

Kuratorinhabilitet

Disqualification of trustee

af SIMON BREINING

Specialet gennemgår overordnet hensynene bag reglerne om kurators habilitet. Dette gøres med udgangspunkt i først en gennemgang af reglerne om udpegning eller valg af kurator og dennes opgaver, dernæst en gennemgang af både generel og speciel habilitet, hvorefter afslutningsvis retsvirkningerne og afhjælpning af eventuel inhabilitet gennemgås.

Ovenstående gøres med udgangspunkt i juridisk teori, men i særdeleshed ved gennemgang af både ældre og nyere retspraksis, hvorved grænserne for kurators inhabilitet forsøges afklaret.

Specialet konstaterer bl.a., at nyere retspraksis nok har udvidet området for inhabilitet i relation til at kurator har været tidligere advokat for fordringshaver, ligesom mulighederne for at blive udpeget som ad hoc-kurator nok er indskrænket.

Indholdsfortegnelse

I. INDLEDNING	2
1.1 PROBLEMFORMULERING	2
1.2 METODEVALG.....	3
1.3 AFGRÆNSNING.....	3
2. UDPEGNING ELLER VALG AF KURATOR OG DENNES OPGAVER	3
2.1 UDPEGNING ELLER VALG AF KURATOR	3
2.1.1 Reglerne før 1996.....	4
2.1.2 Nuværende regler.....	5
2.1.3 Faste kuratorer.....	5
2.2 FORMELLE KRAV TIL KURATOR.....	6
2.3 KURATORS OPGAVER	8
2.4 SKIFTERETTEN OG KURATOR.....	8
3. HABILITET	9
3.1 OVERORDNEDE OVERVEJELSER OM INHABILITET	9
3.2 GENEREL INHABILITET	10
3.2.1 Nærstående.....	10
3.2.1.1 Personligt nærstående - KL § 2, nr. 1.....	10
3.2.1.2 Nærstående personer og selskaber - KL § 2, nr. 2.....	11
3.2.1.2.1 Retspraksis omhandlende nærstående.....	12
3.2.1.2.2 Ejerftaler og nærstående.....	14
3.2.1.2.3 Tilsvarende interessefællesskab – KL § 2, nr. 4	14
3.2.2 Afhængig af skyldneren	15
3.3 SPECIEL INHABILITET	16
3.3.1 Inhabilitet på grund af medejerskab.....	16
3.3.2 Inhabilitet på grund af bestyrelsesmedlemskab.....	17
3.3.3 Tidligere advokat for skyldneren.....	21
3.3.3.1 FM.2011.272 - Andelsboligforeningen Klostergaarden (Østre Landsrets kendelse af 16. september 2011)	22
3.3.3.2 Tidligere advokat for fordringshaver	23
3.4 GOD ADVOKATSKIK	25
3.5 SMITTE AF INHABILITET	27

3.5.1 Kompagniskab.....	27
3.5.2 Kædesamarbejde og kontorfællesskab.....	28
3.5.3 Smitte ved fusion af advokatkontorer.....	30
4. RETSVIRKNING OG AFHJÆLPNING AF INHABILITET.....	31
4.1 MEDKURATOR.....	32
4.2 SKIFTERETTENS UDPEGNING AF KURATOR, JF. KL § 113, STK. 4.....	33
4.2.1 U.2014.762Ø – Pihl & Søn A/S.....	34
4.3 AD HOC-KURATOR.....	35
4.3.1 Hjemmel til ad hoc-kuratorer.....	36
5. KONKLUSION.....	37
7. LITTERATURLISTE.....	39

I. Indledning

Konkurs er en måde, hvorpå kreditorer sammen kan forfølge deres udestående hos konkurssubjektet. Konkurs adskiller sig fra individualforfølgning, hvor hver enkelt kreditor skal forfølge sit krav, ved at kreditorerne i konkursen samlet forfølger deres udestående, og dermed foretager en universalforfølgning. Virkningen af en konkurs er, at skyldneren mister rådighed over sit bo, jf. konkurslovens kapitel 4, der dermed overgår til bobestyreren. Bobestyreren for et konkursbo er en kurator, og denne kurator overtager, efter vedkommende er blevet valgt, rådigheden over hele boet – hvad end det er en juridisk eller en fysisk person.

Denne afhandling omhandler i hvilket omfang en kurator er inhabil i forhold til den bobehandling han skal udføre. Hvis en kurator er inhabil, kan vedkommende som udgangspunkt ikke bestride posten som kurator. Der kan dog i visse situationer ske afhjælpning, hvorimod det ikke er muligt i andre.

For at kunne gennemgå reglerne for inhabilitet, vil afhandlingen først give en kort gennemgang af hvilke formelle krav der er til kurator, hvordan kurator tidligere er blevet valgt, og hvordan dette valg foregår i de nuværende regler. Denne korte historiske gennemgang skulle gerne vise nogle af de hensyn der har været, og stadig er, bag reglerne om kuratorvalget.

Efter kurator er blevet valgt, skal han varetage de opgaver der følger med hvervet, hvilket bl.a. indebærer at undersøge de beslutninger der er truffet i den sidste periode frem til konkursen. Der vil eksempelvis være situationer hvor kurator er tidligere advokat for skyldneren, og derfor har været med til at rådgive om nogle af de dispositioner der er truffet i tiden helt frem til konkursen, hvilket kan skabe et modsætningsforhold, idet det er problematisk at have kurator til at undersøge sig selv. Dette er blot et af flere eksempler på en situation hvor kurator kan være inhabil.

I de situationer hvor der kan ske afhjælpning af en inhabil kurator, er der flere løsningsmodeller. Denne afhandling vil gennemgå de forskellige afhjælpningsmetoder, især set i lyset af retspraksis.

1.1 Problemformulering

Problemformuleringen for denne afhandling er:

Hvad er hensynene bag kuratorinhabilitet? Hvilke forhold kan medføre at kurator er inhabil og hvordan kan denne inhabilitet eventuelt afhjælpes?

Der vil blive redegjort for de formelle krav til kurator, kurators opgaver samt udpegningen af kurator. Herefter foretages med udgangspunkt i retspraksis og teori analyser af forskellige situationer hvor kurator kan være inhabil. Eventuelle muligheder for afhjælpningen af inhabiliteten vil derefter blive diskuteret og vurderet.

For at være i stand til at foretage disse analyser og diskussioner, vil både ældre og nyere retspraksis og teori i vid udstrækning blive inddraget og gennemgået.

1.2 Metodevalg

Det teoretiske udgangspunkt for denne opgave er den retsdogmatiske metode¹, hvormed menes, at der vil blive foretaget beskrivelse af gældende ret på baggrund af en systematisk gennemgang af de relevante retskilder. Denne gennemgang vil være baseret på dansk faglitteratur af både ældre og nyere dato, herunder artikler, lærebøger og lignende. Som fortolkningsbidrag, vil der ligeledes blive inddraget forarbejder til de forskellige konkurslove, ligesom retspraksis i vid udstrækning vil blive inddraget.

1.3 Afgrænsning

Kuratorvalget lægger sig tæt op af mange konkursretlige discipliner, men hovedfokus vil i denne afhandling ligge på kuratorinhabiliteten. Skifterettens tilsyn med bobehandlingen, jf. KL kapitel 15, vil heller ikke blive behandlet nærmere, ud over hvor det er nødvendigt i forbindelse med skifterettens mulighed for at udpege en medkurator, jf. KL § 113, stk. 4.

Afhandlingen vil ydermere ikke beskæftige sig med de konkrete opgaver en kurator har, f.eks. omstødelse, ledelsesansvarssager osv., ud over den helt generelle gennemgang der vil blive foretaget indledningsvis under afsnit. 2.3.

Under afsnittet om udpegning af kurator, vil de mere tekniske regler omkring stemmereglene i forhold til kuratorvalg, jf. KL § 108, stk. 2, ikke blive behandlet yderligere end det de gør under afsnit 2.1.2, da dette ligger udenfor afhandlingens kerneområde.

2. Udpegning eller valg af kurator og dennes opgaver

2.1 Udpegning eller valg af kurator

Straks efter der er afsagt konkursdekret, udpeger skifteretten en eller flere kuratorer, jf. KL § 107, stk. 1. Beslutningen træffes efter skifteretten har rådført sig med de fordringshavere der er til stede, men disses råd er ikke bindende. Det er derfor skifteretten der træffer beslutningen, og der finder som udgangspunkt ingen afstemning sted².

Formålet med de nuværende regler er at sikre, at der fra starten er en handlekraftig ledelse, der fra begyndelsen af bobehandlingen har både de fornødne kompetencer til at træffe de nødvendige beslutninger³. Der skal ofte træffes vigtige og store beslutninger i begyndelsen af bobehandlingen, f.eks. om virksomheden skal videreføres, om man skal indtræde i gensidigt bebyrdende kontrakter og lignende, hvorfor det er vigtigt at der fra starten er et selvstændigt bostyre, der kan træffe de nødvendige beslutninger på et kompetent, oplyst grundlag⁴.

¹ Jf. Retssystemet og juridisk metode, s. 66

² Jf. Insolvensprocesret, s. 199

³ Jf. Bet. 1273/1994, s. 25

⁴ Jf. Bet. 1273/1994, s. 25

2.1.1 Reglerne før 1996

Før ændringerne i konkursloven i 1996, udpegede skifteretten en midlertidig bobestyrer straks efter konkursdekretet var afsagt⁵. Såfremt skifteretten anså det for uforholdsmæssigt at antage en midlertidig bestyrer, kunne skifteretten selv varetage den midlertidige bestyrelse⁶. Sidstnævnte kunne f.eks. være hvis de vurderede, at det var et meget enkelt eller ukompliceret bo, eller hvis boets aktiver var så beskedne, at honoraret til den midlertidige bobestyrer ville være en uforholdsmæssig stor belastning⁷.

Da den midlertidige bobestyrer ikke havde den selvstændige kompetence til at træffe beslutninger, skulle alle beslutninger træffes af skifteretten, der ofte handlede på baggrund af den midlertidige bestyrers indstilling, og – på grund af det tidsmæssige aspekt – ikke havde mulighed for at foreligge spørgsmålet for kreditorerne⁸. Den midlertidige bestyrers opgave i den første boperiode var hovedsageligt at sikre aktiverne, dvs. skyldnerens regnskaber og regnskabsmateriale, jf. 1977 konkurslovens § 109, stk. 1⁹. Derudover skulle den midlertidige bobestyrer også rette henvendelse til skyldnerens bankforbindelser samt hurtigst muligt undersøge om der var debitorer, der kunne tænkes at betale direkte til skyldneren i stedet for til konkursboet og lignende¹⁰. Det var således en stor del af den midlertidige bobestyrers opgaver at sikre aktiver samt danne sig et overblik over skyldnerens aktiver og i hvilket omfang aktiverne var behæftede.

Umiddelbart efter konkursdekretets afsigelse skulle skifteretten indrykke en annonce i Statstidende hvor de angav tidspunktet for afholdelse af første skiftesamling. På denne skiftesamling skulle der træffes afgørelse om bostyre, hvilket bl.a. medførte, at der skulle træffes beslutning om kurator, herunder et eventuelt kuratorvalg, jf. 1977 konkurslovens § 113.

Der var, før ændringerne til det nuværende system, en periode under bobehandlingen, hvor den midlertidige bobestyrer ikke havde kompetence til at træffe de nødvendige beslutninger, men skulle rette henvendelse til skifteretten for at få gennemført de nødvendige beslutninger. Først efter kuratorvalget blev kompetencen overført fra skifteretten til kuratoren.

Som nævnt ovenfor, er den indledende fase i bobehandlingen kritisk i mange henseender, og denne kompetencefordeling mellem skifteretten, den midlertidige bobestyrer og kuratoren blev også af udvalget bag Betænkning 1273 betragtet som ”..et uheldigt træk ved den gældende ordning”¹¹. Som baggrund for den ændring af konkursloven, udvalget lagde op til i denne henseende, lagde de vægt på, at mange af de beslutninger der skal træffes i bobehandlingen er af et forretningsmæssigt præg, det ikke kan forventes at skifteretterne har mulighed for at tage begrundet stilling til¹².

Udvalget foreslog derfor, at dette blev ændret, så der straks efter konkursdekretets afsigelse bliver udpeget et selvstændigt bostyre i form af en kurator, der kan handle og agere på egen hånd. Dette smidiggør processen, og tanken var, at den første kritiske tid blev håndteret hurtigere og bedre, hvilket i sidste ende resulterer i en bedre bobehandling.

⁵ Jf. 1977 Konkursloven, § 107, stk. 1 samt Munch – 1980, s. 443

⁶ Jf. 1977 Konkursloven, § 107, stk. 2 samt Munch – 1980, s. 443 f

⁷ Jf. Munch – 1980, s. 444

⁸ Jf. Konkursbehandling i praksis, s. 54

⁹ Jf. herved også Konkursbehandling i praksis, s. 54

¹⁰ Jf. Konkursbehandling i praksis, s. 55

¹¹ Jf. Bet. 1273, s 25

¹² Jf. Bet. 1273, s 25

2.1.2. Nuværende regler

Forslaget fra udvalget bag Betænkning 1273 findes nu i konkursloven § 107, stk. 1, der bestemmer at skifteretten straks efter dekretets afsigelse udpeger en eller flere kuratorer. Der er derudover i KL § 108, stk. 1 en mulighed for, at skifteretten på samme tidspunkt som afsigelsen af konkursdekretet bestemmer, at der skal indkaldes til skiftesamling, til valg af kurator. Der skal derudover indkaldes til valg af kurator, hvis kurator eller en fordringshaver begærer det, jf. KL § 108, stk. 2.

Udgangspunktet er dermed, at det er skifteretten der udpeger kurator, men fordringshaverne har – som interessenter i boet – en naturlig interesse i at bestemme, hvem der skal forestå bobehandlingen¹³. Hvis skifteretten har udpeget en kurator, som en del af fordringshaverne ikke er tilfredse med, kan disse indkalde til skiftesamling med henblik på at afholde et kuratorvalg. På denne skiftesamling kan kurator vælges af fordringshaverne, såfremt mindst en tredjedel af de kendte stemmeberettigede fordringshavere er repræsenteret og over halvdelen af de afgivne stemmer falder på samme person, jf. KL § 113, stk. 1. Efter § 113, stk. 2, kan skiftesamlingen ligeledes bestemme, at der skal være flere kuratorer. Sidstnævnte kan eksempelvis være tilfældet, hvis fordringshaverne vurderer, at boets størrelse eller dets komplicerede beskaffenhed nødvendiggør det¹⁴.

For at være stemmeberettiget på denne skiftesamling, er det et krav, at man har en fordring i boet, der får dividende. Hvis der er fuld sikkerhed for ens fordring, har man ikke stemmeret, og hvis ens krav er et massekrav, har man heller ikke stemmeret¹⁵. Da de mere tekniske stemmeregler ligger udenfor afhandlingens hovedområde, vil de ikke blive gennemgået yderligere her¹⁶.

Konkursloven § 113, stk. 4 bestemmer ydermere, at skifteretten af egen drift kan udpege yderligere én kurator, jf. nedenfor afsnit 4.2.

Man er med de nuværende regler således gået fra at have en stor del af beslutningskompetencen liggende ved skifteretten til at kompetencen nu ligger ved kurator. Derudover bliver kurator valgt straks efter konkursdekretet er afsagt. Dette er gjort for at smidiggøre bobehandlingen, og derved gøre den hurtigere og bedre for kreditorerne.

I og med det er fordringshaverne der i sidste ende er interessenterne i konkursboet, er det også dem der i hovedreglen bestemmer hvem der skal være kurator, dog med undtagelsen i KL § 113, stk. 4.

Ændringerne i 1996-loven medførte således, at skifterettens opgaver i forbindelse med bobehandlingen blev begrænset, så skifteretten efter ændringen kun skulle fungere som klageorgan i det omfang, fordringshaverne er utilfredse med kurators behandling af boet¹⁷. Efter denne lovændring fik fordringshaverne dermed en mere aktiv rolle i konkursbehandlingen, idet det efter 1996-ændringerne er blevet op til fordringshaverne at reagere, hvis kurator ikke udfører en tilfredsstillende bobehandling¹⁸.

2.1.3 Faste kuratorer

Ved visse skifteretter er der mulighed for at blive fast medhjælper, så man fast er tilknyttet skifteretten, og derved løbende blive benyttet som kurator af skifteretten. Denne ordning benyttes af flere

¹³ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 757

¹⁴ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 784

¹⁵ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 784

¹⁶ For yderligere om dette, se evt. Insolvensprocesret, s. 217 ff.

¹⁷ Jf. Bet. 1484/2006, s. 30

¹⁸ Jf. Bet. 1484/2006, s. 30

skifteretter i landet, herunder f.eks. Herning, Aarhus og SØ- og Handelsretten i København. Ordningerne er mere eller mindre formaliserede, og benyttes i større eller mindre grad.

Ved SØ- og Handelsretten i København er de faste kuratorer organiseret i Foreningen af Faste Kuratorer ved SØ- og Handelsretten, eller i daglig tale blot Kuratorforeningen¹⁹. Dette er en privat forening, hvis formål bl.a. er, at sikre smidighed og hensigtsmæssige forretningsgange mellem kuratorerne og SØ- og Handelsretten. Ved at benytte en kurator fra Kuratorforeningen er SØ- og Handelsretten sikker på, at vedkommende har kompetence og evnerne til at behandle boet på en ordentlig måde. Faste kuratorer står til rådighed for skifteretten, når der skal udpeges en kurator i en konkret sag. De har dog ikke krav på at blive antaget i en hvilken som helst sag²⁰, idet habilitetsreglerne i sagens natur skal være opfyldt, som ved enhver anden sag.

Som fast kurator ved SØ- og Handelsretten er man forpligtet til at stille arbejdskraft til rådighed, hvilket indebærer at man er fysisk til stede i skifteretten, der så tildeler den faste kurator de boer der måtte komme ind den dag. Fordelen ved at benytte en fast kuratorordning er, at skifteretten altid er sikret, at de har en kompetent kurator til rådighed, når der er kommet et nyt konkursbo ind. Det må også antages, at en fast kurator via sin erfaring er effektiv i sin bobehandling, hvilket er omkostningsbesparende, og i sidste ende kommer kreditorerne til gode. De faste kreditorer ved SØ- og Handelsretten har traditionelt være udnævnt ”indtil videre”²¹, dog med den begrænsning, at hvervet ophører med udgangen af den måned vedkommende fylder 70 år²². Dette har ført til kritik, idet det har været anført, at denne tidsbegrænsede udnævnelse medfører for nær sammenhæng mellem kuratorerne og skifteretten, hvilket kan have indflydelse på inhabilitet især i forhold til skifterettens fastsættelse af kurators vederlag²³. På baggrund af denne kritik valgte SØ- og Handelsretten at ændre udnævnelsesprocessen, så der nu er tidsbegrænsning i hvervet som fast kurator. Man kan nu ikke være fast kurator i længere end 10 år af gangen, med mulighed for forlængelse flere gange²⁴.

2.2 Formelle krav til kurator

Der er ikke nogle formelle krav om en bestemt uddannelse for kurator²⁵, men praksis har vist, at det (næsten) altid er en advokat. Dette hænger sammen med, at de arbejdsopgaver kurator har i forbindelse med bobehandlingen kræver et nøje kendskab til retsreglerne på en række områder. Såfremt der er problemstillinger kurator ikke har kendskab til, er der mulighed for at han for boets regning kan antage fremmed medhjælp, jf. KL § 110, stk. 1, 2. pkt. Dette må antages ofte at være branchekendskab og revisionskendskab²⁶. Såfremt kurator vælger at fortsætte driften af en virksomhed i en periode, vil han ofte kunne lade skyldneren, den tidligere ledelse eller ledende medarbejdere fortsætte i virksomheden indtil den enten er blevet solgt eller på anden måde afviklet²⁷.

Det er et krav, at kurator er pålidelig og økonomisk solid²⁸, ligesom kurator også bør have en vis erfaring²⁹ samt egnethed til at varetage hvervet³⁰. Disse krav skyldes blandt andet, at kurator som et

¹⁹ Jf. SØ- og Handelsretten 150 år, s. 270

²⁰ Jf. SØ- og Handelsretten 150 år, s. 273

²¹ De faste kuratorer bliver udpeget af SØ- og Handelsrettens præsident, efter stillingsopslag hvor alle interesserede kan søge, jf. SØ og Handelsretten 150 år, s. 274

²² Jf. SØ- og Handelsretten 150 år, s. 274

²³ Jf. Rapport om kuratorordning, s. 45

²⁴ Jf. Rapport om kuratorordning, s. 51

²⁵ Jf. Bet. 1273/1994, s. 26

²⁶ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 771

²⁷ Jf. Bet. 1273/1994, s. 26

²⁸ Jf. Bet. 606/1971, s. 198

²⁹ Jf. Insolvensprocesret, s. 203

led i bobehandlingen får fremmede midler i sin varetægt, hvilket man skal kunne stole på han kan forvalte på en tillidsfuld måde.

At der ikke er noget krav om uddannelse blev prøvet i U.2014.90V, hvor et fagligt forbund som mandatar for en lønmodtager havde fået erklæret et anpartsselskab konkurs. Skifteretten havde i forbindelse med afsigelsen af konkursdekretet udpeget den for rekvirenten mødende person A som kurator. Skifteretten blev efterfølgende af en kreditor gjort opmærksom på, at A ikke var advokat, hvorefter skifteretten ved kendelse afsatte A, idet den anførte, at den ved udpegningen havde antaget, at A var advokat. A kærede kendelsen til landsretten med påstand om, at han blev igen blev kurator. Landsretten ophævede skifterettens kendelse, idet konkursloven ikke stiller noget krav om en bestemt uddannelse, og eftersom A var cand.jur., og der ikke efter det oplyste var nogle oplysninger om boets størrelse eller hans tilknytning til selskabet forud for konkursen der gav særlige grunde til at afsætte ham.

Der må i skifterettens vurdering af kuratoren indgå konkret vurdering af, om kuratoren er egnet og har tilstrækkelig erfaring. Dette sås i U.2001.476V, hvor skifteretten havde forkastet valget af en kurator på baggrund af, at han ikke havde den fornødne sagsbehandlingsrutine vedrørende konkursboer. Den forkastede kurator kærede denne afgørelse, og i fremsendelsesbrevet til landsretten udtalte skifteretten, at udover at den forkastede kurator manglede rutine, var det også på baggrund af forløbet i forbindelse med selve forberedelsen af konkursbegæringen blevet vurderet, at han ikke havde den fornødne rutine. Landsretten ophævede skifterettens afgørelse, idet det udtaltes at skifterettens begrundelse var af helt generel karakter, hvilket ikke var tilstrækkeligt til at forkaste kuratorvalget, hvorefter landsretten hjemviste sagen til nyudpegning af kurator i skifteretten. Retsstillingen må på baggrund af denne afgørelse herefter være, at såfremt skifteretten skal forkaste valget af kurator skal der være en tilstrækkelig konkretiseret begrundelse, der henviser til, hvilke dårlige erfaringer der har været med den valgte kurators administration³¹. Dette virker ikke i sig selv ufornuftigt. Det må dog have for øje, at det må ligge skifteretterne nærmest at vurdere, om der har været dårlige erfaringer med den pågældende kurator. I U.2001.476V var der ifølge landsretten ikke en tilstrækkelig konkret begrundelse til at den første kurator skal afsættes, men i fremsendelsesbrevet til landsretten er det både tilkendegivet, at han ikke tidligere har beskæftiget sig med bobehandling, samt det faktum, at det først ved skifterettens udspørgen af det konkursramte selskabs direktør blev afklaret, at stort set hele selskabskapitalen tilhørte hans søster. Der kan dermed argumenteres for, at vurderingen er foretaget på en meget konkret baggrund i den pågældende sag.

Lindencrone og Ørgaard argumenterer for, at forkastelsen af et kuratorvalg f.eks. kan ske på baggrund af ”dårlige erfaringer vedrørende den valgte administration af tidligere boer, [...], uprøvet i forhold til boets særlig udviklede beskaffenhed..”³². I U.2001.476V, var der tale om dårlige erfaringer i selve boets administration, samt en vurdering af, at han var for uprøvet i forhold til boets beskaffenhed.

Kuld Hansen understreger vigtigheden af, at kurator gennem sit virke har demonstreret indsigt og være kyndig i behandlingen af konkursboer, og nævner derudover at, ”[...]at den pågældende er rutineret og ikke først skal til at lære bobehandling”³³.

³⁰ Jf. Bet. 1273/1994, s. 54

³¹ Jf. herved også Bet. 1484/2006, s. 71f, samt Rekonstruktionsret, s. 36

³² Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 785, samt Insolvensprocesret, s. 204

³³ Jf. Torben Kuld Hansen i SØ- & Handelsretten 150 år, s. 272

På baggrund af ovenstående, kan rigtigheden af Vestre Landsrets afgørelse i U.2001.476V derfor diskuteres. Det må være således, at såfremt skifteretten på baggrund af konkrete omstændigheder vurderer, at den valgte kurator ikke er dygtig eller rutineret nok, kan de forkaste kuratorvalget, jf. konkurslovens § 113, stk. 3

2.3 Kurators opgaver

Kurators opgaver er defineret i konkurslovens § 110, der i stk. 1 bestemmer, at kurator ved udførelsen af sit hverv skal ”[...]varetage boets interesser og herunder sikre boets aktiver og foretage de fornødne skridt til værn mod uberettigede dispositioner over aktiverne samt repræsentere boet i enhver henseende. Kurator skal fremme boets behandling mest muligt[...]”.

Kurator er kreditorernes repræsentant, og hans vigtigste opgave er derfor at varetage kreditorernes fælles interesser på en loyal måde³⁴. Dette er dog ofte en vanskelig opgave, idet kreditorerne kan have forskellige interesser, afhængigt bl.a. af hvordan kreditorerne er stillet i konkursordenen, ligesom kurator konstant skal varetage såvel skyldnerens som tredjemands rettigheder. Der er således mange forskellige parter og interesser der skal vejes op mod hinanden undervejs i bobehandlingen.

Kurators opgaver indebærer dermed først og fremmest at varetage boets interesse, med hvilket i korte træk menes at afvikle skyldnerens virksomhed med bedst muligt resultat for kreditorerne³⁵. Det kan dog i en situation være mest hensigtsmæssigt at lade virksomheden fortsætte, hvis kurator eksempelvis vurderer, at der kan fås flere penge til konkursboet, hvis virksomheden kan sælges i drift. Dette er en vurdering kurator skal foretage hurtigst muligt efter vedkommende har påbegyndt bobehandlingen.

Kurator repræsenterer boet i enhver henseende, med hvilket f.eks. menes, at det er kurator der repræsenterer boet i retssager, tvister for skifteretten m.v. Det er ligeledes kurator der bestemmer om konkursboet vil indtræde i verserende sager.

Det er også en del af kurators opgaver, at undersøge hvorvidt der er sket dispositioner i tiden op til konkursen, der kan omstødes efter konkurslovens kapitel 8 (§§ 64-81)³⁶, samt om der kan pålægges ledelsesansvar ved enten den tidligere ledelse eller lignende.

2.4 Skifteretten og kurator

Kurators selvstændige rolle i bobehandlingen medfører, at skifterettens opgave bliver at lede skiftesamlingerne, jf. KL § 118, og at være tilsyn og fungere som løbende kontrolinstans. Skifteretten deltager dermed ikke i boets administration. Konkursloven sikrer i kapitel 15, der omhandler kreditorinformation og tilsyn, at skifteretten får mulighed for at følge med i bobehandlingen og bl.a. sikre, at der ikke opstår perioder, hvor bobehandlingen reelt ligger stille³⁷. Reglerne i kapitel 15 indebærer, at skifteretten skal modtage en kopi af de oversigter og kreditorinformationer der skal sendes ud til kreditorerne i boet, jf. KL §§ 125 – 126.

Derudover har skifteretten i konkurslovens § 127, såfremt kurator har handlet til skade for boet eller krænket rettigheder, mulighed for at tilsidesætte kurators beslutninger, meddele kurator pålæg eller

³⁴ Jf. Paulsen, s. 792

³⁵ Jf. Konkursret, s. 29

³⁶ Jf. for yderligere, f.eks. Paulsen, kapitel 8

³⁷ Jf. Insolvensprocesret, s. 299

foretage hvad der i øvrigt måtte være fornødent. Forarbejderne fastslår, at bestemmelsen skal fortolkes snævert i lyset af kurators selvstændige stilling³⁸.

Skifteretten fastsætter også vederlag til kurator, jf. KL § 239, stk. 1. Efter stk. 2 skal fastsættelsen af vederlaget ske ud fra en samlet vurdering af det udførte arbejde, under hensyn til arbejdets omfang og boets beskaffenhed. Dette indebærer, at kurators salær skal fastsættes i forhold til den tid, der efter skifterettens vurdering måtte være rimelig³⁹, og altså ikke udelukkende baseret på tidsforbrug eller boets størrelse.

3. Habilitet

Konkurslovens bestemmelser om kurators habilitet findes i § 238. Denne fastslår rammerne for hvornår kurator er inhabil, hvilket overordnet kan deles op i to forskellige situationer; den generelle (3.2) og den specielle inhabilitet (3.3). Indledningsvis vil dette afsnit dog beskæftige sig med nogle overordnede overvejelser omkring inhabilitet (3.1).

3.1 Overordnede overvejelser om inhabilitet

Det overordnede hensyn til reglerne bag kurators habilitet, er at sikre sagligheden ved en given sagsbehandling, samt at sikre tiltroen til, at der fra bostyrets side alene handles ud fra denne saglighed⁴⁰. Konkursloven § 238, stk. 1 har følgende ordlyd:

”Ingen må handle som kurator, skifterettens medhjælper, medlem af kreditorudvalget, sagkyndig bistand, forretningskyndig medhjælp, revisor, rekonstruktør, tilidsmand eller vurderingsmand, hvis han er en af skyldnerens nærstående 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”

Som ordlyden er af KL § 238, stk. 1, opstilles der nogle situationer hvor kurator er generelt inhabil; hvis man er en af skyldnerens nærstående eller er afhængig af skyldneren, og der opstilles nogle situationer hvor man er specielt inhabil; hvis man som følge af interessen i sagens udfald eller at der af andre grunde kan opstå tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål.

Fælles for begge situationer er, at der kan opstå tvivl om kurators upartiskhed ved bobehandlingen, og at der foreligger inhabilitet, så snart der blot er *risiko* for, at der kan foreligge usaglige hensyn. Som det ses i bestemmelsens ordlyd, er det særligt forholdet til skyldneren, der medfører inhabilitet⁴¹. Når inhabiliteten skal vurderes, skal man huske på, at kurator er kreditorernes repræsentant, hvilket dog skal ses i lyset af, at kurator skal repræsentere alle kreditorer. Der kan derfor også opstå situationer, hvor kurators forhold til en eller flere af kreditorerne medfører en vis form for inhabilitet⁴².

KL § 238, stk. 1 regulerer flere forskellige persongruppers inhabilitet, men idet denne afhandlings hovedfokus er kurators inhabilitet, vil det således i vid udstrækning også kun være denne der vil blive behandlet yderligere. Der vil dog blive inddraget afgørelser, omhandlende de andre persongrupper, de steder dette vurderes at kunne bidrage tilstrækkeligt.

³⁸ Jf. Folketingstidende 1995-96, tillæg A, side 2195

³⁹ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 1065

⁴⁰ Jf. U1997B.205, s. 205

⁴¹ Jf. Insolvensprocesret, s. 206

⁴² Jf. Insolvensprocesret, s. 206

3.2 Generel inhabilitet

Ifølge KL § 238, stk. 1, kan man være generel inhabil på to måder; nærstående, eller afhængig af skyldneren.

3.2.1 Nærstående

Konkurslovens definition af nærstående er fastlagt i § 2. Idet kurator skal være en fysisk person, er det kun de bestemmelser i § 2, der vedrører fysiske personer, der vil blive gennemgået her.

Det er væsentligt at have for øje, at vurderingen af, om parterne er nærstående skal foretages på tidspunktet for den omhandlede disposition⁴³. Lindencrone Petersen og Ørgaard nævner, at det afgørende for vurderingen er, om parterne på tidspunktet for dispositionen er nærstående på en måde der gør, at det kan ”[...]virke motiverende for aktiviteten[...]”⁴⁴. I forhold til vurderingen af kurator, må dette ”tidspunkt” således kunne udstrækkes til hvert fald at være den tid, kurator skal undersøge for eventuelt omstødelige dispositioner, ledelsesansvar og lignende.

3.2.1.1 Personligt nærstående - KL § 2, nr. 1

Efter konkurslovens § 2, nr. 1, er følgende personer nærstående:

”§ 2. Ved nærstående forstås i denne lov

1) ægtefæller, slægtninge i op- og nedstigende linjer, søskende, de nævnte personers ægtefæller og andre personer, der har stået hinanden særlig nær”

De første fire grupper – ægtefæller, slægtninge i op- og nedstigende linjer, søskende og de nævnte personers ægtefæller – er objektivt konstaterbare familierelationer. Dette medfører, at såfremt man er omfattet af denne familiegruppe, er man generelt inhabil, og er derfor afskåret fra at blive kurator. Disse er omfattet af begrebet ”uafbeviseligt nærstående”⁴⁵, hvilket indebærer, at de er personligt nærstående, og dermed uden mulighed for at føre bevis for at de ikke er nærstående.

Ægtefæller omfatter i denne henseende ikke fraskilte ægtefæller, men omfatter separerede ægtefæller⁴⁶. Fraskilte ægtefæller kan dog være omfattet af sidste led, jf. straks nedenfor. Slægtingen i op- og nedstigende linjer er børn, børnebørn, forældre, bedsteforældre og fjernere led⁴⁷.

Jens Ottosen-Støtt anfører, at bestemmelsen i KL § 2, nr. 1 ikke er fuldt gensidig⁴⁸, forstået på den måde, at ægtefæller til slægtninge er omfattet, men ikke ægtefællers slægtninge. Dette må ud fra en ordlydsfortolkning af bestemmelsen anses som værende korrekt, og kredsen af nærstående kan derfor være forskellig, alt afhængig af hvor man tager sit udgangspunkt. Forklaringen må findes i, at ægtefæller til slægtninge som udgangspunkt har formuefællesskab, hvorimod slægtninge til ægtefæller ikke har, og derfor ikke har samme (økonomiske) interesse⁴⁹.

I forlængelse af disse personer, tilføjes ”og andre personer, der har stået hinanden særlig nær”. For at være omfattet af denne persongruppe, kræves det, at personerne har stået nogenlunde hinanden lige så nær, som personer omfattet af de uafbeviseligt nærstående regler⁵⁰. Betænkning 606 nævner

⁴³ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 103

⁴⁴ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 103

⁴⁵ Jf. U.1979B.234, s. 235

⁴⁶ Jf. Bet. 606/1971, s. 50

⁴⁷ Jf. Bet. 606/1971, s. 50

⁴⁸ Jf. U.1979B.234

⁴⁹ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 101

⁵⁰ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 101

eksemplet, hvor svigerbørn der er ugift samlevende med ægtefællen (barnet)⁵¹, men også andre ugifte samboende og forlovede kan være omfattet⁵². Dette sidste led kan også omfatte fraskilte ægtefæller, i de konkrete situationer hvor de fraskilte stadig står hinanden ”særlig nær”.

Det er sjældent denne del af bestemmelsen der er problematisk i forhold til vurderingen af nærstående⁵³, idet det ikke indebærer store problemer at konstatere om der er tale om personligt nærstående.

3.2.1.2 Nærstående personer og selskaber - KL § 2, nr. 2

Konkurslovens § 2, nr. 2 fastslår, at et selskab og en person også kan være nærstående, idet dens ordlyd er følgende:

”2) et selskab og en person, såfremt personen eller dennes nærstående direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af selskabets kapital”

Der er således risiko for, at en person og selskabet er nærstående, hvis personen ejer en ”væsentlig” del af selskabets kapital. Udgangspunktet i ordlyden af bestemmelsen er, at det ikke er *indflydelsen* i selskabet der har betydning men alene den *kapitalmæssige ejerandel*, hvilket især skal bemærkes ved brug af ejeraftaler eller lignende, hvor stemmeindflydelsen kan være ændret efter aftale mellem kapitalejerne⁵⁴. Dette udgangspunkt er dog ikke helt i overensstemmelse med retspraksis, som gennemgangen nedenfor vil vise.

Bet. 606/1971 viser derudover, at der i det oprindelige udkast til konkursloven var lagt op til, at man var nærstående, såfremt man havde del i den daglige ledelse, jf. udkastets ordlyd af KL § 2, stk. 2:

Stk. 2. Som nærstående anses endvidere en virksomhed og på den anden side den eller de, som direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af denne eller oppebærer en betydelig del af dens indtægter eller har den øverste daglige ledelse af virksomheden, samt nærstående til dem, der har en sådan forbindelse med virksomheden.

At den endelige ordlyd ikke omfattede ”...eller har den øverste daglige ledelse af virksomheden...” medfører, at der kan sluttes modsætningsvis fra denne udelukkelse. Det kan derfor konkluderes, at det ikke har været lovgivers intention, at man skal betragtes som nærstående i § 2's forstand hvis man har haft del i den øverste, daglige ledelse. At bestemmelsen blev ændret ved justitsministeriets behandling efter Bet. 606/1971, må dermed også medføre, at de momenter der er anført i bet. 606 s. 50 ikke kan tillægges afgørende vægt⁵⁵.

For at kunne bestemme hvem der er omfattet af KL § 2, nr. 2, er det derfor nødvendigt at fastslå hvornår en ejerandel er ”væsentlig”. Som nævnt, vil en ordlydsfortolkning af bestemmelsen medføre, at det udelukkende er den kapitalmæssige ejerandel der har indflydelse på vurderingen af, hvornår man er man er inhabil. Fra retspraksis ses dog, at domstolene ikke lægger sig helt op af denne fortolkning.

⁵¹ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 101

⁵² Jf. U.1997B.205, s. 205

⁵³ Jf. U.1997.B.205, s. 205

⁵⁴ Jf. U.1997B.205, s. 206

⁵⁵ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 102

Retspraksis på dette område behandler ofte bevarelse af lønprivilegier⁵⁶ eller omstødelsessager⁵⁷, men idet vurderingen af nærstående er meget sammenlignelig, kan der drages paralleller til kurator-inhabiliteten. Der er dog alligevel visse forskelle, der medfører at situationerne ikke er fuldt sammenlignelige, hvilket vil blive gennemgået nedenfor.

3.2.1.2.1 Retspraksis omhandlende nærstående

U.1979.613S omhandlede et kommanditselskabs konkurs, og det heraf afledte spørgsmål om lønprivilegium for de syv i selskabet beskæftigede kommanditister, der hver ejede 1/14 af selskabets kapital. Skifteretten udtalte bl.a. at den del hver kommanditist ejede måtte betragtes som forholds-mæssig og absolut set af så ringe størrelse, at hver ikke kunne anses for at eje en væsentlig del af selskabets kapital. Det kunne dog ikke udelukkes, at der var en sådan forbindelse eller samvirken mellem flere ejere af kapital i et selskab, at denne omstændighed under givne forhold kan bevirke, at de dog må betragtes som ”nærstående”. Der kan derfor godt være andre faktorer der spiller ind i vurderingen af nærstående.

I U.1982.1187/2Ø fandt Østre Landsret at kombinationen af, at en aktionær ejede 20 %, at der ikke var nogen egentlig hovedaktionær samt at aktionæren var bestyrelsesformand medførte, at han var nærstående, jf. KL § 2, nr. 2.

Sagen omhandlede en entreprenørvirksomhed, der blev omdannet fra anpartsselskab til aktieselskab, hvor to af medarbejderne indskød en del af aktiekapitalen. Derudover stillede de en sikkerhed på 200.000 kr. hver for selskabets forpligtelser. Den ene af de to medarbejdere – A – blev valgt til bestyrelsesformand, men uden at hans arbejds- eller lønforhold ændredes. Kurator gjorde gældende, at A sammen med den anden medarbejder ejede 40 % af firmaet, hvilket var nok til at statuere at A ejede en ”væsentlig” del af selskabets kapital.

Skifteretten i Roskilde fandt, at A ikke var nærstående som følge af sin aktiekapital på 20 %, og at den faktiske omstændighed, at han ikke opnåede nogen reel indflydelse på selskabet, trods titlen som bestyrelsesformand, medførte at A ikke var nærstående i KL § 2's betydning. Østre Landsret fandt derimod, at baseret på, at A ejede 20 % af aktiekapitalen i selskabet, der ikke havde nogen egentlig hovedaktionær, og under hensyn til, at A ”[...]ejede 20% af aktierne i firmaet, som ikke havde nogen egentlig hovedaktionær, og under hensyn til, at indstævnte desuden i sin egenskab af bestyrelsesformand havde mulighed for at øve indflydelse på aktieselskabets drift, findes indstævnte at måtte anses som nærstående i medfør af konkurslovens § 2, nr. 2.”

Henset til, at ordlyden af KL § 2, nr. 2 udelukkende taler om en ”væsentlig del af selskabets kapital”, må det være i strid med ordlyden, at der lægges vægt på A's indflydelse på selskabets drift som følge af hans post som bestyrelsesformand. Derudover skal der, som nævnt ovenfor under 3.2.1.2, ved nærstående-vurderingen efter nr. 2, heller ikke ifølge forarbejderne ikke lægges vægt på om A har haft del i den daglige øverste ledelse. Landsrettens begrundelse er derfor diskutabel.

Det kan ydermere diskuteres, om en ejerandel på 20 % – uanset om der er en hovedaktionær eller ej – kan anses som værende væsentlig. Set i lyset af senere retspraksis, er det nok tvivlsomt om 20 % ejerskab er nok til at statuere at man er nærstående i KL § 2, nr. 2's forstand.

⁵⁶ Hvor den tidligere ansatte som udgangspunkt *ikke* ønsker at være nærstående, idet vedkommende så oftest ikke vil beholde sit lønprivilegium.

⁵⁷ I KL §§ 64, 66, 67, 69, 70, 71, og flere andre, er der en udvidet omstødelsesadgang, såfremt man er omfattet af nærståendebegrebet i KL § 2.

I U.1993.981H (Gråbrødre Invest) gik et vekselererselskab konkurs, og omhandlede hvorvidt nogle tilbagebetalinger foretaget til A skulle omstødes efter KL § 67, og herunder hvorvidt A skulle betragtes som nærstående, således den udvidede omstødelsesadgang i KL § 67, stk. 2 kunne anvendes. A havde en ejerandel på ca. 19,5 % af den nominelle aktiekapital. Derudover var A valgt som almindeligt bestyrelsesmedlem. Den øvrige A-kapital var fordelt på 4 andre aktionærer med ejerandele til hver på ca. 28,5 %, 28,5 %, 15 % og 8,5 %.

Østre Landsret udtalte her at: ”*Det lægges efter bevisførelsen til grund, at sagsøgte som aktionær og bestyrelsesmedlem må anses som nærtstående efter konkurslovens § 67, stk. 2 [...]*”. Her lægger landsretten sig op af vurderingen i ovenstående afgørelse U.1982.1187/2Ø. Højesteret gik dog ind og ændrede udfaldet, idet de i deres bemærkninger til dommen udtaler:

”[...]Appellanten var herefter, når tillige henses til fordelingen af den øvrige aktiekapital, ikke indehaver af en så væsentlig del af selskabets kapital, at han kan betragtes som nærstående efter konkurslovens § 2, nr. 2, og den omstændighed, at han tillige var medlem af selskabets bestyrelse, kan ikke medføre, at han anses for nærstående efter § 2, nr. 4.”

Højesterets dom må her tages til indtægt for, at under sådanne konkrete omstændigheder, hvor kapitalen er spredt over flere kapitalejere, er ca. 20 % ejerskab ikke tilstrækkeligt til at være nærstående efter KL § 2, nr. 2. Derudover fastslår Højesteret korrekt, at man ikke er nærstående på baggrund af bestyrelsesmedlemsskab.

I U.1999.34H fandt Østre Landsret, at en aktionær der ejede 49 %, hvor den anden aktionær ejede 51 %, ikke var nærstående i konkurslovens forstand.

Ovenstående domme viser, at retspraksis, ved vurderingen af hvornår en kapitalandel kan anses for at være væsentlig, i de fleste tilfælde tager udgangspunkt i kapitalandelens størrelse. Dette er i overensstemmelse med forarbejder og ordlyden af bestemmelsen. Derudover må det dog på ovenstående baggrund også konstateres, at der også lægges en vis vægt på kapitalandelens spredning.

Det vil i sagens natur altid være en konkret vurdering, hvornår en kapitalandel er ”væsentlig” i KL § 2, nr. 2’s forstand, og der kan nok ikke opstilles en minimumgrænse. Krüger antager⁵⁸, at den nedre grænse formentlig er nær resultatet i U.1982.1187/2Ø – dvs. ca. 20 %, men idet den afgørelse, som gennemgået ovenfor, er noget diskutabel, kan det også diskuteres om Krügers antagelse er korrekt. Det er dog ikke helt urealistisk at den nedre grænse er nær 20 %.

Som følge af ovenstående, kan det konstateres, at retsstillingen må være sådan, at ca. 20 % kapitalandel, i selskaber hvor de resterende kapitalandele er ligeligt fordelt over flere andre kapitalejere, og hvor der ikke er én hovedkapitalejer, ikke er tilstrækkeligt til at være nærstående. I et selskab hvor en kapitalejer har 49 %, og en anden de resterende 51 %, er de 49 % heller ikke tilstrækkeligt til at være nærstående. Hvis man er enekapitalejer, vil man dog man utvivlsomt blive betragtet som nærstående i forhold til konkurslovens § 2, nr. 2⁵⁹

Svaret på, hvornår en kapitalandel må betragtes som værende ”væsentlig”, jf. KL § 2, nr. 2, må altså være en konkret vurdering, baseret på størrelsen af kapitalandelen samt fordelingen af de resterende

⁵⁸ Jf. Studier i dansk koncernret, s. 442

⁵⁹ Jf. U.2003.464Ø, hvor en direktør var eneanpartshaver i et konkursramt selskab, og hvor landsretten udtalte at han var nærstående i forhold til selskabet, jf. KL § 2, nr. 2.

kapitalandele. Ørgaard og Lindencrone antager, at ”[k]apitalandelen må være af en sådan størrelse, at den kan antages at virke motiverende for de indbyrdes dispositioner”⁶⁰.

Det skal dog også huskes, som nævnt ovenfor indledningsvis, at vurderingen efter KL § 2 anvendes i mange forskellige situationer i konkursloven, og at disse forskellige situationer har forskellige grader af konsekvenser for de implicerede⁶¹. Det må derfor antages, at det i praksis ikke er helt uden betydning, om vurderingen foretages i forhold til lønprivilegium, omstødelse eller kuratorinhabilitet. Udgangspunktet er naturligvis det samme, men det kan ikke afvises, at vurderingen i praksis vil være en smule forskellig fra situation til situation.

3.2.1.2.2 Ejerftaler og nærstående

Trods den netop foretagne gennemgang af forarbejder og ordlyd af bestemmelsen, hvor det blev konstateret, at der ved vurderingen af nærstående efter KL § 2, stk. 2, nr. 2 ikke skal lægges vægt på andet end om vedkommende ejer væsentlige kapitalandele, må det også konstateres, at der har været en teoretisk diskussion omkring ejerftaler⁶². Der er også flere eksempler fra praksis, hvori ejerftaler har været afgørende for udfaldet af vurderingen.

I Sø- og Handelsrettens dom af 11. november 1994⁶³, blev en aktionær med en ejerandel på 11,33 % af aktiekapitalen anset for nærstående som følge af en ejerftale. I sagen ejede tre aktionærer hver 11,33 %, én aktionær ejede 11 %, mens en femte aktionær ejede de resterende 55 %. De fem aktionærer havde indgået en ejerftale, der lagde visse restriktioner på direktøransættelsen, bestyrelses sammensætningen og lignende⁶⁴. Sø- og handelsretten udtalte bl.a., at ”[Ejerftalen] indeholder en række væsentlige begrænsninger i hovedaktionærens bestemmelsesret, hvorved to af aktionærerne med en ejerandel på 11,33 % hver reelt fik afgørende indflydelse på væsentlige spørgsmål i forbindelse med selskabets drift, hvorfor de to aktionærers kapitalinteresser måtte anses for væsentlige”.

Dette må anses for at være i modstrid med en stringent fortolkning af ordlyden af bestemmelsen og forarbejderne.

Ikke desto mindre fandt også Rudkøbing Skifteret i sin dom af 11. november 1994⁶⁵, at en aktionær, der ejede 20 % af aktiekapitalen, at være nærstående som følge af en ejerftale. Denne ejerftale betød, at alle væsentlige beslutninger skulle træffes ved enighed blandt aktionærerne. Retten udtalte bl.a.: ”Da alle væsentlige beslutninger i selskabet skulle træffes i enighed af aktionærerne [...] anses aktionæren med en ejerandel på 20 % for nærstående i medfør af konkurslovens § 2, nr. 2”.

Selvom disse to domme er utrykte, og derfor kun er medtaget som brudstykker, illustrerer de domstolenes til tider praktiske tilgang til at foretage væsentlighedsvurderingen i forhold til KL § 2, nr. 2.

3.2.1.2.3 Tilsvarende interessefællesskab – KL § 2, nr. 4

Som en sidste opsamlingsbestemmelse vedrørende nærstående, har konkurslovens § 2, nr. 4, følgende ordlyd:

⁶⁰ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 102

⁶¹ Jf. U.2003B.387 – s. 390

⁶² Tidligere aktionær- og anpartshaveroverenskomster, dette blev ændret med revisionen af Selskabsloven i 2010.

⁶³ Refereret i Advokaten Årgang 1995, Fagligt nyt, 1/1995, s. 6

⁶⁴ Det var bl.a. bestemt, at aktionærer, der ejede minimum 10 % af aktiekapitalen, havde ret til at besætte en plads i bestyrelsen, at stillingen som direktør i selskabet skulle besættes ved enighed mellem aktionærer, der ejede mindst 60 % af aktiekapitalen, og at afskedigelse af en aktionær, eller ansættelse af eller indgåelse af aftaler med personer med en tilknytning til en af aktionærerne, krævede tilslutning af mindst 60 % af aktiekapitalen.

⁶⁵ Refereret i Advokaten Årgang 1995, Fagligt nyt 1/1995, s. 7

4) andre personer, selskaber eller organisationer, som har tilsvarende interessefællesskab som under nr. 2 eller 3 angivet.

Denne gruppe er ikke så aktuel i forhold til kuratorinhabilitet, og for at være omfattet af denne bestemmelse skal interessefællesskabet være af en lignende kvalitet som indehavelse af en væsentlig kapitalandel, f.eks. indtægtsnydelsesret, væsentlig andel i overskud, men ikke fast lønindtægt eller almindeligt gældsforhold⁶⁶. Forarbejderne fastslår i denne henseende specifikt, at medlemskab af en bestyrelse er ikke tilstrækkeligt til, at man anses for nærstående i relation til den generelle inhabilitet⁶⁷.

3.2.2 Afhængig af skyldneren

Som nævnt indledningsvis under 3.1, kan en kurator være inhabil, hvis han er afhængig af skyldneren, jf. KL § 238, stk. 1. Dette kan eksempelvis være hvor kurator er ansat i skyldnerens virksomhed, eller har været bestyrelsesmedlem.

Det sidste var tilfældet i U.1980.1057V, der omhandlede et bestyrelsesmedlem, der ikke kunne beskikkes som tilsyn i en betalingsstandsning⁶⁸. Han kærede Grenå Skifterets afgørelse til landsretten, der tiltrådte skifterettens begrundelse at:

”Skifteretten har ved kæremålets indsendelse fastholdt den trufne afgørelse og udtalt, at baggrunden for denne alene er en forventning om, at advokat Schmith som tidligere bestyrelsesmedlem i selskabet muligvis ikke ville møde den fornødne tillid hos kreditorerne, hvorimod man ikke har haft nogen konkret grund eller formodning til at antage, at han ikke ville være velegnet som tilsyn.”

Skifterettens vurdering af inhabiliteten var således baseret på en formodning om, at advokaten ikke ville møde tillid hos kreditorerne. Det må antages, at denne vurdering er skærpet i tilfælde, hvor kuratoren har været medlem af bestyrelsen længe, og derfor har været en del af selskabets ledelse i en længere periode. Et bestyrelsesmedlem, der er indsat kort tid inden konkursen på foranledning af en eller flere, er formentlig ikke på samme måde inhabil⁶⁹. Inhabilitet som følge af bestyrelsesmedlemskab vil blive gennemgået yderligere nedenfor under speciel habilitet, afsnit 3.3.2.

Der kan også være tale om en afhængighed i stk. 1's forstand, i det tilfælde at der er et egentligt gældsforhold mellem kurator og selskabet. Dette kan f.eks. være et låneengagement, men derimod ikke at man har virket som advokat for selskabet, og derfor har en almindelig fordring ved selskabet⁷⁰. I sidstnævnte tilfælde, vil advokaten som udgangspunkt ikke være inhabil, og hans udestående fordring skal da anmeldes som et almindeligt krav i boet⁷¹.

⁶⁶ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 103

⁶⁷ Jf. Folketingstidende 1976-77, 2. samling, tillæg A, spalte 378.

⁶⁸ Selvom habilitetsvurderingen må antages at være en anelse anderledes mellem tilsyns- og kuratorhvervet, kan denne kendelse godt bruges i forhold til kuratorhvervet. På baggrund af forskellen i hvervene, må det formodes, at habilitetsvurderingen ved kurator er lidt skærpet i forhold til habilitetsvurderingen ved tilsynsgerningen. For yderligere, se Konkursloven med kommentarer, 2005, s. 84 ff samt s. 943 ff

⁶⁹ Jf. Insolvensprocesret, s. 208

⁷⁰ Jf. Insolvensprocesret, s. 209

⁷¹ Hvorefter kurator sandsynligvis vil være inhabil ved prøvelsen af sit eget krav i boet ved den efterfølgende prøvelse af krav.

Der vil formentlig sjældent være tilfælde, hvor kurator bliver erklæret inhabil som følge af et afhængighedsforhold⁷².

3.3 Speciel inhabilitet

Reglerne om speciel inhabilitet bunder i, at kurator kan have en specifik interesse i den specifikke sag, der gør, at man er i tvivl om hans upartiskhed. Den specielle inhabilitet finder hjemlen i sidste led af konkursloven § 238, stk. 1, der siger, at kurator er inhabil:

”[...]hvis der som følge af hans interesse i sagens udfald eller af andre grunde er tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål”

Ordlyden af denne bestemmelse medfører, at det altid er en konkret vurdering i den pågældende sag, om der er omstændigheder der gør, at kurator har særlige interesser i lige netop den sag. Dette betyder også, at det i sagens natur ikke er muligt at foretage en udtømmende opregning af alle forhold der kan medføre speciel inhabilitet. Nedenfor vil nogle af de typiske situationer, hvor der kan indtræde speciel inhabilitet blive gennemgået.

Der er ofte tale om flere forskellige faktorer, der sammen bevirker, at der er tvivl om upartiskheden, hvorfor resultatet af en analyse af de specielle inhabilitetsgrunde må ses i dette lys. Det vanskeliggør derfor også analysens konklusion, da der sjældent kun er én faktor der skaber inhabiliteten.

3.3.1 Inhabilitet på grund af medejerskab

Som gennemgået ovenfor under afsnit 3.2.1.2.1, kan man være nærstående og dermed generel inhabil, som følge af væsentlig ejerandel af konkurssubjektet. Såfremt der allerede kan statueres generel inhabilitet, er det ikke nødvendigt at foretage en undersøgelse af den specielle inhabilitet. Gennemgangen af den specielle inhabilitet på grund af medejerskab vil derfor tage udgangspunkt i den situation, hvor der er medejerskab, men ikke generel inhabilitet.

Formålet med at lade en ejerandel være inhabilitetsgrund er bl.a., at en af kurators opgaver er at vurdere, hvorvidt der er foretaget dispositioner fra ejernes side i tiden op til konkursen der har været i strid med selskabets interesser⁷³. Der kan derfor argumenteres for, at såfremt der skal konstateres inhabilitet ved kurator som følge af en ejerandel, der ikke er omfattet af nærstående-begrebet, er det et krav, at ejerandelen har været af en størrelse der har medført, at kurator reelt har kunnet øve indflydelse i selskabet⁷⁴.

Det kan derudover konstateres, at såfremt der fra lovgivers side havde været ønske om at lade ejerandele være en inhabilitetsgrund, var dette taget med under den generelle inhabilitet. Det er derfor muligt at være kurator, såfremt man ejer en mindre ejerandel i et selskab. Også her er der derfor tale om en konkret vurdering, hvor der formentlig skal inddrages andre faktorer for at kunne træffe afgørelsen.

En mindre ejerandel kombineret med en bestyrelsespost, blev i U.1995.76/2V vurderet til at være tilstrækkeligt til at medføre inhabilitet. Sagen omhandlede et selskab A der først gik i betalingsstandsning, og derefter konkurs med B som midlertidig bobestyrer. Da kurator skulle vælges ved første skiftesamling, blev B påstået inhabil som følge af, at han delte kontorfællesskab med advokat

⁷² Jf. U.1997B.206, s. 205

⁷³ Jf. U.1997B.205 – s. 206

⁷⁴ Jf. U.1997B.205 – s. 206

C, der ejede 9 % og var bestyrelsesmedlem i A frem til dettes konkurs. Vestre Landsret fandt, at C var inhabil, og som følge af kontorfællesskabet, var B dermed også inhabil⁷⁵.

3.3.2 Inhabilitet på grund af bestyrelsesmedlemskab

Som gennemgået ovenfor under gennemgangen af nærstående-begrebet, er det ikke i sig selv en inhabilitetsgrund, at man er bestyrelsesmedlem. Udgangspunktet må derfor være, at man som bestyrelsesmedlem ikke er inhabil. Der kan dog være situationer, hvor der alligevel kan være hensyn der taler for, at et bestyrelsesmedlem kan være inhabil som kurator.

I U.1980.1057V der er gennemgået ovenfor under 3.2.2, erklærede skifteretten en kurator inhabil udelukkende som følge af hans bestyrelsesmedlemskab.

I forbindelse med revisionen af konkursloven der trådte i kraft 1. juni 1996, havde Justitsministeriet og Folketingets Retsudvalg divergerende holdninger til, hvorvidt bestyrelsesmedlemskab skulle være inhabilitetsgrund. I et spørgsmål til Justitsministeriet, stillede Retsudvalget følgende spørgsmål:

”Vil ministeren fremsætte ændringsforslag, der sikrer, at samme person eller personer fra samme firma ikke kan optræde som bestyrelsesmedlem/rådgiver før en konkurs eller som kurator og siden blive udpeget som skifterettens medhjælper, eller vil ministeren redegøre for, om sådanne sammenfald allerede er i strid med reglerne, f.eks. i henhold til § 238”⁷⁶

I Justitsministeriets svar, går de ud fra, at der med ”skifterettens medhjælper”, menes kurator, og fortsætter:

”Justitsministeriet er ikke bekendt med, at der ved skifteretterne følges en fast praksis, hvorefter man nægter at beskikke advokater eller andre som kurator alene med den begrundelse, at den pågældende har været medlem af bestyrelsen i det konkursramte selskab. 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. I tvivlstilfælde vil man normalt udpege en anden, [...] 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.”⁷⁷

Folketingets Retsudvalg afgav herefter deres betænkning af 23. april 1996, hvori de tilkendegav at;

”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 konkursram-

⁷⁵ Mere om smittebetragtninger nedenfor under 3.5

⁷⁶ Jf. 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – bilag 43, spørgsmål 33

⁷⁷ Jf. 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – bilag 43, spørgsmål 33

*te selskab, har været advokat for det eller på anden måde har haft nær forbindelse med det konkursramte selskab”*⁷⁸

Retsudvalget vælger dermed, trods Justitsministeriets ganske klare holdning til spørgsmålet om hvorvidt man kan være kurator hvis man har været bestyrelsesmedlem, at bevare opfattelsen, at man ikke skal kunne udpeges som kurator i disse situationer.

Justitsministeriets besvarelse af spørgsmålet må antages at være korrekt og velovervejet. Der bliver redegjort for, at der ved hver konkursbo bliver foretaget en konkret bedømmelse af kurator, ligesom man lægger op til, at der i tvivlstilfælde normalt vil blive udpeget en anden. Derudover nævner Justitsministeriet at det i øvrigt ligefrem kan være en fordel, at kurator enten er selskabets tidligere advokat eller har været bestyrelsesmedlem, idet den pågældende derfor vil have et indgående kendskab til virksomheden. Idet en af kurators hovedopgaver er, at sikre fordringshaverne størst muligt dividende for deres udestående, må det være mere omkostningseffektivt at vælge en som kurator, der allerede kender selskabet.

På den andens side nævner Retsudvalget umiddelbart før ovenstående tilkendegivelse, at *”Udvalget mener endvidere, at skifteretterne bør være opmærksomme på, om der lokalt i områder med én eller få praktiserende advokater kan være særlige habilitetsproblemer ved udpegnings af en kurator.”*⁷⁹ Såfremt dette skal læses i sammenhæng med Retsudvalgets holdning til kuratorer, der har været bestyrelsesmedlemmer, vil det skulle forstås på den måde, at Retsudvalgets betænkninger går på, at der kan være områder, hvor der er så få advokater, at man ofte vil komme til at udpege advokater, der har siddet i bestyrelser helt frem til konkurstidspunktet. Dette synspunkt kan man godt finde sympati for, selvom problemet i praksis må antages at være meget småt – hvis overhovedet eksisterende. Hvorom alting er, må dette problem være endnu mindre, efter domstolsreformen i 2007, hvor antallet af retskredse blev skåret ned fra 82 til 24.

Der er dog umiddelbart intet der tyder på, at disse to sætninger skal læses i sammenhæng, hvorfor Retsudvalgets holdning i Betænkningen af 23. april 1996, må forstås som værende, at der ikke skal udpeges kuratorer, der tidligere *”[...]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”*.

Det er en meget stor indskrænkning af kuratorvalget, og efterfølgende retspraksis viser da også, at der ikke som refleksvirkning bliver statueret inhabilitet som følge af bestyrelsesmedlemskab, hvilket må antages at være den korrekte linje⁸⁰.

Et af de afgørende momenter i vurderingen må, som kort anført ovenfor under den generelle habilitet i afsnit 3.2.2, være, hvor lang tid pågældende har været bestyrelsesmedlem, og på hvilken baggrund. Såfremt vedkommende har siddet i bestyrelsen i lang tid forud for konkursen, og dermed har deltaget i en stor del af de beslutninger der er blevet truffet frem til konkursen, må det tale for at der er inhabilitet. Hvis pågældende derimod er indtrådt i bestyrelsen ganske kort tid før konkurstidspunktet, og på foranledning af kreditorer, vil vurderingen formentlig være den samme som under den generelle inhabilitet, og kurator vil således efter omstændighederne nok ikke være inhabil. Det

⁷⁸ Jf. 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – bilag 54

⁷⁹ Jf. Folketingstidende 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – Bilag 54

⁸⁰ Jf. U.1997B.205, s. 207

er naturligvis også her en konkret vurdering, der især må baseres på hvilke beslutninger kurator har været med til at træffe imens vedkommende har siddet i bestyrelsen⁸¹.

En anden situation, der kan overvejes, er hvorvidt en kurator er inhabil, såfremt han har siddet i bestyrelsen i et koncernforbundet selskab. Dette var ikke tilfældet i FM.2010.198, hvor Østre Landsret stadfæstede en afgørelse fra skifteretten. Sagen omhandlede et konkursramt selskab, der var ejet af et norsk moderselskab, der ligeledes havde flere andre datterselskaber. Landsretten fandt ikke, at det faktum, at en partner i det samme advokatfirma som kurator var partner i, tidligere havde været medlem af bestyrelsen i et af koncernens norske datterselskaber, var tilstrækkeligt at statuere inhabilitet.

Landsretten lagde bl.a. vægt på, at advokaten ikke havde været bestyrelsesmedlem i hverken det danske konkursramte selskab, eller i det norske moderselskab. Såfremt advokaten havde været bestyrelsesmedlem i et af disse selskaber, må det ud fra ovenstående betragtninger, have krævet en mere indgående vurdering, hvorvidt det havde gjort ham inhabil, hvori de ovennævnte momenter skulle have været vurderet ud fra den konkrete sag.

I en anden sag, U.1996.343Ø, fandt landsretten – i modsætning til skifteretten – ikke at kurator var inhabil trods bestyrelsesmedlemskab i et datterselskab C. Selskabet A havde ganske kort tid før selskabet gik i betalingsstandsning overdraget alle sine aktiver til det nylige oprettede datterselskab C. Købesummen blev dels berigtiget ved modregning af opgjorte medarbejderforpligtelser og af en ikke relaxeret pantegæld i det overdragne driftsmateriel og driftsinventar, dels ved udstedelse af aktier i datterselskabet, og dels ved datterselskabets udstedelse af gældsbrief. Der skete ikke overdragelse af usikrede kreditorer til det nye datterselskab. Fastsættelsen af købesummen skete ved uafhængig sagkyndig vurderingsmand hvad angik materiel, inventar mv., varelageret blev overdraget til kostpris mens tilgodehavender blev overdraget til kurs pari.

Advokat B blev under betalingsstandsningen beskikket som tilsyn, og blev ca. to måneder efter selskabet gik betalingsstandsning valgt ind i bestyrelsen for datterselskabet som aktionærrepræsentant med henblik på at sikre værdien af aktierne og det udstedte gældsbrief.

Selskab A gik konkurs på grundlag af en egenbegæring ca. et år efter det var gået i betalingsstandsning, og kreditorerne blev i cirkulæreskrivelser 1 og 3 orienteret om virksomhedsoverdragelsen. Advokat B blev på skiftesamlingen valgt som kurator. Samtlige mødte kreditorer bortset fra Told og Skat, stemte på advokat B som kurator. Told og Skat havde anmodet om, at der blev valgt en anden, så en ny kurator ”[...]havde mulighed for med friske øjne at vurdere overdragelsen af aktiver til datterselskabet”.

Slagelse Skifteret anførte i deres kendelse, at:

”Uanset, at der efter det oplyste om baggrunden for og omstændighederne ved salget af aktiver fra det konkursramte selskab til datterselskabet ikke findes at være konkrete grunde til at antage, at disse skulle have fundet sted under omstændigheder, der kunne give anledning til omstødelse og uanset at den samlede kreditorreds ved cirkulæreskrivelse nr. 3 af 30. november 1994 i hovedtræk er blevet underrettet om omstændighederne ved denne overdragelse, finder skifteretten ikke

⁸¹ Jf. herved også Paulsen, s. 120, der anfører, at det ingen betydning har, hvornår bestyrelsesmedlemmet er trådt ind i bestyrelsen, såfremt der skal gøres ansvar gældende mod bestyrelsen – spørgsmålet er alene hvilke beslutninger bestyrelsesmedlemmet har tilsluttet sig. Paulsen anfører ligeledes samme sted, at det især efter indsættelse af reglerne om virksomhedspant er blevet aktuelt med ansvar over for bestyrelsesmedlemmer.

ganske at kunne bortse fra muligheden for, at advokat [B] grundet dennes tilknytning til datterselskabet som dets bestyrelsesmedlem ikke opfylder betingelserne i konkurslovens § 238.”

Skifteretten synes dermed at mene, at der ikke er nogen konkrete grunde, bortset fra bestyrelsesmedlemskabet i datterselskabet, der skal medføre inhabilitet, jf. KL § 238. Østre Landsret omgjorde denne beslutning med følgende kendelse:

”Under de foreliggende omstændigheder, hvor datterselskabet [C], hvori advokat [B] er bestyrelsesmedlem, ejes 100% af konkursboet, findes advokat [B]s tilknytning til datterselskabet ikke at kunne begrunde, at valget af ham som eneste kurator tilsidesættes i medfør af konkurslovens § 238.”

Østre Landsret lægger i kendelsen vægt på, at datterselskabet er 100 % ejet af konkursboet, hvilket må veje tungt i vurderingen. Efter de foreliggende oplysninger, er overdragelsen sket på vilkår, der som udgangspunkt ikke kan stilles spørgsmål ved. Der er antaget uafhængig vurderingsmand, ligesom de resterende aktiver er overdraget på markedsvilkår. At Advokat B derudover er valgt som aktionærrepræsentant må tale for at han ikke er inhabil. Han er netop valgt for at sørge for, at aktiverne i selskabet bliver sikret tilstrækkeligt. Som repræsentant for det konkursramte selskab, sikrer han derfor blot, at kreditorerne får mest muligt, hvilket må antages at være en af kuratorernes vigtigste opgaver.

Såfremt Østre Landsret ikke havde omgjort denne afgørelse, ville det have betydning for de tilfælde, hvor man i et konkursbo gør brug af denne meget ofte benyttede ”drop-down”-model⁸², og samtidig har indsat en repræsentant for konkursboet i bestyrelsen. Denne retsstilling ville ikke være holdbar, idet det må være tilladeligt, at eneaktionæren, dvs. konkursboet, har indsat en repræsentant, der kan følge med i hvad der sker i selskabet, og på den måde sikre ”investeringen” på vegne af kreditorerne.

Paulsen anfører, at U.1996.343Ø er ”...et eksempel på, at skifteretten ved grænsedragningen mellem habilitet/inhabilitet i nogen udstrækning må lade kreditormajoritetens ønsker indgå i overvejelserne”⁸³.

I U.2002.233Ø var et selskab A med i alt otte datterselskaber trådt i betalingsstandsning, og advokat B og C var beskikkede som tilsyn. Der blev stillet spørgsmål ved advokat B’s habilitet, idet en af dennes partnere, advokat D, havde været advokat for og bestyrelsesmedlem i A indtil fem måneder før anmeldelsen af betalingsstandsningen. Advokat D havde ydermere ydet advokatbistand og rådgivning efter at være udtrådt af bestyrelsen.

Landsretten fandt frem til, at advokat D var inhabil, og udtalte i den forbindelse, at:

”Medlemskab af en bestyrelse kan indebære deltagelse i og ansvar for bestyrelsesbeslutninger, som tilsynet som en del af tilsynets arbejde må forholde sig til. Kærende har ikke bestridt, at advokat [D] har deltaget på sædvanlig vis i bestyrelsesarbejdet, og der foreligger ikke oplysninger om, at der skulle foreligge særlige omstændigheder i forbindelse med advokat [D]s udpegning som bestyrelsesmedlem, eksempelvis at hvervet udelukkende blev varetaget på foranledning af selskabets kreditorer.”

⁸² Hvor man sælger det sunde i konkursboet til et nyoprettet datterselskab, man så lader køre videre

⁸³ Jf. Paulsen, s. 135

Som følge af B og D's økonomiske interessefællesskab, fandt landsretten at der var identifikation mellem dem, og B var derfor også inhabil, jf. mere om smitte nedenfor under 3.5.

Landsretten inddrager her de relevante overvejelser, der skal gøres, før der kan statueres inhabilitet som følge af bestyrelsesarbejde. Med denne kendelse fastslog Østre Landsret, at man er inhabil, såfremt man har været bestyrelsesmedlem frem til ca. 5 måneder før betalingsstandsningen, såfremt man fortsætter med at yde juridisk rådgivning. Det kan ikke læses ud fra kendelsen, hvor meget landsretten har lagt vægt på, at advokat D var tidligere bestyrelsesmedlem, og hvor meget der har betydet at D fortsatte med at yde juridisk rådgivning, men det må antages, at det er kombinationen der har været udslagsgivende. Det kan således ikke konkluderes, at man ikke er inhabil, såfremt man udtræder af bestyrelsen ca. 5 måneder før konkursen indtræder – det vil være en konkret vurdering, hvor bl.a. selskabets tilstand på udtrædelsestidspunktet, samt hvilke dispositioner man som bestyrelsesmedlem har været med til at træffe før man trådte ud skal inddrages.

3.3.3 Tidligere advokat for skyldneren

Det vil ofte være ressourcebesparende at vælge en kurator der kender konkurssubjektet fra tidligere, eftersom kuratoren ikke ville skulle bruge lige så lang tid på at sætte sig ind i selskabsstruktur, ejerforhold mv. Såfremt kurator tidligere har været advokat for skyldneren, skal det også her overvejes, hvor tæt knyttet han har været på skyldneren. På samme måde, som et bestyrelsesmedlem kan være inhabil, jf. ovenfor, kan en advokat være inhabil, såfremt han f.eks. har været "husadvokat" og har arbejdet tæt sammen med ledelsen i den sidste tid op til konkursen.

På den anden side, såfremt advokaten kun har lavet løbende små ad-hoc-opgaver for skyldneren, og dermed ikke har givet intensiv rådgivning i den sidste afgørende tid op til konkursen, må det veje imod inhabilitet.

Forarbejderne nævner, at skyldnerens advokat som regel er den, der kender boet bedst, men at hvis han har medvirket til dispositioner som kan anfægtes, vil det være noget uheldigt at han beskikkes⁸⁴.

I FM.2010.198, jf. ovenfor under afsnit 3.3.2, tiltrådte Østre Landsret ligeledes skifterettens afgørelse i forhold til advokatens tidligere arbejde for det konkursramte selskab. I sagen havde advokaten ca. tre år tidligere udført opgaver for det konkursramte selskab i forbindelse med overtagelse af et andet selskab, samt efterfølgende løst tre mindre sager. Dette fandt landsretten ikke var tilstrækkeligt til at statuere inhabilitet som følge af KL § 238.

I FM.2010.248 fandt Vestre Landsret at en advokat var inhabil efter at have været advokat for det konkursramte selskab. Skifteretten var blevet anmodet af en anden advokat B om at afsætte advokat A som kurator, da det var gjort gældende, at han var inhabil. Til støtte for den påstand, havde advokat B anført, at advokat A tidligere havde været advokat for konkursboet med omfattende kontakt til ledelsen. Derudover anførte advokat B, at der ikke var foretaget politianmeldelse af ledelsen i konkursboet, selvom der var flere forhold der – efter advokat B's påstand – krævede politianmeldelse. Advokat A oplyste, at han ikke havde fundet anledning til at politianmelde ledelsen, da han (ledelsen) var uden aktiver og midler personligt.

Landsretten bestemte, at det forhold, at advokat A tidligere havde været advokat for det konkursramte selskab ikke i sig selv var inhabilitetsgrund. Landsretten fandt dog, at der i stedet var særlige grunde, der talte for, at advokat A burde afsættes som kurator i boet, jf. konkurslovens § 114, stk. 1.

⁸⁴ Jf. Bet. 606/1971, s. 206

Landsretten benytter i denne situation muligheden for at afsætte kurator, jf. konkursloven § 114, stk. 1. Denne bestemmelse vil blive gennemgået yderligere nedenfor under afsnit 4.

3.3.3.1 FM.2011.272 - Andelsboligforeningen Klostergaarden (Østre Landsrets kendelse af 16. september 2011)

I forlængelse af ovenstående gennemgang af retspraksis vedrørende situationer, hvor en advokat kan være inhabil som følge af sit arbejde for en fordringshaver, vil følgende omhandle sagen omkring Andelsboligforeningen Klostergaarden, der har mange konkursretlige facetter, men i forhold til habilitetsvurderingen lægger sig tæt op af det netop gennemgåede.

Andelsboligforeningen Klostergaarden indgav egenkonkursbegæring og blev ved dekret af 31. maj 2011 taget under konkursbehandling. Andelsboligforeningen havde en dårlig økonomi, og havde gennem lang tid forsøgt at rette op på denne, både gennem generalforsamlinger og via møder med andelsboligforeningens bank. Den 30. maj 2011 afholdtes der ekstraordinær generalforsamling, hvor der på et af punkterne var stillet forslag om at lade foreningen gå konkurs og lade en erfaren advokat indgive konkursbegæring hurtigst muligt.

På generalforsamlingen deltog advokat A på baggrund af en henvendelse fra andelsboligforeningens advokat B. Advokat A havde ikke tidligere rådgivet foreningen, og oplyste på den ekstraordinære generalforsamling udelukkende generelt om konsekvenserne ved at indgive en konkursbegæring og om hans opgaver som kurator.

Dagen efter, d. 31. maj 2011, indgav andelsboligforeningen konkursbegæring, og indstillede at advokat A blev gjort til kurator i boet, hvilket han blev. Dette kuratorvalg kærede bankens advokat C, idet han gjorde gældende at A var inhabil som følge af dels den rådgivning han gav andelsboligforeningen forud for indgivelsen af konkursbegæringen, og dels den efterfølgende ageren som kurator, hvor han ikke havde tilgodeset kreditorernes interesser, men alene andelshavernes.

Landsretten fandt, på baggrund af det langstrakte forhandlingsforløb, hvor foreningen og banken havde haft indgående drøftelser om en økonomisk løsning var der opstået et alvorligt modsætningsforhold mellem banken og foreningen, at advokat A var inhabil til at udføre kuratorhvervet, jf. KL § 238, stk. 1.

Herefter bestemte skifteretten at det alvorlige modsætningsforhold ligeledes gjaldt mellem advokat C – det repræsenterede banken – og andelsboligforeningen, hvorfor han ligeledes var inhabil som kurator⁸⁵.

I forhold til, at habilitetsvurderingen i denne situation skal baseres på hvor tæt advokaten har arbejdet sammen med skyldneren, er denne kendelse vidtrækkende. Det faktum at advokat A aldrig før har rådgivet eller arbejdet sammen med andelsboligforeningen, men blot har givet en generel juridisk rådgivning omkring konkursreglerne, burde ikke gøre vedkommende inhabil. Der må skulle noget mere rådgivning til, før man kan gå ud fra at der kommer spørgsmål om vedkommendes usaglighed. Såfremt advokat A havde været en del af forhandlingerne med banken ville det kunne forstås, men det er ikke tilfældet her.

Det må dog være den rigtige beslutning skifteretten træffer da de bestemmer at bankens advokat C ikke kan være kurator. Som det fremgår af kendelserne har han været en del af forhandlingerne – eller i det mindste er tilknyttet som fast advokat for banken – hvilket må medføre hans inhabilitet i kuratorhvervet.

⁸⁵ Jf. Skifteretten i Sø- og Handelsrettens afgørelse af 21. september 2011 (K1342/11-E)

3.3.3.2 Tidligere advokat for fordringshaver

En anden lignende situation, er hvor kurator tidligere har været advokat for en eller flere kreditorer i boet. Hvis der har været begæret kuratorvalg, er det som udgangspunkt kreditorerne der vælger kurator, og der kan derfor opstå situationer, hvor kurator skal overveje om der skal føres omstødsessager mod kreditorerne. I så fald kan kurator være inhabil i forhold til at vurdere denne omstødsessag, og det skal så vurderes om det er tilstrækkeligt at der kan ske afhjælpning, eller om der ikke kan ske afhjælpning, så der skal vælges en helt ny kurator, jf. yderligere nedenfor under afsnit 4.

U.1976.644/3H omhandlede en likvidator i et aktieselskab der var udpeget af kreditorflertallet. Sø- og Handelsretten udtalte generelt, at den sædvanligvis ville udpege denne likvidator, men at der kunne afviges herfra, hvis vedkommende har været aktionær, direktions- eller bestyrelsesmedlem eller som selskabets advokat har medvirket til omstødelige dispositioner, eller hvis han repræsenterer en kreditor, hvis fordring udgør den langt overvejende del af kreditormassen, eller en kreditor med særinteresser. I den konkrete sag var en væsentlig del likvidators opgave at undersøge gyldigheden af en kontraktophævelse, der var foretaget af den hovedkreditor, der indstillede advokaten som likvidator. Sø- og Handelsretten vurderede, at den af hovedkreditoren indstillede likvidator ikke kunne antages som likvidator, hvilket Højesteret tilsluttede sig.

Det samme resultat fandt Vestre Landsret i U.1984.261V, hvor kurator A ligeledes blev forkastet, pga. tvivl om dennes upartiskhed. I sagen var der allerede forud for kuratorvalget tvister mellem en række mindretalskreditorer og det konkursramte selskab. A blev her forkastet, da han forud for konkursen havde optrådt som rådgiver og repræsentant for den største kreditor på møder, hvor muligheden for omstødelse havde været drøftet, og hvor A havde afvist muligheden for omstødelse.

Modsat fandt Østre Landsret i U.1985.989Ø, at kurator ikke var inhabil i en sag, hvor en advokat var valgt som kurator af hovedkreditor, en bank, trods der muligvis skulle føres omstødsessag mod banken. Landsretten udtalte, at ” *Den omstændighed at der muligvis anlægges omstødsessag mod kærende, findes ikke i sig selv at kunne begrænse en forkastelse af den af kærende foreslåede advokat som kurator*”. Det er derfor ikke i sig selv inhabilitetsgrund, at man er valgt af en hovedkreditor, der muligvis skal føres omstødsessag mod.

I U.1998.174Ø tog Østre Landsret udgangspunkt i Bet. 606/1971 s. 265f der fastslår, at ” *Konkursens formål er at fordele bomassen i kreditorernes fælles interesse. Selv om kuratorer m. fl. også må påse, at skyldnerens rettigheder ikke krænkes, er de dog først og fremmest indsat til at varetage kreditorernes fælles interesser. En tilknytning til kreditorerne gør derfor ikke i sig selv disse personer uskikede til deres hverv; men opstår en konkret strid mellem en enkelt eller nogle enkelte kreditorer og boet, vil tilknytning til de særligt indblandede kreditorer ofte medføre inhabilitet for så vidt denne tvist angår. I øvrigt vil det oftest være stærk tilknytning til skyldneren, der vækker betænkelighed.*”

Landsretten fandt, at det faktum, at kurator var konkursrekvirentens, der var eneste væsentlige kreditor i boet, advokat både før og under behandlingen ikke var tilstrækkeligt til at statuere inhabilitet. Denne kendelse indikerer, at der skal være ekstraordinære omstændigheder før der er tale om inhabilitet fra rekvirentens advokats side – udgangspunktet er altså, at advokaten ikke er inhabil.

I U.2004.1163V var det væsentligste aktiv i konkursboet et muligt omstødseskrav mod en sparekasse. Rekvirenten repræsenterede et tilgodehavende på ca. 116.000 kr. ud af den samlede kreditormasse på ca. 505.000 kr. Sparekassen havde et tilgodehavende på ca. 350.000 kr. Det blev under sagen oplyst, at sparekassen nogle uger forud for konkursen havde bedt advokat A om at undersøge muligheden for at lave en frivillig ordning med kreditorerne, hvilket ikke viste sig muligt. Sparekas-

sen havde erkendt, at de skulle betale et beløb til boet, og at det var kurators opgave at undersøge det nærmere. Skifteretten bestemte derefter, at advokat A ikke var inhabil, eller at der forelå samme andre grunde, der ikke talte for at antage ham som kurator, jf. KL § 107 og § 113, jf. § 114, stk. 1.

Denne kendelse blev kæret til landsretten, og ved sagens fremsendelse udtalte skifteretten bl.a., at: ”*Viser det sig under bobehandlingen, at der ikke kan opnås enighed med [sparekassen], kan kærrende [dvs. konkursrekvirenten] fremsætte begæring om udpegning af en medkurator til nærmere undersøgelse af omstødsesskrævet*”. I præmisserne henviser landsretten både til det faktum, at det var oplyst, at A tidligere havde været advokat for sparekassen, samt det forhold, at han var blevet kontaktet af sparekassen med henblik på at forsøge at etablere en frivillig kreditorordning for skyldneren. Landsretten fandt herefter, at der på den baggrund kunne rejses sådan en tvivl om A's upartiskhed i forbindelse med vurderingen af, hvorvidt der skal anlægges omstødsessag eller ej, jf. KL § 238, stk. 1, at han ikke burde være udpeget af skifteretten som kurator. De henviste herefter sagen til skifteretten til udpegning af en anden kurator.

Det må i U.2004.1163V tillægges stor betydning, at det væsentligste aktiv i konkursboet var det mulige omstødsesskrav. Såfremt der havde været andre (store) aktiver så det mulige omstødsesskrav ikke var det eneste, og boet i det hele havde været større, må det antages, at inhabiliteten kunne være afhjulpel, jf. nedenfor under afsnit 4.

I Vestre Landsrets kendelse af 28. september 2007⁸⁶ var et selskab blevet begæret konkurs af dets bank. Der blev afholdt kuratorvalg, og på mødet deltog kreditorer, der i alt havde ca. 6,6 mio. kr. til gode, hvoraf banken stillede med ca. 3,8 mio. kr. De eneste problemer i konkursboet var en eventuel omstødsessag mod banken, og prøvelse af bankens fordring. De kærrende havde anført, at den advokat banken havde peget på, var daglig advokat for banken, samt at han under betalingsstandsningen havde udtalt at en tilbagetrædelseserklæring til fordel for banken var gyldig. Som svar til dette, havde advokaten oplyst, at hverken han eller andre advokater i advokatfirmaet var daglige advokater for banken, men at han var blevet kontaktet af banken i forbindelse med denne sag, at han ikke havde haft andre sager for banken, samt at han ikke havde ytret sig om tilbagetrædelseserklæringen. Vestre Landsret fandt derefter, at der ikke var ”*rejst en sådan tvivl om [advokatens] upartiskhed ved varetagelsen af konkursboets interesser, at der er grundlag for at forkaste valget af [advokaten] som kurator, jf. konkurslovens § 113, stk. 3, sammenholdt med § 238, stk. 1.*”

Det bliver ofte gjort gældende fra nogle af de andre parter i boet, at den advokat der repræsenterer den største kreditor i boet er inhabil som kurator, som følge af tidligere arbejde for hovedkreditoren. Som ovennævnte domme afspejler, er det ikke udgangspunktet, at tidligere arbejde for den kreditor der har udpeget kuratoren, gør vedkommende inhabil. Skifteretten skal foretage en konkret vurdering, der især skal baseres på, hvor meget arbejde der er tale om, om man har været ”husadvokat” og om man har beskæftiget sig med den konkrete sag. Derudover skal det også tages med i betragtningen hvor stort boet er og hvad det kan forventes kurator skal tage stilling til – herunder hvor mange andre fordringer end hovedkreditorens der skal tages stilling til.

En afgørelse, der kort tager forskud på det, der bliver gennemgået under afsnit 4 omkring afhjælpning af kuratorinhabilitet, er FM.2012.348. Denne kendelse fra Østre Landsret, fastslog, at den advokat, der repræsenterede den største kreditor i en række konkursboer, kunne udpeges som kurator, selvom skyldnerne havde anlagt en sag mod den pågældende kreditor forud for konkursen, idet skifteretten havde udpeget en ad-hoc-kurator til at vurdere den anlagte retssag. Selv det faktum, at der

⁸⁶ Gengivet i FM-1-2007-1485317

er anlagt retssag mod hovedkreditoren, kan dermed relativt nemt – under de givne omstændigheder – afhjælpes, så hovedkreditoren kan vælge den kurator de ønsker.

3.4 God advokatskik

Eftersom det næsten altid er en advokat der er kurator, jf. ovenfor under afsnit 2.1, skal det også overvejes, om forholdet mellem god advokatskik, jf. retsplejelovens § 126, stk. 1, og reglerne om inhabilitet i konkursloven har nogen indflydelse på hinanden. Der er dog forskellige hensyn bag de forskellige regler, hvorfor det ikke er en selvfølge, at der er nogen sammenhæng⁸⁷.

Retsplejelovens § 126, stk. 1 lyder: ”En advokat skal udvise en adfærd, der stemmer med god advokatskik. Advokaten skal herunder udføre sit hverv grundigt, samvittighedsfuldt og i overensstemmelse med, hvad berettigede hensyn til klienternes tarv tilsiger. Sagerne skal fremmes med fornøden hurtighed.”

Det er Advokatnævnet, der fastsætter normerne for, hvad der er god advokatskik, når de afgør konkrete klagesager⁸⁸. Advokatnævnet har også udarbejdet den vejledende ”Regler for god advokatskik og kollegialitet”, der ligeledes kan benyttes som rettesnor. Derudover er der mulighed for at forelægge Advokatrådet et spørgsmål, hvorefter rådet kan afgive en udtalelse – et *responsum*. Disse responsa ”...skal betragtes som en slags kollegial vejledning, og indebærer derfor ikke stillingtagen til løsning af de retlige spørgsmål, der danner grundlag for henvendelsen, eller som er forelagt retten til afgørelse”⁸⁹.

U.1995.88Ø omhandlede en koncern med 13 selskaber, der gik konkurs. Koncernens bank og hovedkreditor, pegede på advokaterne A og B, begge partnere i samme advokatfirma, som kuratorer. Dette valg kærede koncernens tidligere ledelse og aktionærer. Foranlediget af sagen, forelagde parterne Advokatrådet sagen, der 6. maj 1994 afgav en generel udtalelse, der ikke konkret tog stilling til sagen. Uddrag af denne udtalelse er refereret i kendelsen, og det lyder bl.a.:

”Advokatrådet skal herefter udtale, at det efter rådets opfattelse aldrig kan være i strid med god advokatskik at påtage sig tillidshverv i konkursboer, herunder som kurator, såfremt skyldneren ikke protesterer herimod, det være sig før, under eller efter kuratorvalget. Omvendt anser Advokatrådet det for uforeneligt med god advokatskik, at en advokat på et tidspunkt, hvor interessekonflikter har manifesteret sig, indgiver konkursbegæring mod den ene klient på den andens begæring og påtager sig tillidshverv i konkursboet, såfremt skyldneren gør indsigelse herimod. Det er i den forbindelse uden betydning, om advokaten kan dokumentere, at muligheden herfor udtrykkeligt har været nævnt over for førstnævnte klient i forbindelse med advokatens accept af opdraget, idet en foreliggende inhabilitet ikke kan afhjælpes ved et sådant forbehold. Alene skyldnerens fortsatte accept, herunder også under og efter kuratorvalget, kan bevirke, at advokaten kan påtage sig tillidshverv som ovenfor beskrevet.”

Advokatrådet må således have den holdning, at såfremt der har været en oprindelig interessekonflikt, kan skyldneren også efter kuratorvalget kræve kurators afgang. Dette må medføre, at skifteretten må nægte at beskikke eller forkaste valget af den pågældende⁹⁰. Hvis skifteretten ikke gør dette,

⁸⁷ Jf. U.1997B.205, s. 210

⁸⁸ Jf. <http://www.advokatsamfundet.dk/BrugForAdvokat/PligterOgRaadgiveransvar/AdvokatensPligter.aspx>

⁸⁹ Jf. <http://www.advokatsamfundet.dk/OmAdvokatsamfundet/Advokatraadet/Responsa.aspx>

⁹⁰ Jf. U.1997B.205, s. 210

må skyldneren, såfremt der har været en oprindelig interessekonflikt, på et vilkårligt tidspunkt i bobehandlingen kunne kræve, at kurator træder tilbage. Hvis kurator ikke gør dette, vil han dermed anses for at overtræde god advokatskik⁹¹.

Landsretten, der stadfæstede skifterettens afgørelse i U.1995.88Ø, udtalte i deres kendelse, at:

”Landsretten finder, at skifteretten bør undlade at antage en advokat som midlertidig bestyrer, jf. konkurslovens § 107, og bør forkaste valget af en advokat som kurator, såfremt advokatens påtagelse af hvervet som midlertidig bestyrer/kurator må antages at indebære en klar og væsentlig overtrædelse af retsplejelovens § 126, stk. 1.”

Landsretten tilslutter sig dermed denne holdning, at såfremt advokatens påtagelse af hvervet indebærer en klar og væsentlig overtrædelse af de advokatetiske regler, burde de slet ikke have antaget advokaterne til at starte med. I denne pågældende sag, fandt landsretten dog ikke, at skifteretten havde tilstrækkeligt grundlag for at afvise kreditorernes valg af de indkærede som kuratorer, hvorfor de blev godkendte som kuratorer.

I forlængelse af spørgsmålet omkring god advokatskik kan nævnes, at Folketingets Retsudvalg 8. september 2006⁹² stillede Justitsministeren følgende spørgsmål:

”Vil ministeren oplyse, hvorvidt Sø- og Handelsretten kan afvise klager over kuratorer, der er udpeget af retten, og kan ministeren bekræfte, at klager får afvist deres klage over kuratorer, og at klager til Advokatnævnet over disse afvisninger ikke har resulteret i andet end en ny afvisning?”

Retsudvalget ville altså have svar på, om hvem der har kompetence til at forholde sig til klager over kuratorer, der er beslægtet med deres arbejde som netop kuratorer. I svaret går Justitsministeriet ud fra, at Sø- og Handelsretten skal fortolkes som omhandlende alle skifteretter. Justitsministeriet forklarer i svaret først indledningsvis hvem kurator er samt hvad hans overordnede opgaver. Dernæst forklarer de skifterettens opgaver, samt at skifteretten, såfremt kurator er advokat, har mulighed for at indbringe ham for advokatmyndighederne, hvis der efter skifterettens opfattelse foreligger adfærd, der kan være i strid med god advokatskik.

Justitsministeriet nævner også, som ligeledes gennemgået ovenfor under afsnit 2.4, at forarbejderne til konkurslovens § 127 fastslår, at bestemmelsen skal fortolkes snævert i lyset af kurators selvstændige stilling⁹³. Det er som følge af dette kun klart urimelige beslutninger der kan tilsidesættes af skifteretten.

Herefter besvarer Justitsministeriet problemstillingen der indledningsvis bliver til, og besvarer med følgende:

”Vedrører en klage over en advokat forhold, der har tilknytning til advokatens hverv som kurator, vil Advokatnævnet efter fast praksis i almindelighed afvise at behandle klagen under henvisning til, at sådanne klager henhører under skifteret-

⁹¹ Jf. U.1997B.205, s. 210

⁹² Spørgsmål 543, REU – Alm. del, 8. september, 2006

⁹³ Jf. Folketingstidende 1995-96, tillæg A, side 2195

ten, jf. § 9, stk. 2, nr. 2⁹⁴], i bekendtgørelse nr. 188 af 21. marts 2003 om Advokatnævnets virksomhed, hvorefter Advokatnævnet afviser klager, som efter deres beskaffenhed ikke henhører under nævnets kompetence. Derimod vil en klage over en advokat, der er kurator, blive behandlet, hvis klagen vedrører forhold, der ikke har tilknytning til kuratorhvervet.”⁹⁵

Det må således konstateres, at såfremt klagen vedrører advokatens forhold tilknyttet hvervet som kurator, henhører klagen under skifterettens kompetence. Hvis klagen omhandler en advokat der er udpeget som kurator, men klagen i sig selv ikke omhandler hvervet som kurator, henhører den under Advokatnævnets kompetence.

Afslutningsvis konstateret Justitsministeriet, at:

”Justitsministeriet er ikke umiddelbart bekendt med tilfælde, hvor en klage over kurator slet ikke er blevet behandlet, fordi såvel skifteretten som Advokatnævnet har afvist at behandle klagen. Derimod kan både skifteretten og Advokatnævnet naturligvis afvise en klage i den forstand, at de efter en vurdering af sagen ikke finder grundlag for at reagere over for kurator.”

Man kan derfor forestille sig en situation, hvor hverken skifteretten eller Advokatnævnet finder at have kompetence til at behandle en klage, men det må også antages at være en yderst teoretisk risiko. Det er svært at forestille sig en situation, hvor ikke enten skifteretten eller Advokatnævnet vil kunne behandle klagen, men det er i sidste ende Advokatnævnet der bestemmer, om det er i strid med god advokatskik at påtage sig hverv som f.eks. kuratorhvervet.

3.5 Smitte af inhabilitet

En i praksis meget ofte set problemstilling i forhold til kurators inhabilitet, er smitte af inhabiliteten. Dette ses, når kurator er inhabil som følge af vedkommendes relationer, men ikke selv er inhabil. Et af de typiske eksempler, er hvor en ikke-inhabil advokat har økonomiske relationer til en inhabil advokat. Sidstnævntes inhabilitet vil således ”smitte” den ikke-inhabile, så denne ikke kan bestride hvervet som kurator.

Når man taler smitte af inhabilitet er der mange forskellige situationer der kan medføre smitte, men overordnet er der tale om at der er en form for afhængighed eller interessefællesskab mellem parterne, der gør at der kan sættes spørgsmålstegn ved upartiskheden ved begge⁹⁶. Denne risiko kan hidrøre fra enhver af de ovenfor nævnte situationer⁹⁷, hvorfor de ovennævnte betragtninger om grunde til inhabilitet også gælder i denne situation.

3.5.1 Kompagniskab

En af de fra praksis ofte forekommende problemstillinger i forhold til smitte af inhabilitet, er hvor en kurator er i kompagni- eller partnerskab med en advokat, der er risiko for er inhabil. Her er der et økonomisk interessefællesskab, der medfører, at en partner kan blive smittet af en af de andre partners inhabilitet.

⁹⁴ Nuværende § 17, stk. 1 i ”Bekendtgørelse 2008-01-17 nr. 20 om Advokatnævnets og kredsbestyrelsernes virksomhed ved behandling af klager over advokater m.v.”

⁹⁵ Jf. Besvarelse af spørgsmål nr. 543 af 8. september 2006 fra Folketingets Retsudvalg (Alm. del)

⁹⁶ Jf. B.1997B.205, s. 210

⁹⁷ Og, i sagens natur, enhver anden situation, hvor en kurator kan være inhabil

I U.2002.233Ø, som også er nævnt ovenfor under afsnit 3.3.2, fandt Østre Landsret at der var økonomisk interessefællesskab mellem den inhabile advokat, og den advokat der ville beskikkes som tilsyn, og udtalte i den sammenhæng at:

”I habilitetsmæssig sammenhæng vil der som udgangspunkt ske identifikation mellem to partnere på et advokatkontor som følge af deres økonomiske interessefællesskab, der bl.a. indebærer en personlig hæftelse advokaterne imellem. I den foreliggende sag har kærrende ikke angivet forhold, der konkret kan modificere dette udgangspunkt.”

I denne sag var den inhabile advokat tidligere bestyrelsesmedlem i det konkursramte selskab, og havde ydet rådgivning til selskabet efter hun var trådt ud af bestyrelsen, hvorfor hun blev fundet inhabil. Denne inhabilitet smittede således videre til hendes kollega, der ikke kunne beskikkes som tilsyn.

I ØLK B-2863-93⁹⁸ havde en advokat fungeret som bestyrelsesformand i perioden op til en konkurs. En del af kurators opgaver var, at undersøge om bestyrelsen havde handlet ansvarspådragende. Landsretten fandt i denne sag, at der var grundlag for at forkaste valget af kurator, der var medindehaver af samme advokatfirma som bestyrelsesformanden. Uden at have set hele denne utrykte kendelse, kan det diskuteres, om der reelt er tale om smitte eller om der er tale om direkte ”ren” inhabilitet, idet der kan argumenteres for, at han har en direkte interesse i undersøgelsen af bestyrelsen. Såfremt undersøgelsen af bestyrelsen finder frem til, at de har handlet ansvarspådragende, kan der anlægges sag, og i sidste ende kan dette have økonomisk betydning for kuratoren selv. Det må derfor antages, at advokaten reelt set selv er inhabil, hvorfor smittebetragtningerne ikke nødvendigvis finder anvendelse på denne kendelse.

I FM.2010.198Ø, ligeledes nævnt ovenfor under afsnit 3.3.2 og 3.3.3 fandt Landsretten ikke, at det faktum, at en partner i samme advokatfirma som kurator, havde været medlem af bestyrelsen i et selskab i samme koncern som konkursboet, gjorde kurator inhabil⁹⁹.

3.5.2 Kædesamarbejde og kontorfællesskab

I forlængelse af overvejelserne omkring kompagniskab, skal det også overvejes, om advokater i kædesamarbejde er inhabile. Udgangspunktet er, at advokater i kædesamarbejde er i et løsere samarbejde end advokater der er i kompagniskab, da hvert advokatfirma er en selvstændig juridisk enhed, der blot samarbejder med de andre i kæden. Der er dog en vis sammenhæng, idet kædesamarbejdet udadtil har fælles markedsføring og derfor vil have en form for økonomisk interessefællesskab. Dette medfører også, at det for tredjemand vil fremstå som et fællesskab, og at der som følge af dette vil være smitte af inhabilitet mellem advokater i kædesamarbejde.

Dette var tilfældet i U.2005.1403V, hvor en kurator havde valgt ikke at indtræde i en verserende retssag, hvor modparten var repræsenteret af en advokat fra samme kædesamarbejde i en anden by. Her udtalte Vestre Landsret, at

”Advokatfirmaerne Dahl, Koch & Boll i Herning og Kolding fremtrådte derfor i 2003 i forhold til tredjemand som et fællesskab eller en advokatvirksomhed. Der har som følge heraf kunnet herske tvivl om advokat Jens H. Bangsgaards upartiskhed, da han som kurator i S' konkursbo bestemte, at boet ikke skulle indtræde i

⁹⁸ Der er gengivet i Insolvensprocesret, s. 214

⁹⁹ Jf. også Paulsen, s. 122

en verserende retssag, hvor en modpart var repræsenteret af en advokat fra Advokatfirmaet Dahl, Koch & Boll i Kolding.”

Landsretten fandt derfor, at alene det at være en del af et kædesamarbejde var tilstrækkeligt til at statuere smitte af inhabilitet fra det ene advokatfirma til det andet.

U.2005.1403V fastslår ligeledes, at tidspunktet for bedømmelsen af smitten er hvor dispositionen, der kan anfægtes, foretages. Det er således uden betydning, at fællesskabet ikke længere bestod, da kurator havde været inhabil på tidspunktet for beslutningen om ikke at indtræde i sagen¹⁰⁰.

En lignende, men dog alligevel ikke helt ens situation, er hvor advokater holder til i kontorfællesskaber. Dette benyttes ofte af advokater, der er selvstændige, men går sammen flere og dermed benytter fælles faciliteter, sekretærer og lignende. I et kontorfællesskab, er der ikke et direkte økonomisk fællesskab, som i ovennævnte situationer med kompagniskab og i mindre grad kædesamarbejder, men der er dog stadig et interessefællesskab der medfører, at man skal overveje smitte af inhabilitet mellem advokater i kontorfællesskaber.

Landsretten har taget stilling til hvorvidt kontorfællesskab medfører smitte i flere situationer.

I Østre Landsrets kendelse af 6. maj 1992, 4. afdeling, kære nr. 176/1992¹⁰¹, havde skiftesamlingen besluttet, at der skulle vælges to kuratorer. Den ene af de to foreslåede var advokat for hovedkreditoren, et pengeinstitut, med hvem der var strid om omfanget af nogle pantsætninger. Skifteretten forkastede valget af denne kurator, hvorefter der foretoges nyvalg, og en advokat der havde kontor-fællesskab¹⁰² med den forkastede kurator blev valgt. Denne kurator var i øvrigt fast medhjælper ved skifteretten, jf. ovenfor under 2.2.3, hvorfor det må antages at skifteretten var bekendt med dennes kundskaber som kurator. Dette valg blev også forkastet af skifteretten, da den bemærkede, at der var et ”vist interessefællesskab” mellem pengeinstitutets advokat, og advokaten fra hans kontor-fællesskab. Østre Landsret stadfæstede skifterettens kendelse.

I U.1995.76/2V, der også er gennemgået ovenfor under 3.3.1, var der tale om at en advokat blev anset som inhabil, pga. et kontorfællesskab med en advokat der var tidligere bestyrelsesmedlem og ejede 9 % af det konkursramte selskab. Vestre Landsret udtalte, at

”Advokat [A] har kontorfællesskab med blandt andre advokat [B], der ejer 9 % af aktierne i det konkursramte selskab, og som var bestyrelsesmedlem i selskabet indtil konkursens indtræden. Landsretten finder, at der herefter og under hensyn til de pligter, der påhviler en kurator i et konkursbo, foreligger omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om advokat [A] upartiskhed som kurator.”

Alene det faktum, at der er tale om et kontorfællesskab, kan dermed medføre inhabilitet. Men at det er et konkret skøn i hver sag, er illustreret af FM.2001.104/4V.

I sagen havde en kurator A nægtet at godkende en fordring fra en kreditor K. K havde derefter anmodet skifteretten om at afsætte A, da K mente at A var inhabil, da han var kompagnon med en advokat B, der tidligere havde været bestyrelsesformand i det konkursramte selskab. Skifteretten nægtede at tage anmodningen til følge, hvilket Landsretten stadfæstede med henvisning til, at ”A’s

¹⁰⁰ Jf. herved også Insolvensprocesret, s. 215

¹⁰¹ Refereret i Advokaten, Fagligt Nyt, 1992, s. 92

¹⁰² Ifølge referatet i Advokaten var det en advokat fra hans kontor, men ifølge Kim Sommer Jensen i U.1997B.205, er det et kontorfællesskab

kompagniskab med B ikke i sig selv kunne begrunde, at A skulle afsættes som kurator". Dette synes ikke umiddelbart at følge ovennævnte linje, men ifølge Kuld Hansen og Lindencrone skal dette ses i lyset af, at kuratoren i denne sag, tidligere havde været tilsyn under en betalingsstandsning, og at der var forløbet ca. 1½ år uden indsigelser, selvom viden eller burde viden om kompagnonens bestyrelsesformandspost. Indsigelsen fra K kom først, da A som kurator anfægtede K's fordring¹⁰³. Dette kunne altså indikere, at K's anmodning om inhabilitet reelt var begrundet i, at A ikke ville godkende hans fordring, og dermed på usaglige hensyn, hvilket må antages at ligge til grund for afgørelsen.

Man kan i forlængelse af FM.2001.104/4V spørge, om A skulle være udpeget i første omgang, idet B sandsynligvis ville have været inhabil, og dermed som udgangspunkt ville smitte A. Dette afhænger dog af flere forskellige overvejelser, bl.a. hvad kurators opgaver er i det pågældende bo. Hvis det er åbenlyst, at der skal undersøges ledelsesansvar ved bestyrelsen, og dette er en af kurators hovedopgaver, må det antages at A havde været inhabil, idet han ikke ville være upartisk i undersøgelsen af sin kompagnon. Skifteretten vurderede ikke at A var oprindeligt inhabil, og eftersom der ikke var nogen kreditorer der gjorde indsigelser før efter ca. 1½ år, antog skifteretten altså, at han ikke var inhabil.

Såfremt der således foreligger et egentligt økonomisk samarbejde, vil der på baggrund af disse afgørelser som udgangspunkt være smitte af inhabilitet mellem advokater.

Samarbejde mellem advokater og interessekonflikter er også reguleret i de advokatetiske regler, der i pkt. 12.4 bl.a. bestemmer, at de advokatetiske regler pkt. 12.2 og 12.3 omkring interessekonflikter også gælder, hvis advokater udøver advokatvirksomhed i et interessefællesskab eller kontorfællesskab. Derudover er det også bestemt, at 12.2 og 12.3 også gælder for "*[...]andre samarbejder, samvirker og fællesskaber mellem advokater eller advokatvirksomheder, såfremt de i forhold til tredjemand fremtræder som et fællesskab eller en advokatvirksomhed.*"

Det må derfor også være en vurdering kurator selv skal foretage når han afgiver sin habilitetserklæring, jf. ovenfor under 2.2.2, om hvorvidt han er inhabil som følge af nogle af disse interessefællesskaber.

3.5.3 Smitte ved fusion af advokatkontorer

Det kan også overvejes, om der kan være tale om smitte af inhabilitet, hvis der sker fusion af advokatkontorer, hvor parterne repræsenterer to forskellige parter i et konkursbo – den ene er f.eks. kurator og den anden repræsenterer en modpart i konkursboet. Spørgsmålet er her, om der opstår inhabilitet ved kurator, i det øjeblik de to advokatfirmaer fusionerer, og hvordan der skal ske afhjælpning.

U.2002.167V omhandlede et bobestyrerbo, hvor skifteretten fandt, at en bobestyrer skulle fratræde på grund inhabilitet som følge af, at hans advokatkontor under bobehandlingen var fusioneret med et advokatkontor, hvis indehaver repræsenterede arvinger, som havde gjort indsigelser mod bobehandlingen. Det var bl.a. gjort gældende, at bobestyrerens timeopgørelse skulle reduceres, da der ikke skulle betales "*for kontakt med kolleger, da der foreligger inhabilitet*". Skifteretten godkendte det foreslåede salær, hvorefter skifterettens afgørelse blev kæret.

Landsretten halverede salæret, og anførte i kendelsen, at "*Advokaterne B og C burde i forbindelse med fusionen af de advokatfirmaer, hvori de var medejere, selv have forelagt spørgsmålet om deres*

¹⁰³ Jf. Insolvensprocesret, s. 214, note 39

fortsatte habilitet for skifteretten. Da dette ikke er sket, findes salæret til advokat B at burde nedsættes[...].”

Det må på baggrund af denne kendelse konkluderes, at der også er smitte af inhabilitet når to advokatkontorer fusionerer under bobehandlingen. Dette må også antages at være det korrekte udgangspunkt, idet det økonomiske interessefællesskab indtræder i det øjeblik, de to advokatfirmaer fusionerer, hvorefter der er en risiko for interessekonflikter.

4. Retsvirkning og afhjælpning af inhabilitet

Retsvirkningen af kurators inhabilitet er forskellig afhængigt af, om der er tale om generel eller speciel inhabilitet. Hvis det er generel inhabilitet, kan vedkommende ikke udpeges eller vælges som kurator¹⁰⁴. Der er ved den generelle inhabilitet, som gennemgået ovenfor under afsnit 3.2, tale om, at vedkommende er inhabil som følge af forhold, man ikke kan gøre noget ved, hvilket også er årsagen til, at en person der er generel inhabil ikke kan være kurator. Det er i denne sammenhæng uden betydning, at den samlede kreditormasse mener vedkommende skal være kurator. Hvis man er generelt inhabil, kan dette ikke afhjælpes.

Såfremt den generelle inhabilitet først opdages efter udpegningen eller valget af kurator, er retsvirkningen af aftaler, som en inhabil kurator har indgået, afhængig af om medkontrahenten er i god eller ond tro. Såfremt medkontrahenten var i god tro, kan vedkommende støtte ret på aftalen, hvorimod medkontrahenten ikke kan støtte ret på en aftale vedkommende har indgået i ond tro¹⁰⁵. Såfremt den nye, habile kurator finder at aftalen er gunstig for boet, må denne dog kunne fastholde aftalen på vegne af boet¹⁰⁶.

Hvis der derimod er tale om speciel inhabilitet, kan vedkommende der er speciel inhabil i visse tilfælde alligevel godt være kurator, jf. nedenfor. Hvis den specielle inhabilitet først opdages efter udpegningen eller valget af kurator, ophører kuratorhvervet i forbindelse med skifterettens afsættelse af kurator med hjemmel i konkurslovens § 114, stk. 1, der har følgende ordlyd:

”Skifteretten kan afsætte kurator, såfremt særlige grunde taler derfor. Er denne valgt af fordringshaverne, foretages nyt valg efter reglerne i § 113, stk. 1 og 2, samt § 119, stk. 2. Er kurator udpeget af skifteretten, udpeger skifteretten en anden kurator. Begæring om skiftesamling, jf. § 108, stk. 2, skal indgives inden 3 uger efter bekendtgørelse i Statstidende om skifterettens udpegning af anden kurator.”

Før skifteretten kan afsætte en kurator, er det som udgangspunkt en forudsætning at kurator har haft lejlighed til at udtale sig om de ”særlige grunde” der skal medføre at han bliver afsat¹⁰⁷. Dette giver kurator muligheden for at forklare inhabiliteten og dermed redegøre for en eventuel afhjælpningsmulighed. Ifølge Bet. 606/1971, vil skifteretten kun i undtagelsestilfælde tilsidesætte skiftesamlingens valg af kurator¹⁰⁸. Lindenchrone og Ørgaard anfører som et eksempel på ”særlige grunde”, at

¹⁰⁴ Jf. Paulsen, s. 136

¹⁰⁵ Jf. Paulsen, s. 136

¹⁰⁶ Jf. Paulsen, s. 136

¹⁰⁷ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 788

¹⁰⁸ Jf. Bet. 606/1971, s. 206

man opdager inhabilitetsårsager¹⁰⁹, hvilket må antages at være en stærk grund til enten at afsætte kurator eller på anden måde afhjælpe inhabiliteten.

I FM.2010.248, som også gennemgået ovenfor under afsnit 3.3.3, fandt landsretten at de pågældende omstændigheder gjorde, at der var særlige grunde til at afsætte advokaten som kurator, jf. konkursloven § 114.

Såfremt man isolerer de relevante dele af konkurslovens § 238, stk. 1, der vedrører speciel inhabilitet, får man følgende ordlyd:

”Ingen må handle som kurator, hvis der som følge af hans interesse i sagens udfald eller af andre grunde er tvivl om hans upartiskhed i det foreliggende spørgsmål”¹¹⁰

Hvis man anlægger en streng ordlydsfortolkning af denne bestemmelse, kan det anføres, at man ikke kan være kurator, blot man har en særlig interesse i én enkelt sag, eller at der i ét enkelt spørgsmål kan opstå tvivl om ens upartiskhed¹¹¹. Dette er dog ikke tilfældet, idet man i praksis kan se, at der er mulighed for afhjælpning af inhabilitet, såfremt der udelukkende er tale om at man er inhabil i en mindre del af boet. Bet. 606/1971 er dog heller ikke helt så entydig på området, idet det heri fremgår at:

”[...]men opstår en konkret strid mellem en enkelt eller nogle enkelte kreditorer og boet, vil tilknytning til de særligt indblandede kreditorer ofte medføre inhabilitet for så vidt denne tvist angår.”¹¹²

Dette kunne tyde på, at det kun er dén tvist, kurator er inhabil i forhold til, og ikke inhabil i forhold til hele konkursboet, hvilket altså også er den linje praksis har fulgt.

Der er således mulighed for at afhjælpe inhabiliteten ved at afsætte kurator og vælge en helt ny, men såfremt der kun er tale om inhabilitet i forhold til en mindre del af det samlede bo, ses det ofte i praksis, at der antages en med- eller ad hoc-kurator, der i stedet tager sig af den del af boet. Idéen er således, at med- eller ad hoc-kuratoren undersøger det forhold der gør hovedkuratøren inhabil, derved afhjælper dennes inhabilitet.

4.1 Medkurator

Konkurslovens § 113, stk. 2 fastslår, at skiftesamlingen kan vedtage, at der skal vælges flere kuratorer. Dette vil især være tilfældet, hvor boets størrelse og kompleksitet nødvendiggør dette¹¹³, og initiativet vil ofte komme fra fordringshaverne¹¹⁴. Det vil ofte være tilfældet, at fordringshaverne forud for skiftesamlingen har diskuteret og aftalt at der skal vælges mere end én kurator. De vil derudover også jævnlige have aftalt den interne arbejdsfordeling. Valget af to kuratorer vil tit være begrundet i, at der blandt kredsen af kreditorer er en delt bekymring over, at en hovedkreditor har valgt en kurator, der står ham nær – uden der dog kan statueres inhabilitet¹¹⁵. Der vil derefter blive valgt en medkurator, der deltager i bobehandlingen på lige fod med den anden kurator, men kun

¹⁰⁹ Jf. Konkursloven med kommentarer, s. 788

¹¹⁰ Jf. U.1997B.205, s. 211

¹¹¹ Jf. U.1997B.205, s. 211

¹¹² Jf. Bet. 606/1971, s. 266

¹¹³ Jf. Insolvensprocesret, s. 204

¹¹⁴ Jf. Paulsen, s. 825

¹¹⁵ Jf. Paulsen, s. 825

beskæftiger sig med en afgrænset del af bobehandlingen. Den interne arbejds- og ansvarsfordeling vil ofte være aftalt af kreditorerne inden skifteretsmødet¹¹⁶, så det blot er en formalitet at vælge den pågældende kurator. Det vil derudover ofte være en praktisk nødvendighed, at kuratorerne hurtigt aftaler fordeling af ansvar og hvem der skal disponere, således der ikke fremkommer dobbeltdispositioner¹¹⁷.

I forhold til inhabiliteten, er det væsentlige spørgsmål, om en medkurator kan afhjælpe inhabiliteten ved hovedkuratoren, eller om det rigtige at gøre, i stedet var at afsætte kuratoren og antage en anden. I FM.1992.44/2 antyder Vestre Landsret, at en anden kurator kan afhjælpe det ”inhabile forhold”.

I sagen ønskede 97 ud af 163 kreditorer den ene af de to kuratorer afsat, da de mente han var inhabil, som følge af hans involvering i de transaktioner, det konkursramte selskabs direktør havde foretaget. Begge kuratorer oplyste samstemmende, ”at medkurator varetog de sagsområder, som kunne vedrøre det tidligere bestyrelsesmedlem og advokat for direktøren”. Skifteretten afsatte ikke kurator, idet der henvises bl.a. til, at det ved kuratorvalget blev oplyst, at kurator havde været medlem af selskabets bestyrelse og til, at der ikke var konkrete omstændigheder, der tydede på inhabilitet. Landsretten stadfæstede afgørelsen. Det fremgår ikke af afgørelsen, hvorvidt skifteretten lagde vægt på opgavefordelingen mellem kuratorerne, men såfremt der ville være statueret inhabilitet for kuratoren, havde han været enekurator – hvilket må antages at være tilfældet¹¹⁸, idet der var tale om et bestyrelsesmedlem, der havde været inddraget i transaktioner selskabets direktør havde lavet – har valget af medkuratoren afhjulpet inhabiliteten.

Det er tilsyneladende også antaget i forarbejder, at inhabilitet kan afhjælpes ved at antage en medkurator. Bet. 1273/1994 anfører at ”[o]pstår der senere under bobehandlingen habilitetsproblemer, kan dette eventuelt løses ved at udpege en medkurator til at behandle den pågældende sag.”¹¹⁹.

4.2 Skifterettens udpegning af kurator, jf. KL § 113, stk. 4

Før indførelsen af konkurslovens § 113, stk. 4 ved gennemførelsen af konkursprocesreformen i 1996, var det kun skiftesamlingen der kunne træffe beslutning om at boet skulle behandles af flere kuratorer, jf. U.1982.1090H¹²⁰. Efter den nuværende regel i stk. 4 kan skifteretten af egen drift udpege yderligere én kurator. Det bemærkes i Bet. 1273/1994, at der ved høringsrunden i forbindelse med udvalgsarbejdet fra flere sider blev anført, at der undertiden kan være behov for, at et bo behandles af mere end én kurator, hvilket stemmeforholdene i det enkelte bo ikke altid giver mulighed for¹²¹.

Baggrunden for skifterettens afgørelse om udpegning af en yderligere kurator kan ifølge betænkningen være begrundet i stærkt afvigende interesser hos forskellige grupper af fordringshavere¹²². Dette var tilfældet i FED.2000.999V, hvor skiftesamlingen havde valgt at anlægge sag mod kurator, og en kreditor hvis krav udgjorde ca. 80 % af de samlede krav ønskede kurators afgang. Dette afvi-

¹¹⁶ Jf. Paulsen, s. 825

¹¹⁷ Jf. U.1989B.14, s. 21

¹¹⁸ Jf. herved også Kim Sommer Jensen, U.1997B.205, s. 212, efter hvis opfattelse bestyrelsesmedlemmet havde været inhabil som enekurator.

¹¹⁹ Jf. Bet. 1273/1994, s. 59

¹²⁰ I sagen hjemviste Højesteret sagen til Sø- og Handelsretten til fornyet udpegning af kurator, da der ikke i fandtes hjemme i konkurslovens § 113 eller øvrige bestemmelser for, at skifteretten kan træffe afgørelse om, at der skulle beskikkes to kuratorer.

¹²¹ Jf. Bet. 1273/1994, s. 58

¹²² Jf. Bet.1273/1994, s. 59

ste skifteretten, der i stedet udpegede en medkurator til at føre erstatningssagen mod kurator. Skifteretten begrundede dette valg med erstatningssagens karakter, samt det forhold, at bobehandlingen nærmede sig sin afslutning. Landsretten stadfæstede skifterettens kendelse.

Ifølge forarbejderne skal skifterettens mulighed for at udpege yderligere en kurator dog ikke som udgangspunkt benyttes til at afhjælpe inhabilitet, idet det i Bet. 1273/1994 konstateres, at *”[b]estemmelsen bør derimod ikke anvendes i situationer, hvor skifteretten finder den valgte kurator inhabil eller uegnet til hvervet, idet den rigtige fremgangsmåde her er, at skifteretten forkaster valget af kurator efter § 113, stk. 3, og der foretages nyt kuratorvalg. Opstår der senere under bobehandlingen habilitetsproblemer, kan dette eventuelt løses ved at udpege en medkurator til at behandle den pågældende sag”*¹²³.

Paulsen anfører, at det nærmere kan fastlægges hvilke funktioner en kurator udpeget efter konkurslovens § 113, stk. 4 skal have, herunder om funktionen skal være på lige fod med den oprindeligt udpegede kurator, eller om der alene skal udføres undersøgelser i relation til de forhold eller omstændigheder, der gjorde, at den oprindelige kurator blev inhabil¹²⁴. Det er dog vigtigt at have for øje, at udgangspunktet er, at medkuratoren indtræder på lige fod med den oprindelige kurator, hvorefter det af praktiske og økonomiske grunde vil blive aftalt hvad kuratorerne skal beskæftige sig med¹²⁵.

Udgangspunktet er, at hvis der er valgt flere kuratorer, tegner de hver for sig boet, men skifteretten kan dog bestemme andet, jf. KL § 107, stk. 1¹²⁶. Såfremt skifteretten udpeger en medkurator med hjemmel i konkurslovens § 113, stk. 4, for at afhjælpe inhabiliteten ved hovedkuratoren, må det forudsættes, at skifteretten beslutter, at den inhabile, oprindelige kurator ikke har tegningsret for så vidt angår dette forhold¹²⁷.

Skifteretten kan med hjemmel i konkurslovens § 113, stk. 4 dermed udpege en medkurator af egen drift, såfremt det skønnes nødvendigt som følge af stærkt afvigende interesser ved forskellige grupper, eller for at afhjælpe en speciel inhabilitet ved den oprindelige kurator.

Forarbejderne taler derudover om at KL § 113, stk. 4 skal benyttes ved afbalancering af kreditorinteresser, hvilket indikerer, at der er tale om en værnregel til beskyttelse af mindretallets interesser¹²⁸

4.2.1 U.2014.762Ø – Pihl & Søn A/S

Et sådan interessemodsætningsforhold forarbejderne taler om, var netop tilfældet i U.2014.762Ø (Pihl & Søn), hvor skifteretten udpegede en medkurator med hjemmel i konkurslovens § 113, stk. 4. Baggrunden var Pihl & Søn A/S' konkurs, hvor der efter afstemning blandt de stemmeberettigede fordringshavere var 96,67 % der havde stemt for, at der blev valgt 2 kuratorer, mens 4,33 % stemte for at der blev valgt tre kuratorer. Skifteretten bestemte, at advokat A og B var valgte kuratorer, og bestemte derudover, at advokat C, der repræsenterede et mindretal af fordringshaverne i boet, blev udpeget som medkurator, jf. konkurslovens § 113, stk. 4.

A og B havde foreslået at advokat D i stedet blev udpeget som ad hoc-kurator, hvorefter advokat D kærede skifterettens afgørelse om at udpege advokat C som medkurator til landsretten. Landsretten

¹²³ Jf. Bet. 1273/1994, s. 59

¹²⁴ Jf. Paulsen, s. 137

¹²⁵ Jf. herved også ovenfor under afsnit 4.1

¹²⁶ Jf. U.1997B.205, s. 212

¹²⁷ Jf. U.1997B.205, s. 212

¹²⁸ Jf. Bet. 1273/1994, s. 28

fandt, at efter formålet med bestemmelsen, samt henset til boets størrelse og karakter, kunne de tiltræde, at skifteretten havde udpeget yderligere en kurator, hvorefter de stadfæstede skifterettens afgørelse.

Denne kendelse rejser flere overvejelser, da det kan diskuteres, om det ville have været mere rigtigt at udpege en helt udenforstående medkurator, end advokat C. I fremsendelsesskrivelsen fra skifteretten til Østre Landsret, anfører skiftedommeren, at

”...[de kritiske mindretalskreditorer] ønskede bl.a. en nærmere undersøgelse af dette forløb [en virksomhedspantsætning, red.]. Dette forhold sammenholdt med, at advokat [C] repræsenterede disse kritiske kreditorer og med, at advokat [D] blev foreslået af det siddende kuratel, hvoraf i hvert fald denne ene var antaget efter ønske fra en af panthaverne, gjorde, at jeg fandt, at advokat [C] burde udpeges som kurator i medfør af § 113, stk. 4. Rigtigheden heraf understreges nu yderligere af, at advokat [D] i relation til dette kæremål tillige repræsenterer 4 af de finansielle kreditorer, som § 113, stk. 4, bl.a. skal være et værn imod.”

Spørgsmålet er således, om det, sammenholdt med forarbejderne, havde været mere rigtigt at vælge en helt udenforstående. Skifteretten vurderede, at medkuratoren/ad hoc-kuratoren ikke kunne være advokat D, idet han blev foreslået af det siddende kuratel, og at han derfor var inhabil. Hvis man overvejer de overordnede inhabilitetshensyn, kan det diskuteres, om C var mere habil end D. Advokat C var valgt af de kritiske mindretalskreditorer, der ønskede en nærmere undersøgelse af en virksomhedspantsætning foretaget tæt op at konkursen, og spørgsmålet er, om han kan anses for at være helt upartisk og saglig i forhold til denne undersøgelse. Det kan hvert fald diskuteres, om det er tilfældet. Skifteretten ville være kommet udenom denne problemstilling, havde de valgt en helt udenforstående som medkurator.

4.3 Ad hoc-kurator

En ad hoc-kurator anvendes til at tage sig af enkeltstående spørgsmål, som hovedkuratoren er inhabil i forhold til¹²⁹, og er det mildeste indgreb mod kreditorernes bestemmelsesret med hensyn til bostyret¹³⁰.

Konkurslovens bestemmelser omtaler ikke muligheden for at anvende en ad hoc-kurator¹³¹. Ad hoc-kuratorer benyttes dog i vidt omfang i praksis, og det må derfor konstateres, at der har været behov for en nem, smidig løsning, der samtidig ikke er for omkostningstung for boet. Idet ad hoc-kuratorer og almindelige kuratorer ikke er ligestillet, kan det diskuteres om der overhovedet kan findes hjemmel til brugen af ad hoc-kuratorer inden for konkursloven.

En af de væsentligste forskelle mellem en medkurator og en ad hoc-kurator, er at en ad hoc-kurator fratræder når den konkrete opgave er løst, og han har ikke nogen beføjelser vedrørende andre dispositioner end det, det er bestemt han skal beskæftige sig med¹³².

I U.2009.2607Ø blev et selskab erklæret konkurs på baggrund af en egen konkursbegæring, hvorefter der blev udpeget en kurator A. Valget af denne kurator var hovedkreditoren, en bank, ikke tilfreds med, hvorfor de indkaldte til kreditorsamling om kuratorvalg og valgte en anden advokat B som kurator. På foranledning af den første kurator A, antog skifteretten A som ad hoc-kurator med

¹²⁹ Jf. ET.2010.53

¹³⁰ Jf. U.1997B.205, s. 212

¹³¹ Jf. ET.2010.53

¹³² Jf. U.1997B.205, s. 212

hjemmel i konkurslovens § 113, stk. 4. Dette valg kærede B til landsretten, der ikke fandt, at der forelå oplysninger der gjorde at det, i et mindre bo som det pågældende, var påkrævet at udmelde en ad hoc-kurator.

Landsrettens henvisning til boets rolle bør ikke spille nogen rolle i vurderingen af kurators habilitet, og kurator bliver ikke mere habil af, at der er færre midler i boet¹³³. Såfremt det vurderes, at boets størrelse ikke kan bære udnævnelser af en ad hoc kurator, må den udnævnte kurator være fuldt ud habil til at varetage alle hverv i boet – ellers må der vælges en anden kurator, hvis habilitet ikke kan betvivles¹³⁴.

4.3.1 Hjemmel til ad hoc-kuratorer

Idet konkursloven ikke omtaler muligheden for at anvende ad hoc-kuratorer, kan det overvejes om og hvor hjemlen kan findes. Ifølge Kim Sommer Jensen er den nærmeste hjemmel muligheden for at anvende flere kuratorer, jf. KL § 113, stk. 2, dog således at den ene kun skal tage sig af et eller flere særlige spørgsmål, og derudover ikke har indflydelse på bobehandlingen¹³⁵. Dette skal dog ses i sammenhæng med det ovenfor nævnte, at en ad hoc-kurator og en medkurator ikke er ligestillede, hvorfor det ikke er helt uproblematisk at anvende konkurslovens regler om flere kuratorer som hjemmel til ad hoc-kurator.

Kuld og Lindencrone anfører, at speciel inhabilitet kan afhjælpes ved at ”...skifteretten beskikker en medkurator (der indgår som fuldgyldigt medlem af kuratellet) eller en ad hoc-kurator (en kurator med en begrænset opgave). Hjemlen hertil findes i § 113, stk. 4, sammenholdt med § 107, stk. 1, 2. pkt., hvorefter skifteretten kan træffe bestemmelse om, i hvilket omfang kurator kan tegne boet”¹³⁶. Hvis denne kombination lægges til grund, må det også medføre, at skiftesamlingen ikke kan vælge at udpege en ad hoc-kurator, idet det kun er skifteretten der efter § 113, stk. 4 har en sådan kompetence.

Jens Paulsen synes ligeledes at finde hjemlen til ad hoc-kurator i KL § 113, stk. 4¹³⁷, idet han anfører at det er skifteretten der kan udpege en ad hoc-kurator, og fortsætter yderligere med at konkludere, at ad hoc-kuratoren alene vil komme med indstilling til løsning af den pågældende tvist¹³⁸, hvorefter ad hoc-kuratoren ikke har hverken ret eller pligt til at gøre yderligere. I praksis må det dog antages, at ad hoc-kuratoren færdigbehandler den pågældende opgave han er blevet antaget til, og derfor også fører eventuelle omstødsessager eller lignende. Paulsen anfører derudover, at udpegningen af ad hoc-kurator skal være begrundet i specifikke forhold, og at det f.eks. ikke er nok, at en ad hoc-kurator generelt skal undersøge forholdet til en kreditor (ofte hovedkreditoren der har valgt kuratoren)¹³⁹.

Spørgsmålet er derfor, hvem der har kompetencen til at vælge en ad hoc-kurator, om det er skifteretten eller skiftesamlingen – eller om kompetencen eventuelt ligger ved begge. Svaret må være, at både skifteretten og skiftesamlingen har kompetencen til at vælge en ad hoc-kurator. Skiftesamlingens kompetence udspringer af KL § 113, stk. 2, eller eventuelt en analogi heraf¹⁴⁰, og skifterettens kompetence må udspringe af § 113, stk. 4, sammenholdt med § 107, stk. 1, 2. pkt. Såfremt skifteret-

¹³³ Jf. herved også ET.2010.53

¹³⁴ Jf. ET.2010.53

¹³⁵ Jf. ET.2010.53

¹³⁶ Jf. Insolvensprocesret, s. 206

¹³⁷ Jf. Paulsen, s. 795

¹³⁸ Jf. Paulsen, s. 827

¹³⁹ Jf. Paulsen, s. 827

¹⁴⁰ Jf. ET.2010.53

ten har valgt ad hoc-kuratoren, må skiftesamlingen, på samme måde som med den almindelige kurator, have mulighed for at skifte denne ud, såfremt de ønsker det. Den anden ad hoc-kurator, skiftesamlingen måtte ønske, skal naturligvis være habil til at behandle den pågældende opgave han er blevet valgt til¹⁴¹.

Såfremt skiftesamlingen ikke har kompetencen til at vælge en ad hoc-kurator, er det en indskrænkning af fordringshavernes kompetence, hvilket vil være i modstrid med hensigten bag kreditorindflydelsen i konkursboet.

Det må derfor konkluderes, at såfremt man vælger at benytte sig af ad hoc-kuratorer, kan hjemlen findes i enten konkurslovens § 113, stk. 2 eller stk. 4. Dernæst skal vurderes hvordan ad hoc-kurator skal vælges.

En ad hoc-kurator er traditionelt ofte blevet valgt ved at kuratoren har peget på en ad hoc-kurator, som skifteretten så har antaget. På baggrund af Pihl & Søn-kendelsen, må det dog forventes, at denne praksis bliver ændret. Østre Landsret fandt, at alene det faktum, at den foreslåede ad hoc-kurator var blevet peget på af de to oprindelige kuratorer medførte at han var inhabil. Dette må være sammenligneligt med en smittebetragtning mellem de oprindelige kuratorer og den foreslåede ad hoc-kurator. I den pågældende sag, blev dette understreget af, at den foreslåede ad hoc-kurator repræsenterede de kærende parter i kæresagen, hvorfor skifteretten i fremsendelsesbrevet understregede at deres formodning om inhabilitet var korrekt.

Såfremt denne kendelse står til troende, må retsstillingen herefter være således, at den siddende kurator ikke kan pege på en ad hoc-kurator, hvorefter skifteretten antager denne. Det må derfor antages, at det er skifteretten der som udgangspunkt selv skal bestemme hvem der skal antages som ad hoc-kurator. Dette skal dog ses i lyset af, at skifteretten har muligheden for at benytte sig af KL § 113, stk. 4, jf. ovenfor afsnit 4.2, der er en værnsregel, der skal sikre at de store kreditorer ikke majoriserer mindretallet, hvilket netop var situationen i Pihl & Søn.

5. Konklusion

Det kan konstateres, at hensynene bag reglerne om kurators habilitet er at sikre, at behandlingen af konkursboet foregår på en saglig og upartisk måde.

Kurators rolle blev ændret i forbindelse med revisionen af konkursloven i 1996, så rollen nu er mere selvstændig end tidligere. Skifteretten udpeger som udgangspunkt kurator, men fordringshaverne har – som interessenter i boet – en naturlig interesse i at bestemme hvem der skal forestå bobehandlingen¹⁴². Denne interesse medfører, at der er mulighed for at der kan indkaldes til skiftesamling med henblik på at afholde kuratorvalg. Der er ikke som udgangspunkt nogle formelle krav til kurator, der dog næsten altid er en advokat. Det er derudover et krav, at kurator er pålidelig og økonomisk solid.

Konkurslovens § 110 definerer kurators opgaver, der bl.a. indebærer, at kurator ved udførelsen af sit hverv skal varetage boets interesser, sikre boets aktiver og fremme boets behandling mest muligt. Idet kurator er boets repræsentant skal han varetage kreditorernes interesser, dog således at kurator også har skyldnerens samt tredjemands rettigheder for øje.

¹⁴¹ Jf. ET.2010.53

¹⁴² Jf. afsnit 2.1.2

Kurators habilitet er reguleret af konkurslovens § 238, der overordnet sonderer mellem to hovedgrupper af inhabilitet; generel og speciel inhabilitet. Den generelle inhabilitet dækker over situationen hvor man er en af skyldnerens nærstående eller er afhængig af skyldneren, og man er speciel inhabil, hvis man som følge af interessen i sagens udfald eller af andre grunde kan opstå tvivl om kurators upartiskhed i det foreliggende spørgsmål. Der indtræder inhabilitet, så snart der er risiko for, at vedkommende ikke kan agere upartisk eller sagligt.

Under den generelle inhabilitet, er man inhabil, såfremt man enten er nærstående eller er afhængig af skyldneren. Vurderingen af hvorvidt man er nærstående er baseret på konkurslovens definition i § 2, hvor de personkategorier der er aktuelle i forhold til kuratorinhabilitet omfatter personligt nærstående og nærstående som følge af en væsentlig ejerandel af et selskabs kapital. Personligt nærstående er objektivt konstaterbare forhold – ægteskab, børn, forældre osv. – hvorimod det kræver en nærmere undersøgelse at fastlægge hvornår man er nærstående i forhold til en væsentlig ejerandel af et selskab.

Ved en gennemgang af retspraksis kan det konstateres, at retstillingen må være sådan, at det som udgangspunkt er en vurdering af hvor stor en ejerandel man har, men at faktorer som fordelingen af de resterende kapitalandele samt i mindre grad ejeraftaler eller lignende også kan have betydning.

Inhabilitet som følge af et afhængighedsforhold kan f.eks. være hvor kurator er ansat i skyldnerens virksomhed, men det må antages, at der formentlig sjældent vil være tilfælde hvor kurator bliver erklæret inhabil som følge af et afhængighedsforhold.

Reglerne om speciel inhabilitet bunder i kravet om, at der ikke må kunne sættes tvivl om kurators upartiskhed i den specifikke sag han behandler. Vurderingen er baseret på en konkret vurdering i hver enkelt sag, og kan omfatte mange forskellige situationer. Det er også her ofte en kombination af flere forskellige årsager der medfører så stor tvivl om upartiskheden, at der statueres inhabilitet.

Medejerskab fra kurators side kan medføre inhabilitet, men det er ikke udgangspunktet. For at kunne statuere inhabilitet som følge af medejerskab skal ejerandelen være af en størrelse der har medført, at kurator reelt har kunnet øve indflydelse i selskabet. På samme måde kan der foreligge inhabilitet på grund af medlemskab af en bestyrelse, hvilket dog heller ikke som udgangspunkt statuerer inhabilitet. Det er også her en konkret vurdering, hvor et af de afgørende momenter i vurderingen af habiliteten er hvor længe den pågældende har været bestyrelsesmedlem, samt hvilke beslutninger vedkommende har været med til at træffe.

En ofte set situation, er hvor den tidligere advokat bliver antaget som kurator. Dette er ressourcebesparende, idet kurator allerede kender konkurssubjektet, men det skal vurderes hvor tæt kurator har arbejdet sammen med skyldneren, ligesom arbejds karakter skal tages i betragtning. Kendelsen om Andelsboligforeningen Klostergaarden er i denne henseende nok gået en anelse for langt.

På den modsatte side, kan der være habilitetsproblemer hvis kurator har for nære bånd med fordringshaverne, det er dog heller ikke her udgangspunktet at man er inhabil hvis man er tidligere advokat for en fordringshaver. Det skal her, ligesom for skyldneren, vurderes hvor meget arbejder der er tale om, hvornår det er blevet udført og hvilken slags arbejde der er tale om.

Det kan også konstateres, at det ikke er i strid med god advokatskik at påtage sig hvervet som kurator. Derudover skal der ved eventuelle klager over kurator skal vurderes om der er tale om klager over advokaten i skikkelse af hans hverv som kurator eller ej. Førstnævnte skal stiles Skifteretten, sidstnævnte Advokatnævnet.

Der er derudover en risiko for, at inhabiliteten kan smitte. Dette kan f.eks. ske enten gennem kom-pagniskab, kædesamarbejder, kontorfælleskab eller fusioner.

Retsvirkningen af generel inhabilitet er at man ikke kan være kurator, og denne tilstand kan ikke afhjælpes. Den specielle inhabilitet kan i visse situationer afhjælpes. Afhjælpningen af den specielle inhabilitet kan f.eks. ske via en medkurator eller en ad hoc-kurator, ligesom skifteretten har kompetence til at udpege en kurator. Det kan derudover diskuteres om Pihl & Søn-kendelsen udvider om-rådet for inhabilitet i forhold til udpegningen af ad hoc-kuratorer.

7. Litteraturliste

Såfremt der er brugt forkortelser til henvisninger, er disse forkortelser anført i kursiv i klammerne.

Bøger

Andersen, Eigil Lego; Feilberg, Jens; Laudrup, Alex; Schovsbo, Jens m.fl. – *Sø- og Handelsretten 150 år*, 1. udgave, 2011 Karnov Group Denmark A/S [*Sø- og Handelsretten 150 år*]

Andersen, Paul Krüger – *Studier i dansk koncernret*, 1997, Jurist og Økonomforbundets Forlag [*Studier i dansk koncernret*]

Blume, Peter – *Retssystemet og juridisk metode*, 1. udgave, 2011, Jurist og Økonomforbundets For-lag [*Retssystemet og juridisk metode*]

Hansen, Torben Kuld; Petersen, Lars Lindencrone – *Insolvensprocesret*, 3. udgave, 2014, Karnov Group Denmark [*Insolvensprocesret*]

Heiberg, Henry; Petersen, Lars Lindencrone; Ørgaard, Anders – *Rekonstruktionsret*, 4. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag [*Rekonstruktionsret*]

Horsager, Tove; Schiøtz, Peter; Madsen, Ole – *Konkursbehandling i praksis*, 2. udgave, 1992, Ju-rist- og Økonomforbundets Forlag [*Konkursbehandling i praksis*]

Munch, Mogens – *Konkursloven med kommentarer*, 2. udgave, 1980, GEC Gads Forlag [*Munch - 1980*]

Paulsen, Jens – *Insolvensret – Konkurs*, 1. udgave, 1. oplag, 2010 – Thomson Reuters Professional A/S [*Paulsen*]

Petersen, Lars Lindencrone; Ørgaard, Anders – *Konkursloven med kommentarer*, 10. udgave, 2005, Forlaget Thomson [*Konkursloven med kommentarer, 2005*]

Petersen, Lars Lindencrone; Ørgaard, Anders – *Konkursloven med kommentarer*, 12. udgave, 2013, Karnov Group [*Konkursloven med kommentarer*]

Ørgaard, Anders – *Konkursret*, 11. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag [*Konkursret*]

Artikler

U.1979B.234 – Jens Ottosen Støtt – *Om forståelsen af begrebet "nærstående" i Konkurslovens § 2*

U.1989B.14 – Jacob Nørager-Nielsen - *anmeldelser*

U.1997B.205 – Kim Sommer Jensen – *Habilitetskravene til kurator*

U.2003B.387 – Christian Jul Madsen – *Konkurslovens § 2 – nærstående – ”væsentlig del”*

ET.2010.53 – Kim Sommer Jensen – *U2009.2607 Ad hoc kuratorer og udskiftning af kurator*

Domme, kendelser, afgørelser mv.

FED.2000.999V

FM.1992.44/2

FM.2001.104/4V

FM-1-2007-1485317

FM.2010.198

FM.2011.272 (Østre Landsrets kendelse af 16. september 2011)

FM.2012.348

U.1976.644/3H

U.1979.613S

U.1980.1057V

U.1982.1090H

U.1982.1187/2Ø

U.1984.261V

U.1985.989Ø

U.1993.981H

U.1995.76/2V

U.1996.343Ø

U.1998.174Ø

U.1999.34H

U.2001.476V

U.2002.233Ø

U.2002.167V

U.2003.464Ø

U.2004.1163V

U.2005.1403V

U.2009.2607Ø

U.2014.90V

U.2014.762Ø

ØLK B-2863-93

Østre Landsrets kendelse af 6. maj 1992, 4. afdeling, kære nr. 176/1992

Forarbejder

Betænkning nr. 606/1971 – Konkurs og tvangsakkord

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

Betænkning nr. 1484/2006 – Betænkning om hurtigere behandling af konkursboer

Folketingstidende 1. samling 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – bilag 43

Folketingstidende 1. samling 1995-96 – Retsudvalget, L 79 – bilag 54

Andet materiale

Rapport fra udvalg om SØ- og Handelsrettens kurator-/medhjælperordning afgivet den 3. april 2013 til Præsidenten for SØ- og Handelsretten [*Rapport om kuratorordning*]

Hjemmesider:

<http://www.advokatsamfundet.dk/BrugForAdvokat/PligterOgRaadgiveransvar/AdvokatensPligter.aspx>