

UDSKRIFT
AF
HØJESTERETS DOMBOG

HØJESTERETS DOM
afsagt mandag den 15. september 2014

Sag 42/2013

(2. afdeling)

Appelant, A

(advokat Søren Zinck)

mod

Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs

(advokat Bo Vadt Christensen)

I tidligere instans er afsagt dom af Østre Landsrets 5. afdeling den 12. februar 2013.

I pådømmelsen har deltaget fem dommere: Thomas Rørdam, Poul Dahl Jensen, Hanne Schmidt, Lars Hjortnæs og Jan Schans Christensen.

Påstande

Parterne har gentaget deres påstande.

Supplerende sagsfremstilling

Phoenix-sagskomplekset

Sagen mod **Appellanten** er én i en række af omstødsessager anlagt i Danmark af konkursboet efter Phoenix Kapitaldienst GmbH mod danske investorer. Den 22. juni 2011 afsagde Østre Landsret dom i 8 prøvesager, sag B-2073-06 m.fl. Siden er afsagt dom i yderligere omstødsessager i samme sagskompleks ved Grønlands Landsrets dom af 6. juni 2012, sag C 407/06, Vestre Landsrets dom af 9. november 2012, sag B-1852-06, samt Østre Landsrets

dom af 19. april 2013, sag B-2539-06. I alle sager er det lagt til grund, at omstødelsesspørgsmålet alene skal bedømmes efter tysk ret.

Supplerende oplysninger i sagen vedrørende Appellanten

I kontrakt af 2. maj 2001 mellem Appellanten og Phoenix Fondsmæglerselskab A/S som formidler og Phoenix Kapitaldienst GmbH som investeringsforvalter (herefter Phoenix under ét) hedder det bl.a.:

”PHOENIX-brochuren ”Managed Account” og de deri og omstående anførte ”Almindelige Forretningsbetingelser” og oplysninger om risici er en del af nærværende kontrakt, der udelukkende kan anvendes af privatpersoner. § 14.4 i ”Almindelige Forretningsbetingelser” er dog ikke gældende for nærværende kontrakt.”

§ 14.4 i Phoenix’ ”Almindelige Forretningsbetingelser for PHOENIX ”Managed Account””, der bestemmer, at aftalen er undergivet tysk ret, er overstreget i Appellantens eksemplar af forretningsbetingelserne.

Samme dag, den 2. maj 2001, underskrev Appellanten ”Rådgiver Protokol Vedrørende Investering i PHOENIX Managed Account”.

Den 22. april 2002 udbetalte Phoenix 299.665,41 euro fra Appellantens PMA-konto P5399 til hans eurokonto i Jyske Bank, Kontonummer 1

I et brev af 24. april 2002 anmodede Appellanten Jyske Bank om på ny at overføre beløbet på 299.655 euro til PMA-konto P5399. Samtidig anmodede han om, at der fra hans checkkonto i Jyske Bank, Kontonummer 3, blev overført yderligere 300.000 kr. til PMA-konto P5399.

Beløbet på 299.655 euro blev sammen med et beløb på 13,47 euro i provision, i alt 299.678,47 euro, den 29. april 2002 debiteret Appellantens eurokonto i Jyske Bank. Beløbet på 299.655 euro er samme dag krediteret PMA-konto P5399.

Af en posteringsoversigt fra Appellantens checkkonto i Jyske Bank, Kontonummer 3, fremgår, at der den 25. april 2002 blev hævet 300.000 kr. på kontoen. Beløbet svarende til 40.355,13 euro er krediteret PMA-konto P5399 den 29. april 2002.

I et brev af 5. september 2002 fra Phoenix til Appellanten bekræftes det, at Appellantens personlige engagement, PMA-konto P5399, var opsagt pr. 1. september 2002.

Appellanten har for Højesteret på egne vegne og på vegne af VVS-Installatørfirmaet Virksomhed ApS 1 og Virksomhed ApS 2 afgivet erklæring om betinget og begrænset afkald på dividende i Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs. Afkaldet er givet med henblik på at imødegå et synspunkt om, at Appellanten måtte genvinde en mistet berigelse i forbindelse med en kommende udbetaling af dividende i konkursboet.

Forklaringer

Person 15 har forklaret bl.a., at han arbejdede som investeringsrådgiver for Phoenix i Danmark fra maj 1993 og frem til konkursens indtræden. Hans arbejde bestod i at kontakte eksisterende og potentielle kunder og sikre indskud. Derudover bestod arbejdet i at servicere eksisterende kunder, herunder ved løbende at give kunderne oplysninger om bevægelser på deres konti.

Appellanten var kunde i mange år og med et signifikant beløb. De talte sammen ofte og mindst en gang om måneden. Der kom løbende indbetalinger i forlængelse af deres dialog.

For så vidt angår brevet af 5. februar 2002 til Phoenix, hvori Appellanten anmodede om udbetaling af 300.000 euro, kan han godt huske situationen. Der var løbende samtaler med og bekymring hos Appellanten og andre kunder med hensyn til, om alt nu var, som det skulle være. Han sagde derfor til Appellanten, at han jo bare kunne få pengene udbetalt, så kunne han se, at de var der. Det blev herefter aftalt, at der skulle laves en sådan udbetaling til A. Når det var gjort, var det meningen, at pengene skulle tilbage igen. Appellanten havde dog ikke pligt til at betale pengene tilbage til Phoenix.

Det var ikke naturligt for **Appellanten** personligt at have en eurokonto. Når pengene bare skulle ud og ind igen, var det imidlertid hans anbefaling, at **Appellanten** oprettede en eurokonto, så pengene ikke skulle veksles under ud- og indbetalingen med deraf følgende kurstab. Årsagen til, at det ikke var 300.000 euro, der blev udbetalt, men kun 299.665,41 euro, var overførselsgebyret.

For så vidt angår Phoenix' udbetalingsbilag af 25. april 2002, hvoraf Phoenix' registrering af udbetalingen til **Appellanten** på 300.000 euro fremgår, var brevets datering den 25. april og det angivne virkningstidspunkt den 28. marts 2002 en helt sædvanlig måde at gøre det på. Det drejede sig om tusindvis af udbetalinger, og derfor gik der nogle gange nogen tid fra det tidspunkt, hvor kunden havde pengene til rådighed, til udbetalingsbilaget blev produceret.

Når en udbetaling blev aftalt den 5. februar 2002, var det efter de almindelige forretningsbetingelser for Phoenix Managed Account, pkt. 12.2, ikke muligt at udbetale pengene før tidligst den 1. april 2002, fordi der i kontrakterne var aftalt løbende måned plus 30 dage, og det kunne ikke ændres. Han ved ikke, hvorfor det af Phoenix' indbetalingsbilag af 29. april 2002 fremgår, at valørdatoen er den 6. maj 2002.

Han kan ikke huske, at **Appellanten** samtidig med tilbageførslen af de 300.000 euro indsatte yderligere præcis 300.000 kr., men han kan godt huske, at **Appellanten** havde nogle ekstra penge, han ønskede at investere på det tidspunkt, nu hvor **Appellanten** havde set, at alt var i orden, og at hans penge var på kontoen.

Med hensyn til Phoenix' indbetalingsbilag af 24. maj 2002, hvor der er anført et beløb på 340.020,13 euro, var det helt sædvanligt i et sådant bilag at lægge flere samtidige indbetalinger sammen som én indbetaling.

Han kan ikke huske **Appellantens** brev af 2. august 2002, men han kan se på bilaget, at der ønskes en overførsel fra **Appellantens** private konto til **Appellantens** virksomhedskonto. Det var af skattemæssige årsager, man ønskede at have pengene stående på en virksomhedskonto i stedet for på en personlig konto. Phoenix' ud- og indbetalingsbilag af 23. september 2002 viser, at det var det, der skete. Disse penge kom aldrig ud af Phoenix, det er 100% sikkert.

Han er ikke i stand til at redegøre for baggrunden for overstregningen i pkt. 14.4 i Phoenix' almindelige forretningsbetingelser. Han er imidlertid overbevist om, at det er sket i forbindelse med opnåelse af fondsmæglerstatus i Danmark, da der skete en række formelle ændringer i den forbindelse. Han kan ikke huske, om der efter ændringen til et dansk selskab blev lavet nye kontrakter med deres eksisterende kunder.

Der var generelt rigtig godt styr på tingene i Phoenix, herunder i forhold til ind- og udbetalinger og bilag mv. Udbetaling til kunder skete altid fra en sparekasse i Frankfurt, hvorfra pengene blev overført direkte til kundernes konti i danske banker.

Den konto i Finansbanken, der fremgår af Jyske Banks brev af 29. april 2002 til Appellanten hvortil beløbet på 299.665 euro blev overført, var Phoenix' danske kronekonto i Finansbanken, som Phoenix' kunder indbetalte penge til.

Højesterets begrundelse og resultat

Sagens baggrund og hovedspørgsmål

Phoenix Kapitaldienst GmbH var et tysk selskab, som drev investeringsvirksomhed i eget navn, men på grundlag af indskud foretaget af investorer, herunder Appellanten. I selskabet, der blev taget under konkursbehandling den 1. juli 2005 med fristdag den 1. marts samme år, var der blevet dækket over tabsgivende aktivitet ved, at indskud foretaget af nye investorer blev anvendt til at betale fiktive udbytter til eksisterende investorer. Konkursboet har anlagt en lang række sager mod investorer i og uden for Tyskland med henblik på at få udbetalte fiktive udbytter omstødt.

Spørgsmålet i sagen er, om tysk og/eller dansk ret skal anvendes ved afgørelsen af, om der kan ske omstødelse og, hvis alene tysk ret finder anvendelse, om betingelserne i tysk ret for at omstøde er opfyldt.

Parterne er enige om, at der ikke kan ske omstødelse over for Appellanten, hvis dansk ret finder anvendelse. Hvis tysk ret finder anvendelse, er parterne enige om, at fiktive udbytter udbetalt i en fireårig periode op til fristdagen udgør vederlagsfrie ydelser efter den tyske konkurslovs § 134 og § 143, der kan omstødes, hvis betingelserne for omstødelse i øvrigt er op-

fyldt. Parterne er også enige om den beløbsmæssige opgørelse af konkursboets krav samt beregningen af renter.

Lovvalgsspørgsmålet

Spørgsmålet om, efter hvilket lands ret det skal bedømmes, om en betaling foretaget af et udenlandsk selskab kan omstødes efter selskabets konkurs, må afgøres efter dansk international privat- og procesret. Der er ikke i dansk lovgivning taget stilling til, om tysk konkursret finder anvendelse på dispositioner foretaget af et tysk selskab til fordel for personer eller selskaber hjemmehørende her i landet. Højesteret finder, at navnlig hensynet til en ensartet behandling af kreditorerne indebærer, at konkurslandets lov som udgangspunkt skal finde anvendelse. Der er ikke grundlag for at fravige dette udgangspunkt i den foreliggende sag. Højesteret bemærker herved, at de tyske konkursregler, som er påberåbt i sagen, ikke er åbenbart uforenelige med dansk retsorden, jf. herved konkurslovens § 6, stk. 2, og at det, som Poul Munck har anført om lovvalget i aftalen mellem ham og Phoenix, ikke kan føre til andet resultat. Højesteret tiltræder herefter, at omstødelsesspørgsmålet alene skal afgøres efter tysk ret.

Generelt om de tyske omstødelserregler

I medfør af den tyske konkurslov kan dispositioner, som er foretaget før konkursen, og som stiller kreditorerne ringere, kræves omstødt af kurator, jf. lovens § 129. Vederlagsfri ydelser er omstødelige, medmindre de er foretaget tidligere end fire år før konkursen, jf. lovens § 134. Efter den tyske Bundesgerichtshofs praksis, som er beskrevet i landsrettens dom, vil udbetaling af fiktivt udbytte kunne omstødes, hvis betingelserne i den tyske konkurslovs § 134, jf. § 143, er opfyldt. Den tyske konkurslovs § 143 bestemmer, at en modtager af en vederlagsfri ydelse kun skal levere denne tilbage, hvis modtageren har opnået en berigelse ved ydelsen. Det er anerkendt i tysk ret, at en berigelse kan bortfalde (der tales i sådanne tilfælde om afrigelse), f.eks. hvis udbetalingen af det uretmæssigt udbetalte beløb har ført til, at modtageren har (gen)investeret beløbet med tab til følge. Det er modtageren, der har bevisbyrden for, at der er sket afrigelse efter tysk ret.

De enkelte dispositioner

Den 30. august 2002 foranledigede **Appellanten** hele indeståendet på sin private konto i Phoenix overført til en konto i Phoenix tilhørende hans 100 % ejede selskab, VVS-Installatørfir-

maet **Virksomhed ApS 1**. Herved blev bl.a. den del af indeståendet, der hidrørte fra et fiktivt udbytte på 73.209,92 euro, der indgik i udbetalingen på de ca. 300.000 euro, som **A** **█** havde modtaget fra Phoenix den 22. april 2002 og efterfølgende havde tilbageført til sin konto i Phoenix, overført til installatørselskabet. I indeståendet og dermed i det overførte beløb indgik yderligere et fiktivt udbytte på 9.424,24 euro.

Efter oplysningerne i sagen må det endvidere lægges til grund, at et fiktivt udbytte på 5.111,50 euro i efteråret 2002 blev indsat på **Appellantens** private konto i Phoenix, og at beløbet efter anmodning fra **Appellanten** blev overført til installatørselskabets konto i Phoenix i december 2002.

Spørgsmålet er, om der ved disse overførsler fra **Appellantens** private konto til installatørselskabets konto i Phoenix (også betegnet omposterings) er sket en udbetaling til **Appellanten** af fiktivt udbytte, som kan omstødes.

I præmis 12 i Bundesgerichtshofs dom af 29. marts 2012 er det anført, at såfremt indeståendet i en finansiel servicevirksomhed på grundlag af kontohavers ordre omposteres til tredjemands konto i samme finansinstitut, ligger heri tillige tilbagebetaling af indeståendet til den oprindelige fordringsindehaver. Overførslen af indeståendet på **Appellantens** private konto til hans installatørselskabs konto i Phoenix må således anses for at indebære en udbetaling til **A** **█** af indeståendet, herunder af de fiktive udbytter, der indgår i beløbet, og en samtidig investering heraf til fordel for installatørselskabet.

For at der kan ske omstødelse af den i omposteringen liggende udbetaling af fiktive udbytter til **Appellanten**, er det en betingelse, at omposteringen har stillet konkurskreditorerne ringere, jf. den tyske konkurslovs § 129, stk. 1.

Bundesgerichtshof har i den nævnte dom ikke udtrykkeligt taget stilling til, om de fiktive udbytter, der ved omposteringen i et trepartsforhold anses for udbetalt til den oprindelige fordringsindehaver, bliver til indskud, som giver den nye fordringsindehaver ret til dividende og dermed stiller de øvrige kreditorer ringere, end hvis omposteringen ikke var sket.

I den dom fra Oberlandesgericht Frankfurt am Main, som var indbragt for Bundesgerichtshof, havde Oberlandesgericht antaget, at omposteringen indebar en forringelse af konkurskreditorernes stilling. Retten anførte bl.a., at pengene ganske vist var "indbetalt igen" og dermed indgik i aktiverne, men at passiverne var øget, fordi de fiktive udbytter, som den oprindelige fordringsindehaver ikke havde krav på at få udbetalt, nu blev behandlet som indskud med den konsekvens, at boets gældsforpligtelse var øget.

Bundesgerichtshof lagde til grund, at den arving (efter en investor), som konkursboet efter Phoenix havde anlagt sag mod, blot havde overført et beløb, der nu tilkom hende, til sin egen konto i Phoenix, og at der således ikke var tale om en ompostering til en tredjemand. Bundesgerichtshof havde derfor ikke anledning til at tage stilling til, hvordan forholdet skulle bedømmes, hvis man havde lagt til grund, at der var tale om en ompostering til en tredjemand.

Højesteret finder det mest nærliggende at forstå dommen fra Bundesgerichtshof på den måde, at der ikke tages afstand fra den retsopfattelse, der er kommet til udtryk i Oberlandesgerichts dom, såfremt der er tale om en ompostering til en tredjemand.

På den baggrund finder Højesteret, at overførslen af indeståendet på Appellantens private konto til hans installatørselskabs konto i Phoenix indebærer en disposition, som har forringet konkurskreditorernes stilling, og at der derfor kan ske omstødelse for så vidt angår beløbene på 73.209,92 euro, 9.424,24 euro og 5.111,50 euro, medmindre der er sket afrigelse.

Som nævnt foranledigede Appellanten, at hele indeståendet på hans private konto i Phoenix i efteråret 2002 blev overført til hans installatørselskabs konto i Phoenix. Installatørselskabet overførte ved årsskiftet 2004/05 sit samlede indestående til en konto i Phoenix tilhørende A's holdingselskab, Virksomhed ApS 2. Det er ikke oplyst, hvordan de skete overførsler er bogført i Appellantens selskaber. Det kan ikke lægges til grund, at A ved overførslen af indeståendet til installatørselskabet ikke skulle have opnået en erstatningsværdi f.eks. i form af et vederlag, tilgodehavende eller kapitalindskud, og der er ikke dokumentation for et eventuelt tab, som Appellanten måtte have lidt. På den baggrund finder Højesteret det ikke godtgjort, at berigelsen for Appellanten ved som led i omposteringen at have fået de fiktive udbytter udbetalt er gået tabt på en måde, der afskærer omstødelse, jf. den tyske konkurslovs § 143, stk. 2. Det kan således ikke lægges til grund, at der er sket afrigelse.

Da den udbetaling til **Appellanten** af fiktive udbytter, herunder af udbyttet på 73.209,92 euro, der fandt sted i efteråret 2002 som led i overførslen af indeståendet på **Appellantens** private konto til hans installatørselskabs konto i Phoenix, således kan omstødes, har Højesteret ikke fundet anledning til at foretage en selvstændig bedømmelse af, om der kan ske omstødelse allerede af den udbetaling til **Appellanten** af det samme fiktive udbytte på 73.209,92 euro, der var sket i april 2002 som en del af udbetalingen på ca. 300.000 euro, og som **Appellanten** umiddelbart efter havde tilbageført til sin konto i Phoenix.

Højesteret tiltræder på den baggrund, at konkursboets påstand er taget til følge, og stadfæster herefter dommen.

Thi kendes for ret:

Landsrettens dom stadfæstes.

I sagsomkostninger for Højesteret skal **Appellanten** betale 50.000 kr. til Phoenix Kapitaldienst GmbH under konkurs.

De idømte sagsomkostningsbeløb skal betales inden 14 dage efter denne højesteretsdoms afsigelse og forrentes efter rentelovens § 8 a.

--0000--

Udskriftens rigtighed bekræftes.

Højesteret, den 15. september 2014.

Anonymiseret

kontorfuldmægtig