

Når koncernen betaler

Der hentes med udgangspunkt i en afgørelse fra den norske Højesteret - sag nr. 2011/1555, afsagt den 22. marts 2012 - inspiration til at løse nogle spørgsmål om omstødelse i koncernforhold.

Af professor, ph.d. Lasse Højlund Christensen, Aarhus Universitet

1. Indledning

Der er i forbindelse med den økonomiske krise i stigende omfang dukket en række konkurser op, der involverer selskaber i en koncern eller i et koncernlignende forhold. Der har ofte været en noget tilfældig omgang med aktiverne i de forskellige selskaber, så deres likviditet eller aktiver er blevet brugt til at betale eller stille sikkerhed for andre selskabers gæld - ofte til banken.

Det giver problemer i forhold til omstøelsesreglerne, der som udgangspunkt er rettet mod typetilfældet: Skyldnerens betaling eller sikkerhedsstillelse for egen gæld. Reglerne giver således ikke megen vejledning om betingelserne for omstødelse, når flere selskaber er involveret i betalingen eller sikkerhedsstillelsen.

Der foreligger ganske vist dansk retspraksis og litteratur om dette, men i begrænset omfang - og ikke nødvendigvis helt tidssvarende. Koncern(lignende) strukturer forandrer sig, og betalinger og sikkerhedsstillelse sker på nye måder. Det er således nødvendigt at videreudvikle betingelserne for at omstøde tredjemandsdispositioner.

Dette skal sammenholdes med det forhold, at der i dag ganske ofte optræder tredjemandsdispositioner i forbindelse med konkursen. Der bør således udvikles nogle principper for omstødelse, der ikke - som f.eks. identifikationsbetragtninger - har undtagelsens karakter, og som i øvrigt er håndterbare, dvs. ikke processkabende. Det følgende er et forsøg på med udgangspunkt i en ny højesteretsafgørelse at hente lidt inspiration til dette fra Norge - hvis omstøelsesregler på en række punkter svarer til de danske.

2. Højesteretts kendelse

Et moderselskab betalte den 14. januar 2010 et helejet datterselskabs gæld for advokatarbejde udført for datterselskabet. Der var tale om tre knap et år gamle fakturaer på samlet ca. 90.000 kroner. Moderselskabet modregnede samme dag sit regreskrav i et tilgodehavende på ca. 870.000 kroner, som datterselskabet havde hos moderselskabet. Datterselskabet blev erklæret konkurs den 2. marts 2010.

Højesteret karakteriserede forholdet mellem selskaberne således:

“Lagmannsretten har funnet det bevist at den umiddelbare hensikten med betalingen i dette tilfellet var å dekke datterselskapets gjeld, og at betalingen slik sett først og fremst var i datterselskapets interesse. Ifølge lagmannsretten inngikk dette i et mønster der morselskapet løpende dekket datterselskapets utgifter som lønn og husleie med videre, og foretok motregning i datterselskapets tilgodehavende. Det vises i lagmannsrettens kjennelse også til en revisorrapport som var utarbeidet for bostyret, der det fremgår at én og samme person hadde kontroll over driften og likvidene i begge selskaper.”

Den norske bestemmelse om omstødelige betalinger, der svarer til konkurslovens § 67 - dekningsloven § 5-5 - taler om “betaling av gjeld som skyldneren har foretatt”. Højesteret konstaterede således først, at tredjemands betaling som den klare hovedregel falder uden for bestemmelsen.

Men da det var den samme person, der styrede likviditeten i begge selskaber, lignede det - når hensigten var at dække datterselskabets gæld - “... tilfellet hvor debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debitors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor.”

Der forelå således en indirekte betaling fra skyldneren til den begunstigede, og det ville åbne for omgåelse, hvis der ikke kunne omstødes i dette - og lignende - tilfælde.

Højesteret vendte sig herefter mod forholdet til den begunstigede: “Betalingsmottakeren får på sin side normalt et varsel om at alt kanskje ikke er som det skal være, når en fordring blir betalt av tredjemann.”

Boet havde ikke forsøgt at omstøde den modregning, som moderselskabet havde foretaget - men det kunne heller ikke henvises til at rette et krav mod moderselskabet: “Det kan ikke være noe prinsipielt til hinder for at et bo skal kunne velge mellom to måter å omstøte på.”

3. Set i forhold til dansk ret

Det er set med danske øjne ikke overraskende, at der kunne omstødes i det i kendelsen omhandlede tilfælde. Den danske Højesteret behandlede i U 1988.484 H et lignende tilfælde.

En revisors personlige konkursbo søgte to betalinger til en tidligere bankforbindelse omstødt. Revisoren havde trukket de omhandlede beløb på et selskabs kassekredit. Han var direktør i selskabet, og han havde betalt købesummen for anparterne, som en svoger ejede. Revisoren fastholdt under sagen, at han inden betalingen havde haft et tilgodehavende hos selskabet, der oversteg de betalte beløb, mens en skønserklæring - der var behæftet med en vis usikkerhed på grund af manglende dokumentation - fastslog, at selskabet tværtimod havde haft et tilgodehavende hos ham.

Højesteret udtalte følgende: “Laurids Hansens svoger var eneanpartshaver i selskabet, der ikke havde nogen bestyrelse, og Laurids Hansen, der var direktør, synes reelt at have været enerådig ... Efter bevisførelsen for Højesteret er der ikke tilstrækkeligt grundlag for nærmere at fastslå, hvorledes det økonomiske mellemværende mellem Laurids Hansen og selskabet skulle opgøres på tidspunkterne for de omtvistede betalinger. Også under hensyn til, at der ikke af anpartsselskabet eller senere af konkursboet efter selskabet er rejst noget krav mod Laurids Hansen i anledning af betalingerne, findes det imidlertid ikke godtgjort, at han, da betalingerne skete, ikke havde en fordring på selskabet svarende hertil.”

Betalingen blev herefter omstødt (delvist) efter konkurslovens §§ 67 og 74.

Der er især tre forhold, der bærer den norske afgørelse: Betalingen sker i datterselskabets interesse, den samme person styrer likviditeten i begge selskaber og der betales gennem modregningen reelt med datterselskabets aktiv (fordringen på moderselskabet).

Disse tre forhold går igen i den danske afgørelse, men her går Højesteret i forbindelse med det tredje forhold videre end den norske Højesteret - der ikke havde behov for at tage dette skridt - idet bevisbyrden i et vist omfang flyttes over på banken. Tankegangen er forment-

lig, at selv om boet som udgangspunkt har bevisbyrden, så flyttes den, når banken gør gældende, at betalingen sker uden selskabsretlig dækning - særligt når der i skyldnerens forklaring og omstændighederne i øvrigt findes en vis støtte for det modsatte.

Begge afgørelser tager sit afsæt i det hos Kristian Huser i Gjeldsforhandling og konkurs, bd. 3, 1992, s. 259, nævnte tilfælde - der citeres i den norske afgørelse:

"... det tilfældet hvor debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debtors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor."

Dette tilfælde er ifølge Huser et klart eksempel på en indirekte betaling, der kan omstødes som en betaling fra skyldneren, men der bygges i begge afgørelser videre på figuren: Der behøver ikke at foreligge en anmodning, såfremt den, der styrer den samlede likviditet, betaler i skyldnerens interesse, og der skubbes formentlig lidt på bevisbyrden for boets tab.

Der kan således i begge afgørelser spores en vis vilje til at strække reglerne for at tilpasse dem til tredjemandsdispositioner - og de strækkes mod en øget mulighed for omstødelse.

4. Det næste skridt

Såfremt der tages udgangspunkt i den norske Højesterets henvisning til Kristian Huser, så går han i forlængelse af det i kendelsen citerede eksempel på en indirekte betaling noget videre:

"Men tredjemann trenger ikke nødvendigvis å stå i gjeld til debitor. Er tredjemann et datterselskap av debitor, vil datterselskapet i og med betalingen få et krav mot morselskapet, som forutsettes avregnet senere. Også ellers kan dette være situasjonen: "Kan ikke du betale, så skal du få pengene igjen etterpå." Dette må etter omstendighetene kunne rammes av § 5-5. Realiteten vil her være at kreditor får dekket sitt krav mot debitor, forutsetningsvis slik at debitor selv blir (endelig) belastet."

Der er dog ifølge Huser en problematisk grænse i forhold til betalinger for skyldnerens gæld, der reelt er en tredjemands betaling - og derfor ikke kan omstødes efter dekningsloven § 5-5.

Der er klart tale om en sådan betaling, såfremt tredjemand ikke har regres mod skyldneren, mens det er vanskeligere, såfremt tredjemand har regres, men enten har handlet i egen interesse eller uden at have haft kontakt med skyldneren. Han lægger i disse tilfælde op til en konkret vurdering, der særligt ser på "... hvorvidt debitor har foranlediget betalingen eller om tredjemann har optrådt selvstendig."

Såfremt disse udtalelser kombineres med kendelsen fra den norske Højesteret, behøver der ikke at foreligge en anmodning, såfremt den, der styrer selskabernes likviditet, betaler i skyldnerens interesse, men nok så væsentligt - betalingen behøver ikke (reelt) at ske med et aktiv tilhørende skyldneren, men skal blot påføre skyldneren en gæld.

Det sidstnævnte kan ikke uden videre overføres til dansk ret.

Den norske Højesteret - og Huser - behandler problemet som et spørgsmål om betingelserne for omstødelse: Er der tale om skyldnerens - evt. indirekte - betaling, idet dekningsloven § 5-5 efter ordlyden alene omfatter "betaling av gjeld som skyldneren har foretatt".

Men selv om der er tale om skyldnerens betaling, kan der - i hvert fald efter dansk ret (dekningsloven § 5-5 indeholder formentlig ikke en tabsbetingelse) - opstå et spørgsmål om tab. Når skyldneren råder over et andet selskabs aktiver, sker der så ikke blot et kreditorskifte. Det andet selskabs aktiv bruges til at betale skyldnerens gæld, og det andet selskab får så formentlig et regreskrav mod skyldneren. Der opstår således ikke et tab for skyldnerens øvrige kreditorer.

Dette spørgsmål ligger tæt på det tidligere meget omdiskuterede spørgsmål om betalinger trukket på en usikret kassekredit, jf. f.eks. Anders Ørgaard: Konkursret, 10. udg., s. 136:

"Er gæld betalt ved træk på en usikret kassekredit, kan der anlægges den betragtning, at transaktionen som helhed hverken har påvirket skyldnerens aktiver eller hans gæld, og at betalingen derfor ikke er

sket på de øvrige fordringshaveres bekostning. Hermed overses det imidlertid, at skyldneren kunne have brugt pengene til forbedring af sin aktivside, og at beløbet på et tidspunkt - om end måske kun et kort øjeblik - under betalingstransaktionen med nogen logisk fundering kan siges at have været et aktiv for skyldneren."

Der er formentlig i dag enighed om, at en betaling kan omstødes, selv om den er sket fra en usikret kassekredit - hvad enten det teoretisk begrundes som hos Ørgaard (trækket sidestilles med råden over likvide midler) eller som hos f.eks. Jens Anker Andersen i U 1991 B 40 (42) (det er tilstrækkeligt, at betalingen påfører én kreditor skade - i dette tilfælde banken).

Den reelle begrundelse er formentlig, at omstødesreglerne ellers ville blive svækket ganske kraftigt, idet de fleste betalinger sker over en virksomheds kassekredit - og det samme gør sig vel i et vist omfang gældende i denne sammenhæng, idet der som nævnt i stigende omfang optræder tredjemandsdispositioner i forbindelse med omstødelse.

Såfremt der således med udgangspunkt i Ørgaards begrundelse for tab bygges videre på retningslinjerne, så kan de måske formuleres på følgende måde.

Der foreligger en betaling fra skyldneren, der har påført boet et tab, hvis et andet selskab i forbindelse med en eller flere personers råden over begge selskaber, har betalt skyldnerens gæld, når skyldneren i forholdet mellem de to selskaber skal bære gælden - og der kan måske med henvisning til U 1988.484 H opstilles en formodning for det sidstnævnte.

Der kan spores tegn på et sådant princip i den retspraksis, der i øjeblikket formes om tredjemandsdispositioner, jf. - i hvert fald hos flertallet - en utrykt afgørelse fra Østre Landsret.

Der var i afgørelsen fra Østre Landsret (afsagt den 24. november 2011 - sag B-1173-10) to koncernforbundne selskaber - moderselskabet Bristen Gruppen A/S og datterselskabet Bristen Facility Management Aps. Der var over en periode på knap seks måneder - og over fem gange - betalt ca. 25.500.000 kroner til selskabernes bank - ca. 3.500.000 kroner til Bristen Gruppens konto og 22.500.000 kroner til Managements konto. Betalingerne kom - bortset fra 100.000 fra Bristen Gruppen - enten fra andre koncernforbundne selskaber eller fra forskellige tredjemænd i øvrigt.

Der bruges i afgørelsen et beløb som et gennemgående eksempel på forholdene i koncernen. Banken havde opsagt engagementet, og bankens advokat indgav på et tidspunkt en konkursbegæring mod Bristen Gruppen - men den ville blive tilbagekaldt, såfremt der inden nogle dage blev betalt 3.000.000 kroner. Dette skete - og de 700.000 kroner blev fremskaffet på følgende måde. Direktøren i Bristen Gruppen - der ejede en væsentlig kapitalandel i selskabet og ifølge landsretten reelt var enerådende i de tilknyttede selskaber - beordrede i en mail en ansat i et af Managements datterselskaber til at overføre beløbet (der kunne rummes inden for maksimum på datterselskabets kassekredit) til Bristen Gruppens advokat, der herefter - sammen med de øvrige 2.300.000 kroner fremskaffet på anden måde - overførte beløbet til banken, mens det hos datterselskabet blev bogført som mellemregning med Bristen Gruppen.

De to selskabers konkursboer påstod med forskellige fordelingsnøgler betalingerne omstødt efter konkurslovens § 67 eller § 74. Landsretten fastslog, at der som udgangspunkt kunne omstødes efter konkurslovens § 74, men havde vanskeligere ved at håndtere det forhold, at betalingerne kom fra tredjemænd.

Den koncentrerede sig først om en betaling fra et enkelt selskab: "Selskabet var ejet af Steen Brydes ægtefælle, og selskabet har efter det oplyste ikke anmeldt krav i boerne i anledning af betalingen. Betalingen må herefter anses for foretaget af tredjemand, og betingelserne for omstødelse af denne betaling er derfor ikke opfyldt."

Herefter opdelte landsretten sig i et flertal og et mindretal. Flertallet konstaterede først, at Bristen Gruppens og Managements ejere var

“reelt enerådende” i de helt eller delvis ejede datterselskaber, der havde betalt de resterende beløb til banken, og flertallet tilføjede herefter:

“Midler tilhørende disse selskaber må derfor anses for at have stået til rådighed for Steen Bryde og/eller Brian Søholt Petersen, og betalinger fortaget med disse midler til nedbringelse af Bristen Gruppen og Bristen Facility Managements gæld til Jyske Bank kan derfor ikke betragtes som tredjemandsbetalinger.”

Mindretallet nåede frem til samme resultat, men med en anden begrundelse: “De øvrige betalinger var i realiteten lån eller vederlag for tilkøbte aktiver og kan følgelig ikke anses for tredjemandsbetalinger. Det er i den forbindelse uden betydning, at betalingerne skete direkte fra de involverede tredjemand til sagsøgte.”

Betalingerne blev herefter omstødt efter betalingerne fordeling på selskabernes konti hos sagsøgte.

5. Hensynet til den begunstigede

Et sådant princip - der giver en ganske vidtgående mulighed for omstødelse - rejser en række spørgsmål i forhold til den begunstigede, f.eks. følgende hentet fra den ene parts procedure i den utrykte afgørelse fra Østre Landsret:

“Over for sagsøgte anbringende om at risikere omstødskrav fra to konkursboer angående den samme betaling - som følge af at betalingerne til sagsøgte angiveligt hidrørte (i det væsentlige) fra “tredjemand” - gøres det gældende, at der ikke foreligger oplysning om sådanne omstødskrav over for sagsøgte fra andre konkursboer, og at sagsøgte anbringende derfor allerede af denne grund må tilsi-desættes.”

Der kan også her hentes inspiration fra den norske Højesteret, der i forhold til rettigheder over bestemte aktiver har behandlet dette problem som et spørgsmål om retskraft.

Skibsreder Reksten overdrog som gave en større kunstsamling til en fond, som han havde oprettet. Han døde efterfølgende, og hans dødsbo blev behandlet som et konkursbo. Det anlagde sag om gavens omstødelse bl.a. baseret på en ulovbestemt regel svarende til konkurslovens § 74. Sagen drejede sig hovedsageligt om tidspunktet for gavens fuldbyrdelse, og om Reksten på dette tidspunkt var insolvent. Fonden blev i Rt 1988.1327 dømt til “... å stille den kunstsamling som er omhandlet i gavebrevet ... til disposisjon for Hilmar Rekstens dødsbo, dets konkursbo.”

Der indgik i gaven til fonden kunst for ca. 60.000.000 kroner, der tidligere i forbindelse med et skifte med Rekstens børn fra første ægteskab var blevet overdraget til børnene i et sameje kaldet fællesformuen. Dommen omfattede ifølge konkursboet også fællesformuen - der stadig befandt sig sammen med den øvrige kunstsamling - mens fonden ikke mente, at det var tilfældet, idet Reksten ikke havde haft ret til at disponere over fællesformuen, der tilhørte børnene - dvs. tredjemand. Den norske Højesteret tog stilling til dette spørgsmål i Rt 1996.1480. Det formuleredes som et spørgsmål om retskraft: Såfremt ordene i dommens konklusion “den kunstsamling som er omhandlet i gavebrevet ...” også omfattede fællesformuen, havde dommen med bindende virkning for parterne truffet afgørelse om fællesformuens tilbageførsel til boet. Et flertal (3 mod 2) nåede efter en fortolkning, der inddrog dommens konklusion, præmisser m.v., frem til det resultat, at dommen havde retskraft for fællesformuen.

Børnene anlagde herefter sag mod boet med henblik på at håndhæve deres ret til fællesformuen. Højesterets flertal bemærkede - i Rt 1999.622 - i den forbindelse bl.a. følgende om de tidligere dommes retskraft: “Ved Højesterets dommer i kunstsager 1 og 2 er det retskraftig avgjort at konkursboets omstødsret i forhold til fondet også omfatter kunst som skriver sig fra Fællesformuen. Dette er noe anke-motpartene [børnene] må respektere etter reglene om avledet retskraft ... De kan ikke få prøvd på nytt hvor langt boets omstødsret i for-

hold til fondet rekker ... Det anke-motpartene har påberopt som grunnlag for de krav de har fremsatt, er prinsipielt en betinget eien-domsrett, subsidiært en løsningsrett ... Rettskraftvirkningene av de tidligere dommer er ikke til hinder for at disse kravene kan prøves.”

De to første afgørelser havde med andre ord retskraft i forhold til børnene - dvs. tredjemand - m.h.t. hvem kunsten tilhørte i det interne forhold mellem fonden og boet. Da den efter omstødelsen tilhørte boet, kunne børnene således ikke rette et krav mod fonden, men alene mod boet - i dette tilfælde bl.a. baseret på en betinget ejendomsret eller en indløsningsret, idet der før omstødsessagerne var indgået nogle aftaler med fonden om en eller anden form for betinget overdragelse til fonden. Dommen hviler på et generelt princip om afledt retskraft, der hos f.eks. Jens Edvin A. Skoghøy: *tvistemål*, 2. udgave, 2001, s. 844, formuleres således: “Etter reglene om avledet retskraft vil tredjemann bli bundet av og kunne påberope en rettskraftig dom i samme utstrekning som han ville ha blitt bundet av og kunne ha påberopt en avtale mellom partene.”

Dette princip forekommer hensigtsmæssigt. Når tredjemand (C) gør gældende, at et bestemt aktiv tilhører ham, er det naturligt at rette kravet mod den, der på det pågældende tidspunkt har retten til aktivet - og derfor kan levere aktivet. Såfremt A har solgt aktivet til B, bør C - der må respektere den indbyrdes aftale - således rette kravet mod B, og det samme må gælde, såfremt der i forholdet mellem A og B er sket omstødelse til fordel for B. Denne dom bør med andre ord have afledt retskraft for C, der derfor afskæres fra at rejse kravet mod A.

Men princippet er rettet mod rettigheder over bestemte aktiver. Det er således som udgangspunkt begrænset til f.eks. betalinger med usædvanlige betalingsmidler - eller måske mere praktisk sikkerhedsstillelse - hvor aktivet efter konkurslovens § 77 kræves tilbageleveret. Og det kan ikke uden videre overføres til krav på penge. Her er det praktisk muligt for A at betale to gange, og C kan have en interesse i at rejse kravet mod A - hvis kravet mod B ikke er et massekrav, eller der ikke er dækning i boet for massekrav. Det må bero på selvstændige overvejelser, om C i dette tilfælde kan rette kravet mod A.

Der kan således i forhold til det i dette afsnit behandlede - og som vist i det foregående andre - spørgsmål hentes nogen inspiration i norsk ret, når domstolene i den kommende tid skal udvikle håndterbare retningslinjer for omstødelse i koncernforhold, men der er ikke tale om en helt nem opgave.