

# HØJESTERETS DOM

## afsagt fredag den 8. februar 2019

**Sag 22/2017**

(2. afdeling)

FS Finans III A/S

og

Amagerbanken Aktieselskab under konkurs

(advokat Boris Frederiksen for begge)

mod

Bankernes EDB Central a.m.b.a.

(advokat Michael Serring)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 12. afdeling den 23. december 2016.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Lene Pagter Kristensen, Hanne Schmidt, Jan Schans Christensen, Lars Apostoli og Kristian Korfits Nielsen.

### **Påstande**

Parterne har gentaget deres påstande.

### **Anbringender**

FS Finans III A/S og Amagerbanken Aktieselskab under konkurs har anført navnlig, at det gensidigt bebyrdende retsforhold mellem Bankernes EDB Central a.m.b.a. (BEC) og Amagerbanken ikke er overtaget af Amagerbanken af 2011 (nu FS Finans III). Amagerbanken under konkurs kan foretage konkursregulering af kravet på udtrædelsesgodtgørelse, jf. konkurslovens § 61. Bankpakke III-reglerne afskærer ikke konkursboets ret til at foretage prøvelse af de i konkursboet og i FS Finans III anmeldte krav og forpligtelser. Dette understøttes af, at der ikke er sket tvunget debitorskifte. Det er uforeneligt med Højesterets dom gengivet i UfR

2015.2817, når landsretten har fundet, at kravet på udtrædelsesgodtgørelse ikke er indgået i konkursboet og allerede af denne grund ikke kan konkursreguleres. Af dommen kan udledes, at konkursboet fortsat hæftede for hele det berettigede krav, som BEC måtte have. Landsretten har ikke taget stilling til, om der kan ske konkursregulering af den del af BEC's krav, der fortsat består i konkursboet. Der kan og skal ske en materiel prøvelse af kravets berettigelse. Der kan i den forbindelse ske konkursregulering, således at det kun er den berettigede del af forpligtelsen, der kan anses for overdraget til FS Finans III. FS Finans III's forpligtelse til at betale 84,4 % af passiverne forudsætter, at der består et krav over for Amagerbankens konkursbo. Forpligtelsen kan således ikke bestå løst fra kravet over for boet, medmindre FS Finans III var indtrådt i aftaleforholdet.

Retsforholdets beskaffenhed, jf. konkurslovens § 53, udelukker ikke, at konkursboet kunne være indtrådt i aftaleforholdet mellem BEC og Amagerbanken, hvis boet havde ønsket det, og der kan derfor ske konkursregulering, jf. konkurslovens § 61. Selv hvis Højesteret måtte nå frem til, at indtræden ikke var mulig på grund af retsforholdets karakter, afskærer det ikke konkursboet fra at foretage konkursregulering. De karakteristika vedrørende BEC's struktur, ydelser og forretningsmodel, som BEC har henvist til, er ikke af en sådan beskaffenhed, at der ikke kan ske konkursregulering.

Det forhold, at Amagerbankens kapitalindskud tjener til sikkerhed for betaling af udtrædelsesgodtgørelsen, hindrer ikke, at der kan ske konkursregulering.

Hverken konkursboet eller FS Finans III er efter BEC's vedtægter forpligtet til at betale en bestemt opgjort udtrædelsesgodtgørelse. Det er forudsat i vedtægterne, at der alene kan kræves udtrædelsesgodtgørelse, i det omfang godtgørelsen er rimelig og svarer til det af BEC dokumenterede tab. Udtrædelsesgodtgørelsen skal således ikke dække andet og mere end de omkostninger, der reelt er forbundet med, at medlemmet ikke længere deltager i BEC. Der skal derfor tages hensyn til dels øvrige indtægter fra medlemmet i perioden efter dets udtræden, dels øvrige forhold af betydning for det eventuelle tab. Den rammeaftale på medlemslignende vilkår, som Finansiell Stabilitet indgik med BEC, har sikret BEC en omsætning med FS Finans III på ca. 133 mio. kr. Det er ikke foreneligt med BEC's tabsbegrænsningspligt, at der kort tid efter Amagerbankens konkurs blev foretaget prisnedsættelser i forhold til BEC's med-

lemmer. BEC har ikke dokumenteret at have lidt et økonomisk tab, der svarer til det af BEC opgjorte krav på udtrædelsesgodtgørelse.

Den vedtægtsbestemte udtrædelsesgodtgørelse kan sidestilles med et aftalt forlænget opsigelsesvarsel, som kan konkursreguleres efter konkurslovens § 61, stk. 1.

Der er ikke påvist en sædvanlig udtrædelsesgodtgørelse, og en rimelig udtrædelsesgodtgørelse vil ikke overstige et beløb på 67.016.472 kr. svarende til BEC's regnskabsmæssige omsætning med Amagerbanken i 2010. BEC driver som enhver anden privat virksomhed en kommerciel forretning i konkurrence med de to øvrige datacentraler SDC og Bank Data.

Der foreligger ikke "særlige grunde", der taler for at tilkende erstatning efter konkurslovens § 61, stk. 3. Afgørende for vurderingen er ikke, om BEC kan dokumentere at have lidt et tab, der kan dækkes i henhold til almindelige erstatningsretlige principper, men om et eventuelt tab som følge af konkursreguleringen kan kvalificeres som konkret urimeligt.

BEC opnår en "dobbelkompensation" på de øvrige kreditorers bekostning, hvis BEC dels får medhold i en udtrædelsesgodtgørelse på ca. 197,7 mio. kr., dels har haft en løbende omsætning på ca. 133 mio. kr. med FS Finans III.

Kravet på tilbagebetaling af kapitalindskuddet er ikke forældet. Som følge af den modregning, som BEC foretog den 17. februar 2011, ophørte FS Finans III's krav på tilbagebetaling af kapitalindskuddet med at bestå, og kravet genopstod først, da det baseret på en klarlæggelse af de faktiske omstændigheder stod klart, at det krav på udtrædelsesgodtgørelse, som BEC anvendte til modregning, som følge af konkursregulering ikke længere bestod. Konkursboet kom først den 6. september 2012 i besiddelse af de fornødne faktiske oplysninger, der kunne danne grundlag for at vurdere spørgsmålet, om der konkret var grundlag for at konkursregulere og dermed rejse et tilbagebetalingskrav. Forældelsesfristen skal derfor først regnes fra den 6. september 2012, jf. forældelseslovens § 2, stk. 1, hvorfor forældelse af tilbagebetalingskravet først ville indtræde den 6. september 2015. Forældelsesfristen begyndte i hvert fald ikke at løbe før den 17. april 2012, hvor konkursboet fra BEC modtog en række oplysninger. Hvis Højesteret finder, at forældelsesfristen som anført af BEC begyndte at løbe fra den 6. februar 2011, må forældelsesfristen i medfør af forældelseslovens § 3, stk. 2, anses for at være su-

spenderet i perioden frem til den 6. september 2012 eller i hvert fald frem til den 17. april 2012.

Bankernes EDB Central a.m.b.a. har anført navnlig, at Amagerbankens medlemskab hos BEC ophørte ved overdragelsen af virksomheden til FS Finans III den 6. februar 2011, dvs. før konkursen. Amagerbanken blev som følge af overdragelsen forpligtet til at betale udtrædelsesgodtgørelse til BEC i overensstemmelse med foreningens vedtægter. Kravet på udtrædelsesgodtgørelse er delvist fyldstgjort gennem det af Amagerbanken indbetalte kapitalindskud, der var pantsat til sikkerhed for opfyldelse af Amagerbankens forpligtelser overfor BEC. FS Finans III overtog som følge af vilkårene i overdragelsesaftalen af 6. februar 2011 og i overensstemmelse med reglerne i lov om finansiel stabilitet kapitel 4 b (bankpakke III) en forholdsmæssig del af udækket, ikke-efterstillet gæld påhvilende Amagerbanken pr. 6. februar 2011. FS Finans III blev dermed forpligtet til at betale 84,4 % af den del af udtrædelsesgodtgørelsen, der ikke er dækket gennem kapitalindskuddet. Vilklårene i overdragelsesaftalen og de regler, som er fastsat i bankpakke III, indebærer eller må ganske sidestilles med et automatisk debtorskifte (for så vidt angår 84,4 % af udækket, ikke-efterstillet gæld påhvilende Amagerbanken) pr. 6. februar 2011. Efter forarbejderne til lov om finansiel stabilitet har FS Finans III ikke adgang til at gøre konkursregulering gældende. Allerede som følge af, at FS Finans III ikke er under konkurs, kan FS Finans III ikke gøre konkurslovens regler gældende i forhold til BEC. FS Finans III afleder ikke sine rettigheder fra konkursboet, men fra aftalen med Amagerbanken, der blev indgået inden Amagerbanken blev taget under konkursbehandling. FS Finans III kan derfor ikke gøre konkursregulering gældende i forhold til BEC. Konkursregulering er desuden udelukket, da kontraktforholdet mellem BEC og Amagerbanken var ophørt med at være gensidigt bebyrdende pr. 6. februar 2011 inden konkursens indtræden.

Hverken konkursboet eller FS Finans III kan konkursregulere som følge af ”retsforholdets beskaffenhed”, jf. konkurslovens § 53. Dette støttes bl.a. af de særlige vilkår og forhold, der gælder mellem BEC og medlemmerne, herunder leveringen af BEC's ydelser til medlemmerne på ”non-profit”-basis, aktiveringen af udviklingsomkostninger for et betydeligt beløb (i modsætning til løbende fakturering), som kan sidestilles med ydelse af lån fra BEC til BEC's medlemmer, jf. også det forhold, at finansiel leasing er undtaget fra konkursregulering, og at BEC ikke har haft mulighed for – eller først har haft mulighed for efter en årrække og efter afholdelse af betydelige omkostninger – at ”gensælge” sine ydelser. Den manglende adgang

til konkursregulering på grund af retsforholdets beskaffenhed følger desuden af de godkendelser af BEC's ordning for udtrædelsesgodtgørelse, som er meddelt af konkurrencemyndighederne, og af den regulering, som er indført ved efterfølgende lovgivning på området.

Kravet på udtrædelsesgodtgørelse er sikret mod konkursregulering gennem pantsætning af kapitalindskuddet, jf. konkurslovens § 61, stk. 1, 2. pkt., analogt, i hvert fald for et beløb svarende til kapitalindskuddet.

Betaling af udtrædelsesgodtgørelse må anses for sædvanlig, jf. konkurslovens § 61, bl.a. henset til, at der har været betalt udtrædelsesgodtgørelse til BEC i forbindelse med andre medlemmers udtræden og i forbindelse med andre pengeinstitutters udtræden af andre datacentre. BEC's krav på udtrædelsesgodtgørelse må desuden anses for rimeligt, henset til de omfattende investeringer, BEC har foretaget på baggrund af Amagerbankens medlemskab og i tillid til Amagerbankens fortsatte deltagelse i betaling herfor.

Konkursregulering forudsætter, at opsigelsen og nedsættelsen af opsigelsesvarslet gøres gældende af den part, som ønsker at konkursregulere. Et forkortet opsigelsesvarsel vil først løbe fra det tidspunkt, hvor konkursreguleringen gøres gældende. FS Finans III og konkursboet har tidligst den 30. januar 2013 gjort konkursregulering gældende, og opsigelsesvarslet løber derfor tidligst fra dette tidspunkt.

BEC har lidt et faktisk tab, som overstiger den vedtægtsbestemte udtrædelsesgodtgørelse, jf. BEC's tabsopgørelse, der er underbygget og grundlæggende bekræftet ved Deloitte's gennemgang. BEC vil derfor i tilfælde af konkursregulering være berettiget til erstatning i medfør af konkurslovens § 61, stk. 3, svarende til forskellen mellem udtrædelsesgodtgørelsen beregnet på grundlag af vedtægterne og det eventuelt reducerede krav. Det var ikke muligt at gennemføre prisstigninger overfor medlemmerne af BEC, da prisstigninger blot ville medføre en svækkelse af medlemmernes konkurrenceevne i forhold til andre pengeinstitutter. I givet fald ville medlemmerne hurtigst muligt søge over til en af de andre datacentre. Hvis en materiel prøvelse af kravet på udtrædelsesgodtgørelse skal omfatte opgørelse eller beregning af udtrædelsesgodtgørelsen på anden måde end efter BEC's vedtægter, forudsætter det et særskilt grundlag, som ikke foreligger.

FS Finans III's og konkursboets krav på udbetaling af kapitalindskuddet er under alle omstændigheder forældet. Forældelsesfristen på 3 år begyndte at løbe den 6. februar 2011, hvor Amagerbanken overdrog sin virksomhed til FS Finans III, eller i hvert fald fra den 7. februar 2011, hvor Amagerbanken blev taget under konkurs, jf. forældelseslovens § 2, stk. 1. FS Finans III og konkursboets anbringende om ophør og genopståen af kravet på udtrædelsesgodtgørelse er uden grundlag i forældelseslovens regler og principper. Der foreligger ikke forhold, som efter forældelseslovens § 3, stk. 2, giver anledning til suspension af forældelsen. Kravet er først gjort gældende over for BEC på en relevant måde gennem påstandene i svarskriftet til landsretten, og dette er sket mere end tre år efter det tidspunkt, hvor fordringen kunne kræves opfyldt.

Der kan ikke ske adskillelse af et aktiv, som er pantsat, og den forpligtelse, som aktivet er pantsat til sikkerhed for, jf. almindelige obligationsretlige og panteretlige principper.

### **Forklaringer**

Til brug for Højesteret er der afgivet supplerende forklaringer af Alice Grünfeld, Gert Rinaldo Jonassen, Kurt Nørrisgaard, Lars Kronow og Lars Klepsch.

Der er endvidere for Højesteret fremlagt skriftlig vidneerklæring fra Steen Hove, Alice Grünfeld, Gert Rinaldo Jonassen, John Lundsgaard, Kurt Nørrisgaard, Lars Kronow og Lars Klepsch.

### **Supplerende retsgrundlag**

Konkurslovens § 53 og § 61, stk. 1 og 3, er sålydende:

”§ 53. Bestemmelserne i dette kapitel anvendes kun, hvis ikke andet følger af andre lovbestemmelser eller af vedkommende retsforholds beskaffenhed. Reglen i § 61, stk. 2, finder dog anvendelse uanset lejelovgivningens bestemmelser om uopsigelighed.

...

§ 61. Boet kan, selv om længere varsel eller uopsigelighed er aftalt, med sædvanligt eller rimeligt varsel opsige en aftale om et vedvarende retsforhold. Dette gælder dog ikke, hvis længere varsel er sikret mod skyldnerens fordringshavere ved tinglysning eller anden lignende offentlig registrering.

...

*Stk. 3.* Når særlige grunde taler derfor, kan det pålægges den, der opsiger aftalen efter stk. 1 eller 2, at yde erstatning for tab ved, at opsigelsen er sket med forkortet varsel.”

Af de almindelige bemærkninger til lovforslaget (Folketingstidende 1976-77, 2. samling, tillæg A, sp. 377) fremgår bl.a.:

”4. Boets indtræden i bestående retsforhold

Boets adgang til indtræden i gensidigt bebyrdende aftaler, som skyldneren har indgået før konkursen, skal bero på retsforholdets art, ikke på særlige aftaler mellem skyldneren og medkontrahenten. Vedtagelser om et usædvanligt eller urimeligt langt opsigelsesvarsel skal i almindelighed ikke være bindende, når den ene part går konkurs.”

Af de specielle bemærkninger til § 53 i lovforslaget (Folketingstidende 1976-77, 2. samling, tillæg A, sp. 385) fremgår bl.a.:

”§§ 53-61 svarer til betækningsudkastets §§ 51-59...”

§ 53 svarer til § 51 i lovudkastet i betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord. I betænkningen, s. 121, hedder det bl.a.:

”Herved sigtes bl.a. til kontrakter, hvor fallentens person er af en sådan betydning, at boet ikke kan tilegne sig kontrakten, f.eks. en arkitekts udarbejdelse af tegninger til en nybygning. Er hæftelsen for skyld et hovedpunkt i kontraktsforholdet, må medkontrahenterne også straks kunne hæve kontrakten, således en aftale om ydelse af lån til skyldneren eller en kontrakt om et interessentskab, hvori skyldneren er ansvarlig deltager. Også andre aftaler kan være af den karakter, at medkontrahentens stilling ville blive således forringet, hvis han fik et konkursbo som kontraktspartner, at dette ikke kan for-dres...

...

I almindelighed bør skyldneren og hans medkontrahent ikke kunne fastsætte det senere konkursbos stilling. Skyldneren vil normalt ikke føle særlig tilskyndelse til at varetage sit eventuelle konkursbos tarv, og medkontrahenten vil derfor normalt i aftalen kunne få indføjret de begrænsninger i boets ret, han måtte ønske. Boets ret bør imidlertid afgøres ud fra almene betragtninger...”

§ 61 svarer til § 59 i lovudkastet i betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord. I betænkningen, s. 131 ff., hedder det bl.a.:

”Det danske udvalg finder, at boet uanset et aftalt, usædvanligt langt varsel bør have mulighed for at frigøre sig for et vedvarende (løbende) retsforhold med det i sådanne forhold sædvanlige eller rimelige varsel. I nogle tilfælde vil aftalen om det usædvanligt lange varsel tage sigte på at skaffe skyldnerens medkontrahent en fortrinsstilling i det senere konkursbo ved, at han kan gøre et større erstatningskrav gældende, end han ellers

kunne have gjort. Et sådant arrangement bør imidlertid ikke have nogen virkning over for konkursboet. I de fleste tilfælde vil aftalen dog ikke have konkurs for øje, men sigte på forholdet mellem parterne. Den ene eller begge parter har ment sig bedst tjent med at have beskyttelse mod opsigelse fra den anden parts side i længere tid end normalt. Heller ikke en sådan vedtagelse bør imidlertid i almindelighed kunne påberåbes over for et konkursbo. Alle er bedst tjent med, at de massekrav, som opstår uafhængigt af bobestyrelsens handlinger, ikke får et sådant omfang, at det i visse tilfælde kan blive umuligt at gennemføre en konkursbehandling, fordi der ikke kan påregnes at blive fuld dækning for omkostningerne. Ved konkursen har forholdene ændret sig så meget, at det ikke vil være rimeligt, at boet skal være bundet. Ligesom en vedtagelse om fastsættelsen af erstatningens størrelse i tilfælde af misligholdelse ikke vil kunne påberåbes som grundlag for at kræve mere end tabet erstattet af boet, bør heller ikke et forlænget opsigelsesvarsel kunne gøres gældende. Dette er bedst stemmende med konkursens ligelighedsprincip...

...

Udkastet gør to undtagelser fra opsigelsesadgangen. Havde fallenten udlejet lokaler i sin faste ejendom med usædvanligt langt opsigelsesvarsel fra udlejerens side, afhænger lejerens retsstilling overfor udlejerens kreditorer og omsætningserhververe i god tro af, om lejekontraktens bestemmelse om det forlængede varsel er tinglyst på ejendommen eller ej, jfr. tinglysningslov nr. 111 af 31. marts 1926 §§ 1 og 5, sammenholdt med § 3. Er tinglysning ikke sket, kan forlængelsen af varslet ikke gøres gældende over for konkursboet. Er der derimod foretaget lysning, bliver aftalens bestemmelse om varsel bindende for en køber på tvangsauktion, dersom budet giver fuld dækning til de foranstående panthavere, jfr. retsplejelovens § 563, stk. 2. Konkursen bør i almindelighed ikke forrykke det indbyrdes forhold mellem flere rettighedshavere i fast ejendom. Denne hovedregel fraviges ved omstødelse (afkræftelse), men bør næppe sættes til side i det foreliggende tilfælde, hvor retten kan være stiftet og bekendtgjort gennem tinglysningen mange år før konkursen. Et tinglyst opsigelsesvilkår bør derfor have gyldighed over for konkursboet. Det samme må da gælde, hvor særlige aftaler om opsigelse er indført i skibsregistret, jfr. lov nr. 93 af 29. marts 1957 § 31, stk. 1 og 2, jfr. § 32, stk. 1, hvorefter brugsrettigheder i det hele bortfalder ved konkurs, hvis de ikke er registreret, eller i rettighedsregistret for luftfartøjer, jfr. lov nr. 135 af 31. marts 1960 § 1, stk. 1 og 2, jfr. § 2, nr. 2, hvis regel svarer til tinglysningslovens bestemmelser. Et skib vil ofte være chartret for en flerårig periode, jfr. betænkning angående revision af skibsregistreringslovgivningen m.v. nr. 134 i 1955 s. 41, og er charteraftalen registreret, må boet respektere aftalen. Bringes denne ikke til ophør ved frivillig overenskomst, må skibet eventuelt sælges, således at køberen skal respektere charteraftalen.

Den anden undtagelse fra opsigelsesretten efter udkastets § 59 vedrører medkontrahentens adgang til at sige op...

...

Ved afgørelsen af, hvad der er sædvanligt eller rimeligt varsel, må man først se på, om der i lovgivningen er fastsat opsigelsesfrister. Det er der således i lejelovgivningen, jfr. lejeloven, lovebekendtgørelse nr. 385 af 4. juli 1969 § 10, jfr. § 8, i funktionærloven, lovebekendtgørelse nr. 131 af 29. april 1964 § 2 og, for så vidt angår medhjælper i landbruget eller ved husgerning, som ved tiltrædelsen ikke var fyldt 18 år, i medhjælperlovens § 4, stk. 2, sammenholdt med § 29. Kan en lovregel fraviges ved aftale, kan man måske ikke udelukke, at der for en gruppe af aftaler, som i og for sig falder ind un-



der lovens regel, men hvor dog særlige forhold gør sig gældende, kan have fæstnet sig sædvaner, der afviger fra loven. Giver lovgivningen ingen regel, vil man i almindelighed kunne lægge en fast sædvane, der f.eks. fremgår af oplysninger fra brancheorganisationer, til grund. Retten er dog ikke ubetinget bundet til at følge sædvanen; hvor dette efter omstændighederne i det konkrete tilfælde findes urimeligt, vil retten kunne fravige den sædvanemæssige regel. ... Af hensyn til værdien af en fast regel, som boet og medkontrahenten kan rette sig efter, bør sådan fravigelse dog kun ske i særlige undtagelsestilfælde. Bortset fra sådanne særtilfælde vil rimelighedskriteriet kun komme til anvendelse, hvis der ikke kan påvises nogen sædvane.

Opsigelsesretten efter § 59 kan benyttes både, hvor boet ikke er indtrådt i aftalen, og hvor det er indtrådt, hvad enten det er sket ved positiv handling fra boets side efter § 53, stk. 1, eller automatisk efter § 60 eller § 61. Medkontrahenten kan, hvad enten han eller boet siger op, kræve det aftalte vederlag for tiden indtil den dag, hvortil opsigelse sker.”

## **Højesterets begrundelse og resultat**

### *Sagens baggrund og problemstilling*

Den 4. februar 2011 modtog Amagerbanken A/S påbud fra Finanstilsynet om at tilvejebringe den foreskrevne kapital efter lov om finansiel virksomhed senest søndag den 6. februar 2011. Da dette ikke var muligt, besluttede bankens ledelse, at banken skulle afvikles efter de særlige regler i kapitel 4 b, §§ 16 e - 16 i, i lov om finansiel stabilitet (bankpakke III). Som følge heraf indgik Amagerbanken den 6. februar 2011 betinget aftale med Finansiell Stabilitet om overdragelse af bankvirksomheden samt bankens aktiver og en del af passiverne til et datterselskab til Finansiell Stabilitet, Amagerbanken af 2011 A/S (nu FS Finans III A/S). Overdragelsesaftalen blev myndighedsgodkendt samme dag og blev dermed endelig. Amagerbanken indgav endvidere mandag den 7. februar 2011 egenbegæring om konkurs, og konkursdekret blev afsagt samme dag.

Amagerbanken havde siden 1979 været medlem af Bankernes EDB Central a.m.b.a. (BEC). Banken havde i overensstemmelse med BEC's vedtægter foretaget kapitalindskud i BEC. Som følge af Amagerbankens sammenbrud ophørte bankens medlemskab af BEC, og BEC havde herefter i henhold til sine vedtægter krav på betaling af en udtrædelsesgodtgørelse. Parterne er enige om, at kapitalindskuddet udgør ca. 137,6 mio. kr., og at kravet på udtrædelsesgodtgørelse efter vedtægterne kan opgøres til ca. 197,7 mio. kr.

Parterne er endvidere enige om, at hverken FS Finans III eller konkursboet er indtrådt i aftaleforholdet mellem Amagerbanken og BEC. Højesteret lægger desuden som ubestridt til grund, at FS Finans III efter overdragelsesaftalen af 6. februar 2011 (som et aktiv) overtog Amagerbankens krav mod BEC på tilbagebetaling af kapitalindsuddet, og at FS Finans III (som et passiv) overtog en forholdsmæssig andel af Amagerbankens forpligtelse til at betale udtrædelsesgodtgørelse til BEC.

Sagens hovedspørgsmål er, om kravet på udtrædelsesgodtgørelse kan konkursreguleres.

### *Konkursregulering*

FS Finans III overtog ved overdragelsesaftalen af 6. februar 2011 aktiver og en forholdsmæssig andel af passiverne i Amagerbanken, herunder som nævnt en forholdsmæssig del af Amagerbankens forpligtelse til at betale udtrædelsesgodtgørelse til BEC.

Overtagelsen af aktiver og en forholdsmæssig andel af passiverne er sket i overensstemmelse med reglerne i kapitel 4 b, §§ 16 e – 16 i, i lov om finansiel stabilitet (bankpakke III). Der er ikke i bestemmelserne i bankpakke III eller i lovforarbejderne taget stilling til, om konkurslovens principper om konkursregulering finder anvendelse på en forpligtelse, som er overtaget af et datterselskab til Finansiell Stabilitet.

Ordningen i bankpakke III tager sigte på en kontrolleret afvikling af en nødlidende bank med henblik på at sikre værdierne af aktiverne ved en videreførelse af bankaktiviteterne, frem for at der gennemføres et tvangssalg under en konkurs. Ordningen indebærer, at der skal aftales en foreløbig overdragelsessum for de overdragne aktiver mv. Den foreløbige overdragelsessum berigtiges over for det nødlidende pengeinstitut ved, at datterselskabet til Finansiell Stabilitet overtager ikke-efterstillede forpligtelser pr. overtagelsesdagen for et beløb svarende til den foreløbigt opgjorte værdi af aktiverne, og datterselskabet skal overtage en forholdsmæssig andel af de simple kreditorers krav mod det nødlidende pengeinstitut, jf. nærmere lov om finansiel stabilitet § 16 g, stk. 2-5. Det fremgår endvidere af § 16 g, stk. 12, at den endelige overdragelsessum reguleres med et eventuelt nettooverskud hos datterselskabet efter videreoverdragelse eller likvidation af dette. Et nettooverskud vil således skulle betales til det nødlidende pengeinstitut.

Bankpakke III indebærer – til forskel fra den ordning, som blev indført ved lov nr. 1003 af 10. oktober 2008 (bankpakke I) – at de ikke-efterstillede kreditorer vil lide tab, hvis aktiverne ikke er tilstrækkelige til at give dem fuld dækning for deres krav.

Højesteret finder, at der efter formålet og udformningen af ordningen i bankpakke III ikke er holdepunkter for, at det med ordningen – som er alternativet til konkursbehandling af et nødlidende pengeinstitut – har været tilsigtet at fravige det grundlæggende konkursretlige princip om ligelig behandling af kreditorer. En ikke-efterstillet kreditor kan således alene gøre sit krav gældende over for det datterselskab til Finansiell Stabilitet, som har overtaget en forholdsmæssig del af kravet, i det omfang kravet kan gøres gældende over for den nødlidende banks konkursbo, uden at kravet konkursreguleres (eller omstødes).

Herefter, og da overdragelsesaftalen af 6. februar 2011 som nævnt må forstås i overensstemmelse med ordningen i bankpakke III, finder Højesteret, at konkurslovens principper om konkursregulering kan anvendes også på den del af BEC's krav på udtrædelsesgodtgørelse, som blev overtaget af FS Finans III. Det bemærkes herved, at Amagerbankens konkursbo ikke som følge af overdragelsen af bankvirksomheden til FS Finans III efter bankpakke III-reglerne kan anses for at være afskåret fra at konkursregulere det i boet anmeldte krav på udtrædelsesgodtgørelse.

Spørgsmålet er herefter i første række, om betingelserne for at konkursregulere BEC's krav på udtrædelsesgodtgørelse er opfyldt, og i anden række om et eventuelt krav på tilbagebetaling af kapitalindskuddet er forældet.

#### *De nærmere betingelser for at konkursregulere*

Efter konkurslovens § 53 anvendes bestemmelserne i konkurslovens kapitel 7 kun, hvis ikke andet følger af andre lovbestemmelser eller af vedkommende retsforholds beskaffenhed. Der kan således ikke ske konkursregulering af BEC's krav på udtrædelsesgodtgørelse, hvis retsforholdets beskaffenhed er til hinder herfor.

Konkursregulering efter konkurslovens § 61 er udtryk for en regulering af aftaleparternes erstatningsretlige opgør ud fra hensynet til at sikre en ligelig behandling af et konkursbos kreditorer. Der må derfor efter Højesterets opfattelse foreligge tungtvejende grunde for, at en kredi-

tor i et gensidigt bebyrdende aftaleforhold skal kunne opnå en bedre retsstilling end den, der følger af § 61. Højesteret finder, at retsforholdet mellem BEC og Amagerbanken ikke har en sådan beskaffenhed, at konkursregulering af kravet er udelukket.

Ifølge § 61, stk. 1, kan boet med sædvanligt eller rimeligt varsel opsige en aftale om et vedvarende retsforhold, selv om længere varsel eller uopsigelighed er aftalt.

Efter § 27 i BEC's vedtægter skal der ved medlemskabets ophør betales en udtrædelsesgodtgørelse til BEC. Udtrædelsesgodtgørelsen beregnes på baggrund af det pågældende medlems omsætning i det seneste hele regnskabsår, pengeinstituttet har været medlem, og udgør 50 % af den omsætning, der efter denne beregning ville påløbe fra udtrædelsesdatoen, og indtil ophør kunne have fundet sted ved afgivelse af opsigelse efter vedtægternes § 24 og det deri angivne varsel. Efter § 24 er opsigelsesvarslet 5 år til udløbet af et regnskabsår. I den foreliggende sag udgør den periode, for hvilken der efter vedtægterne skal betales udtrædelsesgodtgørelse med 50 % af omsætningen, dermed næsten 6 år (svarende til det tidligere nævnte beløb på ca. 197,7 mio. kr.).

Konkurslovens § 61, stk. 1, omfatter et godtgørelseskrav som i den foreliggende sag, idet godtgørelseskravet træder i stedet for et længere opsigelsesvarsel. Den udtrædelsesgodtgørelse, som efter § 27 i BEC's vedtægter skal betales ved et medlemskabs ophør, kan således gøres til genstand for konkursregulering efter konkurslovens § 61, stk. 1.

Amagerbanken har som nævnt foretaget et kapitalindskud på ca. 137,6 mio. kr. Indskuddet tjener efter § 4 i BEC's vedtægter til sikkerhed for betaling af udtrædelsesgodtgørelse. Efter § 61, stk. 1, 2. pkt., kan boet ikke konkursregulere efter stk. 1, 1. pkt., hvis længere varsel er sikret mod skyldnerens kreditorer ved tinglysning eller anden lignende offentlig registrering. Der er i den foreliggende sag ikke tale om en form for sikkerhedsstillelse, som er omfattet af konkurslovens § 61, stk. 1, 2. pkt., og sikkerhedsstillelsen er derfor ikke til hinder for konkursregulering.

BEC har til formål at varetage de deltagende pengeinstitutters interesse i udvikling, drift og support af it-systemer og -løsninger. Sådan udvikling og drift mv. er en nødvendighed inden for den finansielle sektor og samtidig så omkostningskrævende, at pengeinstitutterne i Dan-

mark – bortset fra de to største banker – har sluttet sig sammen i datacentraler. Udtrædelsesgodtgørelsen, der skal kompensere en datacentral for det tab, der er forbundet med et pengeinstituts udtræden, må anses for at træde i stedet for erstatning og er fastsat for bl.a. at undgå komplicerede tabsopgørelsesspørgsmål.

Ved vurderingen af, hvad der er en rimelig udtrædelsesgodtgørelse, må der navnlig lægges vægt på, at der har været tale om medlemskab af en forening, som driver virksomhed med it-leverancer på non profit-vilkår med sine medlemmer, at interessefællesskabet har taget sigte på omkostningstung udvikling af it-projekter specifikt til pengeinstitutsektoren, at Amagerbanken har haft betydelig indflydelse på omfanget og indholdet af it-systemer og på omkostningsniveauet i BEC generelt, at Amagerbanken deltog i beslutningen om at ændre regnskabsprincipper vedrørende it-udviklingen, således at BEC siden 2007 har afholdt og aktiveret udgifterne til it-udvikling, og der først er sket betaling fra medlemmernes side, når det konkrete it-system var færdigudviklet og blev taget i brug, at BEC som følge af it-systemernes karakter og forholdene på området havde vanskeligt ved at sælge sine ydelser til andre pengeinstitutter, at BEC løbende har søgt at reducere omkostningerne og effektivisere inden for de rammer, BEC havde i forhold til fortsat at kunne levere it-løsninger, at det efter bevisførelsen, herunder BEC's tabsopgørelse, som er gennemgået af Deloitte, må lægges til grund, at der, også når der tages højde for de ca. 133 mio. kr., som FS Finans III har købt it-ydelser for hos BEC i perioden 2011-2015, har været et betydeligt tab ved ophøret af Amagerbankens medlemskab, og at de to andre datacentraler i Danmark også har lange opsigelsesvarsler på henholdsvis 5 år og 3 år, hvor udtrædelsesgodtgørelsen som udgangspunkt fastsættes til den fulde omsætning i opsigelsesperioden.

Efter en samlet vurdering finder Højesteret herefter, at en rimelig udtrædelsesgodtgørelse i den foreliggende sag passende kan fastsættes til 2 års omsætning for Amagerbanken (baseret på omsætningen i 2010). Der foreligger ikke forhold, der kan begrunde, at BEC herudover tilkendes erstatning efter konkurslovens § 61, stk. 3.

Efter konkursregulering udgør udtrædelsesgodtgørelsen ca. 134 mio. kr., og kravet på tilbagebetaling af kapitalindskuddet udgør ca. 137,6 mio. kr. FS Finans III vil dermed – medmindre BEC kan modregne med andre krav – kunne kræve ca. 3,6 mio. kr. af kapitalindskuddet tilbagebetalt. Dette gælder dog ikke, hvis tilbagebetalingskravet er forældet.

### *Forældelse*

Efter § 23 i BEC's vedtægter ophører medlemskabet straks og uden varsel, bl.a. når det pågældende medlem ophører med at eksistere som selvstændig virksomhed. Amagerbanken ophørte med at drive bankvirksomhed den 6. februar 2011, hvor aftalen om overdragelse af bankvirksomheden til FS Finans III blev indgået. Højesteret lægger derfor til grund, at Amagerbankens kapitalindskud kunne kræves tilbagebetalt af FS Finans III fra dette tidspunkt, og at forældelsesfristen således skal regnes fra den 6. februar 2011, jf. forældelseslovens § 2, stk. 1.

Forældelsesfristen er 3 år, jf. forældelseslovens § 3, stk. 1, og afbrydelse af fristen skete først, da kravet på tilbagebetaling af kapitalindskud blev gjort gældende ved nedlæggelse af selvstændig påstand herom i svarskriftet fra FS Finans III den 13. maj 2014, jf. forældelseslovens § 16. Forældelsesfristen blev således afbrudt senere end 3 år efter fristens begyndelsestidspunkt, og tilbagebetalingskravet er derfor som udgangspunkt forældet.

FS Finans III har anført bl.a., at forældelsen var suspenderet i medfør af forældelseslovens § 3, stk. 2, fordi selskabet ikke før den 6. september 2012 modtog de oplysninger, der var nødvendige for at kunne tage stilling til spørgsmålet om muligheden for konkursregulering af BEC's krav på udtrædelsesgodtgørelse og dermed, om kravet på tilbagebetaling af kapitalindskud var større end modkravet på udtrædelsesgodtgørelse.

Højesteret lægger til grund, at FS Finans III i februar 2011 bl.a. som følge af BEC's anmeldelse af krav på udtrædelsesgodtgørelse til henholdsvis Amagerbanken og kurator havde kendskab til sit krav på tilbagebetaling af kapitalindskud i BEC. FS Finans III var således ikke på grund af ukendskab til dette krav afskåret fra at afbryde forældelsen. Højesteret finder, at FS Finans III's tvivl om størrelsen af BEC's modkrav på udtrædelsesgodtgørelse og om muligheden for konkursregulering af udtrædelsesgodtgørelsen ikke ændrer herved. Indlevering af stævning har i hele perioden været en mulighed, som kunne udnyttes af FS Finans III, hvis enighed om en aftale om suspension af forældelsen ikke kunne opnås, mens udveksling af oplysninger og synspunkter mellem parterne fandt sted.

Højesteret finder på denne baggrund, at forældelsen af FS Finans III's krav på tilbagebetaling af kapitalindskud ikke har været suspenderet i medfør af forældelseslovens § 3, stk. 2, og at FS Finans III dermed som følge af forældelse er afskåret fra at gøre kravet på tilbagebetaling af kapitalindskud gældende mod BEC.

*Konklusion og sagsomkostninger*

Parterne frifindes for de påstande, som de hver især har nedlagt over for hinanden.

Efter sagens udfald sammenholdt med parternes påstande skal ingen af parterne betale sagsomkostninger for landsret eller Højesteret til nogen anden part.

**Thi kendes for ret:**

Bankernes EDB Central a.m.b.a. frifindes.

FS Finans III A/S og Amagerbanken Aktieselskab under konkurs frifindes.

Ingen af parterne skal betale sagsomkostninger for landsret eller Højesteret til nogen anden part.