

FINANSIERINGSRET

Sommereksamen 2006

Begge opgaver skal besvares. Opgave 1 vægtes med 1/3 og opgave 2 med 2/3.

Opgave 1

Der anmodes om en redegørelse for retsvirkningerne af en såkaldt »tilbagetrædelseserklæring«.

Opgave 2

Kyros A/S ydede den 23. juli 2002 vindmølleproducenten Danmølle A/S et ansvarligt lån på 1 mio. kr. Låneaftalen angav ingen løbetid. Lånets eksistens – men ingen løbetid – fremgik ifølge aftale med Kyros A/S af Danmølle A/S' årsregnskaber for 2002 og 2003. Danmølle A/S' årsregnskab fulgte kalenderåret. Kyros A/S kom i år 2003 i økonomiske vanskeligheder og anmodede ved brev af 4. august d.å. Danmølle A/S om straks at indfri lånet. Danmølle A/S svarede, at en indfrielse måtte være udelukket dels af hensyn til Danmølle A/S, dels af hensyn til Danmølle A/S' kreditorer, som havde kunnet læse om lånet i årsregnskabet.

(1) Hvilke muligheder har Kyros A/S for at opnå indfrielse af det ansvarlige lån?

Den 16. maj 2005 underskrev Danmølle A/S en underentreprisekontrakt med Green Energy A/S, der drev virksomhed med projektering og opførelse af energianlæg baseret på vedvarende energikilder. Green Energy A/S havde med Løkken-Vrå Kommune indgået totalentreprisekontrakt vedrørende projektering og opførelse af en vindmøllepark i Løkken – bestående af 5 vindmøller – for en samlet entreprisepå 40 mio. kr. Ved underentreprisekontrakten forpligtede Danmølle A/S sig til at forestå opførelsen af de 5 vindmøller for en underentreprisepå i alt 25 mio. kr., der efter kontrakten kom til udbetaling i 5 rater á 5 mio. kr. Ifølge kontrakten skulle betaling af raterne ske i henhold til en betalingsplan, hvorefter hver enkelt rate forfaldt til betaling i overensstemmelse med de i tidsplanen for entreprisen anførte tidspunkter for færdiggørelse af hver enkelt vindmølle. Til sikkerhed for entreprisens betaling fik Danmølle A/S for et beløb på 25 mio. kr. transport i Green Energy A/S' krav mod

Løkken-Vrå Kommune i henhold til totalentreprisekontrakten. Danmølle A/S gav samme dag, dvs. den 16. maj, Løkken-Vrå Kommune meddelelse om transporten.

Med henblik på finansiering af udgifterne til underleverandører m.v. i forbindelse med underentreprisens gennemførelse kontaktede Danmølle A/S, der gennem længere tid havde haft likviditetsproblemer, den 17. maj 2005 sit pengeinstitut, Kreditbanken, og anmodede om en udvidelse af selskabets kassekredit med 10 mio. kr. Kreditbanken bevilgede kreditudvidelsen på betingelse af, at banken til sikkerhed for udvidelsen *dels* fik transport i Danmølle A/S' krav mod Green Energy A/S i henhold til underentreprisekontrakten, *dels* videretransport i Danmølle A/S' transport i totalentreprisesummen. Begge transporter blev korrekt denuntieret over for henholdsvis Green Energy A/S og Løkken-Vrå Kommune den 17. maj 2005.

Danmølle A/S gennemførte herefter opførelsen af de første 4 vindmøller. På tidspunktet for færdiggørelse af vindmølle nr. 4 havde Danmølle A/S' likviditetsvanskeligheder imidlertid antaget et sådant omfang, at selskabet den 12. september 2005 så sig nødsaget til at indgive konkursbegæring til skifteretten, hvorefter selskabet blev taget under konkursbehandling. Danmølle A/S' kassekredit i Kreditbanken var på dette tidspunkt udnyttet fuldt ud.

Som følge af konkursen ophævede Green Energy A/S den 13. september 2005 berettiget underentreprisekontrakten med Danmølle A/S og opgjorde i denne forbindelse et uomtvistet erstatningskrav på i alt 8 mio. kr. Under henvisning til erstatningskravet gav Green Energy A/S meddelelse til Kreditbanken om, at 4. rate af entreprisesummen (vedrørende vindmølle nr. 4) ikke ville blive betalt. Kreditbanken gjorde over for Green Energy A/S gældende, at erstatningskravet var banken »uvedkommende«, og at banken derfor i henhold til den meddelte transport i underentreprisesummen havde krav på betaling af 4. rate af entreprisesummen. Herudover gjorde Kreditbanken gældende, at man under alle omstændigheder kunne søge sig fyldestgjort qua den meddelte videretransport i Green Energy A/S' krav mod Løkken-Vrå Kommune.

(2) Hvorledes er Kreditbankens retsstilling?

Umiddelbart forud for konkursen – den 11. september 2005 – havde selskabet Nymølle ApS, der samme dag var stiftet af eneaktionæren i Danmølle A/S – Mølle Holding A/S – indgået aftale med Danmølle A/S om overtagelse af Danmølle A/S' bygninger samt driftsinventar og driftsmateriel. Købesummen for de overtagne aktiver udgjorde i henhold til en udarbejdet

overdragelsesaftale i alt 20 mio. kr., der fordelte sig med 12 mio. kr. for bygningerne og 8 mio. kr. for driftsinventar og driftsmateriel. Driftsmateriel og inventar var ubehæftet.

Ifølge aftalen blev købesummen berigtiget *dels* ved kontant betaling af 5 mio. kr., *dels* ved overtagelse af gæld på 10 mio. kr. til kreditforeningen Erhvervskredit, der i henhold til tinglyst pantebrev med 1. prioritet havde pant i bygningerne, *dels* ved overtagelse af gæld på 5 mio. kr. til Danmølle A/S' hovedleverandør – vingeproducenten Wing A/S.

Både Erhvervskredit og Wing A/S, der begge havde kendskab til Danmølle A/S' økonomiske situation, havde meddelt samtykke til gældsovertagelsen. Wing A/S havde flere år tidligere opnået sikkerhed for sit »tilgodehavende til enhver tid« mod Danmølle A/S i form af håndpant i et tinglyst ejerpantebrev med 2. prioritet på 2 mio. kr. med pant i Danmølle A/S' bygninger.

(3) Kan Danmølle A/S' konkursbo rejse krav i anledning af overdragelsen og i givet fald mod hvem? Ved besvarelsen kan lægges til grund, at værdien af de overdragne aktiver svarede til værdien i handel og vandel.

Vejledende bemærkninger til opgaven i finansieringsret (maj 2006)

Løsningseksempel til opgave 2

1. Retsstillingen mellem Kyros A/S og Danmølle A/S

Der er ikke aftalt nogen løbetid for det ansvarlige lån, og det må herefter bero på almindelige regler, om Kyros A/S i forhold til D er berettiget til at forlange indfrielse. De »almindelige« regler fremgår i dette tilfælde af GBL § 5, ifølge hvilken Kyros A/S er berettiget til at forlange indfrielse til enhver tid (»så snart fordringshaveren forlanger det«).

Det er imidlertid ikke forholdet til Danmølle A/S, men *forholdet til Danmølle A/S' kreditorer*, der er et problem for Kyros A/S. Oplysning om det ansvarlige lån er optaget i Danmølle A/S' årsregnskab, og derved er der afgivet et løfte – en udlovning – til kreditorerne om, at lånet indestår i Danmølle A/S' virksomhed, jf. RevisionsOrientering s. 5. Det kan dog begribeligvis ikke være således, at lånet i mangel af angivelse af løbetid indestår tidsubestemt. Af hensyn til Danmølle A/S' kreditorer må tilbagekaldelse imidlertid kun ske med et rimeligt varsel, jf. RevisionsOrientering s. 6. Problemet er at udfinde en metode, som på rimelig vis tilgodeser kreditorernes interesser. I pensum er to sådanne metoder omtalt.

Werlauff overvejer i U 1991 B s. 416 en anvendelse af de regler, som gælder for kapitalnedsættelse i aktieselskaber, jf. aktieselskabslovens § 47 (»proklamametoden«). Werlauff nævner dog selv, at det er meget tvivlsomt, om denne bestemmelse kan finde anvendelse. Formentlig må bestemmelsen forkastes som grundlag for indfrielse: dels får kreditorerne et meget kort varsel (3 måneder), dels skal andre forfaldne krav indfries, dels har det formodningen imod sig, at et ansvarligt lån, som er udlovet i et årsregnskab, skulle kunne tilbagekaldes i Statstidende, og endelig er der ikke hjemmel til, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen medvirker ved en vurdering af, om sikkerhedsstillelse for uforfaldne krav er tilstrækkelig. Det kræves ikke, at alle disse momenter ses, men »proklamametoden« og dens tvivlsomme anvendelse skal kendes.

I RevisionsOrientering er der s. 11 argumenteret for en såkaldt »årsregnskabsmetode«, som indebærer, at et ansvarligt lån, der figurerer i et kalenderårsregnskab for år 1 (tidligst) kan indfries den 31. december i år 3, såfremt det i årsregnskabet for år 2 meddeles, at denne indfrielse vil finde sted. Overført på den konkrete situation indebærer dette, at Kyros A/S har krav på, at tilbagekaldelsen kommer til at fremgå af Danmølle A/S' årsregnskab for 2004, der skal være indleveret inden 5 måneder (tidligere 6 måneder) efter udløbet af 2004. På denne måde opnås det, at tilbagekaldelsen sker i samme »medium« – årsregnskabet – som indeholdt udlovningen, samtidig med at kreditorerne får et rimeligt varsel, nemlig 7 måneder, således at indfrielse kan ske ved udløbet af 2005.

»Revisionsorientering« er: *Torsten Iversen & Lars Hedegaard Kristensen: Ansvarlig lånekapital og tilbagetrædelseserklæringer, Revisionsorientering, artikler E.5 nr. 72.*

2. Kreditbankens retsstilling

Til sikkerhed for kreditudvidelsen har Kreditbanken *dels* fået transport (eftertransport) i Danmølle A/S' krav mod Green Energy A/S på underentreprisesummen, *dels* fået videretransport i Green Energy A/S' krav mod Løkken-Vrå Kommune i henhold til totalentreprisekontrakten.

For så vidt angår *eftertransporten* er det relevante spørgsmål, om Green Energy A/S over for Kreditbanken, der har fået transport i underentreprisesummen, er berettiget til at modregne det i forbindelse med Danmølle A/S' konkurs opgjorte erstatningskrav mod Dan-

mølle A/S. Green Energy A/S' erstatningskrav må utvivlsomt anses for et *konnekst modkrav*. GBL § 28 finder derfor ikke anvendelse, og Green Energy A/S er således berettiget til at anvende erstatningskravet til modregning, jf. GBL § 27.

For så vidt angår *videretransporten* er denne udtryk for en frempantsætning af den sikkerhed, som Danmølle A/S har fået i form af transport i Green Energy A/S' krav mod Løkken-Vrå Kommune i henhold til totalentreprisekontrakten. Denne frempantsætning er undergivet bestemmelsen i DL 5-7-4, hvorefter frempantsætning ikke kan ske til sikkerhed for et højere beløb end dét, som den oprindelige pantsætning sikrer. Som følge af Green Energy A/S' berettigede modregning, jf. ovenfor, har Danmølle A/S efter modregningen ikke noget krav mod Green Energy A/S. Idet frempantsætningen (videretransporten) efter DL 5-7-4 ikke kan sikre et højere beløb end Danmølle A/S' tilgodehavende mod Green Energy A/S, kan Kreditbanken herefter ikke kræve betaling i henhold til videretransporten.

Problemstillingerne er omtalt i *Hans H. Vagner: Entrepriseret*, 4. udgave v/Torsten Iversen (2005), s. 306 ff. og *Lennart Lyngge Andersen & Erik Werlauff: Kreditretten*, 4. udgave (2005), s. 84 ff.

3. Kan Danmølle A/S' konkursbo rejse krav i anledning af overdragelsen?

Købesummen for de fra Danmølle A/S til Nymølle ApS overdragne aktiver berigtiges delvist ved Nymølle ApS' overtagelse af Danmølle A/S' gæld til to kreditorer: Erhvervskredit og Wing A/S. Dette rejser spørgsmålet, om disse kreditorer ved gældsovertagelsen har opnået forøget fyldestgørelsesmulighed for deres tilgodehavende på boets bekostning.

For så vidt angår gældsovertagelsen i forhold til Erhvervskredit er der tale om overtagelse af gæld, der var sikret ved uomstødeligt pant. Boet har derfor ikke lidt noget tab ved gældsovertagelsen, idet det pantsatte aktiv – bygningerne – alligevel ikke ville være kommet kreditorerne i konkursboet til gode.

For så vidt angår gældsovertagelsen i forhold til Wing A/S gør det tilsvarende sig gældende i relation til den del af den overtagne gæld, der var sikret via ejerpantebrevet i bygningerne, dvs. 2 mio. kr. Hvad angår den resterende del af gældsovertagelsen, dvs. 3 mio. kr., er der tale om overtagelse af en usikret kredit.

I overdragelsen indgår Danmølle A/S' ubehæftede driftsinventar og -materiel, der – såfremt overdragelsen ikke havde fundet sted – ville have tjent til fyldestgørelse for samtlige kreditorer i konkursboet. Købesummen herfor berigtiges delvist ved overtagelse af den usikrede gæld til Wing A/S, der herved på de øvrige kreditors bekostning opnår forøget fyldestgørelsesmulighed for sit (usikrede) tilgodehavende.

Det oplyses, at Wing A/S på tidspunktet for overdragelsen var bekendt med Danmølle A/S' økonomiske situation, og konkursboet kan derfor i medfør af KL § 74 kræve dispositionen omstødt i forhold til Wing A/S. Wing A/S må herefter betale erstatning til konkursboet svarende til den del af værdien af det overdragne driftsinventar og driftsmateriel, som modsvarer den usikrede kredit, dvs. 3 mio. kr., jf. KL § 75. Wing A/S kan anmelde et tilsvarende krav i konkursboet og opnå dividende heraf på linie med boets øvrige kreditorer.

Problemstillingen er behandlet i U 1987.807 H, der er medtaget på s. 6 i den materiale-samling, som er pensum.