

HØJESTERETS KENDELSE

afsagt onsdag den 22. august 2018

Sag 14/2018

X A/S under konkurs

(advokat Boris Frederiksen)

mod

A

og

B

(advokat Marianne Sørensen, beskikket for begge)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af Sø- og Handelsretten den 30. januar 2017 og af Østre Landsrets 3. afdeling den 28. juni 2017.

I påkendelsen har deltaget fem dommere: Vibeke Rønne, Michael Reklings, Lars Hjortnæs, Kurt Rasmussen og Jens Kruse Mikkelsen.

Påstande

Kærende, X A/S under konkurs, har nedlagt påstand om, at de indkærede, A og B, pålægges konkurskarantæne i 3 år.

A og B har principalt nedlagt påstand om stadfæstelse, subsidiært at der pålægges konkurskarantæne for en kortere periode end 3 år.

Anbringender

Kurator for X A/S under konkurs har anført navnlig, at der er fire forhold, som medfører, at A og B grundet deres forretningsførelse skal pålægges konkurskarantæne.

A og B har for det første kontinuerligt og konsekvent ikke betalt skatter og afgifter rettidigt. Det fremgår af selskabets årsrapporter for 2013 og 2014, at der burde have været afregnet moms løbende, idet der var en betydelig momspligtig aktivitet i selskabet. Der burde ligeledes have været indeholdt og afregnet A-skat og AM-bidrag, da der var betydelige personaleomkostninger. Der er i perioden på ca. 2½ år alene foretaget 4 ”drypvise” indbetalinger til SKAT på sammenlagt 159.732 kr., og i perioden senere end et år før fristdagen har selskabet alene foretaget to indbetalinger til SKAT på sammenlagt 48.445 kr. SKAT er som tvangskreditor blevet anvendt som en kreditfacilitet, og har som følge heraf lidt et betydeligt tab på ca. 1,5 mio. kr. Det bør ikke anses som en formildende omstændighed, at selskabet har undladt at betale skatter og afgifter som følge af likviditetsmæssige problemer.

A og Bs forretningsførelse er for det andet foregået efter håbløshedstidspunktet. A og B burde senest på tidspunktet for godkendelsen af årsrapporten for 2013 have indset, at en videreførelse af driften ville medføre yderligere væsentlige tab for selskabets kreditorer, som samlet har tabt ca. 6,4 mio. kr. Det fremgår af årsrapporten for 2013, at selskabet havde tabt hele egenkapitalen, at der var usikkerhed om selskabets evne til at fortsætte driften, og at der kunne opstå finansieringsproblemer, hvis kreditorer foretog skridt til at inddrive forfalden gæld. Selskabet kunne således allerede på dette tidspunkt ikke betale sin forfaldne gæld og var uden fri likviditet, og forudsætningerne for fortsat drift var ikke længere til stede, hvorfor A og B senest på dette tidspunkt burde have indstillet eller tilpasset driften i selskabet.

A og B har for det tredje ikke fulgt selskabets økonomiske udvikling tilstrækkeligt tæt, herunder iagttaget deres ledelsesmæssige forpligtelser efter selskabslovens § 115, nr. 5, og § 118, stk. 2, til bl.a. at sikre et forsvarligt kapitalberedskab i selskabet.

A og B har for det fjerde som ledelse disponeret således, at B løbende har anvendt selskabets midler til private formål på bekostning af selskabets kreditorer, hvilket er i strid med selskabslovens § 210. Samlet set har B anvendt 1.322.704,67 kr. ekskl. renter af selskabets midler til privatforbrug, heraf 483.606,72 kr. i perioden et år før fristdagen og frem til konkursdekretets afsigelse. De lån, der er optaget tidligere end 1 år før fristdagen, skal indgå i vurderingen, da B ikke har tilbagebetalt de lånte midler og dermed ikke har gjort op med det retsstridige forhold forud for 1-års perioden. B og A vidste, eller burde have vidst, at overførslerne til B var i strid med selskabslovens § 210, og det er et skærpende moment, at

selskabets revisor i årsrapporterne for 2013 og 2014 erklærede, at der var ydet et ulovligt ledelseslån.

Der er ingen særlige grunde, der taler for at pålægge B og A konkurskarantæne i en kortere periode end 3 år.

A og B har anført navnlig, at deres handlinger efter en samlet vurdering ikke har den grovhed eller karakter af misbrug, som er en betingelse for konkurskarantæne, ligesom det efter en samlet vurdering ikke vil være rimeligt at pålægge konkurskarantæne.

Den manglende rettidige betaling til SKAT skyldtes likviditetsmæssige årsager, idet der var hindringer for at skaffe ny kapital fra investorer til selskabet. Hindringerne skyldes den udefrakommende begivenhed, at Lønmodtagernes Garantifond havde rettet et krav mod selskabet vedrørende løntilgodehavender i det selskab, som X A/S havde købt aktiver fra. Ledelsen havde en berettiget forventning om, at gælden til SKAT og øvrige kreditorer ville kunne betales, når tvisten med Lønmodtagernes Garantifond var løst, og investorerne var på plads. Selskabets ledelse havde et ønske om at betale SKAT og arbejdede aktivt for at skabe mulighed for dette, hvilket understøttes af dialogen med SKAT. Den manglende betaling var således ikke udtryk for en bevidst og misbrugslignende anvendelse af SKAT som kreditfacilitet, og det bestrides, at selve opbyggelsen af gæld til SKAT i sig selv og uden for misbrugstilfælde kan medføre konkurskarantæne.

Det bestrides, at der er drevet virksomhed efter håbløshedstidspunktet, herunder allerede fordi dette tidspunkt ikke var indtrådt ved konkursens indtræden. Virksomheden arbejdede med store projekter og udsigt til store indtægter, der ville blive realiseret i fremtiden. Herudover var selskabet på tidspunktet for afsigelsen af konkursdekret tæt på en afklaring af tvisten med Lønmodtagernes Garantifond, og der var seriøse forhandlinger med investorer. A og B har ikke haft anledning til at stoppe driften, og fortsættelse af driften havde ikke karakter af misbrug. Det var tværtimod en fornuftig beslutning at fortsætte driften, selv om likviditeten var presset med henblik på, at kreditorerne skulle have betaling. Det understøttes af selskabets positive udvikling fra 2013 til 2014, hvor bruttofortjenesten steg fra 744.203 kr. til 2.580.257 kr., og der var et overskud i 2014 på 775.515 kr.

Det bestrides, at ledelsen ikke har fulgt selskabets økonomi tæt. Der blev holdt bestyrelsesmøder månedligt, og økonomien blev løbende drøftet. Der var endvidere løbende dialog med potentielle og interesserede investorer, hvilket også understøtter, at der var fokus på økonomien. Endelig viser dialogen med SKAT, at der var fokus på økonomien og ikke mindst på gældsposterne.

Det bestrides, at A og B har handlet groft uagtsomt på en misbrugslignende måde i forbindelse med selskabets mellemregning med B. De beløb, der har været hævet, har reelt været løn, hvilket også er anerkendt af SKAT. B var efter direktørkontrakten berettiget til en månedsløn på 125.000 kr., men han fik ikke løbende lønudbetalinger. B reagerede, da han konstaterede, hvordan mellemregningen var ført i regnskaberne, hvilket fremgår af, at mellemregningen efter posteringerne af 31. december 2014 og 2. januar 2015 var i Bs favør.

Hvis der træffes afgørelse om konkurskarantæne, foreligger der særlige grunde, der taler for, at der pålægges konkurskarantæne i en kortere tid end 3 år, da der er gået over 1 år fra dekretets afsigelse, og dette forhold ikke skyldes A og Bs forhold.

Højesterets begrundelse og resultat

Indledning

Spørgsmålet i sagen er, om betingelserne i konkurslovens § 157, stk. 1, for at pålægge A og B konkurskarantæne er opfyldt, herunder navnlig, om der foreligger groft uforsvarlig forretningsførelse i bestemmelsens forstand.

Grundlaget for vurderingen

Efter konkurslovens § 157, stk. 1, er det bl.a. en betingelse for konkurskarantæne, at den pågældende senere end et år før fristdagen har deltaget i ledelsen af den senere konkursramte virksomhed og på grund af groft uforsvarlig forretningsførelse må antages at være uegnet til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed.

Som det fremgår af Højesterets kendelser af 13. januar 2016 (UfR 2016.1473) og 11. januar 2018 (UfR 2018.1435), skal der foretages en helhedsvurdering af forretningsførelsen i den periode, hvor de pågældende har indgået i ledelsen, således at der ved vurderingen af, om der

er udvist groft uforsvarlig adfærd i perioden mindre end et år før fristdagen, også lægges vægt på, om ledelsen har undladt at rette op på groft uforsvarlige forhold, der er udvist på et tidligere tidspunkt.

Manglende angivelse og afregning af moms og A-skat mv.

Højesteret lægger til grund som ubestridt, at A og B i perioden fra august 2013 og frem til selskabets konkurs den 8. juli 2015 forsømte deres pligt efter skatte- og afgiftslovgivningen til at afregne moms, A-skat og arbejdsmarkedsbidrag, og at SKAT som følge heraf har lidt et betydeligt tab på ca. 1,5 mio. kr.

Højesteret tiltræder, at det som anført af landsrettens flertal ikke kan lægges til grund, at selskabet har tilsidesat bogføringslovens og årsregnskabslovens regler om bl.a. tilrettelæggelse af bogføring med registrering af alle transaktioner samt opbevaring af regnskabsmateriale og udarbejdelse af årsregnskab mv., og at de mindre overskridelser af tidsfristen for aflæggelse af regnskab ikke kan tillægges betydning i den sammenhæng.

Højesteret tiltræder endvidere, at det som anført af flertallet kan lægges til grund, at de manglende betalinger af moms, skat og arbejdsmarkedsbidrag skyldes likviditetsmæssige problemer og ikke manglende betalingsvilje, og at selskabet var i dialog med SKAT herom i forbindelse med SKATs inddrivelse af kravet.

Ledelseslånet

Af årsrapport for X A/S for 2013, som er underskrevet af A og B, fremgår, at der var ydet lån til selskabets kapitalejer/direktion i strid med lovgivningens bestemmelser herom, og at tilgodehavendet udgjorde 597.772 kr. Også af årsrapporten for 2014, som A og B ligeledes har underskrevet, fremgår, at der i strid med selskabslovens § 210 var ydet et lån på 536.676 kr. til selskabets ledelse. Højesteret lægger derfor til grund, at der i strid med selskabslovgivningen har været ydet lån fra X til B, og at der ikke var rettet op på dette forhold, da konkursen indtrådte. Grovheden af dette forhold må imidlertid vurderes i lyset af, at SKAT har anerkendt, at de hævdede beløb reelt var løn til B, at han ikke i øvrigt fik udbetalt den løn, som han havde krav på i henhold til direktørkontrakten, og at de hævdede beløb ikke oversteg hans samlede krav på løn.

Den fortsatte drift af X

Efter en samlet vurdering af navnlig selskabets økonomiske vækst fra 2013 til 2014, ledelsens finansieringsplan med hensyn til at skaffe investorer og det forhold, at der var tale om en ny-etableret virksomhed, tiltræder Højesteret, at det ikke kan lægges til grund, at driften i selskabet fortsatte længere, end det kunne anses forsvarligt. Højesteret finder dog, at det væsentlige tab på ubestridt ca. 6,4 mio. kr., som kreditorerne i konkursboet efter X har lidt, skal indgå i den samlede vurdering efter konkurslovens § 157.

Samlet vurdering

Højesteret tiltræder efter en helhedsvurdering, at A og B ikke kan antages at være uegnede til at deltage i ledelsen af en erhvervsvirksomhed som følge af groft uforsvarlig forretningsførelse i perioden frem til konkursen, og tiltræder derfor, at de ikke er pålagt konkurskarantæne efter konkurslovens § 157.

Højesteret har ved vurderingen navnlig lagt vægt på, at opbygningen af gæld til SKAT under de konkrete omstændigheder ikke i sig selv kan karakteriseres som groft uforsvarlig, og at der efter en samlet vurdering af navnlig overholdelsen af bogførings- og årsregnskabslovens regler, regnskabsoplysningerne, dialogen med SKAT og kravet fra Lønmodtagernes Garantifond, som efter det oplyste skabte problemer med hensyn til at opnå ny kapital fra investorer, ikke er grundlag for at betegne den manglende afregning af moms og A-skat som misbrug af reglerne.

Herefter, og da optagelsen af ledelselån under de givne omstændigheder hverken i sig selv eller i kombination med kreditorernes tab er tilstrækkeligt til at medføre konkurskarantæne, stadfæster Højesteret landsrettens kendelse.

Thi bestemmes:

Landsrettens kendelse stadfæstes.

Statskassen betaler sagens omkostninger for alle tre instanser.