

# HØJESTERETS KENDELSE

## afsagt onsdag den 11. maj 2016

**Sag 189/2015**

(1. afdeling)

A/B Duegården i likvidation

(advokat Finn Lynge Jepsen)

mod

Nykredit Bank A/S og

Nykredit Realkredit A/S

(advokat Ole Spiermann for begge)

I tidligere instanser er afsagt kendelse af SØ- og Handelsrettens Skifteret den 19. december 2014 og af Østre Landsrets 24. afdeling den 3. juli 2015.

I påkendelsen har deltaget syv dommere: Poul Søgaard, Niels Grubbe, Marianne Højgaard Pedersen, Jon Stokholm, Henrik Waaben, Jan Schans Christensen og Jens Kruse Mikkelsen.

Kæremålet er mundtligt forhandlet.

### **Påstande**

Kærende, A/B Duegården i likvidation, har nedlagt påstand om, at sagen hjemvises til skifteretten med henblik på fremme af begæringen om konkurs.

De indkærede, Nykredit Bank A/S og Nykredit Realkredit A/S (under ét Nykredit), har nedlagt påstand om stadfæstelse.

### **Anbringender**

Duegården har navnlig anført, at der ikke som en supplerende konkursbetingelse kan stilles krav om en væsentlig, individuel interesse (retlig interesse) for at imødekomme en juridisk

persons egenbegæring om konkurs. En sådan supplerende konkursbetingelse kan kun stilles i forhold til kreditorer, der kræver en skyldners bo taget under konkurs, og i særlige tilfælde i forhold til en egenbegæring fra en fysisk person, jf. herved UfR 2011.1227 V.

Afgørende er herefter, om den almindelige konkursbetingelse om insolvens er opfyldt, jf. konkurslovens § 17.

Andelshaverne har i overensstemmelse med vedtægterne besluttet at opløse andelsboligforeningen, men det er konstateret, at der ikke kan gennemføres en solvent likvidation. Duegården må anses for insolvent, fordi der ikke ved den besluttede afvikling kan gives fuld dækning til kreditorerne, jf. princippet i selskabslovens § 233, stk. 2, hvorefter likvidator skal indgive begæring om rekonstruktion eller konkurs, hvis likvidationen ikke vil give fuld dækning til kreditorerne. Ved opløsning og egenbegæring om konkurs er det ikke i strid med konkurslovens § 17 at anse insolvensbetingelsen for opfyldt i kraft af underbalance (insufficiens) og ikke som følge af manglende betalingsevne (illikviditet).

Et modsat resultat ville føre til en utilsigtet regelkonflikt, f.eks. hvor en juridisk person under likvidation har midler til at betale løbende regninger i en begrænset periode, idet en kreditor med et løbende mellemværende så kunne protestere mod konkurs og kræve sine ydelser betalt, indtil kassen er tom. Det er naturligt – på samme måde som i dødsboer, jf. dødsboskifte-lovens § 69, stk. 1, og dens forarbejder – at beslutningen om opløsning og afvikling betyder, at fokus ved insolvensvurderingen skifter fra budgetter og driftsmæssig likviditet til en statusopgørelse. Når der i forarbejderne til konkurslovens § 17 er fokus på likviditetsvurderingen, er det for at forbedre bevismulighederne ved den konkurs, der påtvinges af kreditor.

Hvis insolvens skal bedømmes ud fra en prognose om fremtidig betalingsevne og likviditet for Duegården, må dette ske efter en samlet konkret vurdering af omstændighederne i sagen. Der må i den forbindelse bl.a. lægges vægt på, at Duegården siden stiftelsen hvert år har haft betydelige driftsmæssige underskud, som sammenlagt udgør ca. 20 mio. kr., at Duegården aldrig har nedsat boligafgiften, men har forhøjet den både ved stiftelsen og to gange efterfølgende med henholdsvis ca. 70 %, 2,5 % og 19 %, at Duegårdens likvide beholdning er negativ med ca. 75 mio. kr., at Duegårdens passiver langt overstiger aktiverne, at Nykredit ikke har villet medvirke til en delvis gældseftergivelse (akkord), og at Duegården ikke på noget

tidspunkt i sin levetid har afdraget eller efter de fremlagte budgetter vil være i stand til at afdrage på nogen del af gælden.

Det forhold, at Nykredit yder en ikke nærmere aftalt eller konkret fastlagt henstand, betyder ikke, at gælden ikke er forfalden, og der skal derfor ses bort herfra. Der er ikke ved egenbegæring om konkurs krav om, at kreditor har søgt at inddrive sin gæld. Insolvensen kan heller ikke anses for afhjulpet med Nykredits ensidige og upræcise tilsagn frem til 2021 om bl.a. en underskudsgaranti, som Duegården ikke har pligt til at acceptere.

Nykredit har navnlig anført, at der – også i forhold til en juridisk persons egenbegæring om konkurs – gælder et krav om en væsentlig, individuel interesse (retlig interesse) som betingelse for konkurs. Denne betingelse er ikke opfyldt under de foreliggende omstændigheder, bl.a. fordi Duegården ikke har forpligtelser over for sin eneste kreditor med udestående krav (Nykredit), der er forfaldne og kræves betalt. Dette gælder, uanset hvordan en prognose over fremtidig solvens tager sig ud. Den eneste virkning af en konkurs vil være realisering af betydelige tab for Nykredit og for andelshavere, der har købt deres andele i perioden efter stiftelsen i 2007 og frem til 2010, samt at andelshaverne efter en overdragelse af ejendommen vil få status af lejere i medfør af andelsboligforeningslovens § 4. Disse virkninger kan ikke begrunde en retlig interesse i konkurs for andre end Nykredit.

Duegården kan endvidere ikke anses for insolvent i konkurslovens forstand. Der er ikke grundlag for at tilsidesætte konkurslovens almindelige insolvensbegreb. Ved bedømmelsen heraf gælder konkurslovens § 17, stk. 2, og dermed kravet om manglende betalingsevne (illikviditet). Skyldnerens erkendelse af illikviditet rækker efter konkurslovens § 18, nr. 1, alene til en formodning for insolvens. Skyldnerens erkendelse af underbalance (insufficiens) begrunder end ikke en formodning.

Duegården opfylder sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og er derfor ikke insolvent. Boligafgiften rækker fortsat rigeligt til at opfylde foreningens forpligtelser over for andre kreditorer end Nykredit, efterhånden som de forfalder. Resterende indtægter betales til Nykredit, og Duegårdens ydelser til Nykredit er reduceret svarende hertil.

Nykredit har med udgangspunkt i den vedtagne boligafgift givet et bindende tilsagn om at sikre en positiv drift i foreningen. Dette tilsagn er gældende mere end fem år endnu, nemlig frem til udgangen af 2021. Det er ikke muligt med nogen sikkerhed at forudse, hvordan forholdene – herunder ejendomsmarkedet og rentemarkedet – vil udvikle sig nogle år frem. Det er Nykredits forventning, at der i alle tilfælde inden udgangen af 2021 er opnået en permanent løsning med foreningen ved Nykredits mellemkomst. Den prognose, som skal anlægges ved insolvensbedømmelsen, må derfor indbefatte Nykredits tilsagn.

Det forhold, at et beløb på 2.875.000 kr. har været hævet og igen indsat tre gange i perioden 30. december 2014 til 3. december 2015, er ikke udtryk for usikkerhed om Nykredits tilsagn. Der er alene tale om fejlposterings. Beløbet svarer til den renteswapbetaling for 4. kvartal 2014, som Nykredit som led i tilsagnet har eftergivet Duegården.

Nykredits tilsagn må anses for accepteret af Duegården, jf. foreningens seneste årsrapporter fra 2011 til 2014, som ikke indeholder gældsposter svarende til de økonomiske ydelser fra Nykredit. Der henvises også til skifterettens kendelse af 6. juli 2012, hvor den tidligere rekonstruktion blev ophævet. Heri konstaterede skifteretten, at ”foreningens nuværende ledelse [rekonstruktøren] ... har tiltrådt aftalen med kreditforeningen om de ændrede lånevilkår, herunder omkring underskudsgarantien”. Selv hvis tilsagnet ikke havde været accepteret af andelsboligforeningen, ville det have afskåret insolvens, da insolvens ikke foreligger, hvis skyldner nok kan, men ikke vil opfylde sine forpligtelser, herunder ved at udnytte et tilsagn, som ikke indebærer gældsforøgelse.

Nægter skyldner at opfylde en forpligtelse, er det kreditors valg, om kravet skal forfølges. Tilsvarende vil en skyldner ikke ved at afvise kreditors opgivelse af kravet kunne fremkalde sin egen insolvens. Loyalitetsgrundsætningen i kontraktsforhold begrundet samme resultat. Insolvens foreligger slet ikke, hvis krav berettiget kan rettes mod skyldner, men fordringshaveren vælger at afstå fra at kræve sin ret.

Nykredit har for Højesteret frafaldet anbringendet om, at likvidatorerne ikke havde bemyndigelse til at indgive konkursbegæring.

### **Supplerende sagsfremstilling**

Forud for en ekstraordinær generalforsamling i Duegården den 4. juni 2013 – hvor det blev besluttet at opløse foreningen – udsendte bestyrelsen den 22. maj 2013 en orientering til andelshaverne. Heraf fremgår bl.a.:

*”Foreningen har altid haft en usund økonomi og kørt med underskud*

Foreningen blev i 2007 stiftet med et driftsbudget, hvori det bl.a. var forudsat at 25 % af driftsomkostningerne blev dækket ved årligt salg af 5 ledigblevne lejelejligheder á 1 mio. kroner stykket. Denne forudsætning holdt ikke stik og fra første dag har foreningens drift været finansieret ved øget gældsætning, i form af træk på kassekrediten.

*Foreningens hovedtal*

- Årlige indtægter, ca. 18,5 mio. kr.
- Årlige driftsudgifter, vedligehold mv., ca. 5 mio. kr.
- Resten, ca. 13,5 mio. kr., til dækning af kapitaludgifter (renter + bidrag), vedligeholdelseefterslæb (rør, klimaskærm), afdrag på foreningens gæld og uforudsete udgifter.

I runde tal har foreningen årlige indtægter på 18,5 mio. kr. (heraf boligafgifter fra andelshaverne på 12,6 mio. kroner) og faste driftsudgifter på 5 mio. kr. Til rest er 13,5 mio. kr. om året, som skal dække vedligeholdelseefterslæbet (udskiftning af rør og reparation af klimaskærm), renter, bidrag og afdrag på gælden.

Foreningens årlige renteudgifter, excl. renter på kassekrediten, er 15 mio. kr. – hvilket giver et årligt driftsunderskud på 1,5 mio. Dækning af dette underskud vil kræve en boligafgiftsforhøjelse på 12 %.

Dog stiger foreningens kassekredit med ca. 10 % om året. Fra 2011 til 2012 steg gælden på kassekrediten fra 18,8 til 20,8 mio. kroner. Skal foreningen undgå at kassekrediten vokser voldsomt, skal boligafgiften forøges yderligere ca. 16 %. Skal kassekrediten tillige reduceres og betales ud, skal boligafgiften stige med samme beløb som kassekrediten afdrages.

Panthaver (Nykredit) har afvist at bidrage til vedligeholdelseefterslæbet, bl.a. den påtrængende rørudskiftning.

Rørudskiftning vil skønsmæssigt give en stigning i boligafgiften på yderligere ca. 16 % i forhold til den nuværende boligafgift, hvis de anslåede omkostninger på 40 mio. kroner afdrages over 20 år.

Foretages rørudskiftningen – som foreslået af Jahn og Partnere – ikke, så forsvinder udgiften ikke, men vil vende tilbage i form af løbende reparationsudgifter.

Samlet og isoleret set, så skønnes boligafgiften for en lejlighed på 106 m<sup>2</sup> at stige fra ca. 97.000 kr. til ca. 125.000 kr. om året (isoleret set - her er ikke taget hensyn til stigningen i foreningens kassekredit og eventuel renovering af klimaskærmen).

På mødet den 17. maj afviste Nykredit et krav om at reducere renter og bidrag, så foreningen kunne afdrage på sin gæld hos Nykredit. Ovennævnte boligafgiftsstigning skønnes at medføre, at foreningen lige netop ville kunne løbe rundt og at gælden fastholdes i det uendelige på 377 mio. kr.

Som situationen er idag, er der ikke balance mellem indtægter og udgifter. Foreningen kan ikke betale sine renteudgifter, der er ikke midler til at udbedre vedligeholdelsesefterslæbet og gælden vil være den samme eller stigende i de næste mange, mange år.

På mødet den 17. maj tilkendegav Nykredit som nævnt, at man under ingen omstændigheder ville bidrage til reduktion af foreningens gæld, hverken i form af reduktion af gælden eller ved at bidrage til at foreningen kunne afdrage på gælden.

Skulle gælden eksempelvis afdrages over 50 år, ville det kræve afdrag på 7,5 mio. kr. om året. Skulle andelshaverne eksempelvis beslutte sig for at afdrage gælden over 50 år, ville det kræve en stigning i den nuværende boligafgift på ydelsen på 60 %. Eller en beløbsmæssig tilsvarende reduktion i renter og bidrag.

Hvis andelshaverne beslutter sig til at sætte den nuværende boligafgift op med 20 % og afdrage gælden med fx. 2,5 mio. kroner om året, vil gælden være betalt ud om ca. 150 år.

Det giver efter bestyrelsens opfattelse ingen mening at opretholde en andelsboligforening under disse vilkår.

#### *Ejendommens klimaskærm*

Jahn & Partnere har tidligere gennemgået dele af klimaskærmen (vinduer, døre, træværk, isolering mv.) og fundet, at der er et renoveringsbehov. Klimaskærmen har ikke været på bestyrelsens dagsorden på grund af andre påtrængende sager. Der har tidligere været nævnt beløb på omkring 20-25 mio. kr. til renovering heraf.

#### *Legionella*

Der er konstateret legionellabakterier i ejendommens varmtvandsrør. Firmaet Guldager vil fra den 3. juni 2013 og 3-4 dage frem gennemspule rørene. For at opnå den optimale løsning skal reguleringsventilerne skiftes samtidig med spulingen.

Der vil være lukket for det varme vand i den periode. Der vil blive orienteret ved opslag i opgangene og på hjemmesiden.

#### *Bestyrelsens ansvar*

I den nuværende situation er ingen villige til at påtage sig at dække foreningens underskud, hverken panthaver eller andelshavere. Det er ansvarspådragende for bestyrelsen at forsøge at drive en underskudsgivende forening uden et budget. På den baggrund foreslår bestyrelsen foreningen opløst.”

Af konkursbegæringen af 3. juni 2014 fremgår bl.a.:

*”1.2 Udviklingen i foreningens økonomi efter den forgæves rekonstruktion:*

Af det foreliggende udkast til regnskab for 2012 påtegnet af Ernst & Young ... fremgår, at der pr. 31. december 2012 var gæld inkl. finansielle instrumenter (swap aftale) på kr. 562.162.548,-, mens ejendommens værdi udgjorde kr. 289.874.514. Underbalancen og den negative egenkapital er dermed i udkastet opgjort til næsten kr. 270.000.000,-.

Resultatet er i udkastet opgjort til kr. -76.335. 783,-, idet der herved på grund af revisors forbehold for fortsat drift, er foretaget en nedskrivning af ejendommen fra anskaffelsesprincippet til ”skønnet lavere dagsværdi”. Bortses der fra denne nedskrivning er resultatet negativt med kr. 2.978.547,-.

Det tilhørende budgetforslag for 2013 sammenholdt med det der var vedtaget af rekonstruktionen i skifteretten ... viste inkl. delvise omkostninger til udbedring af nogle vandrør under vedligeholdelsesposten et underskud på kr. 4.116.000,-.

Der er desuden af foreningens tidligere revisor lavet en prognose over foreningens økonomiske status og drift i perioden 2012-2039 ..., der viser betydelige behov for stigninger i boligafgiften for blot at servicere finansieringsomkostninger uden afdrag samt løbende vedligeholdelse,

Udkast til regnskab og budgetforslag blev af Duegården fremsendt til Nykredit, der ved brev af 16. april 2013 ... meddelte, at det ikke foreningsretligt vedtagne budget fra rekonstruktionsforsøget, som var lagt til grund i skifteretten, også var grundlaget for underskudsdekningen som bevilget af Nykredit, hvorfor underskudsdekning efter foreningens eget budget for 2013 ikke kunne ydes.

Da underskudsgarantien ikke længere forelå, var det ensbetydende med et budget uden finansiering og uden umiddelbar udsigt til en løsning. Revisor tog på den baggrund forbehold for fortsat drift, og regnskabet og budgettet blev efterfølgende forkastet på generalforsamlingen.

Almindeligvis vil en skyldner som Duegården med et økonomisk grundlag af så ringe beskaffenhed som tilfældet er, typisk blive afviklet under en konkurs. Betalingsmisligholdelse fra Duegårdens side vil foreligge i forhold til Nykredit, i det omfang Nykredit beslutter det. Der er således meget store gældsposter i form af renter og bidrag, der ikke er betalt siden stiftelsen i 2007, og Nykredit er på sædvanlig vis i en position, hvor denne gæld efter gældsbrevene vil kunne kræves indfriet. Når der fra Nykredits side gøres særlige anstrengelser for at præcisere, at der ikke foreligger en betalingsmisligholdelse, er det alene af hensyn til de insolvensretlige overvejelser, idet det skal sikres, at der ikke på grund af sådan misligholdelse skabes grundlag for en konkurs.

Nykredit har efter rekonstruktionen blev ophævet af skifteretten forgæves forsøgt at tage foreningens ejendom til brugelig pant. Der henvises til Østre Landsrets kendelse af 30. august 2013 ..., hvoraf fremgår at begæring om brugelig pant blev nægtet fremme.

Da en aftale om en rekonstruktion af foreningens økonomi ikke har kunnet opnås, og foreningen drives med driftsmæssige underskud, og har en meget betydelig negativ egenkapital er det i foreningen besluttet at opløse sig selv. Af referat fra generalforsamling den 4. juni 2013 ... fremgår, at foreningen med 90 stemmer mod 18 besluttede en opløsning, der ved to valgte likvidatorer skulle gennemføres enten ved afvikling og salg af foreningens ejendom i fri handel eller ved konkurs.

Der er under opløsningen gennemført drøftelser og møder med Nykredit for at finde en mulig løsning for en rekonstruktion og da disse forhandlinger er resultatløse er nærværende konkursbegæring nødvendiggjort. jf. princippet i selskabslovens § 233, stk. 2. Drøftelserne har været langvarige og forskellige økonomiske scenarier har været overvejet. Senest er det på et møde medio marts 2014 mellem bl.a. likvidatorerne og Nykredit aftalt, at Nykredit ud fra en række forudsætninger skulle fremkomme med et oplæg til en model for en solvent likvidation. Der er ikke fremkommet noget fra Nykredit siden mødet. Det skal i den forbindelse erindres om at foreningen har besluttet sin opløsning hvorfor likvidatorerne naturligvis i overensstemmelse med denne beslutning er forpligtede til at søge opløsningen effektueret og afsluttet.

...

#### *2.4. Retlig interesse:*

Det gøres gældende, at den omstændighed, at andelsboligforeningslovens § 4, der er indført som en beskyttelsesbestemmelse for andelshavere, måtte føre til en reduktion i indtægterne på ejendommen og dermed muligvis også øgede tab for kreditorerne, var helt forudset ved lovens indførelse for mere end 30 år siden. Den aktualiserede risiko var eller burde panthaver dermed have været opmærksom på ved udlån til foreningen. Der er således tale om en velkendt og i lovforarbejder udførligt beskrevet risiko, og det er tilmed anvist hvorledes man som långiver kan beskytte sig mod tab på grund af denne risiko. Bestemmelsen og den risiko, der følger heraf er dermed af lovgiver entydigt og utvivlsomt lagt på kreditor.

Det bestrides som ukorrekt og udokumenteret, at foreningens begæring om konkurs er begrundet i ønsket om at blive lejere efter andelsboligforeningsloven. Baggrunden for begæringen om konkurs er, at foreningen har besluttet en opløsning og likvidatorerne efter en analogi af selskabslovens § 233, stk. 2 har pligt til at indgive konkursbegæring fordi aktiverne utvivlsomt ikke kan dække kreditorerne. Opløsningen er desuden et sædvanligt, relevant og efter praksis ansvarligt skridt for en juridisk person med løbende underskud og stor ubalance, som ikke har kunnet finde en samlet løsning med sine kreditorer.

Det forhold, at virkningen af konkursen efter en positiv lovbestemmelse i andelsboligforeningslovens § 4, giver kreditorerne anledning til at protestere, er helt uden relevans for bedømmelsen af, om konkursbetingelserne er opfyldt.

Det gøres på ovennævnte baggrund gældende, at foreningen har en klar retlig interesse i at blive taget under konkursbehandling således, at den dybt forgældede forening kan afvikles i overensstemmelse med sin beslutning om opløsning og konkurslovens regler.”



Nykredit har senest præciseret sit tilsagn over for Duegården i et brev af 26. august 2015 til likvidator, advokat Per Hald, således:

”Foreningen betaler sine kreditorer ud over Nykredit, efterhånden som krav forfalder. Hertil anvender foreningen en del af sine indtægter indsat på en konto i Merkur Bank. Efter betaling af kreditorerne ud over Nykredit vil der med den nuværende ordinære drift være ca. 13 mio. kr. tilbage af foreningens årlige indtægter.

Nykredit har siden 2011 undladt at opkræve bidrag på realkreditlån og renter på banklån (anlægslån og kassekredit). Betaling til Nykredit er begrænset til renter på foreningens realkreditlån samt foreningens renteswapaftale.

Når foreningen har betalt forfaldne krav, vil der pt. være et mindre underskud i foreningen primært som følge af betalinger til foreningens rådgivere under den verserende retssag samt til likvidatorer.

Nykredit har erklæret at ville sikre andelsboligforeningen en positiv drift uden yderligere forøgelse af gæld samt midler til iværksættelse af nødvendige vedligeholdelses- og reoveringsopgaver.

Nykredits tilsagn er blevet udbygget i forhold til Nykredits brev af 19. juni 2012 afgivet til foreningen under rekonstruktionen. Konkurs har aldrig været et mål, hverken for Nykredit eller foreningen. Til grund for tilsagnet ligger ønsket om at fortsætte en levedygtig forening, forudsat det rette økonomiske fundament skabes. Nykredit forventer, at dette økonomiske fundament kan skabes i fællesskab inden udgangen af 2021.

Tilsagnet tager udgangspunkt i den aktuelle boligafgift og består i følgende (i tillæg til manglende opkrævning af bidrag og renter):

- Nykredit dækker driftsunderskud i 2015 og 2016 i overensstemmelse med fremlagte budgetter, som Nykredit har udarbejdet på grundlag af foreningens eget budget for 2014.
- Nykredit sikrer yderligere andelsboligforeningen en positiv drift frem til udgangen af 2021.
- Tilsagnet dækker i alle årene ekstraordinære udgifter, herunder nødvendig vedligeholdelse (ud over budget), beløb tilkendt andelshavere i verserende retssager mod andelsboligforeningen og i øvrigt opfyldelse af andelsboligforeningens forpligtelser, efterhånden som de forfalder.
- Nykredit forventer, at der inden udgangen af 2021 og ved Nykredits mellemkomst er opnået en permanent løsning med andelsboligforeningen, der varigt sikrer balance i foreningens drift også efter 2021.

Tilsagnet forudsætter, at andelsboligforeningen loyalt selv medvirker til at holde driften i balance. I forudsætningen ligger, at foreningen agerer på samme måde, som hvis hele driften blev finansieret ved egne indtægter.

I tilknytning til tilsagnet og dets anvendelse vil der naturligt være en dialog, aktuelt ikke mindst med foreningens likvidatorer, både i forbindelse med foreningens budgetlægning og i øvrigt.

Foreningen kan på forhånd med Nykredit afklare, om udgifter er omfattet af tilsagnet. Der kan indhentes en sagkyndig vurdering til bestemmelse af, hvad der er nødvendig vedligeholdelse. Ved uenighed henhører afgørelse i sidste ende under domstolene, men det bør ikke blive aktuelt, allerede fordi Nykredit deler foreningens interesse i, at ejendommen vedligeholdes løbende.”

Af den endelige årsrapport for 2014, dateret den 10. december 2015, fremgår indledningsvis:

”Denne årsrapport er ændret på følgende punkter i forhold til tidligere udsendt årsrapport dateret 16/11 2015:

...

- Indbetaling fra Nykredit 3/12 2015 kr. 2,9 mio. anses som eftergivet renteswapbetaling for 4. kvartal 2014, og er derfor indtægtsført under ikke opkrævede renter og bidrag. Foreningens gæld til Nykredit er formindsket tilsvarende pr. 31/12 2014.
- Beløbet har forbedret foreningens egenkapital 31/12 2014 med et tilsvarende beløb.
- Da indbetalingen foretages omtrent et år efter første hævning, og som 3. tilbageførsel af samme beløb, der også er hævet på kontoen 3 gange i perioden 30/12 2014 - 13/7 2015, er der væsentlig usikkerhed forbundet med indtægten, hvorfor revisor har taget forbehold herfor i sin påtegning.”

Af likvidatorernes påtegning fremgår bl.a.:

”Som følge af likvidationen, og da foreningen ikke har tilstrækkelig likviditet til løbende at afholde fornødne omkostninger og forpligtelser i de kommende år, herunder til fornøden vedligeholdelse, er foreningens regnskab aflagt efter realisationsværdier,

...

Foreningen har 3. december 2015 modtaget indbetaling på kr. 2.875.625 kr. fra Nykredit. Beløbet anses for eftergivelse af renteswapbetaling for 4. kvartal 2014. Der er imidlertid væsentlig usikkerhed forbundet med denne indtægt, idet beløbet godtgøres foreningen omtrent et år efter første hævning af beløbet. Beløbet er i alt hævet 3 gange og indsat 3 gange på foreningens konto i perioden 30/12 2014 - 3/12 2015.”

Af revisors påtegning fremgår, at han har taget bl.a. følgende forbehold:

”Foreningen har den 3. december 2015 modtaget indbetaling fra Nykredit stor kr. 2.875.625. Beløbet er anset for eftergivelse af renteswapbetaling for 4. kvartal 2014. Da indbetalingen er seneste postering af i alt 6 posteringer vedrørende samme beløb, hvor beløbet er hævet 3 gange og indsat 3 gange i perioden 30/12 2014 - 3/12 2015, er der væsentlig usikkerhed forbundet med den indregnede indtægt. Som følge af denne væsentlige usikkerhed, tager vi forbehold for den indregnede indtægt.”

I resultatopgørelsen er der, efter opgørelsen af finansielle indtægter og omkostninger, som en selvstændig post benævnt: ”Ikke opkrævede renter og bidrag” anført en indtægt på 7.977.625 kr. I en note til denne post er beløbet specificeret. Det fremgår af specifikationen, at der – ud over ikke opkrævede bidrag på realkreditlån og renter på banklån – er medtaget en post benævnt ”Renteswap, 4. kvartal 2014, eftergivet 3/12 2015” på 2.875.625 kr.

Årsrapporten indeholder ingen omtale af Nykredits tilsagn af 26. august 2015.

Duegården holdt ordinær generalforsamling den 14. december 2015. Af referatet fremgår bl.a.:

*”3. Forelæggelse af årsregnskab og eventuel revisionsberetning samt godkendelse af årsregnskab og andelskroneværdi.*

...

Dirigenten gav herefter ordet til foreningens revisor Lars Rasmussen, der redegjorde for, at baggrunden for den korrigerede årsrapport blandt andet var Nykredits brev af 3. december 2015 med henvisning til et notat udarbejdet Deloitte.

I Deloitte's notat omtales blandt andet et for meget udgiftsført renteswapbeløb på kr. 2.875.625 med henvisning til, at Nykredit fejlagtigt havde trukket beløbet på foreningens bankkonto hos Nykredit Bank A/S den 30. december 2014, og derfor havde indsat beløbet igen den 15. januar 2015.

Gengivelsen var desværre ikke hele sandheden vedrørende renteswapbeløbet. Beløbet dækker foreningens kvartårlige betaling af renteswap-rente på foreningens renteswap med hovedstol kr. 288.000.000 for 4. kvartal 2014, og skal derfor medtages som finansiell omkostning i 2014, hvilket også korrekt er sket i årsregnskabet for 2014. Nykredit har i alt foretaget 6 posteringer vedrørende betalingen, og først 13. juli 2015 er beløbet endeligt hævet på kontoen med teksten ”*pr. 30.12.14*”. Af samme årsag er beløbet regnskabsteknisk anset som trukket på foreningens bankkonto inden regnskabsårets udløb, og ville blot alternativt optræde som en skyldig omkostning under kortfristet gæld.

Revisor understregede, at beløbet er korrekt behandlet i årsregnskabet for 2014, hvorfor Nykredits og Deloitte' anbefaling om ikke at godkende årsregnskabet for 2014 bygger på et forkert grundlag.

Imidlertid havde Nykredit den 3. december 2015, samme dag som Deloitte har dateret sit notat og efter det udsendte regnskab for 2014 var færdiggjort og revideret, indsat kr. 2.875.625 på foreningens kassekredit. Det er et forhold, som ikke eksisterede på tidspunktet for regnskabsudarbejdelsen og revisionen heraf.

...

Årsrapporten blev herefter godkendt, idet en andelshaver stemte imod.”

### **Retsgrundlag mv.**

Konkursloven bestemmer bl.a.:

”§ 17. Er en skyldner insolvent, skal hans bo tages under konkursbehandling, når det begæres af skyldneren eller en fordringshaver.

*Stk. 2.* En skyldner er insolvent, hvis han ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående.

§ 18. Insolvens antages i almindelighed at foreligge, hvis

- 1) skyldneren erkender at være insolvent,
- 2) skyldneren er under rekonstruktionsbehandling,
- 3) skyldneren har standset sine betalinger eller
- 4) der ved udlæg inden for de sidste tre måneder før skifterettens modtagelse af konkursbegæringen ikke har kunnet opnås dækning hos skyldneren.”

Bestemmelserne blev oprindeligt ved lov nr. 266 af 26. juni 1975 indsat som § 40 og § 41, stk. 1, i konkursloven af 1872 og herefter overført uændret som § 17 og § 18 til den nye konkurslov af 1977, jf. lov nr. 298 af 8. juni 1977. Det fremgår af forslagene til disse love (Folketingstidende 1974-75, tillæg A, sp. 4007, og Folketingstidende 1976-77, tillæg A, sp. 382), at bestemmelserne svarer til udkastet i betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord. Af betænkningen s. 71-74 fremgår bl.a.:

”*Til § 17.*

Enhver, der tror sig ude af stand til at fyldestgøre sine gældsforpligtelser, kan efter konkurslovens § 40 fordre sit bo taget under konkursbehandling. Konkurs kan også forlanges af en kreditor, der har en forfalden fordring, som ikke behørigt fyldestgøres, jfr. § 42. Hovedbetingelsen er, at det godtgøres, at skyldnerens bo er utilstrækkeligt til betaling af hans gæld. Det har i teorien været omtvistet, hvorvidt man ved bedømmelsen heraf skulle lægge vægt på illikviditet, d. v. s. manglende evne til at opfylde sine for-

pligtelser, efterhånden som de forfalder, eller på insufficiens, d. v. s. at passiverne overstiger aktiverne, eller om begge momenter bør tages i betragtning...

...

... Dansk rets stilling er som antydnet noget tvivlsom. I praksis volder problemet sjældent vanskeligheder, bl. a. fordi konkurs i almindelighed først begæres på et tidspunkt, hvor der ikke er nogen tvivl om insolvensen, hvad enten man lægger det ene eller det andet kriterium til grund. Forskellen mellem de to principper skulle navnlig træde frem, hvor skyldneren har en betydelig uforfalden gæld. Denne skal efter begge synspunkter tages med i betragtning; men ud fra illikviditetssynspunktet må man tillige medtage de indtægter, som skyldneren med rimelig sikkerhed kan forvente i tiden, indtil gælden forfalder. Herved tilføres beregningen et usikkerhedsmoment. Sådanne fejlkilder findes imidlertid også ved anvendelsen af insufficienssynspunktet. Bedømmelsen af aktivernes værdi vil ofte afhænge af, om virksomheden kan fortsætte eller eventuelt sælges under ét som "going concern", eller om det bliver nødvendigt at sælge maskiner, varelager, halvfabrikata og råstoffer enkeltvis og måske i hast. Både likviditets- og sufficiensbedømmelsen kan således munde ud i en prognose for virksomhedens fremtidige drift, jfr. Bernhard Gomard: Skifteret, 2. udgave, s. 86 ff. En forskel mellem de to bedømmelsesmåder, hvor sufficienskriteriet er det for skyldneren lempeligste, kunne tænkes, hvor der vel er balance på status, men realisation til rimelige priser vil tage så lang tid, at kreditorerne ikke vil kunne få rettidig dækning. Dette tilfælde dækkes imidlertid af den nedenfor omtalte regel om midlertidig insolvens.

Udvalget må herefter mene, at konkurs bør indtræde, hvor skyldneren må antages ikke at kunne betale sin gæld, efterhånden som den forfalder, og at det er uforholdsmæssigt at opstille som en yderligere betingelse for konkurs, at skyldnerens status viser ubalance. Noget andet er, at den rigtigt opgjorte status naturligvis er et meget vægtigt indicium i spørgsmålet om skyldnerens betalingssevne. En række andre indicier nævnes i § 18.

...

Efter udvalgets mening bør konkursgrunden i alle tilfælde være skyldnerens insolvens. Er skyldneren ikke insolvent i den ovenfor angivne betydning, er der ikke grund til at lade konkurs indtræde...

Til § 18.

...

Det første tilfælde, som nævnes i § 18, er skyldnerens erkendelse, jfr. også konkurslovens § 42. Denne kan foreligge enten i forbindelse med, at han selv indgiver konkursbegæring, eller i forbindelse med en kreditors begæring. Stemmer erkendelsen med de foreliggende oplysninger, herunder skyldnerens status, vil videre undersøgelse i almindelighed være overflødig. Skønner skifteretten derimod, at erkendelsen ikke svarer til de virkelige forhold, må den forlange yderligere oplysninger, og hvis disse ikke stemmer med insolvenserklæringen, må konkursbegæringen forkastes. Vanskeligheder vil måske navnlig kunne opstå i forbindelse med aktieselskabers konkursbegæring. Hvem der på selskabets vegne kan indgive konkursbegæring, må løses efter aktieselskabsloven. Er begæring indgivet af den kompetente myndighed, vil den i almindelighed blive taget til følge, medmindre det af de oplysninger, som selskabet selv frem-

kommer med, fremgår, at selskabet er solvent. Skifteretten må skønne over, hvorvidt den som følge af indsigelser fra en minoritet, som ikke ønsker konkurs, vil affordre bestyrelsen yderligere oplysninger. Der kan også, hvor konkursbegæring indgives af en værge, være behov for en grundigere undersøgelse, end hvor begæringen hidrører fra skyldneren selv.”

Ministeren for by, bolig og landdistrikter besvarede den 17. maj 2013, efter indhentet udtalelse fra justitsministeren, et spørgsmål fra Folketingets By- og Boligudvalg (Alm. del):

*”Spørgsmål nr.67:*

Ministeren bedes redegøre for andelshaveres retstilstand i forhold til konkursloven, herunder hvordan reglerne er for andelshaverne ved en konkursbegæring, hvis de bliver boende som lejere.

*Svar:*

Konkurslovgivningen hører under justitsministeren, som jeg har indhentet bidrag fra. Justitsministeren har oplyst følgende, som jeg kan henholde mig til:

”1. Der kan om spørgsmålet om konkursbehandling af andelsboligforeninger indledningsvis henvises til Justitsministeriets besvarelse af 15. februar 2013 af spørgsmål nr. 23 (Alm. del) fra By- og Boligudvalget. Som det nærmere fremgår heraf, kan andelsboligforeninger – ligesom andre juridiske personer – tages under (rekonstruktions- og) konkursbehandling konkurslovens regler.

Det fremgår i den forbindelse af konkurslovens § 17, stk. 1, at en insolvent skyldners bo skal tages under konkursbehandling, når det begæres af skyldneren eller en fordringshaver. En skyldner er insolvent, hvis skyldneren ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående, jf. konkurslovens § 17, stk. 2.

Derudover gælder der et grundlæggende – ulovbestemt – krav om, at den, der indgiver en konkursbegæring, skal have en individuel, væsentlig interesse i, at skyldnerens bo tages under konkursbehandling. En konkursbegæring skal således afvises, hvis den ikke har et fornuftigt og rimeligt formål.

Der kan i den forbindelse også henvises til den kendelse fra Østre Landsret, som er omtalt i den nævnte besvarelse af spørgsmål 23, og hvor landsretten fastslog, at en andelsboligforening ikke havde en relevant retlig interesse i behandling af en egen konkursbegæring i en situation, hvor foreningens eneste kreditor modsatte sig, at konkursbegæringen blev fremmet.

Der er tale om en konkret begrundet afgørelse, der skal ses i sammenhæng med, at formålet med en konkursbehandling navnlig er at tilgodese fordringshavernes interesser ved at fordele skyldnerens aktiver blandt fordringshaverne på en rimelig måde.

Det kan i tilknytning hertil oplyses, at retspraksis også indeholder eksempler på, at der er indledt (rekonstruktions- og) konkursbehandling af andelsboligforeninger.

2. I forlængelse heraf bemærkes det, at konkurslovens regler om konkurs finder anvendelse i forhold til alle skyldnere og således er formuleret generelt. Det er i den forbindelse Justitsministeriets opfattelse, at det hverken er muligt eller hensigtsmæssigt i ordlyden af bestemmelserne at tage højde for alle de mangeartede situationer, som bestemmelserne har til formål at regulere.

På den baggrund er det – som på ethvert andet retsområde – op til domstolene at fastlægge den endelige rækkevidde af bestemmelserne, herunder i lyset af en vurdering af hvorvidt en skyldner i det enkelte tilfælde konkret har den fornødne retlige interesse i at blive taget under konkursbehandling.

Efter Justitsministeriets opfattelse er konkurslovens regler udformet på en sådan måde, at bestemmelserne – sammen med retspraksis på området – sikrer en tilstrækkelig klar retstilstand, også når det gælder spørgsmålet om mulighederne for at indlede konkursbehandling af en andelsboligforening.

Det tilføjes, at indførelse af særregler for konkursbehandling af andelsboligforeninger, herunder foreningernes mulighed for at blive taget under konkursbehandling uanset kreditorernes interesser, efter Justitsministeriets opfattelse vil forrykke den balance mellem skyldnere og deres fordringshavere, som konkurslovens regler er udtryk for. Sådanne særregler om konkursbehandling uanset fordringshavernes interesser vil således f.eks. kunne indebære, at andelsboligforeningens fordringshavere bliver tvunget til at realisere foreningens ejendom på et ugunstigt tidspunkt. Der kan endvidere rejses spørgsmål om rimeligheden af, at en fordringshaver for at undgå et salg tvinges til at overtage ejendommen og hermed til at udleje lejlighederne (til andelshaverne) og agere udlejer med administration mv. til følge.

Der kan endvidere rejses spørgsmål om foreneligheden med konkurslovens formål, hvis reglerne blev udformet sådan, at andelshavere kunne udnytte konkursinstituttet til at få status som lejere undergivet omkostningsbestemt leje.” ”

### **Højesterets begrundelse og resultat**

A/B Duegården i likvidation har anmodet om at blive erklæret konkurs. Sagen angår, om Duegården opfylder betingelserne herfor, herunder om foreningen har en retlig interesse heri, og om foreningen opfylder kravet om insolvens i konkurslovens § 17.

Duegården traf på en generalforsamling den 4. juni 2013 beslutning om at opløse foreningen, og der blev i den forbindelse udpeget to likvidatorer. Da likvidatorerne vurderede, at der ikke kunne gennemføres en solvent likvidation, indgav de konkursbegæring den 3. juni 2014.

Fire dommere – Niels Grubbe, Jon Stokholm, Jan Schans Christensen og Jens Kruse Mikkelsen – udtaler:

### *Retlig interesse*

Det er ubestridt, at generalforsamlingens beslutning af 4. juni 2013 om opløsning er gyldig. Forslaget var stillet af bestyrelsen, der i en redegørelse af 22. maj 2013 til andelshaverne som begrundelse havde anført bl.a., at forudsætningen ved foreningens stiftelse om, at 25 % af driftsomkostningerne blev dækket ved årligt salg af 5 lejelejligheder à 1 mio. kr., ikke havde holdt stik. Driften havde fra første dag været finansieret ved gældsætning. Den aktuelle situation var, at der ikke var balance mellem indtægter og udgifter, at der ikke var midler til at udbedre vedligeholdelsesefterslæbet, herunder udskiftning af rør, renovering af klimaskærmen og rensning af varmtvandsrør for legionella-bakterier, og at gælden ville være stigende i de næste mange år.

Det er endvidere ubestridt, at likvidatorerne havde bemyndigelse til at indgive konkursbegæring som sket den 3. juni 2014. Det fremgår af begæringen, at likvidatorenes begrundelse for at indgive konkursbegæring bl.a. var, at foreningens aktiver ikke kunne dække gælden, og at foreningen ikke havde kunnet opnå en løsning med kreditorerne.

Vi finder, at likvidatorerne under disse omstændigheder havde pligt til at indgive konkursbegæring.

På denne baggrund tiltræder vi, at der ikke er grundlag for at nægte konkurs med henvisning til, at Duegården ikke har retlig interesse i at blive erklæret konkurs.

### *Insolvens*

Spørgsmålet er herefter, om Duegården opfylder betingelsen i konkurslovens § 17 om insolvens for at blive erklæret konkurs. Efter konkurslovens § 17, stk. 2, er Duegården insolvent, hvis foreningen ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående. Efter bestemmelsens ordlyd og forarbejder gælder det både for en kreditors og en skyldners egen konkursbegæring. Om baggrunden for kravet om manglende betalingsevne (illikviditet) anføres i forarbejderne til bestemmelsen, at konkurs bør indtræde, hvor skyldneren må antages ikke at kunne betale sin gæld efterhånden som den forfalder, og at det er unødvendigt at opstille som yderligere betingelse for konkurs, at der foreligger underbalance (insufficiens), men at den rigtigt op-



gjorte balance naturligtvis er et meget vægtigt indicium i spørgsmålet om skyldnerens betalingssevne, jf. betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord, s. 72-73.

Vi finder – ligesom både skifteretten og landsretten – at Duegården uden tilsagn fra Nykredit var insolvent efter konkurslovens § 17.

Nykredit gentog sit tilsagn af 19. juni 2012 ved brev af 24. november 2014 og har senere udbygget og præciseret det ved brev af 26. august 2015. Det fremgår heraf, at Nykredit siden 2011 har givet afkald på bidrag på realkreditlån og renter på banklån (anlægslån og kassekredit) og alene opkrævet renter på realkreditlån og renteswapaftale. I tillæg hertil består tilsagnet i, at Nykredit ved tilskud vil dække driftsunderskud i 2015 og 2016 i overensstemmelse med budgetter, som Nykredit har udarbejdet, samt at Nykredit yderligere frem til udgangen af 2021 vil sikre en positiv drift og dække ekstraordinære udgifter, herunder nødvendig vedligeholdelse og opfyldelse af Duegårdens forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Det fremgår, at tilsagnet forudsætter, at Duegården selv medvirker til at holde driften i balance ved at agere på samme måde, som hvis hele driften blev finansieret af egne indtægter. Det anføres videre, at Duegården på forhånd med Nykredit kan afklare, om udgifter er omfattet af tilsagnet.

Spørgsmålet er herefter, om dette tilsagn betyder, at Duegården alligevel ikke er insolvent.

Vi finder, at en kreditors ubetingede og uigenkaldelige afkald på sit eget tilgodehavende må tillægges betydning for afgørelsen om insolvens. Det samme gælder en aftale mellem skyldneren og en enkelt kreditor eller tredjemand om at yde tilskud til skyldneren, såfremt aftalen er klar. Såfremt der er tale om et tilbud, der kræver accept, f.eks. fordi det forudsætter skyldnerens medvirken eller kreditors bestemmende indflydelse på driften, eller som er uklart i henseende til tilskuddets omfang eller betingelser for det, kan det ikke tillægges tilsvarende betydning. En kreditor kan have interesse i at afværge eller udskyde konkurs for at undgå realisation på et ubelejligt tidspunkt og dermed – trods skyldnerens ønske om afvikling – at forsøge at skabe grundlag for fortsat drift ved at sikre betaling af løbende forfaldne fordringer, men hvis dette indebærer krav til driften af virksomheden, må løsningen kræve en aftale med skyldneren. En almindelig loyalitetsforpligtelse kan ikke ændre ved dette og heller ikke forpligte skyldneren til at acceptere en aftale på vilkår dikteret af kreditor.

Nykredit har siden 2011 givet afkald på bidrag på realkreditlån og renter på banklån (anlægs-lån og kassekredit). Dette afkald er imidlertid ikke tilstrækkeligt til at sikre Duegårdens solvens.

Nykredits tilsagn af 26. august 2015 går 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. Der er hverken i årsrapporterne for 2011-2013 eller i årsrapporten for 2014 holdepunkter for at anse Nykredits tilsagn af 26. august 2015 for accepteret af Duegården. Vi lægger endvidere vægt på, at tilbuddet på flere punkter er uklart. Der er således til tilbuddet knyttet en forudsætning om, at andelsboligforeningen "selv medvirker til at holde driften i balance" ved at agere på samme måde, som hvis hele driften blev finansieret af egne indtægter. Rækkevidden af tilsagnet er tillige uklar i forhold til budgetgrundlaget for sikring af den positive ordinære drift. Tilsagnet dækker for 2015 og 2016 driftsunderskud i overensstemmelse med de af Nykredit udarbejdede budgetter, og tilbuddet afhænger således af, at budgetterne følges, jf. Nykredits brev af 16. april 2013. Det fremgår af tilsagnet, at budgetlægning for senere år sker ved en "dialog", dvs. at Nykredit skal godkende budgetterne, og det er uklart, hvad virkningen af en uenighed vil være. Tilsagnet er også uklart i henseende til, hvilke ekstraordinære udgifter der dækkes, herunder hvad der skal anses for "nødvendig vedligeholdelse", hvor afklaring beror på, at der kan opnås enighed med Nykredit, eller at der kan fås dom for, at en foranstaltning opfylder det vage kriterium "nødvendig vedligeholdelse". Endelig lægger vi vægt på, at tilsagnet alene indeholder en forventning om "en permanent løsning med andelsboligforeningen". Tilsagnet indebærer ikke en bestemt og sikker løsning af betalingsproblemerne, der ikke blot er forbigående.

Vi stemmer herefter for at tage Duegårdens påstand til følge.

Tre dommere – Poul Søgaard, Marianne Højgaard Pedersen og Henrik Waaben – udtaler:

Som anført af landsretten og flertallet må bedømmelsen af, om Duegården er insolvent og dermed opfylder betingelserne i konkurslovens § 17 for at blive erklæret konkurs, ske på

grundlag af en likviditetsbedømmelse. Afgørende er, om Duegården er i stand til at betale sin gæld, efterhånden som den forfalder. Duegårdens status (balance) kan være et indicium i spørgsmålet om betalingsevne, men er ikke i sig selv afgørende. Der kan ved bedømmelsen af Duegårdens betalingsevne indgå en prognose, hvor der tages hensyn til fremtidige indtægter og påregnelige nye gældsposter. Jo længere ud i fremtiden, vurderingen skal foretages, des mere overbevisende må beviserne for insolvens være, for at Duegården kan erklæres konkurs. Betingelserne for konkurs skal være opfyldt, selv om Duegården har truffet beslutning om opløsning, og det har vist sig, at en solvent likvidation ikke kan gennemføres.

Det er ubestridt – og i øvrigt utvivlsomt – at Duegården ikke er i stand til at betale sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, hvis der ses bort fra det tilsagn om økonomisk støtte, som Nykredit siden sommeren 2011 har givet for at sikre Duegårdens drift, og som senest er præciseret ved brev af 26. august 2015. Afgørende for vurderingen efter § 17 er derfor, hvilken betydning Nykredits tilsagn skal tillægges.

Nykredits tilsagn af 26. august 2015 er baseret på, at andelshavernes boligafgift, der siden 2010 har udgjort 914 kr. pr. m<sup>2</sup> pr. år, forbliver uændret. Tilsagnet går ud på at sikre en positiv drift frem til 2021, herunder ved at dække ekstraordinære udgifter, inklusive udgifter til nødvendig vedligeholdelse. Tilsagnet forudsætter, at Duegården selv medvirker til at holde driften i balance ved at agere på samme måde, som hvis hele driften blev finansieret af egne indtægter. I tilsagnet tilkendegiver Nykredit yderligere en forventning om, at der inden udgangen af 2021 og ved Nykredits mellemkomst er opnået en permanent løsning med Duegården, der varigt sikrer balance i foreningens drift også efter 2021.

Nykredit har siden 2011 undladt at opkræve bidrag på realkreditlånet og rente på banklån (anlægslån og kassekredit) og alene opkrævet rente på realkreditlånet og renteswapaftalen. Nykredit har siden da sikret, at Duegården har været i stand til løbende at betale sine regninger, efterhånden som de forfalder. Efter de oplysninger, der foreligger for Højesteret, er der i dag ikke forfaldne ubetalte krav rettet mod Duegården. Som sagen er oplyst, lægger vi endvidere til grund, at der ikke aktuelt er rejst krav fra Duegårdens side mod Nykredit om at dække iværksættelse af vedligeholdelses- og istandsættelsesarbejder på ejendommen, som Nykredit har afslået.

Vi finder, at Nykredits økonomiske tilsagn over for Duegården er retligt bindende for Nykredit og finder som landsretten, at det giver Duegården den fornødne sikkerhed for at kunne fortsætte en forsvarlig drift frem til udgangen af 2021 uden yderligere gældsstiftelse. Vi fremhæver herved, at tilsagnet også dækker ekstraordinære udgifter, herunder til nødvendig vedligeholdelse. At der til tilsagnet er knyttet en forudsætning om, at foreningen medvirker til at holde driften i balance ved at agere på samme måde, som hvis hele driften blev finansieret af egne indtægter, anser vi for en naturlig følge af den gensidige loyalitetsforpligtelse i kontraktforholdet. Vi bemærker herved, at tilsagnet bygger på en forudsætning om, at andelsboligforeningen fortsat driver ejendommen, at det lægger op til en løbende dialog mellem Duegården og Nykredit om bl.a. budgetplanlægning, og at tilsagnet udtrykkeligt anviser en fremgangsmåde til afklaring af eventuelle tvivlsspørgsmål.

Det er flertallets opfattelse, at Duegården uden accept af den del af Nykredits tilsagn (tilbud), der rækker ud over afkald på egne tilgodehavender, ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, og at Duegården ikke har accepteret dette tilbud. Det er imidlertid et faktum, at Duegården efter likvidator Per Halds forklaring i skifteretten i 2014 løbende betalte sine fordringer, efterhånden som de forfaldt, og der er heller ikke i dag forfaldne fordringer, som ikke kan betales.

Vi finder, at tilsagnet, der siden 2012 også har indeholdt underskudsdækning, stiltiende må anses for accepteret af Duegården. Vi finder i øvrigt, 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.

Det kan ikke føre til en anden vurdering af Duegårdens solvens, at det nugældende tilsagn er begrænset til udgangen af 2021, idet Duegårdens økonomiske situation til den tid kan have ændret sig. I øvrigt må Nykredit forventes også i tiden efter 2021 at have en interesse i økonomisk at sikre en forsvarlig drift af Duegården. Denne interesse skyldes ikke kun Nykredits finansiering af ejendommen, herunder ved en renteswap, som for tiden har en negativ markedsværdi på mere end 200 mio. kr., hvilket i tilfælde af konkurs vil blive et tab for Nykredit. Det skyldes også hensynet til at sikre vedligeholdelse af ejendommen og dermed i størst mulig grad bevare pantets værdi.

På den anførte baggrund tiltræder vi landsrettens vurdering, hvorefter Duegården ikke har godtgjort, at foreningen, som forholdene er nu, er insolvent i konkurslovens § 17's forstand. Der er heller ikke en sikker prognose for illikviditet, som nu kan danne grundlag for konkurs. Vi tiltræder derfor, at Duegårdens konkursbegæring ikke kan tages til følge. Måtte det vise sig – før eller efter 2021 – at ordningen med Nykredit ikke sikrer Duegårdens drift, vil Duegården kunne indgive en konkursbegæring på ny.

Vi stemmer herefter for at stadfæste landsrettens kendelse.

Der træffes afgørelse efter stemmeflertallet.

Ved fastsættelsen af sagsomkostninger er der taget hensyn til sagens karakter og arbejdets omfang.

### **Thi bestemmes:**

Sagen hjemvises til skifteretten med henblik på fremme af begæringen om konkurs fra A/B Duegården i likvidation.

I sagsomkostninger for skifteret, landsret og Højesteret skal Nykredit Bank A/S og Nykredit Realkredit A/S solidarisk betale 1.500.000 kr. til A/B Duegården i likvidation.

Sagsomkostningsbeløbet skal betales inden 14 dage efter afsigelsen af denne kendelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Kærefgiften tilbagebetales.