Efter konkurslovens § 2, nr. 2 og 3 er direkte eller indirekte ejerskab af selskaber omfattet af begrebet nærstående, som selvfølgelig er relevant ved virksomhedsoverdragelser. Dette gør sig ligeledes gældende efter konkurslovens § 2, nr. 4, da det her nævnes, at bestemmelsen angår tilsvarende interesseselskab som angivet i nr. 2 eller nr. 3.

Der kan imidlertid være tvivl om, hvad der gælder uden for koncernforhold, hvor der enten er fuldt ejerskab, næsten fuldt ejerskab eller andre lignende konstellationer. Det afgørende i disse situationer er imidlertid, hvorvidt skyldnerens økonomiske interesse er så markant, at denne kan blive fristet til at foretage dispositioner, som vil være for egen vinding på bekostning af selskabets kreditorer.³⁰

Der kan ligeledes være tvivl om, hvad konklusionen må være i situationer, hvor en person har en minoritetsaktiepost i et selskab. Vurderingen i disse situationer må således bero på en konkret vurdering. I vurderingen skal det indgå, hvorvidt der eventuelt er stemmeretsbegrænsninger, som gør, at minoritetsaktieposten alligevel kan være nok til at medføre en bestemmende indflydelse, som vil medføre, at minoritetsaktionæren vil være nærstående.³¹ Grundlæggende er konkursrettens begreb nærstående bredt i forhold til juridiske personer, og det kan konkluderes, at begrebet dermed også vil favne bredere end koncernbegrebet i selskabsretten.

²⁹ Ibid., s. 21

³⁰ Ibid., s. 23

³¹ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 35f.

6.3 Omstødelse

Omstødelse er et retsmiddel i konkurs, som gør det muligt at ophæve gyldige dispositioner, hvis der er sket kreditorforringende eller kreditorforrykkende dispositioner.

Traditionelt har man opdelt omstødelige dispositioner efter kreditorforringende og kreditorforrykkende dispositioner. Opdelingen har ikke nogen betydning for retsvirkningerne, men er blot af pædagogiske årsager. Ved de forringende dispositioner unddrages penge fra kreditorerne, imens der ved de forrykkende dispositioner laves en forrykkelse af kreditorernes indbyrdes retsstilling.³² Reglerne om omstødelse kan findes i konkurslovens kapitel 8 (§§ 64-81).

Det er kurator, der bestemmer, om der skal anlægges en omstødelsessag. Imidlertid er der ofte ikke tilstrækkelige midler til gennemførelse af retssager i boer, herunder omstødelsessager. Derfor vil det ofte være hovedkreditorerne, der tager beslutningen, eftersom gennemførelse af en omstødelsessag ofte vil være betinget af, at hovedkreditorerne eller i hvert fald de af hovedkreditorerne, der må forventes at få gavn af en vunden omstødelsessag, vil finansiere omkostningerne til gennemførelse af omstødelsessagen.³³ Opgiver boet at føre en omstødelsessag, kan enhver fordringshaver efter konkurslovens § 137 gennemføre sagen på egen risiko, men til fordel for boet.

Reglerne om omstødelse skal ses ud fra en håndhævelse af universalforfølgningens ligelighedsprincip, dvs. at kreditorerne skal behandles lige. Når kurator anvender omstødelsesreglerne, forsøges ligelighedsprincippet genoprettet. På trods af omstødelsesreglerne er formuleret forskelligt, er der ikke tvivl om, at dispositionen skal have haft en skadegørende virkning på de øvrige kreditorer.³⁴

Formålet med konkurs er at skaffe skyldneres kreditorer den bedst mulige fyldestgørelse, hvorfor omstødelse kun er relevant, hvis kreditorerne gennem omstødelsen vil opnå en bedre fyldestgørelse.³⁵

Omstødelsesreglerne kan anvendes med tilbagevirkende kraft inden for en nærmere bestemt tidsperiode alt afhængigt af, hvilken bestemmelse der henvises til. Risikoen for omstødelse vil således påvirke dispositionsmiljøet, hvor en part eller potentiel part i en aftale har økonomiske vanskeligheder, og der er en risiko for konkurs.³⁶

³² Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer (2020): Konkurs, s. 386

³³ Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 519f.

³⁴ Lindencrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret (2014), s. 512-514

³⁵ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 95

³⁶ Ibid., s. 94

6.3.1 Subjektiv og objektiv omstødelse

Der sondres mellem subjektive og objektive omstødelserregler. Bestemmelserne i konkurslovens §§ 64-71 vedrører objektiv omstødelse, imens konkurslovens §§ 72 og 74 omhandler subjektiv omstødelse.

Der er først og fremmest nogle forskelle i forhold til retsvirkningen af henholdsvis en objektiv og en subjektiv omstødelserregel. Ved anvendelse af en objektiv omstødelserregel, skal den begunstigede fralægge sig den berigelse, vedkommende har haft, dog ikke udover boets tab, jf. konkurslovens § 75. Såfremt der anvendes en subjektiv omstødelserregel, skal der ske erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler, jf. konkurslovens § 76. Retsvirkningerne af omstødelse vil blive gennemgået særskilt i afsnit 6.5.

Hernæst er der nogle helt essentielle forskelle i henhold til de bevismæssige aspekter ved anvendelse af subjektive eller objektive omstødelserregler. Hvis konkursboet påberåber sig en objektiv omstødelserregel, skal konkursboet blot kunne bevise, at der foreligger en objektiv omstødelsergrund inden for fristen. Ved anvendelse af en subjektiv omstødelserregel skal konkursboet ydermere kunne bevise, at skyldneren var insolvent ved foretagelsen af dispositionen, og at den begunstigede kendte eller burde kende insolvensen.³⁷

De objektive omstødelserregler medfører således, at det ikke tillægges betydning, om skyldneren var eller blev insolvent ved dispositionen.³⁸ Imidlertid er erstatningsreglen efter de subjektive omstødelserregler mere favorabel end berigelsesreglen ved de objektive omstødelserregler, hvilket kan føre til, at konkursboet foretrækker at benytte sig af en subjektiv omstødelserregel, såfremt boet kan føre bevis for anvendelsen.

Igennem specialet vil der blive fokuseret på praksis, hvor virksomhedsoverdragelser bliver eller forsøges omstødt. I denne sammenhæng er det konkurslovens § 64 omhandlende gaver, som er den mest anvendte bestemmelse. Det skal herefter bemærkes, at konkurslovens § 64 er en objektiv omstødelserbestemmelse, hvorfor konkursboet ikke behøves at bevise, at skyldneren var insolvent ved foretagelsen af dispositionen, eller at den begunstigede kendte eller burde kende insolvensen. Imidlertid er retsvirkningen, at den begunstigede skal fralægge sig den berigelse vedkommende har haft dog ikke udover boets tab, jf. konkurslovens § 75. Derfor kan det nogle gange være relevant at forsøge at løfte bevisbyrden for anvendelsen af konkurslovens § 74, som er en subjektiv bestemmelse, hvorfor boet kan få erstatning for tabet.

³⁷ Paulsen, Jens: Insolvensret (2010), s. 542f.

³⁸ Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer: Konkurs (2020), s. 385

6.4 Gaver - konkurslovens § 64

Som nævnt tidligere omhandler konkurslovens § 64 gaver. Bestemmelsen anvendes ofte i forbindelse med omstødelse af virksomhedsoverdragelser. Det er således ofte konkurslovens § 64, der forsøges anvendt, når en virksomhedsoverdragelse ikke er sket på en betryggende måde.³⁹

Gaver kan fordres omstødt efter den generelle bestemmelse i konkurslovens § 64, stk. 1. Betingelsen, for at der kan omstødes efter konkurslovens § 64, stk. 1, er således, at der foreligger en gave. Selve gavebegrebet vil blive gennemgået i afsnit 6.4.1.

Der er hertil mulighed for at omstøde gaver, som er fuldbyrdet før 6 måneders fristen i konkurslovens § 64, stk. 1.

Såfremt gaven er fuldbyrdet tidligere, kan den inden for en frist på 1 år – ved nærstående 2 år – omstødes, medmindre skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen blev insolvent og utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser, jf. konkurslovens § 64, stk. 2. Den begunstigede skal ikke udelukkende kunne løfte bevisbyrden for det forhold, at skyldneren hverken var eller blev illikvid, jf. konkurslovens § 17, men endvidere for det forhold, at skyldneren hverken var eller blev insufficient ved overdragelsen. Denne dobbeltbetingelse, som følger af konkurslovens § 64, stk. 2, er speciel for omstødelse af gaver, og det skal hertil bemærkes, at det ikke er tilstrækkeligt at sandsynliggøre, at skyldneren opfyldte betingelserne.

Der er derudover mulighed for at omstøde uden tidsfrist for så vidt angår gaver til skyldnerens nærstående, hvis gaverne stod i åbenbart misforhold til skyldnerens økonomiske forhold, jf. konkurslovens § 64, stk. 4. Der er imidlertid på samme måde som efter konkurslovens § 64, stk. 2 mulighed for, at den begunstigede kan godtgøre, at skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen blev insolvent og utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser. Det skal på samme måde godtgøres, at skyldneren hverken blev illikvid eller insufficient ved overdragelsen, og en sandsynliggørelse af forholdene er ikke tilstrækkelig.⁴⁰

Bestemmelserne i § 64, stk. 1-4 gælder også i det omfang, skyldneren løbende har betalt større beløb til eller for sin ægtefælle eller samlever, end hvad der efter disses økonomiske forhold og familiens behov var rimelige bidrag til familiens forsørgelse, jf. konkurslovens § 64, stk. 5.

Konkurslovens § 64, stk. 4 og 5 blev indført ved LFF 2017-03-29 nr. 179 og fandt anvendelse fra 1. januar 2018. Der er således ikke meget praksis om bestemmelserne endnu. Bestemmelsernes formål

³⁹ Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, s. 2

⁴⁰ LFF 2017-03-29 nr. 179, Almindelige bemærkninger punkt 2.4.2

har været at stoppe den såkaldte ”konefinte”. De nye bestemmelser i konkurslovens § 64, stk. 4 og 5 har meget begrænset relevans for specialet, hvorfor disse ikke vil blive gennemgået nærmere.

Det er typisk konkurslovens § 64, stk. 1, der anvendes ved omstødelse af virksomhedsoverdragelser, eftersom det konkursramte selskabs aktiviteter typisk er blevet solgt inden seks måneder før fristdagen. Det er herefter ikke altafgørende, hvorvidt skyldneren kan bevise, at skyldneren ikke vidste eller burde vide, at denne var eller blev insolvent samt insufficient ved virksomhedsoverdragelsen, da dette ikke er muligt for skyldneren, hvis gaven er fuldbyrdet senere end seks måneder før fristdagen.

6.4.1 Gavebegrebet

Det afgørende ved anvendelsen af konkurslovens § 64 er, at der foreligger en gave, hvilket også følger af forslaget til den oprindelige konkurslov fra 1977.⁴¹ Begrebet beskrives typisk som en formueforskydning fra giver til modtager, hvorved modtageren opnår en objektiv formuefordel.⁴²

Formueforskydningen skal imidlertid indeholde mere end blot en objektiv formuefordel, da der lægges vægt på subjektive forhold. Her lægges der vægt på giverens ønske om at berige modtageren, og modtageren skal i givet fald kende giverens hensigt. Når retten bedømmer, hvorvidt der foreligger en gave eller ej, kan retten se på modtagerens eller giverens subjektive opfattelse af dispositionen, eller som udenforstående part se på de faktiske omstændigheder omkring selve dispositionen.⁴³

Herudover er der et krav om, at formuefordelen skal have været et udslag af gavmildhed. Formålet med at der skal foreligge gavmildhed, er at frasortere forretningsmæssige dispositioner.⁴⁴

Gavebegrebet er imidlertid en anelse anderledes, når skyldneren er insolvent, kontra når skyldneren er fuldt ud solvent. Dette skyldes, at den, der er insolvent, står i en helt anden situation og motiveres derved af nogle andre ting. Gavebegrebet opfattes derfor som et objektivt begreb i insolvenssituationer.⁴⁵ Det er derfor typisk ikke nødvendigt at lægge vægt på subjektive forhold. Kravet om at forretningsmæssige dispositioner skal frasorteres, vil derfor heller ikke være gældende i insolvenssituationer, da begrebet som sagt anses som værende af mere objektiv karakter. Synspunktet kan også udledes af retspraksis. Der kan eksempelvis henvises til U 1993.898 H, hvor Højesteret omstødte en betaling til en direktør efter konkurslovens § 64, som han havde modtaget

⁴¹ LFF 1977-03-03 nr. 25, Forslag til Konkurslov, s. 25

⁴² Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 105

⁴³ Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer: Konkurs (2020), s. 398

⁴⁴ Ibid., s. 398

⁴⁵ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 106

ved indgåelse af en konkurrenceklausul, da direktøren ved ansættelsen havde påtaget sig samme konkurrenceklausul uden vederlag.

For at der foreligger en gave, er det ikke en betingelse, at aktivet er blevet overdraget uden et modsvarende vederlag. Såfremt erhververen ikke betaler fuldt vederlag for aktivet, kan der være tale om en gave. Dette kaldes en delvis gave (negotium mixtum cum donatione).⁴⁶ Parterne forsøger typisk at anvende denne fremgangsmetode, når de ønsker, at dispositionen ikke skal fremgå som en decideret gave.

Selve gaveelementet forsøges ofte at blive gemt ved, at parterne ansætter prisen i aftalen lavere end den reelle værdi. Det skal dog bemærkes, at en dårlig handel ikke er ensbetydende, at der foreligger en gave. Imidlertid er det særlig relevant, når der er tale om nærstående parter, da et objektive misforhold mellem ydelserne vil være en formodning for, at der forligger en gave.⁴⁷

Ovenstående situation er særligt relevant ved overdragelse af virksomheder. Da parterne ved virksomhedsoverdragelser nogle gange ansætter værdien lavere i aftalen end den reelle værdi og på denne måde forsøger at camouflere gaveelementet. I retspraksis er der typisk uenighed om selve værdiansættelsen, hvilket i sig selv kan udgøre et gaveelement.

Endvidere skal det også bemærkes, at formodningsreglen ved nærstående parter er særlig relevant, da parterne ofte er nærstående, når der sker virksomhedsoverdragelser fra insolvente selskaber. Betydningen af nærstående parter vil blive uddybet nedenfor.

6.4.2 Betydningen af nærstående parter

Det følger af LFF 2017-03-29, at;

”Det er som udgangspunkt konkursboet, der bærer bevisbyrden for, at en disposition udgør en gave. Omstændighederne omkring dispositionen kan dog bevirke, at bevisbyrden vendes”.⁴⁸

Det kan herefter ses, at omstændighederne ved dispositionen kan medføre en omvendt bevisbyrde, hvorved parternes nærstående forhold formentlig er en sådan omstændighed.

Af betænkning af 1971, nr. 606 fremgår endvidere følgende:

⁴⁶ Ibid., s. 108

⁴⁷ Ibid., s. 108

⁴⁸ LFF 2017-03-29 nr. 179, punkt 2.4.1.2

*”Har f.eks. faderen solgt en ting til sønnen for en købesum, der ikke svarer fuldt ud til værdien, vil der være en stærk formodning for, at meningen netop har været at give sønnen en (delvis) gave, således at omstødelse kan ske.”*⁴⁹

Det kan hermed udledes, at hvis der består et nært forhold mellem parterne efter konkurslovens § 2, vil der være en formodning for, at der er tale om en gave.⁵⁰ Det er således op til modtageren at bevise, at dispositionen ikke indeholder et gaveelement.

Det er ikke nødvendigvis afgørende, at personerne er direkte nærstående. Det afgørende er imidlertid, at det er den samme person, som reelt disponerer hos skyldnerens og den begunstigede.⁵¹ Ved overdragelse af virksomheder er det typisk den samme person, som råder over de selskaber, som indgår i transaktionen enten i kraft af, at personen er medlem af ledelsen eller gennem stråmænd, hvor personen bevarer den reelle kontrol. I disse situationer er der således også tale om dispositioner mellem nærstående, hvorfor formodningsreglen stadig vil finde anvendelse.

Lige så snart der er tale om et tilfælde, som kunne tyde på, at der er tale om kreditorly, vil der blive anvendt et objektivt gavebegreb, hvor det vil være den begunstigede, der typisk vil bære risikoen for forskel i værdien.⁵²

Højesteret har i flere afgørelser uden videre konstateret en gave, når der foreligger et tegn på kreditorly og en formueforskydning. Som eksempel herpå kan nævnes U 2009.1796 H, hvor en gartneriejer overdrog et erstatningskrav til sin kones og to sønners nystiftede selskab, som medførte et tab på 1,3 mio. kr. for det senere konkursramte gartneri. Der var i afgørelsen tale om en gave mellem nærstående parter, som indebar en betydelig formueforskydning. Det var herefter muligt at omstøde dispositionen efter konkurslovens § 64.

Denne formodningsregel kan dermed udgøre en ekstra risiko ved virksomhedsoverdragelser gennemført ved udenretlige rekonstruktioner.

6.5 Retsvirkningerne af omstødelse

Efter det er konkluderet, at der skal ske omstødelse af en disposition, er det tid til at forholde sig til, hvad retsvirkningerne af omstødelsen skal være. Konkurslovens §§ 75-80 indeholder bestemmelser, som angår retsvirkningerne ved omstødelse.

⁴⁹ KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord, s. 142

⁵⁰ Ibid., s. 108f.

⁵¹ Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer: Konkurs (2020), s. 403

⁵² Ibid., s. 404

Retsvirkningsbestemmelserne er delt op i to, hvor konkurslovens §§ 75-78 angår omstødelsesvirkninger i forhold til den begunstigede. Herimod er der konkurslovens §§ 79 og 80, som angår retsvirkninger i forhold til tredjemand.⁵³ Konkurslovens § 68 kan endvidere karakteriseres som en bestemmelse, der angår retsvirkningerne for omstødelse. I det følgende vil §§ 75, 77, 78 og 79 blive gennemgået, da disse er af betydning for besvarelsen af problemformuleringen.

6.5.1 Retsvirkningerne af objektiv omstødelse – konkurslovens § 75

Af konkurslovens § 75, stk. 1, 1. pkt., fremgår det, at hvis en disposition eller en retsforfølgning omstødes efter §§ 64-71, skal den begunstigede fralægge sig den berigelse, han har vundet dog ikke udover boets tab. Det interessante ved bestemmelsen er, at den begunstigede skal fralægge sig berigelsen i stedet for at erstatte boets tab. Dermed er den begunstigedes ansvar begrænset til berigelsen.

Konkursudvalget udtalte i forbindelse med valget af denne berigelsesregel, at rimelig hensyntagen til den, hvem over for omstødelsen sker, talte med betydelig vægt for, at begrænse ansvaret til berigelsen.⁵⁴ Denne hensyntagen var begrundet i, at der kan ske objektiv omstødelse, hvor der ikke tages hensyn til den begunstigedes subjektive forhold. Endvidere havde det en betydning, at omstødelse kan ske inden for forholdsvist lange frister.

I forhold til berigelsens størrelse fremgår det af konkurslovens § 75, stk. 1, 2. pkt., at hvis den begunstigede har modtaget penge, eller andre formuegoder, der er omsat til penge, har det ikke betydning, hvordan pengene senere er anvendt. Dermed har det ikke betydning, hvis der er foretaget en virksomhedsoverdragelse, hvor man efterfølgende har videreoverdraget virksomheden, og brugt vederlaget på f.eks. værdipapirer, som grundet kursfald ikke længere er noget værd. I denne situation vil man fortsat have det fulde krav mod den begunstigede.

Hvis en overdragelse til eje af en genstand omstødes, og genstanden er i behold og kan identificeres, vil det være muligt for konkursboet at kræve denne genstand tilbage. I tilfælde, hvor den begunstigede har betalt en købesum for genstanden, har forbedret genstanden, eller har afholdt omkostninger i forbindelse med erhvervelsen, skal konkursboet godtgøre disse eventuelle omkostninger, da den begunstigede ellers ikke ville blive stillet, som dispositionen ikke havde fundet sted. Hvis der er foretaget en virksomhedsoverdragelse, der senere er omstødt, og virksomheden

⁵³ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 162

⁵⁴ KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord, s. 164

eller selskabet har givet den begunstigede et udbytte, så kan konkursboet kun kræve den indtjening, som den begunstiget har haft, efter omstødelsessagen er anlagt, jf. konkurslovens § 75, stk. 2.⁵⁵

Hvis det overdragne efter den omstødelige disposition er steget i værdi som følge af en konjunkturgevinst, må resultatet angiveligt være, at den begunstigede skal aflevere den øgede værdi. Dette skal den begunstigede imidlertid formentligt ikke, hvis det kan bevises, at skyldneren ville have solgt virksomheden tidligere, hvilket kan ses i det følgende citat af Anders Ørgaard:

*”En konjunkturgevinst på f.eks. en fast ejendom må den begunstigede formentlig aflevere, medmindre det må anses for sikkert, at skyldneren ville have solgt ejendommen tidligere.”*⁵⁶

Det ovenstående skal ses i forhold til de situationer, hvor det overdragne grundet den begunstigedes dygtighed efterfølgende er solgt dyrere end den reelle værdi. I denne situation skal den begunstigede ikke aflevere denne merværdi, da det følger af konkurslovens § 75, stk. 1, 1. pkt., at den begunstigede ikke skal aflevere mere, end hvad der går ud over boets tab. Det vil imidlertid være svært at få gennemført, at man har solgt en virksomheden eller et selskab for mere, end det er værd, da man aldrig kender den rigtige pris, før der er sket et salg.

6.5.2 Tilbagelevering af det modtagne – konkurslovens § 77

Af konkurslovens § 77, 1. pkt., følger det, at hvis nogen af parterne forlanger det, skal hver tilbagelevere det modtagne. Det fremgår imidlertid, at det er under betingelse af, at det modtagne skal være i behold. Endvidere skal det kunne ske uden urimeligt værdispild.

Det kan i forlængelse af det ovenstående give anledning til at diskutere, hvor meget en virksomhed kan ændres, før den kan siges ikke længere at være i behold.

Det er ligeledes relevant at vurdere, hvad der kan karakteriseres som urimeligt værdispild. For uden tvivl vil tilbagelevering af en virksomhed kræve en del omkostninger. Endvidere vil den tilbageleverede virksomhed ikke nødvendigvis have en tilsvarende værdi for konkursboet, da konkursboet er nødsaget til at lade virksomheden afhænde via tvangssalg, hvilket uden tvivl vil føre til, at virksomheden vil blive afhændet til en lav pris.

Af konkurslovens § 77, 2. pkt., følger det, at hvis der er behov for udligning, skal dette ske ved betaling fra en af parterne. Det krav som den begunstigede kan have mod boet, vil være et massekrav, og dette kan kræves betalt samtidigt med tilbageleveringen.⁵⁷

⁵⁵ Ørgaard, Anders: Konkursret (2018), s. 166

⁵⁶ Ibid., s. 165

⁵⁷ Ibid., s. 166

6.5.3 Lempelse af omstødelseskrav – konkurslovens § 78

Af konkurslovens § 78 følger det, at i særlige tilfælde kan kravet mod den begunstigede nedsættes eller helt bortfalde, hvis gennemførelsen af kravet ville være urimeligt byrdefuldt, og omstændighederne i øvrigt taler derfor.

Af bestemmelsen fremgår det tydeligt, at der alene vil være mulighed for lempelse af omstødelseskravet helt undtagelsesvist. Af KBET 1971, nr. 606 fremgår det, at lempelse især vil kunne ske, hvor der sker omstødelse af pengegaver, hvor gavemodtageren muligvis har været i god tro og efterfølgende har anvendt pengene til underhold eller uddannelse, hvorfor den begunstigede ikke er i stand til at tilbagebetale beløbet.⁵⁸

Derfor vil der højst sandsynligt ikke ske lempelse af omstødelseskrav, som er baseret på konkurslovens §§ 72 og 74, da disse bestemmelser som tidligere nævnt omhandler subjektiv omstødelse, hvor den begunstigede har været i ond tro.

Endvidere vil lempelsesreglen ikke kunne tænkes anvendt i forretningsmæssige forhold.⁵⁹ På baggrund af nærværende er bestemmelsen ikke relevant i forbindelse med omstødelse af en virksomhedsoverdragelse, da en virksomhedsoverdragelse altid vil blive karakteriseret som værende et forretningsmæssigt forhold.

6.5.4 Omstødelse i forhold til tredjemand – konkurslovens § 79

Konkurslovens § 79 vedrører de tilfælde, hvor modtageren har overdraget det modtagne til tredjemand. Det modtagne kunne i princippet være en virksomhed. I disse tilfælde følger det af konkurslovens § 79, at boet har et krav mod tredjemand efter reglerne i §§ 75-78. Det er imidlertid en betingelse, at tredjemand kendte eller burde kende de omstændigheder, som begrundet omstødelseskravet, jf. konkurslovens § 79, stk. 1. Hertil følger imidlertid en skærpelse i konkurslovens § 79, stk. 2, hvor tredjemand er skyldnerens nærstående. I nærværende situation har boet et krav imod tredjemand, selvom tredjemand var i god tro, efter det omfang, som er angivet i konkurslovens § 75, jf. §§ 77 og 78.

De tilfælde, hvor det ovenstående vil være relevant, er, hvor modtageren er blevet insolvent, eller hvor boets § 75-krav mod modtageren er blevet mindre end genstandens værdi, da modtageren har foræret genstanden eller solgt den for billigt til tredjemand.⁶⁰

⁵⁸ KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord, s. 168

⁵⁹ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Konkursloven med kommentarer (2018), s. 666f.

⁶⁰ Ibid., s. 168

På baggrund af ovenstående er det dermed ikke muligt at omgå omstødelsesreglerne ved blot at sætte en mellemmand ind i ligningen, da boet efter konkurslovens § 79 nu blot vil kunne have et omstødelseskrav mod tredjemand.

7. Værdiansættelse ved virksomhedsoverdragelser

Jurister vil normalt ikke være involveret i beregningen af værdien af en virksomhed eller et selskab. Værdiansættelsen vil derimod ofte blive foretaget af en ekstern rådgiver som f.eks. en revisor. Imidlertid vil det være nødvendigt for en jurist at have indblik i, hvorledes en værdiansættelse foretages. For det vil kræve indsigt, hvis man skal kunne opdage risikoer eller muligheder for omstødelse.

På baggrund af ovenstående vil der i det følgende blive gennemgået nogle centrale begreber i forbindelse med værdiansættelse af virksomheder og selskaber, og ligeledes vil de mest centrale værdiansættelsesmetoder blive gennemgået.

7.1 Værdibegreber

I forbindelse med værdiansættelse af en virksomhed eller et selskab vil der være en række forskellige værdibegreber, der kan blive anvendt. Heriblandt er nogle af de gængse begreber going concern-værdi, målrettet salgsværdi og realisationsværdi. De tre begreber dækker over vidt forskellige værdiansættelser, hvorfor det er vigtigt at kunne differentiere mellem begreberne og deres indhold.

Begrebet going concern fremgår af årsregnskabslovens § 9, stk. 1, nr. 4, hvor det fremgår, at going concern omfatter de tilfælde, hvor driften af en aktivitet formodes at fortsætte. Det fremgår endvidere, at det er en forudsætning i forbindelse med udarbejdelse af årsrapporter, at det sker til going concern-værdi, medmindre driften ikke skal forsætte eller ikke kan antages at kunne fortsætte.

Dermed vil en værdiansættelse, som sker til going concern-værdi, ske under forudsætning af, at aktiverne i fremtiden vil skabe indtjening til virksomheden, hvilket dermed medfører, at en værdiansættelse til going concern-værdi vil være høj.

Begrebet realisationsværdi omfatter, i modsætning til det ovenstående, de situationer, hvor en virksomhed ikke skal fortsætte eller ikke kan forventes at kunne fortsætte. Her vil aktiverne skulle tvangsrealiseres, hvilket kan ske i forbindelse med en konkurs. En værdiansættelse, som er sket til realisationsværdi, vil på baggrund heraf alt andet lige ske til en meget lav værdi.⁶¹ Hertil kan som et

⁶¹ Karnovs note til årsregnskabslovens § 9, stk. 1, nr. 4

eksempel henvises til U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), hvor de sagsøgte forsøgte at komme igennem med et argument om, at virksomheden skulle ansættes til realisationsværdi, eftersom selskabet alligevel ville gå konkurs.

Til sidst er der begrebet målrettet salgsværdi. Målrettet salgsværdi dækker over den værdi, en virksomhedsoverdragelse kan indbringe ved et målrettet salg inden for et rimeligt tidsrum. Ved en værdiansættelse, der har taget udgangspunkt i målrettet salgsværdi, vil den endelige værdiansættelse komme til at lægge et sted mellem værdiansættelserne ved henholdsvis going concern-værdi og realisationsværdi. Særligt værdiansættelser med udgangspunkt i målrettet salgsværdi, har spillet en særlig rolle i de seneste års afgørelser om omstødelse af virksomhedsoverdragelser.

På baggrund af ovenstående er det dermed vigtigt at være opmærksom på, hvilken værdi en eventuel værdiansættelse er foretaget på grundlag af, da der uden tvivl vil være væsentlige forskelle i de endelige resultater, hvilket illustreres tydeligt i den retspraksis, som bliver analyseret senere i specialet.

7.2 Værdiansættelsesmetoder

Ved værdiansættelse i forbindelse med virksomhedsoverdragelser vil der være mange forskellige værdiansættelsesmetoder at vælge imellem, og i nogle tilfælde vil flere af disse metoder blive anvendt, for efterfølgende at sammenligne de forskellige resultater for at finde den rigtige værdiansættelse.

Ved værdiansættelse i forbindelse med undersøgelse af risiko og mulighed for omstødelse, vil det være nødvendigt at beregne virksomhedens eller selskabets værdi på stand alone-basis, hvorefter en købers eventuelle synergier og andre køber specifikke forhold ikke medregnes. Endvidere vil ekstraordinære indtægter eller udgifter i årene op til ikke blive medtaget i værdiansættelsen.

Værdiansættelse er ikke en eksakt videnskab, dette skyldes blandt andet, at de forskellige værdiansættelsesmetoder er meget subjektive, hvor der skal indlægges en lang række forudsætninger. Det kan eksempelvis være i forhold til virksomhedens afkastgrad.⁶²

Overordnet kan de forskellige værdiansættelsesmetoder deles op i relative metoder og absolutte metoder.⁶³

⁶² Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 183

⁶³ Vestergaard Andersen, Per: Værdiansættelse af virksomheder og aktier (2017), s. 11

7.2.1 Relative værdiansættelsesmetoder

Som eksempler på de relative værdiansættelsesmetoder kan nævnes P/E-metoden, EV/EBITDA-metoden, EV/EBIT-metoden og K/IV-metoden. Disse modeller kendetegnes ved, at værdiansættelsen foretages relativt i forhold til en eller flere sammenlignelige virksomheder. Dette sker ved at bruge såkaldte multipler fra sammenlignelige virksomheder.⁶⁴

Fordelen ved at bruge en af de relative metoder er, at de er enkle at bruge. Dette medfører, at det er hurtigt og billigt at få gennemført en værdiansættelse efter disse metoder.⁶⁵

De relative værdiansættelsesmetoder medfører imidlertid også en række ulemper i forbindelse med anvendelsen af dem. En af ulemperne er blandt andet, at der skal sammenlignes med andre virksomheder og selskaber, hvilket giver en ekstrem stor usikkerhed, da der aldrig vil være to virksomheder eller selskaber, der er ens. Endvidere tager de relative værdiansættelsesmetoder ikke hensyn til ting som f.eks. strategiske forhold, hvilket vil medføre stor usikkerhed. Endvidere er de relative værdiansættelsesmetoder en simpel fremskrivning af den øjeblikkelige regnskabsmæssige indtjeningsevne, hvilket ikke vil være retvisende, da alle virksomheder eller selskaber har gode som dårlige år, hvorfor værdiansættelsen ikke vil afspejle virksomhedens eller selskabets langsigtede indtjeningsevne.⁶⁶

På baggrund af den store usikkerhed ved de relative værdiansættelsesmetoder har Per Vestergaard Andersen anført, at de relative værdiansættelsesmetoder bedst kan karakteriseres som såkaldte *"tommelfinger- eller høkermetoder"*, som sædvanligvis vil give helt tilfældelige værdiansættelser.⁶⁷

7.2.2 Absolutte værdiansættelsesmetoder

De absolutte værdiansættelsesmetoder omfatter blandt andet Discounted Cash Flow-metoden (DCF-metoden), dividende-metoden og substansværdi-metoden. Disse metoder er karakteriseret ved, at værdiansættelsen foretages på baggrund af virksomhedens eller selskabets egne absolutte interne og fremadrettede strategifaktorer under hensyn til dens eksterne strategifaktorer.⁶⁸

Anvendelsen af de absolutte værdiansættelsesmetoder indebærer en lang række fordele. En af fordelene er, at metoderne er anerkendt som værende de metoder, som danner grundlaget for den

⁶⁴ Ibid., s. 11

⁶⁵ Ibid., s. 295

⁶⁶ Ibid., s. 290ff

⁶⁷ Ibid., s. 12

⁶⁸ Ibid., s. 11

langsigtede kursdannelse på aktiemarkedet, hvilket ligeledes har ført til, at ledelserne i f.eks. børsnoterede selskaber anvender metoderne til at anskue fremtiden.⁶⁹

Endvidere bør det anses som en fordel, at metoderne opfylder kravene i de internationale regnskabsregler om anvendelse af markedsværdier, fremadrettede værdiansættelser og om, at værdiansættelser og impairment tests skal foretages på grundlag af strategisk analyse og fuldt sammenhængende drifts- og balanceopgørelser.⁷⁰

Anvendelsen af de absolutte værdiansættelsesmetoder indebærer imidlertid ikke alene fordele. Blandt andet er det en ulempe, at metoderne af udenforstående kan anses som værende komplicerede og uforståelige. Herudover er det yderligere en ulempe, at de absolutte værdiansættelsesmetoder er tidskrævende, hvilket fører til, at en værdiansættelse efter de absolutte metoder vil være mere omkostningskrævende.⁷¹

DCF-metoden er højst sandsynligt den mest anerkendte og mest anvendte af de forskellige værdiansættelsesmetoder, og metoden tager udgangspunkt i virksomhedens eller selskabets evne til at genere "cash flow" i fremtiden. Grundlæggende ved DCF-metoden så beregnes virksomhedens eller selskabets værdiansættelse på grundlag af den tilbagediskonterede nutidsværdi (NPV – Net Present Value) af virksomhedens eller selskabets fremtidige normaliserede indtjening. Den omtalte tilbagediskontering vil blive foretaget på grundlag af en risikojusteret rente. Beregningen af denne risikojusterede rente vil ofte tage udgangspunkt i en statsobligationsrente. Dette skyldes at en statsobligationsrente kan opnås uden, at det vil medføre en reel risiko. Hertil skal tillægges en forrentning, som svarer til køberens afkastkrav til den fremtidige indtjening og yderligere skal der tillægges de omkostninger, som køberen uundgåeligt vil have i forbindelse med købet. Efter disse faktorer er blevet lagt sammen, så vil man komme frem til det såkaldte WACC (Weighted Average Cost of Capital), som på dansk kan oversættes til gennemsnitlige kapitalomkostninger, hvilket er et udtryk for købers risikojusterede afkastkrav.⁷² Dermed vil værdiansættelsen være udtryk for den merværdi køber vil få ved at købe virksomheden eller selskabet i stedet for at investere pengene andet steds.

Substansmetoden tager til forskel fra de andre absolutte værdiansættelsesmetoder udgangspunkt i virksomhedens eller selskabets aktiver. Helt grundlæggende går metoden ud på, at der bliver foretaget en værdiansættelse af aktiver og passiver, hvorefter denne værdi justeres efter, hvorvidt der enten er goodwill eller badwill. Denne metode beregner sig i særdeleshed til situationer, hvor en

⁶⁹ Ibid., s. 287

⁷⁰ Ibid., s. 288

⁷¹ Ibid., s. 289f.

⁷² Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 183f.

virksomhed eller et selskab hovedsageligt består af en række værdifaste aktiver. Dette kan f.eks. være et ejendomsselskab, som hovedsageligt består af ejendomme. Metoden har imidlertid sine begrænsninger i forhold til virksomheder eller selskaber, hvor værdien af aktiverne ikke nødvendigvis er udtryk for den fremtidige indtjening, hvilket f.eks. kan være situationen ved mange IT-virksomheder.⁷³

8. Analyse af retspraksis

8.1 U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus)

Indledningsvis skal det bemærkes, at afgørelsen ikke omhandler en omstødelsessituation, jf. konkurslovens § 64, hvorfor afgørelsen ikke direkte relaterer sig til specialets problemformulering. Afgørelsen forholder sig imidlertid til en række væsentlige synspunkter i relation til værdiansættelsen af et selskabs aktiver, som er overdraget via en aktivoverdragelse, hvorefter det sælgende selskab senere går konkurs, hvorfor afgørelsen er oplagt at inddrage i specialet.

Faktum var, at A, B og C var ejere af anpartsselskabet Bagsværd Autohus, som drev en autoforhandler. Ejerne var allesammen medlemmer af bestyrelsen i selskabet, og yderligere sad A og C i direktionen i selskabet. Told og Skat forsøgte d. 19. juni 1997, at foretage udlæg i selskabet for ca. 3 mio. kr. På mødet tilkendegav A og C, at selskabet ikke ejede aktiver, som kunne være genstand for udlæg.⁷⁴ Det kan hermed ses, at Bagsværd Autohus allerede d. 19. juni 1997 havde betydelige økonomiske vanskeligheder.

Herefter, mere specifikt d. 13. juli 1997, blev samtlige aktiviteter overdraget til et nyt selskab. Usikrede aktiviteter blev overdraget mod det nye selskabs delvise overtagelse af usikrede passiver og en kontant betaling på 34.805 kr. Nogle af passiverne forblev således i selskabet.⁷⁵ Der blev foretaget en udenretlig rekonstruktion uden kreditorernes medvirken.

Den 8. august 1997 blev der ikke overraskende afsagt konkursdekret over Bagsværd Autohus. Efterfølgende blev der anlagt sag mod A, B og C samt selskabets advokat.⁷⁶ Sagen blev anlagt, da kreditorerne mente, at de havde lidt et tab ved den gennemførte virksomhedsoverdragelse.

Kreditorerne anså det som værende et problem, at de ikke blev inddraget ved virksomhedsoverdragelsen. Kreditorerne gjorde nærmere bestemt gældende, at Bagsværd Autohus

⁷³ Ibid., s. 185

⁷⁴ U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), s. 2235

⁷⁵ Ibid., s. 2236

⁷⁶ Ibid., s. 2239

ApS ikke blev overdraget til de reelle markedsværdier, hvorfor de efterladte kreditorer dermed havde lidt et betydeligt tab.

Det fremgår af partshøringerne, at der ved virksomhedsoverdragelsen ikke altid blev foretaget en egentlig vurdering af aktiverne. Dette kan eksempelvis ses i relation til vurderingen af biler og reservedele. Dette skyldes, at Nissan i henhold til en forhandlerkontrakt, i tilfælde af konkurs, havde en tilbagekøbspligt af reservedelene til 40 % af værdien, hvorfor reservedelslageret blev afskrevet med 60 %. På baggrund heraf var visse af aktiverne blevet overdraget med skønsmæssigt anslåede nedskrivninger på op til 60 %.⁷⁷ Dermed blev nogle af aktiverne overdraget til tilbagekøbsprisen og ikke deres reelle værdi.

Yderligere ligger der en central udfordring ved overdragelse af virksomheder fra insolvente selskaber, eftersom der ikke altid er den nødvendige tid til at indhente en uvildig vurdering på samtlige aktiver. Dette blev gjort gældende af de sagsøgte i sagen. Det kan hermed ses, at de sagsøgte prøvede at komme igennem med det argument, at de ikke havde haft tiden til at foretage egentlige vurderinger af aktiverne.

Sagsøgeren gjorde gældende at, A, B og C og advokaten havde indset eller burde have indset, at overdragelsesaftalen ville medføre en skævdeling mellem selskabets kreditorer og dermed et tab for de kreditorer, som blev efterladt i selskabet uden udsigt til dækning.⁷⁸ Det er således det konkursretlige princip om kreditorforrykkende dispositioner, der blev gjort gældende, samt at de sagsøgte burde have indset, at selskabet var insolvent på tidspunktet for overdragelsen.

De sagsøgte gjorde til støtte for frifindelsespåstanden gældende, at de sagsøgte ikke havde udvist nogen ansvarspådragende adfærd eller forsømmelighed. De sagsøgte mente ikke, at virksomheden skulle sælges som going concern, da selskabet alligevel ville gå konkurs i løbet af kort tid.⁷⁹ De sagsøgte gjorde således gældende, at det eneste alternativ til den udenretlige overdragelse, var en konkurs, som ville medføre et endnu større tab for kreditorerne, da aktiverne således ville være mindre værd ved en tvangsrealisation. Dette argument er særligt relevant, da det er et argument, som går igen gentagende gange i retspraksis.

Landsretten fandt først og fremmest, at Bagsværd Autohus var insolvent på tidspunktet for overdragelsen på baggrund af selskabets underbalance på 4 mio. kr., SKATs forgæves udlægsforretning samt den betydelige gæld til SKAT. Landsretten fandt endvidere, at de sagsøgte var oplyst om, at rekonstruktionen ville påføre de efterladte kreditorer et betydeligt tab. Af de

⁷⁷ Ibid., s. 2240

⁷⁸ Ibid., s. 2245

⁷⁹ Ibid., s. 2246f.

ovenstående grunde fandt Landsretten, at de sagsøgte havde handlet retsstridigt og ansvarspådragende over for de efterladte kreditorer.⁸⁰

Afgørelsen blev herefter anket til Højesteret med supplerende sagsfremstilling. Der blev foretaget et syn og skøn, hvor den udpegede skønsmand var revisor. Skønsmanden kom frem til, at flere af aktiverne ville have været værdiløse i tilfælde af konkurs.⁸¹ Det var herefter særligt relevant, om de sagsøgte kunne komme igennem med argumentet om, at konkurs var det eneste alternativ, da kreditorerne dermed ville lide et større tab ved konkurs end ved den gennemførte virksomhedsoverdragelse.

Højesteret fandt imidlertid, at de sagsøgte ikke havde godtgjort, at det eneste alternativ var konkurs. Højesteret udtalte i denne forbindelse, at;

*”... det er ikke med den fornødne sikkerhed godtgjort, at konkurs var eneste alternativ til den skete overdragelse. På denne baggrund finder Højesteret, at den værdiansættelse af aktiverne, der skal foretages til brug for tabsopgørelsen, må ske med udgangspunkt i de faktisk trufne dispositioner og ikke ud fra, hvilken værdi aktiverne må antages at ville have haft i tilfælde af konkurs.”*⁸²

Højesteret lagde således vægt på de faktisk trufne dispositioner til grund for værdiansættelsen. Og i denne forbindelse lagde Højesteret dermed yderligere til grund, at aktivernes værdi i tilfælde af en konkurs ikke kunne anvendes. På baggrund heraf kunne de hypotetiske værdier i tilfælde af, at selskabet var gået konkurs, i stedet for at virksomheden var blevet overdraget, dermed ikke anvendes i forbindelse med en overdragelse. Derimod lagde Højesteret op til, at en overdragelse af en virksomhed bør ske til den højest mulige pris ud fra, hvad der faktisk er sket.

I tillæg til dette fandt Højesteret ikke, at der var grundlag for at tage hensyn til en passivpost betegnet opsigelsesvarsler. Opsigelsesvarslerne var ikke en aktuel skyldig passivpost, men en fremtidig latent og hypotetisk gældsforpligtelse.⁸³ Det var således ikke muligt at berigtige købesummen med en gældsforpligtelse, som alene ville have været en realitet i tilfælde af konkurs, da lønkrav fremstår som et § 95-krav i konkursordenen, hvorfor kravet er foranstillet kreditorernes simple § 97-krav.

Herudover skal det tilføjes, at hverken Landsretten eller Højesteret ved værdiansættelsen lagde vægt på det argument, at der ikke var tid til at indhente egentlige og uvildige vurderinger af aktiverne, hvilket formentlig hænger sammen med, at overdragelsen var i de sagsøgtes interesse og ikke i kreditorernes interesse. Endvidere er det højst sandsynligt begrundet i, at de sagsøgte bare kunne have gennemført overdragelsen før ”det var for sent”. Argumentet om at virksomheden var under

⁸⁰ Ibid., s. 2248

⁸¹ Ibid., s. 2249

⁸² Ibid., s. 2249

⁸³ Ibid., s. 2249

enormt tidspres, hvorfor der ikke var tid til at foretage reelle vurderinger af aktiver, holder således ikke. Dette er på trods af, at det er en reel problemstilling i relation til at lave en virksomhedsoverdragelse fra et insolvent eller insolvenstruet selskab, da virksomhedsoverdragelsen ofte vil være underlagt et enormt tidspres.

Selvom afgørelsen ikke vedrører en omstødelsessituation, er afgørelsen særlig relevant for fremstillingen. Afgørelsen viser, at der ved værdiansættelsen af en virksomhed eller et selskab formentlig ikke skal tages udgangspunkt i en hypotetisk situation, hvor selskabet, som virksomheden eller selskabet er placeret i, går konkurs. Derimod skal der tages udgangspunkt i de faktisk trufne dispositioner.

Som tidligere omtalt udtalte Højesteret, at det ikke med den fornødne sikkerhed var godtgjort, at konkurs var det eneste alternativ til den skete overdragelse. Dommen gjorde det derfor klart, at argumentet om, at det eneste alternativ var konkurs, som udgangspunkt ikke kan opretholdes. Der pålægges i hvert fald den begunstigede en betydelig bevisbyrde, før et sådant argument vil kunne blive tillagt vægt. Et lignende synspunkt er blevet anført af Morten Planntin og Jesper Saugmandsgaard Øe, i artiklen ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben”. Synspunktet fremgår af det følgende;

Bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ til en virksomhedsoverdragelse til et nærstående køberselskab, vil efter vores opfattelse være meget vanskelig at løfte, hvis selskabet ikke har været trådt i rekonstruktion, og hvis ledelsen ikke har søgt at konkurrenceudsætteprisen for virksomheden ved kontakt til andre potentielle købere, f.eks. virksomhedens konkurrenter.⁸⁴

Herudover var det ikke tilstrækkeligt, at der i afgørelsen var lavet vurderingsrapporter for at bevise, at aktiverne var solgt til den højest mulige pris. Grunden til dette skyldes formentlig en skærpet bevisbyrde, da Bagsværd Autohus blev overdraget uden kreditorernes godkendelse af overdragelsen. Endvidere havde det uden tvivl en betydning, at overdragelsen skete til et nærstående selskab, som er et synspunkt, der også støttes i artiklen ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben”⁸⁵. Afgørelsen U 2011.963H (Abtek) illustrerer ovenstående synspunkt mere præcist, hvilket der vil blive fokuseret på ved analyse af dommen.

Samlet kan det udledes af dommen, at bevisbyrden, for at konkurs var det eneste alternativ, vil være meget vanskelig at løfte, og værdiansættelser skal foretages ud fra de faktisk trufne dispositioner og ikke ud fra, hvilken værdi aktiverne måtte antages at ville have haft i tilfælde af konkurs. Herefter må det altovervejende udgangspunkt på baggrund af dommen være, at værdien i forbindelse med en

⁸⁴ Planntin, Morten og Saugmandsgaard Øe, Jesper: SREV2012.1.6, Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben, Rådgiveransvar ved insolvente kapitalsekskabers virksomhedsoverdragelser, s. 2

⁸⁵ Ibid., s. 2

virksomhedsoverdragelse skal fastsættes efter going concern-princippet og ikke til en eventuel pris som følge af tvangsrealisation, hvilket ligeledes underbygges i artiklen "SREV2012.1.6, Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben?".

8.2 U 2011.963 H (Abtek)

Indledningsvis skal det bemærkes, at afgørelsen indeholder flere problemstillinger. Hertil, hvorvidt konkursboet kunne kræve lånekapital tilbagebetalt, og om et tilbud om tilbagesalg af aktiver efter konkurslovens § 77 kunne medføre, at konkursboet ikke havde lidt et tab. Det skal bemærkes, at problemstillingen vedrørende ansvarlig lånekapital ikke vil blive behandlet.

L stiftede i 2000 selskabet A (Abtek), som han blev direktør og bestyrelsesmedlem for. L stiftede i 2003 selskabet B (Abtek International), som han på samme måde blev direktør og bestyrelsesmedlem for. Selskabet Abtek gik konkurs i august 2004. Der var tidligere blevet overdraget nogle produktionsaktiver fra Abtek til Abtek International i henholdsvis maj og juli 2004. Det var herefter spørgsmålet, om konkursboet efter Abtek havde et krav mod Abtek International og L i forbindelse med overdragelsen af disse produktionsaktiver.⁸⁶

Selskabet Netto Maskiner A/S afgav d. 4. maj 2005 et tilbud til Abtek for maskinerne på værkstedet. Den 14. maj 2004 solgte Abtek disse maskiner til Abtek International for samme pris. Abtek International anskaffelsespris var blevet angivet til 237.500 kr. Abtek skulle herefter lease aktiverne tilbage til en leasingafgift, som blev fastsat til 4.750 kr. pr. måned. Leasingperioden blev fastsat til 60 måneder.⁸⁷

Produktionsaktiverne blev senere vurderet af en vurderingsmand, som ved sin vurdering lagde 3 forskellige principper til grund for sin vurdering, herunder going concern, målrettet salg og realisation. Ud fra disse principper blev aktiverne henholdsvis vurderet til 426.200, 232.675 og 140.675 kr. Der blev endvidere foretaget syn og skøn under sagen. Skønsmandens vurderinger var ud fra samme principper, og skønsmandens vurdering blev henholdsvis 442.850, 290.00 og 138.600 kr.⁸⁸ Der var således ikke markante forskelle i vurderingsmanden og skønsmandens vurderinger af produktionsaktiverne.

Salget af aktiverne blev foretaget samtidig med en voldgiftssag, som Abtek førte mod en af selskabets kreditorer. Den 21. maj 2004 blev det anført af revisoren, at der var stor mulighed for, at selskabet

⁸⁶ U 2011.963 H (Abtek), s. 963

⁸⁷ Ibid., s. 964

⁸⁸ Ibid., s. 965

ikke kunne fortsætte den løbende drift, uden at selskabet blev tilført likviditet, i tilfælde af selskabet tabte den verserende sag.⁸⁹ Det var således nødvendigt for Abtek at få tilvejebragt likviditet, hvis selskabet skulle have en chance for at overleve.

Det skal bemærkes, at sagsøger mente, at overdragelsen af aktiverne var udtryk for en virksomhedsoverdragelse, jf. virksomhedsoverdragelseslovens § 2, stk. 1, da Abtek International fortsatte Abteks virksomhed og dermed forpligtelsen til at afholde samtlige lønomkostninger til de tidligere ansatte i Abtek.⁹⁰ Sagsøgte bestred, at der var tale om en virksomhedsoverdragelse, da der alene skete overdragelse af en række driftsmidler. Herudover mente sagsøgte, at kundekreds og goodwill allerede lå hos Abtek International.⁹¹ Som anført i afsnit 5, vil der normalt være tale om en virksomhedsoverdragelse i de tilfælde, hvor en transaktion vil medføre, at der sker ændringer i kontrollen hos den overdragne virksomhed. I sagen er der formentlig tale om en virksomhedsoverdragelse, da selve substansen i form af produktionsaktiverne overdrages.

Sagsøger procederede efterfølgende på, at overdragelsen var foregået mellem nærstående og interesseforbundne parter, hvorfor overdragelsen derfor var omstødelig efter konkurslovens § 64. Herudover gjorde sagsøger gældende, at sagsøgte ikke havde godtgjort, at konkurs var det eneste alternativ. Overdragelsen skulle derfor være værdiansat med fortsat drift for øje, dvs. som going concern. Sagsøgte fremførte endvidere, at produktionsaktivernes værdi på dispositionstidspunktet mindst havde været 442.850 kr., således at der ved overdragelsen var ydet Abtek International en gave på mindst 225.350 kr. Også ved et målrettet salg var der dermed sket en klar formueforskydning.⁹²

Sagsøgte forklarede, at formålet med at sælge produktionsaktiverne alt andet lige var at skaffe kapital og likviditet. Sagsøgte forklarede, at sagsøgte troede på, at det med midlerne for det overdragne ville være muligt at opnå en ordning med kreditorerne, hvorefter selskabet ville være solvent nok til kunne stå imod de hårde tider, som var forude. Udover dette blev det forklaret, at der ikke var tid til at finde alternative leasingselskaber, hvorfor aktiverne blev overdraget til Abtek International, og der derefter blev udarbejdet en ”sale and lease back ”-aftale. Sagsøgte mente endvidere, at det eneste alternativ var konkurs.⁹³

Sagsøgtes argumenter beroede således på, at der var afgivet et tilbud fra tredjemand på samme pris og ligeledes, at virksomheden var under et stort tidspres grundet den økonomiske situation, hvorfor det eneste alternativ var konkurs. Disse argumenter mindede om argumentationen i U 2005.2235 H

⁸⁹ Ibid., s. 965

⁹⁰ Ibid., s. 967

⁹¹ Ibid., s. 967

⁹² Ibid., s. 966

⁹³ Ibid., s. 965f.

(Bagsværd Autohus). Sagsøgte gjorde herefter gældende, at konkursboet ikke havde lidt et tab, hvorfor overdragelsen hverken kunne omstødes efter konkurslovens § 64 eller § 74. Der foreligger imidlertid en væsentlig forskel mellem U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus) og nærværende sag, da L handlede i Abteks interesse for at kunne overleve, hvilket næppe var tilfældet i U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus).

Byretten fandt, at kreditorerne ikke havde lidt et tab, hvorfor der allerede af den grund ikke kunne ske omstødelse, jf. konkurslovens § 75. Byretten mente, at formålet med salget imidlertid ikke var en likvidation af Abtek, men en videreførelse af selskabet, som derefter leasede produktionsmaskinerne tilbage til Abtek. Byretten antog, at en højere anskaffelsespris også ville have resulteret i en højere leasingydelse.⁹⁴

Landsretten indledte afgørelsen med følgende;

*”Produktionsaktiverne er overdraget til Abtek International, som Leif Lauridsen stiftede i juli 2003. Selskaberne er nærstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 3. Herefter, og da købesummen ikke svarer til den værdi, som er fastsat af skønsmanden som »going concern værdien«, er der en formodning for, at der i overdragelsen ligger et gaveelement.”*⁹⁵

Landsrettens underbyggede således retstilstanden om, at der er en formodning for, at der foreligger et moment af gavmildhed, når parterne er nærstående. Det er herefter op til den begunstigede ved bevisførelsen at afkræfte denne formodning. Lige så snart der foreligger en forskel på købssummen og det overdragnes værdi, er det således op til den begunstigede at løfte bevisbyrden for, at der ikke foreligger en gave, såfremt parterne er nærstående.

Landsretten fandt ikke, at Abtek International havde afkræftet denne formodning ved bevisførelsen. Abtek International skulle derfor fralægge sig sin berigelse på 203.500 kr. i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1, jf. § 75, stk. 1.⁹⁶

For Højesteret påberåbte de sagsøgte sig yderligere konkurslovens § 77 og anførte, at konkursboet ikke havde lidt et tab, da konkursboet tidligere var blevet tilbudt at tilbagekøbe aktiverne for den tidligere betalte købesum. Disse anbringender anfægtede konkursboet imidlertid.⁹⁷

Højesteret tilsluttede sig Landsrettens bemærkninger og udtalte yderligere, at;

⁹⁴ Ibid., s. 968

⁹⁵ Ibid., s. 971

⁹⁶ Ibid., s. 971

⁹⁷ Ibid., s. 972

*”Efter konkursen blev produktionen videreført af Abtek International med de overdragne produktionsaktiver og med Abtek Foods tidligere personale. Under disse omstændigheder tiltræder Højesteret, at overdragelsen burde være sket til aktivernes værdi under forudsætning af »”going concern”«”.*⁹⁸

Højesteret fandt, at going concern-princippet skulle anvendes ved værdiansættelsen, eftersom produktionen videreførtes i Abtek International. Dette synspunkt støttes af Lasse Højlund Christensen i *”U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser”*, som anfører, at når der reelt er tale om en virksomhedsoverdragelse, skal der anvendes going concern-værdi – også i forbindelse med boets tab⁹⁹. Det er herefter igen blevet bekræftet, at det klare udgangspunkt er going concern, hvis driften videreføres i det nye selskab.

I afgørelsen var det ligesom i U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), ikke muligt at løfte bevisbyrden om, at konkurs var det eneste alternativ, som rejser spørgsmålet, om det overhovedet er muligt at løfte en sådan bevisbyrde på baggrund af en virksomhedsoverdragelse til nærstående gennem en udenretlig rekonstruktion.

Herudover tilsluttede Højesteret sig formodningsreglen, som går ud på, at når overdragelsen er sket mellem nærstående, er det køber, som skal afkræfte, at der ikke foreligger et moment af gavmildhed, jf. konkurslovens § 64. Denne bevisbyrde synes imidlertid svær at løfte. I den konkrete sag havde L fået et tilbud fra tredjemand om køb af aktiverne til samme pris, og L havde generelt handlet i Abteks interesse, hvilket ikke var tilstrækkeligt. Spørgsmålet er herefter, hvad der så skal til for at afkræfte formodningen, eller om det overhovedet er muligt at afkræfte formodningen gavmildhed, jf. konkurslovens § 64, når parterne er nærstående.

I relation til konkurslovens § 77 konkluderede Højesteret, at det tidligere fremsatte tilbud om, at konkursboet kunne tilbagekøbe aktiver til købesummen ikke kunne anses som et forlangende efter konkurslovens § 77. Dermed kan det diskuteres, om Højesteret indikerer, at sagsøgte ikke kan anfægte, at der er tale om en omstødelig disposition, samtidig med at sagsøgte forbeholder sig retten til tilbagelevering efter konkurslovens § 77.

⁹⁸ Ibid., s. 973

⁹⁹ Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, s. 4.5

8.3 U 2015.2219 H (FC Nordsjælland)

Sagen vedrørte flere problemstillinger såsom ledelsesansvar efter selskabsretten, omstødelse efter konkursloven samt retsvirkningerne heraf. I det følgende vil der blive fokuseret på de problemstillinger, som omhandlede omstødelse og retsvirkningerne heraf.

Sagen vedrørte, hvorvidt salget af aktierne i FC Nordsjælland Holding i oktober 2008 fra AKP Holding til KAP Holding kunne omstødes, navnlig under henvisning til at salget var sket til en pris, der indeholdt et gaveelement. Og i bekræftende fald, hvilket tab konkursboet led herved, og hvordan omstødelsen skulle gennemføres.

KAP holding blev stiftet den 20. oktober 2008 og havde erhvervet aktierne i FC Nordsjælland Holding den 3. oktober 2008. De to selskaber, som var involveret i transaktionen, havde samme ejer, bestyrelse og revisor. A var ejer af selskaberne og var ligeledes bestyrelsesformand i disse. På baggrund heraf var det ligeledes ikke gennem sagen bestridt, at der var tale om nærstående selskaber.¹⁰⁰ Dermed er det tydeligt, at der var en klar sammenblanding af personer i de selskaber, som var involveret i transaktionen.

AKP Holding havde en ejerandel på 93,8 % af aktierne i FC Nordsjælland Holding. Selskabet FC Nordsjælland var FC Nordsjælland Holdings vigtigste datterselskab.

Grundet en økonomisk tilbagegang for AKP Holding, blev der af selskabets revisor udarbejdet en urevideret modregnet balance pr. 31. december 2008, som viste, at selskabet var insolvent. Som følge heraf blev AKP Holding taget under konkursbehandling den 5. februar 2009.¹⁰¹

Overdragelsen af aktierne i FC Nordsjælland Holding fra AKP Holding til KAP Holding skete mod en købesum på 500.000 kr.¹⁰²

Købesummen var baseret på en værdiansættelse udarbejdet af en revisor, der både optrådte i det købende og det sælgende selskab. Af faktum fremgår det endvidere, at denne revisor ikke havde anvendt DCF-metoden, da metoden efter hans opfattelse ikke var brugbar i den konkrete situation. I stedet var værdiansættelsen udarbejdet med udgangspunkt i egenkapitalen, hvorfor han dermed havde anvendt en metode, der kunne minde om en substansmetode.

Kuratoren indhentede til brug for omstødelsessagen en indikativ værdiansættelse. Her blev aktiebeholdningen i FC Nordsjælland estimeret til mellem 25-40 millioner. Af erklæringen fremgik det, at der alene var tale om indikativ værdiansættelse, da der var væsentlige budgetter og lignende, som de ikke havde adgang til. Det fremgik endvidere, at denne indikative værdiansættelse skulle

¹⁰⁰ U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), s.2219f.

¹⁰¹ Ibid., s. 2220

¹⁰² Ibid., s. 2221

anvendes til, at konkursboet og dets kreditorer kunne beslutte, hvorvidt det skulle anlægge sag. Den indikative værdiansættelse tog udgangspunkt i DCF-metoden. I forbindelse med værdiansættelsen af FC Nordsjælland havde det sagsøgende konkursbo endvidere fremført, at FC Nordsjælland på salgstidspunktet havde en børsværdi på 73 mio.kr.¹⁰³

En statsautoriseret revisor afgav i forbindelse med sagen syn- og skønserklæring om værdien af FC Nordsjælland. Skønsmanden tog blandt andet stilling til FC Nordsjællands børsværdi for 100 % af aktiekapitalen, hvor han kom frem til, at denne var 73 millioner. Der var imidlertid ikke meget omsætning i aktien på den såkaldte OTC-børs, hvorfor skønsmanden ikke anså denne værdi som retvisende for FC Nordsjællands værdi.¹⁰⁴

Skønsmanden skulle desuden udarbejde en værdiansættelse af FCN A/S, hvor han skulle tage stilling til værdien pr. henholdsvis den 3. oktober 2008 og den 31. december 2011. Med hensyn til værdiansættelsesmetoden fremgår det af sagen, at markedsværdien skulle betragtes i et ”going concern-perspektiv” og ”stand alone-perspektiv”. Det fremgår endvidere, at skønsmanden anvendte DCF-metoden som værdiansættelsesmetode. Omkring valget af DCF-metoden udtalte skønsmanden følgende:

”Jeg har overvejet forskellige metoder til værdiansættelsen af FCN. Jeg er kommet frem til at DCF-metoden er den bedst anvendelige metode til at beregne markedsværdien af FCN givet de særlige faktorer der gælder for driften af en professionel fodboldklub i Danmark.

...

DCF-modellen er den mest anvendte værdiansættelsesmodel i praksis, og således også [efter] min og Deloitte's opfattelse det rigtige grundlag for en værdiansættelse af FCN.”¹⁰⁵

Dette er med til at indikere, at skønsmanden ved valget af DCF-metoden ikke blot havde taget den første og bedste værdiansættelsesmetode, men havde overvejet flere forskellige metoder. Endvidere bliver det af skønsmanden statueret, at DCF-metoden er den mest anvendte i praksis.

Skønsmanden fastsatte markedsværdien af egenkapitalen i FC Nordsjælland til 11 mio.kr., hvorfor FC Nordsjælland Holdings aktiepost på 93,8 % udgjorde 10,3 mio. kr., pr. 3. oktober 2008. Med hensyn til værdiansættelsen pr. 31. december 2011, blev markedsværdien af FC Nordsjælland fastsat til 12,2 mio. kr., hvorfor FC Nordsjælland Holdings aktiekapital på 93,8 % udgjorde 11,5 mio. kr.¹⁰⁶ Dermed var der i den tre måneder lange periode sket en ikke ubetydelig vækst i aktiebeholdningens

¹⁰³ Ibid., s. 2222f.

¹⁰⁴ Ibid., s. 2224f.

¹⁰⁵ Ibid., s. 2226

¹⁰⁶ Ibid., s. 2225ff.

værdi.

Efterfølgende fremkom et supplerende skønstema. Heraf fremgik det blandt andet, at det ikke kunne få betydning for skønsmandens vurdering, at FC Nordsjælland i 2012 vandt superligaen og dermed kvalificerede sig til gruppespillet i Champions League, hvilket ville øge værdien betydeligt.¹⁰⁷

Sagsøgeren, konkursboet efter AKP Holding, nedlagde under sagen principal påstand om, at KAP Holding skulle tilpligtes at tilbageoverdrage aktierne til sagsøgeren, mod sagsøgerens tilbagebetaling af det herfor aftalte vederlag, 500.000 kr. Subsidiært krævede sagsøgeren, at alle de sagsøgte i sagen skulle tilpligtes at betale 35.296.737 kr.

KAP Holding nedlagde i sin duplik påstand om, at der ikke skulle erstattes noget, og subsidiært at der skulle betales et mindre beløb end det, som sagsøgeren krævede. Endvidere var der oprindeligt mere subsidiært nedlagt påstand om tilbagelevering af aktierne mod tilbagebetaling af købesummen, men dette blev senere frafaldet af KAP Holding.¹⁰⁸

Under proceduren gjorde konkursboet gældende, at der var tale om en klassisk aktiv forstikkelsessag, hvor de sagsøgte i månederne før konkursen kontraherede med sig selv og i denne forbindelse solgte aktiverne ud af selskabet til underpris. Endvidere anførte konkursboet, at der hverken var juridiske eller kommercielle hensyn, der kunne understøtte overdragelsen. På baggrund heraf mente konkursboet, at betingelserne for konkurslovens §§ 64 og 74 var opfyldte. Det blev endvidere fremført, at AKP Holding var blevet insolvent ved overdragelsen. Det kan dermed udledes, at sagsøger prøvede at argumentere for, at overdragelsen ikke var sket i det konkursramte selskab og dets kreditorers interesse, hvilket ligeledes havde betydning i dommen U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus).

Endvidere blev det gjort gældende, at der grundet det tydelige personsammenfald i køber og sælger var tale om nærstående, jf. konkurslovens § 2, hvilket krævede, at der blev udvist særlig agtpågivenhed. Herudover blev det gjort gældende, at kreditorerne burde have været inddraget i overvejelserne i forbindelse med overdragelsen.¹⁰⁹ Sagsøgeren argumenterede dermed for, at ved en overdragelse til nærstående, bør der være særlig opmærksomhed på, at en overdragelse sker på markedsvilkår, hvilket blandt andet kan sikres ved, at kreditorerne i det overdragne selskab inddrages.

Det blev endvidere fremført, at hvis overdragelsen var omstødelig, jf. konkurslovens § 64, skulle den begunstigede fralægge sig berigelsen, jf. konkurslovens § 75, ved at lade handlen gå tilbage, jf.

¹⁰⁷ Ibid., s. 2236ff.

¹⁰⁸ Ibid., s. 2241

¹⁰⁹ Ibid., s. 2247

konkurslovens § 77.

I henhold til, hvorvidt det skulle være muligt at lade overdragelsen gå tilbage, fremførte sagsøgeren følgende:

”Det forhold, at driften i FC Nordsjælland er ændret, og spillertruppen er en anden, bevirker ikke, at det modtagne ikke kan anses at være i behold, jf. herved konkurslovens § 77. »Værdispildsforbeholdet« i § 77 er heller ikke til hinder for tilbagelevering, idet der ikke vil være tale om noget værdispild. Der er heller ikke grundlag for nogen udligning, da aktiernes nuværende merværdi er en kursgevinst, som er konjunkturbestemt.”¹¹⁰

Af det ovenstående fremgår det tydeligt, at sagsøgeren argumenterede for, at det overdragne selskab stadig var i behold, og at tilbageleveringen ikke ville medføre værdispild, hvorfor der ikke burde være noget til hinder for tilbagelevering, jf. konkurslovens § 77. Det fremgår endvidere, at sagsøgeren forsøgte at argumentere for, at der ikke var grundlag for betaling af udligning, da der alene var tale om en konjunkturgevinst, som efter sagsøgerens argument burde tilfalde det konkursramte selskab.

De sagsøgte gjorde herefter gældende, at konkurslovens betingelser for omstødelse ikke var opfyldte. Endvidere anførte de sagsøgte, at de ikke kunne have forudset AKP Holdings konkurs, da denne var begrundet i efterfølgende forhold.¹¹¹

I forhold til retsvirkningen af omstødelse anførte de sagsøgte endvidere, at dette i teorien ikke var en kvantitativ regel, men derimod alene en kvalitativ regel. Desuden blev det anført, at tilbageleveringen ville medføre et væsentligt værdispild, da konkursboet ikke ville kunne løfte arbejdet med at drive en professionel fodboldklub. Med hensyn til betingelsen om, at det overdragne skal være i behold, så anførte de sagsøgte, at det ikke var i behold, da der var tale om helt nye spillere, sponsorer mm., hvorfor det på baggrund af dette ikke skulle være muligt at tilbagelevere det overdragne selskab.¹¹²

Der blev endvidere argumenteret for, at børsværdierne ikke kunne anvendes, da aktien var yderst illikvid.

A, som både var ejer af køber og sælger, forklarede under sagen, at overdragelsen havde været begrundet i, at en udskilning af underholdningsdelen ville gøre arbejdet mere overskueligt f.eks. i forbindelse med vurdering af, om der skulle skydes penge ind de forskellige selskaber. A prøvede med denne forklaring at klassificere overdragelsen som en forretningsmæssig disposition, og dermed

¹¹⁰ Ibid., s. 2248

¹¹¹ Ibid., s. 2252

¹¹² Ibid., s. 2252f.

ikke en disposition, som mindede om en flugt fra kreditorerne. Dette var højst sandsynligt ligeledes for at forsøge at statuere, at dispositionen ikke havde været et udslag af gavmildhed.

Landsretten indledte sin afgørelse med at behandle omstødelse efter konkurslovens regler. Med hensyn til værdiansættelsen af FC Nordsjælland Holding på overdragelsestidspunktet, kom Landsretten frem til, at værdien måtte fastsættes til kr. 3 mio. kr. Dette skete på baggrund af de forskellige værdiberegninger parterne havde påberåbt sig under sagen.

På baggrund af dette kom Landsretten frem til, at overdragelsen på 500.000 kr., dermed indeholdte et betydeligt gaveelement, hvorfor betingelserne efter konkursloven § 64, var opfyldte. Landsretten anførte herefter, at den begunstigede skulle fralægge sig berigelsen dog ikke udover boets tab, jf. konkurslovens § 75.¹¹³

Med hensyn til, hvorvidt der skulle kunne ske udligning i forbindelse med en eventuel tilbagelevering af aktieposten, fremførte landsretten følgende:

”Ved vurderingen af, om der i givet fald skal ske udligning, som påstået af de sagsøgte, finder landsretten, at det må antages, at konkursboet hurtigst muligt ville have solgt aktieposten på 93,8% i FC Nordsjælland. Landsretten lægger herved vægt på, at det for boet ville være særdeles vanskeligt og også uacceptabelt risikabelt i en periode at søge at drive en professionel fodboldklub, herunder navnlig for såvidt angår tiltrækning af sponsorer og fodboldspillere.”¹¹⁴

Dermed vurderede landsretten, at der ikke skulle ske anden udligning i forhold til værdiansættelserne, hvilket blev begrundet i, at konkursboet hurtigt efterfølgende ville have afhændet den 93,8 % store aktiepost igen. Landsretten vurderede ligeledes på basis heraf, at det ville være risikabelt for boet at drive fodboldklubben, da det ville have en negativ indvirkning på tiltrækning af fodboldspiller og sponsorer. Dermed gik Landsretten udover de to kriterier, som er anført i konkurslovens § 77.

I forhold til, hvorvidt tilbagelevering overhovedet var muligt efter konkurslovens § 77 anførte Landsretten, at aktieposten havde fået en betydelig millionværdi, hvorfor der skulle betales et større millionbeløb i forbindelse med tilbagelevering af aktieposten. Dette anså Landsretten ikke som værende en del af konkursboets påstand. På grundlag heraf afviste Landsretten muligheden for tilbagelevering af aktieposten uden at have vurderet, hvorvidt det modtagne var i behold, eller om tilbageleveringen ville medføre urimeligt værdispild. Dette synes ligeledes at indikere, at en påstand

¹¹³ Ibid., s. 2256f.

¹¹⁴ Ibid., s. 2257

om tilbagelevering efter konkurslovens § 77 børspecificere, at tilbageleveringen skal ske mod betaling af et udligningsbeløb.

Dermed skulle omstødelsens retsvirkning som følge af Landsrettens dom være, at konkursboet fik erstattet sit tab. Dette tab blev af Landsretten skønsmæssigt fastsat til 2,5 mio. kr.¹¹⁵

Det sagsøgende konkursbo ankede imidlertid til Højesteret. Ved anken blev den principale påstand fastholdt, hvorefter konkursboet krævede, at aktierne i FCN Holding skulle tilbageoverdrages inklusive udbytter. Herimod ville konkursboet tilbagebetale købesummen på 500.000 kr.¹¹⁶ Dermed forsøgte konkursboet at efterleve Landsrettens udtalelse om, at der ikke kunne ske tilbagelevering af aktierne, da der ikke var angivet noget om det udligningsbeløb, som skulle betales fra konkursboet til den begunstigede.

Det sagsøgende konkursbo fortsatte for Højesteret med at forsøge, at anfægte skønsmændens vurdering af aktierne i FC Nordsjælland på overdragelsestidspunktet. Det skyldtes, at sagsøgeren anså denne vurdering for værende meget lav.

Sagsøgeren argumenterede i denne forbindelse hovedsageligt for, at det risikojusterede afkastkrav (WACC), som skønsmændene havde anvendt i forbindelse med DCF-metoden, var alt for højt. Skønsmændene havde anvendt et risikojusteret afkastkrav på 15 % til tilbagediskonteringen, hvor sagsøgeren anførte, at der i stedet burde være anvendt et risikojusteret afkastkrav på 8,3 %.¹¹⁷

Herudover argumenterede sagsøger for, at vurderingen af aktierne skulle foretages tidligst på tidspunktet for konkursens indtræden, hvilket var den 19. januar 2009. Dette blev begrundet i, at aktierne alternativt aldrig ville være blevet afhændet tidligere end dette tidspunkt.¹¹⁸

Med hensyn til retsvirkningerne af omstødelse anførte det sagsøgende konkursbo, at betingelserne i konkurslovens § 77, var opfyldte, hvorfor der skulle ske tilbageoverdragelse af aktierne. Dette blev begrundet i, at værdistigningen ikke kunne resultere i, at de ikke var i behold. Desuden fremførte sagsøgeren, at det kunne ske uden værdispild. Med hensyn til den nødvendige udligning, så argumenterede sagsøger for, at denne skulle være 500.000 kr., da det havde været købesummen for aktierne i 2008.

Der blev endvidere argumenteret for, at konkursboets tab skulle beregnes på baggrund af aktiernes værdi på fuldbyrdelsestidspunktet og alternativt domstidspunktet. Dette blev begrundet i det følgende:

¹¹⁵ Ibid., s. 2257

¹¹⁶ Ibid., s. 2258

¹¹⁷ Ibid., s. 2259

¹¹⁸ Ibid., s. 2259

”Det er bedst stemmende med konkurslovens § 64 og § 75, at en skyldner på randen af konkurs ikke risikofrit skal have mulighed for at spekulere i at gaveoverdrage aktier til et nærstående selskab og efterfølgende blot afvente en omstødelsessag og dermed tilegne sig en eventuel konjunkturgevinst.”¹¹⁹

Dermed argumenterede konkursboet for, at en eventuel konjunkturgevinst skulle være en del af konkursboets tab. Herudover prøvede sagsøger at argumentere for, at en skyldner ikke skal have mulighed for at kunne anvende omstødelsessystemet til spekulation. Dette argument giver mening, da konkursboet anførte, at hvis konjunkturgevinsten tilfaldt den begunstigede, ville der være tale om en omgåelse af omstødelsessystemet, hvilket ikke kan være i samfundets interesse.

De sagsøgte anfægtede fortsat sagsøgerens anbringender og fastholdt fortsat principalt en påstand om, at de sagsøgte skulle friholdes, og subsidiært at der skulle betales et mindre beløb, end det af Landsretten tilpligtede.

Med hensyn til retsvirkningerne af omstødelse så argumenterede de sagsøgte for, at konkursboet alternativt til overdragelsen alligevel ville have afhændet aktierne inden 2011. I den forbindelse blev det fremhævet, at konkursboet på daværende tidspunkt ikke ville have opnået nogen konjunkturgevinst. De sagsøgte forsøgte altså at overbevise Højesteret om, at selv hvis konkursboet skulle have gavn af konjunkturgevinsten, så skulle det kun være til det tidspunkt, hvor konkursboet allersenest ville have overdraget aktierne, hvorefter de ikke ville have opnået nogen nævneværdig konjunkturgevinst.

I relation til betingelserne i konkurslovens § 77 om, at det overdragne skal være i behold, og at tilbageleveringen skal kunne ske uden at medføre værdispild, så anførte de sagsøgte, at virksomheden i det overdragne selskab havde skiftet identitet. Dette blev blandt andet begrundet i, at der på daværende tidspunkt kun var én ud af 32 spiller tilbage fra truppen i 2008. Endvidere argumenterede de sagsøgte for, at tilbageoverdragelsen ville resultere i sponsor- og spillerflugt, hvilket dermed ville medføre et væsentligt værdispilde.¹²⁰

Skønsmanden afgav supplerende erklæring, hvor han fastholdt, at der skulle anvendes et risikojusteret afkastkrav (WACC) på 15 % til brug for tilbagediskonteringen i forbindelse med DCF-metoden.¹²¹

¹¹⁹ Ibid., s. 2260

¹²⁰ Ibid., s. 2261

¹²¹ Ibid., s. 2263ff.

Indledningsvis anførte Højesteret, at de tiltrådte de af Landsretten anførte grunde med hensyn til, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte skønsmandens anvendelse af værdiansættelsesmetoden DCF-metoden eller det anvendte risikøjusterede afkastkrav (WACC).¹²²

Højesteret tiltrådte på grundlag af forskellige årsager, ikke Landsrettens værdiansættelse af FC Nordsjælland Holding, som lød på 3 mio. kr., hvorefter gaveelementet udgjorde 2,5 mio. kr. Højesteret kom imidlertid frem til en markant højere vurdering af FC Nordsjælland Holding, da selskabet blev vurderet til 10 mio. kr., hvoraf de 9,5 mio. kr., udgjorde et gaveelement. Denne vurdering var baseret på værdien ved going concern. På grundlag heraf kunne Højesteret endvidere konkludere, at betingelserne for omstødelse i konkurslovens § 64, var opfyldte.¹²³

I relation til retsvirkningerne af omstødelsen tiltrådte Højesteret Landsrettens vurdering af, at KAP Holding, ikke skulle tilpligtes at tilbageoverdrage aktierne. Dette blev begrundet med, at det måtte anses for godtgjort, at konkursboet under alle omstændigheder ville have solgt aktierne hurtigst muligt.¹²⁴ Dermed må det kunne udledes, at det er et krav for at kunne få tilbageleveret aktier efter konkurslovens § 77, at disse aktier ikke alligevel ville være blevet overdraget. Dermed skal der i forbindelse med vurderingen af muligheden for tilbagelevering foretages en vurdering af konkursboets hypotetiske ageren.

Højesteret konkluderede på baggrund af dette, at omstødelsens retsvirkninger skulle være, at sagsøger fik erstattet sit tab, jf. konkurslovens § 75. Højesteret konkluderede i denne forbindelse også, at den værdistigning, der var sket efter boets hypotetiske salg af aktierne i FC Nordsjælland Holding, ikke skulle tilfalde konkursboet, hvilket er i overensstemmelse med det allerede fremførte under afsnit 6.5.1 - Retsvirkningerne af objektiv omstødelse – konkurslovens § 75.

Højesteret fastslog endvidere, at tabet skulle fastsættes i forhold til det tidspunkt, hvor konkursboets forventeligt ville have afhændet aktieposten i FC Nordsjælland Holding. Højesteret vurderede imidlertid ikke, at værdien fra det reelle overdragelsestidspunkt og indtil dette hypotetisk opstillede overdragelsestidspunkt ville have ændret sig væsentligt. På grundlag heraf fastsatte Højesteret det sagsøgende konkursbos tab til 10 mio. kr.¹²⁵

Under sagen var det ikke bestridt, at der var tale om en overdragelse mellem nærstående selskaber. På grundlag heraf konkluderede Højesteret også, at differencen mellem købesummen og den reelle markedsværdi udgjorde et gaveelement, som kunne omstødes, jf. konkurslovens § 64. Det skete uden større vurdering, hvilket sandsynligvis skyldes formodningsreglen.

¹²² Ibid., s. 2275

¹²³ Ibid., s. 2276

¹²⁴ Ibid., s. 2276

¹²⁵ Ibid., s. 2276

Dermed kan det udledes af dommen, at netop det forhold, at parterne i transaktionen er nærstående, vil bevirke, at formodningsreglen vil resultere i, at en difference vil blive statueret som en gave. Dette understøttes ligeledes af Lasse Højlund Christensen i artiklen ”U 2015.2219 H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser”.¹²⁶

Herudover er dommen med til at vise, at ved opgørelsen af boets tab, skal der lægges vægt på det hypotetiske salgstidspunkt, hvor konkursboet ville have afhændet selskabet eller virksomheden, hvis selskabet eller virksomheden ikke var blevet overdraget. Dette fik i den pågældende sag ikke den store betydning, da Højesteret skønnede, at prisen ikke havde ændret sig væsentligt. Det er imidlertid ikke udelukket, at det i andre tilfælde vil kunne føre til et væsentligt større tab for konkursboet, end hvis tabet skulle opgøres ud fra værdien på overdragelsestidspunktet.

Endvidere viser dommen, at ved værdiansættelse i forbindelse med en overdragelse, så vil det mest hensigtsmæssige være at anvende DCF-metoden, og at få en uafhængig tredjemand til at udarbejde værdiansættelsen. Desuden fremgår det af dommen, at en børsværdi, på trods af at den er et resultat af udbud og efterspørgsel, ikke nødvendigvis afspejler den reelle værdi. Dette kan være begrundet i mange forhold, som f.eks. at man ved køb af en majoritet af et selskab vil få en prisforøgelse, da man vil overtage kontrollen. I det konkrete tilfælde var børsværdien imidlertid for høj, hvilket var begrundet i, at den børsnoterede aktie var meget illikvid, hvorfor denne ikke frembragte et retvisende billede.

8.4 Østre Landsrets dom afsagt den 28. marts 2017

En anonymiseret udgave af byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013 og Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 er vedlagt som bilag. **(bilag 4)**

Sagen vedrørte et omstødelseskrav på baggrund af gældsnedbringelse og en virksomhedsoverdragelse. Analysen vil fokusere på omstødelse af virksomhedsoverdragelsesaftalen, da det er denne problemstilling, som er relevant for problemformuleringen.

I afgørelsen søgte konkursboet to nærstående selskaber R og H. Det konkursramte selskab (D) blev stiftet den 20. juni 1991 af tre selskaber E, EH og Y.¹²⁷

Den 13. august 2012 blev D taget under konkursbehandling.¹²⁸ I D's årsrapporter fra 2007, 2008 og 2009 gjorde selskabets revisor opmærksom på, at der var en vis usikkerhed i forhold til selskabets

¹²⁶ Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, s. 2

¹²⁷ Byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013, s. 2

¹²⁸ Ibid., s. 3

evne til at kunne fortsætte driften. Dette viser dermed, at selskabet havde været nødlidende i en længere periode.

Den 1. juli 2011 blev D's aktiver overdraget til det koncernforbundne søsterselskab, R. Under sagen var der enighed mellem parterne om, at selskaberne var nærstående, jf. konkurslovens § 2.

Prisfastsættelsen på aktiverne i D skete med udgangspunkt i en ekstern vurderingsrapport. Overdragelsen skete til værdien ved målrettet salg.¹²⁹ Aktiviteten fortsatte efter overdragelsen på samme måde som tidligere.¹³⁰ Det er herefter væsentligt at bide mærke i, at overdragelsen ikke skete til værdien ved going concern, på trods af at driften fortsatte.

Under sagen gjorde konkursboet gældende, at aktivernes værdi ved virksomhedsoverdragelsen skulle fastsættes som værdien ved going concern i stedet for værdien ved målrettet salg. Konkursboet mente derfor, at det havde et omstødelseskrav over for R, da virksomhedsoverdragelsen var sket til underpris. Konkursboet fremførte, at forholdet udgjorde en gavedisposition, som dermed kunne fordres omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2, 2. pkt. Subsidiært anførte konkursboet, at forholdet kunne udgøre en utilbørlig begunstigelse af en nærstående på bekostning af de andre kreditorer i henhold til konkurslovens § 74.¹³¹

Konkursboet henviste hertil til Højesterets afgørelser om samme problemstilling, som tidligere er gennemgået i specialet, nemlig U 2005.2235 H, U 2011.963 H og U 2015.2219 H. Med henvisningen gjorde konkursboet gældende, at overdragelsen skulle været sket til den reelle værdi, som aktiverne ville have indbragt ved fortsat drift (going concern).¹³²

Konkursboet gjorde i tillæg til dette gældende, at konkurs ikke var selskabets eneste alternativ, og at R ikke havde løftet bevisbyrden herfor, samt at der var tale om en skærpet bevisbyrde, grundet at parterne i transaktionen var koncernforbundne. Herudover mente konkursboet ikke, at det forhold, at D var insolvent på tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen, medførte, at værdien af de overdragne aktiver kunne fastsættes til værdien ved målrettet salg eller værdien ved realisation, men at værdiansættelsen skulle ske til going concern.¹³³

¹²⁹ Ibid., s. 4

¹³⁰ Ibid., s. 4

¹³¹ Ibid., s. 10

¹³² Ibid., s. 11

¹³³ Ibid., s. 11

R gjorde gældende, at konkurs var det eneste realistiske alternativ til overdragelsen. Hvis konkurs var det eneste alternativ, skulle overdragelsen dermed ske til konkurspriser. Her henviste R til U 2010.1733 V.¹³⁴ I afgørelsen var det blevet fremført, at:

”Det er ikke med den fornødne sikkerhed godtgjort, at konkurs var det eneste alternativ til den skete overdragelse. På denne baggrund findes den værdiansættelse af aktiverne, der skal foretages til brug for tabsopgørelsen, at måtte ske med udgangspunkt i de faktisk trufne dispositioner og ikke ud fra, hvilken værdi aktiverne må antages at ville have haft i tilfælde af konkurs”¹³⁵.

Med denne henvisning søgte R at argumentere for, at retten negativt anerkendte, at det ville være muligt at overdrage til konkurspriser, hvis det havde været godtgjort, at konkurs var det eneste alternativ til den skete overdragelse. Dette argument synes imidlertid at være svært at opretholde, da det er baseret på en negativ fortolkning af rettens afgørelse.

R gjorde derefter gældende, at man havde løftet bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ. R gjorde således det samme argument gældende, som gentagne gange er blevet gjort gældende i tidligere analyseret retspraksis.

R påstod, at et salg af aktierne ikke var realistisk grundet selskabets markante gæld til bl.a. SKAT og en negativ egenkapital. Herudover gjorde R gældende, at uanset om de overdragne aktiver var blevet overdraget til going concern-værdi, ville dette under ingen omstændigheder kunne have afværget en konkurs, idet selskabet stadigvæk ville have været insolvent og illikvidt, og der alligevel ikke ville have været nogle interesserede købere, hvis virksomheden var blevet fastsat efter værdien ved going concern eller målrettet salg. Mere generelt blev der procederet på, at situationen for D i juli 2011 var økonomisk håbløs.¹³⁶ R havde således flere argumenter for, hvorfor virksomhedsoverdragelsen var den bedst mulige løsning.

R gjorde til sidst gældende, at det burde få negativ processuel skadevirkning, at boet ikke havde kunnet dokumentere, hvilke andre alternativer, der var til den foretagne overdragelse, hvilket R gentagne gange havde anmodet konkursboet om at oplyse og dokumentere. Konkursboet gjorde i et efterfølgende processkrift gældende, at en rekonstruktion kunne være et alternativ, hvilket R ikke mente var realistisk grundet SKAT's pres angående betaling af bøder m.v.¹³⁷ Problemstillingen er særlig interessant, da R forsøgte at løfte bevisbyrden over på konkursboet, hvilket Landsretten imidlertid ikke tillagde nogen betydning, hvilket også ville være i strid med tidligere afgørelser fra Højesteret, og det grundlæggende udgangspunkt om ligefrem bevisbyrde.

¹³⁴ Ibid., s. 15

¹³⁵ U 2010.1733 V, s. 1737

¹³⁶ Byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013, s. 15

¹³⁷ Ibid., s. 16

Byretten fremførte først, at der var enighed mellem parterne om, at D var insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen. Herudover blev det fremført, at der var tale om en virksomhedsoverdragelse mellem nærstående parter, og at aktiviteten i D blev videreført i R med samme produktionsaktiver, samme personale, fra samme adresse og med samme aktivitet. Byretten startede dermed med at statuere, at det var den helt samme virksomhed, som blot var ført videre i et nyt selskab.

Byretten lagde vægt på et referat fra et bestyrelsesmøde den 9. juni 2011, hvor bestyrelsen havde noteret, at en fortsat drift ikke var en farbar løsning og revisors forklaring om, at en værdiansættelse som værdien ved going concern ikke ville være en mulighed, da en konkurs utvivlsomt ville være indtruffet på et tidspunkt. Herudover lagde byretten vægt på B's forklaring om, at det ikke i praksis var muligt at finde en køber til aktiverne.¹³⁸

Byretten udtalte herefter;

*"På denne baggrund finder retten efter en samlet vurdering, at R med den fornødne sikkerhed har godtgjort, at konkurs var eneste alternativ til den skete overdragelse, og konkursboet har ikke godtgjort, at aktiverne, hvis værdi var fastsat med udgangspunkt i en ekstern vurderingsrapport, er fastsat til en anden værdi end den reelle værdi på overdragelsestidspunktet."*¹³⁹

Byretten frifandt således R, da de mente, han havde løftet bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ. Modsat tidligere analyserede afgørelser, kom byretten således frem til, at sagsøgte havde løftet bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ. Byretten havde baseret denne afgørelse på, at en konkurs var anset som uundgåelig, og at byretten havde fundet det godtgjort, at det ikke i praksis ville have været muligt at finde en køber til aktiverne, på trods af det ikke havde været forsøgt. Det er endvidere interessant, at byretten lagde vægt på, at der reelt var indhentet en ekstern vurdering, da dette er med til at vise, at det har en betydning, at man ikke alene indhenter en vurdering fra egen revisor.

Dommen blev imidlertid anket til Landsretten, hvor parterne i det væsentlige gentog deres anbringender for byretten og procederede i overensstemmelse hermed.

Landsretten indledte sin begrundelse og resultat med, at sagens parter var enige om, at D og R var søsterselskaber og dermed nærstående, jf. konkurslovens § 2, og at D var insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen. Herudover fremførte Landsretten, at aktiviteten i D ved overdragelsen blev videreført i R med samme produktionsaktiver, samme personale, fra samme

¹³⁸ Ibid., s. 19

¹³⁹ Ibid., s. 20

adresse og med samme aktivitet, og at R på det pågældende tidspunkt fortsat drev den overdragne virksomhed.¹⁴⁰ Landsretten fulgte altså byrettens fodspor ved at statuere, at der var tale om den samme virksomhed, som blot var ført videre i et nyt selskab.

Landsretten udtalte herefter;

”Under disse omstændigheder finder landsretten i lighed med Højesterets afgørelse gengivet i U2011.963H, at overdragelsen burde være sket til aktivernes værdi ved fortsat drift (”going concern”) og ikke som sket til værdien ved målrettet salg.”¹⁴¹

Landsretten var dermed meget objektiv i sin vurdering og lagde til grund, at såfremt virksomheden var blevet videreført i et nyt selskab, ville virksomheden skulle ansættes til værdien ved going concern.

Landsretten tog således slet ikke stilling til, hvorvidt R havde løftet bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ. I stedet fremførte de klart, at hvis parterne er nærstående, selskabet er insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen, og aktiviteten i virksomheden bliver videreført i køberselskabet, så vil virksomhedsoverdragelsen skulle ske til værdien ved going concern.

Grunden til at Landsretten lagde vægt på, at det var en betingelse, at selskabet skulle være insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen var, at der var gået over et år fra indgåelsen af overdragelsesaftalen til skifteretten modtog begæring om konkurs. Det var derfor ikke muligt at anvende 6 måneders fristen i konkurslovens § 64, stk. 1. Det var i stedet konkurslovens § 64, stk. 2., som skulle anvendes, hvor der ved nærstående er mulighed for at omstøde inden for en frist på 2 år, medmindre skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen blev insolvent og utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser. I tillæg til dette vil det jo ikke give mening for sagsøgte at procedere på solvens, da sagsøgte forsøgte at løfte bevisbyrden for, at konkurs var det eneste alternativ. Dermed ville en procedure på solvens have været kontradiktorisk for sagsøgte.

Det kan herefter udledes af afgørelsen, at i de tilfælde, hvor parterne er nærstående og driften fortsætter i køberselskabet, så vil virksomhedsoverdragelsen med høj sandsynlighed skulle ske til værdien ved going concern. Landsretten giver i afgørelsen ikke udtryk for, at det er en mulighed for sagsøgte at bevise, at konkurs var det eneste alternativ, hvilket er en smule interessant, da denne bevisbyrde tages i betragtning i tidligere analyserede afgørelser.

¹⁴⁰ Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017, s. 2

¹⁴¹ Ibid., s. 2

8.5 U 2018.1985 H (Fiskbæk)

Sagens problemstilling angår egentlig ikke omstødelse, men omhandler i stedet et selskabsretligt ansvar for virksomhedens ejere og ledelse samt et advokatansvar. Dommen kan imidlertid være med til at belyse nogle af problemstillingerne i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse fra et konkurstruet selskab.

Af sagens faktum fremgår det, at der skete en virksomhedsoverdragelse fra Fiskbæk Lastvogns-Service A/S (Fiskbæk 1) til det nystiftede selskab Fiskbæk ApS (Fiskbæk 2). Sagsøgeren i den pågældende sag var konkursboet efter Fiskbæk 1.¹⁴² Fiskbæk 1 blev taget under konkursbehandling den 26. marts 2014 grundet flere år med økonomisk tilbagegang.

I 2012 og 2013 havde ledelsen forsøgt at få investorer til selskabet og havde allerede afværget en konkursbegæring fra SKAT. I forlængelse heraf forsøgte ledelsen i samarbejde med deres advokat at undersøge mulighederne for en rekonstruktion gennem konkurslovens regler. Dette anså advokaten imidlertid ikke for muligt. I samarbejde med selskabets advokat blev det i stedet besluttet, at aktiverne skulle vurderes, og at selskabets aktiver skulle overdrages til et nyt selskab.¹⁴³

Der blev udarbejdet tre forskellige værdiansættelser. Selskabets aktiver blev vurderet som værdien ved going concern, ved målrettet salg inden for 3-6 måneder og ved offentlig auktion. Herudover blev selskabets ejendomme vurderet særskilt. Hertil udtalte den statsautoriserede ejendomsmægler, at ved målrettet salg inden for 3-6 måneder, ville ejendommene kunne indbringe 40-50 % af værdien ved going concern.¹⁴⁴ Salget skete i begyndelsen af 2014 og skete til værdien ved målrettet salg.¹⁴⁵

Under sagen gjorde det sagsøgende konkursbo gældende, at overdragelsen fra Fiskbæk 1 til Fiskbæk 2 var sket til en for lav værdi. Det blev imidlertid anerkendt, at overdragelsen kunne være sket til denne værdi, hvis overdragelsen var det eneste alternativ til konkurs. Konkursboet gjorde hertil gældende, at dette ikke var dokumenteret af sagsøgte.¹⁴⁶ Konkursboet anerkendte dermed selv i proceduren, at det kan være muligt, at overdrage en virksomhed til en lavere værdi end ved going concern, hvis det blot er dokumenteret, at konkurs var det eneste alternativ til overdragelsen. Konkursboet prøvede dermed i stedet at procedere på, at bevisbyrden ikke var løftet i relation til, hvorvidt overdragelsen var det eneste alternativ til konkurs.

¹⁴² U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 1986

¹⁴³ Ibid., s. 1987

¹⁴⁴ Ibid., s. 1987f.

¹⁴⁵ Ibid., s. 1988

¹⁴⁶ Ibid., s. 1997

Konkursboet gjorde desuden gældende, at substansen af Fiskbæk 1 skulle være overdraget som going concern, hvorfor erstatningens størrelse skulle fastsættes som forskellen mellem værdien som going concern og den faktiske overdragelsessum.¹⁴⁷

Konkursboet anførte yderligere, at det var de sagsøgte bevisbyrde, at overdragelsen var sket til de reelle værdier, og at dette skulle ske via syn og skøn, og endvidere at det var de sagsøgte bevisbyrde, at overdragelsen var eneste alternativ til konkurs.

De sagsøgte fremførte herimod blandt andet, at de skulle frifindes fra erstatningsansvaret, da det eneste alternativ til overdragelsen ville have været konkurs.¹⁴⁸ Dette anbringende blev for byretten begrundet med følgende udtalelse fra de to sagsøgte ledelsesmedlemmer:

*”Situationen i efteråret 2013 var af en sådan karakter, at fortsat drift ville kunne medføre, at de som ledelse ifaldt erstatningsansvar. Der var kun to muligheder i form af enten en konkurs, hvor alt ville være tabt, eller en overdragelse, hvor tabet ville blive begrænset i forhold til ved en konkurs.”*¹⁴⁹

Dermed forsøgte ledelsesmedlemmerne for byretten at procedere på, at handlingen var foretaget i selskabets og kreditorernes interesse, og netop for at undgå at ifalde et ledelsesansvar.

Det fremgår, at byretten lagde til grund, at de sagsøgte havde godtgjort, at det ikke havde været muligt at videreføre Fiskbæk 1. Og på baggrund af dette blev følgende udtalt:

*”Det findes herefter tilstrækkeligt godtgjort, at det eneste alternativ til overdragelsen var en behandling efter konkursloven, og at det i den situation var berettiget at anvende vurderingernes værdiansættelser med udgangspunkt i målrettet salg i stedet for værdiansættelserne for going concern.”*¹⁵⁰

Af det ovenstående fremgår det dermed, at byretten anså overdragelsen til at kunne ske til værdien ved målrettet salg. Dette var begrundet i, at byretten anså det for tilstrækkeligt godtgjort, at salget var det eneste alternativ til behandling efter konkursloven. Et af de bærende elementer for denne vurdering var højst sandsynligt, at det var forsøgt at skaffe investorer til selskabet, og at man havde forsøgt at mindske tabet for selskabets og dets kreditorer.

Der var imidlertid med overdragelsen blevet betalt for nogle lønmodtagerforpligtelser, som var usikrede, hvilket havde resulteret i, at nogle kreditorer var blevet dårligere stillet. Dermed var der

¹⁴⁷ Ibid., s. 1997

¹⁴⁸ Ibid., s. 1997

¹⁴⁹ Ibid., s. 1998

¹⁵⁰ Ibid., s. 1999

sket en kreditorforrykkelse. På baggrund af dette kom byretten frem til, at de sagsøgte skulle være erstatningsansvarlige for 211.644,55 kr.¹⁵¹

For Landsretten holdt det sagsøgende konkursbo fast i, at de sagsøgte skulle være erstatningsansvarlige for differencen mellem vurderingen som going concern og den reelle købesum.¹⁵²

De sagsøgte ledelsesmedlemmer fastholdt for Landsretten, at *”det var urealistisk at forsøge et eksternt salg på vilkårene svarende til den faktiske overdragelse, idet der overhovedet ikke havde været interesse hos eksterne investorer”,* og at *”man skulle undgå konkurs, som ville medføre, at alle tabte penge”*.¹⁵³

Dette er altså et udtryk for, at de sagsøgte forsat mente, at konkurs var det eneste alternativ til overdragelsen, og at overdragelsen var det bedste af disse alternativer.

To af dommerne ved Landsrettens bedømmelse tiltrådte byrettens afgørelse om, at det eneste alternativ til overdragelsen havde været konkurs, hvorefter overdragelse kunne ske til værdiansættelsen ved målrettet salg.¹⁵⁴

Der var imidlertid en dissenterende dommer, som udtalte følgende:

”Når der handles en igangværende virksomhed, som tilfældet i sagen, skal købesummen som udgangspunkt fastsættes ud fra værdien på overdragelsestidspunktet ved fortsat drift (»going concern«).”¹⁵⁵

Dermed fulgte den dissenterende dommer de udtalelser, som var blevet givet i U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), U 2011.963 H (Abtek) og Østre Landsrets dom afsagt 28. marts 2017. I sin vurdering havde den dissenterende dommer lagt vægt på, at overdragelsen var sket til nærstående uden forudgående underretning af kreditorerne, samt uden ledelsen forinden havde forsøgt at konkurrenceudsætte prisen for virksomheden ved kontakt til andre potentielle købere. På baggrund af dette vurderede dommeren, at der skulle ske overdragelse på markedsmæssige vilkår, hvorfor værdiansættelsen skulle tage udgangspunkt i den faktisk foretagne disposition, som var overdragelse ved going concern. Men dommeren åbnede i sin udtalelse samtidig op for, at denne var enig i, at

¹⁵¹ Ibid., s. 2000

¹⁵² Ibid., s. 2000

¹⁵³ Ibid., s. 2001

¹⁵⁴ Ibid., s. 2003

¹⁵⁵ Ibid., s. 2003

overdragelsen kunne være sket til værdien ved målrettet salg, hvis der havde været forudgående underretning af kreditorerne, og hvis prisen havde været konkurrence udsat.

På grundlag af dette anførte dommeren, at boets tab udgjorde forskellen mellem salg som going concern og målrettet salg.¹⁵⁶

Grundet stemmeflertallet blev byrettens afgørelse imidlertid stadfæstet.¹⁵⁷

Konkursboet fastholdt for Højesteret fortsat en påstand om betaling af differencen mellem den reelle overdragelsesværdi og værdiansættelsen ved going concern.

Konkursboet fremførte for Højesteret de samme synspunkter, som var blevet gjort gældende for de tidligere instanser. Men herudover fremførte konkursboet, at sagen var af principiel karakter, da sagen angik værdiansættelse ved insolvente selskabers overdragelse af virksomheder, og da afgørelsen i tidligere instans var i strid med U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus) og U 2011.963 H (Abtek).

I forlængelse heraf henviste konkursboet til U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), hvorefter det måtte følge, at vurderingen skulle skærpes ved et salg til nærstående. Hermed forsøgte konkursboet at drage en analogi til konkurslovens regler, da der her er skærpede krav til salg ved nærstående, hvilket blandt andet er begrundet i formodningsreglen. Desuden anførte konkursboet, at en overdragelse til en værdi som going concern kun kunne fraviges i helt særlige tilfælde, hvor der navnlig havde været en konkurrenceudsættelse af prisen for virksomheden.¹⁵⁸

Herudover anførte konkursboet, at ledelsen i Fiskbæk 1 i stedet for den valgte fremgangsmåde burde have indledt en formel rekonstruktion for selskabet med henblik på at gennemføre en virksomhedsoverdragelse, jf. konkurslovens § 10 b, da dette ville have medført, at kreditorerne havde haft indflydelse på overdragelsen.¹⁵⁹

De sagsøgte anførte som modsvar hertil, at det eneste reelle alternativ til overdragelse var konkurs, hvorfor det ikke var relevant at værdiansætte aktiverne som going concern. Det blev endvidere anført, at der ikke var realistiske muligheder for en forsvarlig konkurrenceudsættelse.¹⁶⁰

I relation til virksomhedsoverdragelsen udtalte Højesteret, at overdragelsen skete med henblik på fortsat drift. Højesteret udtalte endvidere det følgende:

¹⁵⁶ Ibid., s. 2004

¹⁵⁷ Ibid., s. 2004

¹⁵⁸ Ibid., s. 2005

¹⁵⁹ Ibid., s. 2005

¹⁶⁰ Ibid., s. 2006f

*"I en situation, hvor medlemmer af et nødlidende selskabs ledelse medvirker til at overdrage selskabets virksomhed til et andet selskab, som de ejer, påhviler der ledelsesmedlemmerne en udvidet forpligtelse til at sikre, at overdragelsen sker på markedsmæssige vilkår, jf. herved Højesterets dom af 31. marts 2015 (UfR 2015.2219)."*¹⁶¹

Dermed er Højesteret i denne afgørelse ligeledes med til at underbygge, at ved virksomhedsoverdragelser til nærtstående, så får ledelsen en skærpet forpligtelse for at sikre, at overdragelsen sker på markedsmæssige vilkår.

Desuden udtalte Højesteret, at de værdiansættelser, der var lavet forud for overdragelsen, ikke kunne anses som reelle værdiansættelser, da der alene om værdiansættelser af de enkelte aktivgrupper, uden at der var blevet taget hensyn til virksomhedens hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold. På baggrund heraf afviste Højesteret, at værdiansættelserne kunne tillægges særlig vægt ved stillingtagen til værdien af den overdragne virksomhed.¹⁶²

På grundlag af det ovenstående indikeres det, at en værdiansættelse af en virksomhed, der er foretaget efter en metode, som minder om substansmetoden, ikke kan benyttes i forbindelse med en sag, som angår værdiansættelse af insolvente selskabers overdragelse af virksomheder.

Herudover indikerer det umiddelbart, at Højesteret henviser til, at der bør udarbejdes en værdiansættelse efter DCF-metoden, da der henvises til, at en værdiansættelse skal tage hensyn til den hidtidige drift, forventningerne til fremtiden og kundeforhold, hvilket netop sker ved anvendelsen af DCF-metoden.

Højesteret lagde endvidere til grund, at ledelsens bestræbelser på at finde investorer til selskabet indebar, at ledelsen havde konkurrenceudsat prisen for virksomheden.

Højesteret kom på grundlag heraf frem til, at under de anførte omstændigheder, oversteg markedsværdien som going concern af Fiskbæk 1 ikke den faktiske betalte købesum. Hermed stadfæstede Højesteret Landsrettens dom.¹⁶³

Dommen er, på trods af den ikke direkte omhandler omstødelse efter konkursloven, med til at vise, hvilke punkter, man skal være særligt opmærksom på i forbindelse med virksomhedsoverdragelser fra insolvente selskaber.

¹⁶¹ Ibid., s. 2009f.

¹⁶² Ibid., s. 2010

¹⁶³ Ibid., s. 2010

Det er eksempelvis endnu en gang blevet klarlagt, at ved salg til nærstående skal der udvises særlig årvågenhed, da dette medfører nogle skærpede forpligtelser. Herudover viser dommen, at det har en betydning, hvorvidt prisen er forsøgt konkurrenceudsat.

Yderligere kan det fremhæves, at dommen er med til at klarlægge, at det ikke er ubetydeligt, hvilken værdiansættelsesmetode, der anvendes ved værdiansættelsen af den overdragne virksomhed eller det overdragne selskab. I forlængelse heraf fremhævede Højesteret ligeledes, at der skal være tale om en værdiansættelsesmetode, som tager stilling til den hidtidige drift, forventninger til fremtiden samt kundeforhold.

Dommen er endvidere interessant, da Landsretten kom frem til, at bevisbyrden var løftet i relation til, at der kunne ske overdragelse til værdien ved målrettet salg. Det er i forlængelse heraf vigtigt at bemærke, at dette skete med dissensen 2-1, hvilket formentlig svækker afgørelsens præjudikat værdi. Imidlertid åbnede den dissenterende dommer op for, at et salg til værdien ved målrettet salg kunne være muligt, hvis der forinden havde været underretning til kreditorerne, og hvis prisen havde været konkurrenceudsat, da det ville sikre, at overdragelsen var sket på markedsmæssige vilkår.

Endvidere har det selvfølgelig en betydning, at Landsrettens dom efterfølgende blev anket til Højesteret. Højesteret antog imidlertid, at overdragelsen var sket til going concern. Dette kunne måske have fået et andet resultat, hvis sagsøger havde fået udarbejdet en værdiansættelse efter DCF-metoden ved en skønsmand under retssagen, da Højesteret afviste brugen af de værdiansættelser, der var udarbejdet før sagen. Grunden til at Højesteret ikke vurderede, hvorvidt overdragelsen kunne være sket til værdien ved målrettet salg, var derfor, at det sagsøgende konkursbo ikke kunne bevise, at markedsværdien ved going concern oversteg købesummen. Og allerede derfor var der ikke behov for at vurdere, hvorvidt overdragelsen kunne være sket til værdien ved målrettet salg.

Det kunne imidlertid have været spændende, hvis det sagsøgende konkursbo havde fået udarbejdet en brugbar værdiansættelse, da det muligvis havde givet Højesteret mulighed for at vurdere, om overdragelsen kunne være sket til værdien ved målrettet salg.

9. Omstødelse af virksomhedsoverdragelser

9.1 Hvilken værdiansættelsesmetode skal anvendes ved virksomhedsoverdragelser?

Tidligere i specialet er de forskellige værdiansættelsesmetoder blevet gennemgået, og herudover har nogle af de i specialet analyserede domme behandlet de metoder, som kan anvendes i forbindelse med værdiansættelser. Som tidligere nævnt kan der overordnet skelnes mellem de relative

værdiansættelsesmetoder og de absolutte værdiansættelsesmetoder, hvorfor disse vil blive behandlet særskilt i det følgende.

9.1.1 Relative værdiansættelsesmetoder

På baggrund af den tidligere gennemgang er det tydeligt, at Per Vestergaard Andersen er en klar fortaler for de absolutte værdiansættelsesmetoder, hvilket blandt andet kan udledes på baggrund af, at han har fremført, at de relative værdiansættelsesmetoder bedst kan karakteriseres som såkaldte ”tommelfinger- eller høkermetoder”, som sædvanligvis vil give helt tilfældelige værdiansættelser.¹⁶⁴

I forlængelse heraf blev det følgende anført i dommen U 2018.1985 H (Fiskbæk):

*”Vurderingerne af selskabets faste ejendom, driftsmidler, varelager, inventar mv. fremstår ikke som en værdiansættelse af virksomheden som sådan, men som en ansættelse af værdien af de enkelte aktivgrupper, uden at der tilsyneladende er taget hensyn til f.eks. virksomhedens hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold. Højesteret finder i lyset heraf, at vurderingerne ikke kan tillægges særlig vægt ved stillingtagen til værdien af den overdragne virksomhed.”*¹⁶⁵

Udtalelsen fra Højesteret er ikke rettet imod, at der var blevet anvendt en relativ værdiansættelsesmetode. Men af udtalelsen fremgår det imidlertid, at en værdiansættelse af en virksomhed eller et selskab skal tage hensyn til virksomhedens hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold.

Som tidligere nævnt var netop en af ulemperne ved de relative værdiansættelsesmetoder, at de var udtryk for en simpel fremskrivning af en virksomheds eller et selskabs øjeblikkelige regnskabsmæssige indtjeningsevne. Årsagen til at der er tale om en simpel fremskrivning er, at man f.eks. tager en multiplere fra en anden virksomhed og ganger den med virksomhedens eller selskabets øjeblikkelige regnskabsmæssige indtjeningsevne for at finde værdiansættelsen¹⁶⁶. Dermed bliver der hverken taget hensyn til den hidtidige drift eller forventningerne til fremtiden, hvilket blev opstillet som et fundamentalt krav til værdiansættelsesmetoden i U 2018.1985 H (Fiskbæk).

Som tidligere anført bliver virksomhedens eller selskabets strategiske forhold heller ikke indregnet ved anvendelsen af de relative værdiansættelsesmetoder.¹⁶⁷ Dette er ligeledes ikke i overensstemmelse med de krav til værdiansættelsesmetoden, som blev fremlagt i U 2018.1985 H (Fiskbæk), da det blev anset som et krav, at der var taget stilling til forventninger til fremtiden og kundeforhold.

¹⁶⁴ Vestergaard Andersen, Per: Værdiansættelse af virksomheder og aktier (2017), s. 12

¹⁶⁵ U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 2010

¹⁶⁶ Vestergaard Andersen, Per: Værdiansættelse af virksomheder og aktier (2017), s. 290ff.

¹⁶⁷ Ibid., s. 290ff.

På baggrund af det ovenstående må det dermed kunne udledes, at domstolene ikke kan tillægge en værdiansættelse, udarbejdet på baggrund af en af de relative værdiansættelsesmetoder, særlig vægt ved domstolenes stillingtagen til værdien ved en virksomhedsoverdragelse. Dermed kan en værdiansættelse på grundlag af de relative værdiansættelsesmetoder formentlig ikke anvendes af hverken konkursboet eller de sagsøgte til at argumentere for den reelle værdi af en virksomhed eller et selskab i forbindelse med en sag om omstødelse af en virksomhedsoverdragelse.

Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at der forinden en virksomhedsoverdragelse kan være anvendt en af de relative værdiansættelsesmetoder, og der så alligevel ikke vil være mulighed for omstødelse af virksomhedsoverdragelsen. Resultatet af værdiansættelsen kan være en værdi, som er højere end markedsværdien eller den samme som markedsværdien, hvorefter der ikke vil være noget gaveelement, som kan fordres omstødes. Men dette vil imidlertid bero på tilfældigheder, hvorfor anvendelsen af en sådan værdiansættelsesmetode ikke kan anbefales.

9.1.2 Absolutte værdiansættelsesmetoder

På grundlag af ovenstående kan det dermed konkluderes, at der bør anvendes en af de absolutte værdiansættelsesmetoder. Dette stemmer ligeledes overens med, at det tidligere blev anført, at disse metoder opfylder kravene i de internationale regnskabsregler om anvendelse af markedsværdier, fremadrettede værdiansættelser og om, at værdiansættelser og impairment tests skal foretages på grundlag af strategisk analyse og fuldt sammenhængende drifts- og balanceopgørelser.¹⁶⁸

En af de absolutte værdiansættelsesmetoder er substansmetoden. Denne metode er blandt andet blevet behandlet i dommen U 2015.2219 H (FC Nordsjælland). Som fremhævet i forbindelse med analysen heraf havde revisoren, som skulle foretage værdiansættelsen i forbindelse med overdragelsen, anvendt substansmetoden.¹⁶⁹ Dette medførte en markant lavere værdiansættelse end markedsværdien, hvilket dermed førte til, at der i overdragelsen var indeholdt et større gaveelement, som kunne fordres omstødt. Dette er dermed med til at indikere, at denne værdiansættelsesmetode ikke bør anvendes, hvis man vil undgå omstødelse af en virksomhedsoverdragelse. Ligeledes er det noget en kurator bør være opmærksom på, når mulighederne for omstødelse af en virksomhedsoverdragelse undersøges.

Herudover kunne metoden, der blev anvendt i dommen U 2018.1985 H (Fiskbæk), minde meget om en substansmetode, da der blevet taget udgangspunkt i en værdiansættelse af virksomhedens aktiver og passiver.¹⁷⁰ Dette førte som tidligere nævnt til, at Højesteret ikke kunne tillægge værdiansættelsen

¹⁶⁸ Ibid., 2. udgave af Per Vestergaard Andersen (2017), s. 288

¹⁶⁹ U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), s. 2266

¹⁷⁰ U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 2010

særlig vægt. Dette skyldes, at metoden som udgangspunkt ikke tager stilling til de af Højesteret opstillede fundamentale krav om tage hensyn til virksomhedens hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold.¹⁷¹

Det kan imidlertid ikke udelukkes, at metoden kan have sin berettigelse i forbindelse med værdiansættelse af virksomheder eller selskaber, som hovedsageligt består af en række værdifaste aktiver, hvilket kan være ejendomme eller noget lignende.¹⁷² Dette er imidlertid ikke noget, der ved udarbejdelsen af dette speciale er fundet statueret i retspraksis, hvorfor det dermed ikke kan være udtryk for andet end egne overvejelser.

En anden af de absolutte værdiansættelsesmetoder er den såkaldte DCF-metode. DCF-metoden tager som tidligere nævnt udgangspunkt i en virksomheds eller et selskabs evne til at genere ”cash flow” i fremtiden, hvorefter dette tilbagediskonteres til nutidsværdi. Modellen kan nok betegnes som den mest anvendte model, og blev allerede nævnt i FSR’s blå notater i 2002, hvilket uden tvivl giver en blåstempling af metoden.¹⁷³

Endvidere blev DCF-metoden anvendt af skønsmanden i dommen U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), hvor Højesteret kom frem til, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte anvendelsen af denne metode.¹⁷⁴ Endvidere havde Landsretten i den tidligere instans udtalt, at DCF-metoden var almindeligt anerkendt, hvorfor der ikke var grundlag for at tilsidesætte anvendelsen af denne værdiansættelsesmetode.¹⁷⁵ Dermed indikerer domstolenes udtalelser i U 2015.2219 H (FC Nordsjælland) tydeligt, at der er opbakning fra domstolene til at anvende DCF-metoden ved værdiansættelse i forbindelse med en virksomhedsoverdragelse.

Som tidligere nævnt blev det anført i dommen U 2018.1985 H (Fiskbæk), at der ikke kunne tillægges en værdiansættelse særlig vægt, hvis den ikke til tog hensyn til den hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold.¹⁷⁶ Disse tre ting vil altid indgå i en værdiansættelse efter DCF-metoden. Det kan derfor overvejes, hvorvidt der muligvis blev henvist indirekte til, at det var DCF-metoden, som skulle have været anvendt. Dette er selvfølgelig alene spekulationer, men på baggrund af de tre opstillede fundamentale krav samt DCF-metodens udbredelse og anerkendelse, så synes det imidlertid ikke usandsynligt.

¹⁷¹ Ibid., s. 2010

¹⁷² Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 185

¹⁷³ Vendelbo, Niels, Knudsen, Mikkel Trøjborg og Harrit, Anette: Værdiansættelse I REKONSTRUKTION: RR.3.2020.16, Værdiansættelse i rekonstruktion, s. 1

¹⁷⁴ U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), s. 2275

¹⁷⁵ Ibid., s. 2256

¹⁷⁶ U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 2010

9.1.3 Værdiansættelsesmetoden

Dermed må det kunne konkluderes, at ved værdiansættelsen af en virksomhed eller et selskab bør værdiansættelsen ske på baggrund af DCF-metoden eller andre metoder, som indeholder de samme karakteristika. Dette er noget som ejere og ledelser bør være opmærksom på, når de udarbejder en værdiansættelse af et konkurstruet selskab eller en virksomhed i et konkurstruet selskab med henblik på et efterfølgende salg. Ligeledes bør kuratorer i konkursboer kræve en værdiansættelse efter DCF-metoden, når det undersøges, hvorvidt en tidligere virksomhedsoverdragelse kan fordres omstødt.

Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at værdiansættelse af virksomheder og selskaber ikke er en eksakt videnskab, da det indebærer en lang række subjektive forhold, som der skal tages stilling til. Dermed kan to fagkyndige komme frem til forskellige værdiansættelser på trods af, at der er foretaget værdiansættelse efter de samme principper. Dette kan f.eks. ses i dommen U 2011.963 H (Abtek), hvor der før og under sagen blev foretaget to værdiansættelser efter de samme principper, men hvor der på trods af dette fremkom nogle forskellige værdiansættelser. Dermed kan man med fordel få udarbejdet værdiansættelser fra flere sagkyndige for at sikre sig det bedst mulige udgangspunkt.

9.2 Hvilken værdi bør en virksomhedsoverdragelse ske til?

Før det kan konkluderes, at der er en gave, der kan omstødes, jf. konkurslovens § 64, skal det undersøges, hvilken værdi en virksomhed eller et selskab skal overdrages til. I det følgende vil dette blive diskuteret.

9.2.1 Værdiansættelsesprincipper

Gennem analysen af retspraksis er det søgt undersøgt, hvilken værdi en virksomhed eller et selskab kan overdrages til, uden der kan ske omstødelse. I retspraksis bliver der opereret med tre forskellige værdiansættelsesprincipper nemlig realisationsværdi, målrettet salgsværdi og going concern-værdi. Som tidligere specificeret, vil den objektivt højeste værdiansættelse være resultatet af en værdi ved going concern.

Af de analyserede domme er det blevet udledt, at en virksomhed eller et selskab bør overdrages til den højest mulige værdi, hvilket ligeledes fremgår af artiklen ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben” af Morten Planthin og Jesper Saugmandsgaard Øe, hvoraf det følgende fremgår:

”Om ledelse og rådgivere kan pålægges erstatningsansvar for en virksomhedsoverdragelse ud af et insolvent kapitalsekskab vil særligt bero på, om aktiverne er realiseret til markedsværdi/den højest mulige pris...”

Det følgende er ikke udtalt præcis med hensyn til omstødelse, men mere overordnet om, hvorvidt man kan ifalde ansvar som følge af en virksomhedsoverdragelse fra insolvente sekskaber. Det er imidlertid ligeledes relevant for sager om omstødelse af virksomhedsoverdragelser.

I de analyserede domme har de sagsøgte hyppigt forsøgt at argumentere for, at konkurs var det eneste alternativ til overdragelsen, hvorefter det burde at være muligt at overdrage til en lavere værdi end værdien ved going concern. Der er her blevet argumenteret for, at det derfor burde være muligt at overdrage til værdien ved målrettet salg eller realisation.

Som eksempel kan der fremhæves U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), hvor de sagsøgte gjorde gældende, at det skulle være muligt at overdrage til en lavere værdi end ved going concern, da sekskabet ellers ville være gået konkurs kort tid efter, hvorfor virksomhedsoverdragelsen havde været eneste alternativ til konkurs.¹⁷⁷ Landsretten og Højesteret afkræftede efterfølgende, at det skulle være muligt at overdrage til lavere værdi end værdien ved going concern. Dette var højst sandsynligt begrundet i, at det ud fra dommen virker som om, at de sagsøgte søgte at besvige sekskabet og dets kreditorer. Dermed må det kunne konkluderes, at før argumentet kan have nogen værdi, så skal der være handlet i sekskabets og kreditorernes interesse.

Ligeledes forsøgte de sagsøgte i U 2011.963 H (Abtek) at argumentere for, at konkurs var det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen. Dette argument beroede på, at der var afgivet et tilbud fra tredjemand på samme pris, som overdragelsens var sket til, og ligeledes at sekskabet havde været under et stort tidspres grundet den økonomiske situation.¹⁷⁸ I relation hertil fandt byretten, at sagsøgte havde forsøgt at opnå en pris, som ikke ville kunne give anledning til kritik. Byretten vurderede endvidere, at det var godtgjort, at hvis de sagsøgte havde handlet anderledes, så ville kreditorerne have lidt et større tab. Dermed havde byretten vurderet, at konkurs var det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen, hvilket dermed medførte, at kreditorerne og konkursboet ikke havde lidt et tab jf. konkurslovens § 75.¹⁷⁹ Dermed gik byretten i denne dom i en anden retning end i U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), hvilket højst sandsynligt har grundlag i, at der var handlet i sekskabets og kreditorernes interesse.

¹⁷⁷ U 2005.2235 H (Abtek), s. 2246f.

¹⁷⁸ U 2011.963 H (Abtek), s. 965f.

¹⁷⁹ Ibid., s. 968

Tidligere instans i Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 kom frem til det samme, nemlig at aktiverne kunne sælges til målrettet salg, grundet argumentet ”konkurs var det eneste alternativ”.¹⁸⁰ Byretten lagde her vægt på, at prisen havde været konkurrenceudsat ved, at sagsøgte havde forsøgt at indhente tilbud fra de tre eneste konkurrenter, og at revisoren havde forklaret, at salg til going concern-værdi ville være umuligt.¹⁸¹

De to byretsafgørelser i U 2011.963 H (Abtek) og Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 åbnede dermed op for, at det kunne være muligt at overdrage til en lavere værdi end værdien ved going concern, hvis der var handlet i selskabets og kreditorernes interesse.

I forlængelse heraf kan der henvises til U 2018.1958 H (Fiskbæk), hvor Landsretten efter dissensen 2-1 kom frem til, at det eneste alternativ til overdragelse havde været behandling efter konkursloven, hvorefter overdragelsen kunne ske til værdiansættelsen ved målrettet salg, og dermed til en lavere værdi end værdien ved going concern.¹⁸²

De ovennævnte afgørelser er imidlertid tidligere instanser i dommene, som efterfølgende blev anket og ændret, hvilket dermed tydeligt svækker præjudikatværdien.

I U 2011.963 H (Abtek) blev det anført af Højesteret, at overdragelsen skulle være sket til værdien ved going concern, da produktionen var blevet videreført med det samme personale.¹⁸³ Dermed kan det udledes, at hvis driften videreføres i et nyt selskab, så vil virksomhedsoverdragelsen skulle ske til værdien ved going concern. På baggrund af dette vil det formentlig være en betingelse, at driften føres videre, før det kan kræves, at virksomhedsoverdragelse skal ske til værdien ved going concern. Herefter kan der opstilles et tænkt eksempel, hvor der sker en overdragelse af en virksomhed til et selskab, som ikke har til hensigt at fortsætte driften, men i stedet blot at realisere virksomhedens aktiver. For her vil overdragelsen sandsynligvis kunne ske til en lavere værdi end ved going concern.

Landsretten i Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 fremførte, at værdien ved overdragelse af en virksomhed bør ske til going concern.¹⁸⁴ I relation til dette blev det fremført, at det havde en betydning, at aktiviteten i virksomheden var blevet videreført med samme produktionsaktiver og personale og fra den samme adresse.¹⁸⁵ Dermed er det stort set de samme omstændigheder, som gjorde sig gældende i U 2011.963 H (Abtek), hvorefter disse omstændigheder

¹⁸⁰ Byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013, s. 19

¹⁸¹ Ibid., s. 19f.

¹⁸² U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 2003

¹⁸³ U 2011.963 H (Abtek), s. 973

¹⁸⁴ Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017, s. 2

¹⁸⁵ Ibid., s. 2

med stor sandsynlighed kan opstilles som betingelser for, at virksomhedsoverdragelse ske til værdien ved going concern.

I U 2015.2219 H (FC Nordsjælland) kom Højesteret ligeledes frem til, at overdragelsen skulle være sket til værdien ved going concern. Det er i denne henseende imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at de sagsøgte i sagen egentlig ikke forsøgte at bevise, at overdragelsen kunne ske til værdien ved målrettet salg eller realisationsværdi, da de sagsøgte i stedet, forsøgte at bevise, at overdragelsen reelt var sket til værdien ved going concern.

I U 2018.1958 H (Fiskbæk) var ændringen for den senere instans lidt anderledes, da de sagsøgte blev frifundet, da Højesteret vurderede, at overdragelsen var sket til værdien ved going concern.

På grundlag af det ovenstående kan det på trods af de tidligere instansers afgørelser udledes, at det endnu ikke lykkedes at overdrage til en værdi lavere end going concern, hvis aktiviteten reelt er videreført. Dermed må det imidlertid også kunne konkluderes, at dette ikke nødvendigvis er umuligt, og at det kan opsættes som betingelser for, at der skal overdrages til værdien ved going concern, at aktiviteten er blevet videreført.

9.2.2 Bevis for højst mulige værdi

I sagerne har de sagsøgte søgt at bevise, at virksomhedsoverdragelsen var sket til den højst mulige pris. I denne forbindelse har de sagsøgte henvist til værdiansættelser udarbejdet til brug for virksomhedsoverdragelsen af revisorer eller andre sagkyndige. I relation hertil har det i sagerne været af betydning, hvorvidt de indhentede værdiansættelser var egentlige og uvildige. Dette er ligeledes anført af Morten Planthin og Jesper Saugmandsgaard Øe, i artiklen ”Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben”, hvoraf det følgende fremgår:

”Om en vurderingsrapport kan danne grundlag for vurderingen af, om der er overdraget til den højst mulige pris, vil bero på rapportens kvalitet og på, om vurderingsmanden er uvildig.”¹⁸⁶

Desuden blev det i U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus) konkluderet, at der ikke var tale om en egentlig værdiansættelse, da man havde anvendt skønsmæssigt anslåede nedskrivninger i stedet for aktivernes reelle værdi.¹⁸⁷ Dermed kan det udledes, at det er krav, at der skal være tale om en egentlig og uvildig vurdering, før de sagsøgte kan bevise, at der er blevet overdraget til den højst mulige pris.

¹⁸⁶ Planthin, Morten og Saugmandsgaard Øe, Jesper: SREV2012.1.6, Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben, Rådgiveransvar ved insolvente kapitalselskabers virksomhedsoverdragelser, s. 2

¹⁸⁷ U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus), s. 2240

Det imidlertid vigtigt at have i tankerne, at det ikke er sikkert, at det vil være nok at have udarbejdet en uvildig og egentlig værdiansættelse, for at kunne undgå omstødelse. Dette skyldes, at man kan have fået udarbejdet en egentlig og uvildig værdiansættelse, som stadig vil være markant anderledes, end den værdiansættelse, som bliver udarbejdet under retssagen af en skønsmand. Dette skyldes, at syn og skøn i retssager ofte har en næsten altafgørende betydning. Dette kan ligeledes udledes af følgende citat af Oskar Bondo Svane:

*”Et syn og skøn – eller en udtalelse fra retslægerådet – tillægger domstolene ofte samme vægt, som de gamle hellenere lagde på et svar fra oraklet i Delfi, således at sagens realitet dermed er afgjort, og således at der herefter stort set kun står tilbage at fastsætte sagens omkostninger.”*¹⁸⁸

På grundlag af ovenstående kan det dermed konkluderes, at det af domstolene vil blive en tillagt en bevismæssig positiv vurdering, hvis der er udarbejdet en egentlig og uvildig værdiansættelse til brug for virksomhedsoverdragelsen, men det er ikke en selvfølge, at dette vil resultere i, at der ikke vil ske omstødelse, grundet den store betydning af syn og skøn. Imidlertid er der ikke direkte blevet taget stilling til forskelle på sagsøgte egentlige og uvildige værdiansættelser kontra skønsmandens værdiansættelser under sagen. Dermed kan det ikke med sikkerhed lægges til grund, hvorledes domstolene vil foretage denne sontring.

9.3 Hvornår foreligger der en gave?

Efter det er konkluderet, at der foreligger en forskel i den reelle værdi og købesummen, skal det herefter diskuteres, hvornår denne værdiforskel udgør en delvis gave, som kan fordres omstødt efter konkurslovens § 64. Som tidligere angivet under afsnit 6.4.1 er det en betingelse, at værdiforskellen har været et udslag af gavmildhed.

I de domme, der er blevet analyseret i specialet, har der været tale om virksomhedsoverdragelser til nærstående selskaber, jf. konkurslovens § 2, nr. 3. Dette vil endvidere være tilfældet i næsten alle situationer, hvor kurator vil forsøge at føre en omstødelsessag. Eftersom der ved transaktionerne har været tale om nærstående parter, har der forelagt en omvendt bevisbyrde, hvorfor det har været den begunstigede, der har skullet bevise, at der ikke forelå et udslag af gavmildhed. Dette betegnes, som angivet under afsnit 6.4.2, som formodningsreglen.

¹⁸⁸ Alfred Borum, Oskar, Von Eyben, W.E., Graff, Axel: Retsplejeloven gennem 50 år (1969), s. 93

9.3.1 Formodningsreglen

Denne formodningsregel er gennem analysen af retspraksis blandt andet blevet konstateret i U 2011.963 H (Abtek), hvor Landsretten anførte, at parterne var nærstående, hvorfor der forelå en formodning for, at der ved overdragelsen forelå et gaveelement.¹⁸⁹ Dette blev senere stadfæstet af Højesteret.

Herefter var det derfor op til de sagsøgte, at afkræfte formodningen for gavmildhed. De sagsøgte lykkedes imidlertid ikke med at afkræfte denne formodning, hverken ved hjælp af forklaringer eller bevisførelse i øvrigt, hvorfor Højesteret omstødte værdiforskellen efter konkurslovens § 64, stk. 1, jf. § 75, stk. 1.

I U 2015.2219 H (FC Nordsjælland) anførte Landsretten, at der var forskel på aktiernes reelle værdi og købesummen, hvorefter Landsretten konkluderede, at værdiforskellen udgjorde et betydeligt gaveelement, og betingelserne for konkurslovens § 64 var derfor opfyldt.¹⁹⁰ Dette blev efterfølgende tiltrådt af Højesteret.

Højesteret udtalte ikke som i U 2011.963 H (Abtek), at de sagsøgte ikke havde formået at afkræfte formodningen for gavmildhed. Derfor kan det diskuteres, om Højesteret har truffet afgørelsen uden at give den begunstigede mulighed for at afkræfte formodningen for gavmildhed. Det kan imidlertid også tænkes, at denne vurdering foreligger implicit i Højesterets bedømmelse.

I forlængelse heraf udtalte Landsretten i Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017, at der var en værdiforskel, hvorfor denne værdiforskel udgjorde en omstødelig gave efter konkurslovens § 64, stk. 1.¹⁹¹ Landsretten foretog en vurdering meget lig Højesterets vurdering i U 2015.2219 H (FC Nordsjælland). Efter disse to domme er det derfor tvivlsomt, om domstolene benytter sig af formodningsreglen. Dette kan imidlertid skyldes, at de sagsøgte i disse to afgørelser hovedsageligt har procederet på, at der ikke forelå en værdiforskel mellem selskabets reelle værdi og købesummen. Dermed har de muligvis ikke søgt at afkræfte formodningen for gavmildhed. Dette kan skyldes, at parterne har vurderet, at det ikke har kunnet lade sig gøre, eller at det har villet svække deres anbringender om, at der ikke forelå en værdiforskel. Dermed har domstolene heller ikke skullet taget stilling til om de sagsøgte har afkræftet formodningen for gavmildhed.

Herudover følger det ligeledes af ordlyden af selve formodningsreglen, at der ikke per se skal statueres gavmildhed, men at det skal statueres, hvis sagsøgte ikke kan godtgøre, at værdiforskellen ikke har været et udslag af gavmildhed. Det er i denne forbindelse vigtigt at bemærke, at der er tale

¹⁸⁹ U 2011.963 H (Abtek), s. 971

¹⁹⁰ U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), s. 2257

¹⁹¹ Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017, s. 2

om en stærk formodning, hvilket kan udledes af betænkning af 1971, nr. 606, hvoraf følgende fremgår:

*”Har f.eks. faderen solgt en ting til sønnen for en købesum, der ikke svarer fuldt ud til værdien, vil der være en stærk formodning for, at meningen netop har været at give sønnen en (delvis) gave, således at omstødelse kan ske.”*¹⁹² (Egen understregning)

På grundlag af det ovenstående må det imidlertid kunne konkluderes, at det ikke er umuligt at foretage en virksomhedsoverdragelse til et nærstående selskab uden risiko/mulighed for omstødelse. Det vil imidlertid kræve, at de sagsøgte kan afkræfte formodningen for gavmildhed, hvilket sagsøgte ikke er lykkedes med endnu i de domme vi har analyseret. Dette er nok begrundet i, at der vil være en stærk formodning for gavmildhed.

9.3.2 Omstændigheder mod formodningen for gavmildhed

Det kan herefter diskuteres, hvilke argumenter domstolene vil lægge vægt på i vurderingen af, hvorvidt de sagsøgte har afkræftet denne formodning.

I U 2011.963 H (Abtek) fandt Højesteret ikke, på trods af direktørens forklaring og selve formålet med stiftelsen af selskabet, at sagsøgte havde afkræftet formodningen for gavmildhed. Imidlertid kan det udledes, at Højesteret lod det indgå i vurderingen, at direktørens forklaring om formålet med stiftelsen af selskabet havde haft en betydning ved vurderingen. Direktøren forklarede, at formålet med stiftelsen var at tilvejebringe likviditet og kapital, således selskabet kunne opnå en ordning med kreditorerne.¹⁹³ Byretten vurderede endvidere, at virksomhedsoverdragelsen ikke var på bekostning af kreditorerne. Det kan herefter diskuteres, hvorvidt virksomhedsoverdragelsen egentlig fandt sted som et reelt forsøg på at gøre det bedste for selskabet og dets kreditorer. Dette er formentlig et argument, der kan bruges til at afkræfte formodningen for gavmildhed.

Herimod kan det diskuteres, at hvis man har foretaget virksomhedsoverdragelsen i selskabets interesse og ikke på bekostning af kreditorerne, og domstolene stadig kommer frem til, at der foreligger et udslag af gavmildhed, om det så overhovedet er muligt at afkræfte formodningen for gavmildhed. Grundet den tidligere fremsatte fortolkning af formodningsreglen, må det imidlertid være muligt at godtgøre, at værdiforskellen ikke har været et udtryk for gavmildhed.

I forlængelse heraf kan det anføres, at de sagsøgte kunne have foretaget yderligere i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen i U 2011.963 H (Abtek) for at sikre, at de ikke ville ifalde ansvar. Dette

¹⁹² KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord, s. 142

¹⁹³ U 2011.963 H (Abtek), s. 965

skyldes, at det eksempelvis ikke fremgår af dommen, at prisen havde været tilstrækkeligt konkurrenceudsat, eller kreditorerne var blevet underrettet forinden. Dermed kunne de sagsøgte have søgt at konkurrenceudsætte prisen og have underrettet kreditorerne inden overdragelsen.

I relation til dette kan dommen U 2018.1985 H (Fiskbæk) nævnes, da den dissenterende dommer for Landsretten blandt andet lagde op til, at der ikke var et udtryk for gavmildhed, hvis der havde været forudgående underretning til kreditorerne, og hvis prisen havde været konkurrenceudsat. Dette kan udledes, da den dissenterende dommer, ved sin vurdering af, hvorvidt der var et erstatningsansvar, lagde vægt på, at prisen ikke havde været konkurrenceudsat, og der ikke var sket en forudgående underretning af kreditorerne.¹⁹⁴

Herudover kan et argument om, at konkurs var det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen kunne antages at få betydning, da det ligeledes kan være med til at vise, at virksomhedsoverdragelsen er sket i selskabets og kreditorernes interesse. Dette skal dog ses i sammenhæng med, at hvis man kan godtgøre, at konkurs var det eneste alternativ, må det også ligge implicit, at man har konkurrenceudsat prisen tilstrækkeligt. For det må være gennem et forsøg på at foretage en virksomhedsoverdragelse, at man må kunne konkludere, at der ikke er et andet alternativ til en overdragelse end konkurs.

Det kan herefter konkluderes, at hvis den begunstigede vil afkræfte formodningen for gavmildhed, vil det kræve, at der har været fokus på nogle særlige omstændigheder ved virksomhedsoverdragelsen. Hovedsageligt bør der have været fokus på, om virksomhedsoverdragelsen skete i selskabets og kreditorernes interesse, om formålet var at skaffe likviditet, om prisen har været konkurrenceudsat, om kreditorerne er blevet underrettet, og om konkurs har været det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen.

9.4 Tilbagelevering – konkurslovens § 77

Som tidligere gennemgået under afsnit ”6.5.2 Tilbagelevering af modtagne – konkurslovens § 77” fremgår det, at hvis nogen af parterne forlanger det, skal hver tilbagelevere det modtagne. Dette er under betingelse af, at det modtagne skal være i behold, og at det sker uden urimeligt værdispild.

I U 2015.2219 H (FC Nordsjælland) anførte Landsretten, at der skulle lægges vægt på, at det ville være risikabelt for konkursboet at drive en professionel fodboldklub, da det ville have en negativ indvirkning på tiltrækning af fodboldspillere og sponsorer.¹⁹⁵ Med det argument forholdte Landsretten sig dermed ikke direkte til de opstillede betingelser i konkurslovens § 77. Det kan dog

¹⁹⁴ U 2018.1985 H (Fiskbæk), s. 2004

¹⁹⁵ U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), s.2257

indikere, at Landsretten antydede, at det ville føre til et urimeligt værdispild, da tilbageleveringen ville have dårlig indvirkning på fodboldklubbens fremtid. Imidlertid kan det diskuteres, hvorvidt betingelserne om, at det modtagne skal være i behold og, at tilbageleveringen skal kunne ske uden urimeligt værdispild, har en stor betydning for domstolens vurdering af, hvorvidt en virksomhed eller et selskab kan tilbageleveres. Landsretten fokuserede på, at det ikke var optimalt for selskabet, at virksomheden i selskabet blev drevet af et konkursbo. Endvidere havde det for Landsretten en betydning, at der i udligning efter konkurslovens § 77, stk. 2, skulle betales et større millionbeløb. På baggrund af dette afviste Landsretten muligheden for tilbagelevering af aktieposten uden direkte at have vurderet, hvorvidt det modtagne var i behold, eller om tilbageleveringen ville medføre urimeligt værdispild.

Som tidligere nævnt under analysen blev afgørelsen anket, hvorefter Højesteret foretog en anden vurdering, men kom frem til det samme resultat. Højesteret foretog nemlig en hypotetisk vurdering og fandt, at det er et krav for at kunne få tilbageleveret aktier efter konkurslovens § 77, at disse aktier ikke alligevel ville være blevet overdraget.¹⁹⁶ På trods af at Højesteret udtalte sig om tilbagelevering af aktier, så må det kunne overføres til situationer, hvor der er sket en aktivoverdragelse. Herefter må det kunne konkluderes, at der i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt en virksomhed eller et selskab kan tilbageleveres efter konkurslovens § 77, skal foretages en hypotetisk vurdering af, hvordan konkursboet ville have handlet, hvis overdragelsen ikke havde fundet sted.

På baggrund af dommen er det dermed tydeligt, at det vil være svært for et konkursbo at kræve en virksomhed eller et selskab tilbageleveret, jf. konkurslovens § 77. Dette skyldes blandt andet, at en virksomhed eller et selskab som hovedregel altid vil være dynamisk og i udvikling, hvilket vil medføre, at det overdragne ikke vil være i behold. Endvidere vil en retssag om omstødelse som udgangspunkt altid trække i langdrag ligesom den ovenstående, hvor der gik syv år fra den omstødelige disposition blev foretaget til den endelige domsafsigelse. Denne lange tidsperiode vil dermed altid tale imod, at der kan ske tilbagelevering, jf. konkurslovens § 77. Herudover må det kunne konkluderes, at domstolene ikke anser det som et konkursbos opgave, at skulle få tilbageleveret en virksomhed eller en majoritetsaktiepost i et selskab, for at kunne forsætte driften, da formålet alligevel endegyldigt må være realisation. Desuden kan det udledes, at domstolene ligeledes lægger vægt på, at det vil kunne medføre et værdispild i forhold til eksisterende og mulige medkontrahenter, hvis virksomheden eller aktieposten i selskabet tilbageleveres til et konkursbo. Endvidere kan det sandsynligvis indfortolkes, at det er et krav, at det sagsøgende konkursbo kan bevise, at de overdragne aktier eller aktiver ikke var blevet overdraget hurtigst muligt, hvis den omstødelige overdragelse ikke havde fundet sted. Dermed kan det konkluderes, at det højst

¹⁹⁶ Ibid., s. 2276

sandsynligt ikke vil være muligt at få tilbageleveret en virksomhed eller et selskab efter konkurslovens § 77.

Dette underbygges ligeledes i artiklen U 2015.2219 H – og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser”, hvor følgende fremgår:

”Boet påstod i FC Nordsjælland aktiernes tilbagelevering mod betaling af det aftalte vederlag, men fik som nævnt ikke medhold. Landsretten tilføjede i den forbindelse, at den havde “... ikke herved taget stilling til, om det modtagne kan siges at være “i behold”, og om tilbagelevering ville kunne ske uden “urimeligt værdispild”. Det er noget tvivlsomt, om de betingelser kan opfyldes, når en virksomhedsoverdragelse bygger på aktier ... og de kan næppe opfyldes, når den bygger på aktiver”.¹⁹⁷

Dermed må konklusionen være, at det med stor sandsynlighed vil være umuligt at få en virksomhed eller et selskab tilbageleveret efter konkurslovens § 77. Eller det vil det i hvert fald være, hvis en af parterne i retssagen herom anfægter tilbageleveringen.

I U 2011.963 (Abtek) blev der behandlet en lidt anden problemstilling i relation til konkurslovens § 77, da de sagsøgte påberåbte sig konkurslovens § 77 og anførte i den forbindelse, at konkursboet ikke havde lidt et tab, da konkursboet tidligere var blevet tilbudt at tilbagekøbe aktiverne for den tidligere betalte købesum, hvilket konkursboet anfægtede.¹⁹⁸

Højeste kom frem til, at det tidligere fremsatte tilbud om, at konkursboet kunne tilbagekøbe aktiverne til købesummen, ikke kunne anses som et forlangende efter konkurslovens § 77. Dermed synes Højesteret at indikere, at en sagsøger ikke kan anfægte, at der er tale om en omstødelig disposition, samtidig med at sagsøgte forbeholder sig retten til tilbagelevering efter konkurslovens § 77. Dette kan ligeledes ses i U 2019 3119 V, hvor den begunstigede havde tilbudt at tilbagelevere det modtagne, hvis overdragelsen fandtes omstødelig. I dommen kunne dette tilbud ikke anses som værende et forlangende efter konkurslovens § 77.

Dermed kan det formentligt udledes af retspraksis, at den begunstigede ikke kan anfægte, at der er tale om en omstødelig disposition, samtidig med at den begunstigede forbeholder sig retten til tilbagelevering, da der så ikke ville være tale om et forlangende efter konkurslovens § 77.

¹⁹⁷ Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, s. 5

¹⁹⁸ U 2011.963 H (Abtek), s. 972

10. Konklusion

Gennem udarbejdelsen af specialet er det søgt belyst, hvilke punkter det er særligt vigtigt at være opmærksom på i relation til efterfølgende risikoer/muligheder for omstødelse af virksomhedsoverdragelser.

Det er i relation til dette blevet undersøgt, hvilken værdiansættelsesmetode der skal anvendes i forbindelse med overdragelse af en virksomhed eller et selskab. På baggrund af den gennemgåede litteratur og retspraksis kan det herefter konkluderes, at ved værdiansættelsen af en virksomhed eller et selskab bør værdiansættelsen foretages på baggrund af DCF-metoden eller andre metoder, som har de samme karakteristika og som minimum tager stilling til den hidtidige drift, forventninger til fremtiden og kundeforhold. Kurator bør anvende en tilsvarende værdiansættelsesmetode, når det undersøges, hvorvidt en tidligere virksomhedsoverdragelse kan fordres omstødt.

Desuden har specialet haft til hensigt at belyse, hvilken værdi en virksomhed eller et selskab bør overdrages til. Det er blevet belyst, at der opereres med tre værdiprincipper, nemlig going concern, målrettet salg og realisation. Det er endnu ikke lykkedes at overdrage til en værdi lavere end going concern-værdien, hvis aktiviteten reelt er videreført i et nyt selskab. I relation hertil kan det udledes, at det kan opsættes som en betingelse, at aktiviteten er blevet videreført i et nyt selskab, før der skal overdrages til værdien ved going concern. Det er imidlertid ikke nødvendigvis umuligt at overdrage til en lavere værdi end going concern, såfremt køber kan bevise, at salget til en værdi under going concern-værdien var det eneste alternativ til konkurs. Imidlertid er dette ikke lykkedes endnu, og det vil være svært at løfte bevisbyrden herfor.

Det kan yderligere udledes, at værdiansættelse af virksomheder og selskaber ikke er en eksakt videnskab. Dette skyldes, at der vil indgå en lang række subjektive forhold, der skal tages stilling til. Dermed kan to fagkyndige komme frem til forskellige værdiansættelser på trods af, at de er udarbejdet efter de samme principper. Som eksempel på dette kan der nævnes U 2011.963 (Abtek), hvor der før og under sagen blev foretaget to værdiansættelser efter de samme principper, men hvor de to værdiansættelser gav forskellige resultater. På grundlag af dette kan det derfor udledes, at man bør få udarbejdet værdiansættelser fra flere sagkyndige for at sikre sig det bedst mulige udgangspunkt i forhold til risikoen for omstødelse.

Endvidere kan det konkluderes, at der bør udarbejdes en egentlig og uvildig værdiansættelse til brug for virksomhedsoverdragelser. Dette skyldes, at det vil medføre en bedre bevismæssig stilling i forhold til en efterfølgende omstødelsessag. Imidlertid vil egentlige og uvildige værdiansættelser ikke som en selvfølge resultere i, at der ikke vil kunne ske omstødelse, hvilket skyldes den store betydning af syn og skøn i retssager. Imidlertid har domstolene ikke direkte taget stilling til forskelle på sagsøgte egentlige og uvildige værdiansættelser kontra skønsmandens værdiansættelser under de

analyserede domme. Dermed kan det ikke med sikkerhed konkluderes, hvorledes domstolene vil foretage denne vurdering.

Yderligere kan det efter udarbejdelsen af specialet konkluderes, at det ikke er umuligt at foretage en virksomhedsoverdragelse til et nærstående selskab til en lavere værdi end going concern, uden der vil ske omstødelse. Dette vil dog kræve, at de sagsøgte kan afkræfte formodningen for gavmildhed i relation til, hvorvidt der foreligger en gave efter konkurslovens § 64. I den gennemgaaede retspraksis er det dog ikke lykkedes de sagsøgte at afkræfte formodningen for gavmildhed. Dette er højst sandsynligt begrundet i, at det følger af betænkning af 1971, nr. 606, at der er tale om en stærk formodning for gavmildhed.¹⁹⁹

For at afkræfte formodningen for gavmildhed vil det kræve, at der har været fokus på nogle særlige omstændigheder ved virksomhedsoverdragelsen. Disse særlige omstændigheder vil være, at virksomhedsoverdragelsen skete i selskabets og kreditorernes interesse, at formålet var at skaffe likviditet, at prisen havde været konkurrenceudsat, at kreditorerne blev underrettet, og til sidst at konkurs var det eneste alternativ til virksomhedsoverdragelsen. Det kan imidlertid ikke udledes, at hvis disse omstændigheder var til stede, så vil der ikke kunne ske omstødelse, da der indtil videre ikke er noget retspraksis, som utvetydigt viser dette. Men det er imidlertid klart, at dette er nogle af de omstændigheder, som har haft en vis betydning i forbindelse med domstolenes vurdering af gavmildhed.

På baggrund af det ovenstående kan det dermed konkluderes, at der foreligger en omstødelig disposition, når virksomhedsoverdragelsen ikke er sket til markedsværdien, og ydermere hvis differencen mellem købesummen og den rigtige værdi udgør en gave efter konkurslovens § 64. I situationer, hvor der føres en omstødelsessag på baggrund af en virksomhedsoverdragelse, vil parterne i transaktionen højst sandsynligt altid være nærstående. Dermed vil der foreligge en omstødelig disposition, hvis den begunstigede ikke kan afkræfte formodningen for gavmildhed.

I forhold til, hvorvidt en virksomhed eller et selskab kan kræves tilbageleveret efter konkurslovens § 77, kan det konkluderes, at det vil være næsten umuligt for et konkursbo at kræve en virksomhed eller et selskab tilbageleveret. Denne konklusion er begrundet i, at virksomheder og selskaber som hovedregel altid vil være dynamiske og dermed i udvikling, hvilket vil medføre, at disse ikke vil kunne være i behold. Herudover har det en betydning, at en retssag om omstødelse som udgangspunkt altid vil trække i langdrag. Som et eksempel herpå kan nævnes U 2015.2219 H (FC Nordsjælland), hvor der gik syv år fra den omstødelige disposition blev foretaget, og til Højesteret afsagde sin dom. Denne lange tidsperiode vil altid tale imod muligheden for tilbagelevering efter konkurslovens § 77.

¹⁹⁹ KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord, s. 142

Endvidere har det en negativ indvirkning på muligheden for tilbagelevering, at domstolene ikke anser det som et konkursbos opgave at skulle få tilbageleveret en virksomhed eller et selskab, for at kunne fortsætte driften. Dette skyldes, at domstolene påpeger, at det endegyldigt må være konkursboets opgave at afhænde den overdragne virksomhed eller det overdragne selskab. Herudover lægger domstolene vægt på, at det vil være uhensigtsmæssigt i forhold til eksisterende og mulige medkontrahenter, hvis det overdragne tilbageleveres. Yderligere har det en betydning, at der sandsynligvis kan indfortolkes et krav om, at det sagsøgende konkursbo skal kunne bevise, at de overdragne aktier eller aktiver ikke ville være blevet overdraget hurtigst muligt efter konkursen. Alle disse omstændigheder er dermed med til at underbygge, at det vil være næsten umuligt for et konkursbo at kræve en virksomhed eller et selskab tilbageleveret.

I forbindelse med tilbagelevering efter konkurslovens § 77 kan det desuden formentlig konkluderes, at den begunstigede ikke kan anfægte, at der er tale om en omstødelig disposition, samtidig med at den begunstigede forbeholder sig retten til tilbagelevering, da der så ikke ville være tale om et forlangende efter konkurslovens § 77.

11. Kan omstødelse undgås på anden vis?

I det ovenstående er det blevet udledt, at det kan være svært at undgå omstødelse af en virksomhedsoverdragelse, hvis overdragelsen er sket til nærstående, og man vil videreføre aktiviteten i et nyt selskab. Det vil som minimum kræve, at man har overdraget til værdien ved going concern. På trods af man har overdraget til værdien ved going concern, på baggrund af de værdiansættelser man har fået udarbejdet, så er det imidlertid ikke givet, at der ikke vil kunne ske omstødelse alligevel. Dette skyldes blandt andet den store betydning af syn og skøn i retssager. Derfor kan det diskuteres, hvorvidt der kan foretages alternative manøvre, som kan benyttes til at undgå risikoen for omstødelse, så der kan overdrages til en lavere værdi end ved going concern.

11.1 Rekonstruktion

En mulighed for at undgå omstødelse vil være at gennemføre en virksomhedsoverdragelse i en rekonstruktion. En virksomhedsoverdragelse, der gennemføres på grundlag af et stadfæstet rekonstruktionsforslag, kan ikke omstødes, jf. konkurslovens § 14 c, stk. 1. Udelukkelse af omstødelse

gælder både i tilfælde af en senere konkurs, en senere ny rekonstruktionsbehandling og en senere gældssanering.²⁰⁰

Ophæves rekonstruktionen efter konkurslovens § 14 e, vil virksomhedsoverdragelsen imidlertid kunne omstødes, hvis betingelserne i konkurslovens § 64-80 er opfyldt.²⁰¹

Det følger af konkurslovens § 14 e, at en rekonstruktion kan ophæves, hvis skyldneren med hensyn til rekonstruktionen har gjort sig skyldig i svigagtige forhold, hvis skyldneres eller andre med skyldnerens vidende forud for rekonstruktionens stadfæstelse hemmeligt har indrømmet nogen fordringshaver fordele frem for de øvrige fordringshavere, eller hvis skyldneren groft har tilsidesat sine pligter ifølge rekonstruktionen.

Det kan herefter konkluderes, at udover de ovenstående undtagelser så vil en virksomhedsoverdragelse gennem rekonstruktion udelukke potentielle omstødelseskrav.

Det følger af de almindelige bemærkninger i LFF 2010-03-26 nr. 199 Ændring af konkursloven og forskellige andre love (Rekonstruktion m.v.), at formålet med rekonstruktionsreglerne er at forbedre mulighederne for, at virksomheder, der har økonomiske vanskeligheder, kan videreføres i stedet for at blive erklæret konkurs. På trods af at formålet med rekonstruktionsreglerne er at lette gennemførelsen af virksomhedsoverdragelser, vil der ofte være en tidsmæssig udfordring, som er begrundet i de lovbestemte frister, der følger af reglerne om rekonstruktion.²⁰² Herudover vil et nødlidende selskab stort set aldrig have de fornødne likvide midler, som det kræves for at en rekonstruktion kan gennemføres.²⁰³

Det kan herefter konkluderes, at på trods af rekonstruktionsreglernes formål, så er reglerne ofte ikke optimale for insolvente selskaber, der ønsker at gennemføre en virksomhedsoverdragelse. Dette medfører, at reglerne sjældent bliver anvendt.

11.2 Lade selskabet gå konkurs

En mulighed for at undgå omstødelse ville være at lade selskabet gå konkurs og derefter lade kurator overdrage aktiverne i det nu konkursramte selskab til et nyoprettet selskab. Umiddelbart ville denne løsning være smart, da man dermed har mulighed for at overdrage det nu konkursramte selskab til

²⁰⁰ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Konkursloven med kommentarer (2018), s. 298ff.

²⁰¹ Heiberg, Henry, Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Rekonstruktionsret (2018), s. 111

²⁰² Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder (2019), s. 603

²⁰³ Ibid., s. 595

realisationsværdi og undgå omstødelse af værdiforskellen, da den reelle værdi ikke vil være højere end realisationsværdien, da selskabet rent faktisk skal tvangsrealiseres.

Konstruktionen er afprøvet i retspraksis i Retten i Esbjergs dom nr. BS 9-1636/2012 afsagt d. 23. august 2013 (campingdommen) omhandlende et caravan centers konkurs.

I afgørelsen henvendte selskabet sig til et advokatfirma, efter SKAT havde varslet en betydelig forhøjelse af selskabets momstilsvær. Selskabet blev derefter på baggrund af en egenbegæring erklæret konkurs, og en advokat fra advokatkontoret blev udpeget som kurator. En anden advokat fra det samme advokatkontor havde kort tid før indgivelsen af egenbegæringen sørget for, at selskabet skiftede navn, samt at et nyt selskab blev stiftet med det gamle selskabs navn. Hele virksomhedsoverdragelsesprocessen var således planlagt i forvejen.

To uger efter konkursen overdrog kurator virksomheden til det nyoprettede selskab, og købesummen blev fastsat til realisationsværdien. Kurator blev imidlertid kort tid efter afsat, og der blev udpeget en ny kurator, som på baggrund af virksomhedsoverdragelsen valgte at føre en erstatningssag mod den tidligere kurator. I erstatningssagen gjorde den nye kurator gældende, at aktiverne skulle have været overdraget til værdien ved going concern.

Byretten fandt herefter, at det var op til den tidligere kurator at godtgøre, at virksomhedsoverdragelsen var sket til den bedst mulige pris, hvilket byretten ikke fandt godtgjort. Byretten fandt herefter, at den tidligere kurator var erstatningsansvarlig for boets tab.

Manøvren med at lade selskabet gå konkurs kan dermed benyttes til at undgå omstødelse, men det vil derimod formentlig medføre et ansvar for de parter, som har været med til at tilrettelægge manøvren, hvorfor denne ikke er anbefalelsesværdig.

12. Litteraturliste

11.1 Artikler

- Planthin, Morten og Saugmandsgaard Øe, Jesper: SREV2012.1.6, Hvordan undgår SKAT at stå tilbage med aben, Rådgiveransvar ved insolvente kapitalselskabers virksomhedsoverdragelser, Skatterevisoren
- Højlund Christensen, Lasse: ET.2015.193, U 2015.2219 H - og lidt om insolvente virksomhedsoverdragelser, Erhvervsjuridisk Tidsskrift
- Vendelbo, Niels, Knudsen, Mikkel Trabjerg og Harrit, Anette: Værdiansættelse I REKONSTRUKTION: RR.3.2020.16, Værdiansættelse i rekonstruktion, Revision og Regnskab

11.2 Domme

- U 1988.1059 H
- U 2005.2235 H (Bagsværd Autohus)
- FM 2008-159 V
- U 2009.1796 H
- U 2010.1733 V
- U 2011.963 H (Abtek)
- Esbjergs dom nr. BS 9-1636/2012 afsagt d. 23. august 2013 (Campingdommen)
- U 2014.3140 Ø
- U2015.2219 H (FC Nordsjælland)
- Østre Landsrets Dom Afsagt den 28. marts 2017, B-448-16

- U.2018.1985 (Fiskbæk)
- U 2019.3119 V

11.3 Litteratur

- Alfred Borum, Oskar, Von Eyben, W.E., Graff, Axel: Retsplejeloven gennem 50 år, Juristforbundet, 1969
- Paulsen, Jens: Insolvensret – konkurs, 1. udgave, Thomson Reuters, 2010
- Lindenchrone Petersen, Lars og Kuld Hansen, Torben: Insolvensprocesret, 3. udgave, Karnov Group, 2014
- Tvarnø, Christina D og Nielsen, Ruth: Retskilder & Retsteorier, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014
- Vestergaard Andersen, Per: Værdiansættelse af virksomheder og aktier, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundet 2017
- Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2018
- Ørgaard, Anders: Konkursret, 12. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, 2018
- Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Konkursloven med kommentarer, 14. udgave, Karnov Group, 2018
- Heiberg, Henry, Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Rekonstruktionsret, 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, 2018
- Hansen, Egholm Johannus og Lundgren, Christian: Køb og Salg af Virksomheder, 6. udgave, DJØF, 2019
- Werlauff, Erik: Selskabsret, 11. udgave, Karnov Group, 2019

- Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, 2020
- Rammeskow, Ulrik, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer: Konkurs, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundet, 2020

11.4 Lovgivning

- L 1936-04-07 nr. 112 Ændringer i og Tilføjelser til Lov om Rettens Pleje af 11. april 1916.
- KBET 1971, nr. 606, Konkurs og tvangsakkord: betænkning II afgivet af det af justitsministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg
- LFF 1977-03-03 nr. 25, Forslag til Konkurslov
- Lovbekendtgørelse 2002-08-20 nr. 710 om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse (Virksomhedsoverdragelsesloven)
- Lovbekendtgørelse 2014-01-06 nr. 11, Konkurslov
- LFF 2017-03-29 nr. 179, Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægtefælleskifte m.v. og forskellige andre love
- Lovbekendtgørelse 2019-07-23 nr. 763 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven)
- Lovbekendtgørelse 2019-08-08 nr. 838, Årsregnskabsloven

13. Bilag

13.1 Bilag 1 - Skærmpoint med antal anslag inkl. mellemrum

Antal anslag i ordoptællingen omfatter al brødtekst, undtagen forside, fodnoter, abstract, indholdsfortegnelse og litteraturfortegnelse samt bilag.

Ordoptælling		?	×
Statistik:			
Sider		70	
Ord		24.199	
Tegn (uden mellemrum)		143.136	
Tegn (med mellemrum)		166.973	
Afsnit		460	
Linjer		1.994	
☐ Medtag tekstfelter, fodnoter og slutnoter			
		Luk	

13.2 Bilag 2 - Samarbejdsaftale

SAMARBEJDSAFTALE

Mellem parterne:

Frederik Rubæk
Rendsburggade 10c, 6, 6
Aalborg 9000
rubæk94@live.dk
+4526124561

Anders Gylling Kronborg
Møllevangs Allé 157A, st. 1
Aarhus 8200
and3rs94@gmail.com
+4560939487

er der d.d. indgået en aftale om samarbejde på de i denne aftale nærmere angivne vilkår (herefter "Aftalen").

1. MÅLSÆTNING

1.1 Målsætning for specialet

Det er gruppemedlemmernes ønske og ambition at opnå omfattende viden på området for omstødelse af virksomhedsoverdragelser, da dette kan hjælpe gruppemedlemmerne i det fremtidige arbejdsliv. Gruppemedlemmerne har ikke opstillet et succeskriterie på baggrund af en bestemt karakter, men gruppemedlemmerne ønsker derimod at udarbejde det bedst mulige produkt under omstændighederne, hvilket dermed uundgåeligt vil medføre, at der håbes på en topkarakter.

1.2 Målsætning for samarbejdet

Det er gruppemedlemmernes ønske at blive bedre til at samarbejde, hvilket er en eftertragtet kvalifikation på arbejdsmarkedet. Igennem studiet har der ikke været meget gruppearbejde, hvorfor vi ved udarbejdelsen af specialet vil fokusere på et godt samarbejde. Derudover ønsker vi at udvikle vores skriftlige kompetencer ved udveksling af erfaringer og skrivestile.

2. TID, RESSOURCER OG KVALITET

Det er i gruppemedlemmernes interesse at komme i gang med specialet så tidligt som overhovedet muligt. Ved at få påbegyndt udarbejdelsen af specialet tidligt, så er der efter gruppemedlemmernes opfattelse større mulighed for at opnå et speciale af høj kvalitet. Gruppemedlemmerne vil derudover forvente af hinanden, at der afsættes den nødvendige tid til udarbejdelse af specialet. Gruppemedlemmerne vil løbende opsætte delmål og dertil hørende deadlines, som selvfølgelig skal overholdes af gruppemedlemmerne.

3. HUMAN RESSOURCES

Gruppemedlemmerne kender hinanden ud fra tidligere samarbejde, hvorfor gruppemedlemmerne allerede kender hinandens styrker og svagheder. Gruppemedlemmerne vil ud fra dette kendskab opnå det mest optimale samarbejde med specialet. Der skal bruges begrænset tid på social snak,

når der er fysiske møder. Mere konkret vil gruppemedlemmerne hver især udarbejde udkast til afsnit i specialet og derefter skrive det endelige afsnit sammen, således der kommer en rød tråd og ensartethed igennem specialet.

4. KOMMUNIKATION

Gruppemedlemmerne finder det ikke nødvendigt at have regler for kommunikation eller lignende i gruppen, eftersom gruppemedlemmerne allerede kender hinanden rigtig godt. Dermed mener gruppemedlemmerne, at dette kendskab vil være tilstrækkeligt til at imødegå eventuelle kommunikationsvanskeligheder. Desuden er det ikke nødvendigt med regler angående kommunikation, da gruppen alene består af to gruppemedlemmer.

Gruppemedlemmerne har besluttet, at der anvendes Microsoft Teams til at kommunikere, når gruppemedlemmerne ikke kan mødes fysisk.

5. RISIKOSTYRING

Gruppens eneste potentielle forhindring er, at gruppemedlemmerne bor forholdsvis langt væk fra hinanden i specialeperioden. Gruppemedlemmerne vil løse langdistance vanskelighederne, ved at arbejde selvstændigt hver for sig og kommunikere sammen over digitale medier. Herudover, har begge relativ meget tid til rådighed i specialeperioden, hvorfor gruppemedlemmerne vil holde alle de fysiske møder, som det kræver for specialet at leve op til forventningerne.

6. SAMLET PLANLÆGNING

Som tidligere nævnt vil gruppen opstille delmål og deadlines for udarbejdelsen af specialet.

Der vil ikke blive opstillet en overordnet tidsplan for hele specialet, da gruppemedlemmerne anser udarbejdelsen af specialet som en dynamisk proces, der ikke kan forudsiges på forhånd.

PARTERNES UNDERSKRIFTER

Aalborg, den 5. februar 2020

Anders Gylling Kronborg

Frederik Rubæk

13.3 Bilag 3 - Procesafsnit

PROCESAFSNIT

- for gruppen Anders Gylling Kronborg og Frederik Rubæk

1. MÅLSÆTNING

1.1 Målsætning for specialet

Det er vores egen opfattelse, at vi har opnået en dybdegående viden om omstødelse af virksomhedsoverdragelser, hvilket formentlig vil være en viden, som vi kan anvende i vores fremtidige arbejdsliv. Derudover er vi tilfredse med vores speciale, og vi synes, at vi har givet et kvalificeret svar på den opstillede problemformulering.

1.2 Målsætning for samarbejdet

Det er vores overbevisning, at vi har forbedret vores samarbejdsevner og vores skriftlige kompetencer.

2. TID, RESSOURCER OG KVALITET

Vi er enige om, at vi begge har leveret den påkrævede tid og været fleksible i processen. Hertil brugte vi en del tid i sommerhus, hvor vi havde bedre mulighed for at diskutere de relevante problemstillinger. Vi er derfor enige om, at vi har anvendt den nødvendige tid til opnåelse af det ønskede resultat.

3. HUMAN RESSOURCES

Som tidligere angivet i samarbejdsaftalen, havde vi ambitioner om at arbejde effektivt, når vi mødtes fysisk. Det har imidlertid ikke været muligt at mødes så mange gange, som vi har ønsket, grundet COVID-19 situationen i Danmark. Vi er imidlertid enige om, at vi har arbejdet effektivt og uforstyrret, de få gange vi har mødtes under specialeperioden. Her henvises især til vores tid i sommerhus.

Det har i forbindelse med arbejdet været en fordel, at vi begge har selvdisciplin, hvorfor arbejdet netop har været effektivt, og der ikke har været problemer med at nå delmål og deadlines. Endvidere har det været en fordel, at vi begge lægger meget vægt på ærlighed og finder dette som værende en styrke, hvilket har resulteret i, at vi under hele processen har haft vished om hinandens syn på det samlede speciale.

4. KOMMUNIKATION

Som forudsat har kommunikationen fungeret upåklageligt, hvorfor der har ikke været behov for svære samtaler undervejs. Brugen af Microsoft Teams har været mere omfattende end først antaget grundet COVID-19 situationen i Danmark. Hertil har alle vores interne møder samt vejledermøder

foregået over Microsoft Teams. Den omfattende brug af Microsoft Teams har snarere vist sig som en fordel end en ulempe, eftersom fildelingsfunktionen har været en stor hjælp ved udarbejdelsen af specialet. Derudover har vejledermøderne fungeret rigtig godt over Microsoft Teams.

5. RISIKOSTYRING

Vi kender efterhånden hinandens svagheder og styrker rigtig godt, da vi har arbejdet en del sammen på studiet. Dette kendskab har været det bedste redskab til at forebygge eventuelle problemer undervejs.

Vores største vanskelighed, som også nævnt i samarbejdsaftalen, er, at vi bor forholdsvis langt fra hinanden, hvilket ikke er blevet nemmere grundet situationen med COVID-19 i Danmark. Vi har efterkommet disse vanskeligheder ved at mødes og skrive i sommerhus og holde møder over Microsoft Teams, hvilket har forebygget de potentielle forhindringer optimalt.

6. SAMLET PLANLÆGNING

Som nævnt under samarbejdsaftalens punkt 6 så ville vi opsætte delmål og deadlines løbende i stedet for at udarbejde en omfattende arbejdsplan fra start af. Dette er begrundet i, at vi anser udarbejdelsen som værende en dynamisk proces. Denne tilgang har været yderst effektiv, da vi under udarbejdelsen af specialet har opdaget afsnit og problemstillinger, som vi ikke havde gennemskuet fra start af. Her har den dynamiske proces hjulpet til, at vi har kunnet imødegå disse nye problemstillinger med åbne arme og løftet pande, da dette ikke fik en omfattende arbejdsplan til at blive ødelagt.

13.4 Bilag 4 - Byrettens afgørelse afsagt den 9. februar 2016, nr. BS 10C-2653/2013 og Østre Landsrets afgørelse afsagt den 28. marts 2017 (anonymiseret)

Retten i Glostrup

Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 9. februar 2016 i sag nr. BS 10C-2653/2013:

A/S 2011(tidligere D A/S) under konkurs
v/kurator advokat Boris Frederiksen
Vester Farimagsgade 23
1606 København V

mod

R ApS
X-vej

og

H ApS
X-vej

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen vedrører omstødelseskrav ud af konkursboet, A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs, mod de to nærtstående selskaber R ApS og H ApS i medfør af konkurslovens §§ 64, 67 og 74 og et krav om tilbagebetaling af afholdte udgifter.

Sagsøgeren, A/S 2011 – tidligere D A/S (herefter D) – under konkurs (herefter konkursboet), har nedlagt påstand om, at

1. R ApS tilpligtes til A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs at betale kr. 2.605.822,81,- med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter rettens skøn.
2. H ApS tilpligtes til A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs at betale kr. 2.358.250,- med tillæg af procesrente fra sagens anlæg til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter rettens skøn.
3. Den hos H ApS pr. 8. august 2013 foretagne arrest i ejendommen beliggende X-vej, til sikkerhed for A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs' omstødelseskrav omfattet af nærværende sag, er lovligt foretaget og forfulgt, og stadfæstes.

De sagsøgte R ApS (herefter R) har nedlagt påstand om frifindelse.

De sagsøgte H ApS (herefter H) har nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et beløb på maksimalt 1.200.000,00 kr. efter rettens skøn.

De sagsøgte H har taget bekræftende til genmæle for så vidt angår arrestens lovlighed (påstand 3).

Parterne er enige om, at den muligt omstødelige gave/formuefordel ad påstand 1 ikke kan kræves tillagt moms, idet købesummen ved en fuldstændig virksomhedsoverdragelse i henhold til momslovens § 8 ikke tillægges moms.

Konkursboet har på denne baggrund reduceret sit krav fra oprindeligt 3.157.742,50 kr. inkl. moms til 2.526.194 kr. ekskl. moms tillagt afholdte omkostninger.

Der er enighed mellem parterne om, at der kan ske fradrag i købesummen med kr. 107.920,17 svarende til lønmodtagerforpligtelser for perioden indtil overdragelsen, og konkursboet har taget højde herfor i den nedlagte påstand 1.

Oplysningerne i sagen

Denne dom indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218 a, stk. 2.

Vedrørende D

Selskabet, D (nu A/S 2011 under konkurs), blev stiftet den 20. juni 1991 af de tre selskaber X ApS, EH A/S og Y ApS.

Af fuldstændig rapport fra Erhvervsstyrelsen (bilag 6) fremgår, at D's formål var at drive fabrikation, handel og servicevirksomhed samt anden efter bestyrelsens skøn dermed beslægtet virksomhed.

Den 2. januar 2003 blev den samlede aktiekapital i D overdraget til det engelske selskab S Ltd., som frem til konkursen var den umiddelbare ejer af selskabet. S Ltd. ejes ifølge de af selskabet afgivne oplysninger af A, der således er den ultimative ejer af D.

Den 13. august 2012 blev D taget under konkursbehandling af Sø- og Handelsrettens skifteafdeling, og advokat Boris Frederiksen blev udpeget som kurator i konkursboet. Dekretet blev afsagt på baggrund af en af SKAT den 4. juli 2012 indgivet konkursbegæring til Sø- og Handelsrettens skifteafdeling. Den 5. juli 2012 er således fristdag i konkursboet.

Konkursbegæringen var begrundet i en restance til SKAT, som bestod af krav rejst mod selskabet for efterbetaling af told og afgifter vedrørende import af ståltøve fra Kina i perioden fra den 1. januar 2002 til den 30. april 2006.

SKAT havde ved afgørelser af 31. januar 2006, 6. juni 2006, 5. oktober 2006 og 16. april 2008 rejst krav over for selskabet vedrørende efterbetaling af told og afgifter for import af ståltøve.

Den 13. juli 2009 stadfæstede Landsskatteretten delvis SKATs afgørelser. Selskabet indbragte herefter sagen for domstolene, hvor sagen blev henvist til Østre Landsret.

Ved Østre Landsrets dom af 27. juni 2012 blev SKAT frifundet, og selskabet blev dømt til at efterbetale skyldig told og afgifter med i alt 10.372.028 kr. samt sagsomkostninger på 450.000 kr. til SKAT. I forlængelse heraf meddelte selskabet i fax af 3. juli 2012 til SKAT, at selskabet ikke ville anke dommen, samt at det ikke evnede at opfylde dommen.

På konkurs tidspunktet var der alene to væsentlige kreditorer i konkursboet, SKAT og selskabet H (tidligere EH A/S). SKATs krav udgør mere end 80 % af de samlede anmeldte krav i henhold til konkurslovens § 97.

D's direktion bestod på tidspunktet for konkursdekretets afsigelse af A, der var administrerende direktør i perioden fra den 5. maj 2008 til den 13. august 2012.

Bestyrelsen i D bestod på dekret tidspunktet af B (formand), F og A. De sad alle tre i bestyrelsen frem til, at der blev afsagt konkursdekret den 13. august 2012.

Af D's årsrapporter for 2007 (bilag 8), 2008 (bilag 9) og 2009 (bilag 10) fremgår, at selskabets revisor, G, under punktet "supplerende oplysninger" gør opmærksom på oplysningerne i ledelsesberetningen, hvori ledelsen redegør for væsentlig usikkerhed om selskabets evne til at fortsætte driften. Usikkerheden henføres til, at der af SKAT er rejst krav om efterbetaling af toldafgifter og renter på i alt 12,8 mio. kr., hvorefter hele selskabets kapital er tabt. Revisor anfører, at ledelsen bedømmer, at det vil være muligt at få tilført ny selskabskapital kombineret med en delvis eftergivelse af nuværende gæld, og at forhandlingerne herom pågår fortsat, hvorfor resultatet af driften er uvist.

I revisionsprotokollat til årsrapport for 2009 er anført et supplerende punkt 13, hvori revisor advarer mod risikoen for, at der ved fortsat drift i selskabet sker en forringelse af kreditorernes stilling, og at ledelsen i den forbindelse potentielt kan ifalde et ansvar.

Af den uafhængige revisors påtegning på årsrapporten for 2010 (bilag 12) og årsrapporten for 2011 (bilag 3) fremgår bl.a.:

"Forbehold

Årsrapporten er aflagt under forudsætning om fortsat drift. Som det fremgår af afsnittet "Udvikling i året" i ledelsesberetningen, er det en forudsætning for selskabet, at der findes en samlet løsning på selskabets finansiering samt det fremsatte krav fra SKAT. Selskabets ledelse undersøger fortsat mulighederne for en samlet løsning. Selskabet har ikke været i stand til at fremlægge dokumentation for finansiering af den fortsatte drift. Vi tager derfor forbehold for, at årsrapporten er aflagt under forudsætning af fortsat drift. Årsrapporten burde være aflagt efter realisationsprincippet,

hvilket efter vores skøn ville reducere resultat og egenkapital væsentligt.

Det er derfor vores opfattelse, at generalforsamlingen ikke bør godkende årsrapporten.

Konklusion

"Det er vores opfattelse, at årsregnskabet, som følge af det i forbeholdet anførte, ikke giver et retvisende billede af selskabets aktiver, passiver og finansielle stilling pr. 31. december 2010 [henholdsvis 2011] samt af resultatet af selskabets aktiviteter for regnskabsåret 1. januar - 31. december 2010 [henholdsvis 2011] i overensstemmelse med årsregnskabsloven."

I revisionsprotokollat til årsrapporten for 2010 og årsrapporten for 2011 fremgår følgende af henholdsvis punkt 13 og punkt 11 i protokollatet:

"Vi har over for ledelsen påpeget risikoen for, at der ved fortsat drift i selskabet sker en yderligere forringelse af kreditorernes stilling. Dette kan medføre et ansvar for direktionen og bestyrelse. Vi har noteret os, at selskabets negative egenkapital i al væsentlighed er finansieret med gæld til SKAT og H ApS."

Af årsrapporten fra 2010 fremgår, at årets resultat var 726.690 kr., at selskabets aktiver blev opgjort til 7.370.092 kr., at de samlede gældsforpligtelser var på i alt 18.169.609 kr., og at selskabets egenkapital var negativ med 10.799.517 kr.

Af årsrapporten fra 2011 fremgår, at årets resultat var negativt med 3.741.791 kr., at selskabets eneste tilbageværende aktiver (efter virksomhedsoverdragelsen) var omsætningsaktiver til en værdi af 322.393 kr., og at selskabets egenkapital var negativ med 14.541.308 kr.

Den 1. juli 2011 blev D's aktiver overdraget til det koncernforbundne søsterselskab, R.

R blev stiftet den 21. maj 2010 af A. Det er mellem parterne enighed om, at D og R er nærtstående i konkurslovens forstand.

Prisfastsættelsen på aktiverne i D af posterne "varelager" og "anlægsaktiver" skete med udgangspunkt i en forud for salget udarbejdet ekstern vurderingsrapport fra SFT Group af 2. juni 2011 (bilag 21). Værdiansættelsen af varelageret og anlægsaktiverne ved overdragelsen den 1. juli 2011 skete i overensstemmelse med den af SFT Group fastsatte værdi af aktiverne ved "målrettet salg" (vurdering 2).

Beslutningen om at gennemføre en virksomhedsoverdragelse og prisfastsættelsen af aktiverne blev truffet på et bestyrelsesmøde i D den 9. juni 2011.

Af referatet fremgår bl.a.:

” ...

Ad A)

En fortsat drift er efter revisionens (Q) anmærkning til årsrapporten og den langsomme sagbehandling i retterne ikke en farbar fremtidig vej, idet den månedlige høje rentetilskrivning på den påståede toldskyld nu overstiger den månedlige indtjeningsevne i selskabet. – I den forbindelse har bestyrelsen derfor overfor SKAT anmodet om en fritagelse for renteberegning/-betaling på den påståede toldskyld. – Men D a/s har – (som sædvanlig) – intet hørt fra SKAT, - ej heller om den påståede toldskylds formentlige størrelse.

...

Ad C)

Den sidste aktuelle mulighed p.t. er ”værdi ved tvangssalg” (konkurs). I en sådan situation værdiansættes selskabets aktiver igen ekskl. Debitorer til DKK 1.131.238,-.

...

Da det således ad ingen vej er lykkedes for D A/S, selskabets revision eller advokat at få et operationelt svar fra SKAT, må selskabets direktion og bestyrelse ud fra en økonomisk logisk tankegang konkludere, at der at sælge D A/S's aktiver ved et målrettet salg er det bedste udkomme for såvel SKAT som D A/S. – ”Dette blev derfor vedtaget af bestyrelsen og støttet af den samlede aktiekapital”

...”

Ved overdragelsen blev der betalt for varelager, ordrebeholdning og anlægsaktiver. Aktiviteten fortsatte efter overdragelsen fra samme adresse, med samme produktionsmateriel, med samme kundeportefølje og med samme personale.

D afholdt visse omkostninger, der var knyttet til den overdragne aktivitet, efter at overdragelsen havde fundet sted.

Af den interne posteringsjournal for selskabets huslejekonto (bilag 27) fremgår således, at D betalte husleje for lejemålet beliggende X-vej, frem til december 2011.

Af den interne posteringsjournal for selskabets udgiftsafholdelse i Frankrig i 2011 (bilag 28) fremgår, at D afholdt udgifter på i alt 968.007,46 kr. i perioden fra den 1. juli 2011 til den 31. december 2011, mens der i samme periode blev krediteret 112.500 kr. D afholdt således samlet nettoomkostninger til driften i Frankrig med i alt 855.507,46 kr. fra den 1. juli 2011 til den 31. december 2011.

Af den interne posteringsjournal for 2012 for selskabets udgiftsafholdelse i Frankrig (bilag 29) fremgår, at der i perioden fra 1. januar 2012 til den 30. august 2012 blev afholdt i alt 362.827,65 kr.

Der er endelig fremlagt mails af 4. september 2015 fra advokat U og svarmails af 4. september og 1. oktober 2015 fra henholdsvis K1 A/S, K3 A/S og K2 A/S vedrørende de pågældende virksomheders eventuelle ønske om køb af aktiver fra D i 2011.

Vedrørende H

Selskabet H er ifølge det oplyste 100 % ejet af B. H ejer ejendommen beliggende X-vej, som D drev virksomhed fra, og var således selskabets udlejer.

Af fuldstændig rapport fra Erhvervsstyrelsen (bilag 30) fremgår, at H's formål er at foretage investering i fast ejendom, aktier, obligationer og andre værdipapirer, samt anden efter direktionens skøn i forbindelse hermed stående virksomhed.

Af D's posteringsmateriale og de af selskabet afgivne årsrapporter fremgår, at H fungerede som kreditfacilitet for D. Baggrunden herfor var efter det oplyste, at D ikke kunne opnå kreditfaciliteter andre steder end ved de nærtstående selskaber grundet det betydelige bestridte skattekrav.

Af supplerende aftale af 30. maj 2003 omkring afvikling af koncernmellemværende og kautionsforpligtelse mellem D og H (tidligere EH A/S) fremgår bl.a., at der mellem parterne er aftalt, at D årligt afvikler parternes mellemværende med en betaling på 600.000 kr., der betales senest den 15. december hvert år, første gang den 15. december 2003 og herefter en gang årligt, indtil mellemværendet i det hele er afviklet.

Af de af D afgivne årsrapporter fra 2005-2011 og selskabets interne bogføringsmateriale fremgår følgende udvikling af mellemregningen med H:

	<u>Gæld i alt</u>	<u>Langfristet gæld</u>	<u>Kortfristet gæld</u>
31.12.2005:	kr. 4.255.453	kr. 600.000	kr. 4.855.453
31.12.2006:	kr. 6.944.410	kr. 600.000	kr. 7.544.410
31.12.2007:	kr. 6.881.362	kr. 600.000	kr. 7.481.362
31.12.2008:	kr. 4.645.241	kr. 600.000	kr. 5.245.241
31.12.2009:	kr. 4.951.778	kr. 600.000	kr. 5.551.778
31.12.2010:	kr. 2.567.789	kr. 600.000	kr. 3.167.789
31.12.2011:	kr. 1.626.656	kr. 600.000	kr. 2.226.656

En graf, der illustrerer udviklingen i det økonomiske mellemværende mellem H og D, er fremlagt som bilag 34.

Den 30. juni 2011 blev der overført 2.358.250 kr. fra D til H. Beløbet på svarer til købesummen fra R i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen, som blev overført til D den 20. juni 2011.

Den 1. august 2013 indgav konkursboet arrestbegæring til Fogedretten i Glostrup med anmodning om, at der blev foretaget arrest i den af H tilhørende faste ejendom matr.nr. 0023a, X-vej for et beløb på

2.358.250 kr. med tillæg af omkostninger ved arrestens foretagelse og videre forfølgelse på kr. 400.000 (bilag 35). Arrestforretningen blev fremmet den 8. august 2013

Østre Landsret stadfæstede den 2. oktober 2013 den foretagne arrest.

Forklaringer

A har forklaret blandt andet, at han er uddannet flyveleder og har taget en HNC (higher national certificate) og HND (higher national diploma) i forretningsførelse i England. Han har arbejdet i D UK fra 1998, hvorefter han blev oplært i ledelse af sin far. D importerede stål, reb og tov fra Asien og videre-solgte dette i Europa. Han har boet i England siden 1998. Han var i Danmark ca. en gang om måneden. Langdistanceledelse var imidlertid svært, og det havde en negativ effekt på resultatet af driften i Danmark.

Bestyrelsesmødet den 9. juni 2011 var et vigtigt møde, fordi der var taget forbehold for værdiansættelsen i årsrapporten ved "going concern". Virksomheden var altså ikke det værd, som der stod. De drøftede, om selskabet skulle gå konkurs, fordi de hverken kunne betale gæld til skat eller til H. En konkurs var efter hans opfattelse nærliggende. H havde stillet sikkerhed på cirka 4 mio. kr., men de kunne ikke forvente, at H ville blive ved med at stille sikkerhed. De drøftede de igangværende forhandlinger med SKAT, herunder akkordforslaget fra 2010, der var blevet afvist af SKAT. Det næste akkordforslag fra februar 2011 blev også afvist. SKAT ville kun gå med til et forlig, hvis de hævdede sagen. De følte, at SKAT slet ikke var til at tale med. Der var ingen dialog. De drøftede salg af aktiviteterne til 3. mand, men de vidste fra deres konkurrenter, at det også gik dem dårligt, så de opfattede ikke et sådant salg som realistisk. Et aktiesalg ville være helt umuligt, og der var ingen, der havde den økonomiske mulighed for at købe D som "going concern". Finanskrisen gjorde, at der var meget lav aktivitet i branchen. De mente derfor ikke, at det var værd at rette henvendelse til andre om salg. De synes, at det var formålsløst at tale med SKAT om virksomhedsoverdragelsen på dette tidspunkt, da SKAT hele tiden havde været helt afvisende. Det var på den baggrund hans vurdering, at det eneste alternativ til konkurs var at sælge som et "målrettet salg". Efter overdragelsen 1. juli 2011 var der udgifter til opsagte medarbejdere og lejemål, der skulle afvikles i Frankrig, men der var ingen decideret drift i D som sådan. Debitorerne blev ikke købt af R.

De tog ikke højde i driften af D for det af SKAT rejste krav, og de valgte ikke at søge særskilt rådgivning herom. Når de godkendte årsrapporter trods revisorpåtegning og forbehold, var det for at kunne fortsætte med retssagen, for de mente jo, at de havde ret, og at SKAT havde uret. De valgte at sælge målrettet, fordi revisor i 2011 havde taget forbehold for værdierne i D som "going concern". De overvejede rekonstruktion som konkurs, men han er ikke bekendt med det danske rekonstruktionsinstitut. De havde jo prøvet en form for rekonstruktion via de to akkordforslag. De indkaldte medarbejderne og informerede dem om, at R overtog virksomheden, og at de ville overgå til det nye selskab uden afbræk.

De tænkte ikke ved overdragelsen på at tage højde for SKATs krav, men de penge, de fik fra salget, gik ind i virksomheden. Det er korrekt, at SKATs mulighed for en dækning efter overdragelsen var ret dårlig. Han erindrer ikke, at de gjorde noget anderledes i lyset af, at de var blevet rådgivet om, at de stod til at tabe retssagen om told. Pengene fra overdragelsen gik til at betale af på kassekreditten hos H. Han

tænkte ikke yderligere på, om han derved valgte en af de to kreditorer til på den andens bekostning. Det var helt naturligt at betale af på kassekredit. De valgte ikke realisationsprisen, fordi de synes, at prisen ved ”målrettet salg” var den mest fair pris at betale.

B har forklaret blandt andet, at han er uddannet revisor med HD i regnskab. Han har også været direktør i ØK-koncernen. Han kan bekræfte A's forklaring om D. Efter forbeholdet fra revisor i 2011 var de i en alvorlig situation. Ingen ville købe aktierne. Der kunne i praksis ikke findes købere til aktiverne, dels fordi de andre på markedet ikke havde pengene bl.a. grundet den økonomiske krise og den finansielle situation, ligesom branchen er en nichebranche, og dels fordi deres sortiment var lidt anderledes.

De indhentede nøgletal fra de tre konkurrenter på markedet. De kendte udmærket til forholdene på markedet. Kran havde et andet sortiment med stor fokus på sikkerhed. K3 A/S havde også et andet sortiment med fokus på den norske off shore-virksomhed med meget store dimensioner. Så store dimensioner havde D ikke. De tre firmaer, de indhentede nøgletal for, var de tre eneste teoretisk mulige købere. Situationen i D var katastrofal på grund af den store gæld til SKAT og H. Når man så på driften, ville de ikke kunne indtjene det nødvendige til at dække deres gæld.

Han troede på, at de ville vinde toldsagen mod SKAT. Realisationsværdien skulle derfor umiddelbart anvendes. Det var også revisor, der anbefalede, at realisationspriserne skulle anvendes, og at de derfor ikke skulle skrive under på regnskabet for 2011. Det ville være umuligt at sælge D som going concern. Selv om de havde solgt til going concern-prisen for cirka 4 mio. kr., ville de i øvrigt ikke have kunnet undgå konkurs, fordi de skyldte næsten 20 mio. kr. Den eneste mulighed var derfor at vinde retssagerne. De prøvede at sende akkordforslag til SKAT, men de sagde nej og sagde, at de skulle opgive toldsagen. Han er skuffet over SKATs adfærd.

Når de ikke blot valgte konkursværdien, var det fordi, at de tog et hurtigt salg. Han følte, at det var det rigtige at gøre, og at de på den måde tog mest hensyn til kreditorerne. Danske Bank havde opsagt kreditten flere år tidligere, og H optrådte derfor som bank for D. Havde H ikke optrådt som bank, ville de være lukket. H fungerede som en almindelig kassekredit.

Når hele overdragelsesbeløbet ved overdragelsen til R gik til H med det samme, skyldtes det, at H virkede som en kassekredit, som havde de været en bank. De sendte ikke noget af overdragelsesbeløbet til SKAT, fordi de troede, at de ville vinde retssagen, og derfor var der intet belæg for at indbetale yderligere til SKAT. Efter hans opfattelse var der ikke noget usædvanligt over nedbringelsen af gælden og kassekredit. Revisor G sagde til ham, at han skulle gøre, som han fandt bedst.

Han tænkte ikke på, hvad der ville ske, hvis de tabte retssagen om told, for han var overbevist om, at de til slut ville vinde. De ville gå konkurs, også selv om der ved et salg som going concern ville komme lidt flere penge ind, men det ville være som ”at tisse i bukserne for at holde varmen”. Han tog ikke noget reelt hensyn til SKAT, da han forventede at vinde retssagen. Havde de vundet sagen, skulle de have penge tilbage fra SKAT. Han synes, at de gjorde det, der var fair. De oplyste ikke SKAT om virksomhedsoverdragelsen. SKAT havde hele tiden svaret, at de måtte hæve sagen, hvis de skulle være med til noget. Han kender ikke som sådan til reglerne om rekonstruktion, da han har boet i England i 25 år. Han

havde slet ingen tillid til SKAT. Han fandt det ikke problematisk, at han også var ejer af H, for det var jo bare en kassekredit. De tog ikke højde for, hvad der ville ske, hvis de ville tabe retssagen om told.

Når de valgte ikke at gå konkurs allerede i 2006, skyldes det, at de i alle årene regnede med at vinde sagen mod SKAT. Han kan godt se nu, at de skulle have været gået konkurs allerede på det tidspunkt. Man kan sige, at de tog hensyn til SKAT ved overdragelsen af D ved ikke at vælge realisationsprisen, men et målrettet salg.

C har forklaret blandt andet, at hun har beskæftiget sig med regnskab siden 1980. Hun er nu ansat hos R og var tidligere ansat hos D. De fik ikke at vide, hvorfor der skete en overdragelse, men hun havde naturligvis en viden om det som regnskabsmedarbejder. Der var mere arbejde, men ellers mærkede hun intet ved overdragelsen. Det var hende, der sørgede for overførslen af overdragelsesbeløbet til H. Hun kan ikke huske, hvem der bad hende om det, men det var noget, hun specifikt blev bedt om.

Hun trak penge fra H, når hun skulle bruge penge, men hun trak ikke bare uden videre. Det var som en kassekredit.

G har forklaret blandt andet, at han gennem mange år var revisor for D og andre firmaer i den daværende koncern.

Foreholdt revisorpåtegningen i årsrapporten fra 2011 forklarede han, at selskabets kapitalsituation var med stor negativ egenkapital, så der var ikke den fornødne mulighed for fortsat drift, og man skulle derfor aflægge regnskab efter andre regler og have ansat aktiverne til forventet realisationspris og angivet forventede forpligtelser mv., idet der ellers ikke ville være tale om et retvisende regnskab.

Han skrev punkt 13 i revisionsprotokollatet fra årsrapporten i 2009 om, at der ved fortsat drift ville ske en yderligere forringelse af kreditorernes stilling, og at bestyrelsen risikerede at ifalde et ansvar, som en form for serviceoplysning til ledelsen. Det primære problem var, at så længe man ikke havde en løsning med SKAT, steg renteudgifterne på gælden til SKAT så meget, at der ikke var udsigt til, at man kunne køre videre med driften. Fortsatte man med den almindelige drift, ville der komme yderligere underskud, og dermed ville kreditorerne blive stillet endnu ringere.

Han drøftede den økonomiske situation med B. De drøftede ikke virksomhedsoverdragelsen meget, men han sagde gentagne gange, at det var afgørende at søge advokatbistand i en sådan situation, da de ville skulle lave en aftale med SKAT i forbindelse med overdragelsen, da de ellers risikerede at blive stævnet af SKAT. Han mente, at en advokat skulle tage stilling til, om overdragelsen skulle ske som et ”målrettet salg” eller til realisationspris (vurdering 2 eller 3).

Han kan huske, at han sagde til B, at det var vigtigt, at han valgte en værdi ved overdragelsen, som han havde det godt med. Som revisor arbejder man med 3 typer af påtegninger, hvor grøn er en blank påtegning, gul tilsiger supplerende oplysninger, og rød er en påtegning med forbehold. Hans forbehold i 2011 skyldtes, at værdiansættelsen var forkert. Man skulle bruge realisationsværdier, dvs. enten konkursværdier eller værdier ved en hurtig overdragelse (målrettet salg), hvor man ikke behøver være solvent. Der var ikke tale om ”going concern”. Alternativet til en overdragelse havde været en eftergivelse af gælden

fra SKAT. Kom der ikke flere penge fra H, ville konkursen være kommet på et tidspunkt. Man kunne efter hans opfattelse i situationen godt anvende værdierne ved "målrettet salg" (vurdering 2). Man ville ikke kunne vælge værdien som "going concern."

D har forklaret, at han er ansvarlig for indkøb og salg i firmaet K1 A/S. Foreholdt mail af 4. september 2015 bekræftede vidnet, at K1 ikke var interesseret i at købe varelageret fra D i 2011. Det skyldtes dels, at en købesum på realisationsprisen på ca. 1 mio. kr. var for mange penge for firmaet i juli 2011, og dels at varelageret ikke lå inden for deres normale varesortiment.

E har forklaret, at han er indehaver af firmaet K2 A/S. Foreholdt mails af 4. september og 1. oktober 2015 forklarede vidnet, at K2 i sommeren 2011 hverken kunne eller ville købe noget af D p.g.a. finanskrisen. Branchen var hårdt ramt, fordi de leverede bredt. Deres omsætning blev halveret.

Parternes synspunkter

Parterne har i det væsentlige procederet i overensstemmelse med deres påstandsdokumenter af henholdsvis 21. december og 27. december 2015.

Konkursboet har gjort gældende, at D var insolvent på tidspunktet for de omstridte dispositioner, og at D på intet tidspunkt i perioden fra den 30. juni 2011 og frem til konkursen den 13. august 2012 var i stand til at honorere det betydelige toldkrav rejst af SKAT over for D i 2006 samt 2008. De foretagne kreditorforringende og kreditorforrykkende dispositioner, som har fundet sted i strid med det konkursretlige lighedsprincip, er således foretaget på et tidspunkt, hvor D var insolvent, og hvor selskabet reelt stod foran sit økonomiske sammenbrud, da selskabet ikke var i stand til at honorere SKAT's krav, hvilket selskabets ledelse var eller burde have været bekendt med.

Kravet mod R

Konkursboet har overordnet gjort gældende, at aktivernes værdi ved virksomhedsoverdragelsen skulle fastsættes som værdien ved "going concern" i stedet for værdien ved målrettet salg. Konkursboet har derfor et omstødelseskrav over for R på 2.526.194 kr., idet virksomhedsoverdragelsen skete til underpris, hvilket principalt udgør en gavedisposition, som kan fordres omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2, 2. pkt., subsidiært en utilbørlig begunstigelse af en nærtstående på de andre kreditors bekostning i henhold til konkurslovens § 74.

Der er tale om en gave i konkurslovens forstand, idet den af ledelsen fastsatte underpris ved virksomhedsoverdragelsen er udtryk for en vederlagsfri formuefordel. Ved modtagelsen heraf er R blevet begunstiget på bekostning af D's kreditorer.

For så vidt angår konkurslovens § 74, var A på tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen direktør i både D og R. Ledelsen i R var derved bekendt med, at aktiverne blev købt til underpris, hvorved selskabet på utilbørlig vis blev begunstiget på bekostning af de øvrige kreditorer.

Idet der var tale om overdragelse af en igangværende virksomhed til et nærtstående selskab, skulle værdien af de overtagne aktiver have været fastsat til den værdi, som aktiverne udgjorde ved fortsat drift. Virksomhedsoverdragelsen mellem D og R skete netop med fortsat drift for øje, idet der ved overdragelsen skete en uændret videreførelse af produktionen. Der var således alene tale om en ren formel flytning af aktiviteten fra et selskab til et andet nærtstående selskab. Selskaberne havde sammenfaldende ledelser, og overdragelsen blev gennemført med henblik på at overdrage den sunde aktivitet og efterlade betydelige passiver. Aktiviteten fortsatte uændret fra samme adresse, med samme produktionsmateriel, samme kundeportefølje, samme personale, samme lejemål mv.

Konkursboet har endvidere gjort gældende, at der i særlig grad skal foretages en objektiv vurdering af den fastsatte realisationsværdi, når en virksomhedsoverdragelse sker mellem nærtstående selskaber, og overdrager et insolvent selskab sin igangværende virksomhed til et nærtstående selskab, skal værdiansættelsen ske til den reelle værdi, som aktiverne ville have indbragt ved fortsat drift (going concern), jf. herved Højesterets afgørelser i UfR 2005.2235 H, UfR 2011.963 H og UfR 2015.2219 H.

Konkursboet har bestridt, at konkurs var eneste alternativ til den skete virksomhedsoverdragelse og har gjort gældende, at R ikke har løftet bevisbyrden herfor. Der er tale om en skærpet bevisbyrde, idet der var tale om en overdragelse mellem koncernforbundne parter, hvor der efter overdragelsen skete en uændret videreførelse af virksomheden. Anvendelsen af rekonstruktion var ligeledes et alternativ til den skete overdragelse, hvorved man på forhånd kunne have taget selskabets kreditorer i ed på den påtænkte overdragelse.

Konkursboet har gjort gældende, at det forhold, at D var insolvent på tidspunktet for virksomhedsoverdragelsen, ikke medfører, at værdien af de overtagne aktiver kan fastsættes til værdien ved målrettet salg eller værdien ved tvangssalg, men at værdiansættelsen skal ske til going concern ved en ”søsteroverdragelse” og ikke fastlægges med udgangspunkt i, hvilken værdi aktiverne måtte antages at ville have haft i tilfælde af konkurs, uanset om den gennemførte virksomhedsoverdragelse af samtlige aktiver/aktiviteter måtte indebære en risiko for, at det sælgende selskab ultimativt måtte tages under konkursbehandling. Konkursboet har i den forbindelse særligt fremhævet, at R har bekræftet, at der ikke forud for virksomhedsoverdragelsen blev taget kontakt til andre potentielle købere. Konkursboet har anført, at det de facto ikke er muligt at finde en alternativ køber til aktiver, så længe det er ukendt i markedet eller for omverdenen i øvrigt, at aktiverne ønskes solgt. Af samme grund er det reelt ikke muligt for R at løfte bevisbyrden for, at der ikke fandtes andre mulige købere til virksomheden.

Det af R udarbejdede bilag U indeholder de økonomiske nøgletal for 3 konkurrenter for årene 2009 – 2010. Konkursboet har i den forbindelse gjort gældende, at der er tale om økonomiske oplysninger fra alene tre virksomheder, hvilket ikke løfter bevisbyrden for, at der var dyb krise i hele branchen, og/eller at der ikke fandtes andre virksomheder, som kunne være interesserede i at købe aktiverne. De økonomiske oplysninger fremgår af selskabernes årsrapporter, som dog blot er udtryk for de overordnede økonomiske forhold i selskaberne. Hvorvidt selskaberne reelt havde økonomisk råderum til at opkøbe konkurrenter, kan ikke læses ud af en årsrapport. Tallene viser endvidere intet om, hvorvidt de tre selskaber faktisk kunne være interesserede i at købe aktiverne ud af D. At de tre selskaber på opfordring af R i 2015 har oplyst, at de ikke ville have købt aktiverne i 2011 ændrer ikke herpå.

Den overtagne virksomhed er i øvrigt fortsat i drift, og det må således også af denne grund have formodningen for sig, at man ved den omstridte virksomhedsoverdragelse burde have anvendt going-concern værdier.

Opgørelsen af kravet

Konkursboet har gjort gældende, at omstødelseskravets størrelse må opgøres på grundlag af vurderingsrapporten fra SFT Group af 2. juni 2011, og omstødelseskravet skal således opgøres til forskellen mellem den faktiske salgssum og den af SFT Group fastsatte "going concern"-værdi. R's berigelse udgøres af denne difference, jf. konkurslovens § 75, stk. 1, som selskabet dermed skal fralægge sig.

Den omstødelige gave/formuefordel ved overdragelsen til underpris skal således opgøres til forskellen mellem værdien ved målrettet salg og værdien ved "going concern".

Konkursboet har herefter opgjort sit omstødelseskrav til 6.124.025 kr. (going concern) fratrukket 2.966.282,50 kr. (målrettet salg) = 3.157.742,50 kr. inkl. moms og 2.526.194 kr. ekskl. moms.

Fradrag for sparede omkostninger

Konkursboet har gjort gældende, at der ved den gennemførte virksomhedsoverdragelse den 1. juli 2011 blev anvendt en værdiansættelse af de overtagne aktiver, der var mindre end aktivernes reelle værdi ved et salg som "going concern".

Konkursboet har i forlængelse heraf gjort gældende, at skønnede sparede omkostninger, som muligvis ville være blevet aktualiseret, såfremt konkursboet selv skulle have forestået en virksomhedsoverdragelse, ikke kan danne grundlag for en reduktion i omstødelseskravet i nærværende sag. Det faktiske hændelsesforløb i sagen må lægges til grund, herunder at der har fundet en uanfægtet virksomhedsoverdragelse sted.

Konkursboet har endvidere gjort gældende, at D's potentielle omkostninger i relation til lejemålet, beliggende X-vej, såfremt en going concern-overdragelse ikke havde fundet sted, er uden relevans for sagen. R fortsatte som led i virksomhedsoverdragelsen en uændret produktion fra den samme adresse, hvorfor R nødvendigvis skal afholde omkostningerne knyttet til lejemålet fra overdragelsestidspunktet.

Krav i forbindelse med afholdelsen af udgifter

Konkursboet har gjort gældende, at D har afholdt omkostninger på vegne af R i perioden fra den 1. juli 2011 til den 31. december 2011.

Parterne er enige om, at kravet skal opgøres således, at de af selskabet afholdte huslejeomkostninger efter overdragelsestidspunktet (perioden fra den 1. juli 2011 til den 31. december 2011), i alt 375.097,98, kr., skal nedskrives med 187.549 kr. som følge af en tilsvarende kreditering der er foretaget den 31. december 2011, jf. D's interne posteringsjournal for selskabets huslejekonto (bilag 27).

Konkursboet har i forlængelse heraf gjort gældende principalt, at udgiftsafholdelsen må anses som et lån ydet af D, som kan kræves tilbagebetalt ved påkrav herom, subsidiært at udgiftsafholdelsen udgør en omstødelig gavedisposition i henhold til konkurslovens § 64 eller en omstødelig utilbørlig begunstigelse af en nærtstående på de andre kreditors bekostning efter konkurslovens § 74. Der er ikke ydet nogen modydelse fra R til D.

D's afholdelse af omkostninger, herunder huslejeomkostninger, er at betragte som en vederlagsfri formueforskydning fra D til R, hvorved R er blevet beriget på bekostning af kreditorerne i D.

Udgiftsafholdelsen, der rettelig skulle have været afholdt af R, finder således sted på et tidspunkt, hvor samtlige aktiver og den fulde aktivitet i D er overdraget til R, og hvor D er uden nogen form for drift.

Da gaven i form af udgiftsafholdelsen er fuldbyrdet tidligere end 6 måneder før fristdagen, men senere end to år før fristdagen, finder bestemmelsen i konkurslovens § 64, stk. 2, anvendelse.

Kravet mod H

Konkursboet har til støtte for den nedlagte påstand 2 gjort gældende, at konkursboet har et omstødelseskrav mod H på 2.358.250 kr. principalt efter konkurslovens § 67 og subsidiært efter konkurslovens § 74.

Konkursboet har i den forbindelse gjort gældende, at gældsnedbringelsen på 2.358.250 kr., der blev foretaget den 30. juni 2011, indebar en forrykkende disposition til fordel for det nærtstående selskab H på bekostning af D's øvrige kreditorer.

Konkursboet har endvidere gjort gældende, at betingelserne for omstødelse af betalingen i medfør af bestemmelsen i konkurslovens § 67, stk. 2, jf. stk. 1, er opfyldte. Der er således tale om betaling af gæld, som dels er foretaget før normal betalingstid, og som dels afgørende har forringet D's betalingssevne, og som henset til omstændighederne ikke fremtrådte som ordinær. Betalingen kan endvidere omstødes, da den er foretaget ca. 1 år før fristdagen i konkursboet. D anvendte det ved virksomhedsoverdragelsen indkomne provenu til at indfri H, og der var tale om en enkeltstående betaling, der ikke ses begrundet i det løbende mellemværende med ind- og udbetalinger af driftsmæssig karakter. Det er dermed en ikke-ordinær og ikke-forretningsmæssigt begrundet nedbringelse af et løbende kreditmellemværende, der kan omstødes i medfør af konkurslovens § 67, stk. 1.

Særligt det faktum, at der sker indfrielse med et beløb nøjagtigt svarende til det modtagne provenu i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen, understreger, at der ikke er tale om en sædvanlig nedbringelse af mellemværendet mellem de nærtstående selskaber, ligesom nedbringelsen heller ikke følger den mellem selskaberne indgåede aftale om nedbringelse af mellemværendet.

Der er ved betalingen sket en afgørende forringelse af D's betalingsevne. Den ultimative ejer af H, B, var endvidere bestyrelsesformand i D, hvorfor han havde en væsentlig personlig økonomisk interesse i gældsnedbringelsen over for H.

Konkursboet har gjort gældende, at betingelserne for omstødelse af betalingen i medfør konkurslovens § 74 ligeledes er opfyldt.

H kendte eller burde således have kendt til, at D var insolvent, at der ved betalingen skete en utilbørlig begunstiggelse af H på bekostning af D's øvrige kreditorer, samt at H kendte eller burde have kendt til de omstændigheder, der gjorde gældsnedbringelsen utilbørlig, ligesom en dispositionen er utilbørlig efter konkurslovens § 74, når en kreditor efter omstændighederne må indse, at en betaling vil berøve de øvrige kreditorer en del af deres fyldestgørelse. Ledelsen i et selskab er således ved afviklingen af selskabet forpligtet til også at tage højde for bestridte krav, hvilket ledelsen i D bevidst har undladt. Endvidere har ledelsen i H været bekendt hermed grundet personsammenfaldet i selskabernes ledelser.

H skal herefter fralægge sig sin berigelse og godtgøre boets dets tab, og omstødelseskravet er derfor 2.358.250 kr.

Der ses i øvrigt ikke at være holdepunkter for H's anbringender om, at der i en sag angående spørgsmålet om, hvorvidt en enkeltstående betaling er omstødelig, jf. konkurslovens §§ 67 og 74, kan drages paralleller til nettometoden, som anvendes ved krav rejst efter konkurslovens § 70.

I nærværende sag er der tale om udsving på en mellemregningskonto mellem 2 nærtstående selskaber. De udlån, der tilsyneladende foretages fra H til D i perioden efter virksomhedsoverdragelsen, synes ikke at være forretningsmæssigt begrundet, idet D på dette tidspunkt ikke længere havde nogen drift. Der er således ikke tale om udlån foretaget på sædvanlige markedsmæssige vilkår mellem uafhængige parter, og de pågældende udlån er ikke anvendt til glæde for den samlede kreditormasse. Det er boets opfattelse, at de pågældende udlån reelt er sket i de ultimative kapitalejeres interesse, for at holde sig på god fod med enkelte kreditorer og i øvrigt for at hjælpe R på vej bedst muligt.

Det forhold, at H på frivillig basis har fungeret som D's kreditfacilitet uden sikkerhed for sit udestående, og at der som følge heraf har været udsving i det løbende usikrede mellemværende, ændrer ikke på, at den enkeltstående betaling af 2.358.250 kr. den 30. juni 2011 var en forrykkende disposition til fordel for H på bekostning af D's øvrige kreditorer.

Arrest foretaget i ejendommen beliggende X-vej

Konkursboet har gjort gældende, at den foretagne arrest af 8. august 2013 i H's ejendom beliggende X-vej til sikkerhed for omstødelseskravet på 2.358.250 kr. er lovligt gjort og forfulgt og således skal stadfæstes.

Østre Landsret har den 2. oktober 2013 stadfæstet den af sagsøger den 8. august 2013 foretagne arrest.

Arrestens foretagelse understøttes af, at konkursboet på tidspunktet for arresten endnu ikke kunne foretage udlæg for sit krav, da kravet endnu ikke var forfaldent, ligesom konkursboets mulighed for senere at opnå dækning hos H måtte antages at ville være væsentligt forringet, såfremt der ikke blev foretaget arrest i selskabets faste ejendom, jf. retsplejelovens § 627, nr. 1 og nr. 2. Betingelserne i retsplejelovens kapitel 56 er således opfyldt.

På denne baggrund gøres det derfor gældende, at den af fogedretten i Glostrup foretagne arrest den 8. august 2013 er lovligt foretaget og forfulgt.

R har gjort gældende, at konkurs på overtagelsesdatoen for D var det eneste realistiske alternativ til overdragelsen. Såfremt retten er enig med R heri, skal der ske frifindelse. Dette skal blandt andet ses i sammenhæng med, at hvis konkurs var det eneste alternativ til den skete overdragelse, skal værdiansættelsen ved overdragelsen ske til konkurspriser, jfr. blandt andet U.2010.1733V.

Det er R, der har bevisbyrden for, at det eneste alternativ i forhold til overdragelsen var en konkurs.

R har gjort gældende, at man har løftet sin bevisbyrde.

For det første ville et salg af aktierne i D under ingen omstændigheder være en realistisk option. D havde på overdragelsestidspunktet en negativ egenkapital på minimum ca. 10,8 mio. kr. Alene gæld til SKAT og H udgjorde ca. 13 mio. kr., og ingen ville derfor købe aktierne.

For det andet kan det, på baggrund af D's regnskabsmæssige resultatet op til overdragelsen, lægges til grund, at en tredjemand ikke ville betale noget i goodwill ved en overdragelse. D havde i perioden 2006 – 2011 konstant underskud. Boet har endvidere ikke har rejst krav om goodwill, til trods for at man gentagne gange har varslet et sådant krav, hvilket kun kan skyldes, at boet ikke mener, at der er et krav at rejse.

For det tredje har R gjort gældende, at uanset om de overdragne aktiver var blevet overdraget til going concern værdi, ville dette under ingen omstændigheder kunne have afværget en konkurs, idet selskabet stadigvæk ville have været insolvent og illikvidt i relation til sine kreditorer, og dermed ville selskabet være gået konkurs.

For det fjerde var der ikke køberemner i juli 2011 hverken til en going concern eller som målrettet salg. Ingen af de tre relevante konkurrenter på markedet, K1 A/S, K2 A/S og K3 A/S, ville have haft mulighed for, endsige interesse i, at købe samtlige overdragne aktiver til going concern priser i juli 2011.

For det femte var situationen for D i juli 2011 økonomisk håbløs.

SKAT havde således i perioden 2006-2008 rejst i alt 4 efterbetalingskrav på ca. 10,3 mio.kr., den 19. oktober 2010 fik D en bøde på 1,2 mio.kr., den 16.november.2010 fremsatte D sit første forligstilbud, som Kammeradvokaten afviste den 30. november 2010, den 8. december 2010 fremsatte D på ny forligstilbud til SKAT, hvilket blev afvist den 7. februar 2010, den 17. januar 2011 iværksatte SKAT opkrævning af bøden, den 7. marts 2011 fremsatte D nyt forligstilbud, hvilket blev afvist dagen efter, og D's revisor havde i årsrapporten for 2010 taget forbehold for fremtidig drift og anbefalede, at aktiverne burde optages til realisationsværdier. H havde på dette tidspunkt betalt SKAT i alt 4.697.351 kr. D kunne herefter ikke forvente, at H kunne blive ved med at betale beløb til SKAT, og D havde ikke en drift, der kunne afvikle yderligere gæld til SKAT.

R har endelig gentagne gange anmodet konkursboet om at oplyse og dokumentere, hvilke andre alternativer der var til den foretagne overdragelse. Boet har ikke kunnet dokumentere dette, hvilket bør få negativ processuel skadevirkning, således at det bør lægges til grund, at der ikke var andre alternativer end en konkurs. Boet har intet gjort for at oplyse eller dokumentere, at der var andre alternativer, herunder redegjort for, hvilke alternativer der skulle være mulige. Boet har heller ikke foranstaltet et syn og skøn over muligheden for i juli 2011 at sælge varelager m.v., herunder goodwill til tredjemand. Boet har heller ikke ved et syn og skøn forsøgt at få oplyst, til hvilke værdier aktiverne de facto kunne have været solgt til i relation til tredjemand.

R har i den forbindelse gjort gældende, at den omstændighed, at der ikke blev rettet henvendelse til tredjemand i forbindelse med overdragelsen, er uden betydning, idet det afgørende er, at der ikke var interesserede købere på markedet til at købe aktiverne til et beløb højere (eller samme beløb), som R købte til. Der er tale om en virksomhed med en meget begrænset kundekreds og et specielt produktprogram. Der er derfor ikke tale om en virksomhed, der bare kan sælge sit varelager eller sin aktivitet til hvem som helst.

Som et nyt anbringende har boet i sit påstandsdokument, side 16, 3. afsnit, gjort gældende, at et alternativ kunne være en rekonstruktion. Den eneste kreditor – ud over H – var SKAT.

R har heroverfor gjort gældende, at SKAT gennem et vedvarende pres formåede H til at stille sikkerhed og betale bøder m.v. for ca. 5,4 mio.kr., og at SKAT dermed fik betalinger, der langt oversteg beløb, man ville kunne have opnået ved en rekonstruktion.

Den fremlagte modregnede balance af 16.november 2010 viste en dividende på ca. 10,6 % ved konkurs og ca. 32% uden konkurs. Det var således ikke muligt at opnå en rekonstruktion med SKAT. SKAT afviste alle forslag uden selv at komme med et modforslag og foreslog ikke selv en rekonstruktion. SKAT var således ikke interesseret i en rekonstruktion, men gik efter en konkurs. Dette dokumenterer i sig selv, at overdragelsen var det eneste alternativ til en konkurs.

R har endvidere gjort gældende, at overdragelse som målrettet salg under alle omstændigheder maksimalt udgjorde de reelle værdier i D. Da konkursprisen kun udgjorde 1.131.238 kr., bør der ske frifindelse af R.

R har endelig gjort gældende, at uanset om det antages, at en overdragelse mellem nærstående, hvor der er tale om, at en aktivitet fortsættes efter overdragelsen skal anvende værdierne under forudsætning af "going concern", har dette kun betydning i relation til, om der foreligger et gavemoment efter konkurslovens § 64 og dermed, om dispositionen er omstødelig. Om der er lidt et tab i anledning af overdragelsen, skal derimod bedømmes efter konkurslovens § 75.

Afgørende er, at omstødelse efter konkurslovens §§ 64 og 74 indebærer, at den begunstigede kun skal erstatte boets tab, jfr. konkurslovens §§ 75 og 76.

R har gjort gældende, at der ikke er lidt et tab for konkursboet. En forudsætning for, at dette er tilfældet, er, således som det er fastslået i U.2015.2219H, om det må antages, at boet ville kunne have solgt den

overdragne aktivitet til et højere beløb end den, der blev aftalt ved den omstødelige disposition, og boet har ikke løftet bevisbyrden herfor, hvorfor der bør ske frifindelse for det reducerede beløb vedrørende virksomhedsoverdragelse på 2.418.237,85 kr. Højesteret tiltræder, at boets tab i den konkrete sag måtte fastsættes ud fra en vurdering af, hvad værdien af aktieposten i FC Nordsjælland Holding måtte antages at have haft på tidspunktet for boets forventede salg af aktieposten, hvis boet havde haft den i behold.

R har gjort gældende, at såfremt boet havde haft de overdragne aktiver i sin besiddelse, ville man maksimalt kunne have solgt disse til realisationsprisen på 1.131.238 kr., idet aktiverne ikke ville kunne være solgt til tredjemand af D for et højere beløb, og dermed er der ikke lidt et tab. Måtte retten statuere, at der foreligger en omstødelig disposition, der har medført et dokumenterbart tab for kreditorerne, og at dette kan fastsættes som gjort gældende af konkursboet, har R gjort gældende, at der i dette tilfælde skal foretages reduktion for sparede omkostninger.

Boet har anerkendt en reduktion på 107.920,17 kr. svarende til forfaldne lønmodtagerforpligtelser, og der skal ske fradrag for sparede boomkostninger ved et salg på lige fod med lønmodtagerforpligtelser. R har gjort gældende, at omkostningerne ved et salg skønsmæssigt kan fastsættestil 100.000 kr.

Der er ikke hjemmel til at indlægge en begrænsning, hvorved der ved sparede omkostninger kun skal ske reduktion ved fuldstændig overdragelse af en virksomhed. Reduktion med hensyn til omkostninger skal ske ved ethvert aktiv, der realiseres.

Konkursboet har ikke nærmere imødegået R's skønsmæssige opgørelse vedrørende boomkostninger til salg af den overdragne aktivitet.

Samlet set bør R derfor frifindes, dels fordi overdragelsen var det eneste alternativ til en konkurs, og dels fordi boet ikke har lidt et tab ved den skete overdragelse.

Afholdte huslejeomkostninger

R har gjort gældende, at boet er blevet beriget ved den skete overdragelse, således at der under alle omstændigheder bør bortses fra det krav på 187.548,98 kr. vedrørende afholdte huslejeomkostninger, som boet har gjort gældende.

Aktiverne blev solgt uden omkostninger for boet for et beløb der lå ca. 1.065.000 kr. over vurderingen ved tvangssalg, og et salg fra et konkursbo ville kun have indbragt noget, der ligner skrotværdi, hvilket ligger væsentligt under salgsværdi ved tvangssalg.

H har overordnet gjort gældende, at betalingen af 2.358.260 kr. ikke er omstødelig, hverken efter konkurslovens § 67 eller § 74.

H har ikke villet bestride, at betalingen indebar en afgørende forrykkelse af kreditorernes stilling, men har gjort gældende, at betalingen fremstod som ordinær, hvorfor omstødelse ikke kan ske efter konkurslovens § 67. Der blev både før og efterfølgende foretaget stort antal løbende ind- og udbetalinger af for-

skellig størrelse mellem H og D, typisk ved udgangen af hver måned. Samme dag, hvor den omtvistede betaling blev effektueret, fandt således en betaling sted på 1.625.305,50 kr.

H har endvidere gjort gældende, at der ikke er tale om en utilbørlig begunstiggelse efter konkurslovens § 74. Ledelsen var på tidspunktet, hvor dispositionen blev foretaget, fortsat af den opfattelse, at man kunne vinde sagen mod SKAT, i hvilken der først blev afsagt dom den 27. juni 2012.

H har gjort gældende, at det ikke er den fulde betaling, der i givet fald skal omstødes, men derimod et beløb i henhold til den subsidiære påstand.

H har endelig gjort gældende, at gældsnedbringelsen mellem D og H kan sidestilles med nedbringelsen af et løbende kassekreditmellemværende. H har således løbende stillet betydelige midler til rådighed for D.

H har endvidere fremhævet, at SKAT efter at have iværksat tvangsinddrivelse modtog betaling af bøden på 1.205.998 kr. kort forinden den 8. marts 2011, hvilken betaling kurator angiveligt ikke har fundet omstødelig, uagtet at SKAT havde detaljeret kendskab til D's økonomiske forhold. Betaling af bøden kunne være omstødt. Ved at følge H's anbringende opnås herved en form for reel ligestilling mellem kreditorerne. Det bør således tillægges betydning, at kurator ikke har rejst omstødelsessag ved opgørelsen af omstødelighedskravet mod H.

Opgørelsen af kravet

H har gjort gældende, at der såvel ved omstødelse efter § 67 som efter § 74 skal ske en opgørelse efter en tillempet nettometode, således at der skal ske omstødelse med udgangspunkt i differencen mellem saldoen per fristdagen den 5. juli 2012 og per den dag, hvor nedbringelsen af kassekrediten ikke længere var ordinær (30. juni 2011).

Differencen udgør 1.174.867,54 kr., hvilket beløb hermed kan være omstødeligt.

Ved indbetalingen af beløbet den 30. juni 2011 til H lå en forudsætning om yderligere, fremtidig kreditgivning, og denne kreditgivning frem til konkursen på 1.183.382,46 kr. derfor skal reducere omstødelseskravet, idet kreditgivningen er udtryk for, at beløbet er givet tilbage til D.

En omstødelse begrænset til et interval på 1.100.000 - 1.200.000 kr. harmonerer også med størrelsen af de enkeltbetalinger til H, som D har foretaget i en 2-årsperiode før fristdagen.

Det kan derfor lægges til grund, at betalinger op til ca. 1.200.000 kr. som udgangspunkt er uomstødelige i forholdet mellem de to parter. Dette taler for, at kun den del af den omtvistede betaling på 2.358.250 kr., der overstiger 1.200.000 kr., dvs. 1.158.250 kr., eventuelt vil kunne være omstødeligt.

H har afslutningsvis gjort gældende, at såfremt D havde indgivet en egen konkursbegæring og købt varerelageret ud af boet, da SKATs krav om efterbetaling af antidumpingtold blev rejst i 2006, ville SKATs

nettoprovenu i anledning af en konkurs tilbage i 2006 være blevet langt mindre end, hvad det gennem årene rent faktisk er lykkedes SKAT at få betalt fra D og H.

Man kan med udgangspunkt i årsrapporten for D for 2007 lægge til grund, at SKAT ved en konkurs i 2006-2007 maksimalt ville have modtaget en dividende på cirka 2,9 mio.kr., altså langt mindre end, hvad SKAT faktisk har oppebåret. SKAT har således ingen grund til at anse sig som forfordelt.

Arresten mod H

H har taget bekræftende til genmæle for så vidt angår arrestens lovlighed, men har bestridt, at der er grundlag for at betale konkursboet 400.000 kr. i forbindelse med arrestens foretagelse, og at beløbet maksimalt bør fastsættes til 50.000 kr.

Rettens begrundelse og afgørelse

Overdragelsen af aktiverne i D

Der er mellem parterne enighed om, at D var insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelse-saftalen med R den 20. juni 2011, at der er tale om en virksomhedsoverdragelse mellem nærtstående parter, og at aktiviteten i D blev videreført i R med samme produktionsaktiver, samme personale, fra samme adresse og med samme aktivitet.

Det fremgår af årsrapporten for D for 2010, at selskabets aktiver blev opgjort til ca. 7,4 mio. kr., at de samlede gældsforpligtelser var på i alt ca. 18,2 mio. kr., og at selskabets egenkapital var negativ med ca. 10,8 mio. kr.

Af revisorpåtegningen for 2010 og 2011 fremgår endvidere bl.a., at selskabet ikke har været i stand til at fremlægge dokumentation for finansiering af den fortsatte drift, at der derfor tages forbehold for, at års-rapporterne er aflagt under forudsætning af fortsat drift, og at årsrapporterne burde være aflagt efter realisationsprincippet.

Af referatet fra bestyrelsesmødet den 9. juni 2011 fremgår, at bestyrelsen noterede sig, at en fortsat drift - under hensyn til revisionens anmærkninger, toldsagens behandling ved retten og en forgæves anmod-ning til SKAT om fritagelse for renteberegning/ rentebetaling af den skyldige told - ikke var en farbar fremtidig vej, og at man på den baggrund besluttede, at et salg af D til R ved et målrettet salg var det bedste for såvel SKAT som D.

Revisor G har forklaret, at hans forbehold i 2011 skyldtes, at værdiansættelsen var forkert, at der ikke var tale om "going concern", og at alternativet til en overdragelse havde været en eftergivelse af gælden fra SKAT eller flere penge fra H, da en konkurs ellers ville være kommet på et tidspunkt. Man kunne efter hans opfattelse i situationen godt anvende værdierne ved "målrettet salg", men man ville ikke kun-ne vælge værdien som "going concern."

B har forklaret, at ingen ville købe aktierne, at der i praksis heller ikke kunne findes købere til aktiverne, og at de indhentede nøgletal fra de tre konkurrenter på markedet var de tre eneste mulige købere. D og E har forklaret, at hverken K1 eller K2 ville eller kunne købe aktiverne i 2011. Konkursboet har ikke villet bestride, at Ropenhagen ikke ville eller kunne købe aktiverne i 2011.

På denne baggrund finder retten efter en samlet vurdering, at R med den fornødne sikkerhed har godtgjort, at konkurs var eneste alternativ til den skete overdragelse, og konkursboet har ikke godtgjort, at aktiverne, hvis værdi var fastsat med udgangspunkt i en ekstern vurderingsrapport, er fastsat til en anden værdi end den reelle værdi på overdragelsestidspunktet.

Sagsøgte R frifindelsespåstand tages derfor til følge.

Omstødelse af gældsnedbringelsen til H

Der er mellem parterne enighed om, at D og H er nærtstående i konkurslovens forstand, at H fungerede som kreditfacilitet for D, at D var insolvent på tidspunktet for betalingen af 2.358.250 kr. den 30. juni 2011 til H, og at denne betaling var en videreoverførsel af den af D modtagne købesum i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen til R.

H har ikke villet bestride, at betalingen indebar en afgørende forringelse af SKATs stilling som kreditor hos D.

Af supplerende aftale af 30. maj 2003 mellem D og H omkring afvikling af koncernmellemværende og kautionsforpligtelser fremgår, at der er aftalt en årlig afvikling af parternes mellemværende med en betaling på 600.000 kr., indtil mellemværendet i det hele er afviklet.

Af posteringsoplysninger fra mellemregningskontoen i perioden fra 31. januar 2006 til 4. juli 2012 og den fremlagte graf vedrørende perioden fra 1. juli 2007 til 1. august 2012 fremgår, at der i perioden har været store udsving i mellemværendet mellem parterne, og at afviklingen til H ikke følger et fast mønster eller den mellem parterne aftalte afviklingsplan, men varierer mellem beløb på få tusinde kroner til få tilfælde af beløb på over 1 mio. kr.

A har forklaret, at pengene fra overdragelsen gik til at betale af på kassekredit hos H. Han tænkte ikke yderligere på, om han derved valgte en af de to kreditorer til på den andens bekostning. B har forklaret, at det fulde beløb fra overdragelsen skulle anvendes til at nedbringe mellemværendet med H, og at hele beløbet gik til H med det samme, fordi H virkede som en kassekredit, som havde det været en bank.

C har forklaret, at nedbringelsen ikke skete uden videre, men at hun specifikt blev bedt om at foretage betalingen den 30. juni 2011, idet hun dog ikke kan huske, hvem der bad hende herom.

På denne baggrund finder retten, at betalingen til H ikke fremstod som en ordinær betaling, og at betalingen på utilbørlig måde begunstigede H på SKATs bekostning, ligesom H kendte D's insolvens og de omstændigheder, der gjorde dispositionen utilbørlig.

Betalingen er dermed omstødelig efter konkurslovens § 67 og konkurslovens § 74.

Det bemærkes i den forbindelse, at uanset at H fungerede som kreditfacilitet for D, har den stedfundne kreditgivning ikke haft karakter af en sædvanlig kassekredit, ligesom overførslen af det fulde beløb fra overdragelsen af D til R dagen før den formelle dato for overdragelsen af aktiverne til R ikke var en sædvanlig overførsel eller i øvrigt et beløb, der normalt ville blive indsat på kreditkontoen som led i den sædvanlige drift. Betalingen er dermed i sin helhed omstødelig.

Konkursboets påstand tages derfor til følge.

Den foretagne arrest

Østre Landsret har ved kendelse af 2. oktober 2013 stadfæstet fogedrettens afgørelse om arrest for 2.758.250 kr. i ejendommen beliggende X-vej.

Da H har taget bekræftende til genmæle over for arrestens lovlighed, tgaer retten konkursboets påstand herom til følge som nedenfor bestemt.

Sagsomkostninger

Efter udfaldet af sagen mellem konkursboet og R skal konkursboet betale sagsomkostninger til R med 150.000 kr. Beløbet, der er til dækning af udgifter til advokatbistand og inklusive moms, er fastsat under hensyn til sagens værdi og omfang. Henset til, at det syn og skøn, der på begæring fra R er afholdt i sagen, og som foreløbigt er afholdt af R, ikke har haft betydning for sagens afgørelse, finder retten, at udgifterne hertil endeligt skal afholdes af R.

Efter udfaldet af sagen vedrørende gældsnedbringelsen til H sammenholdt med de nedlagte påstande og anbringender og det forhold, at det lægges til grund, at det var nødvendigt for konkursboet at anlægge denne sag, finder retten efter en samlet vurdering, at H skal betale sagsomkostninger til konkursboet og retsafgift svarende til retsafgiften af en sagsgenstand på 2.358.250 kr. Hertil kommer udgiften til arrestforretningen, hvor H skal betale konkursboets sagsomkostninger.

H skal således betale sagsomkostninger med i alt 250.000 kr. inklusive moms, hvoraf 28.900 kr. og 12.080 kr. er til dækning af udgiften til retsafgift for henholdsvis hovedsagen og arrestforretningen, og det resterende beløb er til dækning af udgifterne til dækning af advokatbistand.

Thi kendes for ret:

R ApS frifindes.

Den foretagne arrest for 2.758.250 kr. i ejendommen beliggende X-vej, stadfæstes.

H ApS skal inden 14 dage til A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs betale 2.358.250,00 kr. med tillæg af procesrente fra den 9. august 2013.

A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs skal inden 14 dage til R ApS i sagsomkostninger betale 150.000 kr.

H ApS skal inden 14 dage til A/S 2011 (tidligere D A/S) under konkurs i sagsomkostninger betale 250.000 kr.

Sagsomkostningerne forrentes med procesrente efter rentelovens § 8 a.

Mette Lyster Knudsen
dommer

Udskriftens rigtighed bekræftes.
Retten i Glostrup, den 9. februar 2016.

Louise Stenbæk, Retsassistent

**UDSKRIFT
AF
ØSTRE LANDSRETS DOMBOG**

D O M

Afsagt den 28. marts 2017 af Østre Landsrets 6. afdeling
(landsdommerne Kåre Mønsted, Sanne Kolmos og Ane Røddik Christensen (kst.)).

6. afd. nr. B-448-16:

H ApS

(advokat A)

mod

A/S 2011

(tidl. D A/S) under konkurs v/kurator, advokat Boris Frederiksen

(advokat Mathias Juul Holter)

og

6. afd. nr. B-568-16:

A/S 2011

(tidl. D A/S) under konkurs v/kurator, advokat Boris Frederiksen

(advokat Mathias Juul Holter)

mod

R ApS

(advokat A)

Glostrup Rets dom af 9. februar 2016 (BS 10C-2653/2013) er anket af H ApS med endelig påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et beløb på maksimalt 1.200.000 kr. efter landsrettens skøn, og mere subsidiært betaling af et beløb på maksimalt 1.702.000 kr. efter landsrettens skøn.

Indstævnte, A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs, har påstået stadfæstelse.

Samme dom er tillige anket af A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs med påstand om, at R ApS tilpligtes til konkursboet at betale 2.605.822,81 kr. med tillæg af procesrente fra sagens anlæg, til betaling sker, subsidiært et mindre beløb efter landsrettens skøn.

Indstævnte, R ApS, har påstået stadfæstelse.

H ApS, R ApS og A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs betegnes i det følgende henholdsvis H, R og D.

Supplerende om sagerne

Der er enighed om, at H den 15. juni 2011 overførte 2.350.000 kr. til R. Der er endvidere enighed om, at D's omhandlede betaling til H den 21. juni 2011 på 2.358.250 kr. var en videreoverførsel af den af D den 20. juni 2011 modtagne købesum på samme beløb i forbindelse med virksomhedsoverdragelsen af D's aktiver til R.

Procedure

Parterne har for landsretten i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten og har procederet i overensstemmelse hermed.

Landsrettens begrundelse og resultat

Overdragelsen af aktiverne i D til R pr. 1. juli 2011

Parterne er under sagen enige om, at D og R er søsterselskaber og derved nærtstående, jf. konkurslovens § 2, at D var insolvent på tidspunktet for indgåelsen af overdragelsesaftalen, at aktiviteten i D ved overdragelsen blev videreført i R med samme produktionsaktiver, samme personale, fra samme adresse og med samme aktivitet, og at R i dag fortsat driver den overdragne virksomhed.

Under disse omstændigheder finder landsretten i lighed med Højesterets afgørelse gengivet i U2011.963H, at overdragelsen burde være sket til aktivernes værdi ved fortsat drift ("going concern") og ikke som sket til værdien ved målrettet salg.

Parterne er enige om, at forskelsværdien i overensstemmelse med vurderingsrapporten fra SFT Group af 2. juni 2011 udgør 2.418.273,83 kr. Denne underpris udgør derfor en omstødelig gave efter konkurslovens § 64, stk. 1, og der er ikke grundlag for i beløbet at foretage fradrag for sparede boomkostninger.

R skal herefter i medfør af konkurslovens § 75, stk. 1, fralægge sig berigelsen på 2.418.273,83 kr.

D har endvidere fremsat krav om tilbagebetaling og/eller tilbagesøgning af udgifter afholdt af D til fordel for R i perioden efter virksomhedsoverdragelsen i form af husleje for 2. halvår med fradrag af kreditering, principalt som lån, der skal tilbagebetales på anfordring og/eller tilbagesøges, subsidiært som omstødelig gavedisposition, jf. konkurslovens §§ 64 og 74, for i alt 187.548,98 kr., hvilket beløb der opgørelsesmæssigt er enighed om. Lejebetalingen, som vedrørte husleje for tiden efter overdragelsen til R, hvor D ikke udøvede driften, skulle have været afholdt af R og udgør ligeledes en gavedisposition, som kan kræves omstødt i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1.

R dømmes derfor i det hele i overensstemmelse med D's påstand om betaling af i alt 2.605.822,81 kr. med procesrente fra sagens anlæg.

D's nedbringelse af sin gæld til H

H fungerede som kreditfacilitet for D, der var insolvent på tidspunktet for betalingstransaktionen, hvorved D nedbragte sin gæld til H med 2.358.250 kr. den 21. juni 2011 ved videreførsel til H af købesummen fra R. Landsretten finder, at betalingen den 21. juni 2011 må ses i sammenhæng med overdragelsen af aktiverne i D til R.

Reelt var det H, der finansierede R's køb af aktiverne fra D, og det var H, der i sidste ende modtog købesummen retur. De foretagne transaktioner har således medført, at H's tilgodehavende hos D, der var insolvent, blev nedbragt med 2.358.250 kr., og at H samtidig fik et tilgodehavende på 2.350.000 kr. over for R, som var solvent.

Landsretten tiltræder derfor, at nedbringelsen af mellemregningskontoen med H skete ved en enkeltstående betaling, som set i sammenhæng med overdragelsesdelen ikke fremstod som ordinær, og at betalingen på utilbørlig måde begunstigede H på SKATs bekostning, ligesom de øvrige betingelser for at anse betalingen for omstødelig efter konkurslovens §§ 67 og 74 ligeledes er opfyldt.

I hvert fald under de foreliggende omstændigheder er der ikke grundlag for at fastsætte boets tab til et mindre beløb end den omstødelige betaling på 2.358.250 kr., som udgør berigelsen, og det tiltrædes, at H er dømt i overensstemmelse med D's påstand.

Landsretten stadfæster derfor den del af byrettens dom, som angår D's krav mod H.

H skal betale sagsomkostninger for landsretten til D med 125.000 kr. til dækning af udgifter til advokatbistand ekskl. moms.

R skal betale sagsomkostninger for byretten og for landsretten til D med 400.680 kr. til dækning af udgifter for begge retter til henholdsvis advokatbistand ekskl. moms og retsafgift.

Ved fastsættelsen af beløbene til dækning af udgifterne til advokatbistand er der ud over sagernes værdi taget hensyn til sagernes omfang og varighed.

T h i k e n d e s f o r r e t:

Byrettens dom vedrørende H ApS stadfæstes.

R ApS skal til A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs v/kurator, advokat Boris Frederiksen betale 2.605.822,81 kr. med procesrente fra den 9. august 2013.

I sagsomkostninger for landsretten skal H ApS betale 125.000 kr. til A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs v/kurator, advokat Boris Frederiksen.

I sagsomkostninger for byretten og for landsretten skal R ApS betale 400.680 kr. til A/S 2011 (tidl. D A/S) under konkurs v/kurator, advokat Boris Frederiksen.

Det idømte skal betales inden 14 dage efter denne doms afsigelse.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

(Sign.)

Udskriftens rigtighed bekræftes. Østre Landsret, den 28-03-2017

Karina Storm Jensen
Specialist