

**UDSKRIFT
AF
SØ- & HANDELSRETTENS RETSBOG**

Den 22. januar 2014 kl. 10:00 blev skifteretten sat af [redacted] Dommer 2

Der foretoges:

P-8-13

1) Kreditor 1 (Kr. 1)

2) Kreditor 2

mod

[redacted] Debitor A/B

u/konkurs

Ingen var tilsagt eller mødt.

Der fremlagdes:

- replik af 16/08-2013 med bilag 5 og 6,
- duplik af 06/09-2013,

- processkrift 1 af 19/12-2013 fra anmelderne med bilag 7 - 10,
- påstandsdokument af 09/01-2014 fra konkursboet,
- påstandsdokument af 09/01-2014 fra anmelderne,
- processkrift 2 af 17/01-2014 fra sagsøgerne,
- e-mail af 20/01-2014 fra sagsøgerne,
- processkrift A af 19/01-2014 fra sagsøgte,

Der afsagdes sålydende

K E N D E L S E :

Sagsøgerne har nedlagt påstand om, at Sø- og Handelsretten, skifteafdelingen skal beklædes af en dommer ansat udenfor denne skifteret i forbindelse med hovedforhandlingen. Det gøres gældende at chef for skifteretten, dommer [Person 1], er inhabil og at dommere, der har deres virke ved skifteafdelingen under chef [Person 1], ej heller kan anses for habile.

Kurator har gjort gældende, at de af sagsøgerne anførte indsigelser mod skifterettens habilitet er afgjort ved Østre Landsrets kendelse af 19. december 2013 i sag B-3770/13, [Andels.B.F. 1] i likvidation og har ikke haft yderligere bemærkninger til sagen bortset fra en anmodning om at hovedforhandlingen i sagen fastholdes som berammet.

[Andelsboligforening 1 (Andels.B.F. 1)]

Sagens baggrund:

[Debitor A/B] blev erklæret konkurs den 31. maj 2011 på grundlag af en egenbegæring fra andelsboligforeningen.

Habilitetsindsigelsen er fremsat i forbindelse med hovedforhandlingen i en fordringsprøvelsessag, anlagt af to andelshavere, [Kr. 1] og [Kreditor 2], mod konkursboet [Debitor A/B], efter at konkursboet havde afvist deres krav i boet. Kravet var opgjort som differencen mellem boligafgiften og reguleret boligleje, idet det gøres gældende, at foreningens

konkurs i forhold til andelsboligforeningslovens § 4, stk. 1 kan betragtes som et ejerskifte, med den konsekvens at andelshaverne bliver lejere.

Parternes argumenter:

Sagsøgerne, **Kr. 1** og **Kreditor 2**, har navnlig anført, at kurator siden sommeren 2011 har søgt konkursen "ophævet" efter en analogi af konkurslovens § 144. Der er strid om lovhjemlen hertil, og der har verseret en række retstvister herom mellem andelshavere og pant-haveren, Nordea. Fordringsprøvelsessagen må betragtes som et integreret led heri, og såfremt sagsøgerne får medhold, må kurators forsøg på at tilbagelevere anses for definitivt udelukket. Dette søgsmål kan således ikke adskilles fra spørgsmålet om analog anvendelse af konkurslovens § 144. Idet skifterettens ledende dommer, **Person 1**, har udtalt sig i aviser og i Retsudvalget om den generelle og fremtidige behandling af konkurssager vedr. andelsboligforeninger, herunder konkret om **Debitor A/B** under konkurs, og desuden har afholdt møder alene med deltagelse af kurator og panthavers advokat, uden at andelshavernes advokat forudgående har været bekendt hermed, må **Person 1** anses inhabil i sagen, og da han er chef for skifteretten må tillige alle øvrige jurister i skifteretten anses for inhabile.

Om **Person 1's** udtalelser har sagsøger i denne sag henvist til følgende (sagsøgers procedurebemærkninger mellem citaterne er bibeholdt af hensyn til sammenhængen):

".....

Ledende dommer i Sø- og Handelsretten, **Person 1**, udtalte sig i denne egenskab på vegne af "vi i skifteretterne" generelt om formålet med konkursreglerne og retsstillingen for andelsboligforeninger og andelshavere i Jyllands-Posten den **Dato 3** 2012 (bilag 7):

"Som regel får ejerne af andelene i en andelsboligforening væsentlig lavere boligydelse ud af en frivillig konkurs. Men det er ikke formålet. Vi så en række sager komme ind sidste år, og dem forsøger vi at finde en passende afslutning på. Samtidig har de fleste advokater indstillet sig på, at vi i skifteretterne gør vores bedste for at luge nye sager fra. De hører ikke hjenime under konkursreglerne".

På møde den **Dato 1** 2012 i Folketingets Retsudvalg redegjorde dommer **Person 1** i sin egenskab af konkursrådsmedlem, på rådets egen foranledning, blandt

andet for problemstillingen, herunder for den åbenlyse interessekonflikt mellem panthavere og andelshavere (det anførte fremgår på Folketingets hjemmeside som lydfil):

"....

I de senere år så er det her begreb med den retlige interesse blevet vip-pet på hovedet fordi, der er nogle skyldnere, som gerne vil tages under konkursbehandling, og nogle kreditorer, som synes det er en rigtig skidt idé. Og det jeg kommer ind på nu er som sagt andelsboligforeningerne, som har været omtalt i pressen. Og hvad er nu egentligt baggrunden for, at skyldnerne siger "jeg vil gerne erklæres konkurs", og kreditorerne siger "nej". Ja, forholdet er det eller faktum er det, at de pågældende andelshavere, de har optaget nogle lån for nogle år siden på nogle særlige vilkår, jeg nævner bare i flæng ord som "swap" og lignende. Der er tale om lån, der er optaget i en forventning om en kraftig prisstigning på området. Det har vi jo så alle sammen set, at det ikke er sket med det resultat, at man nu sidder med overbehæftede ejendomme, som skal finansieres. Og det er så andelsboligforeningen, der skal kradse disse penge ind hos de enkelte andelshavere...

... Spørgsmålet er så, kan man komme igennem med en sådan konkursbehandling? Og dertil har domstolene svaret, indtil videre i hvert fald: Det kan man ikke. En sådan interesse fra andelshaverens side er ikke en relevant konkursretlig interesse, der kan begrunde et dekret, og derfor så har domstolene, senest Østre Landsret, stadfæstet skifterettens afgørelse om, at det kan man ikke..."

... Jeg er helt enig i, at man jo selv har bragt sig i den her situation. Man kan måske lidt groft sige, at man har deltaget i spekulation og man har tabt. Det er jeg enig i og det er jo også en af grundene til at skifteretten og landsretten har sagt: "Det her hører ikke hjemme hos os". Men det ændrer jo ikke på det faktum, at der er nogen der er i klemme og det er derfor jeg siger: Det er måske det man skal rette skytset mod. Hvordan kan vi så hjælpe folk ud af den klemme de er i, for ellers får vi nok en stribe konkurser på det her område kunne jeg forestille mig".

Afgørelsen der henvises til med "dertil har domstolene svaret" er U2012.2522 Ø (Odinsvej). Det er indtil videre den eneste afgørelse, der konkret afviser, at der foreligger retlig interesse for en forening, og rækkevidden af denne afgørelse er forbundet med usikkerhed. Der ses ikke i dansk ret at foreligge andre afgørelser, der ved et selskabs eller en forenings beslutning om og indgivelse af egen begæring om konkurs, har afvist at der foreligger retlig interesse.

Udtalelserne i retsudvalget giver desuden anledning til et par præciseringer og grundlæggende overvejelser. Det er for det første ikke som angivet andelshaverne, men derimod foreningen som juridisk person, der har optaget lånene. Der er næppe heller retskildemæssig dækning for at hævde, at det er foreningen, der skal (forstået som har pligt

til at) kradse penge ind hos medlemmerne. Foreninger fastsætter som udgangspunkt selv på generalforsamlingen sine kontingenter, og tilsvarende for andelsboligforeninger selv sine boligafgifter. Foreningen har intet juridisk grundlag for at opkræve andre beløb hos medlemmerne end dem, der er godkendt på generalforsamlingen.

Senest fremgår af Jyllands-Posten den [Dato 2] 2013 (bilag 8):

"Skifterettens chef er dommer [Person 1]. Han sagde sidste år til Jyllands-Posten, at andelsboligforeninger ikke har en retlig interesse i at erklære sig selv konkurs, så medlemmerne blev lejere igen. 'Debitor A/B' er sluppet igennem, men det er der ikke flere andelsboligforeninger, som gør, medmindre det er kreditors ønske. Om brugen af paragraf 144 er lovlig, vil jeg ikke gætte på. Det kræver noget kreativ tænkning at bruge den imod skyldnerne. Jeg følger som alle andre sagen", siger [Person 1]."

....."

Sagsøgerne har endvidere henvist til, at der i august/september 2012 er afholdt mindst et møde i skifteretten til drøftelse af problemstillinger omkring konkurslovens § 144, med deltagelse af [Person 1], kurator, adv. Bo Lauritzen og panthavers advokat, Carsten Ceutz, men ikke repræsentanter for andelshaverne. Mødet er afholdt på et tidspunkt, hvor det i konkursboet stod klart, at der var grundlæggende uenigheder og tvist om boets behandling mellem foreningen/andelshaverne på den ene side og panthaver på den anden side.

Sagsøgerne henviser til at dommer [Person 1] i brev af 27. juni 2013 (sagens bilag 9 – et svar på henvendelse fra sagsøgernes advokat) har oplyst følgende om mødet:

... jeg [kan] oplyse, at der ikke har været afholdt retsmøde mellem ovenstående parter, men at kurator, advokat Bo Lauritzen og advokat Carsten Ceutz på et tidspunkt i forbindelse med ærinder i Sø- og Handelsretten henvendte sig til mig med generelle spørgsmål omkring konkurslovens § 144.

Hertil kan jeg oplyse, at bestemmelsen blev drøftet, men at jeg oplyste parterne om, at jeg ikke behandlede den pågældende sag og derfor ikke kunne udtale mig konkret herom. Jeg modtager næsten dagligt både telefoniske, skriftlige og personlige henvendelser omkring insolvensretlige spørgsmål, hvilket – udover min stilling – formentlig kan tilskrives, at jeg er medforfatter til bogen om Insolvensprocesret.

På denne baggrund gøres det gældende, at dommer [Person 1] er inhabil efter såvel det objektive som det subjektive kriterium. Udtalelserne fremstår også i forhold til den

konkrete sag som en forudgående tilkendegivelse om sagens udfald fra skifterettens chef – uden hensyn til de konkrete omstændigheder. Det kan således ikke udelukkes, at medarbejdere der er ansat ved embedet med dommer **Person 1** som chef vil være under en vis ikke ubetydelig indflydelse af de fremkomne udtalelser m.v., og således ud fra et subjektivt habilitetskriterium også afskåret fra at behandle sagen. Udtrykket ”en passende afslutning” må antages at være en analog anvendelse af konkurslovens § 144, og denne fordringsprøvelsessag vil være prohibitiv herfor. Sagen må således på baggrund af dommer **Person 1's** udtalelser anses afgjort på forhånd.

Skifterettens bemærkninger:

Sagsøgers anbringender til støtte for den fremsatte habilitetsindsigelse er i stor udstrækning svarende til de anbringender som **Andels.B.F. 1** i likvidation har gjort gældende til støtte for en habilitetsindsigelse fremsat i forbindelse med en procedure om konkursbetingelserne i sagen **Andels.B.F. 1** i likvidation mod Danske Bank A/S og Realkredit Danmark A/S (K-1774/13-G). I den pågældende sag stadfæstede Østre Landsret den 19. december 2013 skifterettens kendelse om, at den retsassessor som behandlede sagen ikke var inhabil. Skifteretten er blevet bekendt med at **Andels.B.F. 1** i likvidation indgivet ansøgning om tredjeinstansbevilling.

Andelsboligforening 2 (Andels.B.F. 2)

Det bemærkes endvidere, at Retten i Aalborg den 6. januar 2014 har afsagt en kendelse med nægtelse af at tage en konkursbegæring indgivet af **Andels.B.F. 2** i likvidation til følge, med begrundelsen manglende retlig interesse. Denne kendelse følger således den retspraksis som blev fastlagt af Østre Landsret ved kendelse U2012/2533Ø. Den seneste kendelse er efter det oplyste nu kæret til Vestre Landsret.

Den foreliggende sag vedrører materielt ikke direkte spørgsmålet om hvorvidt en andelsboligforening kan erklæres konkurs, men spørgsmålet om hvorvidt en konkurs i forhold til andelsboligforeningslovens § 4, stk. 1 kan betragtes som et ejerskifte, med den konsekvens at andelshaverne bliver lejere. Sagsøgers synspunkt om at der er en vis sammenhæng med spørgsmålet om andelsboligforeningers konkurs kan imidlertid tiltrædes.

Det mere generelle spørgsmål om mulige habilitetsmæssige konsekvenser ved at en dommer i forskellige sammenhænge skriver om eller udtaler sig om sin generelle opfattelse af et retsspørgsmål – enten teoretisk eller med baggrund i konkrete retsforhold - må anses afklaret ved Østre Landsrets kendelse af 19. december 2013 i **Andels.B.F. 1** -sagen.

Endvidere må det lægges det til grund, at "fuldmægtigreglen" i retspraksis fortsat – også efter domstolsreformen, hvor retsassessorer og dommerfuldmægtige fik ansættelsesværn - bevirker at en chefdommers inhabilitet smitter af på dommerfuldmægtige og retsassessorer.

Spørgsmålet er herefter om de konkrete forhold, som er omtalt vedrørende dommer

Person 1's udtalelser – der blev afgivet blandt andet i forlængelse af **Debitor A/B's** konkurs - i faglig litteratur, under en høring i Folketingets Retsudvalg og til pressen, samt under en kort og uformel drøftelse med kurator og panthaver, men uden deltagelse af repræsentanter for andelshaverne, bevirker inhabilitet specifikt i forbindelse med behandling af konkursboet **Debitor A/B**, herunder aktuelt og konkret i forbindelse med den berammede hovedforhandling i fordringsprøvelsessagen.

Dommer **Person 1** har i den nævnte sag vedr. **Andels.B.F. 1** ved kendelse af 26. september 2013 – der ikke blev påkæret - truffet afgørelse om, at foreningens begæring om at skifteretten skal beklædes af en person uden for Sø- og Handelsrettens skifteret ikke tages til følge. En del af begrundelsen vedrører baggrunden for de citerede udtalelser i Jyllands-Posten:

"...

*Med hensyn til de citerede avisartikler er disse ligeledes fremkommet på baggrund af min gengivelse af det synspunkt, som fremgår af Insolvensprocesretten s. 154, og hvor jeg har tilkendegivet, at et ønske hos medlemmerne af en andelsboligforening om at ændre status til lejere ikke synes at være "en interesse, der bør beskyttes af konkursinstituttet." Denne opfattelse af retstilstanden, som navnlig bygger på U 2012.2522 Ø, er i en af artiklerne gengivet med ordene "**Debitor A/B** er sluppet igennem, men det er der ikke flere andelsboligforeninger, som gør". Jeg har i dag ingen nærmere erindring om det præcise ordvalg under samtalen med journalisten, dog kan jeg tilføje, at emnet også blev drøftet i sammenhæng med, at egenbegæring fra andelsboligforeninger fremadrettet ikke ville blive behandlet, uden at panthaveren ville blive inddraget. Normalt tages en egenbegæring blot til følge, uden at kreditorerne på*

forhånd er underrettet herom. Dertil kommer, at det anførte citat alene er udtryk for en mulig, men sandsynlig følge af det juridiske standpunkt, som jeg har givet udtryk for i bogen. Det er derfor holdningen i bogen, som er det centrale for habilitetsspørgsmålet. Jeg har ikke udtalt mig om denne konkrete sag, men om det, som jeg mener, er retstilstanden på området under de forudsætninger, der har været i de tidligere sager. Nærværende sag skal naturligvis som alle andre sager afgøres på grundlag af dennes konkrete omstændigheder. Jeg finder derfor, at den abstrakte opfattelse af gældende ret, som jeg har givet udtryk for, og som navnlig bygger på retspraksis, heller ikke kan føre til inhabilitet, jf. herved tillige U 2009.550 Ø

Med hensyn til det omtalte møde med kurator i **Debitor A/B** under konkurs og panthavers advokat har dommer **Person 1** i brev af 12. september 2013 til sagsøgernes advokat skrevet følgende:

"Jeg har modtaget Deres brev af 5. september 2013 og kan henholde mig til mit brev af 27. juni 2013, hvor jeg bl.a. oplyste, at der ikke var tale om et møde, men en uformel henvendelse. Jeg har i dag ingen erindring om, hvornår dette fandt sted. Jeg har heller ingen erindring om drøftelserne, udover at der var tale om generelle drøftelser, ligesom jeg ikke har erindringer om andre uformelle drøftelser om § 144 med de pågældende. ..."

Person 1 har endvidere i et notat af 14. januar 2014 til brug for denne sag skrevet følgende:

*Jeg kan bekræfte, at kurator, advokat Bo Lauritzen og adv. Carsten Ceutz, der repræsenterer panthaveren i **Debitor A/B**, på et tidspunkt rettede henvendelse, idet de ønskede at drøfte anvendelsen af konkurslovens § 144 i forhold til en kreditor. Jeg får hver uge flere henvendelser fra advokater, andre jurister og private, der ønsker at drøfte insolvensretlige problemstillinger, og herunder om jeg måtte have kendskab til utrykte afgørelser eller andre vanskeligt tilgængelige juridiske oplysninger. Dette gælder både i forhold til boer, der behandles i Sø- og Handelsretten, og ved andre embeder. Jeg anser det for en naturlig serviceydelse at forsøge at besvare sådanne forespørgsler, men jeg understreger altid, at der er tale om en generel besvarelse, og at den endelige afgørelse beror på den dommer(fuldmægtig), der behandler sagen. Dette har jeg også kraftigt understreget i dette konkrete tilfælde. Der er som følge heraf heller ikke oprettet en retsbog i konkursboet. Jeg erindrer, at jeg på forespørgsel om anvendelsen af konkurslovens § 144 oplyste, at der var flere eksempler på, at konkursboer var udleveret efter denne bestemmelse på foranledning af en skyldner, men at jeg ikke havde kendskab til, at dette var sket på foranledning af en kreditor. Jeg tilkendegav også, at jeg på daværende tidspunkt anså dette spørgsmål for uafklaret og ikke behandlet i teori* og praksis. Dette svar var formentlig årsag til, at spørgsmålet efterfølgende blev rejst i **Debitor A/B**. Jeg formoder, at kurator og panthaver ville sikre sig, at de ikke unødigt indbragte en sag for skifteretten, hvis spørgsmålet allerede var afklaret. Jeg har således ikke udtalt mig om udfaldet i **Debitor A/B** under konkurs."*

**Advokat Lars Lindencrone Petersen har ifølge det oplyste efterfølgende fået offentliggjort en artikel om spørgsmålet i Festskrift til Erik Werlauff.*

Det generelle spørgsmål om andelsboligforeningers konkurs har påkaldt sig betydelig interesse og er – ligesom det er sket i mange andre tilfælde med ny retsudvikling – i forskellige sammenhænge blevet diskuteret af jurister, der beskæftiger sig med insolvensskifteret, og andre interesserede. Den type drøftelser vil naturligt ofte tage udgangspunkt i konkrete sager.

Som i andre parallelle situationer, fx ved forligstilkendegivelser i civile sager, er det afgørende i forhold til habilitetsvurderingen herefter, om dommerens udtalelser har haft en konkret og bestemt karakter i relation til det forventede udfald af sagen. Det er min vurdering, at Person 1's udtalelser, også i forhold til Debitor A/B under konkurs, har haft karakter af en relativt generel og foreløbig beskrivelse og problematisering af retstilstanden, i en situation hvor nogle andelsboligforeninger var taget under konkursbehandling, og fortsat var under konkurs, mens afgørelser i senere retspraksis har nægtet andre konkursbegæringer fremme.

Efter Person 1's redegørelser om det begrænsede indhold af det omtalte møde med kurator og panthavers advokat kan dette forhold ikke i sig selv bevirke en ændret vurdering af habilitetsspørgsmålet.

Jeg mener således ikke at der er grundlag for at rejse tvivl om skifterettens og konkret undertegnedes fuldstændige upartiskhed i denne sag, jf. retsplejelovens § 61.

Herefter bestemmes:

Sagsøgernes påstand om at jeg skal vige mit sæde i denne sag tages ikke til følge.

Retten hævet.

Dommer 2