

Andelsboligsektoren har brug for en timeout

Magnus Esmark*

De sidste år har været turbulente for andelsboligsektoren. En lang række af foreninger i økonomiske problemer har haft forskellige typer af opgør med deres finansierende realkreditinstitut. Sagerne har kredset omkring foreningernes mulighed for at erklære sig selv konkurs mod kreditors vilje, men har også berørt andre insolvensretlige spørgsmål som brugelig pant og omstødelse. Den hidtil største sag, Duegården,¹ har næppe sat det sidste punktum i disse sager; dels fordi dommen er afsagt med tre dissenterende dommere, dels fordi sagen kun delvist løser de problemer, der knyttet sig til sagerne. Derfor er retsstillingen for foreningerne i økonomiske problemer og deres kreditorer stadig usikker, og der foregår en "kamp fra hus til hus". I artiklen analyseres sagerne om A/B Duegården og A/B Doktorparken med fokus på insolvenskriteriet i konkursloven. Det konkluderes, at konkurslovens nuværende insolvensbegreb er ude af stand til at håndtere sagerne, og at selv den mest korrekte anvendelse af begrebet i disse sager vil indebære en særdeles udvidende fortolkning. På sigt er der derfor behov for, at lovgiver klargør retsstillingen, men i første omgang er der dog brug for hurtigt at få ro på et stormomsust andelsboligmarked. En sådan ro bør skabes ved at lade skifteretten påtvinge udsættelse af betalinger på foreningens gæld til det finansierende realkreditinstitut mod at forhindre foreningens ophør med det formål at sikre foreningernes økonomi uden at foretage en endelig tabsfordeling.

1. En turbulent tid for andelsboligsektoren

I årene op til finanskrisens udbrud blev der stiftet en række andelsboligforeninger på et spinkelt økonomisk grundlag. Finansieringen foregik ofte med anvendelse af renteswaps, rentetrapper og afdragsfrie lån.

* Jurastuderende, Københavns Universitet
[magnus.esmark@jur.ku.dk].

¹ U2016.2802.

Efter krisens indtræden begyndte bagsiden af disse finansieringsformer at vise sig. For nogle foreninger betød en historisk lav rente negativ værdi på swapsne med store udgifter til følge. For andre begyndte rentetrappen at kunne mærkes. Samtidig manglede nogle foreninger løbende indtægter, fordi et forventet frasalg af lejelejligheder ikke lykkedes med manglende andelsbidragsindtægter til følge. Da ejendommens værdi og renteswappens kursværdi faldt efter krisen, vil andelskronen typisk være nul.²

I denne situation har mange foreninger valgt at kaste håndklædet i ringen og gå i likvidation, altså realisation af foreningens aktiver, opfyldelse af gældsforpligtelser og fordeling af tilbageværende værdier mellem foreningsmedlemmerne. Foreningsmedlemmerne har intet at miste, da deres andelsbevis allerede er værdiløst. Og sælges ejendommen, vil de i medfør af andelsboligforeningslovens (ABL) § 4 kunne blive boende i deres nuværende lejligheder, men typisk til en lavere husleje end det eksisterende boligbidrag. Det synes åbenbart, at likvidation er den fornuftigste løsning for disse foreninger, hvis økonomiske fremtid ikke lader til at kunne reddes.

Andelsboligforeninger i denne situation er imidlertid i underbalance. Likvidatorerne kan derfor ikke gennemføre en likvidation og har indgivet konkursbegæring. Men konkurs ville betyde, at det finansierende realkreditinstitut skulle realisere et stort tab på en ejendom, hvis værdi ikke strækker til at dække pantegælden, og i nogle sager også en renteswap i betydelig underkurs. Derfor har realkreditinstituttet, der typisk er eneste kreditor af betydning, modsat sig konkurs og givet foreningerne henstand med betalinger, lovet at dække vedligeholdelsesudgifter, m.m.

Sagerne udfordrer konkursloven på to punkter: Dels rejser det spørgsmål om en enekreditors mulighed for at afværge konkurs, når skyldner ønsker konkurs. Dels viser det, at der eksisterer et juridisk tomrum mellem almindelig likvidation og konkurs.

² For en nærmere gennemgang af den typiske stiftelsesproces, se Kasper Steensgaard, 'En status over andelsboligforeningsopgøret' [2016] T:BB 581.

2. Konkursloven vendt på hovedet

Det er en grundlæggende antagelse i konkurslovens regler, at det er en skyldner, der ønsker at undgå konkurs, og at det er en kreditor, der vil forfølge konkurs. Når en skyldner selv ønsker konkurs, er det sjældent i direkte konflikt med kreditorerne.³ I den forstand er den seneste bølge af sager om andelsboligforeninger i økonomisk uføre udtryk for, at konkurslovens emne stilles på hovedet: Pludselig er det skyldner, der ønsker konkurs, mens kreditor forsøger at undgå en sådan.

Konkurslovens regler er ikke indrettet til at håndtere en sådan situation. I det følgende vil det blive gennemgået, hvorledes konkurslovens insolvensbegreb kortslutter, når en insufficient juridisk person går i likvidation.

2.1 De to væsentlige domme – Duegården og Doktorparken

På spørgsmålet om konkurslovens insolvensbegreb er de to ledende domme Duegården og Doktorparken.⁴

2.1.1 A/B Doktorparken, U2014.2575V

A/B Doktorparken var en mellemstørrelse andelsboligforening med 14 andele stiftet i 2007. Ejendommen blev finansieret af Nykredit, og finansieringen indeholdt en rentetrappe og renteswapaftale. I 2013 trådte foreningen i likvidation som følge af, at driften var i underskud i 2011 og 2012, samt at foreningen ikke var i stand til at sælge to andele, hvilket var

³ Se til eksempel U2011.1227, hvor en skyldners konkursbegæring afvistes, da den alene havde til formål at sikre en kortere gældssaneringsperiode.

⁴ Begge sager omhandler også betydningen af retlig interesse. Doktorparken går dog ikke videre ind i dette, og Odinsvej (U2012.2522) må sammen med Duegården anses for at være de to ledende domme på dette område, der ikke behandles yderligere i nærværende artikel.

nødvendigt for at få driften til at løbe rundt. Likvidatorerne indgav konkursbegæring, da de konstaterede underbalance.

Landsretten udtalte, at uanset formodningsreglen i konkurslovens (KL) § 18 måtte det stadig være konkursrekvirenten, der skulle løfte bevisbyrden for insolvens. Herefter oplyste landsretten bl.a. følgende relevante forhold: at foreningen ikke havde forsøgt at inddrive forfaldne boligydelse hos medlemmerne, at foreningen ikke havde anden forfalden gæld, samt at Nykredit havde fremsendt tilbud om en ordning. Ud fra en samlet vurdering af disse forhold mente landsretten ikke, at foreningen var insolvent.

2.1.2 A/B Duegården, U2016.2802H

A/B Duegården var en stor andelsforening med flere hundrede andele stiftet i 2007. Foreningen erhvervede sin ejendom beliggende på Frederiksberg for 360 mio. kr. med finansiering fra Nykredit. Finansieringen indeholdt en renteswapaftale og rentetrappe. Foreningen trådte i likvidation 2013 som følge af manglende indtægter fra salg af andele. Likvidatorerne indgav konkursbegæring, da de konstaterede underbalance.

Landsretten anførte, at man ved en insolvensvurdering efter KL § 17, stk. 2 ikke blot skulle kigge på, hvorvidt der aktuelt var forfaldne, ubetalte fordringer. Man måtte også tage i betragtning, om 'foreningen vil kunne betale gæld, efterhånden som den forfalder'.⁵ Yderligere inddrog landsretten faktorerne fremtidige indtægter og forventelige fremtidige gældsposter.

Herefter konstaterede landsretten, at foreningen er insolvent, hvis man ser bort fra Nykredits tilsagn. Da drejede undersøgelsen sig om, hvorvidt tilsagnet kunne vende om på dette forhold. I denne undersøgelse konstateredes det, at tilsagnet ikke i sig selv udgjorde en langsigtet løsning

⁵ U2016.2802, 2828.

på foreningens gældsproblemer. Ikke desto mindre ville det sikre foreningen frem til 2021, hvilket var tilstrækkeligt for landsretten.

På denne baggrund erklæredes Duegården for solvent. Landsretten anførte, at det ikke kunne føre til andet resultat, at foreningen derved havnede i et retstomrum mellem likvidation og konkurs.

I *Højesteret* udtalte flertallet på fire dommere, at Duegården var insolvent, hvis man så bort fra Nykredits tilsagn. Afgørende blev herefter som for landsretten, hvorvidt Nykredits tilsagn burde indregnes. Her lagde flertallet vægt på, at Nykredits tilsagn var *uklart i sit indhold* og at det *pålagde Duegården forpligtelser*. På denne baggrund udtalte flertallet, at der var tale om et 'tilbud om tilskud, der på grund af dets indhold og forudsætninger kræver en accept, som Duegården ikke har givet.' Tilbuddet var ifølge flertallet også uklart i sit indhold, og det var uklart hvad konsekvenserne ville blive, hvis der ikke kunne opnås enighed om budgetlægningen. Endelig bemærkede flertallet, at tilbuddet ikke indebar en løsning på de økonomiske problemer, og at det derfor ikke bevirkede, at insolvens 'blot er forbigående' som i KL § 17.

Et mindretal på tre dommere udtalte, at Nykredits tilsagn var juridisk bindende for Nykredit, og at Duegården derfor kunne fortsætte sin drift i tillid til, at driften foregik forsvarligt. Kravet om forsvarlighed i driften var ifølge mindretallet 'en naturlig følge af den gensidige loyalitetsforpligtelse i kontraktforholdet.'⁶ Mindretallet betragtede tilsagnet som stiltiende accepteret af Duegården og mente i øvrigt, at foreningen ikke ville være berettiget til at afslå tilbuddet, når formålet var et gå konkurs. Tilsagnet sikrede ifølge mindretallet Duegårdens økonomi tilstrækkelig lang tid fremad, hvorfor det stemte for at stadfæste landsrettens kendelse.

⁶ U2016.2802, 2838.

2.2 Kreditor benægter insolvens med henvisning til tilsagn

Centralt for argumentationen i begge de refererede sager har været de tilsagn, kreditor har givet for at undgå foreningernes insolvens. Tilsagnet har dog haft forskellig grad af betydning for udfaldet, hvilket den ovenstående gennemgang af sagerne også viser.

2.2.1 Tilsagnets betydning i de to kendelser

I *Doktorparken* afviste landsretten konkurs med henvisning til en række forhold, herunder kreditors tilsagn. Interessant er det, at landsretten eksplicit afviste at lægge vægt på foreningens afvisning af Nykredits tilbud, dog uden nærmere begrundelse. Et på flere måder lignende tilbud blev afgivet af Nykredit til Duegården, og Højesterets flertal nåede her frem til, at tilbuddet ikke kunne være bindende, blandt andet fordi det indeholdt betingelser for Duegården. Kreditors tilbud i *Doktorparken* indeholdt ligeledes betingelser, eksempelvis 'at den enkelte andelshaver, som måtte ønske at sælge sin andel, lader sig bistå ved salget via Nybolig i Hobro' samt 'godkendelse af budget for 2014'.⁷ Alligevel nåede landsretten frem til, at foreningens afvisning af tilsagnet ikke kunne tillægges betydning. Kendelsen er på dette punkt formentlig i modstrid med Højesterets flertals opfattelse i *Duegårdssagen*. Det havde formentlig været mere korrekt af landsretten i *Doktorparken*-sagen at lægge vægt på de samme hensyn som flertallet af Højesteret gjorde i *Duegården*.

I *Duegården* skelnede et flertal på fire dommere i Højesteret mellem to forskellige tilsagn givet af Nykredit. Det første tilsagn fra 2011 blev anset for klart og ubetinget, og blev derfor anerkendt som bindende, men var ifølge flertallet ikke tilstrækkeligt til at sikre Duegårdens solvens. Det andet tilsagn fra 2015 gik

⁷ U2014.2575, 2579.

(...) videre end Nykredits ensidige afkald på egne tilgodehavender, men vi finder, at Nykredits tilsagn ikke ændrer vurderingen af, at Duegården må anses for insolvent, jf. konkurslovens § 17, stk. 2. Vi lægger herved vægt på, at der er tale om et tilbud om tilskud, der på grund af dets indhold og forudsætninger kræver en accept, som Duegården ikke har givet.⁸

Der er således tale om en konkret begrundet afgørelse. Dette ses også i flertallets efterfølgende argumentation, der gennemgår nogle for sagen meget specifikke argumenter for at tilsagnet er uklart, at foreningen ikke har accepteret stiltiende, etc.

I Højesteret procederede kreditor på det synspunkt, at foreningen havde tiltrådt tilsagnet stiltiende, hvilket som nævnt afvistes af flertallet, men tiltrådtes af mindretallet.⁹ Det er således enighed mellem flertallet og mindretallet så langt, at der angående tilsagnet fra 2015 aftaleretligt var tale om et tilbud. Mere væsentligt adskiller mindretallets udtalelse sig på det punkt, at

(...) Duegården ikke ville være berettiget til at afslå et sådant tilsagn med den virkning, at foreningen kan begære sig konkurs, når tilsagnet sikrer fortsat drift og ekstraordinær vedligeholdelse uden yderligere gældsætning og uden forhøjelse af andelshavernes boligafgift.¹⁰

Mindretallet anser altså tilsagnet som bindende, og udtrykker samtidig tillid til, at tilsagnet giver sikkerhed for foreningens drift tilstrækkelig langt frem i tiden. Mindretallet giver ikke udtryk for de samme bekymringer som flertallet hvad angår tilsagnets klarhed og løser problemet med foreningens forpligtelser ifølge tilsagnet ved at henvise til den gensidige

⁸ U2016.2802, 2837.

⁹ Ibid., 2837.

¹⁰ U2016.2802, 2838.

loyalitetspligt i kontraktforholdet, ligesom mindretallet lader til at have tillid til, at parterne vil være i stand til at afklare tvivlsspørgsmål om driften.

2.2.2 Hvilket tilsagn kan forhindre ophør?

Den principielle uenighed mellem flertallet og mindretallet lader til at gå på spørgsmålet om, hvilke krav et tilsagn skal leve op til, før det bliver bindende for foreningen. De to udtalelser inddrager naturligvis en række andre hensyn og forhold i deres vurdering, men for fremtidens retsstilling er det først og fremmest relevant at undersøge, om der ud fra dommen kan udledes nogle retningslinjer for, hvordan Nykredit og andre långivere kan undgå, at flere andelsboligforeninger i tilsvarende situationer får lov at gå konkurs.

Ingen af de to udtalelser giver noget klart svar på dette spørgsmål, og kendelsen er for konkret afsagt til at kunne udgøre en klar retskilde i fremtidige sager. Selv hvis Duegården havde givet et klart svar på dette spørgsmål, havde det ikke løst en langt mere grundlæggende udfordring ved denne type sager. Et tilsagn som det diskuterede er nemlig kun egnet til at udskyde foreningens problemer: Kreditor har på intet tidspunkt i nogle af sagerne været villig til at foretage en egentlig akkordering af gælden. Man kan derfor ikke forvente, at de vil give et tilsagn der nedsætter gældens størrelse så meget, at foreningens egenkapital bliver positiv. Giver kreditor i stedet et tilsagn, der udsætter betaling af afdrag i ti år, vil foreningens økonomiske problemer blot genopstå senere. I en sådan situation vil foreningen igen kunne beslutte at gå i likvidation, hvorved et andet problem aktualiseres: Hvordan står en juridisk person i underbalance, der ønsker at ophøre, når kreditor ikke ønsker en konkurs?

2.3 Insolvent likvidation – et oxymoron

Sagerne om Doktorparken og Duegården foregik begge således, at foreningerne blev anmeldt til likvidation, hvorefter likvidator indgav konkursbegæring. Som det ses, har domstolene haft en svingende praksis

hvad angår det retstomrum, der opstår mellem på den ene side solvent likvidation – der i sagerne ubestridt ikke var en mulighed – og på den anden side konkurs – der kun fsva. Duegården blev udfaldet. Området mellem disse to situationer er insolvent likvidation, et udtryk, der vel nærmest er et oxymoron efter 1977-ændringen af konkursloven, der afskaffede insolvent likvidation for aktieselskaber som alternativ til konkurs.¹¹

Foreningerne har således gjort gældende, at *hvis* man har besluttet likvidation og *hvis* egenkapitalen er negativ, da er den eneste mulighed konkurs. Synspunktet er intuitivt, da en juridisk person ikke længere kan ophøre gennem likvidation, når gældens størrelse overstiger aktiverne. Konkurs på baggrund af insufficiens alene er dog i modstrid med 1971-betænkningen, der giver udtryk for et bevidst fravalg af insufficiens som konkursbetingelse,¹² og det er da også heri, kreditorernes argumenter har taget deres udgangspunkt.

Når man ikke lader et insufficient likvidationsbo konkursbehandle, opstår imidlertid det problem, at muligheden for at ophøre reelt bortfalder, og foreningen havner i et juridisk limbo. I et sådant limbo kan der logisk ske én af to ting:

Enten må likvidator fortsætte sit arbejde, hvilket vil medføre foreningens ophør og udbetaling af dividende til boets enekreditor. Om end foreninger ikke er omfattet af selskabsloven, strider dette imod princippet i selskabslovens § 233, stk. 2. Mere væsentligt vil det være i strid med den lovændring af de dagældende aktieselskabs- og anpartsselskabslove, man foretog i forbindelse med indførslen af den nugældende 1977-konkurslov, hvor man gik væk fra insolvent likvidation af kapitalselskaber for i stedet at lade insolvente kapitalselskaber undergå konkursbehandling.¹³ Denne løsning er således næppe lovmedholdelig. Den

¹¹ Bet 606/1971 om konkurs og tvangsorden II (herefter Bet 606/1971), 204; Bet 1498/2008 om modernisering af selskabsretten, 551.

¹² Bet 606/1971, 73.

¹³ Lov nr. 299 af 8. juni 1977.

vil heller ikke være i overensstemmelse med kreditors interesse, da en konkursbehandling giver kreditor langt mere kontrol over en forretningsmæssig realisering af boets eneste aktiv – ejendommen.¹⁴

Alternativt må likvidationen ophøre, idet formålet – foreningens opløsning – ikke er muligt. For foreningen vil resultatet være, at den ellers almindeligt anerkendte ret for en juridisk person til at ophøre reelt bortfalder. Dette vil blandt andet have den følge, at hvis foreningens vedtægter ikke indeholder mulighed for udtræden, vil medlemmerne være bundet i et økonomisk dødssejlerprojekt. Selv hvis vedtægterne indeholder muligheden for udtræden (som Duegårdens vedtægter gør), vil dette indebære risiko for, at samtlige medlemmer udtræder af foreningen, hvorefter den blot er en tom skal. Denne situation er næppe heller ønskværdig og indebærer andre juridiske komplikationer.

Ingen af mulighederne synes at løse problemet. Man kan ikke slutte logisk deraf, at konkurs er den eneste løsning, men det synes at være det næste oplagte skridt i undersøgelsen.

2.3.1 Giver forarbejderne rum for en udvidelse af insolvensbegrebet?

Selvom den nugældende konkurslovs insolvensbegreb er udtryk for et bevidst fravalg af insufficiens, jf. oven for, ligger en udvidelse af insolvensbegrebet alligevel i forlængelse af et af hovedformålene med revisionen af den dagældende 1872-konkurslov, nemlig at gøre konkursreglerne mere forretningsmæssige og processuelt smidige, således at de kunne overtage det område, der tidligere blev dækket af insolvente likvidationer. Det fremgår således af 1971-betænkningen, at

¹⁴ Kreditors kontrol over konkursen har været et stridspunkt i sagen om A/B Klostergården under konkurs, hvor kurator undgik salg af ejendommen med henblik på at finde grundlag for balance i driften for at udlevere boet tilbage til foreningen. Sagen er en utrykt kendelse fra Sø- og Handelsrettens skifteafdeling af 4. maj 2015 i sag nr. K 1342/11-M, kommenteret af Steensgaard (n 2).

Udvalget har anset det for at være af væsentlig betydning at skaffe boerne et mere effektivt og handlekraftigt styre med fri adgang til at vælge de realisationsformer, der kan give det størst mulige udbytte. I denne forbindelse har man navnlig haft for øje, at reglerne om likvidation af aktieselskaber, også hvor disse er insolvente, giver likvidator en meget fri stilling, som sjældent er blevet misbrugt. (...) har udvalget søgt at tilnærme reglerne om konkursboets bestyrelse til likvidationsreglerne uden dog at opgive mulighederne for kontrol og for beskyttelse af et mindretal.¹⁵

Når det således er tanken at konkursloven skulle overtage insolvent likvidation fra den dagældende aktieselskabslov, synes det rimeligt at udvide insolvensbegrebet i en situation, hvor det er den eneste måde at opfylde det formål, der udstikkes i forarbejderne.

1971-betænkningen anfører endvidere, at '(...) den måde, hvorpå lovreglerne, der nødvendigvis må gøres ret elastiske, administreres af domstolene, vil kunne have betydning for den virkelige retstilstand.'¹⁶ Passagen stammer fra den del af bemærkningerne til § 17, der omhandler muligheden for samordning af insolvensbegrebet med de andre nordiske lande, men kan tages til indtægt for det grundlæggende synspunkt, at bestemmelsen kan bøjes efter virkelighedens behov.

Disse betragtninger, kombineret med den oven for citerede betragtning om konkurs som alternativ til likvidation, giver grundlag for det synspunkt, at det ligger inden for rammerne af loven at tillade konkurs i sager som de foreliggende. Dette er dog ikke det samme som at konkurs er den juridisk set mest rigtige løsning.

2.3.2 Er der grundlag for at udvide insolvensbegrebet i disse sager?

Af de citerede uddrag fra forarbejderne kan man udlede to væsentlige hensyn med tilnærmelsen til likvidation: størst mulig realisationsværdi og

¹⁵ Bet 606/1971, 41.

¹⁶ Bet 606/1971, 72.

kontrol over bobehandlingen. Om der konkret er grundlag for at udvide insolvensbegrebet må i første omgang bero på, hvorvidt en udvidelse vil være i overensstemmelse med disse hensyn.

Realisationsværdien er først og fremmest afhængig af, om foreningens ejendom overhovedet afhændes, eller om man lader foreningen leve videre i forventning om opsving på ejendomsmarkedet. Da det allerede ovenfor er konkluderet, at det ikke er en løsning at forhindre foreningens ophør, og dermed afhændelsen af ejendommen, er dette ikke aktuelt. Da der kun er én kreditor af betydning, vil kreditor næppe benytte sin ret til som pantnaver at forlange salget fremmet frem for at lade kurator afvente den bedst mulige pris. Faktisk tog kreditor i Klostergården-sagen det modsatte synspunkt og forsøgte gennem kurator at forhale salget, jf. nærmere herom note 145. I lyset af denne sag kan det overvejes, om ikke likvidation, da likvidatorerne udnævnes af foreningen, netop giver risiko for et hurtigt salg til en ringere pris end højest muligt, idet pantegælden overstiger ejendommens værdi, og da der derfor alligevel ikke vil blive provenu til foreningsmedlemmerne. Denne bekymring kan dog næppe tillægges vægt, da kreditor nemt kan overtage kontrollen ved at indgive konkursbegæring. Når kreditor modsætter sig konkurs, er det svært at argumentere for det synspunkt, at kreditor lider en urimelig ulempe ved at miste den kontrol over realiseringen af boet, konkursbehandling giver mulighed for.

Hensynet til *kreditors kontrol* over bobehandlingen kan umiddelbart synes at tale for, at insolvensbegrebet udvides, således at foreningerne kan tages under konkursbehandling. Det har dog ikke meget for sig, henset til at den eneste kreditor med alle midler forsøger at undgå konkurs. I en sådan situation er det svært at forsvare at indlede konkursbehandling af hensyn til kreditor. Når 1977-konkursloven vægter hensynet til kreditors kontrol over konkursbehandling, er det ud fra den grundantagelse, at kreditorerne ønsker sig fyldestgjort gennem konkursbehandling. Det synes bagvendt – og ligner en misforståelse af loven – at lade kreditors kontrol vægte som hensyn i den omvendte situation, hvor det alene er skyldner, der ønsker konkurs.

De to hovedhensyn i forarbejderne giver ikke meget bidrag til spørgsmålet, om der konkret er grundlag for at udvide insolvensbegrebet. Årsagen er nok, at sagerne er materielt atypiske i forhold til de situationer, forarbejderne forholder sig til. Man kan ikke på baggrund af disse passager konkludere, hvorvidt insolvensbegrebet i de konkrete sager bør udvides, simpelthen fordi forarbejderne handler om noget helt andet. Andre betragtninger må derfor gøres gældende.

Først og fremmest synes det i begge sager veldokumenteret, at foreningernes økonomi ikke havde udsigt til bedring uden en ordning med kreditor. I sagerne er det som nævnt mest korrekt at anse begge tilsagn for ikke-bindende for foreningerne, selvom landsretten i Doktorparken konkret nåede til det modsatte resultat, og den ønskede ordning eksisterer således ikke. Det er svært at se meningen i at forhindre ophør for en forening, hvis økonomi efter al sandsynlighed vil forværres hvert eneste år fremover.

Det eneste hensyn, der kan gøres gældende mod denne betragtning, er det, at kreditor står til at lide et overordentlig stort tab ved aktuel realisering, hvorimod en fremtidig udvikling vil kunne medføre stigninger i ejendomspriserne og en forbedring af renteswappens kurs. For kreditor kan det begrænse det samlede tab at dække foreningernes underskud i nogle år for måske at undgå at realisere et stort tab, hvilket også synes at have været kreditorernes plan.

Forventer kreditor ikke at foreningens egenkapital bliver positiv, men blot at den bliver bedre, vil resultatet på et tidspunkt alligevel blive foreningens ophør med underbalance, hvilket ikke er en løsning på problemet men blot en udskydelse. Selvom tabet vil blive mindre for kreditor, består det juridiske problem, lige så længe egenkapitalen er blot det mindste negativ.

Forventer kreditor at foreningen på et tidspunkt vil få en positiv egenkapital, kan dette for så vidt være et fornuftigt argument mod at betragte foreningernes insufficiens som insolvens. Grundlaget for denne forventning er dog meget spekulativt og rækker mange år ude i fremtiden.

Om tidsperspektiverne for en fremtidig likviditet skriver forarbejderne:

Hvor lang tid man kan henvise kreditorerne til at vente, må bl. a. afhænge af risikoen for, at de påregnede indtægter kan svigte. Vil der gå nogle måneder, før skyldneren kan betale sin forfaldne gæld, må man i almindelighed henvise ham til at søge udsættelse (...).¹⁷

Passagen handler om illikviditet og ikke insufficiens, men den væsentlige betragtning – at man bør tage højde for graden af forudsigelighed – kan også gøres gældende i de foreliggende sager. Her må det som svar til kreditors argument anføres, at en tænkt mulighed for fremtidige værdistigninger på ejendommen, salg af lejligheder, der i årevis har været usælgelige, og lignende antagelser ikke ligger inden for den ramme, forarbejderne arbejder med. Forhåbningen om en fremtidig positiv egenkapital er for spekulativ.

Ud fra en samlet vurdering, der tager højde for dybden af foreningernes økonomiske problemer, manglende perspektiver for forbedring, hensynet til tilpasning af insolvensreglerne til situationer, der ikke forudsås i forarbejderne, samt særligt en juridisk persons adgang til at ophøre, bør insolvensbegrebet i konkursloven derfor udvides, således at det finder anvendelse på andelsboligforeninger under likvidation, der har negativ egenkapital, hvor der ikke er nogen synlig løsning på de økonomiske problemer og hvor det ikke har været muligt at finde en løsning med foreningens kreditor. Denne løsning må med de eksisterende regler anses for den mest korrekte, også selvom den åbner op for uansvarligt låneoptag fra foreningsmedlemmerne, der sjældent hæfter personligt for foreningens gæld, og som kan blive boende i deres lejligheder efter en konkurs. Disse rettigheder er sikret gennem loven, som lovgiver har gennemført med åbne øjne.¹⁸ Da retten til at blive boende efter salg af foreningens ejendom blev

¹⁷ Bet 606/1971, 73.

¹⁸ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, 'Andelsboliger – et juridisk bombekrater: Hvordan får vi ryddet op?' [2016] UfR 25, 28.

indført, jf. ABL § 4, var lovgiver bevidst om risikoen for tab og henviste långiver til at kræve personlig hæftelse eller kaution.¹⁹

3. Sektoren har brug for en timeout

Derved skal det dog ikke være sagt, at det er den samfundsmæssigt mest hensigtsmæssige løsning, idet den ensidigt vil placere tabet hos realkreditinstitutterne. Der kan være mange holdninger – også politiske – til placeringen af det tab, der uundgåeligt vil ske. Med den nuværende praksis er retstilstanden usikker, og der lader ikke til at være nogen klar retstilstand for de mange foreninger, der i løbet af de næste år sandsynligvis vil føje sig til rækken af sager.

De nævnte juridiske problemer er ikke kun andelsboligforeningernes problem, men også et problem for kreditorerne og for samfundet som helhed. Usikkerheden rammer også kreditorerne, der risikerer store tab på tidlig realisering af swaps med negativ værdi og salg af en ejendom, hvor markedsprisen ikke kan dække pantegælden. I næste række kan usikkerheden for kreditorerne tænkes at ramme også de foreninger, der har en sund økonomi, idet kreditorerne vil kunne søge deres tab på de usunde foreninger dækket ved at hæve bidragssatser for alle foreninger. Til sidst er det også et samfundsproblem. I Danmark eksisterede der i 2011 cirka 200.000 andelsboliger.²⁰ Andelsboligsektorens samlede gæld til finansielle virksomheder var over 110 mia. kroner i 2016.²¹

Der er således store summer og mange personers bolig og personlige bankerot på spil. Det konkluderes oven for, at det med det eksisterende regelgrundlag er mest korrekt at lade foreninger gå konkurs, men også at det kræver en ganske udvidende fortolkning af reglerne. På sigt er det ikke acceptabelt at fastholde en retstilling, der ligger så langt fra, hvad lovgiver

¹⁹ Arbejdsgruppen vedrørende Finansiering af Andelsboligbyggeri (Overdragelse), *Andelsboliger – Overdragelsesregler m.v.* (Boligministeriet, 1980), 173.

²⁰ Finn Träff og Rasmus Juul-Nyholm: *Andelsboliger* (1. udg., Thomson Reuters 2011), 24.

²¹ Nykredits opsamlende processkrift for Højesteret i Duegårdssagen, 4.

forestillede sig. Omvendt ligger en løsning ikke lige for, og realistisk vil der gå en del år, før lovgiver udvikler en holdbar løsning. Dette skyldes til dels, at spørgsmålet om ophør af de insufficiante foreninger hænger sammen med nogle af de andre problemer, der eksisterer i andelssektorens juridiske grundlag.²² Derfor er der brug for en juridisk nødbremse, der kan sætte området på pause.

Lovgiver har tidligere benyttet sig af denne metode: Indtil slutningen af halvfemserne var det ikke muligt at tage udlæg i de enkelte andele i en andelsboligforening, hvis foreningens vedtægter udelukkede dette. Højesteret ændrede imidlertid denne praksis,²³ hvilket grundlæggende ændrede vilkårene for området. Lovgiver reagerede ved at indføre en særbestemmelse i ABL § 6 a, der udelukkede udlæg og arrest, indtil man havde fundet ud af, hvordan man på længere sigt ønskede at indrette området.²⁴ Senere valgte man at følge det spor, Højesteret først havde lagt ud, og tillod i 2004 udlæg i andelsboliger.²⁵ Denne beslutning har haft store konsekvenser for udviklingen på andelsboligområdet og er næppe uden skyld i nogle af de problemer, vi ser i dag.²⁶ Dette skal dog i denne sammenhæng ikke diskuteres nærmere. Væsentligt er at fremhæve det som eksempel på en proces, hvor lovgiver ”køber sig tid” til at tage en mere gennemtænkt beslutning, når retspraksis viser, at eksisterende lovgivning ikke er tilstrækkelig.

3.1 Hvilke krav bør en midlertidig løsning leve op til?

Det er indledningsvist nødvendigt at forholde sig til, hvilke krav en midlertidig løsning bør leve op til. Disse krav bør fastsættes i overensstemmelse med modellens formål. Formålet med modellen er som

²² Se Bang-Pedersen (n 18) for en nærmere diskussion.

²³ U1996.1478.

²⁴ Lov nr. 383 af 10. juni 1997; se også Mette Neville, *Andelsboligforeningsloven med kommentarer* (4. udg., Karnov Group 2012), 42.

²⁵ Lov nr. 204 af 29. marts 2004; se også Neville (n 24), 47.

²⁶ Se Bang-Pedersen (n 18) for en nærmere diskussion.

nævnt at give andelsboligsektoren en timeout, så lovgiver kan udvikle en samlet løsning på de mange udfordringer, de økonomisk usunde foreninger stiller. Formålet med løsningen er samtidig at give en forudsigelig retsstilling for de involverede parter – i hvert fald i den periode, modellen skal dække.

Først og fremmest bør en midlertidig løsning udelukke foreningernes ophør. Som tidligere anført er retten til ophør for juridiske personer en grundlæggende ret, men ophør betyder også, at man foretager en endelig tabsfordeling i de enkelte sager. Så vil der ikke være tale om en udskydelse af det egentlige problem, men blot en forhastet løsning. Dette tager ikke hensyn til kreditor, ligesom de samfundsmæssige aspekter heller ikke tages med. Det må derfor være en præmis, at *insufficiente foreninger ikke kan ophøre under den midlertidige model*.

Dernæst er det væsentligt, at foreningerne ikke kan udnytte modellen til at misligholde deres økonomi under den forudsætning, at de alligevel er på vej mod økonomisk ruin. En timeout er kun en timeout, hvis det rent faktisk fryser den nuværende situation til senere behandling. Samtidig bør der stadig kunne ske nødvendig vedligeholdelse af foreningens ejendom, da pantets værdi ellers vil forringes, ligesom andelenes værdi vil kunne forringes til skade for den enkelte andelshaver. Derfor må det være en præmis, at *insufficiente foreningers nuværende økonomi fortsætter going concern med forbehold for nødvendig vedligehold af foreningens ejendom*.

Det er også vigtigt, at der ikke sker en egentlig tabsfordeling i den periode, modellen dækker – eller i hvert fald at denne tabsfordeling er af begrænset omfang. Der er som nævnt store beløb på spil, og det er næppe til at komme uden om, at mange af disse penge allerede er tabt. Foretager man en fordeling af dette tab, går man ind på det område, der bør behandles af lovgiver som en *samlet* løsning af andelsboligsektorens juridiske problemer, hvormed pointen med en *midlertidig* løsning forsvinder. Selvom det kan synes urimeligt at forhindre foreningerne i at ophøre i denne overgangsperiode, særligt henset til konklusionen på afsnit 2.3, synes det mere rimeligt at undgå en tabsfordeling end at foretage en

tabsfordeling, der senere kan blive omgjort af lovgiver som del af en samlet løsning. Dette vil skabe en ulige retsstilling for parterne, alt efter om de er heldige (eller uheldige) at få deres sager behandlet før eller efter den samlede løsning. Det må derfor være en præmis, at *modellen ikke må føre til realisering af tab eller kun til et ganske begrænset tab.*

3.2 Tvungen betalingsudsættelse

Som retstilstanden er nu, kan en tvangsakkord efter konkurslovens regler om rekonstruktion ikke vedtages, hvis et flertal af kreditorerne stemmer imod rekonstruktionsforslaget, jf. KL § 13 d, stk. 1. Det er derfor næppe sandsynligt, at det efter gældende regler er muligt at gennemføre en rekonstruktion af andelsboligforeningerne, idet den eneste kreditor af betydning vil kunne modsætte sig – og formentlig vil gøre dette.²⁷ En lov er imidlertid kun lov, til den ændres. Lovgiver kan derfor vælge at give mulighed for, at skifteretten gennemtvinger en tvangsakkord mod kreditors – og debtors – vilje.

En tvangsakkord kan bl.a. gå på betalingsudsættelse, jf. KL § 10 a. Man kunne således forestille sig en model, hvor skifteretten bestemmer betalingsudsættelse af en størrelse, der muliggør, at foreningen med det eksisterende boligbidrag betaler og har råd til nødvendigt vedligehold af ejendommen. Udsættelsen kan gælde for en årrække, hvor de pågældende foreningers økonomiske problemer så vil blive ”sat på pause”, og modellen bør skrues sådan sammen, at hovedkreditor har ret til at kræve betalingsudsættelse som alternativ til konkursbehandling. I de næste par år vil lovgiver have tid til at udarbejde en gennemtænkt reform af andelsboligområdet uden at blive presset af et stigende antal konkurser.

²⁷ Til gengæld har kreditor i sagen om A/B Klostergården gennem kurator forsøgt at gennemføre en rekonstruktion under konkursbehandling. Se for en diskussion af dette Niels Henning Lund Nørmølle, 'Andelsboligforeningers retsstilling i konkurs – Rekonstruktion under konkursbehandling?' [2015] T:BB 75.

3.3 Overvejelser om modellens opbygning

3.3.1 Hvilke betalinger til hovedkreditor bør udskydes

Det er vigtigt at være klar på, hvilke dele af kreditors krav, der gives udsættelse på. Foreningernes betalinger til kreditor består af flere dele:

- Afdrag på lån
- Betaling af renter på lån
- Betaling af bidrag på realkreditlån
- Betaling af en renteswaps negative værdi

Giver man foreningen betalingsudsættelse fsva. *afdragene*, er dette i sidste ende omkostningsfrit for begge parter, givet den præmis, at den samlede gæld på et tidspunkt afvikles eller omlægges. Det er også en mulighed, at foreningen alligevel ender med at gå konkurs. Da vil kreditor kun lide et tab, *hvis* pantets værdi forringes i perioden, og *hvis* foreningen med normale afdrag i perioden ville bringe hovedstolen under det beløb, pantet strækker til. Hvis ikke disse to forhold gør sig gældende, vil kreditor alligevel kun opnå dækning svarende til pantets værdi. Ordningen bør derfor omfatte udsættelse af betaling af afdrag på foreningens lån, uanset type.

Renter er en godtgørelse til kreditor for den risiko, der er forbundet med at yde lånet, og som "erstatning" for den indtjening, placering af pengene i anden investering kunne have givet. Når lånets hovedstol fortsat er bundet i ejendommen, og der ikke afdrages derpå, kan man således mene, at foreningen bør betale renter. Dette vil dog pålægge foreningen en samlet større renteudgift end ved planmæssig afvikling af lånet. Antager man, at hele ordningen kun skal kunne give udsættelse i en kortere årrække, er der også kun tale om et begrænset tab, og man kan derfor mene, at ordningen ikke bør omfatte rentebetalinger. Her skal man erindre hele formålet med ordningen: at foreningens økonomi skal gives en pause fra en umulig økonomisk situation. Mange af foreningerne er stærkt tynget af rentebetalinger, da de nu cirka 10 år efter stiftelsen mærker

konsekvenserne af de indgåede rentetrappaftaler. Et nærmere studie af de insufficente foreningers økonomiske struktur vil give et endeligt svar, men da en sådan undersøgelse ligger uden for artiklens omfang og primære problemfelt, vil det her blive lagt til grund, at modellen først i praksis vil fungere, hvis den omfatter renter.

Fra kreditors perspektiv er det umiddelbart et urimeligt resultat. Realkreditlånet er et obligationslån, hvor realkreditinstituttet betaler videre fra foreningen til obligationshaverne, og denne forpligtelse over for obligationshaverne ophører ikke, fordi foreningen ikke betaler. På sigt bør kreditor formentlig kunne gøre dette tab gældende over for foreningen, men det vil være op til en fremtidig, samlet løsning at afgøre. For nu kan det konstateres, at kreditor i mange sager har vist sig ganske villig til at give henstand med afdrag og nedjustere til nulrente i forsøg på at afværge insolvens, hvorfor det synes rimeligt at forlange samme villighed ved et lovindgreb som det foreslåede. Ordningen bør derfor omfatte betaling af renter på foreningens lån, uanset type.

Bidrag har grundlæggende den samme karakter som renter, og man kunne med god ret blot kalde bidragsatserne for en tillægsrente, idet de blandt andet behandles skattemæssigt som renter. Samme betragtninger må derfor gøres gældende som ved renterne, og betaling af bidrag bør derfor omfattes af betalingsudsættelsen. Hvad angår *renteswaps* må muligheden for betalingsudsættelse afhænge af muligheden for udsættelse, hvad angår selve renterne. Man kan argumentere for, at der er tale om et selvstændigt finansielt instrument, og at det derfor bør behandles for sig. Imidlertid er indgåelse af aftale om renteswap en del af foreningens samlede renteovervejelser, der spiller sammen med valget af lånetype og rentesats. De to ting bør derfor ikke skilles ad, og ordningen bør omfatte betaling af en renteswaps negative værdi.

3.3.2 Hvilke betalinger til andre kreditorer bør udskydes

Det er klart, at ordningen, for at leve op til kravet om going concern i pause-perioden, skal tillade betaling af diverse løbende udgifter som

dagligt vedligehold, administration, eventuel bestyrelsesgodtgørelse etc. Hvis det ikke er muligt at betale disse løbende omkostninger, er der slet ingen pointe i at holde foreningen i live. Og der er næppe noget ejendomsadministrationsselskab, der vil arbejde på en treårig kredit med væsentlig risiko for, at foreningen efter pausen går konkurs. Denne type udgifter bør derfor ikke omfattes af betalingsudsættelsen.

Der vil imidlertid opstå en gråzone: Antager man, at foreningen under pause-perioden ønsker at få bygget altaner på ejendommen, må man tage stilling til, om det er dagligt vedligehold eller et stort projekt, der kan udskydes til efter pauseperioden. Man kan mene, at eksemplet med altaner let kan afvises, men der kunne også gives andre – og mere tvivlsomme – eksempler. Hvordan bør man forholde sig til isættelse af termoruder, der på sigt vil hæve ejendommens værdi og nedbringe varmeudgifter?

Der skal ikke her gives endelige retningslinjer for, hvilke udgifter der skal omfattes af betalingsudsættelsen, og hvilke der ikke skal. Men som et pejlemærke må der henvises til et af de grundlæggende krav til ordningen, nemlig at den skal tillade foreningen at køre videre going concern. Der kan ud fra denne betragtning alene godkendes udgifter, der tilsigter at bevare ejendommen på sin nuværende værdi, men ikke udgifter der vil forbedre ejendommen – uanset hvor dygtigt man kan argumentere for, at en given investering (fx altaner) samlet vil komme både foreningen, dens medlemmer og kreditor til gode.

4. Sammenfatning

I artiklen er det blevet undersøgt, hvordan konkurslovens insolvensbegreb kommer til kort, når insufficiante andelsboligforeninger går i likvidation, og kreditor ønsker at forhindre konkurs. Dels har sagerne om Duegården og Doktorparken vendt konkursloven på hovedet ved, at kreditor har forsøgt at forhindre en skyldners konkurs mod skyldners ønske, dels har de vist nogle grundlæggende konflikter mellem kreditors tabsbegrænsning mod juridiske personers ret til ophør. Hvad angår sager som de foreliggende, hvor en andelsboligforening ønsker at ophøre, må retten til

ophør veje så tungt, at foreningerne under likvidation bør tages under konkursbehandling, uanset kreditors ønske. Med de nuværende regler bør det ikke føre til et andet resultat, at resultatet er væsentligt mere gavnligt for foreningerne end for kreditor.

Det er dog samtidig klart, at andelsboligsektoren har store problemer. Mange foreninger er nødlidende, og den eksisterende lovgivning er blevet fortolket uklart i praksis. Dette er uhensigtsmæssigt og kalder på et indgreb fra lovgiver. Realistisk vil der formentlig gå en del år før lovgiver er i stand til at finde en samlet løsning på de mange problemer, andelsboligsektoren står i, og man bør derfor først og fremmest skabe ro på området ved at lade parterne fryse situationen ved at bede skifteretten påtvinge en betalingsudsættelse. Dette vil skabe ro uden at foretage en tabsfordeling, således at lovgiver i mellemtiden kan udarbejde en fornuftig løsning sammen med de involverede parter.