

Justitsministeriet
Insolvensretskontoret
Slotsholmsgade 10
1216 København K

E-mail: insolvensretskontoret@jm.dk

KURATORFORENINGEN

SUNDKROGSGADE 5
2100 KØBENHAVN Ø

ADVOKAT SØREN AAMANN JENSEN, FORMAND
ADVOKAT CHRISTIAN B. ELMER
ADVOKAT ANNE BIRGITTE GAMMELJORD
ADVOKAT MICHAEL SERRING
ADVOKAT ANDREAS KÆRSGAARD MYLIN

København, den 14. september 2018

SAG 2018-4070-0030 - LOVOVERVÅGNING AF REGLERNE OM KONKURSKARANTÆNE

I forhold til de specifikke spørgsmål anført i Justitsministeriets brev af 22. juni 2018 har Kuratorforeningen følgende bemærkninger:

1.

Den tidsmæssige (1-års) afgrænsning i forhold til, hvem der kan pålægges karantæne, er ikke hensigtsmæssig i henseende til muligheden for at ramme (nogle af) de personer, der må antages at være målet for reglerne om karantæne.

Det opleves jævnligt, at et selskab inden det tages under konkursbehandling (typisk efter forudgående tvangsopløsning) er holdt kunstigt i live i en periode gennem indlevering til Erhvervsstyrelsen af mere eller mindre indholdsløse årsrapporter, efter fratrædelse af den ledelse, der reelt har udvist groft uforsvarlig forretningsførelse, hvorefter en eller flere stråmænd har fungeret som formel ledelse i en periode på 2-3 år. Dette angår navnlig tilfælde, hvor den groft uforsvarlige forretningsførelse ikke har kunnet konstateres uden nærmere undersøgelser eller kontrol, herunder ved undladelse af korrekt angivelse af moms og A-skat mv. I sådanne tilfælde, hvor selskabet reelt har været i dvale i en længere periode, betyder Højesterets kendelse af 13. januar 2016 (U 2016.1473H), at den eller de stråmænd, der formelt har fungeret som ledelse i den sidste periode, kan pålægges karantæne, uanset at der reelt ikke har været drift eller foretaget dispositioner af nogen betydning i 1-årsperioden. Den ledelse, der er fratrukket mere end 1 år før fristdagen, og som reelt er ansvarlige for den groft uforsvarlige forretningsførelse, kan imidlertid ikke pålægges karantæne (medmindre der undtagelsesvis kan føres bevis for, at vedkommende har fungeret som reel ledelse i 1-årsperioden).

Der kan formentlig peges på eksempler, hvor dette problem kunne have været afhjulpet ved rettidig og intensiv kontrol fra SKAT's side. Dette gælder imidlertid langt fra alle tilfælde. Hvis man endvidere ønsker at opretholde en rimelig balance i relation til SKAT's kontrolindsats – navnlig i forhold til den hovedpart af virksomheder, som generelt overholder deres forpligtelser i relation til angivelse og betaling af moms, A-skat mv. – vil det være mere hensigtsmæssigt at give adgang til at pålægge karantæne for en ledelse, som har udøvet groft uforsvarlig forretningsførelse i en periode, der ligger længere tilbage end 1 år før fristdagen.

2.

Der er ved at være opbygget en retspraksis, som fastlægger, hvornår der foreligger groft uforsvarlig forretningsførelse. I visse tilfælde forekommer retspraksis, navnlig på skifteretsniveau, mere vidtgående end hvad der umiddelbart fremgik af lovens forarbejder. Bedømmelsen af, om resultatet af denne retspraksis var til sigtet ved indførelsen af karantænereglerne eller eventuelt for vidtgående, er i det væsentligste et politisk spørgsmål. Højesterets kendelse af 22. august 2018 (i sag 14/2018) kan muligvis medføre en vis modifikation af denne praksis, men kendelsen angår navnlig den samlede afvejning mellem på den ene side kritiske forhold og på den anden side forhold, som taler imod at bedømme disse forhold som groft uforsvarlig forretningsførelse.

Der foreligger ikke i samme grad retspraksis om tilfælde, hvor det – trods konstatering af groft uforsvarlig forretningsførelse – er fundet urimeligt at pålægge karantæne. Enkelte afgørelser på skifteretsniveau om undladelse af at pålægge karantæne, fx for stråmænd, har været vanskeligt forståelige. Den ret beskedne

retspraksis om dette forhold kan tænkes at skyldes, at en del potentielle sager i denne "gråzone" aldrig er blevet iværksat.

I tillæg hertil bemærker vi, at der heller ikke lader til at foreligge retspraksis af nogen betydning angående spørgsmålet om, hvorvidt den pågældende må anses for uegnet til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed, jf. konkurslovens § 157, stk. 1. Der lader typisk til at være sat tilnærmelsesvis lighedstegn mellem det forhold, at der er konstateret groft uforsvarlig forretningsførelse i en virksomhed, og at ledelsen pålægges karantæne, jf. også at der ikke er omtale af denne distinktion i Konkursloven med kommentarer (Lindencrone og Ørgaard, 14. udgave), side 893 -903. Der lader ikke til at være opmærksomhed overfor eksempelvis forskellen mellem de pligter, der påhviler en direktør, jf. selskabslovens § 117-118, og pligterne påhvilende selskabets bestyrelse, jf. selskabslovens § 115, hvor det kan tænkes, at direktøren – navnlig hvis dette er foregået over en kortere periode – har udvist en adfærd, som tydeligt begrundes karantæne, mens det ikke nødvendigvis kan bebrejdes bestyrelsen, at der ikke er grebet ind heroverfor. I lovforslagets pkt. 4.1.1 er gengivet Konkursrådets eksempel med et professionelt bestyrelsesmedlem, som indtræder i ledelsen for en kriseramet virksomhed, hvor den pågældende som altovervejende hovedregel ikke vil have handlet uforsvarligt, selv om virksomheden går konkurs. Der er imidlertid ikke angivet retningslinjer for bedømmelsen af tilfælde, hvor et ledelsesmedlem generelt er kendt og anerkendt for en ordentlig adfærd, men i et enkeltstående tilfælde har været med i ledelsen for en virksomhed, hvor der muligvis er udvist groft uforsvarlig forretningsførelse.

3.

Afgrænsningen af, at karantæne alene kan pålægges ledelsen, forekommer ikke at være et lovgivningsmæssigt problem, men alene (i visse tilfælde) et bevismæssigt problem.

4.

Vi er ikke bekendt med eksempler på, at der efter indledning af retssag om karantæne er sket fyldestgørelse (eventuelt gennem særskilt aftale med et element af akkordering) af samtlige kreditorer, således at konkursbehandlingen kan slutes efter konkurslovens § 144.

Afslutning af konkursbehandlingen i medfør af konkurslovens § 144 vil næppe i sig selv være hindrende for at opretholde sagen om karantæne, jf. Østre Landsrets kendelse af 23. juni 2017 (FM 2017.214).

Ved Højesterets kendelse af 11. januar 2018 (U 2018.1435H) er det fastslået, at det ikke kan føre til en anden vurdering [af, at der var udvist groft uforsvarlig forretningsførelse, således at vedkommende måtte antages at være uegnet til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed], at der under konkursboets behandling var sket indfrielse af hovedparten af kreditorernes tilgodehavender. Ved den samlede afvejning, som skal finde sted, må det derfor antages, at der først og fremmest skal lægges vægt på dispositionerne foretaget (eller undladt), mens den pågældende deltog i ledelsen, og at efterfølgende forhold kun tillægges begrænset betydning.

Vi er imidlertid bekendt med, at der ind i mellem efter iværksættelse af en retssag om karantæne fremkommer tilbud om betaling af beløb af ikke uvæsentlig størrelse, fx til indfrielse af lån i strid med selskabslovens § 210, hvor tilbuddet er betinget af at retssagen om karantæne hæves. Bedømmelsen af, hvordan man skal håndtere sådanne tilbud, er reelt overladt til kurator, som ikke har noget klart mandat eller klare retningslinjer i fx lovens forarbejder. Uanset at det kan forekomme urimeligt ud fra en retssikkerhedsmæssig betragtning, at personer med adgang til midler – muligvis endda midler fragået selskabet og gemt af vejen fra retsforfølgende kreditorer – på denne måde kan købe sig fri af en mulig konkurskarantæne, mens andre ikke har samme mulighed, vil kurators afvejning ofte føre til, at et sådant tilbud imødekommes, navnlig hvis tilbuddet om betaling i væsentligt omfang modsvarer gælden anmeldt i konkursboet og hvis den uforsvarlige

forretningsførelse ikke er af betydeligt eller meget groft omfang. Der er i sådanne tilfælde lagt vægt på, at der herigennem sker en indirekte opfyldelse af et af formålene med reglerne om konkurskarantæne, nemlig at undgå eller begrænse kreditorernes tab.

5.

Gennem Østre Landsrets kendelser af 29. september 2017 (U 2018.1054Ø) og 21. december 2017 (FM 2018.68) det fastslået, at alene selskabslovgivningens koncernbegreb er afgørende for, hvornår der foreligger en koncern efter konkurslovens § 157, stk. 3. Det kan forekomme krænkende, at tilfælde som omtalt i Østre Landsrets kendelse af 21. december 2017 (FM 2018.68) anses for omfattet af koncernbegrebet, således at der alene pålægges én periode af karantæne. En eventuel ændring heraf vil formentlig forudsætte en lovændring. Omvendt må det imidlertid antages, jf. det anførte nedenfor, at personer som den pågældende alligevel reelt er immun overfor påvirkning gennem karantæner reglerne.

6.

Den generelle erfaring, i hvert fald indtil videre, er at reglerne kun i meget begrænset omfang hindrer konkursmisbrug og konkurskriminalitet. Den personkreds, som må antages at være den egentlige og primære målgruppe for reglerne, undgår at blive ramt af reglerne ved i stedet at anvende stråmænd, således at det er bevismæssigt særdeles vanskeligt at ramme de egentlige bagmænd. Selv i tilfælde, hvor det er lykkedes at pålægge denne personkreds karantæne, vil de i praksis fortsætte deres "virksomhed" gennem anvendelse af stråmænd.

Den potentielle personlige hæftelse for et selskabs gæld ved overtrædelse af en karantæne, jf. konkurslovens § 167, vil også kun have begrænset effekt, da disse personer i forvejen typisk har indrettet sig på at leve i kreditorly, således at ejerforholdet til aktiver mv. placeres hos familiemedlemmer eller andre "betroede" personer.

7.

Åbenhed om registeret over personer, der er pålagt konkurskarantæne, således at leverandører, samhandelspartnere m.fl. havde mulighed for at konstatere, at den pågældende var forbundet til et selskab, man overvejer at yde kredit til, ville formentlig have en vis – men ikke betydelig – effekt.

8.

Eventuel yderligere graduering af karantæneperioden vil formentlig kun have betydning, hvis der åbnes mulighed for meget lange karantæneperioder, eventuelt i form af karantæne "indtil videre". Vi er imidlertid opmærksomme på de potentielle retssikkerhedsmæssige betænkeligheder herved, sammenlignet med tilsvarende fradømmelse af rettigheder i forbindelse med en straffesag.

For personer, der som udgangspunkt søger bedst muligt at opfylde deres forpligtelser, og som kun involveres i en karantænesag på grund af en form for enkeltstående fejltagelse, eksempelvis professionelle bestyrelsesmedlemmer, vil selve pålægget af karantæne og den dermed forbundne stigmatisering formentlig være meget vigtigere end varigheden af karantæneperioden.

9.

De fleste stråmænd er enten personer, der har været udsat fra pression fra kriminelle, personer udsat for identitetstyveri (med eller uden de pågældendes kendskab hertil), eller personer med nær tilknytning til den egentlige ledelse. En eventuel straffebestemmelse i forhold til sådanne personer kan ikke antages at have nogen væsentlig præventiv effekt.

For så vidt angår erfaringer med reglerne om konkurskarantæne i øvrigt, bemærker vi, at det følger af konkurslovens § 125, stk. 3, jf. konkurslovens § 160, at kurator skal afgive en begrundet indstilling om, hvorvidt der skal indledes retssag om karantæne. Vi har erfaring med, at skifteretten i nogle få tilfælde har tilkendegivet overfor kurator, at der kunne være grundlag for en nærmere overvejelse om at indstille iværksættelse af retssag, henholdsvis at fremskynde arbejdet med en sådan indstilling. Vi er derimod ikke bekendt med tilfælde, hvor skifteretten har fundet en indstilling om at indlede sag om karantæne utilstrækkelig, forstået således at der på grundlag af selve indstillingen, skifterettens kendskab til konkursboet i øvrigt og skifterettens generelle erfaring ikke forekommer tilstrækkeligt grundlag for at pålægge karantæne. Vi er heller ikke bekendt med, at der er forekommet kæremål om skifterettens manglende imødekommelse af en indstilling, jf. konkurslovens § 160, stk. 1., 3. pkt. (modsætningsvis). Dette efterlader et indtryk af, at skifterettens kontrol af indstillinger om at indlede sag om karantæne er forholdsvis lemfældig, hvilket er retssikkerhedsmæssigt uheldigt, henset til den potentielt betydelige skadevirkning dette kan have for en person, der udsættes for en (ubegrundet) sag om karantæne.

Vi er opmærksomme på, at dette forhold i vidt omfang er adresseret i forarbejderne til konkurslovens § 160, herunder det anførte i lovforslaget om, at skifteretten kun bør tilsidesætte kurators indstilling, hvis denne er åbenlyst forkert. Alene iværksættelsen af en sag om karantæne, henholdsvis omtalen af en sådan sag med navns nævnelser i kurators redegørelser, kan imidlertid potentielt have stor skadevirkning for den, der udsættes for en sag om karantæne - navnlig i tilfælde hvor den pågældendes arbejde eller virksomhed (fx professionelle bestyrelsesmedlemmer eller rådgivere i øvrigt) er baseret på tillid og omdømme. Dette indeholder efter vores opfattelse ikke tilstrækkelig hensyntagen til de personer, der er mulig genstand for en sag om karantæne. Dette gælder så meget desto mere - også appearancemæssigt - når der som udgangspunkt intet er i vejen for, at den samme person, der har tiltrådt kurators indstilling, kan tage stilling til selve sagen.

Vi har endvidere kendskab til, at der i hvert fald i Sø- og Handelsrettens skifteret er sket en ophobning af karantænesager, som enten ikke fremmes eller ikke afgøres inden for rimelig tid. Der foreligger tilfælde, hvor der (i modstrid med principperne indeholdt i retsplejelovens § 219, jf. konkurslovens § 243, jf. konkurslovens § 160, stk. 2) først er truffet afgørelse i sager behandlet på skriftligt grundlag omkring et år efter skriftvekslingens afslutning og optagelse af sagerne til afgørelse. Tilsvarende foreligger der tilfælde, hvor der mere end et år efter skifterettens meddelelse om at have sendt kurators processkrift til forkyndelse ikke foreligger oplysning om en eventuel forkyndelse eller om behandling af sagen i øvrigt. Dette forekommer uheldigt, både i forhold til den specialpræventive effekt, som reglerne er tiltænkt, i forhold til de personer, som bør pålægges karantæne, og i forhold til personer, som muligt med urette er sagsøgt under en karantænesag.

København, den 14. september 2018
På vegne Kuratorforeningen

Søren Aamann Jensen