

Større konkursboer med grænseoverskridende aktivitet – hvordan griber de an, og hvilke udfordringer er særligt forbundet hermed

- ♦ *Resume: Denne artikel giver et praktisk indblik i, hvordan man griber større konkursboer an, specielt når der er grænseoverskridende aktivitet. Artiklen beskriver, hvilke særlige udfordringer kurator oplever ved grænseoverskridende konkursboer, og hvilken betydning det har for kurators arbejde. Der fremhæves som særligt udfordrende forhold aktiver i udlandet, datterselskaber i udlandet, medarbejdere i udlandet og retssager/voldgiftssager. Endelig beskrives de ændringer, som kan være på vej på området.*

Af advokat Pernille Bigaard, Plesner Advokatfirma og formand for Foreningen for Danske Insolvensadvokater, samt advokat Victoria Grevit Eriksen, Plesner Advokatfirma

1. Indledning

Lad os slå en ting fast. Insolvensret er det mest spændende, alsidige og udfordrende fagområde, man som advokat kan beskæftige sig med!

Der er selvfølgelig en række geværgreb, der skal tages i ethvert konkursbo, og en række handlinger, der efter konkurslovens regler skal foretages på samme måde. Men ellers er sagerne ikke ens – det er i hvert fald yderst sjældent!

Under finanskrisen var der af gode grunde en række sager med fast ejendom. Ejendommene kunne befinde sig overalt i verden, men oftest så vi Tyskland, Frankrig, Spanien, England, Polen, Sverige og Finland. Og så selvfølgelig Danmark. Skovejendomme i Skotland og større grundkøb i Bulgarien var dog også med. En række af vores kolleger kan formentlig supplere op med ejendomme mange andre steder.

Ejendommene kunne være større beboelseskompleser, storcentre, industrijendomme, enkelt ejendomme og ejerlejligheder. I nogle tilfælde virkede indkøbene noget tilfældigt – efter hvad markedet havde budt på – mens andre hang bedre sammen.

At vores danske retsforbehold har givet vanskeligheder i disse sager siger sig selv, men forhåbentlig bedres dette ved den kommende folkeafstemning om Danmarks tiltrædelse af bl.a. Konkursforordningen. Alene anerkendelse af den danske konkurs giver kurator store og dyre besværligheder.

2. Hvordan starter det så – kurators pligter

Konkurslovens § 107 fastslår, at skifteretten i forbindelse med afsigelsen af et konkursdekret skal udpege en eller flere kuratorer. I større boer er man som mulig kommende kurator oftest kontaktet af de større kreditorer i selskabet og/eller kollegaer umiddelbart inden dekretets afsigelse, således at eventuelle interessekonflikter er afklaret inden det første møde i skifteretten.

Som mulig kommende kurator sørger man for at gøre sig så viden om selskabet/virksomheden som muligt inden det første møde i skifteretten. Dette kan ske gennem kontakten (kreditoren/kollegaen), offentligt tilgængelige oplysninger, årsrapporter mv., da et vist forhåndskendskab til virksomheden/selskabet alt andet lige gør opstarten af konkursbehandling en del lettere. Afhængigt af skifterettens ekspeditionstid og sagens karakter kan der nogle gange gå ultrakort tid, fra man er blevet kontaktet første gang til konkursdekretet faktisk afsiges, og derfor er det også forskelligt, hvilket "benarbejde" man kan nå at gøre sig omkring virksomheden forud for afsigelsen af konkursdekret.

Kurators opgave er nærmere beskrevet i konkurslovens § 110, hvoraf det fremgår, at kurator ved udførelsen af sit hverv skal

“...varetage boets interesser og herunder sikre boets aktiver og foretage de fornødne skridt til værn mod uberettigede dispositioner...”

Kurator skal derfor hurtigst muligt sikre de aktiver, der er omfattet af boets aktiver, få dem vurderet og efterfølgende solgt, samt undersøge om der måtte være omstødsels- og/eller erstatningsager, herunder erstatningsager mod den tidligere ledelse. Endelig skal kurator undersøge, om der er forhold, som giver anledning til politimæssig efterforskning.

Ved mindre konkursboer ser man ofte, at driften i virksomheden har været indstillet i en længere periode op til konkursen, hvorimod der ved større konkursboer, herunder børsnoterede virksomheder, ofte har været drift mere eller mindre helt frem til tidspunktet for afsigelsen af konkursdekretet.

Helt afgørende i den indledende fase er hurtigst muligt at få overblik over virksomheden og dens forhold, herunder at få så stor viden som muligt om aktiverne og passiverne, og i væsentlig grad få overblik over virksomhedens juridiske grundlag, kontrakter mv.

Det er derfor afgørende, at kurator i denne fase kan hellige sig arbejdet med konkursboet, og “smide hvad man ellers sidder med”. Er virksomheden stor eller større, er det væsentligt, at kurator kan trække medarbejdere og/eller partnere fra kurators kontor ind for hurtigt at få det nødvendige overblik. Store skader kan ske, hvis det ikke går hurtigt nok i denne indledende fase, og det kan ofte være afgørende for værdien af aktiverne, at disse identificeres og håndteres straks efter dekretets afsigelse. Der skal således indenfor meget kort tid træffes en række afgørende beslutninger, jf. nærmere nedenfor.

Det er oftest i perioden lige efter konkursdekretets afsigelse, at samarbejdet med både ledelse og medarbejdere hos den konkursramte virksomhed går bedst, både fordi alle har det frisk i erindring, men også fordi det er sværere efterfølgende, når medarbejderne har påbegyndt ny ansættelse andetsteds. Kurator har derfor stort fokus på at få så meget viden fra ledelsen og medarbejderne som overhovedet muligt i denne indledende fase. Kommer man først til at skulle indkalde til afhøringer hos skifteretten senere, kan det være for sent, da denne proces er langstrakt.

Ved opstarten af et konkursbo er der en lang række praktiske og juridiske forhold, som skal håndteres og tages stillingtagen til. Det kan f.eks. være, hvorvidt medarbejdere skal opsiges og/eller fritstilles, dvs. gennemgang af ansættelseskontrakter, hvorvidt der skal ske indtrædelse i kontrakter (lejemål, forsikringsforhold, leasingkontrakter, samhandelsaftaler etc. eller med andre ord hele kontraktgrundlaget omkring virksomheden), hvordan sikres aktiverne bedst muligt, hvilke rettigheder tilhører virksomheden, kan der ske hel eller delvis overdragelse, f.eks. via drop-down model, hvordan

inddrives udestående fordringer bedst muligt, hvordan sikres regnskabs- og bogføringsmateriale, der skal sørges for spejling af servere m.v.

Disse forhold afveksler fra virksomhedstype til virksomhedstype. Som nævnt så vi i forbindelse med finanskrisens opstart mange større konkursboer med ejendomme som det væsentligste aktiv. Ved sådanne konkursboer skal kurator sørge for at få håndteret alle forhold omkring ejendommene, således at ejendommene også efter konkursdekretet kan administreres (leje opkræves, forsyninger fortsætte mv.), samt sikre overblik over kontraktsforholdene for ejendommen. I dag ser vi ikke konkursboer med ejendomme på samme måde. I stedet er det ofte virksomheder med produktion i et eller andet omfang. De praktiske opgaver i disse boer er mere koncentreret om stillingtagen til fortsat drift, håndtering af indgåede kontrakter, salg af produktionsmateriel, varelager og rettigheder, opsigelse af medarbejdere mv.

Størrelsen af virksomheden har som sådan ikke betydning for kurators opgaver, men har oftest betydning for arbejdets omfang og kompleksitet.

2.1 Flere kuratorer – hvad betyder det?

Konkurslovens § 107 giver skifteretten mulighed for at udpege flere kuratorer. Muligheden udnyttes i mange større og mere komplicerede konkursboer, hvor der kan være modsatrettede kreditorinteresser.

I de større konkursboer er det klart en fordel med flere kuratorer, da der så meget hurtigt kan sættes den nødvendige "bemanding", der måtte være påkrævet for det pågældende konkursbo. Et sådant kuratel er hensigtsmæssigt af flere årsager, men har også udfordringer.

Hensigtsmæssigheden består særligt i muligheden for de større bemandinger i opstartsfasen, herunder sikringen af, at den nødvendige specialistviden hurtigt bibringes, samt – og nok vigtigst – at kreditorernes interesse for valg af kurator imødekommes.

Udfordringerne er i særdeleshed at sikre, at boet ikke bliver belastet med udgifter til "dobbeltarbejde" samtidig med, at den overordnede viden alligevel samles hos kuratellet. I et kuratel er det derfor afgørende, at man sikrer sig en klar arbejdsfordeling kuratorerne imellem.

3. Grænseoverskridende konkursboer – udfordringer forbundet hermed

Større konkursboer har ofte relation til udlandet i et eller andet omfang. Det kan være udenlandske samhandelspartnere, aktiver i udlandet, debitorer, afdelinger med/uden medarbejdere, datterselskaber eller bare mange og store udenlandske kreditorer.

Mange og store udenlandske kreditorer har umiddelbart ikke betydning for kurators arbejde, udover at korrespondance, redegørelser mv. selvfølgelig skal udarbejdes på engelsk, eller hvilket sprog der nu er anvendeligt. Ofte bruges engelsk uden problemer, men det kan selvfølgelig være nødvendigt at få oversat til andre sprog.

Omvendt kan udenlandske kreditorer, der i aftalegrundlaget med den konkursramte virksomhed har aftalt ejendomsforbehold, pantsætning eller lign., og samtidig har aftalt anvendelse af den pågældende kreditors lands ret ofte betyde, at kurator meget hurtigt skal tage stilling til, hvordan boet skal forholde sig. Er der tale om et sædvanligt fordringsprøvelsesforhold, således at spørgsmålet om ejendomsforbeholdets/pantsætningens beståen er et spørgsmål, der tages stilling til ved kurators prøvelse, og eventuelt efterfølgende ved den danske skifterets prøvelse af kurators afgørelse, er det forholdsvis ukompliceret. Men er kurator i risiko for, at den udenlandske kreditor kan indlede retsskridt i udlandet, og måske ovenikøbet, at der befinder sig aktiver i samme land, er kurator

nødt til meget hurtigt at få det juridiske overblik over situationen og boets muligheder.

Der er en række forhold ved grænseoverskridende konkursboer, der giver udfordringer for kurator. Vi skal her blot fremhæve nogle, som vi oplever som de største udfordringer, men som nævnt indledningsvist giver reglerne, som de er i dag – bl.a. retsforbeholdet – kurator store og dyre besværligheder, når boets interesser skal varetages på bedste vis.

3.1 Særlige udfordringer

3.1.1 Aktiver

Inden for EU-området gælder Konkursforordningen, som regulerer spørgsmålet om anerkendelse og virkning af en konkurs indledt i et EU-land, når aktiver befinder sig i et andet EU-land.

Konkursforordningens udgangspunkt er, at insolvensbehandling i skyldnerens hjemland tillægges virkning i de øvrige stater, idet aktivfordelingen sker i henhold til hjemlandets ret, jf. Konkursforordningens artikel 3 og 4. En undtagelse til dette er dog reglerne om sekundære insolvensbehandlinger, som giver mulighed for, at der kan indledes en sekundær insolvensbehandling i ethvert land, hvor skyldneren havde forretningssted med den virkning, at aktiverne i denne stat fordeles efter lokal ret, jf. Konkursforordningens artikel 28, jf. artikel 4.(1)

Danmark er, som konsekvens af forbeholdet om det retlige EU-samarbejde, ikke en del af Konkursforordningen, og derfor kan det være vanskeligt for et dansk konkursbo at forfølge aktiver, som befinder sig i et andet EU-land. Et dansk konkursbo er nemlig afhængigt af, at EU-landenes egen lovgivning tillægger det danske konkursbo retsvirkning – anerkender det danske konkursdekret – hvorved aktiver der befinder sig i det pågældende EU-land kan inddrages i konkursboet. Alene det tidsmæssige aspekt i at få anerkendt det danske konkursbo betyder risiko for, at aktiver forsvinder, bliver pantsat mv., ligesom det omkostningsmæssige ved denne anerkendelse er et væsentligt moment. Det er temmelig dyrt.

Den Nordiske Konkurskonvention, som har været gældende i Danmark siden 1935 sikrer, at konkurser over en skyldner i et af de 5 nordiske lande, både omfatter skyldnerens aktiver, som befinder sig i skyldnerens hjemland, men også aktiver, som befinder sig i de øvrige nordiske lande. Den Nordiske Konkurskonventions udgangspunkt er således, at skyldnerens hjemlands lov er afgørende, jf. artikel 1. Dette gælder dog kun for så vidt angår konkursretlige problemstillinger. Hvorvidt f.eks. et ejendomsforbehold er gyldigt, er ikke omfattet af konventionen.⁽²⁾ Ejerskabet til ejendomme, produktionsapparater, varelager m.fl. kan derfor være endog meget bekosteligt for kurator at sætte sig i besiddelse af, ligesom det tidsmæssige aspekt ved at få den danske konkurs anerkendt, som nævnt er væsentligt. Andre kreditorer kan have foretaget udlæg, aktiver kan være solgt, beslaglagt, arresteret eller lign. Alt sammen dispositioner, som kurator må bruge både tid og ikke uvæsentlige omkostninger på at få rettet op på. Omkostningerne hertil er meget høje, og kan i visse situationer være så høje, at kurator må opgive forfølgelse af aktiver. Jo hurtigere kurator får skaffet sig overblikket over både omkostningerne og juraen, og i visse situationer også drøftet situationen med de største af konkursboets kreditorer, jo større er værdierne, der vil kunne sikres for boet, derfor også.

3.1.2 Datterselskaber

Det sker, at et dansk konkursbo har et eller flere datterselskaber i udlandet. Dette volder ofte store problemer, da datterselskabets ledelse og/eller kreditorer forventer, at det danske (nu konkursramte) moderselskab sørger for håndtering/afvikling af datterselskabet/erne.

Det er imidlertid ikke altid givet, da kurator i det danske moderselskab er nødsaget til at lave en afvejning af om en afvikling af datterselskabet/erne via mellemregninger kan medføre aktiver i det danske konkursbo, om datterselskabet/erne er solvente, og således muligt kan sælges, eller om der kan være en risiko for hæftelse og/eller ansvar for moderselskabet, hvis der intet gøres fra moderselskabets side.

Ofte er håndtering/afvikling af et eller flere datterselskaber i udlandet forbundet med mange omkostninger for det danske konkursbo. Derfor er det væsentligt for kurator i det danske moderselskab at sikre, at det danske konkursbos kreditorer ikke kommer til at betale for håndteringen/afviklingen, uden at der enten kommer midler i konkursboet eller der undgås kreditorer, det sidste naturligvis efter en afvejning af dividendeværdien.

Afvejningen af, hvorvidt det er forsvarligt at afholde omkostninger enten direkte eller via udført arbejde i datterselskaberne, er derfor meget vigtig og afgørende for, hvorvidt det danske moderselskab bør give sig i kast med afvikling/håndtering af datterselskabet/erne. I modsat fald bør kurator afstå fra at gøre noget ved datterselskabet/erne.

3.1.3 Medarbejdere

Det hænder at et konkursramt selskab har haft udstationerede eller udsendte medarbejdere i udlandet, der som følge af konkursen er nødsaget til at rejse hjem. Disse medarbejdere vil have udgifter forbundet med hjemrejsen, og har ofte en forventning om, at de på samme vis, som de opnår dækning for lønkrav, tillige opnår dækning af disse omkostninger. Men som reglerne er i dag er det langt fra givet, at de gør dette.

Konkurslovens § 95 har følgende ordlyd (vores fremhævninger):
“Derefter betales i lige forhold:

1) *Krav på løn og andet vederlag for arbejde i skyldnerens tjeneste, som er forfaldet i tidsrummet fra 6 måneder før fristdagen indtil konkursdekretets afsigelse. Tilsvarende gælder krav ifølge en uforrentet opsparingsordning (frit valg-ordning), jf. stk. 3, der kræves udbetalt i samme tidsrum, eller som, uanset at kravet er optjent før konkursdekretets afsigelse, først kræves udbetalt efter dette tidsrum.*

2) *Krav på erstatning for afbrydelse af arbejdsforholdet, men dog ikke erstatning for krav på løn og andet vederlag, som ville være forfaldet mere end 6 måneder før fristdagen.*

3) *Krav på godtgørelse, for så vidt opsigelsen eller afbrydelsen af arbejdsforholdet har fundet sted inden for de sidste 6 måneder før fristdagen.”*

Konkurslovens § 95, stk. 1, nr. 1, dækker efter ordlyden kun krav som er forfaldet i tidsrummet fra 6 måneder før fristdagen. Det antages dog i praksis, at bestemmelsen tillige dækker krav optjent i samme periode, men som først forfalder efter fristdagen. For så vidt angår hjemrejseudgifter vil medarbejderens krav herpå først være opstået efter fristdagen, idet hjemrejseomkostningerne alt andet lige først bliver aktualiseret i kraft af arbejdsgiverens konkurs. Hjemrejseomkostninger må således nødvendigvis falde uden for den tidsmæssige begrænsning i konkurslovens § 95, stk. 1, nr. 1.

Konkurslovens § 95, stk. 1, nr. 2 og nr. 3, finder nok ej heller anvendelse på hjemrejseudgifter. Nr. 2 finder umiddelbart anvendelse på situationer, hvor forholdet er afbrudt før konkursen, og ophøret som følge af almindelige arbejdsretlige regler vil udløse erstatning (primært løn i forbindelse med opsigelsesvarsel efter funktionærlovens regler), og nr. 3 skal i et vist omfang forstås i sammenhæng med funktionærlovens § 2b vedrørende usaglige opsigelser.

Hjemrejseomkostninger kan således næppe opnå selvstændig dækning under konkurslovens § 95, og derfor er der tale om simple

krav i henhold til konkurslovens § 97, men kan der ske dækning af hjemrejseomkostninger på anden vis?

Et konkursbo har som bekendt adgang til at konkursregulere aftaler om vedvarende retsforhold, herunder ansættelseskontrakter, jf. konkurslovens § 61. Denne regulering kan prøves ved domstolene. Netop konkursregulering af ansættelseskontraktens opsigelsesvarsel kan være relevant i denne forbindelse, da det kan tænkes, at en arbejdsgiver og en arbejdstager “handler om konkursrisikoen” ved udstationeringen gennem regulering af opsigelsesvarslet.

En lignende situation forelå i U.2011.2963Ø, hvor en ledende funktionær havde været udstationeret i USA. Hans funktionærstatus var ikke omtvistet. I henhold til ansættelseskontrakten var der blandt andet aftalt 9 måneders opsigelsesvarsel. Dette ønskede konkursboet at konkursregulere til det lovmæssige varsel for funktionærer, hvilket i dette tilfælde var 3 måneder. Arbejdstageren gjorde gældende, at der var en betydelig økonomisk risiko forbundet med udstationering i USA, og at det derfor måtte anses for rimeligt og sædvanligt med det forlængede opsigelsesvarsel. Konkursboet gjorde heroverfor gældende, at det er i strid med konkurslovens lighedsprincip at opretholde et sådant udvidet varsel, og at der hverken konkret eller generelt var begrundelse for et udvidet varsel i en sådan situation. Konkursboet fik medhold i Skifteretten. Landsretten fandt til gengæld at:

“Efter en samlet vurdering af stillingens karakter og det forhold, at han som udstationeret i USA opgav sin hidtidige bopæl i Danmark og flyttede til USA med hele sin familie, herunder sin ægtefælle, som opgav sit hidtidige job, findes et rimeligt opsigelsesvarsel – når der samtidig henses til det konkursretlige lighedsprincip – i den foreliggende situation passende at kunne fastsættes til 6 måneder.”

Landsretten fandt altså, at den særlige risiko der var forbundet med en udstationering kunne begrunde et længere opsigelsesvarsel end det sædvanlige lovmæssige. Afgørelsen åbner derfor op for, at en udstationeret medarbejders hjemrejseomkostninger i et vist omfang indirekte kan opnå § 95-status gennem en konkret vurdering af konkursreguleringen af vedkommendes opsigelsesvarsel.

Det er således komplekst med udstationerede medarbejdere, og kurator skal selvfølgelig hurtigt tage stilling til, hvad konkursboet kan gøre for at hjælpe den pågældende, men omvendt er det en omkostningsafvejning, og andre opgaver kan være mere hastende i opstarten af et konkursbo. Det kan være vanskeligt for kurator at forklare den pågældende, og f.eks. pressen, at kurator først skal have overblik over ansættelsesforhold – boets og/eller datterselskabet – samt konkursboets aktiver, før kurator kan tage stilling til, hvorledes boet forholder sig. Som reglerne og retspraksis er i dag kan kurator i hvert fald ikke bare kan sige “rejs bare hjem – boet betaler”.

3.1.4 Retssager/voldgiftssager

Ofte må kurator tage stilling til, om der skal anlægges retssager i udlandet, eller om det er muligt at få sagerne gennemført ved de danske domstole.

Omkostningerne ved at gennemføre retssager i Danmark kan være store, men omkostninger ved gennemførelse af tvister i udlandet, f.eks. England, er væsentlig større. Så alene omkostningsspørgsmålet er af væsentlig betydning, når kurator overvejer om konkursboet skal anlægge retssager i udlandet.

Som før nævnt kan visse sager betragtes som fordringsprøvelses-sager – sager, hvor der skal anmeldes i det danske konkursbo, og hvor reglerne om prøvelse af fordringerne medfører, at disse sager føres i Danmark. Dette er omkostningsmæssigt at foretrække for boet.

I visse situationer har virksomheden forud for afsigelsen af konkursdekretet indgået aftaler om værneting i udlandet for afgørelser af tvister vedrørende selve aftalen, ligesom der kan være lavet aftaler om lovvalg. I sådanne situationer kan kurator i nogle tilfælde være bundet af det aftalte. I andre tilfælde kan lovvalgsaftaler alene anses for at vedrøre fortolkning af selve aftalen, mens forhold der opstår som følge af konkursen kan medføre, at tvisten alligevel kan gennemføres i Danmark. Fortolkning og afvejning af dette er meget vanskeligt og komplekst.

4. Ændringer på vej?

Insolvensret er et kompleksområde med mange aspekter, som varierer fra konkursbo til konkursbo – ikke mindst når man har med grænseoverskridende konkursboer at gøre.

De særlige problemstillinger, som opstår ved behandling af grænseoverskridende konkursboer, kræver en erfaren kurator, og kræver ofte mange omkostninger – omkostninger som kurator ofte ikke kan honorere.

En række af Folketingets partier har indgået aftale om, at Danmark senest til marts 2016 skal stemme om, hvorvidt Danmark skal tiltræde bl.a. Konkursforordningen.

En tiltrædelse af Konkursforordningen vil sikre en ensartet afvikling af grænseoverskridende konkursboer i EU-landene, således at kollektive insolvensbehandlinger, f.eks. konkurs og gældssanering, med et grænseoverskridende element vil blive reguleret af samme regelsæt vedrørende kompetence, lovvalg og gensidig anerkendelse. Endvidere vil der blive etableret og sammenkoblet et insolvensregister.

Det er vores opfattelse, at et tilvalg af konkursforordning klart vil være en fordel for danske borgere og virksomheder, da danske kuratorer i så fald vil få meget lettere adgang til at sikre aktiver, der befinder sig i andre EU-lande, som også har tiltrådt Konkursforordningen.

Derudover vil der være en større gennemsigtighed med konkurser i de forskellige lande, sådan at det vil være nemmere for danske kreditorer at blive bekendt med insolvensbehandlinger i andre medlemsstater, og derved foretage rettidig og korrekt anmeldelse af krav i udenlandske konkursboer.

Dansk tiltrædelse af Konkursforordningen vil således gøre det væsentligt smidigere for danske konkursboer at forfølge aktiver i de øvrige EU-lande, som også har tiltrådt Konkursforordningen.

En tiltrædelse af Konkursforordningen vil derfor løse en del, men ikke alle, af de udfordringer, som kurator har med grænseoverskridende konkursboer, men så langt så godt.

(1) Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten, 1. udgave, s. 95 ff.

(2) Joseph Lookofsky og Ketilbjørn Hertz, International privatret på formurettens område, 5. udgave, s. 147.