

Speciel kuratorinhabilitet med fokus på kurators tilknytning til skyldneren

Special trustee disqualification focusing on the trustee's relationship with the debtor

af EMILIE TOFTEGAARD FUNDING

Afhandlingen har til formål at undersøge i hvilket omfang kurators tilknytning til skyldneren medfører, at kurator er inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet i konkurslovens § 238, stk. 1. Da dette afhænger af, hvilket tilknytningsforhold der er tale om, indeholder afhandlingen undersøgelser af en række udvalgte tilknytningsforhold. Disse er forudgående advokatarbejde for skyldneren, forudgående rekonstruktionsretlig bistand for skyldneren, forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet og kapitalandele i skyldnerselskabet.

I afhandlingen bliver det konkluderet, at en advokat kan have udøvet advokatarbejde for skyldneren forud for konkursen, uden at dette medfører inhabilitet som kurator. Arbejdets omfang og karakter kan dog føre til, at advokaten alligevel må anses for inhabil. Arbejdets tidsmæssige tilknytning til konkursen vil alene have indirekte betydning for inhabilitetsspørgsmålet. Hvad angår kreditorernes tilkendegivelser om og indsigelser mod den pågældende som kurator, bør disse som udgangspunkt ikke indgå i inhabilitetsvurderingen.

Om forudgående rekonstruktionsretlig bistand opstilles på baggrund af to kendelser en hovedregel om, at en rådgiver der forud for konkursen har bistået skyldneren med et fejlslået forsøg på en udenretlig rekonstruktion, ikke vil være inhabil som kurator. Det vil den omstændighed, at rådgiveren har været beskikket som indenretlig rekonstruktør for skyldneren forud for konkursen heller ikke. Konkrete forhold omkring det udførte arbejde vil i begge tilfælde dog kunne føre til et andet resultat.

Forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet er derimod som udgangspunkt inhabilitetsgrund. Bestyrelsesmedlemskabet kan dog være etableret på en så atypisk måde, at hvervet ikke medfører kuratorinhabilitet. Dette er en konkret vurdering, hvor der blandt andet lægges vægt på bestyrelsesmedlemskabets varighed og omstødelige forhold. I afhandlingen opstilles på grundlag af forældelsesmæssige overvejelser også en formodning om, at en person der er udtrådt af bestyrelsen senest 3 år forud for konkursen, heller ikke vil være inhabil som kurator.

Kurator kan også være inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet, hvis den pågældende ejer en ikke-væsentlig del af skyldnerselskabets kapital. Afgørende antages at være, om kapitalandelen har givet kurator adgang til at udøve indflydelse i selskabet.

Samlet set bliver det konkluderet, at den specielle inhabilitetsvurdering i konkurslovens § 238, stk. 1 ændrer sig i takt med, at kurators relation til skyldneren styrkes. Derimod har tilknytningsforholdenes tidsmæssige tilknytning til konkursen ingen direkte betydning for inhabilitetsvurderingens udfald.

Indholdsfortegnelse

1. Introduktion.....	3
1.1. Indledning	3
1.2. Problemformulering.....	4
1.3. Afgrænsning.....	4
1.4. Metodevalg	5
2. Indledende om speciel inhabilitet	5
3. Inddragelse af retspraksis om visse andre aktørers inhabilitet.....	7
3.1. Rekonstruktøren.....	7
3.2. Skifterettens medhjælper	9
4. Smitte	11
5. Forudgående advokatarbejde for skyldneren	12
5.1. Eksistensen af et forudgående advokatarbejde for skyldneren.....	14
5.2. Arbejdets omfang.....	14
5.3. Arbejdets karakter	17
5.3.1. Omstødelige dispositioner	17
5.3.2. Rådgivning der alene relaterer sig til skyldnerens insolvenssituation	18
5.4. Arbejdets tidsmæssige tilknytning til konkursen.....	20
5.5. Kreditorernes tilkendegivelser	20
6. Forudgående rekonstruktionsretlig bistand for skyldneren.....	22
6.1. Udenretlig rekonstruktion	23
6.1.1. Generelle overvejelser om inhabilitet hos en udenretlig rekonstruktør	23
6.1.2. Retstilstanden for den udenretlige rekonstruktørs inhabilitet	24
6.2. Indenretlig rekonstruktion.....	26
7. Forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet	28
7.1. Udgangspunktet om forudgående bestyrelsesmedlemskab	29
7.2. Atypisk bestyrelsesmedlemskab	30
7.3. Betydningen af tidspunktet for bestyrelsesmedlemskabets ophør	32
8. Kapitalandele i skyldnerselskabet.....	34
9. Konklusion.....	36
10. Litteraturfortegnelse.....	37

Abstract

The aim of this dissertation is to examine to what extent the trustee's relationship with the debtor entails that the trustee is disqualified under the rules on special disqualification in section 238(1) of the Danish Bankruptcy Act. This depends on the nature of the relationship with the debtor. The dissertation therefore contains a study of a number of selected relationships that give rise to considerations of special disqualification of the trustee. The selected relationships are prior legal work for the debtor, prior restructuring proceedings of the debtor, prior board membership in the debtor company and holder of shares in the debtor company.

With regard to the relationship of prior legal work for the debtor, it is concluded that a lawyer may have performed legal work for the debtor prior to the bankruptcy without this leading to disqualification as trustee. However, the scope and nature of the legal work may mean that the

lawyer is disqualified as trustee. The temporal connection of the work to the bankruptcy only indirectly affects the question of disqualification. It is also concluded that the creditors' statements and objections to the person in question as trustee should, as a general rule, not be included in the assessment of disqualification.

In relation to prior reconstruction proceedings, a distinction is made between assistance with an out-of-court reconstruction and an in-court reconstruction. It is found that an advisor who, prior to the bankruptcy, has assisted the debtor with an unsuccessful attempt to carry out an out-of-court reconstruction is not presumed to be disqualified as trustee. Nor is a reconstruction administrator in an in-court reconstruction prior to the bankruptcy presumed to be. However, specific circumstances regarding the work performed during the reconstructing attempts may in both cases lead to a different result.

A prior membership of the debtor company's board of directors generally entails disqualification as trustee. However, the board membership may have been established in such an atypical way that it does not lead to disqualification as trustee. This is a specific assessment of the circumstances which includes, among other things, the duration of the prior board membership and voidable matters. Based on considerations of limitation, it is also assumed in the dissertation that a person who has resigned from the board of directors no later than three years prior to the bankruptcy will not be disqualified as trustee either.

The trustee may also be disqualified under the rules on special disqualification if the person in question owns a non-substantial part of the debtor company's shares. The decisive factor is assumed to be whether the shareholding has given the person concerned access to exercise influence in the company.

Overall, it is concluded that the assessment of whether the trustee is disqualified under the rules in special disqualification under section 238(1) of the Danish Bankruptcy Act changes as the trustee's relationship with the debtor strengthens. On the other hand, the temporal connection to the bankruptcy does not directly affect the outcome of the disqualification assessment.

1. Introduktion

1.1. Indledning

Konkursens formål er at afvikle boet med henblik på at foretage en ligelig fordeling af bomassen blandt boets kreditorer.¹ Kurator skal derfor under bobehandlingen først og fremmest varetage kreditorernes fælles interesser.² For at sikre at der kun varetages saglige hensyn i overensstemmelse hermed, er der i konkursloven opstillet visse habilitetsbegrænsninger for, hvem der kan agere kurator. Habilitetskravene fremgår af konkurslovens § 238, stk. 1, der har følgende ordlyd:

»Ingen må handle som kurator, skifterettens medhjælper, medlem af kreditorudvalget, sagkyndig bistand, forretningskyndig medhjælp, revisor, rekonstruktør, tillidsmand eller vurderingsmand, hvis han er en af skyldnerens nærtstående eller er afhængig af skyldneren, eller hvis der som følge af hans interesse i sagens udfald eller af andre grunde er tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål.«

¹ Jf. Konkurs (2023), s. 573.

² Jf. betænkning 606/1971, s. 266.

Kravene er imidlertid også opstillet for at sikre *tilliden* til, at kurator alene handler ud fra saglige hensyn.³ Ifølge bestemmelsen vil kurator derfor være inhabil, allerede når der er tvivl om den pågældendes upartiskhed. Dette indebærer, at inhabilitet vil foreligge, så snart der er *risiko* for, kurator varetager usaglige hensyn under bobehandlingen.⁴

Der sondres traditionelt mellem »generel inhabilitet« og »speciel inhabilitet«, hvor der med generel inhabilitet refereres til, at kurator ikke må a) være skyldnerens nærtstående og b) være afhængig af skyldneren. Med speciel inhabilitet forstås derimod, at kurator ikke må c) have interesse i sagens udfald, ligesom der ikke d) af andre grunde må være tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål. Generel inhabilitet angår det fulde kuratorhverv, og kan ikke afhjælpes. Speciel inhabilitet kan angå enkeltspørgsmål såvel som hele hvervet, og kan i et vidst omfang afhjælpes.⁵

Konkurslovens § 238, stk. 1 blev oprindeligt indført som § 197 ved lov nr. 298 af 8. juni 1977 på grundlag af konkurslovsudvalgets udkasts § 192 i betænkning 606/1971.⁶ Selvom bestemmelsens materielle indhold i dag fremstår uændret, antages reglerne i retspraksis at være blevet skærpet siden indførelsen.⁷

1.2. Problemformulering

Denne afhandling er en undersøgelse af, i hvilket omfang kurators tilknytning til skyldneren medfører, at kurator er inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet i konkurslovens § 238, stk. 1.

Undersøgelsen fokuserer på, om inhabilitetsvurderingen ændrer sig i takt med, at kurators relation til skyldneren styrkes, og/eller at tiden for konkursen nærmer sig. Afhandlingen indeholder derfor en analyse af en række udvalgte tilknytningsforhold, der giver anledning til overvejelser om speciel inhabilitet. Karakteristisk for tilknytningsforholdene imellem er, at relationen mellem kurator og skyldneren varierer, og den tidsmæssige tilknytning til konkursen er forskellig. De udvalgte tilknytningsforhold er forudgående advokatarbejde for skyldneren, forudgående rekonstruktionsretlig bistand for skyldneren, forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet og kapitalandele i skyldnerselskabet.

1.3. Afgrænsning

Denne afhandling har til formål at undersøge, i hvilket omfang reglerne om speciel inhabilitet medfører, at kurator er inhabil. Reglerne om generel inhabilitet vil derfor ikke indgå i analysen. I det følgende skal »inhabilitetsvurderingen« derfor forstås som den vurdering der foretages, når det skal bedømmes, om kurator opfylder de habilitetskrav der følger af reglerne om speciel inhabilitet i konkurslovens § 238, stk. 1.

Afhandlingen er alene en undersøgelse af, i hvilket omfang visse tilknytningsforhold medfører speciel inhabilitet hos kurator. Spørgsmål om inhabilitetens virkning og afhjælpning bliver derfor ikke behandlet i det følgende. Det gør habilitetskravene til de øvrige aktører benævnt i konkurslovens § 238, stk. 1 og til tilsynet under betalingsstandsning, der tidligere var omfattet

³ Jf. Konkurs (2023), s. 104.

⁴ Jf. U 1997B.205, s. 205.

⁵ Jf. U 1997B.205, s. 205f.

⁶ Jf. FT 1976-77 (2. samling), tillæg A, sp. 407.

⁷ Jf. U 1997B.205, s. 205 og ET 2021.067, s. 1.

af bestemmelsen, heller ikke. Dette fraviges dog i afhandlingens undersøgelse af, om retspraksis der angår rekonstruktøren og skifterettens medhjælper, bør inddrages i analysen af kurators inhabilitet. Her vil habilitetskravene til visse andre aktører end kurator blive berørt, dog uden der foretages en egentlig analyse. Forholdet til god advokatskik holdes også uden for fremstillingen.

Afhandlingen undersøger habilitetsproblemer ved kurators tilknytning til skyldneren. Habilitetsproblemer der vedrører kurators tilknytning til andre, herunder kreditorer, medkuratorer og concernselskaber, vil derfor ikke blive gennemgået i det følgende.

Begrebet »skyldneren« dækker i afhandlingen over den, der er gået konkurs, uden hensyn til om dette er en fysisk eller juridisk person. I analysen af de tilknytningsforhold der vedrører kurators forudgående bestyrelsesmedlemskab og kapitalandele, vil inhabilitetsspørgsmålet dog alene blive behandlet for tilfælde, hvor den konkursramte er et kapitalsekskab. Den konkursramte omtales i disse afsnit derfor »skyldnerselskabet«. Afgrænsningen er begrundet i pladsmæssige hensyn.

I afhandlingens analyse af inhabilitet på grund af forudgående advokatarbejde for skyldneren vil det naturligt være forudsat, at den aktør hvis inhabilitet skal vurderes, er advokat. Denne forudsætning vil ikke blive lagt til grund i afhandlingens øvrige dele, da konkursloven ikke stiller krav om en bestemt uddannelse for kurator.⁸

Ved afhandlingens analyse af inhabilitet på grund af forudgående rekonstruktionsretlig bistand vil reglerne om forebyggende rekonstruktion i konkurslovens kapitel IA ikke blive inddraget. Dette skyldes, at der på nuværende tidspunkt er meget lidt erfaring med forebyggende rekonstruktion.⁹

1.4. Metodevalg

I afhandlingen vil blive anvendt den retsdogmatiske metode, som er en beskrivelse, fortolkning og systematisering af gældende ret.¹⁰ Undersøgelsen vil tage afsæt i ordlyden af konkurslovens § 238, stk. 1, og som fortolkningsbidrag hertil vil lovforarbejder blive anvendt. Derudover vil retspraksis i væsentligt omfang blive inddraget og analyseret med henblik på at besvare afhandlingens hovedspørgsmål. Efterarbejder og juridisk litteratur vil også indgå i afhandlingens juridiske argumentation, selvom disse ikke er autoritative retskilder.¹¹

2. Indledende om speciel inhabilitet

Kurator vil ifølge reglerne om speciel inhabilitet i konkurslovens § 238, stk. 1 være inhabil hvis:

» (...) der som følge af hans interesse i sagens udfald eller andre grunde er tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål.«

⁸ Jf. FT 2021-22, tillæg A, L 181 (lovforslag), s. 204.

⁹ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 42.

¹⁰ Jf. Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 15.

¹¹ Jf. Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 60f. og Retssystemet og juridisk metode (2020), s. 192f.

»Interesse i sagens udfald« og »andre grunde« er sprogligt vage inhabilitetsgrunde. På grundlag af en ordlydsfortolkning kan det alene konstateres, at bestemmelsen ikke indeholder en udtømmende beskrivelse af hvilke omstændigheder, der kan føre til inhabilitet.¹² Ordlyden giver derimod ingen vejledning i hvilke konkrete tilknytningsforhold, der medfører inhabilitet. Inhabilitetsvurderingen må være konkret.¹³

Det er skifteretten, der foretager vurderingen af, om en inhabilitetsgrund er til stede.¹⁴ I praksis beror vurderingen dog i høj grad på oplysninger fra kuratorkandidaten selv. En kuratorkandidat bliver før udpegningen således forlangt en erklæring om, at denne opfylder betingelserne i konkurslovens § 238, stk. 1. Ved udarbejdelse af erklæringen skal kandidaten foretage en grundig undersøgelse af potentielle interessekonflikter, der kan medføre inhabilitet, og angive disse i erklæringen.¹⁵ Samtidigt må kandidaten alene acceptere hvervet, hvis han eller hun ikke vurderer sig selv inhabil.¹⁶

Et eksempel på en sag hvor kurator ikke havde opfyldt disse forpligtelser, er Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 4. december 2020 i sag K 964/20-G. Her kom omfanget af kurators kompagnonens tilknytning til skyldneren først frem syv måneder efter udpegningen af kurator, efter henvendelse fra en journalist. Det viste sig at kurator havde været bekendt med tilknytningen allerede på udpegningsstidspunktet.¹⁷

For rekonstruktører er det i konkurslovens § 11, stk. 2 udtrykkeligt bestemt, at en begæring om rekonstruktion skal indeholde en erklæring fra en rekonstruktørkandidat om, at denne opfylder betingelserne i konkurslovens § 238, stk. 1.

Kreditorerne og skyldneren har derimod ikke direkte indflydelse på inhabilitetsvurderingen. Inhabilitetsspørgsmålet er ikke afstemningstema for kreditorerne på skiftesamlingen, og skyldneren har ingen formel indflydelse på udpegningsprocessen.¹⁸ Skifteretten kan ifølge konkurslovens § 114, stk. 1, 1. pkt. af egen drift afsætte kurator, og afsættelsen kan ske på baggrund af indsigelser rejst fra bl.a. kreditorer eller skyldneren.¹⁹ Ved at fremsætte sådanne indsigelser over for skifteretten må disse derfor kunne få indirekte indflydelse på habilitetsspørgsmålet.

Om kreditorernes tilkendegivelser kan tillægges betydning i inhabilitetsvurderingen, og herved få indirekte indflydelse på habilitetsspørgsmålet, se afsnit 5.5.

I retspraksis sonderer domstolene sjældent mellem, om der foreligger inhabilitet som følge af kurators »interesse i sagens udfald« eller af »andre grunde«. Dette kan skyldes processuelle overvejelser, hvorved parternes processtof sjældent giver anledning til at skelne. En anden forklaring kan være, at begge grunde ofte er til stede, når kurator bliver vurderet inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet, hvorefter sondringen bliver uden betydning. En tredje – og mest oplagt – forklaring er, at sondringen ikke har nogen indvirkning på retsvirkningerne af den specielle inhabilitet.²⁰ Sondringen bliver derfor unødvendig. I den følgende analyse vil der ikke blive sondret mellem de to inhabilitetsgrunde.

¹² Jf. U 1997B.205, s. 206.

¹³ Jf. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1196.

¹⁴ Jf. betænkning 606/1971, s. 266.

¹⁵ Jf. ET 2021.067, s. 1.

¹⁶ Jf. Konkurs (2023), s. 105.

¹⁷ Kendelsen vil blive gennemgået udførligt i afsnit 5.2.

¹⁸ Jf. Konkurs (2023), s. 95f. og 105.

¹⁹ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 295f.

²⁰ Jf. Konkurs (2023), s. 115ff. En gennemgang af retsvirkningerne falder uden for denne fremstilling.

Flere forhold som ikke hver for sig er tilstrækkelige til at medføre inhabilitet, kan tilsammen have inhabilitetsvirkning.²¹ I FM 2021.30 Ø fandt landsretten, at der efter en samlet vurdering forelå en sådan flerhed af omstændigheder, at kurator var inhabil. Der var ingen individuelle faktorer, der blev fremhævet som afgørende for vurderingens udfald.

I andre tilfælde er det en flerhed af faktorer, der anføres som afgørende for inhabilitetsvurderingens udfald. Dette besværliggør analysen af, i hvilket omfang en enkelt faktor kan være nok til at medføre inhabilitet.²² Et eksempel herpå er U 1995.76/2 V. I sagen fandt landsretten, at kurator var inhabil som følge af at have været i et kontorfællesskab med en advokat, der havde siddet i skyldnerselskabets bestyrelse op til konkursen, og som samtidigt ejede 9% af aktierne i skyldnerselskabet. Fremhævelsen af de to tilknytningsforhold medfører, at kendelsen ikke klart kan anvendes til at fastslå, om tilknytningsforholdene hver for sig ville have medført inhabilitet. Dette begrænser kendelsens præjudikatsværdi for tilfælde, hvor kun en enkelt faktor optræder.

3. Inddragelse af retspraksis om visse andre aktørers inhabilitet

3.1. Rekonstruktøren

Ifølge Andreas Kærsgaard Mylin gælder der utvivlsomt de samme habilitetskrav til en rekonstruktør som til en kurator.²³ Dette giver anledning til at overveje, om retspraksis der vedrører rekonstruktørens inhabilitet, kan blive inddraget i afhandlingens undersøgelse af inhabilitet hos kurator. Af ordlyden i konkurslovens § 238, stk. 1 fremgår de samme habilitetskrav til de to aktører. Afgørende må imidlertid være, om inhabilitetsvurderingen også er den samme.

Reglerne om rekonstruktionsbehandling blev indført i konkursloven ved lov nr. 718 af 25. juni 2010 på grundlag af betænkning nr. 1512/2009. Regelsættet erstattede de tidligere regler om anmeldt betalingsstandsning, og betegnelsen »rekonstruktør« blev i den forbindelse indført om den person, der ved betalingsstandsningens institut hidtil havde varetaget funktionen som »tilsyn«.²⁴ Fremgangsmåden ved beskikkelse af rekonstruktøren skulle være den samme, som den der havde gjaldt for beskikkelse af tilsynet.²⁵ Det blev i den forbindelse bestemt, at habilitetskravene som udgangspunkt skulle være identiske med de hidtidige krav.²⁶ Det er derfor nærliggende at overveje, om der var sammenfald mellem inhabilitetsvurderingen af tilsynet og af kurator.

Ifølge Kim Sommer Jensen var det en udpræget opfattelse, at tilsynets habilitet ikke blev bedømt helt så stringent som kurators.²⁷ Retspraksis hvorved tilsynet ikke fandtes inhabilt, bør i så fald ikke blive inddraget som fortolkningsbidrag til at klarlægge inhabilitetsvurderingen af kurator. Omvendt må den mindre stringente bedømmelse af tilsynet indebære, at habilitetskravene til kurator mindst var de samme, som de der gjaldt for tilsynet.²⁸ Hvis der skulle mere til,

²¹ Jf. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1196.

²² Jf. U 1997B.205, s. 206.

²³ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 203.

²⁴ Jf. betænkning 1512/2009, s. 87.

²⁵ Jf. betænkning 1512/2009, s. 88.

²⁶ Jf. FT 2009-10, tillæg A, L 199 (lovforslag), s. 85.

²⁷ Jf. Konkurs (2023), s. 110. En analyse af hvordan denne opfattelse kom til udtryk i retspraksis, falder uden for denne fremstilling.

²⁸ Jf. U 1997B.205, s. 207 note 17.

for at tilsynet var inhabilt, end kurator var det, må det antages, at de omstændigheder der medførte tilsynets inhabilitet, også ville medføre inhabilitet hos kurator i en lignende situation. Retspraksis hvorved tilsynet blev vurderet inhabilt, vil derfor blive inddraget i den juridiske argumentation under afhandlingens undersøgelse af kurators inhabilitet.

I det omfang inhabilitetsvurderingen er den samme for rekonstruktører som for tilsynet, må retspraksis hvorved rekonstruktøren erklæres inhabil, også kunne blive inddraget som fortolkningsbidrag i undersøgelsen af kurators inhabilitet.

Årsagen til at betegnelsen »rekonstruktør« blev indført ved lovændringen i 2010, var imidlertid, at man ønskede at sikre, at den beskikkede aktør for fremtiden ville påtage sig en mere selvstændig og aktiv rolle ved tilrettelæggelsen af rekonstruktionsforløbet.²⁹ Dette kan tale for, at inhabilitetsvurderingen for rekonstruktøren i højere grad må ligne den, der foretages af kurator, end den mindre stringente som tidligere blev foretaget af tilsynet. Risikoen for at der inddrages uvedkommende hensyn under insolvensbehandlingen må være blevet større, end den var for tilsynet, nu hvor rekonstruktøren er mere involveret i insolvensbehandlingen, end tilsynet var.

Hvor formålet med konkursbehandlingen er at afvikle boet, har rekonstruktionsbehandlingen til formål at videreføre en insolvent, men levedygtig virksomhed.³⁰ Der er således en væsentlig forskel på de to former for insolvensbehandling. Alligevel minder kurators og rekonstruktørens opgaver om hinanden i et omfang, der gør det er nærliggende at antage, at inhabilitetsvurderingen mellem de to aktører er den samme. Kurators hovedopgaver er dels at realisere skyldnerens aktiver, dels at sikre ligedeling af denne bomasse mellem kreditorerne.³¹ Rekonstruktørens skal også sikre ligedeling af skyldnerens aktiver blandt kreditorerne. Rekonstruktøren skal under rekonstruktionsbehandlingen således begrænse udgifterne ved skyldnerens virksomhed, og samtidigt forsøge at medvirke til en succesfuld »turn around« af skyldnerens virksomhed.³² Under udførelsen af disse opgaver skal begge aktører først og fremmest varetage kreditorernes interesser.³³

Hos begge aktører må habilitetsbegrænsningerne i konkurslovens § 238, stk. 1 derfor være opstillet med henblik på at undgå, at der bliver inddraget uvedkommende interesser i insolvensbehandlingen i strid med kreditorernes fælles interesser. Dette taler for, at inhabilitetsvurderingen af de to aktører må være den samme.

Det er alene lykkedes at identificere tre trykte kendelser, der angår spørgsmålet om rekonstruktørens inhabilitet. To af disse angår den samme sag i to forskellige instanser, U 2021.1637 Ø og U 2023.1373 H. Sagen angik, om en advokat var inhabil som rekonstruktør i et kraftvarmeværk under rekonstruktion på grund af arbejde udført af advokaten og dennes kolleger for kraftvarmeværket og dets moderselskab før rekonstruktionsbehandlingens indledning, og som følge af arbejde udført af advokaten som rekonstruktør efter rekonstruktionsbehandlingens indledning. Landsretten fandt, at advokaten var inhabil som rekonstruktør. Højesteret ophævede landsrettens kendelse, og fandt ikke, at der forelå inhabilitet.

Det fremgår ikke udtrykkeligt af Højesterets præmisser, om inhabilitetsvurderingen af rekonstruktøren blev foretaget med udgangspunkt i den vurdering, der sædvanligvis foretages af ku-

²⁹ Jf. FT 2009-10, tillæg A, L 199 (lovforslag), s. 33.

³⁰ Jf. betænkning 1512/2009, s. 87.

³¹ Jf. Konkurs (2023), s. 121f.

³² Jf. betænkning 1512/2009, s. 88.

³³ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 183f. og Konkurs (2023), s. 123ff.

rator. Højesteret fremhævede bl.a. det forudgående arbejdets omfang og karakter, samt de dispositioner som advokaten havde foretaget under rekonstruktionsbehandlingen, som forhold der indgik i inhabilitetsvurderingen. Som det vil fremgå i afhandlingens analyse, er dette forhold der ofte tillægges betydning i en inhabilitetsvurdering af kurator.³⁴ Højesterets kendelse kan derfor tale for, at inhabilitetsvurderingen af en rekonstruktør og en kurator er den samme.

Den tredje kendelse FM 2021.73 V angik, om en advokat var inhabil som rekonstruktør som følge af forud for rekonstruktionens indledning, dels at have været bestyrelsesmedlem i en fond der var moderselskab til en af skyldnerens kreditorer, dels at have bistået skyldneren med betalingsvanskeligheder med henblik på at gå i rekonstruktion. Landsretten fandt ikke, at rekonstruktøren var inhabil, og lagde bl.a. vægt på, at det i forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 er anført, at kurators tilknytning til kreditorer ikke i sig selv bør føre til inhabilitet. Forarbejder der angik kurators inhabilitet, blev inddraget som fortolkningsbidrag i en inhabilitetsvurdering, der angik en rekonstruktør. Dette kan tale for, at inhabilitetsvurderingen af en rekonstruktør og kurator er den samme.

Der er flest forhold som taler for, at inhabilitetsvurderingen hos rekonstruktøren og kurator er den samme. Retspraksis der angår rekonstruktørens inhabilitet, vil derfor blive inddraget som fortolkningsbidrag i afhandlingens undersøgelse af retstilstanden for kurator.

3.2. Skifterettens medhjælper

Flere steder bliver retspraksis om inhabilitet hos skifterettens medhjælper i en gældssanerings-sag inddraget som fortolkningsbidrag til at klarlægge retstilstanden for en rekonstruktør eller kurator.³⁵ Af ordlyden i konkurslovens § 238, stk. 1 fremgår de samme habilitetskrav til aktørerne. Afgørende for om retspraksis der angår skifterettens medhjælper i gældssaneringssager, bør blive inddraget i afhandlingens undersøgelse af kuratorinhabilitet, må imidlertid være, om inhabilitetsvurderingen mellem disse to aktører er den samme.

Ved lov nr. 896 af 21. juni 2022 blev der i konkursloven indsat § 219, stk. 1, 2. pkt. om skifterettens udpegning af en medhjælper i en gældssaneringssag:³⁶

» (...) Er eller har skyldneren tidligere været under konkursbehandling, kan de nævnte forretninger ikke overlades til konkursboets kurator.«

Bestemmelsen fremstår umiddelbart som en habilitetsbestemmelse.³⁷ I bemærkningerne til bestemmelsen i lovforslaget er det da også anført, at en person der har været udpeget som kurator i skyldnerens konkursbo, ikke bør antages som medhjælper, idet hvervenerne som henholdsvis kurator og medhjælper ikke vurderes at være forenelige.³⁸ Mens kurator udpeges til at varetage konkursbehandlingen på vegne af kreditorerne, bliver medhjælperen antaget til at udføre opgaver på skifterettens vegne under dennes tilsyn og instruktioner.³⁹ De to aktører repræsenterer således ikke de samme (juridiske) personer eller varetager de samme interesser under insolvensbehandlingen.

³⁴ Jf. afsnit 5.2. og 5.3.

³⁵ Jf. f.eks. U 2010.43 Ø note 1, Rekonstruktion (2023), s. 202 note 50 og ET 2018.47, s. 6.

³⁶ Lovændringen blev indført på grundlag af FT 2021-22, tillæg A, L 181 (lovforslag), som var baseret på betænkning 1578/2022 og betænkning 1579/2022.

³⁷ Jf. Karnovs Lovsamling – konkursloven (2022), § 219, stk. 1 note 907.

³⁸ Jf. FT 2021-22, tillæg A, L 181 (lovforslag), s. 200.

³⁹ Jf. betænkning 1578/2022, s. 106.

Forslaget om indførelse af § 219, stk. 1, 2. pkt. var ifølge forarbejder imidlertid begrundet i et ønske om at gøre op med (Vestre Landsrets) praksis om, at skifterettens ønske om at udpege en bestemt medhjælper kunne vige for andre hensyn, som f.eks. kurators kendskab til skyldnerens forhold.⁴⁰ Efter bestemmelsens indførelse vil skifterettens antagelse af en bestemt medhjælper ikke længere kunne tilsidesættes med henvisning til, at skyldneren eller kreditorer retrækker en anden.⁴¹ Bestemmelsen knytter sig derfor ikke til habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1, men derimod til selve udpegningsprocessen.

Betragtningerne bag konkurslovens § 219, stk. 1, 2. pkt. om uforenelige interesser er imidlertid relevant for inhabilitetsspørgsmålet også. Habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1 er opstillet for at sikre, at der ikke bliver varetaget uvedkommende interesser under insolvensbehandlingen. Hvor interesserne er uforenelige, er det nærliggende at antage, at inhabilitetsvurderingen også vil være forskellig.

Habilitetskravene til skifterettens medhjælper er opstillet for at undgå risiko for, at medhjælperen under udførelsen af de i konkurslovens § 219, stk. 1, 1. pkt. anførte opgaver for skifteretten varetager hensyn, der er uforenelige med skifterettens interesser.⁴² Skifterettens interesser må bestå i, at opgaverne bliver udført effektivt og neutralt i overensstemmelse med konkurslovens regler. Skifterettens medhjælper er derfor afskåret fra særskilt at varetage skyldnerens eller kreditorernes interesser under udførelse af hvervet som medhjælper.⁴³ Medhjælperen skal forholde sig helt neutralt. Dette står i modsætning til kurator, der *skal* iagttage kreditorernes fælles interesser, og samtidigt ofte er afhængig af en god relation til skyldneren under boets afvikling.

Når kravene til neutralitet er højere hos skifterettens medhjælper end hos kurator, fordi interesserne er forskellige, må der skulle mindre til, før der foreligger inhabilitet hos skifterettens medhjælper end hos kurator. Dette taler for, at inhabilitetsvurderingen af de to aktører er forskellig.

I retspraksis om inhabilitet hos skifterettens medhjælper tegner der sig også et billede af, at inhabilitetsvurderingen er en anden, end der foretages af kurator. I U 2014.1617 Ø havde skifterettens medhjælper forud for gældssanerings sagen undersøgt mulighederne for en frivillig akkordordning på vegne af skyldneren, ved at fremsende akkordforslag til kreditorerne. Medhjælperen havde derudover bistået skyldneren med at indgive ansøgning om gældssanering, da den frivillige akkord ikke lykkedes. Landsretten fandt efter en samlet vurdering af disse omstændigheder, at medhjælperen var inhabil. I FM 1-2005-3605 Ø havde medhjælperen repræsenteret skyldneren under en bodelingssag, bistået skyldneren med at indgive gældssaneringssagen og var efterfølgende mødt for skyldneren under det indledende møde herom. Disse forhold førte ifølge landsretten også til, at medhjælperen var inhabil. Som det vil fremgå af den følgende analyse, ville lignende omstændigheder formentlig ikke have medført inhabilitet, hvis skyldneren i stedet var gået konkurs, og den aktør der skulle vurderes, derfor havde været en kurator.⁴⁴ Inhabilitetsvurderingen af skifterettens medhjælper kan derfor være strengere end den, der foretages af kurator.⁴⁵

⁴⁰ Jf. FT 2021-22, tillæg A, L 181 (lovforslag), s. 200.

⁴¹ Jf. FT 2021-22, tillæg A, L 181 (lovforslag), s. 200. Følgende kendelser er blevet underkendt ved lovændringen: U 2011.656 V, FM 2014.175 V, de forenede sager VLK B-683-14 og VLK B-689-14, de forenede sager VLK B-767-14 og VLK B-768-14, U 2017.1410 V, VLK B-182-17 og FM 2021.79 V.

⁴² Jf. Gældssanering version 3.0 (2022), s. 187f.

⁴³ Jf. landsrettens præmisser i U 2020.2716 Ø. Se tillige Gældssanering version 3.0 (2022), s. 191.

⁴⁴ Jf. afsnit 5.1. og 5.3.2. samt 6.1.2.

⁴⁵ Jf. tillige ET 2021.067, s. 2.

Da flere forhold taler for, at inhabilitetsvurderingen af skifterettens medhjælper er forskellig fra kurators, vil retspraksis der vedrører medhjælperens inhabilitet i gældssaneringsager, ikke blive inddraget som fortolkningsbidrag til at klarlægge retstilstanden for kurator.

4. Smitte

Selvom kurator ikke er inhabil på grund af sin egen tilknytning til skyldneren, kan den pågældende have en sådan relation til en anden person, der på grund af sin tilknytning til skyldneren er inhabil, at kurator også selv bliver inhabil. Dette betegnes »smitte«.⁴⁶

Det er ønsket om at undgå risiko for, at kurator varetager usaglige hensyn under bobehandlingen, der driver reglerne om smitte. Navnlige risikoen for at kurator træffer beslutninger båret af en personlig og fælles økonomisk interesse med en inhabil person, ønskes elimineret. Det er derfor økonomiske relationer mellem kurator og den inhabile person, der kan føre til smitte.⁴⁷

Det er i retspraksis ofte advokater, der har økonomiske relationer til hinanden. Advokater i kompagniskab vil have en fælles økonomisk interesse, som medfører, at den enes inhabilitet vil smitte den andens. I Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelser af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G og af 4. december 2020 i sag K 964/20-G fandtes de udpegede kuratorer f.eks. at være inhabile som følge af, at kompagnoner i deres respektive advokatfirmaer havde haft en sådan tilknytning til skyldnerne, at disse var inhabile.⁴⁸ Det samme gælder for advokater, der er i kontorfællesskab med hinanden, jf. den tidligere omtalte U 1995.76/2 V. Her var kurator inhabil fordi han havde siddet i kontorfællesskab med en advokat, der var inhabil på grund af sin tilknytning til skyldneren. Der vil også kunne ske smitte mellem en advokat der er partner i et advokatfirma, og dennes ansatte advokat, jf. U 2017.3173 Ø.⁴⁹

Derimod vil et markedsføringsmæssigt samarbejde mellem to advokatkontorer ikke smitte. I FM 1-2004-2119 V havde kurator haft et markedsføringsmæssigt samarbejde med en advokat, der havde en sådan tilknytning til skyldneren, at advokaten var inhabil efter konkurslovens § 238, stk. 1. Dette kunne ikke begrunde, at kurator var inhabil.

Afgørende for smittefaren er således, om der foreligger et egentligt økonomisk fællesskab mellem kurator og den inhabile person.⁵⁰

Virksomheden af smitte er, at der sker identifikation mellem kurator og den smitsomme person, jf. udtrykkeligt landsrettens præmisser i U 2002.233 Ø, der angik inhabilitet hos et tilsyn under betalingsstandsning.⁵¹ Dette følger også af U 2017.3173 Ø, hvor landsretten fandt, at kurator var inhabil, og i den forbindelse bl.a. henviste til det af skifteretten anførte om, at der i habilitetsmæssig sammenhæng som udgangspunkt skal ske identifikation mellem en partner og dennes ansatte advokat. Det er også forudsat i den ovenfor i afsnit 3.1. omtalte kendelse, U 2023.1373 H. Her lagde Højesteret i inhabilitetsvurderingen ikke vægt på, om det var rekonstruktøren selv eller dennes kolleger, der havde udført det pågældende arbejde for skyldneren og dennes moderselskab forud for rekonstruktionen. Højesteret lagde derimod vægt på rådgivningens karakter og omfang.

⁴⁶ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 278ff.

⁴⁷ Jf. U 1997B.205, s. 210f.

⁴⁸ Kendelserne vil blive gennemgået udførligt i afsnit 5.2.

⁴⁹ Disse kendelser vil også blive gennemgået i afsnit 8.

⁵⁰ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 279.

⁵¹ jf. tillige Konkurs (2023), s. 106.

Det er derfor uden betydning for inhabilitetsvurderingen, om det er kurator, eller én som denne er i et økonomisk fællesskab med, der er inhabil. Afgørende er derimod, om der hos en person i et økonomiske fællesskab, som kurator er en del af, eksisterer et sådan tilknytningsforhold til skyldneren, at habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1 ikke er opfyldt. I det følgende vil retspraksis hvor overvejelser om inhabilitet skyldes smitte derfor blive inddraget på lige fod med retspraksis, hvor inhabilitetsspørgsmålet skyldes kurators egen tilknytning til skyldneren.

5. Forudgående advokatarbejde for skyldneren

Kurator kan have en tilknytning til skyldneren som følge af at have udført advokatarbejde for denne før konkursens indtræden.

I forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 anførte konkurslovsudvalget, at skyldnerens advokat i praksis ikke sjældent blev udnævnt til kurator i boet.⁵² Som en fordel herved blev det anført, at skyldnerens advokat ofte vil være den kuratorkandidat, der kender skyldnerens forhold bedst.⁵³ Udpegningen af denne kunne derfor være sagsbehandlings- og ressourcemæssig fordel til gunst for boets kreditorer. Da skyldneren ved konkursdekretets afsigelse ofte er den, der har bedst kendskab til boet, vil en god relation mellem kurator og skyldneren af hensyn til boets effektive afvikling også være en fordel. Den aktør der har udført advokatarbejde for skyldneren forud for konkursen, må have et bedre grundlag for at udvikle en sådan relation, end én der f.eks. repræsenterer en kreditor i boet. Der er således flere fordele ved at udpege skyldnerens advokat som kurator.

Konkurslovsudvalget anførte i overensstemmelse hermed, at den omstændighed at skyldnerens advokat blev udpeget som kurator, ikke i almindelighed ville komme i strid med reglerne speciel inhabilitet.⁵⁴

Konkurslovsudvalget kunne dog også se ulemper ved at udpege skyldnerens advokat som kurator. Det kunne være uheldigt at beskikke skyldnerens advokat, hvis denne havde medvirket ved dispositioner, som burde angribes af boet.⁵⁵ Her ville tilliden til, at kurator ville være i stand til alene at varetage boets interesser, når han eller hun skulle forholde sig til og eventuelt angribe disse dispositioner, være svækket. Konkurslovsudvalget fastslog derfor følgende:

»En advokat, der har medvirket til en disposition, der muligvis kan omstødes, hvad enten det er som rådgiver for skyldneren eller for den begunstigede kreditor, bør ikke deltage i afgørelsen af, om omstødelsessag skal anlægges. (...)«⁵⁶

Advokaten ville være inhabil i deltagelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der skulle anlægges en omstødelsessag. Derimod indebar bistand med en disposition der muligvis kunne omstødes ikke, at advokaten derudover ville være inhabil som kurator.

Den omstændighed at kurator har udført advokatarbejde for skyldneren før konkursens indtræden, må imidlertid også mere generelt svække tilliden til, at kurator kan handle upartisk og foretage tilbundsgående undersøgelser i kreditorernes interesse.⁵⁷ Der vil være risiko for, at

⁵² Jf. betænkning 606/1971, s. 206 og 266. Konkurslovens § 238, stk. 1 svarer til betænkningens § 192.

⁵³ Jf. betænkning 606/1971, s. 206.

⁵⁴ Jf. betænkning 606/1971, s. 266.

⁵⁵ Jf. betænkning 606/1971, s. 206.

⁵⁶ Jf. betænkning 606/1971, s. 266.

⁵⁷ Jf. Konkurs (2023), s. 111f.

kurator skal forholde sig et stykke arbejde, som han eller hun selv har udført for skyldneren. Dette kan være baggrunden for det efterarbejde af konkurslovens § 238, stk. 1, som blev foretaget i forbindelse med udarbejdelse af konkursprocesreformen i 1996. Under behandling af lovforslag nr. L 79 af 22. november 1995 om ændring af konkursloven og visse andre love (rationalisering og modernisering af konkursbehandlingen m.v.),⁵⁸ spurgte Folketingets Retsudvalg justitsministeren om, hvorvidt der ville blive fremsat et ændringsforslag, som kunne sikre, at den samme person ikke kunne optræde som bestyrelsesmedlem/rådgiver før en konkurs og siden hen blive udpeget som kurator.⁵⁹ Justitsministeren svarede følgende:

» (...) Med udgangspunkt i konkurslovens § 238 foretages der en konkret bedømmelse, som bl.a. kan afhænge af boets nærmere karakter og af, om der skønnes at kunne blive tale om at gøre ansvar gældende over for bestyrelsen. Også det forhold, at den pågældende f.eks. er et bestyrelsesmedlems personlige advokat, kan efter omstændighederne medføre, at den pågældende ikke udpeges som kurator. Ved bedømmelsen lægges der bl.a. også vægt på, om der fremsættes rimeligt begrundede indsigelser - f.eks. fra kreditorer - mod, at den pågældende udpeges som kurator (...).

På den anførte baggrund finder jeg ikke, at de gældende regler er utilstrækkelige på dette punkt. Efter min opfattelse er der således næppe behov for fuldstændigt at udelukke, at f.eks. advokaten

for et konkursramt selskab kan udpeges som kurator, hvis kreditorerne har tillid til vedkommende. Den pågældende vil ofte have et indgående kendskab til virksomheden, som i øvrigt kan være en fordel.«⁶⁰

Retsudvalgets reaktion herpå var følgende:

»Det er udvalgets opfattelse, at det som hovedregel bør være sådan, at man undlader at udpege kuratorer, der har været medlem af bestyrelsen i det konkursramte selskab, har været advokat for det eller på anden måde har haft nær forbindelse med det konkursramte selskab.«⁶¹

I modsætning til justitsministeren ville retsudvalget udelukke, at en person der havde været advokat for skyldneren, kunne blive udpeget som kurator. Justitsministeren ville i højere grad lade det være en konkret vurdering.

Drøftelserne blev ikke inkorporeret i konkurslovens § 238, stk. 1 i forbindelse med lovændringen, hvorfor det anførte alene har karakter af efterarbejde. Konsekvensen heraf er, at domstolene ikke er bundet af udtalelserne fra hverken retsudvalget eller justitsministeren.⁶² Dette er dog ikke ensbetydende med, at drøftelserne ikke kan indgå i domstolenes fortolkning af bestemmelsen. Dette gør efterarbejde ofte.⁶³ Drøftelserne er samtidigt et billede på, at der har eksisteret divergerende opfattelser af, i hvilket omfang skyldnerens advokat er inhabil som kurator. Drøftelserne kan ud fra en sammenligning med konkurslovsudvalgets overvejelser i betænkning 606/1971, endda indikere, at der siden reglernes tilblivelse er sket en udvikling i

⁵⁸ Jf. FT 1995-96, tillæg A, L 79.

⁵⁹ Jf. FT 1995-96, bilag 42, L 79, spm. 33. Spørgsmålet gik reelt på, i hvilket omfang den samme person kunne agere rådgiver og efterfølgende blive udpeget som skifterettens medhjælper. Justitsministeren forudsatte i sit svar dog, at retsudvalget havde ment kurator.

⁶⁰ Jf. FT 1995-96, bilag 43, L 79, svar på spm. 33.

⁶¹ Jf. FT 1995-96, tillæg B, s. 563.

⁶² Jf. Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 60f.

⁶³ Jf. Juridisk teori, metode og videnskab (2020), s. 60f.

skærpende retning i opfattelsen af, hvornår forudgående advokatarbejde for skyldneren medfører inhabilitet som kurator.

Det kan hverken på grundlag af ordlyden i konkurslovens § 238, stk. 1 eller anden lovfortolkning klart fastlægges, i hvilket omfang forudgående advokatarbejde for skyldneren medfører inhabilitet som kurator. Det må derfor have været op til domstolene at fastlægge nærmere retningslinjer herfor.

5.1. Eksistensen af et forudgående advokatarbejde for skyldneren

Spørgsmålet er først og fremmest, om det i retspraksis accepteres, at kurator har ydet advokatrådgivning til skyldneren før konkursens indtræden.

I U 2010.43 Ø havde en advokat rådgivet skyldneren to gange inden for et år op til konkursdekretets afsigelse. Advokaten havde bistået skyldneren med forhandlinger om eventuelt salg af dets virksomhed, og varetaget en anden sag om køb af nogle anparter i selskabet. Skifteretten fandt, at advokaten havde haft en sådan kontakt med skyldneren forud for konkursen, at advokaten ikke opfyldt betingelserne i konkurslovens § 238, stk. 1. Landsretten underkendte dette og anførte, at de af advokaten tidligere udførte advokatopgaver med tilknytning til skyldneren, ikke i sig selv efter konkurslovens § 238 stk. 1 var til hinder for advokatens beskikkelse som kurator.

Kendelsen FM 2010.198 Ø stemmer overens med det i U 2010.43 Ø anførte. Kurator havde som advokat for skyldneren nogle år før konkursens indtræden bistået med skyldnerens overtagelse af et andet selskab, og havde derudover i tiden herefter bistået med tre mindre sager. Hverken skifteretten eller landsretten fandt, at disse advokatopgaver efter konkurslovens § 238, stk. 1 i sig selv var til hinder for, at advokaten kunne blive beskikket som kurator. I FM 2010.248 V fremgik det også udtrykkeligt af landsrettens præmisser, at den omstændighed at kurator tidligere havde været advokat for det konkursramte selskab, ikke gjorde, at han alene af den grund var inhabil.

I FM 2015.189 Ø blev kurator afsat som følge af at have repræsenteret skyldneren og to medsagsøgte i en enkelt sag, der verserede ved konkursens indtræden. Her blev dog lagt vægt på, at boet havde et krav af betydelig størrelse mod en af de medsagsøgte, og at der var sammenfald i ejerkredsen mellem disse selskaber. Det var derfor ikke det forhold, at kurator havde repræsenteret skyldneren i en sag, som var afgørende for sagens udfald. Afgørende var derimod tilknytningsforholdet til det medsagsøgte (kreditor)selskab.

Den omstændighed at en advokat har ydet advokatrådgivning for skyldneren forud for konkursen, er isoleret betragtet hermed ikke et forhold, der medfører inhabilitet efter konkurslovens § 238, stk. 1.⁶⁴ Der må kræves noget mere.

5.2. Arbejdets omfang

Særligt for det advokatarbejde som kuratorerne havde udført i de ovenfor omtalte kendelser U 2010.43 Ø og FM 2010.198 Ø, var, at arbejdet var af begrænset omfang. Kuratorerne havde før konkursens indtræden alene bistået skyldnerne med enkeltstående forhold. Der må imidlertid være forskel på, om kurator før konkursen har rådgivet skyldneren jævnligt eller blot haft enkelte sager.⁶⁵ Det undersøges derfor, om advokatarbejdets omfang er en omstændighed, der kan føre til inhabilitet.

⁶⁴ I overensstemmelse hermed se f.eks. Insolvensprocesret (2023), s. 275 og ET 2021.067, s. 2.

⁶⁵ Jf. U 1997B.205, s. 208.

I den tidligere i afsnit 3.1. omtalte kendelse U 2023.1373 H lagde Højesteret i vurderingen af, om en advokat var inhabil som rekonstruktør, bl.a. vægt på omfanget af det arbejde, som rekonstruktøren og hans kolleger havde udført for skyldneren og dets moderselskab forud for rekonstruktionens indledning. Det udførte arbejde vedrørte ifølge Højesteret enkeltstående forhold, og indebar derfor ikke, at rekonstruktøren var inhabil.⁶⁶ Kendelsen er et eksempel på, at omfanget af et forudgående advokatarbejde kan indgå i inhabilitetsvurderingen.

Baggrunden må være, at advokatarbejdets omfang i sig selv kan have en sådan størrelse, at tilliden til at advokaten som kurator alene vil handle ud fra saglige hensyn, ikke kan opretholdes. Der vil være risiko for, at den pågældende som kurator skal forholde sig til dispositioner, som han eller hun selv har bistået skyldneren med før konkursens indtræden. Jo større advokatarbejdets omfang er, jo større vil sandsynligheden i den forbindelse være for, at advokaten som kurator ikke vil være i stand til at forholde sig kritisk til de af skyldneren foretagne dispositioner.

Et eksempel herpå er FM 2010.248 V. I sagen havde kurator tidligere været advokat for et konkursramt selskab, og i den forbindelse haft omfattende kontakt til ledelsen. Under bobehandlingen politianmeldte kurator ikke ledelsen, selvom der forelå overtrædelse af bogføringsloven, og måske var foretaget et ulovligt anpartshaverlån. Landsretten afsatte på denne baggrund advokaten inhabil som kurator. Kendelsen kan tolkes således, at advokaten havde rådgivet skyldneren så tæt, at det kunne sammenlignes med den ledelse, der ligger i at deltage i selskabets bestyrelse.⁶⁷ Da kurator under bobehandlingen skulle forholde sig til skyldnerens dispositioner, ville han derfor reelt komme til at skulle forholde sig til forhold, som han selv havde været med til at træffe beslutning om, eller i det mindste rådgivet om. Dette ville indebære en risiko for, at han ikke kunne forholde sig objektivt dispositionerne, hvorfor han måtte være inhabil som kurator.

Det forudgående advokatarbejdes omfang må derfor kunne have en sådan størrelse, at omfanget i sig selv er nok til, at advokaten er inhabil som kurator.

I FM 2021.50 Ø blev det også gjort gældende, at kurator var inhabil i relation til undersøgelser af selskabets ledelse og kapitalejere, da kurators meddelelse til politiet var mangelfuld. Hverken skifteretten eller landsretten fandt imidlertid, at kurator var inhabil. I modsætning til i FM 2010.248 V var der ingen forudgående relation til ledelsen udover, at kurator på dekretmødet var mødt for selskabets direktør, hvilket ikke i sig selv kunne føre til inhabilitet.

Forholdet mellem advokatarbejdets omfang og dét at være fast advokat for skyldneren er også relevant at drøfte. Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 4. december 2020 i sag K 964/20-G angik, i hvilket omfang kurator i et boghandelsselskab under konkurs var inhabil på grund af kurators kompagnons tilknytning til selskabet forud for konkursen. Syv måneder efter udpegningen af kurator kom det frem, at hans kompagnon havde rådgivet skyldneren i en længere periode op til konkursen. Rådgivningen bestod bl.a. i bistand med leverandøraftaler, fremsættelse af krav om krænkelse af ophavsret, udarbejdelse af generalforsamlingsprotokollater, likviditetsudfordringer i forbindelse med COVID-19 og registrering i Erhvervsstyrelsen. Skifteretten lagde henset til omfanget af rådgivningen til grund, at kompagnonen havde ageret fast advokat for skyldneren, hvorfor kurator var inhabil i et sådant omfang, at han ikke kunne varetage kuratorhvervet. Skifteretten satte her lighedstegn mellem a) at agere fast advokat for skyldneren og b) at have rådgivet skyldneren i væsentligt omfang. Omfanget af den rådgivning

⁶⁶ Andre dele af kendelsen vil blive analyseret udførligt i afsnit 6.

⁶⁷ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 269f.

der var udført for skyldneren forud for konkursen, fremtrådte i præmisudformningen dog som afgørende for inhabilitetsvurderingen.

Der bør imidlertid ikke nødvendigvis sættes lighedstegn mellem det at være »fast advokat« for skyldneren, og det at have rådgivet skyldneren i væsentligt omfang. Det må antages, at man kan have været skyldnerens foretrukne og derfor faste advokat, uden at skyldneren i en periode forud for konkursen har haft behov for advokatrådgivning i væsentligt omfang. Vendingen »fast advokat« anvendes i denne afhandling derfor om en advokat, som skyldneren har foretrukket fast at benytte, når denne løbende forud for konkursen har haft behov for advokatrådgivning.

I U 1997B.205, s.209 anvender Kim Sommer Jensen begrebet »husadvokat« om en advokat, hvis arbejdsmæssig kontakt til skyldneren forud for konkursen har været tæt. Begrebet »husadvokat« og den i denne afhandling benyttede vending »fast advokat« antages derfor ikke at være synonyme.

I den omtalte sag var kurator allerede blevet konstateret inhabil dagen efter sin udpegning, fordi det havde vist sig, at hans kompagnon havde siddet i skyldnerselskabets bestyrelse i 12 år op til konkursen. Forholdet var blevet afhjulpet ved beskikkelse af en medkurator, som skulle varetage boets forhold i relation til ledelsesansvar, omstødelse, konkurskarantæne m.v. Hos skifteretten var hovedspørgsmålet derfor ikke, om kurator var inhabil, men derimod i hvilket omfang inhabiliteten i lyset af sagens nye oplysninger fortsat kunne blive afhjulpet. Kendelsen angår derfor først og fremmest et spørgsmål om afhjælpning af speciel inhabilitet.⁶⁸ Dette begrænser kendelsens værdi for spørgsmålet om, hvilken betydning arbejds omfang har for inhabilitetsvurderingen.

I en anden sag hos Sø- og Handelsrettens Skifteret kendelse af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G, var spørgsmålet, om en advokat var inhabil som kurator i et luftfartsselskab under konkurs på grund af tilknytningsforhold mellem det advokatfirma, som han var partner i og skyldneren, samt mellem hans kompagnon og skyldneren. Skifteretten fandt kurator inhabil efter bl.a. at have lagt til grund, at advokatfirmaet havde fungeret som »fast advokat for selskabet i en længere periode op til selskabets konkurs«. I sagen var der mellem parterne uenighed om selve omfanget af det arbejde, som advokatfirmaet havde udført for skyldneren. Skifteretten må derfor have lagt vægt på, at advokatfirmaet havde haft rollen som fast advokat for skyldneren, fremfor i hvilket omfang advokatfirmaet faktisk havde udført opgaver for selskabet. Kendelsen kan i så fald tale for, at rollen som fast advokat medfører inhabilitet uden hensyn til selve omfanget af de opgaver, der reelt er udført for skyldneren. I sagen kunne skifteretten dog også lægge til grund, at kurators kompagnon havde været bestyrelsesmedlem i selskabet op til konkursen, og havde bistået skyldneren med en række ikke uvæsentlige dispositioner op til konkursen. Dette vanskeliggør vurderingen af, om rollen som fast advokat for skyldneren i sig selv ville have medført inhabilitet hos kurator.

Kendelsen U 2021.1054 V fremstår mere klar. Sagen angik også et spørgsmål om, hvorvidt kurator var inhabil på grund af advokatarbejde udført for skyldneren forud for konkursen. Kurator havde været fast advokat for skyldneren i en periode på halvandet år op til konkursen. Her havde han deltaget i forhandlinger om en samlet gældsordning på vegne af skyldneren, været involveret i løbende salg af skyldnerens aktiver og bistået ved udlejning/forpagtning af skyldnerens landbrugsejendom. Ifølge kurator havde arbejdet i høj grad været af ekspeditions- og koordineringsmæssig karakter, ligesom hans involvering med skyldneren alene havde været af »punktvis karakter«. Skifteretten fandt, at den juridiske rådgivning medførte, at kurator var

⁶⁸ En problemstilling der falder uden for denne afhandling.

inhabil. Landsretten underkendte skifterettens kendelse, da denne ikke fandt, at det oplyste om *omfanget* [fremhævning foretaget her] og karakteren af advokatens arbejde for skyldneren medførte inhabilitet som kurator. Den omstændighed at advokaten havde været fast advokat for skyldneren, indgik ikke i inhabilitetsvurderingen. Det gjorde omfanget af de opgaver, som kurator i rollen som fast advokat for skyldneren forud for konkursen havde bistået skyldneren med derimod.

Med udgangspunkt i kendelsen kan man argumentere for, at det som bør have betydning for inhabilitetsvurderingens udfald, er omfanget af det forudgående advokatarbejde, fremfor om den pågældende har været fast advokat for skyldneren. Den omstændighed at kurator har udført advokatarbejde af væsentligt omfang for skyldneren forud for konkursen, må kunne føre til inhabilitet, uanset at den pågældende ikke samtidigt har haft rollen som fast advokat for skyldneren.

5.3. Arbejdets karakter

Det er også relevant at overveje, om karakteren af forudgående advokatarbejdes kan have betydning for inhabilitetsvurderingen af kurator.

5.3.1. Omstødelige dispositioner

Hvor en advokat forud for konkursen har bistået skyldneren med dispositioner, der under konkursen skal rejses omstødelsesspørgsmål om, vil der være risiko for, at den pågældende som kurator skal forholde sig til sit eget arbejde. På denne baggrund er det en udbredt opfattelse, at den advokat der forud for konkursen har bistået skyldneren med dispositioner, som potentielt kan omstødes under konkursen, vil være inhabil som kurator.⁶⁹ Der findes imidlertid ingen retspraksis, hvor en sådan retstilstand udtrykkeligt er fastslået for så vidt angår bistand til skyldneren.

I U 1985.33/2 H og U 2004.1163 V fremgik det udtrykkeligt, at kuratorerne var inhabile som følge af, at der under konkurserne skulle rejses spørgsmål om, hvorvidt dispositioner som kuratorerne forud for konkurserne havde rådgivet om, skulle omstødes. I begge afgørelser havde kuratorerne rådgivet begunstigede kreditorer, ikke konkursboets skyldnere. Hos Torben Kuld Hansen og Lars Lindencrone Petersen i *Insolvensprocesret (2023)*, s. 275 er afgørelserne anvendt i argumentationen af, at en kurator der har bistået en skyldner med omstødelige dispositioner forud for konkursen, vil være inhabil. Da baggrunden for inhabilitet i begge tilfælde må være risikoen for, at kurator ikke kan foretage en objektiv vurdering i kreditorernes interesse, forekommer anvendelsen veloplagt.

I flere kendelser kan det mere indirekte udledes, at bistand til skyldneren med dispositioner af potentielt omstødelig karakter medfører inhabilitet som kurator.

I den ovenfor i afsnit 5.1. omtalte kendelse U 2010.43 Ø anførte landsretten ved afgørelsen af, at skyldnerens advokat ikke var inhabil som kurator, at det var lagt til grund, at advokaten ikke havde medvirket til eventuelt omstødelige dispositioner. Også i den i afsnit 5.2. omtalte Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G medførte den omstændighed, at kuratellet skulle gennemgå den rådgivning og de dispositioner, der blev foretaget op til skyldnerens konkurs, at kurator var inhabil. Nogle få uger op til konkursen havde det advokatfirma som kurator var partner i, rådgivet skyldneren med overdragelse af en række centrale aktiver til et søsterselskab, som ikke udgjorde uvæsentlige dispositioner for konkursboets kreditorer. Der var således risiko for, at advokaten som kurator skulle forholde sig til spørgsmål om omstødelse af de dispositioner, som hans advokatfirma havde rådgivet om.

⁶⁹ Jf. f.eks. U 1997B.205, s. 208, Konkurs (2023), s. 112 og Insolvensprocesret (2023), s. 275.

I U 2021.1054 V der også er behandlet i afsnit 5.2. ovenfor, fandt landsretten, at omfanget og karakteren [fremhævnning foretaget her] af advokatarbejdet udført forud for konkursen ikke medførte inhabilitet som kurator. Under sagen havde det forudgående advokatarbejde været genstand for konflikt. Kurator gjorde gældende, at han *ikke* – som modparten ellers anførte – havde forestået det primære salg af skyldnerens aktiver. Han havde blot bistået med fordeling af købesummer til bedst prioriterede panthavere ved salg af aktiverne. Kurator gjorde også gældende ikke at have bistået skyldneren med salg af en landbrugsejendom. Han havde alene bistået med at sikre skyldneren indtægten fra udlejning og forpagtning af ejendommen. Kurator havde således ikke bistået skyldneren med dispositioner, der var i risiko for at kunne blive omstødt under konkursen.

Landsrettens fremhævelse af arbejdets karakter kan have været en henvisning til disse forhold.

Et afvigende tilfælde ses i U 1986.700 V. Sagen angik, om en advokat var inhabil som kurator som følge af at have bistået skyldneren med overdragelse af dennes virksomhed til et selskab under stiftelse forud for konkursen. Skyldneren var blevet taget under konkursbehandling kort tid efter virksomhedsoverdragelsen, af en rekvirent, som ønskede overdragelsen omstødt. Advokaten ville ikke anlægge en omstødsessag af virksomhedsoverdragelsen, men blev alligevel valgt som kurator på en skiftesamling af et kreditorflertal. Landsretten fandt ikke, at bistand med virksomhedsoverdragelsen medførte, at den valgte kurator var inhabil. Landsretten lagde vægt på, at den overdragede virksomhed var blevet værdiansat efter en objektiv og rimelig metode, at erhververen af virksomheden var en uafhængig og højstbydende tredjemand, samt at et kreditorflertal ikke ønskede at anlægge en omstødsessag. Alle forhold som indebar, at overdragelsen ikke kunne omstødes. Afgørende for landsretten må antages at have været, at virksomhedsoverdragelsen var afsluttet, og ikke kunne blive omstødt. At kurator havde skullet forholde sig til spørgsmålet om hvorvidt overdragelsen skulle omstødes, var derimod uden betydning.

Henset til at habilitetskravene til kurator antages at være blevet skærpet siden, at kendelsen blev afsagt, er det ikke usandsynligt, at kendelsen ville være faldet anderledes ud i dag. Hensynet til at sikre tilliden til at der under bobehandlingen alene handles ud fra saglige hensyn, må i dag antages at indebære, at en advokat vil være inhabil som kurator, så snart han eller hun skal forholde dispositioner, som den pågældende selv har medvirket til.⁷⁰ Dette må gælde uden hensyn til, om dispositionen rent faktisk forventes omstødt.

5.3.2. Rådgivning der alene relaterer sig til skyldnerens insolvenssituation

Skyldneren kan forud for konkursen have kontaktet en advokat med henblik på at få rådgivning om sin aktuelle insolvens, dog uden at advokaten skal gå i dialog med kreditorer med henblik på at opnå en udenretlig kreditorordning.⁷¹ Skyldneren kan f.eks. have præsenteret sin situation for en advokat, som herefter rådgiver til konkurs, eller have kontaktet advokaten med henblik på bistand til at indgive konkursbegæring. I sådanne situationer vil det forudgående advokatarbejde have karakter af rådgivning der alene relaterer sig til skyldnerens insolvenssituation. Det undersøges om arbejdets karakter her vil føre til, at advokaten er inhabil som kurator.

Ifølge Lars Lindenchrone Petersen og Michael Serring vil en advokats forbindelse til skyldneren der kun hidrører fra den aktuelle insolvenssag, som udgangspunkt ikke medføre inhabilitet.⁷²

⁷⁰ Jf. navnlig Konkurs (2023), s. 112.

⁷¹ Dette tilknytningsforhold behandles derimod i afsnit 6.1.

⁷² Jf. ET 2021.067, s. 2.

Torben Kuld Hansen og Lars Lindencrone Petersen anfører ligeledes, at rådgivning der alene er opstået ved, at en skyldner har præsenteret sin situation for en advokat som herefter har rådgivet til konkurs, ikke medfører inhabilitet som kurator.⁷³ Kim Sommer Jensen anfører derimod, at hvis rådgivningen har *relation til konkursen* [fremhævning foretaget her] og eventuelle omstødelige dispositioner, bør der som udgangspunkt statuere inhabilitet.⁷⁴ Han anfører dog samtidigt også, at en advokats generelle orientering om konkurs ikke bør medføre inhabilitet.⁷⁵

I den tidligere i afsnit 3.1. omtalte kendelse FM 2021.73 V var spørgsmålet, om en advokat var inhabil som rekonstruktør som følge af bl.a. at have bistået skyldneren med betalingsvanskeligheder med henblik på at gå i rekonstruktion. I sagen var advokaten før rekonstruktionens indledning blevet anmodet af skyldneren om at bistå som rekonstruktør. Advokaten havde i den forbindelse kontaktet en kreditor telefonisk med henblik på at drøfte skyldnerens situation. Som sagen er fremstillet, udgjorde denne kontakt ikke et forsøg på at opnå en udenretlig ordning. Advokaten havde heller ikke derudover udført advokatarbejde for skyldneren. Det forudgående advokatarbejde havde derfor alene karakter af rådgivning, der relaterede sig til skyldnerens insolvenssituation. Landsretten fandt ikke, at det forudgående advokatarbejde medførte, at advokaten var inhabil som kurator.

Da inhabilitetsvurderingen mellem rekonstruktører og kuratorer antages at være den samme, må kendelsen også kunne tillægges betydning for inhabilitetsvurderingen af kuratorer.⁷⁶

Udgangspunktet må derfor være, at advokat der alene har rådgivet skyldneren om den aktuelle insolvens, ikke vil være inhabil som kurator. Her vil advokaten hverken have været involveret i skyldnerens virksomhed eller bistået med mistænkelige dispositioner. Der vil derfor ikke være risiko for, at den pågældende som kurator skal forholde sig til et stykke arbejde, som vedkommende selv har udført. Tværtimod må rådgivningen om insolvenssituationen antages at være udført i kreditorernes interesse.

Hos skifterettens medhjælpere i gældssaneringsager vil en advokats bistand med at udfylde en begæring om gældssanering formentligt heller ikke i sig selv medføre inhabilitet som medhjælper.⁷⁷ I U 2005.1417 Ø udtalte skifteretten således, at den omstændighed at en advokat har hjulpet en skyldner med at udfærdige en ansøgning om gældssanering, normalt ikke udelukker vedkommende fra at blive antaget som skifterettens medhjælper. Landsretten fandt det efter en samlet bedømmelse af sagens omstændigheder dog rettest at erklære advokaten inhabil. I U 2014.1617 Ø og FM 1-2005-3605 Ø som er gennemgået i afsnit 3.2., kan det også have været andre omstændigheder end bistand med gældssaneringsbegæringens indgivelse, som reelt var afgørende for inhabilitetsvurderingens udfald. I U 2014.1617 Ø havde medhjælperen bistået med et udenretligt rekonstruktionsforsøg, og i FM 1-2005-3605 Ø havde medhjælperen udført advokatopgave for skyldneren. En nærmere gennemgang af problemstillingen falder dog uden for denne afhandling.

FM 2011.272 Ø afviger fra udgangspunktet. Her var en advokat kommet i kontakt med en andelsboligforening i forbindelse med en ekstraordinær generalforsamling, hvor en genopretningsplan blev diskuteret og forkastet. Advokaten oplyste generelt om konsekvenserne af at indgive konkursbegæring, og advokatens opgaver som kurator. Foreningen besluttede på denne baggrund at indgive konkursbegæring, og bad advokaten forestå dette. Landsretten anså advokaten for inhabil til at udføre kuratorhvervet, selvom advokaten alene havde ydet rådgivning der relaterede sig til andelsboligforeningens insolvenssituation. Landsretten lagde i den forbindelse vægt på, at der var opstået et alvorligt modsætningsforhold mellem andelsboligforeningen og den største panthaver som følge af langstrakte mislykkede forhandlinger om en løsning

⁷³ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 270.

⁷⁴ Jf. Konkurs (2023), s. 112.

⁷⁵ Jf. Konkurs (2023), s. 115.

⁷⁶ Jf. afsnit 3.1.

⁷⁷ Jf. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1192.

på foreningens økonomiske problemer forud for konkursen. Det var således ganske særlige omstændigheder, som førte til, at advokaten blev anset for inhabil. Kendelsen må derfor udgøre et undtagelsestilfælde og kan ikke tages til indtægt for, at forudgående rådgivning der alene relaterer sig til konkursen vil medføre inhabilitet.⁷⁸ Kendelsen understøtter derimod, at inhabilitetsvurderingen er konkret, og at særlige omstændigheder kan føre til, at udgangspunktet fraviges.

5.4. Arbejdets tidsmæssige tilknytning til konkursen

Det forudgående advokatarbejds tidsmæssige tilknytning til konkursen er ikke et forhold, der i retspraksis tillægges selvstændig betydning for, om en advokat er inhabil som kurator. I den tidligere i afsnit 5.2. omtalte kendelse U 2021.1054 V havde skifteretten fundet skyldnerens advokat inhabil som kurator. Skifteretten havde bl.a. lagt vægt på, at advokaten havde ydet skyldneren rådgivning i perioden *op til konkursen* [fremhævningsforetaget her]. Landsretten ophævede imidlertid skifterettens kendelse, og tillagde ikke det tidsmæssige forhold nogen betydning. I den i afsnit 5.3.1. omtalte kendelse U 1986.700 V havde advokaten også rådgivet skyldneren i nær tidsmæssig tilknytning til konkursen, men heller ikke her indgik dette tidsmæssige forhold i inhabilitetsvurderingen. Den omstændighed at rådgivning der alene relaterer sig til insolvenssituationen, som udgangspunkt ikke medfører inhabilitet, taler også herfor.⁷⁹ En sådan rådgivning må i almindelighed være udført tidsmæssigt tæt på konkursen.

For langt de fleste omstødelsesregler i konkurslovens kapitel 8 gælder imidlertid en tidsmæssig begrænsning, der medfører at kun dispositioner foretaget senere end henholdsvis tre og seks måneder op til konkursens fristdag, kan omstødes.⁸⁰ Jo tættere det forudgående advokatarbejde ligger på konkursen, jo større vil risikoen derfor være for, at dispositioner som advokaten har bistået skyldneren med, potentielt kan omstødes. Da bistand med potentielt omstødelige dispositioner medfører inhabilitet som kurator, vil det forudgående advokatarbejds tidsmæssige tilknytning til konkursen få *indirekte* betydning for inhabilitetsspørgsmålet.⁸¹ Dette må indebære, at advokatarbejde udført i tidsmæssig tilknytning til konkursen, i praksis ofte vil medføre inhabilitet som kurator.⁸²

5.5. Kreditorernes tilkendegivelser

Det kan overvejes, om kreditorernes tilkendegivelser om og indsigelser mod en kuratorkandidat der har udført arbejde for skyldneren før konkursens indtræden, bør indgå i inhabilitetsvurderingen. I den i afsnit 5.1. omtalte kendelse U 2010.43 Ø anførte landsretten således, at det i vurderingen af at kurator ikke var inhabil, var lagt til grund, at boets hovedkreditor ikke havde bemærkninger til, at skyldnerens advokat blev udpeget som kurator.

Jens Paulsen mener, at kreditorernes stillingtagen og tilkendegivelser om kurator har betydning for den specielle inhabilitetsvurdering, og anfører i den forbindelse den i afsnit 5.3.1. omtalte kendelse U 1986.700 V som et eksempel herpå.⁸³ Han gør gældende, at landsretten ikke tilsidesatte valget af kurator, dels fordi et flertal af kreditorerne havde stemt på den pågældende. Landsrettens præmisser lød som følger:

⁷⁸ I ET 2021.067, s. 2, note 6 er det endda anført, at kendelsen strengt taget ikke er et udtryk for inhabilitet, men derimod er en foregribelse af, at der foreligger »særlige grunde« som anført i konkurslovens §§ 113 og 114.

⁷⁹ Jf. i det hele afsnit 5.3.2.

⁸⁰ Jf. Konkurs (2023), s. 391f.

⁸¹ Jf. afsnit 5.3.1.

⁸² I overensstemmelse hermed anfører Kim Sommer Jensen i U 1997B.205, s. 208f., at rådgivning i den »kritiske fase« ofte vil medføre tvivl om upartiskhed.

⁸³ Jf. Insolvensret – Konkurs (2010), s. 134.

»På skiftesamlingen den 11. marts 1986 stemte et flertal af kreditorerne (...) på advokat [A] som kurator med kendskab til, at advokat [A] som kurator ikke ville anlægge omstødsessag. Som sagen er oplyst, må det lægges til grund, at salget af virksomheden er sket til den højstbydende til en pris fastsat på grundlag af en forudgående vurdering af virksomhedens faste ejendom og lager foretaget af henholdsvis en statsautoriseret ejendomsmægler og de to største kreditorer.

Landsretten finder det på denne baggrund overvejende betænkeligt at statuere, at særlige grunde taler for at forkaste flertallets valg af advokat [A] som kurator, og tager derfor kærendes påstand til følge.«

Ud fra en læsning det citerede i sammenhæng synes landsretten at anvende afstemningens resultat som led i bedømmelsen af, om der var risiko for, at den valgte kurator skulle omstøde en disposition, han selv havde bistået skyldneren med forud for konkursen.⁸⁴ Landsrettens præmisser kan i den forbindelse fortolkes således, at oplysningen om at et flertal af kreditorerne havde stemt på skyldnerens advokat som kurator, blev anvendt til at konstatere, at skiftesamlingen ikke ville omstøde den disposition, som den valgte kurator havde bistået skyldneren med. Oplysningen blev derimod ikke inddraget med henblik på at konstatere, hvilken holdning et flertal af kreditorerne havde til den valgte kurator. Kreditorernes tilkendegivelser vil i så fald ikke have haft nogen selvstændig betydning for inhabilitetsvurderingens udfald.

I nyere retspraksis bliver kreditorernes tilkendegivelser om kurator heller ikke inddraget i inhabilitetsvurderingen. I U 2021.1054 Ø og FM 2021.50 Ø havde kreditorer havde gjort gældende, at kurator var inhabil, men disse indsigelser indgik i ikke inhabilitetsvurderingerne. I U 2023.1373 H gjorde to af skyldnerens debitorer, der under rekonstruktionen var blevet kreditorer som følge af at være blevet opsagt med forkortet varsel, inhabilitetsindsigelser gældende mod den udpegede rekonstruktør. Hovedkreditorerne bakkede fortsat rekonstruktøren op. Højesteret tillagde ingen af disse tilkendegivelser vægt i sine præmisser. Afgørende for inhabilitetsvurderingen var derimod arbejdets omfang og karakter.⁸⁵ I Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G anførte skifteretten endda udtrykkeligt, at den omstændighed at størsteparten af de simple kreditorer ikke var fremkommet med indsigelse mod kurators habilitet, ikke kunne føre, at kurator ikke var inhabil.⁸⁶

Den tidligere i afsnit 3.1. omtalte kendelse FM 2021.73 V angik en rekonstruktørs inhabilitet. Her fastslog landsretten med udgangspunkt i forarbejder til reglerne om rekonstruktion, FT 2009-10, tillæg A, L 199, at hvis skifteretten havde været bekendt med, at en kreditor ikke havde tillid til advokatens habilitet, burde advokaten ikke være blevet udpeget som rekonstruktør. Først herefter foretog landsretten med udgangspunkt i forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 en inhabilitetsvurdering. Her fandt landsretten ikke, at rekonstruktørens tilknytning til bl.a. skyldneren kunne føre til, at rekonstruktøren var inhabil. Der blev således sondret mellem spørgsmålet om kreditorens tillid til rekonstruktøren og den egentlige inhabilitetsvurdering.

Hensynet bag habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1 taler også for, at kreditorernes tilkendegivelser ikke bør indgå i selve inhabilitetsvurderingen. Habilitetskravene skal sikre (tilliden til), at der ikke under bobehandlingen varetages usaglige hensyn i strid med kreditorernes

⁸⁴ Jf. også fortolkningen i afsnit 5.3.1.

⁸⁵ Jf. afsnit 3.2. om arbejdets omfang og 6.1.2. om arbejdets karakter som forsøg på udenretlig rekonstruktion, hvor kendelsen analyseres nærmere.

⁸⁶ Kendelsen er gennemgået mere udførligt i afsnit 5.2.

fælles interesser. Kravene har derimod ikke til formål at varetage de enkelte kreditorers interesse i, hvem der udpeges som kurator. Denne interesse er varetaget på anden vis i konkursloven. Skifteretten skal ved udpegnen af kurator på dekretmødet ifølge konkurslovens § 107 således lade sig rådføre med tilstedeværende kreditorer, og kreditorerne er derudover tillagt indflydelse på, hvem der udpeges som kurator, ved kuratorvalg på skiftesamlingen efter konkurslovens § 113.⁸⁷

Udgangspunktet må derfor være, at kreditorernes tilkendegivelser om kurator ikke bør indgå i inhabilitetsvurderingen.

Kim Sommer Jensen anfører, at der i mere marginale spørgsmål om habilitet muligvis kan tages hensyn til holdningen hos kreditorerne.⁸⁸ Det er ikke lykkedes at identificere retspraksis, som understøtter, at der gælder en sådan undtagelse. Den omstændighed at landsretten i FM 2011.272 Ø fandt kurator inhabil på grund af et modsætningsforhold mellem den største pant-haver og skyldneren, kan dog tale herfor.⁸⁹ Det kan den omstændighed, at det navnlig er kreditorernes tillid til kurator der ønskes opretholdt også.

Hvor det reelt er ejeren af skyldnerselskabet, der peger på kurator, bør udgangspunktet formentligt også fraviges. I FM 2019.58 Ø var en advokat der repræsenterede skyldnerselskabets hovedkreditor, blevet valgt som kurator på kuratorvalg. Skyldnerselskabet var ejet af en kapitalejer, som også ejede hovedkreditorselskabet, og der var sammenfald mellem ejeren og ledelsen i begge selskaber. I sagen kunne det lægges til grund, at kapitalejeren havde bedt advokaten om at repræsentere hovedkreditorselskabet med henblik på at blive udpeget som kurator i skyldnerselskabet. Den kreditor der reelt pegede på kurator ved kuratorvalget, var således ejeren bag de to selskaber. Skifteretten tillagde dette vægt i inhabilitetsvurderingen, og fandt advokaten inhabil som kurator. Landsretten stadfæstede skifterettens afgørelse og begrundelse. Her indgik hovedkreditorens opbakning til kurator således i inhabilitetsvurderingen, som en omstændighed der talte for, at kurator var inhabil. Der var vel næsten tale om et omgælses tilfælde.

6. Forudgående rekonstruktionsretlig bistand for skyldneren

Kurator kan have en tilknytning til skyldneren som følge af forud for konkursen at have bistået skyldneren med (forsøg på) udenretlig rekonstruktion eller at have været beskikket som rekonstruktør i en indenretlig rekonstruktion.

Med »udenretlig rekonstruktion« skal i det følgende forstås, at skyldneren med sine væsentligste kreditorer uden anmeldelse til skifteretten finder en ordening, hvorefter skyldnerens virksomhed fortsætter sin drift under nogle nærmere fastlagte rammer.⁹⁰ »Indenretlig rekonstruktion« anvendes derimod om en rekonstruktion inden for konkurslovens rammer, hvilket indebærer, at der er indgivet begæring om rekonstruktionsbehandling til skifteretten.⁹¹

Det er hverken i retspraksis eller den juridiske litteratur udtrykkeligt behandlet, om forudgående rekonstruktionsretlig bistand udgør speciel eller generel inhabilitetsgrund. Hos flere forfattere drøftes problemstillingerne under afsnit der angår generel inhabilitet, dog således at

⁸⁷ Jf. Konkurs (2023), s. 95f. og 99f.

⁸⁸ Jf. Konkurs (2023), s. 105.

⁸⁹ Se uddybende om kendelsen i afsnit 5.3.2. ovenfor.

⁹⁰ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 27 og 41.

⁹¹ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 41.

f.eks. »andre grunde« kan få betydning for inhabilitetsvurderingen.⁹² Forudgående rekonstruktionsretlig bistand indebærer ikke, at man anses for skyldnerselskabets nærtstående, jf. konkurslovens § 2 modsætningsvist. Bistanden kan heller ikke antages at indebære et afhængighedsforhold til skyldneren, da selskabet jo er gået konkurs. Samtidigt vil forudgående rekonstruktionsretlig bistand ofte være udført af en advokat. Problemstillingen har derfor ligheder med problemstillingen om forudgående advokatarbejde for skyldneren, der behandles som et spørgsmål om speciel inhabilitet.⁹³ Disse forhold fører til, at forudgående rekonstruktionsretlig bistand i denne afhandling vil blive behandlet som et spørgsmål om speciel inhabilitet.

6.1. Udenretlig rekonstruktion

En udenretlig rekonstruktion lykkes ikke altid, og konsekvensen af et fejlslagen rekonstruktionsforsøg kan være konkurs. Det undersøges, om den rådgiver der har bistået skyldneren med det udenretlige rekonstruktionsforsøg vil have diskvalificeret sig selv om kurator, eller om den pågældende i en sådan situation ikke vil være inhabil.

6.1.1. Generelle overvejelser om inhabilitet hos en udenretlig rekonstruktør

Lars Lindencrone Petersen og Michael Serring samt Kim Sommer Jensen anfægter en retstilstand, hvor en rådgiver der har deltaget i et mislykket udenretligt rekonstruktionsforsøg, automatisk er inhabil som rekonstruktør eller kurator i det følgende rekonstruktions- eller konkursbo.⁹⁴ Rådgiveren har i realiteten haft samme rolle som en udnævnt rekonstruktør eller kurator, hvorfor Kim Sommer Jensen anfører det som en uholdbar og urimelig retstilstand, hvis én rådgiver skal forestå den udenretlige rekonstruktionsbehandling, og en anden skal anmodes om at være kurator.⁹⁵ Ifølge Lars Lindencrone Petersen og Michael Serring kan man ikke gå i rekonstruktionsbehandling først og forhandle bagefter. Den rådgiver skyldneren opsøger, vil forsøge at forhandle en udenretlig ordning med kreditorerne først, og derefter hvis en løsning viser sig umulig søge tilflugt i det formaliserede skifteretlige system.⁹⁶ En retstilstand hvorved rådgiveren har incitament til at rådgive til konkurs eller rekonstruktion *før* et sådant forhandlingsforsøg, fordi den pågældende kun her vil opfylde habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1, fremstår således uhensigtsmæssig.

På den anden side kan rådgiveren under bistand med den fejlslagne udenretlige rekonstruktion være blevet så involveret i skyldnerens forhold, at der er risiko for, at den pågældende ikke objektivt kan varetage kreditorernes interesser under bobehandlingen. Forhandlingerne må også kunne have medført, at der er opstået et modsætningsforhold mellem rådgiveren og skyldnerens kreditorer, som gør at der ikke er tillid til at rådgiveren kan varetage kreditorernes fælles interesser under bobehandlingen.⁹⁷ Disse forhold kan tale for at den rådgiver der har bistået skyldneren med en fejlslagen udenretlig rekonstruktion, ikke bør kunne opfylde habilitetskravene i konkurslovens § 238, stk. 1.

⁹² Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 273, Konkurs (2023), s. 108 og Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1192.

⁹³ Jf. i det hele afsnit 5.

⁹⁴ Jf. ET 2021.067, s. 3, Konkurs (2023), s. 111 og U 1997B.205, s. 208, hvoraf sidstnævnte dog angår en advokat der forestår udenretlige forhandlinger som følge af at have tiltrådt bestyrelsen. Denne problemstilling behandles i afsnit 7.2.

⁹⁵ Jf. Konkurs (2023), s. 111.

⁹⁶ Jf. ET 2021.067, s. 3.

⁹⁷ Jf. lignende betragtninger i FM 2011.272 Ø der dog angik et modsætningsforhold mellem skyldneren og kreditor. Kendelsen er behandlet i afsnit 5.3.2.

Spørgsmålet er ikke behandlet i forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1.⁹⁸ I bemærkningerne under lovarbejdet til reglerne om rekonstruktionsbehandlingen blev følgende dog anført om udpegning af rekonstruktøren:

» (...) Skifteretten bør i den forbindelse blandt andet lægge vægt på de foreliggende oplysninger om kandidatens faglige baggrund, erfaring og integritet samt muligheden for at undgå en personlig interessekonflikt eller anden inhabilitet (...) I praksis vil disse overvejelser i almindelighed føre til, at skifteretten efterkommer skyldnerens forslag også i tilfælde, hvor den pågældende kandidat tidligere måtte have virket som rådgiver eller repræsentant for skyldneren. En kandidats tidligere virke for skyldneren kan dog konkret være af en sådan karakter, at skifteretten finder vedkommende uegnet, f.eks. hvor den pågældende har rådgivet om de økonomiske dispositioner, der har ført til behovet for rekonstruktion.«⁹⁹

Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard samt Andreas Kærsgaard Mylin tager dette til indtægt for, at den rådgiver der har bistået skyldneren under et fejlslagent udenretligt rekonstruktionsforsøg, som udgangspunkt ikke vil være inhabil som rekonstruktør.¹⁰⁰ Ved en tekstnær læsning af det citerede synes et sådant udgangspunkt dog ikke at fremgå helt klart. Det citerede afsnit angår rekonstruktørens udpegning, ikke dets inhabilitet. Hvor det alligevel lægges til grund at afsnittet (in)direkte beskæftiger sig med inhabilitet, må det anførte om at »den pågældende kandidat tidligere måtte have virket som rådgiver eller repræsentant for vedkommende« dog også kunne være en henvisning til retstilstanden om, at forudgående advokatarbejde for skyldneren ikke i sig selv vil medføre inhabilitet efter konkurslovens § 238, stk. 1. Samtidigt er der i det citerede alene anført et eksempel på, hvornår kandidatens tidligere virke for skyldneren er af en sådan karakter, at vedkommende er uegnet. Der kan derfor ikke sluttes modsætningsvist.

Det kan på grundlag af forarbejder derfor ikke med sikkerhed konstateres, at en rådgiver der har bistået skyldneren under et fejlslagent udenretligt rekonstruktionsforsøg, som hovedregel ikke vil være inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet.

6.1.2. Retstilstanden for den udenretlige rekonstruktørs inhabilitet

Spørgsmålet om den udenretlige rekonstruktørs inhabilitet har været genstand for konflikt hos domstolene i to trykte kendelser.

I den tidligere omtalte kendelse U 2021.1054 V havde kurator forud for konkursen bl.a. deltaget i forhandlinger om en samlet gældsordning på vegne af skyldneren, og landsretten fandt ikke, at kurator var inhabil. Ifølge landsrettens præmisser var det imidlertid det oplyste om arbejdets omfang og (formentligt ikke-omstødelige) karakter som førte til, at der ikke forelå inhabilitet hos kurator.¹⁰¹ Dette svækker kendelsens præjudikatsværdi for så vidt angår spørgsmålet om bistand med det udenretlige rekonstruktionsforsøg. I sagen kan parternes processtof dog have haft betydning for landsrettens resultat. Processtoffet kredsede navnlig om omfanget og karakteren af advokatens forudgående arbejde med salg af skyldnerens aktiver og udlejning af dennes ejendom. Forhandlingsmaksimen kan således have ført til, at landsretten lagde vægt på disse forhold sine præmisser.¹⁰² Samtidigt var landsretten gjort bekendt med, at advokaten

⁹⁸ Jf. betænkning 606/1971, s. 266.

⁹⁹ Jf. FT 2009-10, tillæg A, L 199 (lovforslag), s. 34.

¹⁰⁰ Jf. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1192 og Rekonstruktion (2023), s. 202.

¹⁰¹ Jf. afsnit 5.2. om arbejdets omfang og afsnit 5.3.1. om arbejdets karakter.

¹⁰² Jf. Den civile retspleje (2020), s. 109.

havde deltaget i de udenretlige rekonstruktionsforhandlinger. Kendelsen må derfor uanset præmisudformningen kunne tale for, at bistand med det udenretlige rekonstruktionsforsøg ikke i sig selv udgør inhabilitetsgrund.

I den tidligere omtalte kendelse U 2023.1373 H skulle Højesteret også behandle problemstillingen. Sagen angik, om en advokat var inhabil som rekonstruktør bl.a. som følge af, at advokaten og det advokatfirma han var partner i forud for rekonstruktionens indledning, havde rådgivet skyldnerselskabet i et forsøg på genforhandling af nogle varmekontrakter med to kunder. Da genforhandlingerne var mislykkedes, havde skyldnerselskabet været nødsaget til at indgive anmodning om rekonstruktionsbehandling. Genforhandling havde således været afgørende for skyldnerselskabets mulighed for videreførelse. Om advokatens inhabilitet på grund af deltagelse i forhandlingerne anførte Højesteret:

»Højesteret finder, at omfanget og karakteren af det arbejde, som advokat A og hans kolleger hos [X] har udført for [moderselskabet] og [skyldnerselskabet] forud for indledningen af rekonstruktionen, ikke kan føre til at advokat A var inhabil som rekonstruktør. Højesteret har herved lagt vægt på (...) at forsøget på at genforhandle varmekontrakterne med [de to kunder] – der på daværende tidspunkt var kunder – skete med henblik på at undgå rekonstruktion og må anses for at være i kreditorernes interesse.«

Ifølge Højesteret var det i kreditorernes interesse at undgå rekonstruktion. Den omstændighed at advokaten (og dets kolleger) havde bistået med udenretlige forhandlinger med henblik på at undgå rekonstruktion indebar derfor ikke, at advokaten var inhabil som rekonstruktør. Advokaten havde under forhandlingerne varetaget kreditorernes interesser, selvom han var repræsentant for skyldneren.

Der var i sagen imidlertid ikke tale om et forsøg på at indgå en traditionel, udenretlig rekonstruktion. De udenretlige genforhandlinger af varmekontrakterne foregik mellem skyldnerselskabet på den ene side, og to kunder på den anden side som først under rekonstruktionen blev kreditorer. På forhandlingstidspunktet kunne forhandlingerne derfor ikke skabe et modsætningsforhold mellem advokaten og skyldneren på den ene side samt kreditorer på den anden side. Advokaten varetog ved forhandlingerne jo *alle* kreditorernes interesser i at muliggøre virksomhedens videreførelse. Det var heller ikke kreditorer, som måtte acceptere at blive stillet dårligere for at en succesfuld ordning kunne blive indgået. Det var derimod to kunder, som måtte acceptere dette. Disse forhold begrænser kendelsens præjudikatsværdi for spørgsmålet om inhabilitet ved bistand med en udenretlig rekonstruktion.

Højesterets præmisudformning kan dog tale for, at kendelsen alligevel er præjudikatsskabende. Præmisserne kan læses som generelt formulerede, således at forhandlinger der sker med henblik på at undgå rekonstruktion, vil være i kreditorernes interesse, hvorfor en rådgiver der har deltaget i sådanne forhandlinger, ikke vil være inhabil som rekonstruktør. Idet inhabilitetsvurderingen for rekonstruktører og kuratorer antages at være den samme, må kendelsens principper også antages at gælde for inhabilitetsvurderingen af en kurator.¹⁰³

På grundlag af de to kendelser kan der opstilles en hovedregel om, at en rådgiver der forud for konkursen har bistået skyldneren med et fejlslået forsøg på en udenretlig rekonstruktion, ikke vil være inhabil som kurator.¹⁰⁴

¹⁰³ Jf. afsnit 3.1.

¹⁰⁴ Jf. tillige Konkursloven med kommentarer (2022), s 1192 og Rekonstruktion (2023), s. 202.

Andre omstændigheder omkring rådgivningen må dog kunne føre til, at rådgiveren alligevel vil være inhabil som kurator. Hvor de udenretlige forhandlinger f.eks. har indeholdt en gennemførelse af dispositioner, som under en konkurs potentielt kan omstødes, må rådgiveren være inhabil, uanset at forhandlingerne er udført i kreditorernes interesse i at undgå konkurs. Rådgiveren kan her ikke antages være i stand til objektivt at vurdere dispositionerne i kreditorernes interesse.¹⁰⁵

U 2004.1163 V angik inhabilitet på grund af tilknytning til en hovedkreditor, men understøtter det anførte. I sagen havde en hovedkreditor kontaktet kurator forud for skyldnerens konkurs med henblik på at opnå en frivillig kreditorordning for skyldneren. Det kunne lægges til grund, at det væsentligste aktiv i boet var et omstødelseskrav mod hovedkreditoren. Landsretten fandt derfor, at kurator var inhabil trods den forudgående bistand med forsøget på at gennemføre den udenretlige rekonstruktion.

6.2. Indenretlig rekonstruktion

Når skifteretten har truffet afgørelse om en indenretlig rekonstruktions ophør, vil skyldneren ofte blive taget under konkursbehandling.¹⁰⁶ I så fald kan opstå et spørgsmål om, hvorvidt den beskikkede rekonstruktør opfylder habilitetskravene til at blive antaget som kurator.

Forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 indeholder ingen drøftelse af den indenretlig rekonstruktørs eller tilsynet under betalingsstandsningens inhabilitet som kurator.¹⁰⁷ I forarbejder til reglerne om rekonstruktion og til reglerne om betalingsstandsning er spørgsmålet heller ikke behandlet.¹⁰⁸

Reglerne om rekonstruktion erstattede de tidligere regler om anmeldt betalingsstandsning, hvor betegnelsen »rekonstruktør« blev indført om den person, der ved betalingsstandsningens instituttet hidtil havde varetaget funktionen som »tilsyn«. Forhold om tilsynet er derfor relevant at inddrage i analysen. Se uddybende i afsnit 3.1. ovenfor.

I U 2002.1879 V havde skifteretten omgjort sin beslutning om at udpege den advokat der havde været beskikket som tilsyn under skyldnerens betalingsstandsning, som kurator. Landsretten ophævede omgørelsen, så tilsynet alligevel skulle agere kurator i konkursboet. Sagen drejede sig imidlertid om, hvorvidt skifteretten havde haft hjemmel i konkursloven til at omgøre af sin oprindelige beslutning om, hvem der skulle udpeges som kurator. For landsretten blev spørgsmålet om advokatens inhabilitet som følge af sin forudgående rolle som tilsyn derfor ikke anfægtet. I U 2008.2059 Ø skulle landsretten derimod tage stilling til spørgsmålet. Her havde kurator været beskikket som tilsyn under skyldnerens betalingsstandsning forud for konkursen. En kreditor gjorde gældende, at kurator på grundlag heraf var inhabil. Hverken skifteretten eller landsretten fandt, at det forhold at kurator tidligere havde været beskikket som tilsyn under betalingsstandsningen, i sig selv medførte, at han var inhabil.

I den juridiske litteratur er det med henvisning til U 2008.2059 Ø flere steder antaget, at en rekonstruktør ikke vil være inhabil som kurator i det følgende konkursbo.¹⁰⁹ Den omstændighed at kurator i sagen havde været beskikket som tilsyn fremfor rekonstruktør, svækker imidlertid kendelsens værdi for spørgsmålet rekonstruktørens inhabilitet som kurator. Rekonstruktørens rolle er mere aktiv end tilsynet under en betalingsstandsning var, da rekonstruktøren er mere involveret i skyldnerens virksomhed og økonomiske forhold.¹¹⁰ Risikoen for at kurator

¹⁰⁵ I overensstemmelse hermed for så vidt angår rekonstruktører, se Rekonstruktion (2023), s. 202.

¹⁰⁶ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 631ff.

¹⁰⁷ Jf. betænkning 606/1971, s. 265f.

¹⁰⁸ Jf. betænkning 1512/2009 og FT 2009-10, tillæg A, L 199 (lovforslag), s. 34 samt betænkning 983/1983 og FT 1983-84, tillæg A, sp. 628.

¹⁰⁹ Jf. Konkurs (2023), s. 108, Insolvensprocesret (2023), s. 273 og Rekonstruktion (2023) s. 203 note 56.

¹¹⁰ Jf. betænkning 1512/2009, s. 88f.

under bobehandlingen inddrager uvedkommende hensyn må derfor være større, hvis den pågældende forud for konkursen har været beskikket som rekonstruktør, end hvis vedkommende alene havde haft rollen som tilsyn efter de tidligere regler om anmeldt betalingsstandsning.

På den anden side blev reglerne om rekonstruktion indført med henblik på at varetage kreditorernes berettigede interesser i at videreføre levedygtige, men insolvente virksomheder, fremfor at lade dem gå konkurs.¹¹¹ Rekonstruktørens centrale funktion er derfor at varetage hensynet til kreditorernes interesser med henblik på at undgå konkurs.¹¹² Dette taler for at U 2008.2059 Ø kan anvendes som fortolkningsbidrag til at klarlægge retstilstanden for rekonstruktørens inhabilitet som kurator.

I den tidligere omtalte U 2023.1373 H skulle Højesteret også tage stilling til, om et arbejde som advokaten havde udført for skyldnerselskabet *efter* rekonstruktionsbehandlingsindledningen medførte, at han var inhabil som rekonstruktør.¹¹³ Landsretten havde dømt rekonstruktøren inhabil på baggrund af bl.a. to forhold, der lå efter indledningen af den indenretlige rekonstruktion.¹¹⁴ Advokaten havde som rekonstruktør deltaget i et bestyrelsesmøde hos en kommune, som indirekte ejede skyldnerselskabet med det formål at orientere kommunen om retsregler og problemstillinger, der relaterede sig til rekonstruktionsbehandlingen. Derudover havde advokaten som rekonstruktør medunderskrevet en anmodning til kommunen om at genoptage en sag vedrørende en kundes anvendelse af to varmeproduktionsanlæg til spids- og reservelast med det formål at sikre rentabel drift af skyldnerselskabet og undgå selskabets konkurs. Højesteret udtalte om forholdene efter indledningen af rekonstruktionsbehandlingen:

»Højesteret finder, at disse forhold, og det arbejde og de dispositioner advokat A foretog i den periode, hvor han fungerede som rekonstruktør, ikke giver grundlag for at anse advokat A for inhabil.«

Af præmisserne fremgår ikke hvilke omstændigheder omkring arbejdet, der var afgørende for, at advokaten ikke fandtes inhabil. På baggrund af parternes anbringender er det imidlertid nærliggende at antage, at Højesteret lagde vægt på, at advokaten havde udført opgaverne i kreditorernes fælles interesser. Modparten havde i sagen gjort gældende, at det arbejde som rekonstruktøren havde udført efter indledningen af rekonstruktionen, ikke var udført i kreditorernes fælles interesser. Modparten mente således at arbejdet alene var udført i én kreditor – kommunens – interesse. Rekonstruktøren kunne imidlertid godtgøre, at de pågældende handlinger var udført i kreditorernes interesse i bl.a. at sikre skyldnerselskabet kunder og undgå konkurs. De forhold som landsretten havde lagt vægt på i vurderingen af, at advokaten var inhabil som rekonstruktør, kunne under sagen for Højesteret således blive lagt til grund at være udført i kreditorernes fælles interesse.

Kendelsen angik inhabilitet hos en rekonstruktør. Da inhabilitetsvurderingen mellem rekonstruktører og kuratorer formentligt er den samme, kan man dog argumentere for, at kendelsen sandsynligvis ville have fået samme udfald, hvis sagens genstand i stedet havde været, at skyldnerselskabet efterfølgende var gået konkurs, og spørgsmålet derfor var, om det arbejde rekonstruktøren havde udført under rekonstruktion indebar inhabilitet som kurator.

¹¹¹ Jf. betænkning 1512/2009, s. 12f.

¹¹² Jf. betænkning 1512/2009, s. 95.

¹¹³ Kendelsen er tillige omtalt i bl.a. afsnit 6.1.2.

¹¹⁴ Jf. U 2021.1637 Ø, s. 6.

Der findes ingen trykte kendelser, som udtrykkeligt tager stilling til, om et forudgående virke som rekonstruktør medfører inhabilitet som kurator. På grundlag af U 2008.2059 Ø og U 2023.1373 H er det dog nærliggende at opstille en hovedregel om, at et forudgående virke som rekonstruktør ikke automatisk medfører inhabilitet som kurator i det følgende konkursbo.¹¹⁵

Konkrete forhold ved rekonstruktørens arbejde under rekonstruktionsbehandlingen må i så fald alligevel kunne føre til inhabilitet som kurator.¹¹⁶ Der kan f.eks. opstå spørgsmål om ansvar for rekonstruktørens handlinger eller undladelser, eller problemer med dispositioner som rekonstruktøren har godkendt.¹¹⁷ I FM 1-2007-1342900 V opstod problemer med en disposition, som kurator som beskikket tilsyn under skyldnerens betalingsstandsning forud for konkursen havde bistået skyldneren med. Den pågældende havde under udførelsen af hvervet som tilsyn medvirket til, at selskabets aktiviteter blev solgt. Da handlen efterfølgende fra købers side blev misligholdt, varslede kurator under konkursen erstatningskrav mod køberen. Køberen mente at disse problemer medførte, at kurator var inhabil. Da spørgsmålet om misligholdelse imidlertid kunne afklares under en eventuel retssag eller fordringsprøvelse, fandtes kurator ikke at være inhabil.

Den omstændighed at rekonstruktøren under rekonstruktionsbehandlingen har bistået eller godkendt dispositioner der potentielt kan omstødes under konkursen, må også kunne føre til, at rekonstruktøren alligevel er inhabil som kurator. Der vil være risiko for, at rekonstruktøren ikke kan forholde sig til dispositionerne på en objektiv måde.

For virksomhedsoverdragelser gennemført under rekonstruktionsbehandlingen må i den forbindelse gælde noget særligt. En virksomhedsoverdragelse gennemført under rekonstruktion vil som konsekvens af konkurslovens §§ 14 c, stk. 1 og 72, stk. 3 som hovedregel alene kunne omstødes, hvis konkurslovens procedurer for virksomhedsoverdragelse under rekonstruktion ikke er fulgt.¹¹⁸ At virksomhedsoverdragelsen kan omstødes, må derfor som udgangspunkt være et udtryk for, at rekonstruktøren har tilsidesat konkurslovens procedurer i strid med kreditorernes fælles interesser. Dette må indebære, at rekonstruktøren her vil være inhabil som kurator. Hvor virksomhedsoverdragelsen omvendt er sket med betryggende inddragelse af kreditorerne på grundlag af den i konkursloven foreskrevne procedure, må overdragelsen derimod ikke antages at føre til, at rekonstruktøren er inhabil som kurator.¹¹⁹

7. Forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet

Kurator kan have et tilknytningsforhold til skyldnerselskabet, fordi kurator forud for konkursen har siddet i skyldnerselskabets bestyrelse. Bestyrelsen varetager den overordnede og strategiske ledelse i selskabet, og kan træffe beslutninger samt disponere i selskabets navn.¹²⁰ Hvert bestyrelsesmedlem bærer i den forbindelse et culpaansvar, der hviler på de pligter, der følger af selskabslovens regler.¹²¹ Kurator vil som led i sit hverv derfor skulle gennemgå bestyrelsens handlinger med henblik på at afdække et eventuelt ledelsesansvar hos det enkelte bestyrelsesmedlem. Et forudgående bestyrelsesmedlemskab vil derfor kunne indebære, at kurator skal forholde sig til beslutninger og dispositioner, som han eller hun selv har deltaget i eller haft indflydelse

¹¹⁵ Jf. tillige Konkurs (2023), s. 108, Insolvensprocesret (2023), s. 273 og Rekonstruktion (2023) s. 203 note 56.

¹¹⁶ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 203 note 56.

¹¹⁷ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 273.

¹¹⁸ Jf. Rekonstruktion (2023), s. 668ff.

¹¹⁹ Jf. Konkurs (2023), s. 114.

¹²⁰ Jf. Selskabsformerne (2014), s. 293f.

¹²¹ Jf. Aktie- og anpartsselskabsret (2021), s. 547.

på og kan ifalde ansvar for. Dette vil vanskeliggøre en objektiv vurdering i kreditorernes interesse, og taler for at forudgående bestyrelsesmedlemskab bør medføre inhabilitet.¹²²

Der er ikke enighed i den juridiske litteratur om, hvorvidt forudgående bestyrelsesmedlemskab udgør en speciel eller generel inhabilitetsgrund. Kim Sommer Jensen anfører, at bestyrelsesmedlemskab skal afgøres ud fra, hvorvidt der foreligger speciel inhabilitet,¹²³ mens navnlig Lars Lindencrone Petersen behandler spørgsmålet under generel inhabilitet.¹²⁴ Bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet indebærer ikke, at man anses for skyldnerselskabets nærtstående, jf. konkurslovens § 2 modsætningsvist. Bestyrelsesmedlemskab kan heller ikke antages at indebære et afhængighedsforhold til skyldnerselskabet, da selskabet er gået konkurs.¹²⁵ Samtidigt ses det – som det vil fremgå i det følgende – at forudgående bestyrelsesmedlemskab ikke uden undtagelser medfører inhabilitet. Disse forhold fører til, at forudgående bestyrelsesmedlemskab i denne afhandling vil blive behandlet som speciel inhabilitetsgrund.

7.1. Udgangspunktet om forudgående bestyrelsesmedlemskab

Der fremgår intet i forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 om, at forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet er inhabilitetsgrund.¹²⁶ Dette kan imidlertid ikke indebære, at et forudgående bestyrelsesmedlemskab ikke kan føre til inhabilitet henset til, at bestemmelsen ikke indeholder en udtømmende beskrivelse af, hvilke omstændigheder der kan føre til kuratorinhabilitet, og at habilitetskravene antages at være blevet skærpet siden reglernes gennemførelse.

Som citeret i afsnit 5. udtalte Folketingets Retsudvalg i forbindelse med udarbejdelse af konkursprocesreformen i 1996, at det som hovedregel bør være sådan, at man undlader at udpege kuratorer, der har været medlem af bestyrelsen i det konkursramte selskab.¹²⁷ Retsudvalgets udtalelse kom som reaktion på en tilkendegivelse fra justitsministeren om, at der ikke var behov for fuldstændigt at udelukke, at f.eks. advokaten for et konkursramt selskab kunne udpeges som kurator.¹²⁸

Allerede på dette tidspunkt fandtes retspraksis, hvor det var fastslået, at forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet kunne føre til inhabilitet. I U 1980.1057 V der angik et tilsyn under betalingsstandsning, kunne en advokat ikke blive beskikket som tilsyn under hensyn til hans stilling som bestyrelsesmedlem i skyldnerselskabet indtil betalingsstandsningens indtræden. I U 1995.76/2 V fandtes en kurator inhabil som følge af at have været i kontorfællesskab med en advokat, som ejede 9% af aktierne i skyldnerselskab, og indtil konkursen også havde været bestyrelsesmedlem heri.¹²⁹ Retsudvalget udtalelse kan derfor have været et forsøg på at kodificere den retstilstand, som i retspraksis allerede forelå.

¹²² Jf. U 1997B.205, s. 207.

¹²³ Jf. Konkurs (2023), s. 107f. og U 1997B. 205, s. 207.

¹²⁴ Jf. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1191ff. og Insolvensprocesret (2023), s. 272f.

¹²⁵ Jf. Konkurs (2023), s. 107f. men modsat Insolvensprocesret (2023), s. 272f.

¹²⁶ Jf. betænkning 606/1971, s. 265f.

¹²⁷ Jf. FT 1995-96 tillæg B, s. 563.

¹²⁸ Jf. FT 1995-96 bilag 43 L 79, svar på spm. 33.

¹²⁹ Kendelsen er også omtalt i afsnit 2.

Senere retspraksis har fulgt den samme linje. I U 2002.233 Ø der angik et tilsyn under betalingsstandsning, fandtes en advokat at være inhabil, da hans partner havde været bestyrelsesmedlem i skyldnerselskabet.¹³⁰ Også i FM 2010.198 Ø anførte landsretten udtrykkeligt, at kurator ikke var inhabil, da hverken kurator eller dennes kompagnon havde været medlem af bestyrelsen i skyldnerselskabet (eller dets moderselskab).¹³¹

Udgangspunktet må derfor være, at forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet medfører inhabilitet som kurator.¹³²

Dette må også være tilfældet ved bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabets moderselskab, men ikke dets søsterselskab, jf. FM 2010.198 Ø og U 2007.2720 V om tilsyn under betalingsstandsning. Problemstillingerne falder dog uden for denne fremstilling.

7.2. Atypisk bestyrelsesmedlemskab

I visse tilfælde kan det forudgående bestyrelsesmedlemskab være etableret på en atypisk måde, at hvervet ikke medfører inhabilitet som kurator.¹³³

Dette vil være, hvor kurator i boet efter et konkursramt moderselskab indsættes i det ikke-konkursramte helejede datterselskabs bestyrelse med henblik på at repræsentere boet i datterselskabets ledelse og udøve kontrol med datterselskabet.¹³⁴ Her kan bestyrelsesmedlemskabet i datterselskabet ikke antages at medføre inhabilitet som kurator i moderselskabets konkursbo. Bestyrelsesmedlemskabet er etableret med henblik på at varetage kreditorernes interesse. Betragtningerne bygger på U 1996.343 Ø, der angik selskaber i betalingsstandsning. Her var en advokat under et moderselskabs betalingsstandsning blevet indvalgt i bestyrelsen i et af moderselskabet helejet datterselskab, hvortil de fleste af moderselskabets aktiviteter var blevet overdraget kort tid før betalingsstandsningen. Landsretten fandt ikke, at tilknytningen til datterselskabet medførte, at advokaten var inhabil som kurator i moderselskabet, da dette senere gik konkurs.

Det samme vil formentligt gælde, hvis datterselskabet senere går konkurs – også her må det antages, at medlemskab af datterselskabets bestyrelse ikke vil medføre inhabilitet som kurator i datterselskabets konkursbo.¹³⁵ Kurator vil være indsat som bestyrelsesmedlem på grund af hvervet som kurator i moderselskabet, og bestyrelseshvervet må derfor være etableret i kreditorernes interesse.

Hvor der foreligger interesse modsætninger mellem moder- og datterselskabet samt deres kreditorer, f.eks. hvor begge selskaber er insolvente, og har et eller flere mellemværende, må kurator- og bestyrelseshvervet derimod være uforenelige.¹³⁶ Bestyrelseshvervet vil her ikke med sikkerhed være udøvet i kreditorernes interesse.

¹³⁰ Kendelsen er også omtalt i afsnit 4.

¹³¹ Kendelsen er også omtalt i afsnit 5.1.

¹³² Jf. tillige f.eks. Konkursloven med kommentarer (2022), s. 1192, ET 2021.067, s. 2, U 1997B.205, s. 207 og U 1996B.446, s. 450.

¹³³ Jf. U 1997B.205, s. 207f.

¹³⁴ Jf. U 1997B.205, s. 207f.

¹³⁵ Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 273 og formentligt forudsat i ET 2021.067, s. 2.

¹³⁶ Jf. Konkurs (2023), s. 110f.

Hvor bestyrelsesmedlemmet er indsat i skyldnerselskabets bestyrelse på foranledning af selskabets kreditorer, vil den pågældende formentlig heller ikke være inhabil som kurator.¹³⁷ Bestyrelshvervet vil også her være etableret i kreditorernes interesse. I U 2002.233 Ø udtalte landsretten i overensstemmelse med et sådant synspunkt, at advokaten var inhabil, da advokatens kollega på sædvanlig vis havde deltaget i bestyrelsesarbejde, og der samtidigt ikke forelå oplysninger om særlige omstændigheder ved kollegaens udpegning som bestyrelsesmedlem, eksempelvis *at hvervet udelukkende blev varetaget på foranledning af selskabets kreditorer* [fremhævning foretaget her].

Også hvor bestyrelsesmedlemskab er etableret med henblik på at forestå udenretlige rekonstruktionsforhandlinger, kan bestyrelsesmedlemskabet heller ikke antages at medføre inhabilitet som kurator.¹³⁸ Betragtningerne bag er de samme som det i afsnit 6.1.1. ovenfor anførte om, at den pågældende i realiteten vil have haft samme rolle som en udnævnt rekonstruktør eller kurator. Det vil derfor være en uholdbar og urimelig tilstand, hvis én skal forestå den udenretlige rekonstruktionsbehandling, og det herefter er nødvendigt at anmode en anden om at være kurator.¹³⁹

I Østre Landsrets utrykte kendelse af 18. oktober 1993 i sag B286301 fandtes en advokat dog at være inhabil, som følge af at hans kompagnon i perioden op til konkursen var blevet indsat som bestyrelsesformand i skyldnerselskabet med henblik på at opnå en ordening for en kreditorgruppe. Landsretten fremhævede hensynet til de undersøgelser vedrørende bestyrelsens dispositioner, der skulle foretages under konkursen som afgørende for resultatet. I sagen var der varslet erstatningskrav mod kompagnonen, hvilket formentlig var det bærende argument for kendelsens udfald.¹⁴⁰

Det må dog være en konkret vurdering i hvert tilfælde, hvor bl.a. længden af den periode hvori den pågældende har siddet i selskabets bestyrelse kan have betydning. I den ovenfor i afsnit 5.2. gennemgåede Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G var kurators kollega blevet indsat i skyldnerselskabets bestyrelse med henblik på at gennemføre en udenretlig rekonstruktion, ligesom indsættelsen var foranlediget af selskabets største kreditor. Skifteretten anførte følgende om det 4,5 år lange bestyrelsesmedlemskab:

»Den omstændighed, at advokat [A] blev bedt om at indtræde i selskabets bestyrelse for at gennemføre en udenretlig rekonstruktion kan ikke føre til et andet resultat, henset til den lange periode, hvor advokat [A] har været bestyrelsesmedlem og formand i selskabet.«

Bestyrelsesmedlemskabet medførte således inhabilitet, uanset at hvervet var etableret med henblik på gennemførelse af en udenretlig rekonstruktion. Betragtningen må antages at have været, at bestyrelsesmedlemskabet havde bestået i en så lang periode, at kollegaen ikke kunne undgå at have deltaget i sædvanligt bestyrelsesarbejde. Her ville der være risiko for, at kurator under bobehandlingen skulle forholde sig til beslutninger, som han som bestyrelsesmedlem havde deltaget i eller haft indflydelse på, og derfor kunne ifalde ansvar for.¹⁴¹

¹³⁷ Jf. ET 2021.067, s. 2 og Insolvensprocesret (2023), s. 272f. men modsat Insolvensret – Konkurs (2010), s. 119ff.

¹³⁸ Jf. U 1997B.205, s. 208, Konkurs (2023), s. 111 og ET 2021.067, s. 3 note 9.

¹³⁹ Jf. U 1997B.205, s. 208.

¹⁴⁰ Jf. U 1997B.205, s. 208. Afgørelsen er kort refereret i Advokaten, Fagligt Nyt 1994, nr. 2, side 5.

¹⁴¹ Se lignende betragtninger i ET 2021.067, s. 2.

7.3. Betydningen af tidspunktet for bestyrelsesmedlemskabets ophør

Den omstændighed at kurator skal forholde sig til skyldnerselskabets bestyrelsesmedlemmers erstatningsansvar, optræder i flere kendelser som afgørende for, at det forudgående bestyrelsesmedlemskab medfører inhabilitet. I ovenfor omtalte utrykte kendelse af 18. oktober 1993 i sag B286301 fandt Østre Landsret under hensyn til, at kurator som led i konkursbehandlingen bl.a. skulle undersøge, om bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende, at kurator var inhabil.¹⁴² Også i f.eks. U 2002.233 Ø fandt landsretten, at tilsynet var inhabilt på grund af en kollegas forudgående bestyrelsesmedlemskab, da medlemskabet kunne indebære deltagelse i og ansvar for bestyrelsesbeslutninger, som tilsynet som en del af sit arbejde skulle forholde sig til.

Et naturligt ræsonnement må herefter være, at kurator omvendt ikke vil være inhabil, hvis han eller hun under konkursen *ikke* skal forholde sig til spørgsmål om ansvar for beslutninger og dispositioner, som vedkommende har deltaget i under udførelsen af sit bestyrelsesmedlemskab. Her vil ikke være nogen risiko for, at kurator skal vurdere sig selv, og derfor ikke kan foretage en objektiv vurdering i kreditorernes interesse.

Der vil ikke kunne blive gjort et ansvar gældende mod et bestyrelsesmedlem, hvis ledelsesansvarssagen er forældet.¹⁴³ Forældelsesfristen for et ledelsesansvar er ifølge forældelseslovens § 3, stk. 1 som udgangspunkt 3 år, men kan blive suspenderet i indtil 10 år fra den skadevoldende handlingens ophør, hvis skyldnerselskabet eller konkursboet først får kendskab til fordringen mod bestyrelsesmedlemmet på et senere tidspunkt, jf. forældelseslovens § 3, stk. 2 og stk. 3, nr. 2.¹⁴⁴ Hvor kurators bestyrelshverv er ophørt senest 10 år forud for konkursen, må ethvert erstatningskrav mod den pågældende på grund af bestyrelshvervet derfor i hvert fald være forældet. Her vil ikke være nogen risiko for, at kurator skal forholde sig til sin egen ansvarssag. Et bestyrelshverv der er ophørt senest 10 år forud for konkursen, kan derfor ikke antages at være inhabilitetsgrund.¹⁴⁵

I kontrast hertil står den i afsnit 5.2. refererede Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 4. december 2020 i sag K 964/20-G. Her var kurators kompagnon udtrådt af bestyrelsen 3 uger før konkursdekretets afsigelse efter at havde siddet i selskabets bestyrelse i 12 år. Skifteretten anførte, at den omstændighed at kompagnonen ikke sad i selskabets bestyrelse helt frem til konkursdekretets afsigelse, ikke kunne føre til, at der ikke forelå inhabilitet. Den omstændighed at bestyrelshvervet var ophørt forud for konkursen fjernede ikke risikoen for, at kurator skulle forholde sig til kollegaens eventuelle bestyrelsesansvar.

Spørgsmålet er herefter hvor grænsen mellem disse to yderpunkter går. I U 2002.233 Ø var tilsynets kollega udtrådt af bestyrelsen 5 måneder før konkursen. Dette var imidlertid ikke en omstændighed, der kunne føre til, at tilsynet ikke var inhabilt.

Da den almindelige forældelsesfrist er 3 år, synes det nærliggende at opstille en formodning om, at en person der er udtrådt af bestyrelsen senest 3 år forud for konkursen, ikke vil være inhabil som kurator. Efter denne periode må der som udgangspunkt ikke længere bestå en risiko for, at den pågældende som kurator skal forholde sig til egne ansvarssager. Det er ikke lykkedes at identificere litteratur eller praksis, der understøtter en sådan regel, og det må da også være

¹⁴² Jf. Insolvensprocesret (2023), s. 279.

¹⁴³ Jf. Bestyrelsens ansvar (2020), s. 297.

¹⁴⁴ Et ledelsesansvar er i den forbindelse lagt til grund at være et erstatningskrav uden for kontrakt, jf. Bestyrelsens ansvar (2020), s. 310f.

¹⁴⁵ Jens Paulsen vil i Insolvensret – Konkurs (2010), s. 120 også lægge vægt på, om der kan blive gjort et ansvar gældende mod bestyrelsesmedlemmet.

en konkret vurdering i det enkelte tilfælde. Andre omstændigheder som f.eks. reglerne om suspension af forældelsesfristen eller forældelsesfristens begyndelsestidspunkt eller at der er opstået en særligt stærk relation til ledelsen på grund af det tidligere bestyrelsesmedlemskab, må kunne føre til, at den pågældende er inhabil, selvom der på konkurstidspunktet er forløbet 3 år siden bestyrelshvervets ophør.

Det kan også overvejes, om den omstændighed at der ikke er grundlag for at anlægge en ansvarssag mod det tidligere bestyrelsesmedlem, kan føre til, at den pågældende kan agere kurator, selvom der endnu ikke er forløbet 3 år siden bestyrelsesmedlemskabets ophør. Her vil kurator jo ikke skulle føre nogen ansvarssag, der vedrører ham eller hende selv.

For dette spørgsmål er U 2023.705 H relevant. Kendelsen angik, om en advokat var inhabil som ad hoc-kurator i et konkursbo og kurator i to andre konkursboer. En væsentlig del af advokatens pligter var at undersøge, om en medkurator havde handlet ansvarspådragende i et af konkursboerne. Medkuratoren var imidlertid samtidigt ved at undersøge, om advokatens kompagnonen havde pådraget sig et ledelsesansvar for sin rolle som bestyrelsesmedlem i et fjerde konkursbo. Højesteret fandt på denne baggrund, at advokaten var inhabil som ad hoc-kurator. Højesteret anførte, at det ikke kunne føre til en anden vurdering, at medkuratoren havde oplyst, at undersøgelserne i det fjerde konkursbo foreløbigt var afsluttede, og at der ikke var anlagt erstatningssag mod kompagnonen. Det var således uden betydning for inhabilitetsvurderingen, om der reelt var grundlag for at anlægge en erstatningssag. Baggrunden har formentlig været, at reglerne om inhabilitet ikke alene er opstillet med henblik på at sikre, at der rent faktisk ikke iagttages usaglige hensyn under bobehandlingen. Reglerne er derimod også opstillet med henblik på at sikre tilliden til, at der alene handles ud fra saglige hensyn.

For så vidt angår bestyrelsesmedlemskab må dette indebære, at den omstændighed at der ikke er grundlag for at anlægge en ansvarssag mod bestyrelsesmedlemmet, ikke vil medføre, at den pågældende ikke er inhabil som kurator. Selvom erstatningssagen ikke skal føres, vil kurator som det mindste skulle forholde sig til spørgsmålet om ansvar.

Den omstændighed at et bestyrelsesmedlem har fået meddelt decharge på skyldnerselskabets generalforsamling forud for konkursen, kan heller ikke føre til, at 3-års-grænsen rykkes. Først og fremmest følger det af selskabslovens § 364, stk. 4, at boet inden for en frist af to år kan anlægge erstatningssag mod bestyrelsesmedlemmet, selv om generalforsamlingen har meddelt decharge.¹⁴⁶ Derudover må en decharge formodes at angå enkeltspørgsmål. En meddelt decharge vil derfor ikke medføre, at kurator ikke skal forholde sig til andre spørgsmål om ledelsesansvar på grund af sit tidligere bestyrelsesmedlemskab i selskabet.

Det er dog ikke kun den omstændighed, at kurator skal forholde sig til bestyrelsesmedlemmernes *ansvar*, som begrunder udgangspunktet om, at forudgående bestyrelsesmedlemskab er inhabilitetsgrund. Den omstændighed at et bestyrelsesmedlem har medvirket til dispositioner, der er i risiko for at blive omstødt, er en anden årsag. I den tidligere omtalte Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af 20. september 2020 i sag K 1624/20-G anførte skifteretten eksempelvis, at da kuratellet skulle gennemgå den rådgivning og de dispositioner, der blev foretaget op til konkursen i den periode, hvor kompagnonen havde siddet i selskabets bestyrelse, var kurator inhabil.¹⁴⁷

De forældelsesmæssige betragtninger om ledelsesansvaret mindsker betydningen af de omstødelsemæssige forhold. Hvor bestyrelshvervet er ophørt senere end 3 år før konkursen, må

¹⁴⁶ Jf. Aktie- og anpartsselskabsret (2021), s. 573.

¹⁴⁷ Jf. tillige afsnit 5.3.1.

risikoen for, at bestyrelsesmedlemmet kan ifalde ledelsesansvar medføre inhabilitet som kurator uden hensyn til, om den pågældende også har medvirket ved potentielt omstødelige dispositioner.

Hvor der ikke længere er risiko for at ifalde ledelsesansvar, fordi bestyrelseshvervet er ophørt tidligere end 3 år før konkursen, vil omstødelmæssige betragtninger principielt være relevante. Det er imidlertid alene utilbørlige dispositioner omfattet af konkurslovens § 74, som kan omstødes tidligere end 3 år før konkursen, hvilket forudsætter, at skyldnerselskabet var eller blev insolvent ved dispositionen, og ikke har været likvid siden da.¹⁴⁸ Sandsynligheden for at et bestyrelsesmedlem hvis medlemskab er ophørt tidligere end 3 år før konkursen, har haft indflydelse på dispositioner, som potentielt skal omstødes under konkursen, vil derfor være meget lille.

Omstødelmæssige betragtninger må dog kunne blive relevant de i afsnit 7.2. anførte atypiske tilfælde, hvor bestyrelsesmedlemskabet er etableret i kreditorernes interesse. Her må det antages, at en person der er indsat i bestyrelsen på en atypisk måde, og derfor ikke er inhabil som kurator, alligevel kan blive inhabil, hvis det kan konstateres, at den pågældende har delta- get i eller haft indflydelse på dispositioner, der potentielt kan blive omstødt under konkursen.

8. Kapitalandele i skyldnerselskabet

I dette afsnit vil det blive undersøgt, i hvilket omfang ejerskab af kapitalandele i skyldnerselskabet medfører inhabilitet som kurator efter reglerne om speciel inhabilitet.

En kapitalejer kan udøve indflydelse på selskabets generalforsamling og i den forbindelse medvirke til beslutninger og dispositioner, som viser sig uhensigtsmæssige og i strid med selskabets interesser.¹⁴⁹ Hvor selskabet senere går konkurs, vil kurator som en del af sit arbejde skulle forholde sig til kapitalejerens eventuelle ansvar for sådanne beslutninger. Hvis kurator selv har haft kapitalandele i selskabet og medvirket ved sådanne beslutninger, vil kurator kunne risikere at skulle vurdere sig selv.¹⁵⁰ Dette vanskeliggør en objektiv vurdering i kreditorernes interesse, og taler for at kapitalandele i selskabet bør føre til inhabilitet.

I overensstemmelse med sådanne betragtninger vil en kapitalejer som (indirekte) ejer en væsentlig del af selskabets kapital, være inhabil som kurator efter reglerne om generel inhabilitet, da den pågældende vil være nærtstående til skyldnerselskabet, jf. konkurslovens § 2, nr. 2.¹⁵¹ Fastsættelse af kapitalgrænsen for »væsentlighed« er imidlertid vanskelig, da det – udover kapitalandelens størrelse – antages at bero på, hvordan den øvrige kapital er fordelt, og hermed hvilken indflydelse kapitalandelen giver.¹⁵²

Hvor kurator ikke ejer en væsentlig del af selskabets kapital, må reglerne om speciel inhabilitet imidlertid også kunne føre til, at den pågældende er inhabil. Der fremgår intet i forarbejder til konkurslovens § 238, stk. 1 herom, men en ikke-væsentlig kapitalandel må også kunne medføre en risiko for usaglig bobehandling i strid med kreditorernes interesser. Samtidigt antages reglerne om generel inhabilitet ikke at gøre op med betydningen af kapitalandele i skyldnerselskabet for kurators inhabilitet.¹⁵³

¹⁴⁸ Jf. Konkurs (2023), s. 506ff.

¹⁴⁹ Jf. Aktie- og anpartsselskabsret (2021), s. 583f.

¹⁵⁰ Jf. Konkurs (2023), s. 108f.

¹⁵¹ Jf. Konkurs (2023), s. 108.

¹⁵² Jf. Konkurs (2023), s. 208f. og U 2003B.387, s. 389ff. En nærmere undersøgelse af problemstillingen falder uden for denne afhandling.

¹⁵³ Jf. Konkurs (2023), s. 108.

I U 1995.76/2 V havde kurator siddet i kontorfællesskab med en advokat, der ejede 9% af aktierne i skyldnerselskabet og indtil konkursen havde været bestyrelsesmedlem i selskabet. Landsretten fandt under hensyn til de pligter, der påhviler en kurator i et konkursbo, at kurator var inhabil. Dette kan have været en henvisning til forpligtelsen til at undersøge bestyrelsens dispositioner og dispositioner udført med indflydelse fra kapitalejere. Den omstændighed at advokaten havde en bestyrelsespost i selskabet, svækker imidlertid kendelsens præjudikatsværdi for spørgsmålet om kapitalandelens betydning i inhabilitetsvurderingen.¹⁵⁴ Det kan således ikke udelukkes, at kendelsen ville have haft samme udfald, hvis advokaten kun havde siddet i selskabets bestyrelse, jf. i det hele afsnit 7.

Et mere »rent« tilfælde forelå i U 2017.3173 Ø. I sagen var en advokat blevet udpeget som kurator i skyldnerselskabets konkursbo. Efterfølgende viste det sig, at kurator var ansat hos en advokat, der via sit holdingselskab ejede 15% af kapitalandelene i skyldnerselskabet, hvorfor skifteretten afsatte kurator som inhabil. Landsretten stadfæstede skifterettens kendelse, og henviste også her til de pligter, der påhviler en kurator i et konkursbo.

Det fremgik ikke udtrykkeligt af landsrettens præmisser, om inhabiliteten havde karakter af generel eller speciel inhabilitet. Mest nærliggende er det at fortolke kendelsen som en sag om speciel inhabilitet. I sagen var der således en anden hovedaktionær, der ejede 85% af kapitalandelene, hvorfor advokaten næppe kan anses for at have ejet en »væsentlig del af selskabets kapital«.¹⁵⁵ Kendelsen understøtter i så fald, at ikke-væsentlige kapitalandele i skyldnerselskabet kan føre til speciel inhabilitet.

På den anden side kan *enhver* kapitalandel ikke antages at medføre inhabilitet, da lovgiver i så fald ville have gjort det til generel inhabilitetsgrund.¹⁵⁶ Det er imidlertid ikke lykkedes at identificere kendelser, som fastlægger en nedre grænse for, hvilke kapitalandele i skyldnerselskabet som medfører inhabilitet. I både U 1995.76/2 V og U 2017.3173 Ø anførte landsretten dog, at kapitalandelene henset til »de pligter, der påhviler en kurator i et konkursbo« medførte inhabilitet. Med dette må landsretten have ment, at baggrunden for kuratorernes inhabilitet var, at hvervet indebar en forpligtelse til at forholde sig til kapitalejernes eventuelle ansvar for beslutninger, hvilket var beslutninger, som kuratorerne selv kunne have medvirket til eller i øvrigt haft indflydelse på.

Hvor en kapitalejer *ikke* har haft indflydelse på selskabets beslutninger, vil denne derimod ikke som led i de pligter, der påhviler kurator i et konkursbo, blive forpligtet til at forholde sig til sig selv. Her vil derfor ikke være risiko for en usaglig vurdering i strid med kreditorernes interesser. Afgørende må derfor være, om kapitalejeren i kraft af kapitalandelene har kunnet udøve indflydelse i selskabet.¹⁵⁷

Om en kapitalandel har givet kapitalejeren adgang til at udøve indflydelse i selskabet må være en konkret vurdering. Kapitalandelens størrelse vil naturligt have betydning for kapitalejeren indflydelse i skyldnerselskabet. Derudover må det kunne få betydning, hvordan de øvrige kapitalandele er fordelt, og hvilke stemmerettigheder der er tilknyttet andelen. En lille kapitalandel kan give stor indflydelse, hvis den repræsenterer en udslagsgivende stemmerettighed på

¹⁵⁴ Jf. tillige afsnit 2.

¹⁵⁵ Jf. U 2003B.387, s. 388f.

¹⁵⁶ Jf. Konkurs (2023), s. 108f. og U 1997B.205, s. 206f.

¹⁵⁷ Jf. U 1997B.205, s. 206f.

generalforsamlingen. Omvendt vil en kapitalandel, hvortil der ikke er knyttet stemmerettigheder, f.eks. i et børsnoteret selskab, ikke give adgang til at udøve indflydelse på generalforsamlingen.

Forholdet til ledelsen kan formentligt også have betydning for kapitalejers indflydelse i skyldnerselskabet. Selskabets ledelse har en loyalitetspligt til at træffe beslutninger i selskabets interesse, uanset om dette kolliderer med de enkelte kapitalejers personlige interesser.¹⁵⁸ Hvor ledelsen har haft kendskab til kapitalejeren og dens ejerskab, må der imidlertid kunne være risiko for, at ledelsen under udøvelsen af sit hverv har været påvirket af kapitalejeren.¹⁵⁹ Det kan f.eks. være som følge af en ejeraftale eller vedtægtsbestemmelse, hvorved kapitalejeren – trods den lille kapitalandel – er tillagt indflydelse på, hvem der udpeges som ledelsesmedlem. Her kan kapitalejeren indirekte have haft indflydelse på ledelsens beslutninger eller dispositioner, hvorefter der vil være risiko for, at den pågældende som kurator ikke vil være i stand til at forholde sig upartisk til disse. I modsætning til dette står f.eks. en lille kapitalandel i et børsnoteret selskab, hvor ledelsen ikke har kendskab ejerskabet.¹⁶⁰ Her vil kapitalandelen næppe medføre inhabilitet, da kapitalejeren ikke kan antages at have haft indflydelse på ledelsens beslutninger.

9. Konklusion

I hvilket omfang kurators tilknytning til skyldneren medfører, at kurator er inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet i konkurslovens § 238, stk. 1, afhænger af hvilket tilknytningsforhold der er tale om.

For så vidt angår *forudgående advokatarbejde for skyldneren* vil den omstændighed at en advokat har ydet rådgivning til skyldneren før konkursens indtræden, ikke i sig selv medføre inhabilitet. Derimod kan det udførte arbejde have været af et sådant omfang, at advokaten vil være inhabil som kurator. I den forbindelse antages det ikke at være afgørende, om advokaten samtidigt har haft rollen som fast advokat for skyldneren. Også arbejdets karakter kan have betydning for inhabilitetsvurderingens udfald. En advokat der har bistået skyldneren med dispositioner, der potentielt kan omstødes, vil som udgangspunkt være inhabil som kurator. Derimod vil rådgivning som alene relaterer sig til skyldnerens insolvenssituation ikke i sig selv være inhabilitetsgrund.

Arbejdets tidsmæssige tilknytning til konkursen har alene indirekte betydning for inhabilitetsspørgsmålet. Kreditorernes tilkendegivelser om advokaten antages heller ikke at skulle indgå i inhabilitetsvurderingen, medmindre der er tale om marginale grænsetilfælde eller omgåelsestilfælde, hvor det f.eks. reelt er ejeren af skyldnerselskabet, der »forklædt« som kreditor peger på kurator.

Om *forudgående rekonstruktionsretlig bistand* opstilles på baggrund af to kendelser en hovedregel om, at en rådgiver der forud for konkursen har bistået skyldneren med et fejlslået forsøg på en udenretlig rekonstruktion, ikke vil være inhabil som kurator. Dette er alene et udgangspunkt, hvorfor andre omstændigheder kan føre til, at der alligevel foreligger inhabilitet.

At tilknytningsforholdet til skyldneren er større, fordi den pågældende har været beskikket som indenretlig rekonstruktør for skyldnerselskabet forud for konkursen, ændrer ikke på inhabilitetsvurderingens udfald. Her opstilles også en hovedregel om, at et forudgående virke som

¹⁵⁸ Jf. Den nye selskabslov (2009), s. 187.

¹⁵⁹ Jf. Konkurs (2023), s. 108f.

¹⁶⁰ Jf. Konkurs (2023), s. 108f.

rekonstruktør ikke medfører inhabilitet som kurator i det følgende konkursbo. Konkrete forhold ved det arbejde som er udført under rekonstruktionsbehandlingen, vil også her kunne føre til, at den pågældende alligevel anses for inhabil.

Forudgående bestyrelsesmedlemskab i skyldnerselskabet er som udgangspunkt inhabilitetsgrund. I visse tilfælde kan det forudgående bestyrelsesmedlemskab dog være etableret på en atypisk måde, at hvervet ikke medfører inhabilitet som kurator. Der er dog tale om en konkret vurdering, hvor bl.a. bestyrelsesmedlemskabets varighed og risikoen for, at den pågældende har medvirket til omstødelige forhold, kan føre til, at bestyrelsesmedlemmet alligevel er inhabil som kurator.

Den omstændighed at bestyrelshvervet er ophørt i en periode forud for konkursen, antages også at kunne føre til, at det hvervet ikke medfører inhabilitet som kurator. I afhandlingen opstilles i den forbindelse på grundlag af forældelsesmæssige overvejelser en formodning om, at en person der er udtrådt af bestyrelsen senest 3 år forud for konkursen, ikke vil være inhabil som kurator.

Om *kapitalandele i skyldnerselskabet* bliver det konstateret, at kurator kan være inhabil efter reglerne om speciel inhabilitet, hvis den pågældende ejer en ikke-væsentlig del af skyldnerselskabets kapital. Afgørende antages at være, om kapitalandelen har givet kurator adgang til at udøve indflydelse i skyldnerselskabet.

På grundlag af disse konklusioner kan det konstateres, at den specielle inhabilitetsvurdering i konkurslovens § 238, stk. 1 ændrer sig i takt med, at kurators relation til skyldneren styrkes. Derimod har tilknytningsforholdenes tidsmæssige tilknytning til konkursen ikke direkte betydning for inhabilitetsvurderingens udfald.

10. Litteraturliste

Forarbejder

Betænkning nr. 606/1971 – Konkurs og Tvangsakkord, betænkning II.

Betænkning nr. 1273/1994, Rationalisering og modernisering af konkursbehandlingen.

Betænkning nr. 1512/2009 om rekonstruktion m.v.

Betænkning nr. 1578/2022 om modernisering og revision af reglerne om gældssanering, herunder implementering af rekonstruktions- og insolvensdirektivet.

Betænkning nr. 1579/2022 om revision af reglerne om rekonstruktion, herunder implementering af rekonstruktions- og insolvensdirektivet.

Folketingstidende 1976-77, 2. samling, tillæg A.

Folketingstidende 1983-84, 2. samling, tillæg A.

Folketingstidende 1995-96, bilag 42, L 79, spørgsmål til ministeren.

Folketingstidende 1995-96, bilag 43, L 79, svar fra ministeren.

Folketingstidende 1995-96, tillæg A, L 79, lovforslag.

Folketingstidende 1995-96, tillæg B, betænkning.

Folketingstidende 2009-10, tillæg A, L 199, lovforslag.

Folketingstidende 2021-22, tillæg A, L 181, lovforslag.

Domsregister

Ugeskrift for retsvæsen

U 1980.1057 V	FM 2010.198 Ø
U 1985.33/2 H	FM 2010.248 V
U 1986.700 V	FM 2011.272 Ø
U 1995.76/2 V	FM 2014.175 V
U 1996.343 Ø	FM 2015.189 Ø
U 2002.233 Ø	FM 2019.58 Ø
U 2002.1879 V	FM 2021.50 Ø
U 2004.1163 V	FM 2021.73 V
U 2005.1417 Ø	FM 2021.79 V

U 2007.2720 V

U 2008.2059 Ø

U 2010.43 Ø

U 2011.656 V

U 2014.1617 Ø

U 2017.1410 V

U 2017.3173 Ø

U 2020.2716 Ø

U 2021.30 Ø

U 2021.1054 V

U 2021.1637 Ø

U 2023.705 H

U 2023.1373 H

Sø- og Handelsretten

Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af
20. september 2020 (K 1624/20-G)
Sø- og Handelsrettens Skifterets kendelse af
4. december 2020 (K 964/20-G)

Vestre landsret

Vestre landsrets kendelser B-683-14 og
B-689-14 (forenede sager)
Vestre landsrets kendelser B-767-14 og
B-768-14 (forenede sager)
Vestre landsrets kendelse B-182-17

FM

FM 1-2004-2119 V

FM 1-2005-3605 Ø

FM 1-2007-1342900 V

Østre landsret

Østre Landsrets kendelse af 18. oktober 1993
(B286301)

Litteratur

- Andersen, Paul Krüger*: Aktie- og anpartsselskabsret, 15. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2021, citeret: »Aktie- og anpartsselskabsret (2021)«.
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Christensen, Lasse Højlund og Jensen, Kim Sommer*: Konkurs, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2023, citeret: »Konkurs (2023)«.
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Christensen, Lasse Højlund, Jensen, Kim Sommer, Madsen, Christian Jul og Mylin, Andreas Kærsgaard*: Rekonstruktion – teori og praksis, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2023, citeret: »Rekonstruktion (2023)«.
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Christensen, Lasse Højlund og Petersen, Clement Salung*: Den civile retspleje, 5. udgave, Hans Reitzels Forlag, København, 2020, citeret: »Den civile retspleje (2020)«.
- Blume, Peter*: Retssystemet og juridisk metode, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2020, citeret: »Retssystemet og juridisk metode (2020)«.
- Evald, Jens*: Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2020, citeret: »Juridisk teori, metode og videnskab (2020)«.
- Haages, Hans*: Konkurslovsreformen – overvejelser omkring udpegning/valg af bostyre, U 1996B.446, citeret: »U 1996B.446«.
- Hansen, Torben Kuld*: Foreningen for Faste Kuratorer ved Sø- og Handelsretten, bidrag til *Andersen, Eigil Lego, Feilberg, Jens, Laudrup, Alex og Schovsbo, Jens* (red.): Sø- og Handelsretten 150 år, 1. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2011, citeret: »Sø- og Handelsretten 150 år (2011)«.
- Hansen, Torben Kuld og Petersen, Lars Lindencrone*: Gældssanering version 3.0, 5. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2022, citeret: »Gældssanering version 3.0 (2022)«.
- Hansen, Torben Kuld og Petersen, Lars Lindencrone*: Insolvensprocesret, 5. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2023, citeret: »Insolvensprocesret (2023)«.
- Høy, Janus Winther*: Bestyrelsens ansvar – med særlig fokus på finansielle virksomheder, 1. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2020, citeret: »Bestyrelsens ansvar (2020)«.
- Jensen, Kim Sommer*: Habilitetskrav til kurator, U 1997B.205, citeret: »U 1997B.205«.

Madsen, Christian Jul: Konkurslovens § 2 – nærtstående – »væsentlig del«, U 2003B.387, citeret: »U 2003B.387«.

Munck, Noe og *Kristensen*, Lars Hedegaard: Selskabsformerne, 7. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2014, citeret: »Selskabsformerne (2014)«.

Neville, Mette og *Sørensen*, Karsten Engsig (red.): Den nye selskabslov, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2009, citeret: »Den nye selskabslov (2009)«.

Paulsen, Jens: Hvem skal være medhjælper i gældssaneringsager i forbindelse med konkurs?, ET 2018.47, citeret: »ET 2018.47«.

Paulsen, Jens: Insolvensret – Konkurs, 1. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2010, citeret: »Insolvensret – Konkurs (2010)«.

Petersen, Lars Lindencrone: Karnovs Online Lovsamling – Konkursloven, Karnov Group Denmark A/S, København, 2022, citeret »Karnovs Lovsamling – konkursloven (2022)«, udgivet elektronisk: <https://pro.karnovgroup.dk/b/documents/7000918726?tab=karnov#LBKG20221600> (sidst set 24.05.2023).

Petersen, Lars Lindencrone og *Ørgaard*, Anders: Konkursloven med kommentarer, 15. udgave, Karnov Group Denmark A/S, København, 2022, citeret: »Konkursloven med kommentarer (2022)«.

Petersen, Lars Lindencrone og *Serring*, Michael: Udvalgte spørgsmål om habilitet for rekonstruktører og kuratorer, ET 2021.067, citeret: »ET 2021.067«.