

Selskabslovens tilbagebetalingsregler som et alternativ til konkurslovens omstødelsesregler – med vinkler på modregning og forældelse

- ♦ *Selskabslovens tilbagebetalingsregler kan efter omstændighederne udgøre et velegnet alternativ til konkurslovens omstødelsesregler. En utrykt dom fra Østre Landsret er et konkret eksempel på, at SL § 194, stk. 1 (i kombination med SL § 127, stk. 1), anvendes for at opnå et – fra boets perspektiv – bedre resultat end det, der alternativt fulgte af KL § 64, stk. 1 og 2. Sagen giver imidlertid også anledning til at overveje, hvilke retlige konsekvenser der i øvrigt kan være forbundet med at anvende SL's tilbagebetalingsregler i situationer, de som udgangspunkt ikke er indrettet til. Er der for eksempel en videre adgang til at modregne i selskabsretlige tilbagebetalingskrav end i konkursretlige omstødelseskrav? Eller er der en risiko for, at det tilbagebetalingskrav, som boet ønsker at gøre gældende som et alternativ til et omstødelseskrav, er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende?*¹

Af advokatfuldmægtig Mikkel Tyrri Hvidkjær, advokatfirmaet Poul Schmith

1. INDLEDNING

Uden for konkurs vil der ofte bestå en sædvanlig strøm af transaktioner mellem et selskab og dets kapitalejere. I en efterfølgende konkurs kan de samme (formue)overførsler dog rejse særlige betænkeligheder. Det gik jo – retrospektivt – så galt, som det overhovedet kunne for det konkursramte selskab, og selskabsledelsen har måske ladet sig friste til at tilgodese kapitalejerne frem for (tvangs)kreditorene i anledning af det økonomiske sammenbrud. Hvis kurator som led i den almindelige bobehandling således konstaterer uberettigede dispositioner, der er foretaget på selskabets og (ultimativt) kreditorenes bekostning, rejser spørgsmålet sig, om disse kan repareres?

Kurators kerneværktøjer til brug for reparationsopgaven er placeret i konkurslovens ("KL") kap. 8 om omstødelse. Der findes imidlertid også alternative værktøjer, som kurator kan anvende i værnet mod uberettigede dispositioner. I konkurs succederer boet i skyldnerselskabets retsstilling, hvorved kurators værktøjskasse udvides til at omfatte (bl.a.) de bestemmelser i selskabsloven ("SL"), som på forskellig vis begrænser ledelsens handlefrihed (i det omfang selskabet er et kapitalselskab, der er omfattet af SL).

Østre Landsrets (utrykte) dom af 26. juni 2020 i sag BS-30668/2019-OLR (herefter "lejlighedssagen") er et konkret eksempel på, at SL's tilbagebetalingsregler efter omstændighederne udgør et velegnet alternativ til KL's gaveomstødelsesregler – og kan samtidig bidrage til at illustrere rækkevidden af det ene henholdsvis andet regelsæt. Dommen giver imidlertid også anledning til at overveje, hvilke retlige konsekvenser der kan være forbundet med at anvende SL's tilbagebetalingsregler i situationer, de som udgangspunkt ikke er indrettet til. Er der for eksempel en videre adgang til at modregne i selskabsretlige tilbagebetalingskrav end i konkursretlige omstødelseskrav? Eller er der en risiko for, at det tilbagebetalingskrav, som boet ønsker at gøre gældende som et alternativ til et omstødelseskrav, er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende?

Artiklen indledes med en kort introduktion til lejlighedssagens retlige baggrund (afsnit 2). I lyset af den retlige baggrund – og med reglernes baggrund og formål in mente – gennemgås sagens faktiske omstændigheder (afsnit 3). Herefter følger en analyse af, hvilken konkret betydning det kan have, om kurator vælger at anvende SL's tilbagebetalingsregler eller KL's omstødelsesregler. Endeligt følger en undersøgelse af hvilke retlige konsekvenser der i øvrigt kan være forbundet med at anvende SL's tilbagebetalingsregler i situationer, de som udgangspunkt ikke er indrettet til – med fokus på om boets krav er ophørt helt eller delvist som følge af modregning (afsnit 4.1) eller forældelse (afsnit 4.2).

2. DEN RETLIGE BAGGRUND

2.1 Konkurslovens omstødelsesregler

2.1.1 Kort om konkurslovens § 64

Konkursens overordnede formål er at sikre, "[...] at [skyldnerens] midler anvendes til ligelig fyldestgørelse af [skyldnerens] kreditorer".² Hvis konkursens formål udfordres – og ligelighedsprincippet tilsidesættes – kan kurator retroaktivt bringe omstødelsesreglerne til anvendelse og genoprette den ligelige fordeling ved at tilpligte den begunstigede til at fralægge sig den berigelse, han har opnået, jf. KL § 75, stk. 1, henholdsvis svare erstatning efter almindelige regler, jf. KL § 76.

Gaveomstødelsesreglen i § 64, stk. 1, er objektiv, hvorved forstås, at omstødelse ikke kan afværges ved at føre bevis for, *enten* at skyldneren ikke var eller ved dispositionen blev insolvent, *eller* at medkontrahenten havde ukendskab til skyldnerens insolvens.³ I KL § 64, stk. 2 og 4, udvides omstødelsesfristen efter omstændighederne, men dog på bekostning af den objektivisering, der kendes fra stk. 1.

Gavebegrebet i konkurs – hvis indhold fortsat er noget usikkert – skal fastlægges "[...] med udgangspunkt i det civilretlige gavebegreb", men under hensyntagen til, "[...] at formålet med reglerne

¹ Artiklen er en omarbejdet version af mit speciale, som blev indleveret i juni 2023. Tak til professor Lasse Højlund Christensen for kyndig vejledning i den forbindelse. Også tak til advokat Lasse Søllingvraa Ibsen og advokat, Ph.d., Julie Bryske Møller Nielsen (begge advokatfirmaet Poul Schmith) for oprindeligt at introducere mig for emnet.

² Bet. 1971:606, s. 89.

³ Bet. 1971:606, s. 140.

om omstødelse i konkurslovens § 64 er at beskytte boets kreditorer”, jf. U 2022.907 H. Der er enighed om, at gavebegrebet indeholder et rent objektivt krav om formueforskydning fra gavegiver til modtager,⁴ mens de subjektive krav er mere omdiskuterede. Der ses imidlertid at være en tendens til at anvende et mere objektivt gavebegreb i dispositions miljøer, hvor risikoen for kreditorunddragelse gennemsnitligt er høj – f.eks. overdragelser mellem personligt nærtstående eller ved personsammenfald på giver- og modtagerside (se bl.a. U 2015.2219 H, U 2009.1796 H, U 1993.898 H).⁵

Skyldneren vil i visse tilfælde forsøge at skjule eller camouflere gavementet – f.eks. ved en aktivoverdragelse til underpris eller en aktivhvervelse til overpris. Gaveomstødesreglen finder også anvendelse, når gavementet søges skjult i en sådan gensidigt bebyrdende aftale, jf. Bet. 1971:606, s. 144, samt U 2009.1796 H, U 2007.551 H og U 2007.2772 H.

2.2 Selskabslovens generalklausul(er)

2.2.1 Formål og baggrund

Selskabslovens generalklausuler fastsætter materielle begrænsninger i kapitalejernes (SL § 108) henholdsvis ledelsens (SL § 127, stk. 1) handlefrihed med henblik på at sikre, at disse ikke udnytter deres position i selskabet til at skaffe sig utilbørlige fordele på selskabets eller (andre) kapitalejeres bekostning.⁶

2.2.2 Kort om selskabslovens § 127

Generalklausulen i SL § 127, stk. 1, 1. pkt., beskytter kort sagt mod, at selskabsledelsen disponerer på en måde, hvorved en selskabsdeltager eller tredjemand vedlagsfrit opnår en formuefordel, der fragår andre kapitalejere eller selskabet som sådan – dvs. en beskyttelse mod uretmæssige formueforskydninger i og ud af selskabet.⁷

Bestemmelsen har således to beskyttelsessubjekter – kapitalejerne og kapital selskabet som sådan – og forudsætter derved, at selskabets (egen)interesse ikke nødvendigvis er sammenfaldende med kapitalejernes kollektive interesse.⁸ Begrebet “*selskabets egeninteresse*” skal som udgangspunkt forstås som kapitalejernes kollektive interesse i selskabet.⁹ Der er imidlertid tale om et dynamisk begreb, hvis indhold ændrer sig i takt med, at selskabet nærmer sig insol-

vens. I insolvenstilfælde har kapitalejerne tabt deres indskud i selskabet, hvorfor kreditorernes kollektive interesse træder i forgrunden og fortrænger kapitalejernes tilsvarende interesse.¹⁰ Således opnår generalklausulerne (i hvert fald) i insolvenstilfælde et kreditorbeskyttende sigte.

2.3 Selskabslovens kapitalafgangsregler

2.3.1 Formål og baggrund

Formålet med regler til beskyttelse af kreditorerne, herunder SL's regler om kapitalafgang, er at værne om kreditorernes krav mod selskabet, og “[...] skal særligt sikre mod, at dispositioner alligevel medfører, at midler ledes over til aktionærer, eller at midler ledes over til andre med den konsekvens, at kreditorernes krav ikke kan opfyldes”.¹¹

2.3.2 Kort om selskabslovens § 179

SL § 179, stk. 1, fastslår udtømmende, i hvilket omfang der kan ske overførsler af midler fra et selskab til dets kapitalejere, jf. bestemmelsens ordlyd (“kun”).¹² Beslutningskompetencen er som udgangspunkt hos generalforsamlingen, jf. SL § 180, stk. 1, 1. pkt., dog således, at der ikke må besluttes udlodning af højere udbytte end tiltrådt af (typisk) bestyrelsen, jf. SL § 180, stk. 1, 2. pkt.

2.3.3 Kort om selskabslovens § 194

SL § 194, stk. 1, fastslår en – som udgangspunkt – objektiv tilbagebetalingspligt for kapitalejere, der har modtaget udbetaling(er) i strid med SL's regler, jf. bestemmelsens ordlyd (“skal”).¹³ Det ulovligt udbetalte skal tilbagebetales tillige med den rente, der er fastsat efter rentelovens § 5, stk. 1 og 2, med et tillæg af 2 %.¹⁴ Hvis udbetalingen kvalificeres som en egentlig udlodning af udbytte, gælder tilbagebetalingspligten kun, hvis kapitalejeren var i ond tro (viden eller burde-viden) om udbetalingens lovlighed, jf. SL § 194, stk. 1, 2. pkt., modsætningsvist.¹⁵

Tilbagebetalingsreglen finder selvsagt anvendelse, hvis en udbetaling strider mod reglerne om kapitalafgang i SL kap. 11. Tilbagebetalingsreglen gælder imidlertid også ved udbetalinger, der krænker andre bestemmelser i SL's øvrige kapitler (herunder f.eks. §§ 45, 108 eller 127), jf. bestemmelsens ordlyd (“i strid med be-

4 Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl.: Konkurs (3. udg., 2023), s. 404 (*Konkurs*), Anders Ørgaard: Konkursret (13. udg., 2022), s. 101 (*Konkursret*), Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard: Konkursloven med kommentarer (15. udg., 2022), s. 643 f. (*KL med kommentarer*), Peter Møgelvang-Hansen og Jakob Juul-Sandberg: Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret (9. udg., 2022), s. 340 (*Kreditorforfølgning*).

5 Bet. 1971:606, s. 142, om formodning for (delvis) gave ved overdragelse til underpris ml. far og søn. Se desuden Konkurs, s. 404 f., Konkursret, s. 102, KL med kommentarer, s. 643 ff. (tvivlsom), Kreditorforfølgning, s. 341.

6 Jan Schans Christensen: Kapitalselskaber – Aktie- og anpartsselskabsret (6. udg., 2021), s. 152 ff. (*Kapitalselskaber*).

7 Bestemmelsen viderefører den tidligere aktieselskabslovs § 63 (lov nr. 370 af 13. juni 1973 om aktieselskaber) og anpartsselskabslovs § 27 (lov nr. 378 af 22. maj 1996 om anpartsselskaber). Der er ikke med indførslen af SL § 127 tilsigtet materielle ændringer i forhold til de hidtidige bestemmelser i ASL og ApSL, jf. Bet. 2008:1498, s. 913 ff.

8 Lars Bunch og Jan Schans Christensen, “Selskabets egeninteresse - navnlig set i lyset af selskabslovens generalklausuler”, Ugeskrift for Retsvæsen 2011B, s. 1 (*U.2011B.1*).

9 Ibid., s. 2.

10 Bet. 1964:362, s. 187, og U 2011B.1 (s. 3).

11 Bet. 2008:1496, s. 68.

12 Bestemmelsen viderefører den tidligere aktieselskabslovs § 109 (lov nr. 370 af 13. juni 1973 om aktieselskaber) og anpartsselskabslovs § 44 (lov nr. 378 af 22. maj 1996 om anpartsselskaber).

13 Bestemmelsen viderefører den tidligere aktieselskabslovs § 113 (lov nr. 370 af 13. juni 1973 om aktieselskaber) og anpartsselskabslovs § 48 (lov nr. 378 af 22. maj 1996 om anpartsselskaber). Der er ikke med indførslen af SL § 194 tilsigtet materielle ændringer i forhold til de hidtidige bestemmelser i ASL og ApSL, jf. Bet. 2008:1498, s. 1010. For aktieselskabers vedkommende er SL § 194 en gennemførsel af rådets andet direktiv af 13. december 1976 (2. selskabsdirektiv) og bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med artikel 57 i direktiv 2017/1132/EU.

14 Ifølge rentelovens § 5, stk. 1, 1. pkt., fastsættes renten til en årlig rente, der svarer til den fastsatte referencesats (svarende til den officielle udlånsrente, jf. 2. pkt.) med et tillæg på 8 %. Pr. 15. september 2023 udgør den officielle udlånsrente 3,75 %, jf. <https://www.nationalbanken.dk/da/markedsinfo/officiellerentesatser/sider/default.aspx>. Den samlede (mora)rentesats udgør således 11,75 % p.a.

15 Kapitalselskaber, s. 610.

stemmelserne i denne lov” og ikke “i strid med bestemmelserne i dette kapitel”).¹⁶

Også kapitalejerne vil i visse tilfælde søge at skjule eller maskere en udlodning af midler – f.eks. via transaktioner mellem kapitalejeren og selskabet, hvor der handles til under- eller overpris, eller ved at selskabet afholder udgifter på kapitalejerens vegne, der er selskabet uvedkommende. Denne type transaktioner er efter omstændighederne omfattet af tilbagebetalingspligten i SL § 194, stk. 1, og de er som udgangspunkt ulovlige.¹⁷ Udgangspunktet for den selskabsretlige bedømmelse af, om kapitalejeren har opnået en (helt eller delvist) vederlagsfri formuefordel, er, om ydelsen er givet på mere fordelagtige vilkår, end hvis der var tale om en ydelse til tredjemand, jf. U 1997.444 H.¹⁸ Se desuden U 2006.3050 H, som vedrører den hidtidige bestemmelse i ASL 1973 § 113, men hvor lignende synspunkter kunne være gjort gældende i forhold til SL § 194.¹⁹

Transaktionens ulovlighed er imidlertid ikke betinget af, at SL's materielle regler (f.eks. forsvarlighedskravet, jf. SL § 179, stk. 2, 1. pkt.) er overtrådt.²⁰ En overtrædelse af SL's formelle regler (f.eks. kravet om generalforsamlingsbeslutning, jf. SL § 182, stk. 1, 1. pkt.) er med andre ord tilstrækkelig til at begrunde ulovlighed eo ipso.²¹

Gennemgangen af lejlighedssagens retlige baggrund illustrerer sammenfattende, at de omtalte regler i et eller andet omfang forfølger et fælles formål: At forebygge forekomsten af og værne mod uberettigede formueforskydninger til skade for selskabet og (ultimativt) kreditorerne.²² Idet formålet bag og anvendelsesområdet for de omtalte bestemmelser i nogen grad overlapper, er der grundlag for at undersøge, om SL's regler kan anvendes alternativt i konkurs – og om de i givet fald kan tilbyde boet et bedre resultat eller (omvendt) frembyder særlige risici. Lejlighedssagen er illustrativ for denne undersøgelse.

3. ANALYSE AF LEJLIGHEDSSAGEN

3.1 Introduktion til sagens faktiske omstændigheder

Lejlighedssagen angik A, der var direktør for og eneejer af det konkursramte selskab B A/S, og dennes dispositioner på vegne af B A/S i relation til en af A privatejet lejlighed. Forud for B A/S' konkurs erhvervede A (personligt) en seksværelses ejerlejlighed og indgik umiddelbart herefter – som udlejer – to lejekontrakter med henholdsvis B A/S og A's datter, C.

Af lejekontrakten indgået mellem A som udlejer og B A/S som lejer, fremgik, at selskabet lejede 3,5 værelse af A. Den månedlige husleje udgjorde ifølge kontrakten kr. 10.350, og formålet med lejemålet var ifølge kontrakten “[afholdelse af] møder ad hoc samt forretningsmæssigt kontor/ophold”.

Af lejekontrakten indgået mellem A som udlejer og A's datter, C, som lejer, fremgik, at C lejede 1,5 værelse af A. Den månedlige husleje udgjorde ifølge kontrakten kr. 3.050, og C havde ifølge kontrakten brugsret til bl.a. køkken, bad og stue.

Det under sagen omtvistede hovedspørgsmål var, om B A/S under konkurs havde et krav mod (tidligere) direktør og eneejer, A, i anledning af en række huslejebetalinger, som B A/S – før konkursen – havde erlagt til A.

B A/S under konkurs udtog stævning mod A med påstand om, at A skulle betale kr. 248.400,00 (svarende til 24 måneders huslejebetalinger á kr. 10.350) til konkursboet. Til støtte herfor gjorde boet overordnet gældende, (1) at lejekontrakten med B A/S var ugyldig, jf. SL § 127, stk. 1, (2) at B A/S' huslejebetalinger udgjorde omstødelige gavedispositioner, jf. KL § 64, stk. 1, jf. stk. 2, og (3) at A skulle tilbagebetale de modtagne beløb, jf. SL § 194, stk. 1, og KL § 75. A påstod frifindelse.

3.2 Den faktiske bedømmelse efter selskabslovens § 127

Landsretten indledte sin begrundelse med en præsentation af sagens hovedspørgsmål: Var de af A foretagne dispositioner i forbindelse med udlejningen af lejligheden i strid med SL § 127? Herefter bemærkede retten, at den omhandlede lejlighed var registreret til beboelse, at lejligheden var købt af A (personligt) og straks blev udlejet til selskabet uden bestyrelsens involvering, at A straks indgik en lejeaftale med sin datter (inkl. brugsret til selskabets lejemål), at A havde rådighed over ét ubenyttet værelse og at lejligheden tydeligt bar præg af at være indrettet til beboelse.

Under disse omstændigheder fandt Landsretten, at det påhvilede A at godtgøre, at lejeaftalen med selskabet var “forretningsmæssigt begrundet”, dvs. en omvendt bevisbyrde.²³ Landsrettens formulering må forstås således, at i det omfang aftalen ikke var forretningsmæssigt begrundet, var den i strid med selskabets (egen)interesse og dermed SL § 127, stk. 1. Terminologisk anvender Landsretten i det hele taget “selskabets interesse” synonymt med “forretningsmæssig begrundelse”.

Til støtte for frifindelsespåstanden gjorde A gældende, at lejeaftalen havde sparet selskabet mere end kr. 500.000, og at den udelukkende blev indgået i selskabets interesse og med henblik på at opfylde selskabets behov for at have adgang til kontor- og mødefaciliteter samt overnatningsmuligheder i København.

Under henvisning til sagens konkrete omstændigheder tilsidesatte Landsretten delvist A's forklaring. Landsretten fandt samlet set ikke, at A havde ført bevis for, at lejeaftalen blev indgået i selskabets interesse. A havde derimod gennem lejeaftalen skaffet sig en utilbørlig fordel på bekostning af selskabet. Aftalen var som følge heraf ugyldig og i strid med SL § 127, hvorfor A blev tilpligtet at betale kr. 188.400⁽²⁴⁾ til B A/S under konkurs.

¹⁶ Til støtte herfor se Lars Bunch og Søren Corfixsen Whitt: Selskabsloven med kommentarer (3. udg., 2018), s. 833 (SL med kommentarer; Bunch & Whitt), Theis Wormslev, “Selvfinansiering og bestyrelsesansvar i praksis - i kontekst af lånefinansierede opkøb”, Revision & Regnskabsvæsen, november 2020, s. 82 (4, note 10).

¹⁷ Bet. 2008:1498, s. 988.

¹⁸ Poul Krüger Andersen: Aktie- og anpartsselskabsret – Kapitalselskaber (15. udg., 2021), s. 335 (Aktie- og anpartsselskabsret).

¹⁹ SL med kommentarer, Bunch & Whitt, s. 833.

²⁰ Bet. 2008:1498, s. 988.

²¹ Til støtte herfor se Giertsen i Henrik Dam m.fl. (red.): Jura og Historie – Festskrift til Inger Dübeck som forsker (2003), s. 315 (Jura og Historie).

²² Til støtte herfor se også Jura og Historie, s. 318.

²³ Bevisbyrdeletelsen har lighedstræk med den, der tilkommer boet efter KL § 64, stk. 2, hvorefter den begunstigede skal godtgøre, at skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen af gaven blev insolvent og utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser, jf. bestemmelsens ordlyd (“medmindre”).

⁽²⁴⁾ Svarende til summen af de erlagte huslejebetalinger inden for toårsperioden (kr. 248.400) fratrukket rettens skønsmæssige opgørelse af værdien af selskabets brug af lejligheden (kr. 60.000).

Retten omtalte ikke SL § 194, stk. 1, i sin begrundelse på trods af, at betingelserne for at bringe bestemmelsen til anvendelse var opfyldt. Årsagen hertil var sandsynligvis, at bestemmelsen henstod overflødig i det konkrete tilfælde. Tilbagebetalingspligten fulgte nemlig allerede af ugyldighedslæren og det almindelige restitutionssprincip. SL § 194, stk. 1, ville heller ikke havde tilføjet andet og mere til resultatet end det almindelige restitutionssprincip, idet kurator ikke under sagen havde påberåbt sig den særlige morarentesats i SL § 194, stk. 1.²⁵

3.3 Den alternative bedømmelse efter konkurslovens § 64

Der ses også – måske endda mere nærliggende for de fleste – at have været grundlag for at rejse et omstødelseskrav efter KL § 64, stk. 1 og 2. Ved hjælp af en alternativ bedømmelsessituation undersøges det i det følgende, hvad der kan have fået kurator til principalt at fravælge KL's omstødelsesregler til fordel for SL's tilbagebetalingsregler.

De almindelige omstødelsesbetingelser var opfyldt, idet (1) skyldneren var under konkurs, (2) dispositionen gav andre end kreditorerne en fordel på kreditorernes bekostning, (3) huslejebetalingerne blev foretaget inden for den subjektive frist på 24 måneder, jf. KL § 64, stk. 2, 2. pkt., og (4) retssagen blev anlagt indenfor 1-års-fristen i KL § 81, stk. 1, 1. pkt.

Anvendelsen af KL § 64, stk. 2, 2. pkt., er endvidere betinget af, at de specielle betingelser er opfyldt, herunder at der foreligger en gave i bestemmelsens forstand. Gaveomstødelsesreglen omfatter ikke alene gaver i traditionel forstand, men finder også anvendelse, når gavemomentet søges skjult i en gensidigt bebyrdende aftale, jf. herom afsnit 2.1.1.

I nærværende tilfælde kan der konstateres et sammenfald mellem gavegiver og -modtager. A disponerede som giver (i sin egenskab af direktør i B A/S) og som modtager (i sin egenskab af personlig ejer af lejligheden). A var ultimativ ene-ejer af B A/S og dermed nærtstående til selskabet, jf. KL § 2, nr. 2. I sådanne tilfælde har domstolene i en række domme uden videre konstateret gave, når der foreligger en formueforskydning, jf. bl.a. U 2015.2219 H, U 2009.1796 H og U 2007.551 H.²⁶ Der forelå derfor en formueforskydning med karakter af gave på kr. 188.400.

De almindelige og specielle omstødelsesbetingelser, jf. KL § 64, stk. 2, 2. pkt., var således umiddelbart opfyldt – i hvert fald under forudsætning af, at den begunstigede ikke kunne føre bevis for skyldnerens dobbeltsolv. Og det var formentlig her, at kurator stoppede op og overvejede sin processtrategi grundigt.

Gaver til skyldnerens nærtstående kan omstødes, hvis gaven er fuldbyrdet senere end to år før fristdagen, “[...] *medmindre det godtgøres, at skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen blev insolvent og utvivlsomt havde tilstrækkelige midler til at dække sine forpligtelser*”, jf. KL § 64, stk. 2, 2. pkt., jf. 1. pkt. (min fremhævelse). Hvis den begunstigede (in casu A) kunne føre dobbeltsol-

vensbevis, kunne vedkommende således have afværget den del af omstødelseskravet, der rakte ud over den objektive omstødelsesfrist på seks måneder (som er ubetinget af insolvens).

Fra kurators synspunkt betød dette, at boet ville risikere, at kravet blev forringet fra kr. 188.400 til kr. 62.100 (svarende til seks månedlige huslejebetalinger á kr. 10.350).²⁷ Det er boet, der vælger den processuelle fremgangsmåde, og det er ligeledes boet, der bærer procesrisikoen for dette valg.²⁸ Således risikerede kurator potentielt et erstatningsansvar, hvis der (principalt) blev procederet på KL § 64, stk. 2, frem for SL § 127, stk. 1, smh. SL § 194, stk. 1.²⁹ En gennemgang af B A/S' årsrapporter afslører da også, at det – i det konkrete tilfælde – ikke var usandsynligt, at den begunstigede (A) kunne have løftet bevisbyrden for B A/S' dobbeltsolv.

Om en lignende situation, hvor solvens også var til hinder for gaveomstødelse, se U 1997.444 H (omtalt ovenfor under afsnit 2.3.3). Boet fik ikke medhold i, at der kunne ske omstødelse af fire dispositioner efter KL's regler, da det ikke fandtes godtgjort, at skyldner var eller blev insolvent ved dispositionernes foretagelse. Boet fik imidlertid medhold i, at der – for så vidt angik én af dispositionerne – forelå en uddeling af selskabets midler i strid med ASL § 109 (nugældende SL § 179, stk. 1), således at beløbet skulle tilbagebetales til boet, jf. ASL § 113, stk. 1 (nugældende SL § 194, stk. 1). Se også U 2014.318 V (byrettens dom).

Lejlighedssagen er et konkret eksempel på, at SL § 194, stk. 1 (i kombination med SL § 127, stk. 1) kan anvendes som et alternativ til KL's gaveomstødelsesregel, jf. KL § 64, for derved at opnå et – fra boets perspektiv – bedre resultat. Samtidig kan sagen anvendes til at demonstrere, at der i almindelighed består et vist overlap mellem formålet bag og anvendelsesområdet for de omtalte bestemmelser. Det kan imidlertid også konstateres, at der er forskel på bestemmelsesernes rækkevidde.

En kernefordel ved SL's regelsæt er, at boet (som successor efter skyldner) kan fremkalde omstødelseslignende retsvirkninger i forhold til dispositioner, der blev foretaget uden for de objektive omstødelsesfrister på et tidspunkt, hvor skyldneren var både sufficient og likvid (eller – måske mere relevant i praksis – ikke var beviseligt insufficient og illikvid). Dertil kommer nok så væsentligt, at tilbagebetaling af det ulovligt udbetalte skal ske tillige med almindelig procesrente og et rentetillæg på 2 %, som beregnes allerede fra udlodningstidspunktet (og ikke først fra sagens anlæg).³⁰ Derudover er retsvirkningen ikke – som ved omstødelse – begrænset på forskellig vis, smh. KL §§ 75-80.

SL's fordele kommer dog ikke uden risici, og sagen giver endeligt anledning til at overveje, hvilke retlige konsekvenser der kan være forbundet med at anvende SL's regler i situationer, de som udgangspunkt ikke er indrettet til. Hvis tilbagebetalingsreglen påberåbes i kombination med SL § 127, stk. 1, skal boet f.eks. løfte den – sammenlignet med gavebegrebet i KL § 64 – typisk tungere bevisbyrde for, at der er foretaget en disposition, der er “åbenbart egnet til at skaffe visse kapitalejere eller andre en utilbørlig fordel på andre kapitalejeres eller kapital-selskabets bekostning”.

²⁵ Om en lignende situation se U 2001.1329 H, hvor et anpartsselskab vederlagsfrit overdrog inventar og varelager til eneanpartshaveren. Overdragelserne blev omstødt som gave, jf. KL § 64, stk. 2, men det kunne også have været nærliggende at procedere på SL § 194, stk. 1 (evt. i kombination med SL § 127, stk. 1). Til støtte herfor se Jura og Historie, s. 333.

²⁶ Konkurs, s. 410.

²⁷ Værdien af selskabets brug af lejligheden inden for 6-månedersperioden skal rettelig fragå ved opgørelsen af tabet. Det kan imidlertid ikke udledes af rettens skønsmæssige værdiopgørelse, i hvilket omfang selskabet har benyttet lejligheden inden for den relevante periode, hvorfor nytteværdien ikke er taget i betragtning ved det hypotetiske regneeksempel.

²⁸ Konkurs, s. 383.

²⁹ En nærmere behandling af kurators mulige (erstatnings)ansvar falder uden for nærværende artikel. Se herom Pernille Bigaard og Victoria Grevit Eriksen, “Kurators ansvar”, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2016, s. 79 (inkl. yderligere henvisninger).

³⁰ Hvis det samlede tilbagebetalingskrav består af flere særskilte udlodninger – som det f.eks. var tilfældet med huslejebetalingerne i lejlighedssagen – skal renten beregnes fra tidspunktet for hver enkelt udlodning.

Det bør også tages i betragtning, om der består en videre adgang til at modregne i selskabsretlige tilbagebetalingskrav end i konkursretlige omstødelseskra­v? Eller om der er en risiko for, at det tilbagebetalingskrav, som boet ønsker at gøre gældende som et alternativ til et omstødelseskra­v, er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende?

4. SELSKABSLOVENS ALTERNATIVER – NOGLE RISICI?

4.1 Modregningsadgang

Det overordnede spørgsmål, der undersøges i det følgende, er, om der er forskel på adgangen til at modregne i konkursretlige omstødelseskra­v henholdsvis selskabsretlige tilbagebetalingskrav.³¹ For at besvare spørgsmålet er det nødvendigt at rejse to delspørgsmål, jf. afsnit 4.1.1 – 4.1.2.

4.1.1 Omstødelseskra­v efter konkursloven

Det første delspørgsmål er, om den begunstigede kan modregne med krav på skyldneren i omstødelseskra­v efter KL tilhørende skyldneren under konkurs?

Den begunstigede kan ikke efter KL § 42 modregne med sit fulde krav på skyldneren i omstødelseskra­v tilhørende skyldneren under konkurs, jf. Bet. 1971:606, s. 111: “*Sker der omstødelse af en betaling, kan den, der skal betale noget tilbage til boet og samtidig har en fordring i boet, ikke foretage modregning [...]*” (se også U 1927.651 H, U 1979.446 Ø og U 1997.611 V).³²

Hvis modregning over for boets omstødelseskra­v var tilladt fuldt ud, ville formålet med omstødelse – at tilbageføre begunstigelsen til konkursboet – være forspildt.³³ KL § 42 regulerer imidlertid ikke modregningsadgangen med dividenden af et konkurskrav, og efter omstændighederne kan den begunstigede modregne med dividende­kravet efter de almindelige regler om tvungen modregning, jf. U 1995.28/2 H.³⁴ Formålet med omstødelse udfordres ikke i dette tilfælde, idet den, der modregner, ikke opnår en uberettiget fordel på de andre kreditors bekostning.³⁵

Modregning efter de almindelige regler forudsætter, at de almindelige betingelser om tvungen modregning er opfyldt, herunder bl.a. at modkravet (dividende­kravet) er forfaldent. Det aktualiserer spørgsmålet om, hvornår dividende­krav forfalder til betaling? I medfør af U 2013.2390 H må det antages, at dividende­kravet er forfaldent, når der er udarbejdet udkast til regnskab og udlodning, jf. KL § 152, eller der er truffet bestemmelse om acontoudlodning af dividende, jf. KL § 145, stk. 3.³⁶ Efter dette tidspunkt kan den begunstigede således modregne sit dividende­krav i boets omstødes­krav – forudsat de øvrige betingelser er opfyldt.

4.1.2 Tilbagebetalingskrav efter selskabsloven

Det andet delspørgsmål er, om den begunstigede kan modregne med krav på skyldneren i tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1, tilhørende skyldneren under konkurs?

Det fremgår af SL § 194, stk. 1, at en udbetaling til en kapitalejer, der er sket i strid med bestemmelserne i SL, skal “*tilbagebetales*” af vedkommende kapitalejer. Ordlyden efterlader imidlertid tvivl om, hvorvidt tilbagebetalingspligten kan opfyldes gennem modregning, eller om vedkommende kapitalejer er afskåret fra at “*tilbagebetale*” den ulovlige udbetaling ved at modregne sin fordring mod det konkursramte selskab i boets tilbagebetalingskrav.

Udvalget til Modernisering af Selskabsretten tog ikke stilling til spørgsmålet i forbindelse med de specielle bemærkninger til udvalgets udkast til lovforslagets § 194.³⁷ SL § 194 viderefører nogle bestemmelser i de tidligere aktie- og anpartsselskabslove, hvorfor de dertilhørende forarbejder også må anses for relevante fortolkningsbidrag. Anpartsselskabsloven af 1996 (“ApSL 1996”) byggede i det væsentligste på Bet. 1993:1251, der dog heller ikke indeholder nogle relevante bidrag til fortolkningen. Lovforslaget som fremsat – og de heri indeholdte bemærkninger – bidrager ej heller til yderligere i denne sammenhæng.³⁸ ASL 1973, der i det væsentligste byggede på forslagene i Bet. 1969:540 (se f.eks. s. 157) og Bet. 1964:362, yder heller ikke nogen hjælp.

Under lejlighedssagen gjorde A imidlertid for byretten gældende, at vedkommende havde et berettiget løntilgodehavende i B A/S hidrørende fra tiden forud for konkursen, som A kunne modregne i B A/S’ tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1.³⁹ Heroverfor gjorde boet gældende, at “[e]n sådan modregning ville indebære en forrykkelse af kreditorernes stilling i strid med det konkursretlige lighedsprincip, som netop skal beskytte boets øvrige kreditorer mod uberettigede dispositioner”. Retten afviste A’s modregningsadgang med en lakonisk begrundelse: “*Der er henset til det konkursretlige lighedsprincip ikke grundlag for, at [A] som påstået kan foretage modregning med et løntilgodehavende*”.

Retten bagvedliggende overvejelser kan formentlig beskrives på følgende vis: A havde – i sin egenskab af direktør – ikke privilegium for sit løntilgodehavende i henhold til KL § 95, stk. 1, nr. 1, jf. bl.a. U 2011.1937 Ø.⁴⁰ A havde i øvrigt ikke sikret sit krav på anden vis. Hvis de ulovlige udlodninger (husleje­betalingerne) aldrig var foretaget, ville der heller ikke have eksisteret et hovedkrav at modregne i. A ville derfor være henvist til at anmelde sit tilgodehavende i boet som et almindeligt (simpelt) kreditorkrav, jf. KL § 97, med en – typisk – beskeden eller ingen dividende til følge.⁴¹ Hvis A kunne modregne sit (fulde) løntilgodehavende i selskabets tilbagebetalingskrav, jf. SL § 194, stk. 1, ville han derved opnå en højere dækning, end han ville, hvis han anmeldte et § 97-krav i boet. En sådan retsstilling ville indebære en forrykkelse af kreditorernes stilling i strid med konkursordenen og det grundlæg-

³¹ En generel redegørelse for betingelserne for (udvidet) modregning i konkurs, jf. KL § 42, henholdsvis modregning efter de almindelige regler om tvungen modregning falder uden for artiklens afgrænsning. Om modregning i konkurs se Konkurs, s. 247 f., Kreditorforfølgning, s. 283 f., Konkursret, s. 210 f., KL med kommentarer, s. 517 f., Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen: Kreditorerne (4. udg., 2023) (Kreditorerne), s. 289 f. Om de almindelige regler om tvungen modregning se Torsten Iversen: Obligationsret 3. del (3. udg., 2018), s. 249. f. (inkl. yderligere henvisninger) (Obligationsret 3. del).

³² Til støtte herfor se desuden Konkurs, s. 257, KL med kommentarer, s. 528, Kreditorerne, s. 295, note 6, Obligationsret 3. del, s. 299, Konkursret, s. 212.

³³ Kreditorforfølgning, s. 293.

³⁴ Ibid., s. 285 ff.

³⁵ KL med kommentarer, s. 542.

³⁶ Til støtte herfor se Konkurs, s. 257, KL med kommentarer, s. 542, Konkursret, s. 213.

³⁷ Bet. 2008:1498, s. 1010.

³⁸ Jf. FT 1995-1996, Tillæg A, s. 4007 (bemærkningerne ad § 48).

³⁹ Forfatteren er ikke bekendt med trykt praksis (direkte) vedr. modregning i tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1.

⁴⁰ Konkurs, s. 588.

⁴¹ Kreditorforfølgning, s. 283, KL med kommentarer, s. 623.

gende ligelighedsprincip, der behersker konkursen, jf. herom afsnit 2.1.1.

A frafaldt anbringendet om modregning i anden instans, hvorfor Landsretten ikke fik lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet.

Der findes derimod trykt praksis, der vedrører (forsøg på) modregning med krav på skyldneren i boets tilbageføringskrav efter SL § 215, stk. 1, jf. U 2009.2056 Ø (modregning nægtes) og U 2021.571 H (modregning tillades delvist). Nedenfor følger en undersøgelse af, om dommene – og de heri udtrykte principper – kan bidrage til forståelsen for og fortolkningen af SL § 194, stk. 1, og om Højesterets afgørelse i givet fald kan anses for at ændre Landsrettens ditto.

4.1.2.1 Modregning nægtes (U 2009.2056 Ø)

U 2009.2056 Ø: Anpartshaverne, A og B, havde pr. 31. maj 2006 hver især et ulovligt anpartshaverlån i T ApS på henholdsvis ca. kr. 162.000 kr. og ca. kr. 156.000. T ApS skyldte i alt ca. kr. 204.000 til SKAT og i forsikringspræmie. Den 22. juni 2006 og 14. september 2006 blev de beløb, som T ApS skyldte SKAT og i forsikringspræmie, betalt af A og B i deres egenskab af privatpersoner. A og B opnåede herved (mod)krav i selskabet på i alt ca. kr. 204.000. I september 2006 blev T ApS taget under konkursbehandling med fristdag den 13. september 2006. I september 2007 anlagde konkursboet sag mod A og B med påstand om (fuld) tilbagebetaling af de ulovlige anpartshaverlån. A og B påstod frifindelse mod at betale henholdsvis ca. kr. 48.000 og kr. 51.000 (svarende til deres respektive saldi med selskabet). Til støtte herfor gjorde A og B gældende, at betingelserne for at modregne de af A og B afholdte beløb i selskabets tilbagebetalingskrav var opfyldt frem til fristdagen. Konkursboet gjorde heroverfor bl.a. gældende, at anpartshaverne var pligtige til at tilbagebetale det samlede beløb med tillæg af renter efter anpartsselskabslovens regler,⁴² at et ulovligt anpartshaverlån alene kan indfries ved effektiv betaling, og at anpartshaverne ikke ved modregning kan skabe sig en bedre retsstilling end boets øvrige kreditorer. Byretten tog konkursboets påstand til følge. Landsretten stadfæstede byrettens dom med følgende begrundelse: “*Det fremgår af anpartsselskabslovens § 49, stk. 4 [nugældende SL § 215, stk. 1], at et ulovligt anpartshaverlån skal »tilbageføres« til selskabet. Landsretten finder, at bestemmelsen må fortolkes således, at A og B er afskåret fra at »tilbageføre« anpartshaverlånet ved over for konkursboet at modregne deres respektive tilgodehavender i det konkursramte selskab i deres ulovlige anpartshaverlån, idet dette vil kunne indebære en forrykkelse af kreditorernes stilling i strid med det konkursretlige ligelighedsprincip.*” (min fremhævelse).⁴³

I forbindelse med undersøgelsen af dommens rækkevidde kan det indledningsvist konstateres, at begrebsanvendelsen i de relevante bestemmelser er en smule forskellig. SL § 194, stk. 1, anvender begrebet “*tilbagebetales*”, mens SL § 215, stk. 1, anvender “*tilbageføres*”. SL § 215, stk. 2, anvender i stedet begrebet “*tilbagebetaling*”, og både SL §§ 194 og 215 bærer overskriften “*Tilbagebetaling*”. På trods af den sproglige inkonsekvens i lovgivningen – som kan fremkalde undren⁴⁴ – må det antages, at praksis ifølge SL § 215, stk. 1, også kan bidrage til forståelsen for og fortolkningen af

SL § 194, stk. 1. Dette skyldes først og fremmest, at reglerne overordnet set forfølger det samme formål – at hindre misbrug og sikre, at midler ikke uberettiget forlader selskabet til skade for selskabet og dets kreditorer i form af ulovlige udlodninger, jf. SL § 194, stk. 1, henholdsvis ulovlige lån, jf. SL § 215, stk. 1.⁴⁵

Landsretten tillod ikke, at A og B – der tilsyneladende forsøgte at opnå en bedre retsstilling end selskabets øvrige kreditorer – bragte de ulovlige kapitalejrlån til modregning i selskabets tilbageføringskrav. Landsretten begrundede sit resultat med henvisning til *både* ordlyden af SL § 215, stk. 1 (“*tilbageføre*”), og det forhold, at dispositionen ville indebære en forrykkelse af kreditorernes stilling i strid med det konkursretlige ligelighedsprincip.⁴⁶ Herved ses Landsretten umiddelbart – og uden at præsentere læseren for nogle af de bagvedliggende overvejelser herom – at sammenblande en ordlydsfortolkning af SL § 215, stk. 1, med en formålsfortolkning af KL. Det henstår herefter en smule uklart, hvordan retten nåede frem til sit resultat, og hvordan de omtalte hensyn blev vægtet over for hinanden, hvilket – i tillæg til en konkret begrundelse – svækker dommens rækkevidde.

Det bør i den forbindelse nævnes, at byretten – der nåede samme resultat som Landsretten – begrundede sin afgørelse anderledes. Modregningen blev ikke tilladt, idet den naturlige sproglige forståelse af ordlyden af SL § 215, stk. 1, “[...] *forudsætter en effektiv betaling af midler til selskabet*”, som ikke kan opfyldes ved at afgive modregningserklæring. Byretten inddrog således hverken konkurs- eller selskabsretlige hensyn til støtte for resultatet, der alene hvilede på en ordlydsfortolkning af (nugældende) SL § 215, stk. 1.⁴⁷

Resultatet forekommer – i begge instanser – korrekt, men Landsrettens afgørelse savner skarphed. Et resultat, som alternativt var begrundet i det synspunkt, at modregningsadgang *dels* ville stride mod den naturlige sproglige forståelse af bestemmelsens ordlyd, *dels* ville stride mod det konkursretlige ligelighedsprincip – men altså holder de to regelsæt adskilt – forekommer mere overbevisende og ville givetvis have konstitueret et stærkere præjudikat.⁴⁸

I litteraturen findes også støtte for resultatet. Ifølge Neville bør tilbagebetalingspligten efter SL ikke kunne opfyldes ved at afgive modregningserklæring over for selskabet, idet optagelse af et ulovligt kapitalejrlån ikke bør kunne bruges til at skaffe en kapitalejer en bedre stilling end andre kreditorer i selskabet – bl.a. under henvisning til den finske Højesteretsdom ND 1993.550.⁴⁹ Synspunktet har efterfølgende vundet tilslutning i litteraturen og er til-

⁴² Jf. ApSL 1996 § 49, stk. 4 (nugældende SL § 215, stk. 1).

⁴³ Se også den finske højesteretsdom, ND 1993.550, om et lignende tilfælde. Det blev statueret, at en direktør, der ulovligt havde lånt 169.000 mark fra selskabet i strid med de finske regler om aktionærlån, ikke kunne fyldestgøre selskabet ved at afgive modregningserklæring for sit endnu større tilgodehavende i selskabet (der nu var gået konkurs). Den finske Højesteret fastslog dermed, at direktøren ikke kunne skaffe sig en bedre retsstilling end selskabets øvrige kreditorer ved som sket at foretage et retsstridigt udtræk af midler fra selskabet. Dommen er gengivet i Erik Werlauff og Martin Poulsen: Selskabsretlige domme og kendelser 1950-2010 (3. udg., 2011), s. 308.

⁴⁴ Henrik Kure: Finansieringsret (3. udg., 2021), s. 158 (*Finansieringsret*).

⁴⁵ Søren Friis Hansen og Jens Valdemar Krenchel: Dansk selskabsret 2 – Kapitalselskaber (5. udg., 2019), s. 423 (*Dansk selskabsret* 2).

⁴⁶ Konkurs, s. 268.

⁴⁷ Smh. byretsdommen i lejlighedssagen, hvor retten hverken inddrog selskabsretlige ordlyds- eller formålsbetragtninger, men begrundede resultatet alene på en tilsidesættelse af det konkursretlige ligelighedsprincip (i lighed hermed se ND 1993.550).

⁴⁸ Eventuelt med en tilføjelse af, at det – henset til konkursens indtræden – *navnlige* er tilsidesættelsen af det konkursretlige ligelighedsprincip, der begrunder resultatet.

⁴⁹ Mette Neville i Lars Bo Langsted (red.): Selskabers kapital – Nye tendenser i skandinavisk selskabsret (3) (1999), s. 87.

trådt af bl.a. Schaumburg-Müller og Werlauff,⁵⁰ Schans Christensen,⁵¹ Kure,⁵² Krüger Andersen,⁵³ Hansen og Krenchel,⁵⁴ Kruhl og Sørensen.⁵⁵ 56

Synspunktet kan tiltrædes fuldt ud og gælder med tilsvarende vægt i forhold til ulovlige udlodninger, jf. SL § 194, stk. 1. En kapitalejers ulovlige udtræk af selskabsmidler bør under ingen omstændigheder kunne bruges til at skaffe en bedre retsstilling end selskabets øvrige kreditorer. Dette gælder, uanset om midlerne forlader selskabet som (ulovlige) udlodninger, jf. SL § 194, stk. 1, eller (ulovlige) kapitalejerslån, jf. SL § 215, stk. 1. I begge tilfælde har midlerne forladt selskabet på en måde, der ikke er i overensstemmelse med SL's udtømmende regler om kapitalafgang, jf. lovens kap. 11, og den potentielle skadevirkning for kapitalejerne og (ultimativt) kreditorerne er den samme, uanset om udtrækket sker på den ene eller anden måde.

I konkurs har synspunktet en helt særlig vægt af hensyn til at opretholde KL's grundlæggende princip om at skaffe kreditorerne den bedst mulige fyldestgørelse i den rækkefølge, som konkursordenen opstiller.⁵⁷ Hvis modregning i tilbagebetalingskrav var tilladt i konkurs, ville kapitalejerne – ved at begå retsbrud og ulovligt udbetale midler til sig selv – have mulighed for at kortslutte konkursordenens fordelingsnøgle og skabe en bedre retsstilling for sig selv end boets øvrige kreditorer. Det har næppe været lovgivers hensigt.

Det bør endeligt fremhæves, at der også i medfør af almindelige obligationsretlige principper består en vis beskyttelse imod uretmæssig tilvejebringelse af modregningsadgang. Ifølge Iversen kan det illoyale formål – den retsstridige hensigt – efter omstændighederne begrunde udelukkelse af modregning, som “[...] i hvert fald [er] udelukket, hvor skyldneren har begået et retsbrud for at skaffe sig adgang til at modregne”.⁵⁸ Som et eksempel nævnes hvis A, der har en fordring på B (A/S), uretmæssigt sætter sig i besiddelse af midler tilhørende B (A/S) for at få adgang til at modregne. Af hensyn til artiklens emne kan eksemplet udbygges således, at den uretmæssige tilegnelse består af en retsstridigt udtræk af selskabsmidler, dvs. en ulovlig udbytteudlodning, jf. SL § 194, stk. 1. Under henvisning til netop U 2009.2056 Ø anfører Iversen, at “[det] også [kan] komme på tale at afskære modregning i tilfælde, hvor det er hovedfordringen, der er opstået ved et retsstridigt forhold, mens der intet er at udsætte på modfordringen som sådan.”⁵⁹ Både hoved- og modkrav kan således være tilvejebragt på en uretmæssig måde med en vis beskyttelse til følge.

I lyset af ovenstående må det antages, at U 2009.2056 Ø – og de heri udtrykte principper – i et vist omfang kan bidrage til forståelsen for og fortolkningen af SL § 194, stk. 1. Rækkevidden af dommen er dog usikker, dels i kraft af præmissernes konkrete udformning, dels i kraft af sammenblandingen af konkurs- og selskabsretlige

hensyn. Uanset den nærmere rækkevidde af dommen bør ulovlig udlodning af udbytte, jf. SL § 194, stk. 1, imidlertid ikke kunne bruges til at skaffe en kapitalejer en bedre retsstilling end selskabets øvrige kreditorer. Det har næppe været lovgivers hensigt, og synspunktet understøttes dels af den naturlige sproglige forståelse af SL § 194, stk. 1 (“tilbagebetale”), dels af tilbagebetalingsreglernes kreditorbeskyttende formål samt – i konkurs – dels af det konkursretlige ligelighedsprincip. Det er ydermere værd at lægge blikket fra de specielle discipliner, idet de synspunkter, der kommer til udtryk i dommen, også kan støttes på almindelige obligationsretlige principper om beskyttelse imod uretmæssig tilvejebringelse af modregningsadgang.

4.1.2.2 Modregning tillades delvist (U 2021.571 H)

U 2021.571 H: A, som var direktør for og enejer af X A/S, havde i 2013 påtaget sig en kautionsforpligtelse for X A/S over for en bank. I 2015 indgik A en forligsaftale med banken, hvorefter banken som led i akkordering gav saldokvitte- ring for X A/S' gæld på ca. kr. 1,3 mio., mod at A foretog nærmere specificerede indbetalinger til banken. X A/S blev taget under konkursbehandling i 2016. X A/S havde – forud for konkursen – i en længere årrække afholdt betydelige udgifter til finansiering af A's privatforbrug. A blev som følge heraf ved Landsrettens dom pålagt at tilbageføre et ulovligt kapitalejerslån på ca. kr. 1,4 mio. til X A/S under konkurs, jf. SL § 215, stk. 1. For Højesteret angik sagen navnlig spørgsmålet, om A kunne modregne med ca. kr. 1,3 mio. i X A/S under konkurs' tilbagesøgningskrav.⁶⁰ A's modkrav var opgjort til den pålydende værdi af bankens fordring mod X A/S, som A i medfør af forligsaftalen overtog. X A/S under konkurs påstod A tilpligtet til at betale ca. kr. 1,4 mio. med almindelig procesrente samt tillæg af 2 %, jf. SL § 215, stk. 1. Til støtte herfor gjorde konkursboet navnlig gældende, at modregning var afskåret i medfør af KL § 42, stk. 3, 2. pkt., idet A købte fordringen på X A/S til underkurs på et tidspunkt, hvor selskabet var insolvent, hvilket A som direktør og enejer var eller burde have været bekendt med. Konkursboet gjorde desuden gældende, at modregningen måtte begrænses til et beløb på kr. 725.000 (svarende til det beløb, som A reelt havde betalt for fordringen), hvis Højesteret måtte finde, at der kunne ske modregning. A påstod frifindelse. A bestred, at forligsaftalen kunne sidestilles med en overdragelse af gælden til underkurs, og gjorde som anbringende navnlig gældende, at A indtrådte i bankens krav ved subrogation, og at KL § 42, stk. 3, derfor ikke fandt anvendelse. Højesteret indledte sin begrundelse med at rejse spørgsmålet, om der, da A overtog X A/S' gæld til banken, var tale om enten en overdragelse af en fordring til underkurs, eller om A indfrie- de en kautionsforpligtelse for X A/S' gæld, som han havde påtaget sig i 2013 over for banken. Højesteret lagde til grund, at A havde opfyldt forligsaftalen mod at indbetale kr. 725.000 til banken. På baggrund af sagens konkrete omstændigheder og forklaringerne for Højesteret fandt retten, at det måtte have formodningen for sig, at A's betaling til banken skete til opfyldelse af kautionsforpligtelsen. Af den årsag måtte A's overtagelse af fordringen mod X A/S anses som sket ved indfrielse af hans kautionsforpligtelse over for banken, dvs. ved subro- gation. Under henvisning til bestemmelsens ordlyd og forarbejder fandt Højeste- ret herefter, at KL § 42, stk. 3, der vedrører erhvervelse af en fordring “ved overdragelse eller retsforfølgning”, ikke kunne føre til, at A var afskåret fra at

50 Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff: Selskabsloven med kommentarer (3. udg., 2020), s. 1130 (SL med kommentarer, Schaumburg-Müller & Werlauff).

51 Kapitalselskaber, s. 416.

52 Finansieringsret, s. 159.

53 Aktie- og anpartsselskabsret, s. 326.

54 Dansk selskabsret 2, s. 452, note 70.

55 Martin Chr. Kruhl og Ole Sørensen: Kapitalejerslån & Selvfinansiering – Selskabsretligt, regnskabsretligt, erstatningsretligt, strafferetligt og skatte- retligt (2014), s. 67, note 41.

56 Det er imidlertid omdiskuteret i teorien, om tilbagebetalingspligten kan opfyldes ved at afgive modregningserklæring uden for konkurs. SL med kommentarer, Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1130, og Finansieringsret, s. 159 (begge antagende), men måske anderledes Kapitalselskaber, s. 416, og Dansk selskabsret 2, s. 452 (begge afvisende). En nærmere undersøgelse heraf falder uden for artiklens afgrænsning.

57 Kreditorforfølgning, s. 221.

58 Obligationsret 3. del, s. 286, med henvisning til bl.a. norsk (NRt 1933.1280, NRt 1926.463) og svensk (NJA 1931.421, NJA 1933 A 217, NJA 1963.165) retspraksis.

59 Ibid., s. 287.

60 Sagen angik desuden et identifikationsspørgsmål, som falder uden for artiklens afgrænsning.

modregne over for konkursboet på grundlag af fordringen. Modregning kunne imidlertid alene ske med det beløb, som A rent faktisk havde betalt til banken ved indfrielse (kr. 725.000) og ikke hele fordringens pålydende (ca. kr. 1,3 mio.).

Ovenfor rejses spørgsmålet, om Højesterets afgørelse (modregning tillades delvist) kan anses for at ændre Landsrettens ditto (modregning nægtes)? Spørgsmålet skal besvares benægtende. Retten tager kun stilling til de påstande og anbringender, som parterne gør gældende (forhandlingsprincippet)⁶¹, og boet ses ikke i den forbindelse at have gjort nogle af de ovenfor omtalte synspunkter gældende, herunder hverken det selskabsretlige, konkursretlige eller obligationsretlige synspunkt.

Ifølge det *selskabsretlige synspunkt* forudsætter den naturlige sproglige forståelse af ordlyden af SL § 215, stk. 1 (“tilbageføres”), en effektiv betaling af midler til selskabet, som ikke kan opfyldes ved at afgive modregningserklæring. Desuden taler de kreditorbeskyttelseshensyn, der lægger til grund for reglerne, for at afskære modregning.

Ifølge det *konkursretlige synspunkt* udfordres ligelighedsprincippet, hvis modregning tillades, idet A (kapitalejeren) derved kunne skabe en bedre retstilling – og en højere dækning – for sig selv end boets øvrige kreditorer.⁶²

Ifølge det *obligationsretlige synspunkt* gælder der en almindelig beskyttelse imod uretmæssig tilvejebringelse af modregningsadgang, som i hvert fald afskærer modregning, hvor skyldneren har begået retsbrud for at skaffe sig adgang til at modregne – hvad der er tilfældet i U 2021.571 H.

Det er ikke usandsynligt, at Højesteret ville være kommet til et andet resultat – og afskåret modregning fuldstændigt – hvis boet havde gjort et eller flere af de ovenfor omtalte anbringender gældende. Dommen illustrerer således også i denne henseende, hvilke fordele et konkursbo kan opnå ved anvendelsen af de selskabsretlige alternativer til konkursloven.

4.2 Forældelse

Det overordnede spørgsmål, der undersøges i det følgende, er, om der er en risiko for, at den fordring, som boet ønsker at gøre gældende i medfør af omstødelse- eller tilbagebetalingsreglerne, er ophørt som følge af forældelse allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende?

4.2.1 Omstødel eskrav efter konkursloven

Forældelsesfristen for krav i medfør af KL § 76, jf. KL § 74, begynder tidligst at løbe, når der er afsagt konkursdekret og således etableret et konkursbo, der kan fremsætte kravet, jf. herved U 2022.3557 H. Både den korte (relative) frist på 3 år, jf. forældelseslovens (“FOL”) § 3, stk. 1, og den lange (absolutte) frist på 10 år, jf. FOL § 3, stk. 4, nr. 2 eller 4, løber fra dette tidspunkt.⁶³ I disse

tilfælde er der således ingen risiko for, at det krav, som boet ønsker at gøre gældende, er ophørt som følge af forældelse allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende.

Den forældelsesmæssige retsstilling for (berigelses)krav efter KL § 75, jf. f.eks. § 64, stk. 4 – der heller ikke indeholder en omstødel sesperiode – er ikke direkte prøvet i retspraksis. På den ene side løber forældelsesfristen for berigelseskrav almindeligvis fra det tidspunkt, hvor berigelsen indtræder, dvs. på betalings- eller dispositionstidspunktet.⁶⁴ På den anden side er der ikke etableret et konkursbo, der kan fremsætte kravet, før dekrettidspunktet, og kravet aktualiseres netop af hensyn til kreditorerne.⁶⁵ Eftersom kravet opstår som følge af omstødel se og derved på samme måde og tidspunkt som KL § 76, er det nærliggende at antage, at forældelsesfristen (også) efter KL § 75 tidligst begynder at løbe, når der er afsagt konkursdekret og således etableret et konkursbo, der kan fremsætte kravet.

Retssag til gennemførelse af omstødel se kan som hovedregel kun anlægges indtil 12 måneder efter, at konkursdekret er afsagt, jf. KL § 81, stk. 1, 1. pkt. Søgsmålsfristen vil således som hovedregel afskære sagsanlæg, før kravet ophører som følge af forældelse (med forbehold for suspensionsreglen i KL § 81, stk. 1, 2. pkt.).

4.2.2 Tilbagebetalingskrav efter selskabsloven

Tilbagebetalingskrav efter SL bortfalder først som følge af forældelse efter FOL's almindelige regler herom.⁶⁶

Den korte forældelsesfrist er som udgangspunkt 3 år, jf. FOL § 3, stk. 1, og regnes fra det tidligste tidspunkt, til hvilket fordringshaveren kunne kræve at få fordringen opfyldt (forfaldstidspunktet), jf. FOL § 2, stk. 1. FOL § 2, stk. 4, er et supplement til stk. 1 og præciserer for så vidt angår erstatningskrav uden for kontrakt, at den korte frist regnes fra tidspunktet for skadens indtræden.⁶⁷ Den korte frist er suspenderet, så længe fordringshaveren er i utilregnelig uvidenhed om fordringen eller skyldneren, jf. FOL § 3, stk. 2.

Den lange frist er som udgangspunkt 10 år og regnes også fra forfaldstidspunktet, jf. FOL § 3, stk. 3, nr. 4, smh. § 2, stk. 1. For så vidt angår erstatningskrav uden for kontrakt løber den lange frist imidlertid fra tidspunktet for den skadevoldende handlingens ophør, jf. FOL § 3, stk. 3, nr. 2 (dvs. fra handlingstidspunktet; ej virknings-tidspunktet).⁶⁸ Den absolutte regel skal forstås således, at forældelse ikke kan indtræde på noget senere tidspunkt end det, der er fastsat i stk. 3 – uanset om forældelse måtte være suspenderet efter stk. 2.⁶⁹

Det er således – forældelsesretligt – ikke helt uden betydning, om tilbagebetalingskrav efter SL subsumeres som et (1) erstatningskrav uden for kontrakt eller (2) en anden fordring. I det ene tilfælde løber den korte frist fra tidspunktet for skadens indtræden og den lange frist fra den skadevoldende handlingens ophør. I det andet tilfælde løber både den korte og lange frist fra fordringens forfaldstidspunkt.

⁶¹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen m.fl.: Den civile retspleje (5. udg., 2020), s. 109 f., Civilprocessen, s. 500 f.

⁶² Et alternativt (fiktivt) hændelsesforløb til illustration: X A/S afholder ingen udgifter til finansiering af A's privatforbrug. Der opstår således aldrig et (ulovligt) kapitalejrlån i forholdet mellem A og X A/S. A's forpligtelser i henhold til kautionserklæringen er dog uændrede, og A overtager bankens fordring mod X A/S mod at betale kr. 725.000. A opnår derved et regreskrav (modkrav) mod selskabet. I modsætning til det faktiske hændelsesforløb har X A/S imidlertid ikke noget tilbagebetalingskrav (hovedkrav) mod A. Da hovedkravet ikke eksisterer, er modregning udelukket. Derfor er A henvist til at anmelde sit modkrav i boet som et almindeligt (simpelt) kreditorkrav, jf. KL § 97, med en – typisk – beskeden eller ingen dividende.

⁶³ Konkursret, s. 83.

⁶⁴ Bet. 2005:1460, s. 438, FT 2006-07, tillæg A, s. 5612 (bemærkninger ad § 2, stk. 1), Bo von Eyben: Forældelse efter forældelsesloven af 2007 (2. udg., 2019), s. 337 (Forældelse).

⁶⁵ KL med kommentarer, s. 626 f., Konkurs, s. 384 f.

⁶⁶ Aktie- og anpartsselskabsret, s. 336, SL med kommentarer, Schaumburg-Müller & Werlauff, s. 1068, Dansk selskabsret 2, s. 422.

⁶⁷ FT 2006-07, tillæg A, s. 5613, (bemærkninger ad § 2, stk. 4).

⁶⁸ Bet. 2005:1460, s. 122, FT 2006-07, tillæg A, s. 5613 (bemærkninger ad § 3, stk. 3).

⁶⁹ Bet. 2005:1460, s. 445, FT 2006-07, tillæg A, s. 5615 (bemærkninger ad § 3, stk. 3), Forældelse, s. 638.

Forfaldstidspunktet for et tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1, må antages at være tidspunktet for erlæggelsen af den betaling eller ydelse, der kan kræves tilbage, dvs. sammenfaldende med stiftelsestidspunktet.^{70 71} Det er vanskeligere af fastslå, hvad der forstås ved “skadens indtræden”.

I forældelsesudvalgets specielle bemærkninger til lovforslaget § 2, stk. 4, anføres, at i de tilfælde, hvor den skadevoldende handling ikke umiddelbart resulterer i en konstaterbar skade, løber fristen fra “[...] *det tidspunkt, hvor de følger; der kræves erstatning for, har vist sig på en sådan måde, at skadelidte havde rimelig anledning til og mulighed for at rejse et – eventuelt foreløbigt – erstatningskrav.*” Udvalgets bemærkning angår konkret personskade (uden for kontrakt), men Højesteret har tydeligvis ladet sig inspirere heraf ved fastlæggelsen af begyndelsestidspunktet for den korte forældelsesfrist ved andre erstatningskrav uden for kontrakt, herunder rådgiveransvarskrav (U 2018.3584 H) og ledelsesansvarskrav (U 2020.3547 H).

I 2020.3547 H anvendes en (næsten) identisk formulering, hvor- efter “[b]egyndelsestidspunktet for et eventuelt krav mod [skadevol- derne] beror på, hvornår følgerne af de påståede ansvarspådrag- ende fejl havde manifesteret sig på en sådan måde, at [fordrings- haveren] havde rimelig anledning til og mulighed for at rejse er- statningskrav mod dem, jf. [U 2018.3584 H].” Der var tale om en ansvarspådragende fejl, der blev begået af selskabets direktører, som bestyrelsen ikke var medansvarlig for. Forældelsesfristen skulle derfor regnes “[...] *fra det tidspunkt, hvor følgerne heraf havde vist sig for bestyrelsen, jf. herved forarbejderne til forældel- seslovens § 10.*”⁷²

Som omtalt indledningsvist succederer boet i skyldnerselskabets retsstilling, herunder også i (tilbagebetalings)krav mod den begun- stigede.⁷³ Boet får således hverken bedre eller dårligere ret end skyldneren havde forud for konkursen. Ovennævnte forhold aktua- liserer spørgsmålet, om boet risikerer at succedere i et tilbagebeta- lingskrav, der er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende?

Afhængig af hvordan tilbagebetalingskravet subsumeres, kan det retligt skyldes, *enten* at kravet er stiftet (og dermed forfaldet) længe før konkursen, og fordringshaveren (selskabet) ikke har taget skridt til at afbryde forældelse, *eller* at følgerne af den ansvarspådragende adfærd har manifesteret sig på en sådan måde, at fordringshaveren havde rimelig anledning til og mulighed for at rejse et erstatnings- krav, men desuagtet heraf ikke har reageret. Problemstillingen kan belyses ved hjælp af U 2014.318 V.

4.2.2.1 Tilbagebetalingskrav forældet (U 2014.318 V)

U 2014.318 V: Det (senere) konkursramte selskab, H A/S, overdrog en ejendom til en direktør, D, til underpris ved skøde underskrevet den 11. februar 2008. Den 25. november 2010 blev der afsagt konkursdekret over H A/S med fristdag den 11. december 2009. H A/S under konkurs udtog stævning mod D og gjorde i den forbindelse gældende, at ejendomsoverdragelsen indeholdt et gaveelement, der kunne omstødes efter KL § 64, stk. 2. Byretten fandt ikke, at betingelserne for omstødelse i medfør af KL § 64, stk. 2, var opfyldt, idet den begunstigede (D) efter rettens bevisvurdering havde løftet bevisbyrden for dobbeltsolvens. Under anken – nærmere bestemt ved ankereplik af 23. oktober 2012 – gjorde boet derfor gældende, at der bestod et objektivt tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1, idet ejendomsoverdragelsen var i strid med SL § 127, stk. 1. SL § 194, stk. 1, er – som omtalt ovenfor – ikke betinget af, at selskabet var eller ved udbetaling(erne) gjorde sig insolvent, og det er heller ikke en betingelse, at dispositionerne er foretaget inden for en bestemt frist, ctr. KL's omstødelses- regler. Boet gjorde i den forbindelse gældende, at den korte (relative) 3-årige forældelsesfrist, jf. FOL § 3, stk. 1, var suspenderet frem til den 25. november 2010, hvor der blev afsagt konkursdekret, og hvor D's hverv som direktør og bestyrelsesmedlem ophørte, og der kom en ny og uvildig ledelse til, jf. FOL § 3, stk. 2. Til støtte for den påståede suspension gjorde boet gældende, at “*den reelle fordringshaver, konkursboet, [...] ikke forud for dette tidspunkt havde mulighed for at gøre sig bekendt med tilbagebetalingskravets eksistens. Landsretten fandt, at et “eventuelt” krav efter SL § 194, stk. 1, måtte anses for forældet, jf. FOL § 3, stk. 1,⁷⁴ og henviste i den forbindelse til, at skødet på ejendommen blev underskrevet af D og tre øvrige medlemmer af H A/S' besty- relse på selskabets vegne. På denne baggrund var eller burde de øvrige bestyrel- sesmedlemmer være bekendt med de faktiske omstændigheder ved ejendoms- handlen.*”

Landsrettens begrundelse må forstås således, at de øvrige besty- relsesmedlemmer – der optrådte og disponerede på fordringshave- rens (selskabet) vegne – fra underskriftstidspunktet var eller burde være bekendte med de faktiske omstændigheder, der begrundede selskabets krav mod D. Bestyrelsesmedlemmerne var jo medunder- skrivere på skødet, og den korte forældelsesfrist var derfor udløbet allerede på dekrettidspunktet.⁷⁵

Afgørelsen understreger derved, at det forældelsesretligt har be- tydning, at et selskab ikke har selvstændig handleevne, idet for- dringshaveren (selskabet) er afhængig af, at de ledelsesmedlemmer, der disponerer på den juridiske persons vegne, afbryder forældel- sen.⁷⁶ Eftersom de øvrige, ikke-medansvarlige bestyrelsesmedlem- mer ikke på selskabets vegne havde taget skridt til at afbryde for- ældelsen af kravet, ansås det for ophørt ved forældelse den 11. fe- bruar 2011. Konkursboet – der hverken får bedre eller dårligere ret end skyldneren – kunne derfor (heller) ikke gøre kravet gældende.⁷⁷

Det må således konstateres, at forældelsesfristen *kan* regnes fra et tidligere tidspunkt end konkursens indtræden, hvorved boet risi-

70 Bet. 2005:1460, s. 175, Forældelse, s. 332, Obligationsret 3. del, s. 332.

71 Se til støtte herfor præmisserne i den norske Høyesterets dom, Rt 1998.1042 (s. 1058): “*Etter dette legger jeg til grunn at tilbakesøkningskravet foreldes etter foreldelsesloven. Utgangspunktet er at det er aksjeselskapet som har tilbakesøkningskravet. Når aksjonærer ulovlig tar ut midler av selskapet, kan selskapet kreve det mottatte tilbake. Kravet foreldes etter den alminnelige frist i foreldelsesloven § 2 jf § 3 nr 1, og utgangspunktet må være den dag selskapet hadde rett til å kreve oppfyllelse.*”

72 Forarbejderne til FOL § 10 fungerer som et bidrag til fortolkningen af, hvornår den korte forældelsesfrist begynder at løbe efter FOL § 2, stk. 4, i de tilfælde, hvor den skadevoldende handling ikke umiddelbart resulterer i en konstaterbar skade, og skadelidte er et selskab, der ikke har selvstændig handleevne, men er afhængig af, at de ledelsesmedlemmer, der disponerer på den juridiske persons vegne, afbryder forældelsen.

73 Konkurs, s. 355, Konkursret, s. 47.

74 Landsretten undlod ved sin formulering (“eventuelt”) at tage stilling til, om der rent faktisk bestod et tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1.

75 Afgørelsen illustrerer tillige, at der ikke (konkurs- og selskabsretligt) umiddelbart er forskel på, om problemstillingen forældelsesretligt ansues om et spørgsmål om suspension af en anden fordring eller et spørgsmål om begyndelsestidspunktet for et erstatningskrav uden for kontrakt. I begge til- fælde er den korte forældelsesfrist udløbet tre år efter underskriftstidspunktet – *enten* som følge af, at grundlaget for suspension af den korte frist aldrig var til stede, *eller* at den ansvarspådragende adfærd allerede havde manifesteret sig på en sådan måde, at fordringshaveren havde rimelig an- ledning til og mulighed for at rejse et krav (se også Forældelse, s. 290 ff., hvor det understreges, at den praktiske betydning ikke altid er stor).

76 Problemstillingen – at selskabet ikke har selvstændig handleevne – var også central i U 2020.3547 H.

77 Landsretten lagde imidlertid en anden bevisvurdering til grund end byretten og fandt ikke, at den begunstigede (D) kunne løfte dobbeltsolvensbevis. Det i ejendomsoverdragelsen indeholdte gavemoment kunne derfor (alligevel) omstødes efter KL § 64, stk. 2.

kerer at succedere i et tilbagebetalingskrav, der er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende.⁷⁸ Denne retsstilling repræsenterer en økonomisk risiko for boet, som bør tages i betragtning ved valget mellem det ene eller andet regelsæt.

Det bør i den forbindelse understreges, at suspensionsreglen i FOL § 3, stk. 2, almindeligvis varetager fordringshaverens (selskabets) interesser. Den korte frist er jo undergivet suspension, så længe fordringshaveren – eller de(n), der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne – er i utilregnelig uvidenhed om fordringen.⁷⁹ Suspensionen er dog absolut begrænset af den 10-årige frist, jf. FOL § 3, stk. 3, nr. 2 eller 4, således at suspensionen maksimalt kan forlænge kravets levetid med 7 år.⁸⁰

I visse konkrete situationer – f.eks. i U 2014.318 V – tilbyder FOL § 3, stk. 2, imidlertid kurator en ringe trøst. Henset til at der forud for konkursen eksisterede et flertal af ikke-medansvarlige ledelsesmedlemmer i H A/S, der havde viden eller burde-viden om de faktiske forhold, der begrundede kravet, var der ikke grundlag for suspension efter FOL § 3, stk. 2.^{81 82} Forældelsesfristen udløb derfor allerede inden kurator fik lejlighed til at gøre kravet gældende.⁸³

4.2.2.2 Kurators mulige redningskrans (forældelseslovens § 10)

Spørgsmålet er herefter, om FOL § 10 – som gælder i tillæg til og ved siden af de almindelige regler i FOL kap. 3 (⁸⁴) – i nogle af de omtalte tilfælde tilbyder kurator en redningskrans?

FOL § 10 kan – negativt afgrænset – aldrig hjælpe kurator i de tilfælde, der er omfattet af 2014-dommen. Bestemmelsen tilbyder således ikke en redningskrans, når FOL § 3, stk. 2, er uanvendelig, fordi et flertal af ledelsesmedlemmerne har viden eller burde-viden om det ansvarspådragende forhold. Selskabet – og boet, der afleder sin ret herfra – får ikke i disse tilfælde en tillægsfrist på 3 år fra hvervets ophør til at gøre kravet gældende, idet de almindelige regler fører til et tidligere forældelsestidspunkt.⁸⁵

Bestemmelsen kan *alene* værne mod den absolutte frist, og tilbyder kun kurator en redningskrans, hvis den utilregnelige uvidenhed om det ansvarspådragende forhold måtte strække sig mere end 10 år. FOL § 10 får dermed kun selvstændig betydning i de tilfælde, hvor

10-års-fristen ville udløbe inden 3 år efter hvervets ophør eller allerede var udløbet inden hvervets ophør.^{86 87}

Hvis kravet er omfattet af det relativt smalle anvendelsesområde for FOL § 10, risikerer boet imidlertid at løbe ind i nye problemer. Ifølge Von Eyben er tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1, “*næppe*” omfattet af FOL § 10, idet kravet støttes på den objektive tilbagebetalingspligt, der følger af SL § 194, stk. 1; ikke en erstatningspligt for tilsidesættelse af pligter over for selskabet.⁸⁸ Boet kan måske afværge denne lidet fordelagtige retsstilling ved i stedet at støtte kravet mod kapitalejeren på almindelige erstatningsregler, smh. SL § 194, stk. 2, og derved bringe kravet inden for anvendelsesområdet af FOL § 10.⁸⁹ I så fald skal boet dog løfte bevis for, at de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt. Kravet begrænses også til boets tab,⁹⁰ og rentetillægget på 2 %, jf. SL § 194, stk. 1, kan derfor ikke gøres gældende.

5. SAMMENFATNING

På baggrund af de ovenfor gennemførte undersøgelser kan det sammenfattende anføres, at tilbagebetalingsreglen i SL § 194, stk. 1 (i kombination med SL § 127, stk. 1, eller andre bestemmelser i SL), kan være et velegnet alternativ til gaveomstødesreglen i KL § 64. Efter omstændighederne tilbyder SL's regelsæt endda boet et bedre resultat end KL's ditto.

Undersøgelsen af lejlighedssagens retlige baggrund viser, at KL's omstødesregler og SL's tilbagebetalingsregler i et eller andet omfang forfølger et fælles formål: At forebygge forekomsten af og værne mod uberettigede formueforskydninger til skade for selskabet og (ultimativt) kreditorerne. Ved at sammenholde Landsrettens faktiske bedømmelse efter SL § 127 (og SL § 194) med en fiktiv bedømmelse efter KL § 64, illustrerer afgørelsen tillige, at SL's tilbagebetalingsregler efter omstændighederne tilbyder boet et bedre alternativ end KL's omstødesregler.

En kernefordel ved SL's regelsæt er, at boet (som successor efter skyldner) kan fremkalde omstødeslignende retsvirkninger i forhold til dispositioner, som blev foretaget uden for de objektive omstødesfrister på et tidspunkt, hvor skyldneren var både suffi-cient og likvid (eller – måske mere relevant i praksis – ikke var beviseligt insuffi-cient og illikvid). Dertil kommer nok så væsentligt, at tilbagebetaling af det ulovligt udbetalte skal ske tillige med al-

⁷⁸ Ifølge FOL § 4, stk. 1, er forældelsesfristen 5 år ved fordringer, som støttes på aftale om udførelse af arbejde som led i et ansættelsesforhold. D indgår ejendomsoverdragelsesaftalen i sin egenskab af direktør, hvorfor der måske var grundlag for at anvende en 5-årig forældelsesfrist (dvs. forældelse ved udgangen af den 28. februar 2013). Ifølge bemærkningerne til lovforslaget blev bestemmelsen dog indført af hensyn til arbejdstageren; ikke arbejdsgiveren, hvilket muligvis kan begrunde en indskrænkende fortolkning, jf. FT 2006-2007, Tillæg A, s. 5591.

⁷⁹ Forældelse, s. 421.

⁸⁰ Bo von Eyben og Peter Mortensen: Lærebog i obligationsret II (5. udg. 2022), s. 220 (*Lærebog i obligationsret II*).

⁸¹ Suspensionens ophør får 3-års fristen til at løbe, selv om hvervet ikke er ophørt (modsat FOL § 9), hvilket skyldes, at også andre end skyldneren selv vil kunne handle på fordringshaverens vegne (f.eks. øvrige bestyrelses- og direktionsmedlemmer), jf. Forældelse, s. 424.

⁸² Alternativt: Den korte frist begynder at løbe fra underskriftstidspunktet, hvor den ansvarspådragende adfærd manifesterede sig på en sådan måde, at fordringshaveren (selskabet) – eller de ikke-medansvarlige ledelsesmedlemmer, der i øvrigt kunne gøre fordringen gældende på dennes vegne – havde rimelig anledning til og mulighed for at rejse et (i hvert fald foreløbigt) erstatningskrav.

⁸³ Det kan overvejes, om boet i U 2014.318 V kunne have rejst et (erstatnings)krav mod de øvrige, ikke-medansvarlige ledelsesmedlemmer – der havde viden eller burde viden om de faktiske forhold, der begrundede tilbagebetalingskravet efter SL § 194, stk. 1 – for deres undladelse af at afbryde forældelsen. Problemstillingen falder dog udenfor artiklens afgrænsning.

⁸⁴ Brian Nygaard Oswald: Forældelse i praksis – Generel del (2008), s. 38.

⁸⁵ Lærebog i obligationsret II, s. 216.

⁸⁶ Forældelse, s. 423.

⁸⁷ FOL § 10 vil nok oftere have betydning som et fortolkningsbidrag ved fastlæggelsen af den korte forældelsesfrist, jf. ovenfor afsnit 4.2.2 om Højesterets begrundelse i U 2020.3547 H, end i kraft af sit eget, selvstændige indhold.

⁸⁸ Forældelse, s. 424.

⁸⁹ Ibid., s. 424.

⁹⁰ Bo von Eyben og Helle Isager: Lærebog i erstatningsret (9. udg., 2019), s. 361.

mindelig procesrente og et rentetillæg på 2 %, som beregnes allerede fra udlodningstidspunktet (og ikke først fra sagens anlæg). Derudover er tilbagebetalingsreglerne omfattet af de almindelige forældelsesregler, som ofte (men ikke altid) præsenterer en mere fordelagtig tidsramme for boet.

SL's fordele kommer dog ikke uden risici, og sagen giver endeligt anledning til at overveje, hvilke retlige konsekvenser der kan være forbundet med at anvende SL's tilbagebetalingsregler i situationer, de som udgangspunkt ikke er indrettet til. Anvendelsen af SL § 194, stk. 1, er betinget af, at boet kan løfte bevisbyrden for, at den udbetaling, der søges tilbagebetalt, er sket i strid med en eller flere bestemmelser i SL. Hvis SL § 194, stk. 1, påberåbes i kombination med SL § 127, stk. 1, skal boet løfte en – sammenlignet med KL § 64 – tungere bevisbyrde. Hvis SL § 194, stk. 1, derimod påberåbes i kombination med f.eks. (en overtrædelse af) de formelle regler i SL §§ 179-184, er bevisbyrden måske lettere.

Modregningsadgangen i selskabsretlige tilbagebetalingskrav ses imidlertid ikke at være videre end modregningsadgangen i konkursretlige omstødelseskraav. I begge tilfælde kan den begunstigede (kun) modregne med den dividendetagende del af vedkommendes fordring mod boet, hvilket gennemsnitligt repræsenterer en begrænset økonomisk risiko, idet modregneren vil få en – typisk – beskedn eller ingen dividende.

Forældelse af tilbagebetalingskrav efter SL § 194, stk. 1, ses derimod at repræsentere en potentiel væsentlig risiko. Hvis tilbagebetalingskravet er stiftet (og dermed forfaldet) lang tid før konkursen, og fordringshaveren – eller de(n), der i øvrigt kan gøre fordringen gældende på dennes vegne – ikke har taget skridt til at afbryde forældelsen, risikerer boet at succedere i et krav, der er forældet allerede før der er etableret et konkursbo, der kan gøre kravet gældende. Tillægsfristen i FOL § 10 tilbyder kun et værn mod den lange forældelsesfrist og kan aldrig beskytte mod den korte frist – til den opgave findes kun suspensionsreglen i FOL § 3, stk. 2, som ikke er meget værd i de situationer, hvor der forud for konkursen eksisterede et flertal af ikke-medansvarlige ledelsesmedlemmer, der undlod at reagere over for den ansvarspådragende adfærd.

I artiklens indledning er det anført, at kurators *kerneværktøjer* til brug for reparation af uberettigede dispositioner til skade for selskabet og (ultimativt) dets kreditorer er placeret i konkurslovens kapital 8 om omstødelse. Der er grund til at forholde sig med en vis skepsis over for det anførte: Når kurator i fremtiden skal reparere en af de ovenfor omtalte dispositioner mellem selskabet og en kapitalejer – der ved første øjekast fremtræder som et traditionelt gaveomstødelsestilfælde – bør han måske overveje, om han skal indlede sine undersøgelser (og evt. sin principale procedure) i selskabslovens tilbagebetalingsregler frem for konkurslovens omstødelsesregler.