

Omstødelse i Konkurs

En analyse af ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70 a og utilbørlighedskriteriet i KL § 74

Avoidance in Bankruptcy

An analysis of the criterion ordinary in The Danish Bankruptcy Act sections 67 and 70 a and the criterion fraudulently in section 74

Udarbejdet af: Michelle Annsofie Clemmen Johansen

Anslag: 178.823

Abstract

The subject of this master thesis is an examination of the criteria ordinary and fraudulently of the Danish Bankruptcy Act, and how the criteria are alike and how they differ from each other. The statement of intent is the following: *When is an act of a later bankrupt ordinary, so that the act cannot be avoided under section 67 and/or 70 a of the Danish Bankruptcy Act. Furthermore an investigation whether there is a correlation between the criterion ordination in section 67 and 70 a and the criterion fraudulently in section 74 of the Danish Bankruptcy Act, in order to determine the scope of the provisions. In consequence, an assessment is made as to whether the rules for avoidance should be amended.*

First the thesis will examine why we have rules for avoidance and the specific provisions, to create an overview. Section 67 of the Danish Bankruptcy Act entitles avoidance of payment of debt, if the payment has been effected by unusual means of payment, before the due date of payment or in amounts, which have substantially impaired the debtor's ability to pay its debts, provided that such payment did not appear as ordinary. Section 70a entitles avoidance of increases of a floating charge, unless the increase appeared ordinary. If the increase is ordinary, the following increases of the charge can also be avoided irrespective of whether such increases can be considered ordinary cf. section 70 a, 2. pkt. Section 74 is the general clause, which entitles avoidance of fraudulently transactions, with further subjective requirements. Transactions that can be in the scope of section 74 are, i.a. payments and increases of charge.

Through literature and case law the thesis will identify what is crucial to the assessment of the criteria ordinary and fraudulently. It is always a complete evaluation of the specific circumstances. The pivotal for the criterion ordinary, is the motivation factor for the transaction. If the motivation factor is debtor's financial situation the transaction will be extraordinary and therefore avoidable under section 67 and 70 a. If the transaction is business-like it will be ordinary. The same motivational factors are applicable for the criterion fraudulently. If it is

debtor's financial situation that has motivated the transaction, it will be fraudulently, and therefore avoidable under section 74. There are therefore some similarities between the criteria ordinary and fraudulently. If a transaction is ordinary under section 70 a, it will not be fraudulently under section 74, wherefore the two criteria in these two sections are in accordance with each other. The result of this is, that section 74 cannot supplement when an increase of the charge is not in the scope of section 70 a. The effect of this is that ordinary increases of a floating charge can only be avoided under art. 70 a, 2. pkt. It is possible for a payment of debt to be ordinary under section 67 and still be fraudulently under section 74. The reason for this is that the criterion ordinary in section 67 is a specific assessment in correlation with the means of payment, the due date of payment and with an amount compared to the debtor's solvency, whereas the criterion fraudulently in section 74 is general and therefore not bound to specific considerations in the assessment. This shows that section 74 can supplement section 67, and be applicable to payments that fall outside the scope of section 67. Section 70 a is not used in any court decisions yet, and there are cases where avoidance happens under section 74 instead of section 67. The reasons for this are likely to be found in the legal effects.

The similarities and differences between the criteria in sections 67 and 74 can confuse. Thus a change of section 67 will make the law more understandable, by entitling avoidance of fraudulently payments, which will align the two sections by using the same criterion. The fact that section 70 a is not used in case law shows that the provision is too complicated. A change must therefore be made. By eliminating the criterion ordinary from the section, it will become easier to apply the provision, since there no longer will be a need to review the transactions behind the increases to evaluate whether or not the increases are ordinary.

Indholdsfortegnelse

1. Indledning	1
1.1 Indledning	1
1.2 Problemformulering	2
1.3 Afgrænsning	2
1.4 Begrebsafklaring	4
1.4.1 Ordinærkriteriet.....	4
1.4.2 Ekstraordinær	4
1.4.3 Skyldner	4
1.4.4 Disposition	4
2. Metode	5
3. Lovreglerne	6
3.1 Omstødelsesreglerne i konkursloven	6
3.1.1 Konkursloven.....	6
3.1.2 Subjektive og objektive omstødelsesregler	8
3.1.3 Hvorfor regler om omstødelse i konkurs	8
3.2 Konsekvensen af omstødelse efter hhv. §§ 67, 70a og 74	9
3.3 Redegørelse for KL § 67	11
3.3.1 Historisk udvikling.....	11
3.3.2 Bestemmelsens karakter	12
3.3.3 KL § 67, stk. 1, 1. led - omstødelse af betalinger sket med usædvanlige betalingsmidler	13
3.3.4 KL § 67, stk. 1, 2. led – betaling før normal betalingstid	14
3.3.5 KL § 67, stk. 1, 3. led – betaling med beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne.....	16
3.4 Redegørelse for KL § 70 a	18
3.4.1 Historisk udvikling.....	19
3.4.2 Bestemmelsens karakter	20
3.4.3 KL § 70 a, 1. pkt. – omstødelse af forøgelser af virksomhedspantet.....	20
3.4.4 KL § 70 a, 2. pkt. – ”sneblodeffekten”	21
3.4.5 KL § 70 a, 3. pkt. – fradrag i omstødelseskravet.....	22
3.5 Redegørelse for KL § 74	23
3.5.1 Historisk udvikling.....	23
3.5.2 Bestemmelsens karakter	24
3.5.3 KL § 74, 1. led – begunstiger en kreditor på de øvriges bekostning.....	25
3.5.4 KL § 74, 2. led – ejendele unddrages fra at tjene til fordringshavernes fyldestgørelse	26
3.5.5 KL § 74, 3. led – gæld forøges til skade for de øvrige	27
3.6 Afgrænsning mellem KL §§ 67, 70, 70a og 74	27
4. Ordinærkriteriet i KL § 67	31
4.1 Teori	31
4.2 Domsanalyse	33
4.2.1 U.2007.753/2H	33
4.2.2 U.2008.2012 V.....	36
4.2.3 U.2007.1240 H.....	41
4.3 Sammenfatning	47
5. Ordinærkriteriet i § 70 a	48

6. Sammenfatning af hvornår en disposition er ordinær	49
7. Utilbørlighedskriteriet i KL § 74	50
7.1 Teori.....	50
7.2 Domsanalyse	52
7.2.1 U.2013.277 V.....	53
7.2.2 U.2013.429 H.....	57
7.3 Sammenfatning.....	64
8. Sammenhold af ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet.....	65
8.1 Overlap mellem ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet	65
8.2 Kan en disposition være ordinær men samtidig utilbørlig.....	66
8.3 Betydning for bestemmelsernes anvendelsesområde.....	67
9. Vurdering af hvorfor KL § 74 anvendes frem for KL §§ 67 og 70 a.....	69
10. Vurdering af om omstødsbestemmelserne bør ændres	72
11. Konklusion	75
12. Litteraturliste.....	79

1. Indledning

1.1 Indledning

Oftentimes vi om virksomheder som er kommet i økonomisk uføre, hvorfor de ikke får betalt deres skyld. Det ender ofte ud med, at selskaberne går konkurs, enten fordi en kreditor har indgivet konkursbegæring over selskabet, da denne ikke har kunne opnå fyldestgørelse via individualforfølgning, eller fordi selskabet vurderer at det ikke er muligt, at komme igennem det økonomiske problem og derfor har indgivet egenbegæring.

Afhandlingens overordnede emne er omstødelse i konkurs. Når konkursen er indtrådt vil kurator bl.a. efterse de dispositioner fallenten har foretaget op til konkursens indtræden for, at undersøge om der er dispositioner som skal omstødes. Ved omstødelse forstås, at en disposition foretaget af eller overfor skyldner tilsidesættes ift. boet, fordi dispositionen ville have været til skade for kreditorerne enten ved, at have forringet skyldners formue eller ved, at der skete en forrykkelse af kreditorernes fyldestgørelse i strid med lighedsprincippet.¹ Omstødelse er derfor en central del af konkursbehandlingen, hvorfor det er relevant, at undersøge bestemmelserne for dette nærmere. Stort set alle virksomheder foretager betaling af vareleverancer, gæld mv. Disse betalinger kan måske omstødes efter KL § 67, men som det fremgår af bestemmelsen kræves det, at betalingen ikke fremtrådte som ordinær. Mange virksomheder har i dag også stillet virksomhedspant. Omstødelse af en forøgelse af dette virksomhedspant kan også ske, såfremt forøgelsen ikke er ordinær. Ordinærkriteriet går dermed igen i to omstødesbestemmelser, og begrænser brugen af disse bestemmelser, men hvad skal der til for at en betaling eller forøgelse er ordinær? Afhandlingen vil undersøge disse to bestemmelser nærmere og klarlægge hvad som skal forstås ved dette ordinærkriterium.

Konkursloven har også en generelklausul i KL § 74 som hjemler omstødelse af utilbørlige dispositioner. Da dispositionerne som kan være omfattet af KL § 74

¹ Bo von Eyben mf., Kreditorforfølgning – materiel faged- og konkursret, s. 268

kan være betalinger og forøgelse af virksomhedspant, er det interessant, at undersøge hvad dette utilbørighedskriterium er, og om der er sammenfald mellem dette og ordinærkriteriet, hvilket leder frem til den overordnede problemformulering for afhandlingen.

1.2 Problemformulering

Hvornår er en disposition foretaget af en senere konkursfallent "ordinær", så den ikke kan omstødes efter KL §§ 67 og/eller 70a. Endvidere belyses det om der er et sammenfald mellem ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70a og utilbørighedskriteriet i KL § 74, med henblik på at fastslå rækkevidden af bestemmelsernes anvendelsesområde. I forlængelse heraf foretages en vurdering af, om omstødelsesbestemmelserne bør ændres.

Til besvarelse af problemformuleringen vil afhandlingen først have en redegørelse for lovbestemmelserne. Derefter vil afhandlingen analysere hvad som er afgørende for, at en disposition er hhv. ordinær efter KL § 67 og 70 a og utilbørig efter KL § 74 for, at fastslå om der er forskelle og ligheder mellem ordinærkriteriet og utilbørighedskriteriet. I lyset af dette vurderes hvilke betydninger det har for anvendelsen af bestemmelserne. Ud fra det fremkomne i analysen, indeholder afhandlingen en vurdering af om bestemmelserne skal ændres.

1.3 Afgrænsning

Afhandlingens fokus er på de tre bestemmelser i KL §§ 67, 70 a og 74 og ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70 a og utilbørighedskriteriet i KL § 74. Der er i den forbindelse ikke knyttet et ordinærkriterium til KL § 67, stk. 2, ang. nærtstående, hvorfor KL § 67, stk. 2 ikke vil blive behandlet i afhandlingen. Når det læses KL § 67 skal dette derfor forstås som KL § 67, stk. 1. De resterende bestemmelser, KL §§ 64-66, § 70 og §§ 71-72, vil heller ikke blive behandlet, da disse ikke indeholder et ordinær- eller utilbørighedskriterium. Enkelte bestemmelser, herunder KL § 70 vil dog kort blive inddraget ift. bl.a. afgrænsning af anvendelsesområder og i diskussion af ændringer, men de bruges kun som støtte til afhandlingens hovedfokus og vil derfor ikke blive behandlet yderligere. Med samme begrundelse, at fokus er på KL § 67, 70 a og 74, er det i vurderingen af om omstødelsesbestemmelserne bør ændres, også kun ændringer af KL §§ 67, 70 a og 74 som diskuteres. De øvrige betingelser for at omstødelse kan ske,

vil grundet afhandlingens fokus på ordinærkriteriet og utilbørighedskriteriet ikke blive behandlet.

Reglerne for omstødelse er ved brug af henvisninger gjort anvendelige, hvis skyldner er under rekonstruktionsbehandling eller gældssanering, jf. KL §§ 12i og 221. Grundet kravene til specialets omfang, behandles omstødelserne kun i forbindelse med konkurssituationer. Både fysiske og juridiske personer kan gå konkurs. Afhandlingen vil hovedsageligt fokusere på omstødelse i forbindelse med juridiske personers konkurs, så brugen af ordret *skyldner* skal i afhandlingen forstås som et selskab der er gået konkurs.

Konsekvensen af omstødelse efter bestemmelserne vil blive berørt, men da fokus er på de to begreber ordinær og utilbørlig, vil det ikke blive nærmere undersøgt, hvordan denne fralæggelse af berigelse sker i praksis eller hvordan erstatningsudmålingen foretages. Grundet fokus på de to begreber og undersøgelsen af om der er sammenfald, vil afhandlingen ikke klarlægge, hvilke dispositioner som er hhv. ordinære eller utilbørlige, men fastslå hvilke kriterier som er afgørende i vurderingen af om en disposition er ordinær eller utilbørlig.

De danske lovregler om omstødelse er udformet ud fra de øvrige nordiske landes regler. Det kunne derfor være interessant, at undersøge, hvordan bestemmelserne anvendes i bl.a. Norge og Sverige, og hvordan eventuelle ordinær og utilbørighedskriterier anvendes der. Grundet kravet til afhandlingens kvantitative omfang, er det kun de danske lovregler som vil blive undersøgt, hvorfor kun danske afgørelser og teori vil blive behandlet.

Grundet kravet til afhandlingens omfang, vil der blive analyseret tre domme ift. ordinærkriteriet i KL § 67 og 2 domme ift. utilbørighedskriteriet i KL § 74. Der findes mange afgørelser hvor KL §§ 67 og 74 behandles, men da der er begrænsning for omfanget er det ikke muligt, at analysere alle domme, hvorfor fem domme er valgt ud. Dommene er valgt ud fra, at de er af nyre dato, er fra Landsretten eller Højesteret, samt der i rettens begrundelse gives en beskrivelse af hvorfor en disposition er

ordinær/utilbørlig eller ej. I mange afgørelser fremgår det kun af begrundelsen, at en disposition er ordinær eller utilbørlig, men ikke hvorfor. Ud fra disse afgørelser er det derfor svært, at analysere hvad som har været afgørende i vurderingen af hhv. ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet., hvorfor de ikke vil kunne give et klart bidrag til afhandlingens undersøgelse af de to kriterier.

1.4 Begrebsafklaring

1.4.1 Ordinærkriteriet

Ordinærkriteriet betegnes på flere forskellige måder i retslitteraturen. Der anvendes bl.a. også ordinærreservationen, ordinærvurderingen, ordinærbetingelsen og ordinærforbeholdet. Betegnelserne dækker alle over det samme, men i afhandlingen vil ordinærkriteriet blive anvendt.

1.4.2 Ekstraordinær

Begrebet *ekstraordinær* betyder, at en disposition ikke er ordinær. Retten anvender ikke *ekstraordinær*, men anfører i stedet at en disposition ikke er ordinær. Ikke ordinær og ekstraordinær skal derfor forstås ens.

1.4.3 Skyldner

I problemformuleringen bruges begrebet *fallent*. Fallent er den tidligere betegnelse for skyldner, over hvem der er afsagt konkursdekret.² I afhandlingen vil begrebet *skyldner* anvendes i stedet, da dette er det nutidige begreb. Når *skyldner* læses i afhandlingen, skal dette dermed forstås som den der går eller er gået konkurs.

1.4.4 Disposition

Dispositioner som ud fra konkursretlige regler kan omstødes, kan inddeles i forringende dispositioner og forrykkende dispositioner.³ De forrykkende dispositioner forrykker den ved konkursordenen forudsatte lighedeling af midlerne i boet mellem kreditorerne, fordi de skaffer enkelte kreditorer en bedre stilling end der ellers ville tilkomme dem.⁴ Forringende dispositioner er de dispositioner der formindsker boets aktiver eller forøger

² Bo von Eyben, Juridisk Ordbog, s. 134

³ Lars Lindencrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 543

⁴ Erwin Munch-Petersen, Skifteretten, 1956, s. 103

boets passiver, og derved forringer boets status.⁵ Det er principielt uden betydning hvilken af de to typer disposition der er tale om, Begge typer kan omstødes, fordi sådanne dispositioner på den ene eller anden måde enten vil have reduceret konkursboets aktivmasse eller have forøget konkursboets passivmasse, med den konsekvens, at kreditorerne ville modtage en mindre dividende.⁶ Da dette speciales fokus er på KL §§ 67 og 70a, og § 74, er det især de forrykkende dispositioner som er relevante, da forrykkende dispositioner typisk sker ved, at en kreditor betales og dermed stilles bedre end de øvrige. Det samme sker ved pantsætning uden samtidig kreditudvidelse.⁷ Forringende dispositioner er især gaver, hvorved midler unddrages fra kreditorfællesskabet⁸, hvilket KL §§ 67 og 70a ikke berører, hvorfor disse dispositioner ikke vil blive behandlet yderligere.

2. Metode

I specialets første del anvendes den retsdogmatiske metode for, at belyse den gældende retsstilling ift. hvornår en disposition er ordinær og derfor ikke kan omstødes efter KL §§ 67 og 70 a og hvornår en disposition er utilbørlig, så den kan omstødes efter KL § 74. Retsdogmatikken er kendetegnet ved, at den har til formål at beskrive og analysere gældende ret, de *lega lata*, på en systematisk og metodisk måde.⁹ Med denne metode er det dermed muligt, at give en klar beskrivelse af hvad der er gældende ret ift. ordinær- og utilbørlighedskriteriet i omstødelsessituationer.

Da gældende ret undersøges ved den retsdogmatiske metode, anvendes lovbekendtgørelser og retspraksis, til at analysere ordinær- og utilbørlighedskriteriet. Retspraksis er vigtigt at få analyseret, da domstolene herigennem fastsætter hvad gældende ret er. Som ovenfor beskrevet under afsnit 1.3 Afgrænsning er de analyserede domme udvalgt ud fra nærmere overvejelser, omkring bl.a. klarhed i rettens begrundelse. Forarbejderne til konkurslove vil også inddrages. Forarbejderne anvendes som fortolkningsbidrag til loven, og er med til, at forklare hvordan reglerne skal forstås,

⁵ Erwin Munch-Petersen, Skifteretten, s. 103

⁶ Jens Paulsen, Insolvensret konkurs, s. 516

⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 380

⁸ Ibid.

⁹ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabs teori, s. 86

herunder hvornår en disposition er ordinær eller utilbørlig. Anden relevant juridisk litteratur inddrages ligeledes. Selvom retslitteratur ikke har en høj retskildeværdi, da det er fortolkning af øvrige retskilder foretaget af forfatteren, vil det blive inddraget, for at beskrive den teoretiske opfattelse af den gældende retstilstand. Den litteratur som afhandlingen benytter, tager udgangspunkt i nationale regler. Dette begrundes med specialets emne og afgrænsning, som er knyttet til danske regler.

I sidste del af specialet, anvendes den retspolitiske metode til, at diskutere og vurdere om omstødelsesbestemmelserne skal ændres. Retspolitikken opgave er, at undersøge muligheden for, og beskrive anvisninger til, en ny, anden eller mere entydig ret ud fra givne hensyn.¹⁰ Retspolitik, de lege ferenda, står således i modsætning til gældende ret, de lega lata. Ved at anvende den retspolitiske metode, vurderes det om og hvordan bestemmelserne skal ændres, af hensyn til bl.a. bedre forståelse for bestemmelserne og anvendelighed. De fremlagte forslag til ændringer i sidste afsnit af specialet, er skabt på baggrund af analysen af gældende ret foretaget ved den retsdogmatiske metode. Det bliver derfor først i specialet fastlagt hvad gældende ret er i forbindelse med ordinær- og utilbørlighedskriteriet, og dermed anvendelsesområdet for bestemmelserne, for derefter at anviser mulige løsninger til de sete problemer.

3. Lovreglerne

3.1 Omstødelsesreglerne i konkursloven

Reglerne for omstødelse i konkurs findes i Konkursloven¹¹ (herefter forkortet KL) kapitel 8. Det kræves at skyldner er taget under konkursbehandling for, at reglerne kan finde anvendelse.¹²

3.1.1 Konkursloven

Reglerne for omstødelse går tilbage til konkursloven fra 1872, lov nr. 51 af 25. Marts 1872.¹³ Konkursloven fra 1872, var den første danske lov, der tilsigtede en fuldstændig

¹⁰ Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, s. 105

¹¹ LBKG 2014-01-06 nr. 11, Konkurslov

¹² Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 374

¹³ Lars Lindencrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 544 og Anders Ørgaard, Konkursret, s. 89

regulering af konkursretten.¹⁴ I kapitel 4 i konkursloven fra 1872 blev der givet adgang til, at afkræfte dispositioner, som skyldneren har truffet til skade for kreditorerne i tiden før konkursen.¹⁵ Senere, i 1977 ved lov nr. 298, blev der vedtaget en ny konkurslov, som med kapitel 8 erstattede reglerne om afkræftelse med regler om omstødelse. Den største ændring der skete var en objektivisering af omstødesreglerne¹⁶. De hidtidige afkræftelsesregler havde ikke vist sig fuldt ud tilstrækkelige. De krævede subjektive betingelser, mens tendensen ved afkræftelsesregler bevægede sig mod rent objektive bestemte afkræftelsesnormer.¹⁷ Denne tendens fulgte man ved udarbejdelse af loven, hvorfor konkursloven af 1977 har gennemført en vidtgående objektivisering af reglerne om omstødelse af særlige mistænkelige dispositioner; afkald på arv, urimelig løn til nærtstående, visse tilfælde af modregning, betaling med usædvanlige betalingsmidler eller i utide eller med beløb der afgørende har forringet skyldners betalingsevne, pantsætning for gammel gæld, udlæg og gaver.¹⁸ Fordelen ved denne objektivisering er, at der ikke længere skal føres bevis for skyldnerens insolvens på handlingens tidspunkt og om den begunstiges kendskab hertil. Boets behandling trækkes dermed ikke i langdrag på grund af tvister omkring dette.¹⁹ Kort sagt, ville man med objektivisering undgå, at begunstigede kreditorer forsøger at undgå omstødelse ved at forsøge, at bevise skyldners solvens eller god tro.

Med konkursloven fra 1972 blev fristerne for omstødelse i de fleste tilfælde forlænget fra 8 uger til 3 måneder. Denne forlængelse til 3 måneder skete fordi man skønnede, at debtors insolvens har været bestemmende for dennes handlinger længere tilbage end 8 uger før konkursens indtræden.²⁰

En anden ændring der skete var, at betegnelsen *afkræftelse* blev ændret til *omstødelse*. Dette skete efter udvalget samarbejde med andre nordiske udvalg, hvor man udtrykte et ønske om, at opnå en væsentlig lighed på dette område.²¹ Udvalget foreslog derfor at

¹⁴ BET nr. 606 af 1971, s. 33 og Kommissionsudkastet 1941, s. 120

¹⁵ BET nr. 606 af 1971, s. 34

¹⁶ BET nr. 606 af 1971, s. 41

¹⁷ Kommissionsudkast 1941, s. 123 og 213

¹⁸ Lars Lindencrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 544

¹⁹ BET nr. 606 af 1971, s. 41 og s. 140

²⁰ BET nr. 606 af 1971, s. 140-141

²¹ BET nr. 606 af 1971, s. 140

loven benyttede ordet omstødelse, dels så det svarer til den norske betegnelse, og dels så personer uden juridisk indsigt også kan forstå ordets betydning.²² Ændringen af *afkræftelse* til *omstødelse* angiver ikke i sig selv nogen ændring af retsmidlets karakter.²³

3.1.2 Subjektive og objektive omstødelserregler

Grundet de ovenfor beskrevne ændringer, indeholder Konkurslovens kap. 8 i dag både objektive og subjektive omstødelserregler. Hovedparten af omstødelserreglerne, herunder KL §§ 67 og 70a, er objektive. Her knyttes omstødelsen til karakteren af dispositionen. Disse dispositioner har en sådan objektiv mistænkelig karakter, at de generelt kan anses for at være udslag af skyldners økonomiske vanskeligheder, samt foretaget inden for et tidsrum hvor man generelt kan gå ud fra, at skyldner var eller blev insolvent ved dispositionen.²⁴ I modsætning til de objektive omstødelserregler er der to subjektive omstødelserregler, bl.a. KL § 74, som indeholder forskellige subjektive momenter.

3.1.3 Hvorfor regler om omstødelse i konkurs

Som tidligere nævnt er reglerne for omstødelse ikke en nyskabelse, men derimod regler som har rod i ældre principper og lovregler. Det historiske udgangspunkt for reglerne om afkræftelse er romerrettens ”actio Pauliana” hvorefter transaktioner der er foretaget, i den for medkontrahenten kendelige hensigt, at bedrage kreditorerne (”in fraudem creditorum”²⁵), kunne anfægtes.²⁶ Som tidligere angivet er denne rent subjektive bestemte afkræftelsesordning blevet ændret, fordi det ikke gav tilstrækkeligt værn mod brud på konkursens hovedprincipper; urådighedsprincippet og lighedsprincippet.²⁷

Reglerne om omstødelse skal opfattes som et kompromis mellem hensynet til kreditorerne i almindelighed, og hensynet til passende begrænset handlefrihed for en person i økonomisk krise.²⁸ Kreditorer, som kan se en debtors økonomiske

²² Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 544

²³ Ibid.

²⁴ Bo von Eyben mf., Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, s. 276

²⁵ Erwin Munch-Petersen, Skifteretten, s. 104

²⁶ Kommissionsudkast 1941, s. 212

²⁷ Ibid.

²⁸ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 90

sammenbrud nærme sig, vil ofte sørge for, at skaffe sig dækning forinden det økonomiske sammenbrud. Debitor vil ofte være parat til at medvirke til, at enkelte kreditorer som denne er særligt afhængig af, eller som denne har en tilknytning til, dækkes forud for de andre kreditorer. En sådan dækning af enkelte kreditorer, med konkurs for øje, vil være i strid med det lighedsprincip som konkurs bygger på.²⁹ Det er især dette lighedsprincip som er grunden til, at man har regler for omstødelse i konkurs.³⁰ Ved konkurs ønsker man, at alle kreditorer opfyldes ligeligt, efter den i konkursordenen opstillede rækkefølge. Lighedsprincippet må derfor ikke forstås som lighed mellem alle kreditorer i et konkursbo, men skal forstås som lighed mellem kreditorerne i hver konkursklasse. Omstødelsesreglerne kan bruges til, at ændre en skævdeling af midlerne som er sket i tiden op til konkursen ved, at skyldneren har søgt nogle kreditorer dækket frem for andre.³¹ Ved at anvende omstødelsesreglerne, vil denne skævdeling blive væltet. Dette gør, at denne kreditor nu (igen) står som de andre kreditorer i dennes konkursklasse, og må modtage dividende på lige fod med de andre. Derved sikre omstødelsesreglerne, at lighedsprincippet kan håndhæves når konkursen indtræder, ved at ellers gyldige dispositioner op til konkursen omstødes. Det er altså hensynet til de andre kreditorer, og ligestilling mellem disse og den forfordelte kreditor, som gør omstødelse aktuel.

3.2 Konsekvensen af omstødelse efter hhv. §§ 67, 70a og 74

Hovedbestemmelserne er KL §§ 75 og 76, som fastsætter retsvirkningerne af hhv. de objektive og de subjektive omstødelsesbestemmelser.³²

Når omstødelse sker efter de objektive omstødelsesbestemmelser, herunder KL §§ 67 og 70a, er retsvirkningen, at den begunstigede kreditor skal fralægge sig den berigelse han har vundet, dog ikke ud over boets tab.³³ Den begunstigede kreditor antages herved, at blive stillet, som om den omstødelige disposition ikke var foretaget.³⁴ Det anføres i Betænkningen II af 1971, at udvalget ikke finder det betænkeligt, at der anvendes en

²⁹ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 582

³⁰ Jens Paulsen, Insolvensret – Konkurs, s. 512

³¹ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 111

³² Anders Ørgaard, Konkursret, s. 96

³³ Jens Paulsen, Insolvens-Konkurs, s. 629

³⁴ Birgit Jørgensen, Retsvirkninger af omstødelse, s. 33

berigelsesgrundsætning i dansk ret, og som begrundelse for at begrænse kravet mod den begunstigede kreditor til berigelsen anføres:

*”Navnlig under hensyn til, at omstødelse efter udkastet kan ske inden for ret lange frister og uden hensyn til modtagerens subjektive forhold, finder udvalget imidlertid, at rimelig hensyntagen til den, over for hvem omstødelse sker, taler med betydelig vægt for at begrænse hans tilsvarende berigelsen (...). Når kravet begrænses til den indvundne berigelse, bliver den begunstigede stillet, som om dispositionen ikke var sket (...)”*³⁵

Hvis omstødelse sker efter de subjektive regler, herunder KL § 74, er retsvirkningen, at den begunstigede kreditor skal svare erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler. Her er det således boet der stilles som om den omstødelige disposition ikke var foretaget.³⁶ I Betænkningen II af 1971 anføres udvalget, som begrundelse for at fastsætte et erstatningskrav ved subjektiv omstødelse;

*”Har den, over for hvem omstødelse er sket, modtaget en utilbørlig begunstivelse, skønt han kendte eller burde kende skyldnerens insolvens og de omstændigheder, der gjorde begunstivelsen utilbørlig, vil det ikke være rimeligt at anvende den lempeligere berigelsesregel, men han bør være erstatningsansvarlig efter lovgivningen almindelige regler”*³⁷

Ud fra dette kan det udledes, at man ønskede konsekvensen af objektiv omstødelse begrænset til kun at være berigelsen, af hensyn til, at omstødelse ikke er betinget af den begunstigede kreditors viden. Omstødelse kan dermed ramme kreditor uden denne har været klar over den økonomiske situation hos skyldner. Så hvis der sker omstødelse efter hhv. §§ 67 og 70a, vil det være berigelsen som kreditor skal fralægge sig. Ligeledes kan det udledes, at man ved subjektiv omstødelse har ønsket, at ramme andet end kun berigelsen, da omstødelsen er betinget af kreditors viden. Kreditor har derfor kunne påregne den risiko der var forbundet med dispositionen. Når kreditor har kunne

³⁵ BET nr. 606 af 1971, s. 164

³⁶ Birgit Jørgensen, Retsvirkninger af omstødelse, s. 33

³⁷ BET nr. 606 af 1971, s. 167-168

påregne risikoen, og har haft mulighed for at kende til skyldners økonomiske situation, synes det rimeligt at omstødelse ikke kun skal ramme berigelsen kreditor har fået, men udmåles ud fra de almindelige erstatningsregler, som dermed kan gå ud over berigelsen, så boet stilles som om dispositionen ikke var sket. Hvis omstødelse sker efter KL § 74, vil kreditor dermed kunne blive mødt med et erstatningskrav, som kan overstige den berigelse han har fået ud af den omstødte disposition.

3.3 Redegørelse for KL § 67

KL § 67 indeholder bestemmelse om omstødelse af betalinger af gæld der er foretaget senere end tre måneder før fristdagen. KL § 67 hjemler omstødelse af tre former for betaling af gæld. 1. led omstøder betaling med usædvanlige betalinger. 2. led omstøder betaling før normal betalingstid, og 3. led omstøder betaling som afgørende har forringet skyldners betalingsevne. Omstødelse forudsætter dog, at betalingen ikke har fremtrådt som ordinær.

3.3.1 Historisk udvikling

KL § 67 har rødder i den tidligere konkurslov. Konkursloven fra år 1872 regulerede i § 20 afkræftelse af betaling af gæld, såfremt betalingen er ”ikke forfalden”³⁸ eller ”betalt gæld, forfalden eller ikke forfalden, ved (...) genstande, som efter de pågældendes stilling og forhold må anses for usædvanlige betalingsmidler”.³⁹ Dagældende KL § 20 svarer dermed til nugældende KL § 67. Ordlyden af KL § 67 i dag er enslydende med ordlyden i konkursloven fra 1977. I forbindelse med konkursloven af 1977, som medførte nogle ændringer af omstødelserreglerne som tidligere beskrevet, gennemgik bestemmelsen for omstødelse af betalinger også nogle ændringer.

Betingelsen fra 1872 ang. forfaldstiden blev ændret til, at betaling skulle være sket før normal betalingstid. Denne ændring skete fordi man i nutiden forstår en forfalden gæld, som en gæld kreditor kan kræve betalt. I praksis havde det dog vist sig, at der var tilfælde hvor en gæld ikke kunne anses som ”ikke forfalden”, selvom kreditor endnu ikke kunne forlange betaling. Dette er f.eks. tilfældet hvis 1) det ved gældsforholdets

³⁸ Lov nr. 51 af 25. Marts 1872, § 20

³⁹ Ibid.

stiftelse var forudsat at betaling skulle ske når en vis begivenhed indtrådte eller 2) hvis der er indrømmet en vis tids kredit mellem parterne, selvom ingen særlig aftale herom.⁴⁰ Derfor fandt udvalget det mere hensigtsmæssigt, at udforme betingelsen som den lyder i dag således, at betaling skal være sket før normal betalingstid.

Som noget nyt blev der tilføjet det tredje led, og dermed en tredje betaling af gæld som kan omstødes; betaling som afgørende har forringet skyldneres betalingsevne. Grunden til denne tilføjelse er, at en betaling af gæld også kan være ekstraordinær i forhold til skyldners økonomiske situation, og ikke kun i forhold til betalingstiden eller betalingsmidlet.⁴¹

Til bestemmelsen blev yderligere tilføjet en begrænsning i forhold til anvendelsesområdet for KL § 67. Omstødelse forudsætter *at betaling ikke under hensyn til omstændighederne fremtrådte som ordinær*, jf. KL § 67, stk. 1 in fine. Ordinærkriteriet i KL § 67 blev således indført med Konkursloven af 1977.

3.3.2 Bestemmelsens karakter

Bestemmelsen er som tidligere angivet en objektiv omstødelsesbestemmelse. Dispositionerne som rammes af KL § 67 er de forrykkende dispositioner, fordi en betaling foretaget af skyldner i tiden op til konkursens indtræden, kan medføre en skævdeling mellem kreditorerne, hvorved kreditorerne ved konkurs ikke stilles som lighedsprincippet foreskriver. For at omstødelse kan ske efter KL § 67, skal dispositionen være betaling af gæld. Deri rummes to krav; 1) at det skal være en betaling og 2) at det skal dække en gæld.⁴² At det er en objektiv omstødelsesregel har, som tidligere beskrevet, betydning for retsvirkningerne af omstødelse. Retsvirkningen af en omstødt betaling er, at den begunstigede kreditor skal fralægge sig den berigelse, som han har fået, dog ikke ud over boets tab, jf. KL § 75.

⁴⁰ BET nr. 606 af 1971, s. 151

⁴¹ Ibid.

⁴² Ulrik Rammeskov mf., Konkurs, s. 409

3.3.3 KL § 67, stk. 1, 1. led - omstødelse af betalinger sket med usædvanlige betalingsmidler

Bestemmelsens første omstødemulighed findes i første led, som omhandler omstødelse af betaling af gæld med usædvanlige betalingsmidler, forudsat at betalingen ikke fremtræder som ordinær. En betaling med et, set i forhold til parterne usædvanligt betalingsmiddel, har et ”*ekstraordinært og mistænkeligt præg*”.⁴³ Det signalerer altså, at kreditor kun har modtaget betaling i den skete form, fordi kreditor henset til skyldners økonomiske situation, ikke kunne få den aftalte form for betaling.⁴⁴ Det ligger i bestemmelsens ordlyd, at der er tale om noget mistænkeligt og at den valgte opfyldelsesmåde sker for at sikre opfyldelse inden konkursen.⁴⁵ Det vanskelige ligger i, at fastslå, hvornår der er tale om et usædvanligt betalingsmiddel.⁴⁶ Ved afgørelsen af, om en betaling er sket med et usædvanligt betalingsmiddel, må der ses på kontraktforholdet mellem skyldner og den kreditor som modtager betaling.⁴⁷ Typisk ud fra aftalen og efter obligationsretlige principper kan det herefter fastlægges, hvad der er det sædvanlige betalingsmiddel.⁴⁸ Det betalingsmiddel som skal benyttes for at opfylde kontakten efter sit indhold, vil være det sædvanlige betalingsmiddel - det obligationsretlige begreb rette ydelse.⁴⁹

Begrebet usædvanligt betalingsmiddel kan beskrives på følgende måde; såfremt en fordring på penge betales med andet end penge, er der som udgangspunkt tale om betaling med usædvanligt betalingsmiddel. Betales gæld inden for en bestemt branche ofte eller undertiden med andet end penge, er en betaling med vare ikke usædvanlig, hvis parterne handler med de pågældende vare, eller modtageren har brug dem.⁵⁰ I obligationsretten findes begrebet *datio in solidum* (betaling med anden ydelse end den aftalte). Dette obligationsretlige begreb kan ikke siddestilles med det konkursretlige begreb *usædvanligt betalingsmiddel*. Det skyldes, at det ikke nødvendigvis gør en betaling usædvanlig, at en kreditor acceptere en anden ydelse end aftalt. Der skal

⁴³ BET nr. 606 af 1971, s. 151

⁴⁴ Ulrik Rammeskov mf., Konkurs s. 409

⁴⁵ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 129

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Lars Lindencrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 585

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ulrik Rammeskov mf., konkurs, s. 412

foretages en bredere vurdering, som afspejler de grundlæggende hensyn bag omstødsbestemmelserne; er årsagen til dispositionen skyldners insolvens eller ville den under alle omstændigheder have fundet sted.⁵¹

En fordring lydende på andet end penge, kan omformes til et pengekrav og vil typisk ved dom eller fuldbyrdelse skulle omformes hertil.⁵² Penge kan derfor næppe nogensinde betragtes som et usædvanligt betalingsmiddel.⁵³ Det vil dog som udgangspunkt være betaling med usædvanligt betalingsmiddel, hvis en fordring lydende på penge betales med andet end penge, hvorfor betaling med vare uden rimelig forretningsmæssig begrundelse vil kunne omstødes efter KL § 67, stk. 1, 1. led.⁵⁴ Hvis parterne tidligere har udvekslet vare i stedet for penge, fordi dette inden for den bestemte branche er sædvanligt, og parterne handler med de pågældende varer, eller modtageren har behov for varerne, vil der være tale om betaling med et usædvanligt betalingsmiddel, men dog være tale om en ordinær betaling.⁵⁵

Usædvanlige betalingsmidler vil altså ofte være betaling med varer og tilbagelevering af genstande. Kamouflerede betalinger er, hvor parterne er klar over, at en direkte betaling med andet end penge vil blive omstødt, hvorfor dispositionen forsøges kamoufleret ved f.eks. at inddrage en tredjepart. Hvis det reelle indhold er betaling med et usædvanligt betalingsmiddel, kan disse dispositioner blive omstødt.⁵⁶ Selvom det er tale om betaling med usædvanlige betalingsmidler, er det ikke altid ensbetydende med omstødelse af betalingen, fordi ordinærkriteriet kan medføre at betalingen er uomstødelig.

3.3.4 KL § 67, stk. 1, 2. led – betaling før normal betalingstid

Den anden omstøds mulighed efter KL § 67, er betaling af gæld sket før normal betalingstid, forudsat at betaling ikke er ordinær. For at finde ud af om der er sket betaling før normal betalingstid, må man vurdere hvornår den normale betalingstid ville have været. Det anføres i motiverne til bestemmelsen, at det normale betalingstidspunkt er det tidspunkt som efter aftalens indhold, forudsætninger, parternes forhold og

⁵¹ Ibid.

⁵² Anders Ørgaard, Konkursret, s. 114

⁵³ U.1992.852

⁵⁴ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 114-115

⁵⁵ BET nr. 606 af 1971, s. 151

⁵⁶ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 560

sædvaner ville have været det normale, hvis skyldner ikke var kommet i økonomiske vanskeligheder.⁵⁷ Det er altså de konkrete omstændigheder som betalingstiden skal vurderes ud fra.

Selvom motiverne til reglen forholdsvis klart foreskriver, at de konkrete omstændigheder er afgørende, svarer retslitteraturen ikke helt enstemmig på spørgsmålet om hvornår normal betalingstid er. Nogle steder i litteraturen anføres det, at selvom det strider mod reglens motiver, er det nærliggende at forstå normal betalingstid som forfaldstid.⁵⁸ Modsat anføres det andet steds, at det ikke er nærliggende at forstå normal betalingstid som forfaldstid.⁵⁹ Andre steder skrives det mere tvivlende, at forfaldstiden ikke kan være det helt afgørende, da betaling efter forfald godt kan være før normal betalingstid da parterne kan have praksis, hvorefter der betales efter nogle løbedage, mens betaling før forfaldstid typisk vil være før normal betalingstid.⁶⁰ Det virker dermed til, at retslitteraturen ikke er enig om dette spørgsmål. Men det første synspunkt som angiver, at forfald er normal betalingstid, argumenterer også for, at hvis forfaldstid er udskudt med løbedage, så udskydes normal betalingstid tilsvarende, fordi det må forventes, at skyldner udskyder betalingen til sidste rettidige betalingsdag.⁶¹ Dermed virker det til, at de tre synspunkter måske ikke er så vidt forskellige som det ved første indtryk virker til. De anskuer blot spørgsmålet fra forskellige vinkler, hvor det første tager helt udgangspunkt i forfaldstid, mens det andet tager udgangspunkt i de konkrete omstændigheder, og det sidste er en hybrid af de to, hvor det bruger forfaldstid som et støttepunkt, men lader de konkrete omstændigheder have det sidste ord. Det sidste synspunkt synes lettest at bruge og samtidig overensstemmende med motiverne, da det giver et konkret tidspunkt (forfald), som man kan starte med at foretage vurderingen ud fra, men kræver at det er de konkrete omstændigheder som bliver det afgørende. Det må derfor slutes, at det fortsat er de konkrete omstændigheder som betalingstiden skal vurderes ud fra, men man kan bruge forfaldstid som et støttepunkt i vurderingen af om betaling er sket før normal betalingstid. Dette synes praktisk, da det er de færreste som har praksis for at betale før forfaldstiden.

⁵⁷ BET nr. 606 af 1971, s. 151

⁵⁸ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 119 og Kom Sommer, Konkursretten, s. 131

⁵⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 415

⁶⁰ Bo von Eyben mf., Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, s. 293-294

⁶¹ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 119

Det er som udgangspunkt aftalens indhold som er afgørende for, hvornår den normale betalingstid er.⁶² Hvis der ikke er nogen skriftlig aftale, er det afgørende de forudsætninger hvorunder aftalen er indgået og den praksis der er mellem parterne.⁶³ Hvis der hverken er en skriftlig aftale eller fast praksis mellem parterne, bliver det afgørende branchesædvaner.⁶⁴

Betaling af (ordinære) afdrag på et lån vil ikke kunne omstødes.⁶⁵ Hvis skyldner derimod har indfriet et pengelån, som ellers skulle have været afdraget over en længere periode, må KL § 67, stk. 1, 2. led kunne anvendes.⁶⁶ Det skal dog nævnes, at indfrielse af et pengelån kan fremtræde som ordinær, hvorfor betalingen kan være uomstødelig.⁶⁷ Indbetalinger til nedbringelse af en kassekredit, der ikke er opsagt, anses som betaling af uforfalden gæld. Omstødelse efter KL § 67, stk. 1, 2. led er dog ikke muligt hvis indbetalingen er et led i et sædvanligt betalingsmønster i kassekreditforholdet.⁶⁸

3.3.5 KL § 67, stk. 1, 3. led – betaling med beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne

Den tredje og sidste omstødelsesmulighed i KL § 67, stk. 1, er hvis betalingen på afgørende vis har forringet skyldnerens betalingsevne, forudsat at betalingen ikke under hensyn til omstændighederne fremtrådte som ordinær. Denne adskiller sig fra de første to, fordi der her er tale om omstødelse af en betaling af gæld, med sædvanligt betalingsmiddel til normal betalingstid.⁶⁹ Det mistænkelige består alene af betalingens omfang, set i forhold til skyldnerens situation.⁷⁰ Dette 3. led blev tilføjet med lovforslaget til konkursloven af 1972. Tilføjjelsen skete fordi det stod klart, at en betaling kan være:

⁶² Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 561

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ U.2013.3122H og Anders Ørgaard, *Konkursret*, s. 120

⁶⁶ U.1951.898 og Anders Ørgaard, *Konkursret* s. 120

⁶⁷ Anders Ørgaard, *Konkursret* s. 120

⁶⁸ Bo von Eyben mf., *Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret*, s. 294

⁶⁹ Kim Sommer Jensen, *Konkursretten*, s. 133

⁷⁰ BET nr. 606 af 1971, s. 151

*”ekstraordinær og derfor typisk bestemt af et kendeligt ønske om at dække denne kreditor før det endelige sammenbud, ikke blot i kraft af betalingstiden og betalingsmidlets art, men også ved sit omfang set i forhold til skyldnerens situation”.*⁷¹

I betænkningen var det foreslået, at betalingen *betydeligt* skulle have forringet skyldnerens betalingsevne. Kravet blev i den endelige lovtekst skærpet til, at betalingen *afgørende* skal have forringet skyldners betalingsevne, fordi det skal være klart, at mulighederne for at videreføre virksomheden i afgørende grad er blevet forringet.⁷²

Det er som udgangspunkt den enkelte betaling som skal vurderes. Hvis der er sket betalinger til flere kreditorer, skal der ikke ske sammenlægning ved bedømmelsen af om betalingerne *afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne*.⁷³ Men udgangspunktet kan fraviges, f.eks. ved betalinger til forskellige kreditorer, som indgår i et økonomisk fællesskab.⁷⁴ Hvis der er sket betalinger til samme kreditor er udgangspunktet, at der sker sammenlægning af betalingerne foretaget inden for omstødelsesfristen, hvorfor alle betalingerne ses som en samlet betaling.⁷⁵

Der kan ikke opstilles klare kriterier for, hvilket beløb der skal være betalt for, at omstødelse kan ske, fordi beløbets størrelse må ses i forhold til virksomhedens størrelse og omsætning og den likvide kapital.⁷⁶ For at omstødelse kan ske må:

*”det betalte beløb (...) have været af en sådan størrelse, at det er umiddelbart klart også for udenforstående, at skyldnerens muligheder for at føre virksomheden videre i afgørende grad er blevet forringet. Beløbet må ses ikke blot i forhold til skyldnerens samlede aktivmasse, men også til hans likviditet. Er en væsentlig del af aktiverne bundet i ikke let realisable værdier, vil virkningen på skyldnerens betalingsevne blive forholdsvis større.”*⁷⁷

⁷¹ Ibid.

⁷² Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 134

⁷³ U.2013.1146H og Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 134

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 134

⁷⁶ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 563

⁷⁷ BET 606 af 1971, s. 151

Det er således ikke nogen enkel vurdering der skal foretages, da der indgår en række faktorer. Hvis virksomheden fortsat er i drift, er det ofte likviditeten der er afgørende for overlevelse. Dermed træder en sammenligning med likviditeten i forgrunden, hvorfor udgangspunktet for vurderingen bliver en sammenligning mellem betalingen og de samlede betalinger foretaget i omstødelsesperioden.⁷⁸ Hvis virksomhedens sædvanlige drift allerede er ophørt, er der ikke på samme måde et likviditetsmæssig flow i virksomheden, hvorfor vurderingen i stedet vil tage udgangspunkt i en sammenligning af betalingen med aktiverens værdi, særligt de ubehæftede aktiver.⁷⁹ Afgørende er, at der ved betalingen er sket en forringelse af de øvrige kreditorernes muligheder for dækning af deres fordring i konkursboet.⁸⁰

Langt de fleste udbetalinger fra en virksomhed foretages over en kassekredit, hvorfor den pågældende betaling skal ses i sammenhæng med de løbende indbetalinger og udbetalinger på kassekreditten. Hvis betalingen fremtræder som en blandt mange, kan omstødelse udelukkes på dette grundlag.⁸¹ En nedbringelse af kassekreditten kan ikke anses som, at have afgørende forringet skyldners betalingsevne, såfremt skyldneren efterfølgende kan udnytte den trækingsret, som nedbringelsen skabte, fordi så vil betalingen ikke i sig selv have forringet skyldnerens mulighed for at betale de andre kreditorer.⁸²

3.4 Redegørelse for KL § 70 a

KL § 70 a hjemler omstødelse af forøgelse af et virksomhedspant som er tinglyst senest 3 måneder før fristdagen. Bestemmelsen omfatter alene virksomhedspant efter tinglysningsloven⁸³ § 47 c, og kan derfor hverken anvendes direkte eller analogt på andre pantsætningsformer, uanset om disse har større eller mindre ligheder med et virksomhedspant.⁸⁴ Bestemmelsen kan inddeles i 3 dele. KL § 70 a, 1. pkt. og 2. pkt. hjemler omstødelse af bruttoforøgelser af virksomhedspantet. Efter 3. pkt. kan

⁷⁸ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 135

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 563

⁸¹ U.1987.134 H og Ulrik Rammeskov Bang Pedersen mf., Konkurs, s. 417

⁸² Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Konkurs, s. 426

⁸³ LBKG nr. 2014-09-30 nr. 1075

⁸⁴ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 175-176

omstødelseskravet opgjort efter 1. pkt. eller 2. pkt. reduceres dels med panteforringelser indtrådt i samme periode, dels med nettokreditudvidelser i samme periode.⁸⁵

3.4.1 Historisk udvikling

KL § 70 a er en nyere regel, som er en følge af indførelsen af virksomhedspant i Danmark.⁸⁶ KL 70 a blev indsat i konkursloven med lov nr. 560 af 24. juni 2005, fordi den eksisterende bestemmelse om omstødelse af pant i KL § 70 ikke fandtes anvendelig ift. virksomhedspantets flydende karakter.⁸⁷ Virksomhedspantsudvalget foreslog derfor indsættelse af § 70 a og tilsvarende § 70, stk. 3 i konkursloven⁸⁸, hvilket blev vedtaget. Grunden til, at udvalget fandt det nødvendigt at tilføje KL § 70 a var navnlig, at et virksomhedspant ofte vil være tinglyst tidligere end 3 måneder før fristdagen, hvilket vil medføre, at der ikke kunne omstødes efter KL § 70, stk. 1, da denne kræver sikringsaktens er foretaget senere end 3 måneder før fristdagen.⁸⁹ Frem for at ændre på § 70, stk. 1, så denne ville kunne bruges på virksomhedspant, valgte Virksomhedspantudvalget at udforme en selvstændig omstødelsesbestemmelse. Grunden til ønsket om selvstændig omstødelsesbestemmelse var, at der ofte vil være en meget nær sammenhæng mellem virksomhedspantet og pantsætterens driftskredit.⁹⁰ Grunden til dette formuleres meget klart i retslitteraturen:

”(...) det [kunne] være uhensigtsmæssigt at anvende princippet i § 70, hvorefter enhver risikoformindskelse i form af nettoforøgelse af pantet kan omstødes, når en risikoformindskelse som følge af nedbringelse af den sikrede kredit alene ville kunne omstødes under de betingelser der er anført i § 67, som bl.a. indebærer, at nedbringelsen ikke fremstod ordinær.”⁹¹

Virksomhedspantudvalget fandt det derfor nødvendigt, at undtage forøgelser af virksomhedspantet som fremtræder ordinære, så retsstillingen tilnærmes KL § 67.

⁸⁵ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 183

⁸⁶ Lars Lindencrone Andersen mf., Konkursloven med kommentar, 618

⁸⁷ Michael Flindhardt, Virksomhedspant – samarbejde bygger bro mellem sikkerhedsrettigheder, s. 321

⁸⁸ BET nr. 1459 af 2005, s. 339 ff.

⁸⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Virksomhedspant, s. 175

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ Ibid.

3.4.2 Bestemmelsens karakter

KL § 70 a er, som tidligere i afhandlingen nævnt, en objektiv omstødelsesbestemmelse. Som de øvrige omstødelsesregler er bestemmelsen tidsmæssigt begrænset, og gælder kun for forøgelser af pantet, der er sket senere end 3 måneder før fristdagen. Ligeledes kræves det, at virksomhedspantet er stiftet senest 3 måneder før fristdagen for, at KL § 70 a kan finde anvendelse. Grundbetingelsen for, at der kan ske omstødelse efter KL § 70 a er, at der op til konkursen er sket en sikkerhedsforstrækning med risikoforringelse til følge.⁹² At der er sket en sikkerhedsforstærkning, er dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der kan ske omstødelse. Der kræves yderligere to betingelser opfyldt; 1) sikkerhedsforstrækningen skal være sket ved en forøgelse af pantet, og 2) at forøgelsen ikke er ordinær.⁹³ KL § 70 a rammer forrykkende dispositioner der strider med lighedsprincippet, som tidligere beskrevet. Retsvirkningerne af omstødelse efter KL § 70 a er, at den begunstigede kreditor skal fralægge sig den berigelse som denne har fået, dog ikke ud over boets tab, jf. KL § 75.

3.4.3 KL § 70 a, 1. pkt. – omstødelse af forøgelser af virksomhedspantet

Efter 1. pkt. i bestemmelsen kan der ske omstødelse af den forøgelse af virksomhedspantet, der er sket ved, at aktiver senere end tre måneder før fristdagen bliver omfattet af pantet, medmindre forøgelsen fremtrådte som ordinær.

Efter KL § 70 a, 1. pkt., kræver omstødelighed, at der er sket en forøgelse af de aktiver, som er omfattet af virksomhedspantet. Der skal derfor være tale om en værdiforøgelse som er sket ved, at aktiver som ikke tidligere var en del af pantet, nu er blevet omfattet af pantet.⁹⁴ At aktiver, der hele tiden har været omfattet af pantet, stiger i værdi er ikke omstødeligt efter bestemmelsen.⁹⁵ Der skal altså foreligge en forøgelse af pantets omfang, og ikke kun dets værdi for, at omstødelse kan ske efter KL § 70 a. Afgørende for, hvornår et aktiv anses for omfattet af virksomhedspantet, er det tidspunkt, hvor aktivet blev erhvervet af skyldner. Hvis der er tale om et aktiv som ikke er erhvervet af skyldner fra en tredjemand, men derimod opstået som følge af skyldnerens

⁹² Lars Lindenchrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 619

⁹³ Anders Ørgaard, konkursret, s. 134

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ BET 1459 af 2005, s. 340

dispositioner, hvilket typisk er tilfældet med hensyn til fordringer og immaterielle rettigheder, er tidspunktet for aktivets opståen afgørende.⁹⁶

For at kunne afgøre om der sker en forøgelse af pantet, må virksomhedspantets genstand ses i lyset af dispositionen der er foretaget.⁹⁷ Her er det vigtigt at skelne mellem fysiske og immaterielle aktiver, og fordringer. Et virksomhedspant kan udelukkende omfatte fysiske og immaterielle aktiver eller det kan udelukkende omfatte fordringer. Et virksomhedspant kan også omfatte begge dele, hvilket typisk er tilfældet. Hvis virksomhedspantet udelukkende omfatter fysiske og immaterielle aktiver, vil forøgelse af pantet ske ved, at skyldner indfører nye aktiver. Omfatter pantet fordringer, forøges pantet ved salg af skyldnerens produkter eller udførelse af tjenesteydelser, forudsat at dette sker på kredit – kontantsalg vil ikke øge sikkerheden.⁹⁸ Hvis virksomhedspantet omfatter begge dele, vil salg og indførelse af nye aktiver kunne neutralisere hinanden.⁹⁹

3.4.4 KL § 70 a, 2. pkt. – ”sneboldeffekten”

KL § 70a, 2. pkt. fastslår, at såfremt der kan ske omstødelse efter 1. pkt., kan omstødelse tillige ske for efterfølgende forøgelse, uanset om disse kan anses som ordinære. Det betyder, at når det konstateres at der foreligger en ekstraordinær forøgelse af pantet som kan omstødes efter KL § 70 a, 1. pkt., så kan enhver efterfølgende forøgelse af virksomhedspantet også omstødes. Dette kaldes sneboldeffekten, fordi en ekstraordinær forøgelse udløser omstødelse af efterfølgende forøgelser, uden at der skal foretages en vurdering af hver enkelt forøgelse. Det kan forventes, at der ofte er sket en lang række forøgelser af et virksomhedspant op til konkursen. Det kan dermed være et stort arbejde af afgøre om alle disse forøgelser er ordinære. Derfor sikre 2. pkt. at en enkelt forøgelse, der ikke er ordinær, kan udløse omstødelse af de efterfølgende forøgelser, uden at man behøver at vurdere hvorvidt disse er ekstraordinære.¹⁰⁰

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Lars Lindencrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 620

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ BET 1459 af 2005, s. 341

¹⁰⁰ Lars Lindencrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 622

3.4.5 KL § 70 a, 3. pkt. – fradrag i omstødelseskravet

Et omstødelseskrav efter KL § 70 a, 1. pkt. eller 2. pkt., skal reduceres dels med panteforringelser, dels med nettokreditudvidelser indtrådt i omstødelsesperioden. Bestemmelsen regulerer altså, at omstødelse ikke kan ske i det omfang den ekstraordinære forøgelse – og de efterfølgende forøgelser – modsvares af en forringelse i pantet eller en forøgelse i den sikrede fordring. Bestemmelsens 3. pkt. indeholder derfor i realiteten to led; 1. led vedr. forringelser af virksomhedspantet, 2. led vedr. nettoforøgelser af den sikrede fordring.¹⁰¹ De to led kan anvendes hver for sig og i sammenhæng.¹⁰²

Panteforringelser, som kan medføre fradrag i omstødelseskravet, er for det første forringelser som følge af, at et aktiv udgår af pantet. Dette omfatter bl.a. aktiver som udskilles som følge af regelmæssig drift, samt aktiver som udgår af virksomhedspantet ved at blive omfattet af en panteret i medfør af TL § 37¹⁰³.¹⁰⁴ For det andet er det forringelser som følge af, at et aktiv omfattet af virksomhedspantet går til grunde eller mister sin funktionsevne.¹⁰⁵ For det tredje er det forringelser som følge af ordinær eller ekstraordinær værdiforringelse. En sådan forringelse kan bl.a. opstå ved, at anden kreditor foretager udlæg hos skyldner (virksomhedspantsætter) og senest tre dage efter udlægsforretningen har givet meddelelse herom til kreditor (virksomhedspanthaver). Kreditor må da respektere dette udlæg.¹⁰⁶ For at fradrag kan ske, er det en forudsætning, at forringelsen er sket efter den omstødelige forøgelse.¹⁰⁷

Nettoforøgelser af den sikrede fordring, kan ikke omstødes i det omfang forøgelsen modsvares af en tilsvarende nettoudvidelse. I den forbindelse må rentetilskrivninger og debitering af aftalte omkostnings- eller administrationsbidrag opfattes som

¹⁰¹ Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 591

¹⁰² Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 593

¹⁰³ jf. TL § 47 c, stk. 4, nr. 1

¹⁰⁴ Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 591

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Jens Paulsen, *Insolvensret- konkurs*, s. 592

¹⁰⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., *Virksomhedspant*, s. 184

kreditudvidelser.¹⁰⁸ Der skal dog alene ske fradrag for kreditudvidelser der er sket efter den omstødelige forøgelse.¹⁰⁹

Hvis det var muligt at omstøde enhver ekstraordinær forøgelse, og enhver efterfølgende forøgelse, ville det indebære en udvidelse af omstødelsesadgangen ift. nettemetoden, hvilket er i modstrid med formålet med bestemmelsen. Derfor er der indlagt denne begrænsning i 3. pkt., som gør at omstødelse kun kan ske i det omfang, den samlede forøgelse af sikkerheden netto har forbedret kreditors (pantehaverens) sikkerhed – det svarer principielt til nettometoden.¹¹⁰ Forskellen til nettometoden er, at der også skal tages hensyn til nedgang i værdien af de aktiver der er omfattet af pantet.¹¹¹ Hvis forøgelsen i virksomhedspantet modsvares af en forringelse af pantet og/eller af ny gældsstiftelse, vil der dermed ikke kunne ske omstødelse efter KL § 70 a.

3.5 Redegørelse for KL § 74

KL § 74 hjemler omstødelse af dispositioner, der på utilbørlig måde begunstiger en kreditor på bekostning af de øvrige kreditorer, eller hvorved skyldnerens ejendele unddrages fra at tjene til kreditorernes fyldestgørelse, eller skyldners gæld forøges til skade for de øvrige kreditorer. Omstødelse efter denne bestemmelse, er overordnet betinget af, at skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent, og at den begunstigede kreditor kendte eller burde kende til skyldnerens insolvens og de omstændigheder der gjorde dispositionen utilbørlig.¹¹²

3.5.1 Historisk udvikling

I konkursloven fra 1872 var der i § 24 en regel som mindede om KL § 74. Datidens § 24 omstødte dog kun kreditorbegunstigelser, hvor KL § 74 i dag omfatter både kreditorbegunstigelser – de forrykkende dispositioner - og forringende dispositioner.¹¹³ Som tidligere nævnt ville udvalget gerne have en forenkling af afkræftelsesreglerne således, at disse i det væsentligste byggede på dispositionernes objektive karakter og korte tidsmæssige afstand fra konkursens indtræden. Det stod dog klart, at der var

¹⁰⁸ Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 592

¹⁰⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., *Virksomhedspant*, s. 187

¹¹⁰ Bo von Eyben mf., *Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret*, s. 317

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Jens Paulsen, *Insolvensret – konkurs*, s. 597

¹¹³ Anders Ørgaard, *Konkursret*, s. 138

behov for en mere generel regel, der kunne opfange dispositioner, som ikke faldt ind under de typer, som blev opregnet i de objektive omstødelsesregler, men som efter deres karakter i forbindelse med skyldnerens økonomiske situation, medbragte samme fare for kreditorernes ligelige fyldestgørelse som de nævnte typetilfælde i de objektive bestemmelser.¹¹⁴

*”Da det ikke er muligt i loven at forudse og give regler om alle måder, hvorpå skyldnerens aktiver kan unddrage hans kreditorer, er det nødvendigt at supplere de lettere anvendelige objektive regler med en bestemmelse som kan samle de tilfælde op, der går gennem de objektive reglers grovere masker. Denne bestemmelse kan efter sagens natur ikke anvende så skarpe kriterier som de objektive regler.”*¹¹⁵

Da man ikke fandt det muligt, at udforme en bredere omstødelsesregel, måtte de objektive kriterier erstattes af mere subjektive kriterier, som blev udformet ud fra en afbalancering af hensynene til boet og den begunstige kreditor.¹¹⁶ Derfor beholdte man den subjektive omstødelsesregel fra dagældende konkurslov, og udvidede denne til også at omfatte forringende dispositioner. Man havde dermed en generelklausul der kunne gribe alle de tilfælde som de konkrete objektive omstødelsesregler ikke kunne fange.

3.5.2 Bestemmelsens karakter

KL § 74 har, som ovenfor nævnt, en generel karakter, da dens formål er at supplere de øvrige omstødelsesregler¹¹⁷ hvorfor den benævnes som generelklausulen.¹¹⁸ Bestemmelsen er en subjektiv omstødelsesregel, og rammer som ovenfor angivet, både forringende og forrykkende dispositioner.

Hovedbetingelserne for, at omstødelse kan ske efter KL § 74, kan opdeles i 5 betingelser.¹¹⁹ Den første betingelse er at der skal foreligge en disposition. Det er ikke en betingelse at skyldneren har foretaget eller aktivt medvirket til dispositionen, hvorfor

¹¹⁴ Lars Lindenchrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 638

¹¹⁵ BET 606 af 1971, s. 161

¹¹⁶ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 159

¹¹⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 486

¹¹⁸ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 597

¹¹⁹ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 598

også kreditors egernmæssige dispositioner er udtryk for en disposition som kan rammes af KL § 74.¹²⁰ Udlæg er dog som udgangspunkt undtaget, da sådanne retspanterettigheder ikke anses som dispositioner, men hvis parterne lader en betaling fremtræde som et udlæg, kan § 74 dog anvendes.¹²¹ Den anden betingelse er, at dispositionen skal have været skadegørende, hvilket er de tre tilfælde bestemmelsen opremses: 1) begunstiges på øvrige kreditors bekostning, 2) skyldners ejendele unddrages kreditorernes fyldestgørelse, eller 3) at gælden forøges. Tredje betingelse er, at dispositionen skal være utilbørlig. Den fjerde betingelse er, at skyldneren ved dispositionen skal være eller være blevet insolvent. Og den femte og sidste betingelse er, at den begunstigede kreditor på dispositionstidspunktet skal være i ond tro. Dette betyder, at den begunstigede kreditor skal kende eller burde kende til skyldners insolvens og de omstændigheder der gjorde dispositionen utilbørlig.¹²² Såfremt disse fem betingelser er opfyldt, kan der ske omstødelse efter KL § 74. Da bestemmelsen er en subjektiv omstødelsesbestemmelse betyder dette, at konsekvensen af omstødelse er reguleret i KL § 76, som tidligere beskrevet medfører, at den begunstigede kreditor skal svare erstatning efter de almindelige regler.

3.5.3 KL § 74, 1. led – begunstiger en kreditor på de øvriges bekostning

Denne første og væsentligste disposition der kan omstødes efter KL § 74, er kreditorbegunstigelser – de forrykkende dispositioner.¹²³ Hvis skyldner er insolvent, vil en betaling i almindelighed være en begunstigelse af pågældende kreditor. Dette gælder dog ikke, hvis kreditor havde sikret sig dækning ved f.eks. pant eller ejendomsforbehold.¹²⁴ Ofte sker der omstødelse efter KL § 74 i situationer, hvor der er stillet kaution for skyldners gæld overfor en bestemt kreditor.¹²⁵ I disse situationer vil kreditor ikke have opnået en begunstigelse, hvorimod det er kautionisten der bliver begunstiget såfremt skyldner betaler. Begunstigelsen skal hidrøre fra skyldners midler, enten direkte eller indirekte.¹²⁶ Begunstigelsen skal også være på bekostning af de øvrige kreditorer. Hvis de midler der er brugt til opfyldelse af den begunstigede

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Anders Ørgaard, konkursret, s. 142

¹²² Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 598

¹²³ Lars Lindenchrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 639

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ Jens Paulsen, insolvensret – konkurs, s. 602

¹²⁶ Lars Lindenchrone mf., konkursloven med kommentarer, s. 639

kreditor, ikke kunne være kommet de øvrige kreditorerne til gode, vil omstødelse ikke kunne ske.¹²⁷ Dette er f.eks. tilfældet hvis midlerne stammer fra tredjemand.¹²⁸ Hvis betalingen er et naturligt led i en samlet disposition, der i sin helhed er til kreditorernes gavn, vil der heller ikke kunne ske omstødelse, da betalingen dermed ikke har været på bekostning af de øvrige kreditorer.¹²⁹ Formålet med dispositionen er ikke afgørende. Det afgørende er om en kreditor blev begunstiget på andre kreditors bekostning.¹³⁰

3.5.4 KL § 74, 2. led – ejendele unddrages fra at tjene til fordringshavernes fyldestgørelse

Denne del gør det muligt, at omstøde utilbørlige dispositioner hvor aktiver unddrages – forrykkende dispositioner. Dette led hjemler også omstødelse, selvom det ikke begunstiger en kreditor.¹³¹ Ejendele som unddrages kan f.eks. være tilfælde hvor fast ejendom overdrages kort før konkursen, mod ret til ophold og forplejning. Det kan også være visse gaver som er givet mere end 1 år før konkursen. Grunden til, at det nok skal være givet mere end 1 år før konkurs er, at omstødes ellers vil kunne ske efter anden objektiv bestemmelse i KL § 64.

”En overdragelse mod fuldt vederlag kan ikke rammes af KL § 64, men bør alligevel i visse tilfælde kunne omstødes .”¹³²

Andre eksemplarer på dispositioner der unddrager ejendele, er særligt grove tilfælde af et insolvent firmas overtagelse af et andet selskab, kreditkøb af usælgelige maskiner og vare uden udsigt til at kunne betale, umådeholdent forbrug til fester og indskydelse af midler i interessentskab.¹³³

¹²⁷ Lars Lindenchrone mf., konkursloven med kommentarer, s. 640

¹²⁸ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 602

¹²⁹ Lars Lindenchrone mf., konkursloven med kommentarer, s. 640

¹³⁰ Jens Paulsen, Insolvensret – konkurs, s. 602

¹³¹ BET 606 af 1971, s. 161

¹³² Ibid.

¹³³ Lars Lindenchrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 641

Et sædvaneligt køb eller salg kan i almindelighed ikke omstødes, selvom den ene part var klar over, at den anden var insolvent.¹³⁴ Det forudsætter dog, at det overdragne aktiv er fastsat til værdien i handel og vandel.¹³⁵

3.5.5 KL § 74, 3. led – gæld forøges til skade for de øvrige

3. led hjemler omstødelse af utilbørlig dispositioner hvor skyldners gæld er blevet forøget. Bestemmelsen rammer derfor også forringende dispositioner. Da bestemmelsen kun er anvendelig, når den anden part kender eller burde kende til skyldners insolvens på dispositionstidspunktet, vil bestemmelsen formentlig have størst betydning i situationer, hvor den anden part kan opnå dækning gennem modregning eller pant, da dette kan være lige så skadeligt som formøbling af aktiver.¹³⁶

3.6 Afgrænsning mellem KL §§ 67, 70, 70a og 74

Som ovenfor beskrevet kan betalinger af gæld omstødes efter KL § 67, såfremt disse ikke fremtræder som ordinære. KL § 70 a hjemler omstødelse af forøgelser af et virksomhedspant, såfremt disse ikke fremtræder som ordinære. Generalklausulen i KL § 74 hjemler omstødelse af utilbørlige dispositioner. Grænsedragningen fremstår umiddelbart klar, men i praksis har det vist sig, at der er gråzoner mellem bestemmelserne. KL § 70, er også en objektiv omstødelsesregel, hvilken omstøder pant for gammel gæld eller hvor sikringsakten ikke er foretaget uden unødigt ophold, stiftet senere end 3 måneder før fristdag. KL § 70 kan også omfatte virksomhedspant, altså samme panteform som KL § 70 a.

Når en panthaver har opnået fyldestgørelse inden skyldner gik konkurs, kan der opstå et vanskeligt spørgsmål om, hvorvidt fyldestgørelsen skal bedømmes efter reglerne for omstødelse af pant i KL §§ 70-70a, eller i stedet efter regler om omstødelse af betaling efter KL § 67.¹³⁷ Det er derfor vigtigt først, at foretage en sontring mellem betaling og sikkerhedsstillelse med henblik på senere betaling;

¹³⁴ Jens Paulsen, insolvensret – konkurs, s. 604

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Lars Lindenchrone mf., Konkursloven med kommentarer, s. 642

¹³⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 472

*”Bringes kreditors fordring mod konkursskyldneren endelig til ophør gennem overdragelse, må denne i dansk ret opfattes som en betaling (...). Består kreditors fordring derimod, til han får dækning gennem indfrielse af kravet ifølge den overdragne fordring eller på anden måde, og kan konkursskyldneren generhverve rådigheden over den overdragne fordring ved at betale til sin kreditor, må overdragelsen behandles som pantstillelse for kreditors fordring.”*¹³⁸

Udgangspunkt må derfor være, at såfremt kreditor har opnået fyldestgørelse via pantets værdi, skal fyldestgørelsen bedømmelse efter reglerne om omstødelse af pant. Hvis kreditor derimod har opnået fyldestgørelse via andre midler end pantet, skal det anses som betalingen og bedømmes efter KL § 67.¹³⁹ For god ordens skyld skal det bemærkes, at en fyldestgørelse af pantehaveren kan være omstødelig efter KL § 74, uanset om fyldestgørelsen sker via pantets værdi eller andet.¹⁴⁰ Som tidligere beskrevet hjemler KL § 67 omstødelse af betalinger som afgørende har forringet skyldners betalingsevne. Dette vil som oftest også kunne omstødes efter KL § 74, da det vil være en utilbørlig disposition, men omstødelse vil efter denne kræve ond tro hos kreditor.¹⁴¹

Sondringen mellem bestemmelserne KL § 67 og § 70 er relevant i det tilfælde, hvor der er en kassekredit indblandet. Hvis kassekreditten ikke er sikret, skal omstødelse af indbetalinger på kassekreditten bedømmes efter KL § 67.¹⁴² Hvis der senere end 3 måneder før fristdagen er stillet sikkerhed for kassekreditten, er det relevant at overveje omstødelse efter KL § 70.¹⁴³ Ved kassekreditten sker der en række ind- og udbetalinger, hvorfor det kan være en udfordring, at fastslå hvornår gælden er stiftet. Retsstillingen er i et vist omfang blevet afklaret gennem retspraksis, så man i dag anvender den såkaldte nettometode, når omstødeligheden skal bedømmes. Herefter skal kassekreditens saldo på tidspunktet for sikringsaktens foretagelse sammenholdes med saldoen på kassekreditten på fristdagen, så der ikke tages hensyn til de evt. udsving der måtte være

¹³⁸ BET 606 af 1971, s. 152

¹³⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 473

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 589

¹⁴² Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 140

¹⁴³ Ibid.

på saldoen.¹⁴⁴ Afgrænsning mellem KL § 67 og § 70 a kan også være relevant hvis der er tale om en kassekredit. En indbetaling der nedbringer en kassekredit, vil kunne omstødes efter KL § 67. Er fordringen pantsat efter reglerne om virksomhedspant, vil indbetalingen medføre, at den pantsatte fordring er ophørt, hvilket som udgangspunkt reducerer den forøgelse af pantet, der kan omstødes efter KL § 70 a.¹⁴⁵ Indbetalingen vil derfor skulle bedømmes efter KL § 67. Sker indbetalingen som led i panthaverens tiltrædelse af pantet og i sammenhæng med, at trækingsrammen nedsættes, vil spørgsmålet om omstødelse i stedet skulle bedømmes efter KL § 70 a.¹⁴⁶ Det afgørende for om omstødelse af en indbetaling på en kassekredit, sikret ved virksomhedspant skal bedømmes efter KL § 67 eller 70 a, vil dermed være om panthaveren har tiltrådt pantet i forbindelse med indbetalingen.¹⁴⁷

En sondring mellem KL § 70 og 70 a er også vigtig at foretage. Både ift. til indbetalinger på kassekredit, men især ift. omstødelse af et virksomhedspant. KL § 70 omfatter alle pantformer, hvis det er pant for gammel gæld eller sikringsakten ikke er foretaget uden unødigt ophold, mens KL § 70 a kun omfatter virksomhedspant. KL § 70 og § 70 a udelukker gensidigt hinanden, dvs. begge bestemmelser kan ikke anvendes på det samme virksomhedspant, jf. § 70, stk. 3.¹⁴⁸ Det er stiftelsestidspunktet som er afgørende for hvilken bestemmelse omstødelse skal vurderes efter. Er virksomhedspantet tinglyst senere end 3 måneder før fristdagen, skal omstødelse vurderes efter KL § 70, stk. 1, hvorefter nettometoden skal bruges således, at det kun er den nettoforøgelse af sikkerheden, efter sikringsaktens foretages, der kan omstødes.¹⁴⁹ Hvis virksomhedspantet er tinglyst tidligere end 3 måneder før fristdagen, vil omstødelse skulle vurderes efter KL § 70 a. I praksis er virksomhedspant oftest aftalt og tinglyst tidligere end 3 måneder før fristdagen, hvorfor det umiddelbart oftest vil være KL § 70 a som skal anvendes.¹⁵⁰

¹⁴⁴ U.1984.981 H og Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 141

¹⁴⁵ BET 1459 af 2005, s. 342

¹⁴⁶ BET 1459 af 2005, s. 342-343

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 196

¹⁴⁹ BET 1459 af 2005, s. 339

¹⁵⁰ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 617

Som tidligere beskrevet er KL § 74 en generelklausul, hvorfor denne kan omfatte stort set alle typer af dispositioner, herunder også utilbørlige virksomhedspantsætninger. Hverken KL § 70 eller § 70 a udelukker omstødelse efter KL § 74.¹⁵¹ § 74 har dog ikke selvstændig betydning for virksomhedspant, der er tinglyst senere end 3 måneder før fristdagen. Hvis en sådan panteret ikke kan omstødes efter § 70, må der foreligge pant for samtidig eller fremtidig gæld, hvilket ikke kan karakteriseres som en utilbørlig disposition og dermed heller ikke kan omstødes efter KL § 74.¹⁵² Det samme er tilfældet ved KL § 70 a, hvor omstødelse heller ikke kan ske hvis pantsætningen er for samtidig eller fremtidig gæld, da dette heller ikke vil være en utilbørlig disposition efter KL § 74.¹⁵³ Hvis omstødelse derimod ikke kan ske efter § 70 a pga. 1) at virksomhedspantet omfatter aktiver som pantsætter har erhvervet senest 3 måneder før fristdagen, 2) at virksomhedspantet omfatter aktiver, der på ikke ordinær vis er blevet omfattet af pantet, eller 3) at der foreligger en panteforringelse, kan det være relevant at overveje omstødelse efter § 74, da det kan være en utilbørlig disposition.¹⁵⁴ Det skal dog nævnes, at KL § 74 kun har betydning for dispositioner under nr. 3, såfremt boet har lidt et tab, da dette kræves for, at omstødelse kan ske, jf. KL § 76. Dette er kun tilfældet, hvis den panteforringelse der udelukkede omstødelse efter § 70 a, ikke angår de aktiver, der på utilbørlig vis er blevet omfattet af pantet senere end 3 måneder før fristdagen.¹⁵⁵

Det kan dermed afsluttende bemærkes, at selvom bestemmelsernes ordlyd umiddelbart hjemler forskellige ting, er der et sammenspil mellem omstødelserbestemmelserne, så nogle udelukker hinanden mens andre komplementere hinanden. Ligeledes er der tilfælde hvor der må foretages nogle ekstra overvejelser for, at afgøre hvilken bestemmelse omstødelse skal ske efter.

¹⁵¹ BET 1459 af 2005, s. 339

¹⁵² Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 196

¹⁵³ Ulrik Rammeskov Pang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 197

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 199

4. Ordinærkriteriet i KL § 67

Som tidligere beskrevet hjemler KL § 67 omstødelse af betalinger af gæld, hvis betalingen skete med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller hvis det afgørende har forringet skyldners betalingsevne. Omstødelse er dog betinget af at *betalingen ikke under hensyn til omstændighederne fremtrådte som ordinær*. Det er den begunstigede der har bevisbyrden for, at en betaling fremtrådte som ordinær.¹⁵⁶

4.1 Teori

Retslitteraturen beskriver ordinærkriteriet således, at der ved vurderingen af om en betaling er ordinær, ikke skal lægges vægt på kreditors subjektive forhold, men på om ”*de ydre for omverdenen kendelige faktorer*”¹⁵⁷ peger på, at betalingen ikke var af ekstraordinær karakter. Grunden til dette er, at kravet er at betalingen *fremtræder* som ordinær, hvorfor det er de (ydre) objektive omstændigheder som er afgørende, og ikke hvad den begunstigede kreditor indså.¹⁵⁸ Det er en objektiv helhedsvurdering der skal foretages, og samtlige omstændigheder ved betalingen skal inddrages, hvorfor det er vanskeligt at opstille nogle generelle retningslinjer for bedømmelsen.¹⁵⁹

At en betaling ikke må have fremtrådt som ordinær hvis omstødelse skal ske, vil sige at betaling er ”*normal, ikke af konkurstruslen betinget led i driften af en virksomhed af den pågældende art.*”¹⁶⁰ Litteraturen beskriver dermed, at betalingen skal være forretningsmæssigt begrundet, og ikke betinget af konkurstruslen, for at være ordinær. Generelt kan det anføres, at en i øvrigt omstødelig betaling ikke bliver ordinær ved, at parterne efter aftalens indgåelse ændrer denne i overensstemmelse med den påtænkte betalingsmåde:

”en usædvanlig betaling med rødvin bliver således ikke ordinær, fordi parterne ændre deres oprindelige aftale til betaling med rødvin. Ligeledes bliver en betaling

¹⁵⁶ Ulrik Rammeskov mf., Konkurs s. 407

¹⁵⁷ BET nr. 606 af 1971, s. 151

¹⁵⁸ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 128

¹⁵⁹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 422

¹⁶⁰ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 591

før normal betalingstid ikke til en betaling til normal betalingstid, fordi parterne efterfølgende ændrer betalingsbetingelserne.”¹⁶¹

Ordinærkriteriet knytter sig til alle tre former for betaling, men har ikke helt samme gennemslagskraft i de tre tilfælde.¹⁶² Betaling før normal betalingstid og usædvanlige betalingsmidler overlapper i et vist omfang ordinære betalinger, mens ordinær betaling i større grad får en selvstændig betydning ift. betaling som afgørende har forringet skyldneres betalingsevne.¹⁶³ Ved usædvanlige betalingsmidler, er det ofte en hårfin balance, om et betalingsmiddel er konkret sædvanlig eller fremstår som ordinær. Som tidligere beskrevet, er det afgørende ved vurderingen af om en betaling er sket med usædvanligt betalingsmiddel, de grundlæggende hensyn bag omstødsbestemmelserne; om årsagen til dispositionen er skyldners insolvens eller om dispositionen ville være foretaget under alle omstændigheder. Dette efterlader umiddelbart ikke meget rum til undtagelsen for ordinære betalinger, men der nævnes i forarbejderne et eksempel:

”en betaling med usædvanlige betalingsmidler kan være ordinær, hvis skyldneren netop i dette tilfælde havde brug for en gentand af den pågældende art”¹⁶⁴

Ligeledes vil en betaling foretaget før normal betalingstid sjældent være ordinær, idet betalingstidspunktet så ville være normalt.¹⁶⁵ Spillerummet for ordinærkriteriet ved betaling før normalt betalingstid er derfor heller ikke stort. Tidligere er det beskrevet, at en indbetaling til nedbringelse af en kassekredit, som ikke er opsagt, kan være uomstødelig, såfremt det er et led i et sædvanligt betalingsmønster. Det kan i den forbindelse både begrundes med, at betalingen ikke er sket før normal betalingstid eller med at betalingen fremtræder som ordinær. Det har ingen praktisk betydning hvilken begrundelse der vælges, da det afgørende i begge tilfælde er om nedbringelsen

¹⁶¹ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 128

¹⁶² Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf. Konkurs, s 407

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ BET 606 af 1971, s. 151

¹⁶⁵ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 128

fremtræder som en normal forretningsmæssig disposition, eller om den er fremskyndet tidsmæssigt eller beløbsmæssigt pga. skyldnerens økonomiske vanskeligheder.¹⁶⁶

4.2 Domsanalyse

Som det allerede er fastlagt, vil omstødelse ikke kunne ske, hvis en betaling fremstår som ordinær. I dette afsnit vil retspraksis blive analyseret for, at fastlægge hvad domstolen tillægger vægt ved bedømmelse af om en betaling er ordinær, hvorfor omstødelse ikke vil kunne ske.

4.2.1 U.2007.753/2H

Denne afgørelse handler om hvorvidt en disposition, der kunne sidestilles med en betaling med usædvanlige betalingsmidler, var ordinær, hvorfor omstødelse ikke kunne ske. Danish Bamboo 2003 ApS (herefter omtalt Danish Bamboo) gik i maj 2004 konkurs. Kurator i boet efter Danish Bamboo anlagde sag mod Herstal Lampe Design A/S (herefter omtalt Herstal), med påstand om omstødelse efter KL § 67. Herstal påstod frifindelse.

Grunden til sagsanlægget var, at Herstal som både var producent og grossist af belysningsartikler, i 2003 og 2004 havde handlet med grossistvirksomheden Danish Bamboo. En del af de lysartikler som Danish Bamboo aftog fra Herstal, blev solgt i en detailforretning tilhørende selskabet Lagersalg af 01.01.2002 ApS (herefter benævnt Lagersalg). Lagersalg var ejet og ledet af en nevø til ejeren af Danish Bamboo. I perioden 25. September 2003 til 16. Marts 2004 solgte Herstal gentagende gange større partier til Danish Bamboo, på kredit 'Netto 30 dage'. Ingen af de udstedte fakturaer blev betalt til forfald. Parterne havde drøftet en ændring af samhandlen, da Lagersalg gerne ville købe direkte fra Herstal og ikke gennem Danish Bamboo. I Februar 2004, sendte Danish Bamboo og Lagersalg skrivelse til Herstal med følgende indhold;

"Hermed vedlagt en samlet opstilling over Herstal varer i [Lagersalg]. Vi har aftalt med [Lagersalg] at dette beløb kr. 1.537.358,00 overgår til Lagersalgskontoen som derefter vil afdrage beløbet direkte til jer (...). Eventuelle nye køb vil blive afregnet kontant – 8 dage. (...)."

¹⁶⁶ Bo von Eyben mf., Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, s. 294

Skrivelsen var vedlagt en detaljeret opgørelse over de af Herstals produkter, som befandt sig i Lagersalgs butik. Den samlede pris for disse var anført – uden moms – kr. 1.537.358. Herefter, d. 23. Februar 2004, udstedte Herstal en kreditnota til Danish Bamboo på kr. 1.771.697, 50 (svarende til kr. 1.417.358 uden moms. Beløbet er lavere fordi Danish Bamboos fortjeneste ikke er medregnet ved kreditnotaen). I fakturaens tekstfelt var anført ”*Varer transporteret til [Lagersalg]*”.

Under sagen blev det nærmere forklaret af Martin Herstal, indehaver og direktør for Herstal, at det er sædvanligt forekommende, at kunderne indrømmes returret af varer som ikke sælges i sæsonen. Martin Herstal forklarede, at denne normalt gav kredit til sine kunder, men kredittiden svingede alt efter størrelsen på kunden. Det bliver yderligere forklaret, at samhandlen med Danish Bamboo ikke var reguleret af en skriftlig aftale, men at det lå i luften, at Danish Bamboo løbende skulle betale til Herstal i takt med videresalg af varerne. De varer som ikke blev solgt, returnerede Danish Bamboo til Herstal, som herefter udstedte kreditnota. Martin Herstal forklarede, at han indgik i drøftelsen af overdragelse af varer til Lagersalg, fordi det var gamle varetyper som Herstal ikke var interesseret i at få retur. Martin Herstal forklarede også, at der under drøftelserne blev snakket om Danish Bamboos årsregnskab, hvilket blev omtalt som havende et positivt resultat. Martin Herstal læste senere årsrapporten, hvilken ikke foruroligede ham. Herstals Logistik- og økonomidirektør forklarede, at ca. 10 % af Herstals solgte produkter returneres af detailhandlerne efter endt sæson. For Danish Bamboo lå procentsatsen lidt højere. Danish Bamboo aftog varer med lav kurans, og det var aftalt, at varerne frit kunne returneres til Herstal, hvis det ikke lykkedes Danish Bamboo at sælge disse. Logistik- og økonomidirektøren forklarede, at Lagersalg ville købe direkte hos Herstal, fordi ”*[Lagersalg] synes vist, at det var for bøvlet at købe varerne via Danish Bamboo*”, hvorfor der blev lavet en aftale om debitorskifte. Han oplyser endvidere, at Herstal efter overdragelsen til Lagersalg, fortsat både modtog betalinger fra og leverede på kredit til Danish Bamboo, og at han første gang hørte om Danish Bamboos økonomiske vanskeligheder ca. en uge før konkursens indtræden. Oplysningen fik han fra Danish Bamboos ejer og direktør. Der havde ikke forinden været omtale i dagspressen af Danish Bamboos økonomiske problemer. Lagersalg har

forklaret, at det var deres ide, at overdrage varerne og fremtidigt handle direkte med Herstal, da dette ville medføre en besparelse for Lagersalg, idet man herved kunne undgå at betale Danish Bamboos fortjeneste ved videresalget.

4.2.1.1 Argumenter i sagen

Sagsøger, Konkursboet efter Danish Bamboo, argumenterede for, at omstødelse skulle ske, fordi det debitorskifte der skete da Herstal udstedte kreditnota til Danish Bamboo og faktura til Lagersalg ultimo februar 2003, var udtryk for en betaling med et usædvanlige betalingsmiddel. Denne betaling skete senere end 3 måneder før fristdagen og betalingen fremtrådte ikke som ordinær. Sagsøger argumenterer ikke videre for, hvorfor betalingen ikke er ordinær.

Sagsøgte Herstal argumenterede for, at det gennemførte debitorskifte, som var effektueret ved et tilbagesalg efterfuldt af gensalg til ny debitor, ikke kunne anses som en betaling med usædvanligt betalingsmiddel. Dispositionen angik alene en mindre del af parternes samlede mellemværende og skete på foranledning af tredjemand (Lagersalg), og fremstod ikke som ekstraordinær. Sagsøgte argumenterer ikke videre for, hvorfor betalingen ikke er ekstraordinær.

4.2.1.2 Landsrettens afgørelse

Landsretten finder, at debitorskiftet, hvorved Herstal blev delvist fyldestgjort for sit krav mod Danish Bamboo, må sidestilles med en betaling af gæld med usædvanlige betalingsmidler. Dispositionen indebar, at Lagersalg blev forpligtet overfor Herstal til at betale en sum beløbsmæssigt svarende til Danish Bamboos gæld til Herstal, samtidig med at Herstal nedskrev Danish Bamboos gæld med et tilsvarende beløb. Landsretten karakteriserer dog dispositionen som ordinær. Retten anfører at de:

”efter en samlet vurdering af dels bevæggrundene for dispositionen, dels værdien af de af aftalen omfattende varer sammenholdt med værdien af sagsøgtes samlede tilgodehavende, dels parternes handelsmønster såvel før som efter aftalen indgåelse finder landsretten det midlertidigt godtgjort, at dispositionen for Herstals repræsentationer har fremstået som forretningsmæssigt begrundet. Dispositionen kan herefter ikke karakteriseres som ekstraordinær”.

4.2.1.3 Højesterets afgørelse

Der blev ikke fremsat yderligere forklaringer eller fremlagt yderligere anbringender for højesteret. Højesteret henviser derfor til de grunde som Landsretten anfører og stadfæster Landsrettens dom.

Landsrettens afgørelse er ikke lang og detaljeret, men de angiver dog hvilke momenter de har afvejet ved vurderingen af om dispositionen er ordinær. Landretten har lagt vægt på 1) begrundelsen for dispositionen, altså at Lagersalget ville kunne spare penge og det ville være mindre ”bøvlet” hvis de handlede direkte med Herstal, 2) værdien, som kun udgjorde en del af Danish Bamboos samlede gæld til Herstal, 3) parternes handelsmønster før og efter debitorskiftet, hvor det ud fra forklaringen kan udledes at samhandlen havde bestået i flere år, samt Herstal fortsatte med at levere på kredit til Danish Bamboo efter debitorskiftet. Dette viser, at Herstal ikke kun accepterede debitorskiftet fordi Danish Bamboo ikke selv kunne betale sine regninger, da Herstal sandsynligvis ikke ville have leveret til Danish Bamboo efterfølgende. Ud fra dette fastslår retten, at dispositionen var forretningsmæssigt begrundet, og derfor ordinær hvorfor omstødelse ikke kunne ske. Ud fra dommen kan det udledes, at retten har foretaget en helhedsvurdering af forholdene. Retten tillægger det afgørende vægt, at dispositionen har fremstået som forretningsmæssigt begrundet, hvorfor dispositionen var ordinær. Det samme var afgørende i dommen U.2000.1791 H, hvor Højesteret også fandt betalinger som værende ordinære, da de var et led i koncernen almindelige drift, og derfor forretningsmæssigt begrundet. Samme begrundelse gives også i byrettens afgørelse i U.2010.959 Ø, hvor byretten fandt betalingerne ordinære da de var en del af selskabets almindelige drift.

4.2.2 U.2008.2012 V

Dommen omhandler hvorvidt en betaling af gæld er sket før normal betalingstid, og om denne betaling fremtræder som ekstraordinær, så omstødelse kan ske. Selskabet Bundgaard Trævarefabrik ApS (herefter omtalt Bundgaard Trævarefabrik) blev erklæret konkurs i December 2005, med fristdag d. 15. November 2005. Konkursboet efter Bundgaard Trævarefabrik lagde sag an mod Nordea, med påstand om omstødelse efter §

67. Sagen var også anlagt mod en sagsøgte 2, men denne vil blive holdt ude for denne behandling. Nordea nedlage påstand om frifindelse.

Baggrunden for sagsanlægget er, at Bundgaard Trævarefabrik i tiden op til konkursen havde nedbragt sin kassekredit med et betydeligt beløb. Af kontoudtog vedr. kassekreditten fremgår, at der har været ganske betydelige udsving på saldoen. Af et kontoudtog for perioden 30. September 2005 til 11. November 2005, er det overordnede billede, at der havde været nogle få store indbetalinger, og mange relativt mindre udbetalinger. Af årsregnskaber for 2004 fremgik et underskud, hvorfor der blev holdt flere møder i tiden op til konkursen, hvor både revisor og advokat deltog. Revisoren forklarede i brev at der

”forud for konkursen [var] afholdt en række afklarende møder med direktøren. Formålet med møderne var at få et overblik over selskabets økonomiske situation og selskabets fremtidsudsigter”.

Revisoren forklarede yderligere, at der på de første møder bliver drøftet muligheder for bl.a. rekonstruktion, herunder akkord. Revisoren forklarede, at når der sås til ordretilgangen og ledelsens forventninger til fremtiden, stod det hurtigt klart, at der reelt kunne blive tale om en afvikling med indgivelse af konkursbegæring. D, ejer af Bundgaard Trævarefabrik, forklarede for retten, at selskabets kom i vanskeligheder pga. konkurrencen som havde presset priserne på møbler ned. D havde derfor planer om en produktionsomlægning således, at der i stedet for møbler skulle produceres vinduer eller fyldninger til døre. D forklarede at han drøftede dette med revisor og advokat, og det blev aftalt, at der skulle tages kontakt til banken da det var nødvendigt, at skaffe finansiering til en produktionsomlægning. D forklarede videre, at der efterfølgende blev holdt flere møder hvor både revisor og advokat deltog, og her blev bl.a. konkurs også drøftet, uden det blev besluttet. Der var derfor ingen konkrete planer om at indgive konkursbegæring. D forklarede også at selskabet indtil da altid betalte til tiden, men at man godt kunne bruge leverandørerne som kassekredit. Dette havde de gjort tidligere, men nu var *”der strammet op på den slags”*. Nogle af selskabets kreditorer havde sendt deres krav til inkasso og det blev aftalt, at advokaten skulle prøve at holde kreditorerne

hen. D gjorde det klart, at de på dette tidspunkt ikke så i øjnene, at det ville ende i konkurs, men han var på den anden side klar over, at et kollaps kunne komme hurtigt. D forklarede videre, at han ikke nåede i banken for at få finansiering af produktionsomlægning på plads. Kassekreditten i banken var sikret ved kaution. D's andet ApS stod som kautionist. D forklarede, at han ikke bevidst havde arbejdet på at få bankens tilgodehavende nedbragt, og han havde ikke være ude på at snyde nogen. D forklarede, at han var opmærksom på konkurser i branchen, og det var også derfor han havde taget initiation til første møde med revisoren. På mødet var de ikke nået frem til en konklusion med hensyn til leverandørbetalingerne. D lagde fast, at træleverandøren blev brugt som kassekredit, men det foregik ikke efter nogen samlet plan. Det blev besluttet fra dag til dag hvem der skulle have betaling. Da D ikke selv have mulighed for at skyde penge i virksomheden, var det en nødvendighed at få produktionsomlægningen finansieret i banken. Grunden til, at kassekreditten blev nedbragt i den sidste perioden frem til konkursen skyldes, at det var nødvendigt at samle midler sammen til betaling af træ til den næste ordre. M, inkassorådgiver hos Nordea, har forklaret for retten, at Nordea først blev gjort opmærksom på Bundgaard Trævarefabriks økonomiske vanskeligheder i November 2005, hvorefter alle transaktioner vedr. selskabet blev standset. Frem til dette tidspunkt have Bundgaard Trævarefabriks konti stået til fri afbenyttelse, og der var indtil da blevet trukket på kontiene. Revisoren R har forklaret for retten, at han fik det indtryk, at D ikke ønskede at forsætte driften af virksomheden, hvis en produktionsomlægning ikke skete. R forklarede også at han drøftede med D, nødvendigheden for likviditet, hvis produktionsomlægning skulle ske. Advokat A har forklaret, at han blev indkaldt af D til nogle møder i oktober måned 2005. D havde inden første møde fortalt, at der var nogle kreditorer der bankede lidt på. På første møde blev Bundgaard Trævarefabriks økonomiske situation drøftet, herunder likviditeten. A forklarede at det blev aftalt at han skulle kontakte kreditorerne for at få dem til at holde sig i ro.

4.2.2.1 Argumenter i sagen

Sagsøgeren, konkursboet efter Bundgaard Trævarefabrik, har argumenteret at der ved indbetalingerne er sket betaling af gæld før normal betalingstid, og at dispositionerne ikke fremtrådte som ordinære. Det pointeres, at det er Nordea der skal løfte bevisbyrden

for at dispositionerne er ordinære, og dette er ikke sket. Der argumenteres for at kassekreditten i tiden op til konkursen reelt ikke fungerede som en kassekredit.

Nordea argumenterer for at nedbringelse af kassekreditten fremtrådte som ordinær, hvorfor omstødelse ikke kan ske. Der forelå ikke nogen bestemt beslutning for hvordan kreditorerne skulle nedbringes. Bundgaard Trævarefabrik havde en væsentlig egenkapital at tære på, og der har alene været tale om en periodevis nedbringelse af kassekreditten på tilsvarende måde, som kassekreditten også har været nedbragt i tidligere perioder. Der er intet ekstraordinær i nedbringelsen, som blot var et led i virksomhedens fortsatte drift, hvilket de formentlig anfører ud fra den forklaring at der blev indbetalt fordi Bundgaard Trævarefabrik skulle have trækingsret til at betale træleverandører. Bundgaard trævarefabrik havde helt frem til slut november 2005 kunne disponere over kontoen. Der havde ikke være iværksat inddrivelsesskridt mod skylderen eller som de anfører ”*overhovedet været foretaget noget ekstraordinært fra [Nordeas] side.*”

4.2.2.2 Byrettens afgørelse

Retten lægger til grund, at Bundgaard Trævarefabrik fra efteråret 2005, med det formål at finansiere en eventuel produktionsomlægning eller fremtidige vareleverancer, undlod at betale store varekreditorer, mens kassekreditten i øvrigt blev benyttet som hidtil. Dette havde til følge, at kassekreditten i løbet af november måned 2005 blev nedbragt med 1 mio. kr. Retten lægger til grund, at til forskel fra tidligere udsving på kassekredittens saldo, har nedbringelsen af kassekreditten i efteråret 2005 ikke være et udslag af udsving i virksomhedens drift, men sket i som led i en bevidst omlægning af virksomhedens finansiering, fra kassekreditten til de store vareleverandører. Retten angiver at:

”Dette betød, at de pengestrømme, der naturligt ville have gået over kassekreditten, delvist blev afbrudt, og at kassekreditten derfor ophørte med fuldt ud af fungere som kassekredit, men blev også konsekvent benyttet til opsamling af likviditet i form af øgede trækingsmuligheder.”

Retten finder at denne ændrede benyttelse af kassekreditten, der er sket i løbet af november måned, derfor ikke kan anses for at have været ordinær. Det er ubestridt at de

øvrige betingelser for omstødelse i konkursloven § 67 er opfyldt, hvorfor retten ikke behandler dette nærmere. Omstødelse skulle derfor ske, da nedbringelsen ikke var ordinær.

4.2.2.3 Landsrettens afgørelse

For landretten gentager parterne deres procedure fra Byretten. Nordea har yderligere argumenteret, at det forhold at de ikke havde fået kendskab til Bundgaard Trævarefabriks økonomiske vanskeligheder, og således var i god tro, skal medføre at nedbringelsen af kassekreditten ikke omstødes.

Landsretten vurderer ud fra revisorens og advokatens forklaringer, at Bundgaard Trævarefabrik søgte at udsætte sine betalinger af de større vareleverandører, mens kassekreditten sideløbende blev nedbragt. Dette skulle skaffe mulighed for, at færdiggøre igangværende produktion, således at en omlægning af produktionen eller en afvikling af virksomheden kunne gennemføres bedst muligt. Derfor steg varekreditorernes forfaldne krav med 1 mio. kr., mens kassekreditten blev tilsvarende nedbragt. Landsretten fastslår at

”(..)på den anførte baggrund og uanset det oplyste om tidligere udsving i kassekreddittens saldo, [finder Landsretten] at det ikke kan antages, at de af Bundgaard Trævarefabrik foretagne omlægninger af sine betalinger ville være foretaget under normale driftsforhold uden økonomiske vanskeligheder af den karakter og betydning som forelå i efteråret 2005”.

Landsretten tiltræder derfor, at nedbringelsen af kassekreditten ikke fremtræder som ordinær.

I denne dom er det tydeligt, at både byretten og landsretten har set på 1) grundlaget for nedbringelsen, som var omlægning af betalinger, så selskabet i stedet for at trække på kassekreditten i Nordea undlod at betale sine store varekreditorer, og derved anvendte disse kreditorer som kassekredit, og 2) årsagen til denne omlægning af betalinger. Byretten angiver tydeligt i sin begrundelse, at det ikke er udsving i selskabets normale drift, som har ført til denne betalingsomlægning, men derimod en bevidst handling fra

selskabets side. Ud fra dette kan det altså udledes, at Byretten ikke finder dispositionen som værende et led af den normale drift af virksomheden, hvorfor dispositionen ikke er ordinær. Landsretten udtrykker, at betalingsomlægningen ikke ville være foretaget, hvis der ikke var økonomiske vanskeligheder. Ud fra dette kan det udledes, at Landsretten har tillaget det afgørende betydning, at dispositionen var motiveret af den økonomiske situation, hvorfor dispositionen var ekstraordinær. Ud fra denne dom kan det altså udledes, at når en disposition er betinget af den økonomiske situation hos skyldner, vil dispositionen være ekstraordinær. Samme begrundelse gives i Landsrettens afgørelse i dommen U.2016.3451 V. Her var det også afgørende for retten, at betalingen ikke ville være sket hvis skyldner ikke var kommet i økonomiske vanskeligheder, hvorfor betalingen ikke var ordinær og derfor omstødelig.

4.2.3 U.2007.1240 H

Dommen angår hvorvidt indfrielse af kassekredit er en ekstraordinær betaling af gæld som har forringet skyldners betalingsevne, hvorfor omstødelse kan ske, jf. KL § 67. Formard A/S (herefter omtalt Formard) blev i Januar 2004 taget under konkursbehandling på grundlag af selskabet egen konkursbegæring. Konkursboet efter Formard anlagde sag mod Sydbank A/S (herefter omtalt Sydbank), med påstand om omstødelse efter KL § 67. Sydbank påstod frifindelse.

Baggrunden for sagen er, at Formand i efteråret 2003 konstaterede, at der måtte forventes et negativt driftsresultat. Under sagen blev der fremlagt kontoudskrifter for perioden 15. Oktober 2003-22. Marts 2004, hvoraf det fremgik at der ikke havde været overtræk på kontoen, og at der i perioden var foretaget flere indsættelser på over kr. 1 mio. I 2001 var Formand igennem en rekonstruktion. Sydbank var selskabets bankforbindelse, og i forbindelse med rekonstruktionen fremsendte Sydbank brev til Formard, hvoraf det bl.a. fremgik at Sydbank betingede sig en post i selskabets bestyrelse, og at de stillede en kassekredit på kr. 4.100.000 til rådighed for selskabet. I 2003 holdt bestyrelsen månedlige bestyrelsesmøder, hvor de gennemgik Formards økonomi. På bestyrelsesmødet i april var resultatet for marts negativt. På dette møde blev der også drøftet et møde med Sydbank, hvor det var blevet aftalt at kassekreditten skulle nedbringes med kr. 100.000 pr. kvartal. På bestyrelsesmødet i juni, blev det

oplyst, at resultatet for maj var positivt, men at der var likviditetsbehov for resten af 2003. Af referatet fra bestyrelsesmødet fremgår:

”Der blev udtrykt bekymring omkring likviditeten i november og december måned (...)likviditeten drøftedes under hensyn til, at situationen har udviklet sig således at der arbejdes med større og større ordrer. Dette vil alt andet lige give større likviditetsudsving.”

Kassekreditten i Sydbank blev i Oktober 2003 nedskrevet til kr. 3.845.000. Ifølge kontrakten skulle kreditten nedskrives ekstraordinært med kr. 100.000 hvert kvartal, 16 gange, første gang i December 2003, og kreditten kunne når som helst og uden varsel opsiges af begge parter. På bestyrelsesmøde sidst i oktober 2003, konstaterede Formands bestyrelse, at udkastet til regnskab viste et negativ resultat for det forgangne regnskabsår. Bestyrelsen drøftede derfor muligheden for kapitalindsud fra den tyske kunde Weener Plast. I november blev der afholdt møde mellem Formard og Sydbank, hvor regnskabet blev gennemgået. Sydbanks kreditchef bad om et budget og fik at vide, at det ville være udarbejdet i løbet af 3-4 uger, hvorefter det ville blive sendt til banken. Sydbank gjorde det på dette møde klart, at de efter gennemgang af budget mv. ville vende tilbage med en stillingtagen til et fortsat samarbejde med Formard. I januar 2004 mødtes Formard med den tyske kunde Weener Plast. For retten forklarede Formards ejer, at det på mødet blev aftalt at den tyske kunde skulle betale EUR. 300.000 i to rater til dækning af Formards igangværende projekter. Det forklares yderligere, at Sydbank blev orienteret om aftalen med den tyske kunde, og at de ville betale 2 x EUR 150.000. Ejer af Formard forklarede yderligere, at Sydbank havde udbedt sig budget for den kommende regnskabsperiode, hvilket ikke var fremkommet pga. meget store vanskeligheder med at vurdere de nødvendige hensættelser. Den tyske kunde indbetale d. 16. Januar 2004 EUR 150.000, så trækket på kassekreditten dermed blev reduceret. Samme dag som indbetaling meddelte Sydbank, at de ville nedskrive kassekreditten til saldoen efter indbetaling. Den tidligere erhvervschef for Sydbank forklarede, at Sydbank indtil udgangen af regnskabsåret 2002-03 modtog alle relevante informationer. Som han forklarede: *”Derefter kneb det”*. Engagementet blev ikke misligholdt. Han forklarede, at hvis budgettet for 2003-04 viste en positiv udvikling, ville de fortsætte

engagementet. De rykkede for månedsbalancer samt for budgetter, men fik ikke oplysninger om Formards situation. Han husker ikke at der skulle være nævnt betalinger, heller ikke de 2 x EUR 150.000. Regionsdirektør for Sydbank forklarede for retten, at da de ikke havde fået nødvendige oplysninger besluttede de ”at sætte hårdt mod hårdt”, hvorfor kassekreditten blev nedskrevet. Han forklarede at indbetalingen samme dag, d. 16 januar, var uden betydning for beslutningen om at nedskrive engagementet. Det var bare et lykketræf at pengene fra den tyske kunde indgik samme dag. Ejer af Formard forklarede for retten, at selskabet ikke kunne overleve nedskrivningen af kassekreditten. Få dage efter, d. 19. Januar, blev der derfor indgivet konkursbegæring.

4.2.3.1 Argumenter i sagen

Konkursboet efter Formard har argumenteret for, at Sydbanks nedskrivning af kassekreditten var en disposition der i strid med konkurettens lighedsprincip, begunstige banken på de øvrige kreditors bekostning. Det argumenteres, at indbetalingen fra den tyske kunde og den deraf afledte nedskrivning af kassekreditten, kan omstødes efter KL § 67, da det stod banken klart, at nedskrivningen var en konsekvens af indbetalingen, hvorfor nedskrivning må sidestilles med en betaling af gæld. Nedskrivningen medførte, at Formards betalingsevne blev afgørende forringet, hvilket bl.a. ses af, at selskabet umiddelbart efter indgav konkursbegæring. Konkursboet argumenterede at Sydbank ikke har bevist, at nedskrivningen fremtrådte som ordinær. Kassekreditten var allerede nedskrevet i oktober 2003, og ekstraordinært nedbragt med kr. 100.000 i december 2003. Ligeledes argumenter konkursboet, at det ud fra forklaringerne kan lægges til grund, at Sydbank kendte til aftalen med den tyske kunde, herunder indbetalingerne på EUR 150.000. Sydbanks disposition d. 16 januar, er derfor et resultat af, at indbetalingen fra den tyske kunde indgik samme dag.

Sydbank argumenterede for det første at nedskrivningen af kassekredittens ikke er omfattet af § 67, da det ikke er en betaling. Sydbank argumenterede, at beslutningen om nedskrivning af kassekreditten blev taget som følge af mangel på budget og månedsbalancer, og uden kendskab til den senere indbetaling fra Formards tyske kunde. Beslutningen om at nedskrive kassekreditten til den aktuelle saldo skete for, at fremtvinge de ønskede oplysninger og uden sammenhæng med indbetalingen fra den tyske kunde. Derfor argumenterede Sydbank, at nedskrivningen fremtrådte som en

ordinær disposition, hvilket tillige støttes af at der flere gange tidligere er indsat beløb på over kr. 1 mio. på kontoen. Derfor argumenterede Sydbank at omstødelse ikke skal ske.

4.2.3.2 Landsrettens afgørelse

Landsretten fastslår, at Sydbanks nedskrivning af kassekreditten har afskåret Formard fra, at disponere over den indbetaling der samme dag var indgået fra den tyske kunde. Nedskrivningen skal derfor anses som betaling af gæld. Nedskrivningen skete med et beløb, som efter bevisførelsen, må antages afgørende at have forringet Formards betalingsevne. Landsretten lægger til grund, at Sydbank flere gange rykkede Formard for budget og månedsbalancer, uden at banken modtog materiale. Landretten lægger det til grund, at Sydbank var informeret om muligt kapitalindskud fra den tyske kunde, men at banken ikke havde et sådant kendskab til Formards økonomi, at Sydbank var eller brude være klar over, at selskabets forsættelse var afhængig af driftstilskud fra den tyske kunde. Ud fra de afgivne forklaringer for retten, finder Landsretten det godtgjort, at indbetalingen fra den tyske kunde ikke var bestemmende for Sydbanks beslutning om nedskrivning af kassekreditten, men at nedskrivningen skete for at fremtvinge økonomiske oplysninger fra Formard. Under hensyn til Sydbanks begrænsede kendskab til Formards aktuelle økonomiske vanskeligheder, og under hensyn til baggrunden for beslutningen om nedskrivning af kassekreditten finder Landsretten, at nedskrivningen fremtrådte som en ordinær forretningsmæssig disposition, hvorfor omstødelse efter § 67 ikke kan ske.

Landsretten lægger vægt på 1) Sydbanks viden om Formards økonomiske situation og 2) begrundelsen for nedskrivningen, altså at banken ønskede at fremskaffe økonomiske oplysninger fra Formard. Ud fra disse momenter kan det udledes, at Landsretten vurderer om det er Formards økonomiske situation som har påvirket Sydbank til at nedskrive kassekreditten. Landsretten synes dermed at foretage en vis subjektiv vurdering, da de undersøger Sydbanks viden om den økonomiske situation. Dette gøres for, at undersøge hvorvidt det er den økonomiske situation som har været afgørende for Sydbanks beslutning om nedskrivning. Ud fra denne afgørelse, kan det dermed udledes at Landsretten kan inddrage en vis subjektiv vurdering, når de skal vurdere om en disposition er ordinær. Denne subjektive vurdering foretages i dette tilfælde fordi den

begunstigede kreditor også er den som træffer beslutningen om 'betalingen', hvorimod det i andre tilfælde ofte er skylder selv der træffer beslutning om betaling af gæld op til konkurs. Derfor har det i dette tilfælde været relevant, at foretage en vurdering af kreditors viden, for at finde frem til motivationen bag dispositionen. Da Landsretten finder det bevist, at Sydbank ikke havde kendskab til Formards økonomiske situation og at begrundelsen for nedskrivningen ikke var indbetalingen fra den tyske kunde, men at de ønskede budget mv., så var dispositionen ikke motiveret af den økonomiske situation, men det almindelige forretningsmæssige forhold at banken ville have økonomiske oplysninger for at vurdere deres engagement med Formard. Landsretten har altså her fundet dispositionen som en følge af Sydbanks almindelige drift, hvorfor de fandt dispositionen som værende ordinær.

4.2.3.3 Højesterets afgørelse

For Højesteret er der afgivet supplerende forklaringer. En tidligere ansat hos Formard, som stod for den daglige kontakt med Sydbank, forklarede for retten, at hun holdt månedsbalancerne tilbage da Formard kom i økonomiske problemer. Hun overhørte en samtale mellem Sydbank og ejeren af Formard. Som det anføres i forklaringen;

” Hun husker ikke ordret, hvad der blev sagt, men der blev sagt noget i retningen af, at der var problemer, men at man forventede en stor betaling fra en kunde (...).”

Hun mente ikke der blev nævnt konkrete tal under telefonsamtalen. Ejer af Formard forklarede, at han under telefonsamtalen med Sydbank i januar, opremsede de problemer der forelå på dette tidspunkt og redegjorde for den tyske kundes tilsagn om indbetaling i to rater. Han nævnte et underskud på kr. 3,7 mio. og en negativ egenkapital på kr. 2,8 mio. Han forklarede yderligere, at Sydbank ringede kort efter bestyrelsesmødets afslutning dagen efter og meddelte, at kassekreditten ville blive nedskrevet med et beløb svarende til indbetalingen fra den tyske kunde og fakturaer, der var indlagt til betaling samme dag. Den samlede nedskrivning var derfor på ca. kr. 1,8 mio. Ejeren af Formard oplyste i den forbindelse Sydbank om, at dette *”ville slå alt i stykker for virksomheden”*.

Højesteret fastslår, at indbetalingen fra den tyske kunde og Sydbanks nedskrivning af kassekreditten indebar indfrielse af en del af Formards gæld til banken. Højesteret tiltræder derfor, at der foreligger betaling af gæld omfattet af KL § 67. Højesteret tiltræder også, at indfrielsen til banken afgørende har forringet Formards betalingsevne. Vedr. hvorvidt nedskrivningen og dermed indfrielsen er ordinær anføres:

”Højesteret lægger efter bevisførelsen til grund, at Sydbank, der gennem flere år havde været Formards eneste bankforbindelse, ved årsskiftet 2003-2004 må have haft kendskab til selskabets usikre økonomiske situation og dets likviditetsvanskeligheder. Højesteret lægger endvidere til grund, at Sydbank under telefonsamtalen d. 15. Januar 2004 med direktør (...) blev orienteret om forhandlingerne med [den tyske kunde] om (...) at ville betale 2 x 150.000 EUR til finansiering af Formards drift (...). Højesteret finder på denne baggrund, at den delvise indfrielse af gælden med beløbet, som banken få timer før have modtager fra [den tyske kunde], ikke fremtrådte som en ordinær disposition”.

Omstødelse skulle derfor ske efter KL § 67.

Ud fra det som Højesteret angiver, kan det udeledes at Højesteret, ligesom Landsretten, foretager en subjektiv vurdering af Sydbanks viden om Formards økonomiske situation. Højesteret finder, modsat Landsretten, at Sydbank havde et indgående kendskab til Formards økonomiske situation. Det må udledes af Højesterets begrundelse, at fordi Sydbank havde kendskab til den økonomiske situation og var orienteret om indbetalingerne fra den tyske kunde, træf Sydbank beslutning om nedskrivningen. Nedskrivningen var derfor et resultat af Formards økonomiske situation, hvorfor den ikke er ordinær. Derfor når Højesteret til det modsatte resultat end Landsretten. Ud fra Landsrettens og Højesterets begrundelser må det udeledes, at de finder frem til forskellige resultater grundet den subjektive vurdering af Sydbanks kendskab til Formards økonomiske situation. Landsretten finder, at Sydbank ikke har indgående kendskab til Formards økonomiske situation, hvorfor den økonomiske situation ikke var motivation for nedskrivningen og derfor var det en ordinær disposition. Højesteret finder, at Sydbank har indgående kendskab til selskabets økonomiske situation, hvorfor

dette var motivation for nedskrivningen. Derfor finder Højesteret, at dispositionen er ekstraordinær. Ud fra dommen kan det udledes, at når dispositionen er foretaget egenhændigt af kreditor overfor skyldner, må kreditors viden omkring skyldners økonomiske situation vurderes for, at kunne fastslå om denne var motivationen bag dispositionen. Hvis kreditor ikke har kendskab til skyldners økonomiske situation, kan det ikke have været motivationen for dispositionen, hvorfor den vil være ordinær. Men hvis kreditor har haft kendskab til skyldners økonomiske situation, vil kreditors disposition kunne være betinget af den økonomiske situation, hvorfor den ikke vil være ordinær.

4.3 Sammenfatning

Retslitteraturen fastslår, at det skal være en objektiv vurdering af de konkrete omstændigheder og underordnet hvad den begunstige kreditor indså. Dette udledes også af de analyserede domme U.2007.753/2H og U.2008.2012 V, hvor domstolene har foretaget en overordnet vurdering af de relevante omstændigheder, uden at inddrage kreditors subjektive forhold, og fastslået om disse fremtræder som ordinære eller ej. Af dommen U.2007.1240 H kan det dog udledes, at der også inddrages et subjektivt moment. Dette skyldes, at dispositionen er foretaget af den begunstige kreditor selv og ikke skyldner, hvorfor det har været relevant, at vurdere kreditors viden for, at vurdere motivationen for dispositionen. Det må derfor fastlægges, at i situationer som i omtalte dom, hvor kreditor egenhændigt træffer dispositionen, er det nødvendigt at inddrage en subjektiv vurdering.

Ud fra teori og retspraksis, må det fastlægges at der ikke kan opstille faste kriterier for vurderingen af ordinærkriteriet. Det skal være en helhedsbedømmelse ud fra de konkrete omstændigheder. Ud fra de konkrete omstændigheder foretager domstolen en vurdering af, om dispositionen har været forretningsmæssigt betinget, eller om den var betinget af den økonomiske situation. Det kan derfor udledes, at det er motivationen for dispositionen som er afgørende for om betalingen er ordinær. Såfremt dispositionen er forretningsmæssigt betinget, er dispositionen at anse som ordinær, hvorfor omstødelse ikke kan ske efter KL § 67. Hvis dispositionen derimod er motiveret af skyldners økonomiske situation, groft sagt konkurstruslen, så vil dispositionen være ekstraordinær, og omstødelse vil derfor kunne ske efter KL § 67, når det er betaling med

usædvanligt betalingsmiddel, før normal betalingstid eller afgørende har forringet skyldners betalingsevne.

5. Ordinærkriteriet i § 70 a

Som tidligere beskrevet kan forøgelser af et ældre virksomhedspant omstødes efter KL § 70 a, såfremt panteforøgelsen ikke var ordinær. Selvom bestemmelsen blev indført i 2005, findes der endnu ikke trykt retspraksis hvor KL § 70 a og dennes ordinærkriterium vurderes, hvorfor der desværre ikke kan foretages en domsanalyse af dette. Retslitteraturen beskriver dog ordinærkriteriet i KL § 70 a, hvorfor der må findes støtte i denne.

Baggrunden for indførelsen af ordinærkriteriet i KL § 70 a er, at da den er helt objektiviseret og omfatter virksomhedspant, som er et fyldende pant, vil man risikere at ramme helt almindelige udskiftninger af pantet, såfremt der ikke stilles krav om at forøgelsen skal være ekstraordinær.¹⁶⁷ Af betænkning nr. 1459 af år 2005 fremgår at ordinær er:

”at de ydre for omverdenen kendelige faktorer pegende på, at nettoforøgelsen af sikkerheden ikke var af ekstraordinær karakter. Det svarer til hvad der gælder for konkurslovens § 67 (..)”¹⁶⁸

Ordinærkriteriet i KL § 70 a skal altså forstås på samme måde som ordinærkriteriet i KL § 67. Om en forøgelse af virksomhedspant er ordinær, må derfor afgøres efter samme vurdering som efter KL § 67.¹⁶⁹ Dette betyder, at det er motivationen for forøgelsen som er afgørende. Det er en objektiv vurdering, hvorfor kreditors (virksomhedspanthaver) subjektive forhold er uden betydning. Omstødelse af en ekstraordinær forøgelse vil derfor kunne ske, uanset om kreditor hverken kendte eller burde kende til de forhold der gjorde, at forøgelsen objektivt set fremstod som ekstraordinær.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 135

¹⁶⁸ BET nr. 1459 af 2005, s. 199

¹⁶⁹ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, s. 621

¹⁷⁰ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 179

Da ordinærkriteriet skal vurderes på samme måde som ved KL § 67, betyder dette, at hvis forøgelsen er betinget af driften af virksomheden, vil den være ordinær. Hvis dispositionen er betinget af den økonomiske situation vil den fremtræde som ekstraordinær og dermed kunne omstødes. Principielt angår vurderingen af ordinærkriteriet den enkelte forøgelse, men vurderingen af denne forøgelses karakter skal ses i lyset af skyldners generelle situation og handlinger.¹⁷¹ Meningen med virksomhedspantet er, at det skal gribe aktiver i takt med erhvervelse. Hvis skyldnerens erhvervelse af aktivet skyldes handler som afviger fra skyldners hidtidige forretningsmønster, så vil det ikke kunne anses som ordinært, med mindre det ud fra en objektiv vurdering er rimelig forretningsmæssigt begrundet.¹⁷² F.eks. kan skyldner have foretaget varekøb i større grad end tidligere som ikke er forretningsmæssigt begrundet, hvilket dermed forøger virksomhedspantet med de indkøbte aktiver. Dette vil være en ekstraordinær forøgelse, da det ikke er forretningsmæssigt begrundet. Hvis vareindkøb derimod nogenlunde svarer til hidtidige vareindkøb, vil vareindkøbet formentlig være betinget af den almindelige drift af virksomheden, hvorfor det er forretningsmæssigt begrundet og dermed en ordinær forøgelse.¹⁷³ Et øget vareindkøb, og dermed forøgelse af pantet, kan også være forretningsmæssigt begrundet, selvom det er meget større end tidligere, hvis forøgelsen skyldes sæsonudsving eller omsætningsfremgang i perioden op til konkurs.¹⁷⁴ I sådanne tilfælde vil det være forretningsmæssigt begrundet og dermed en ordinær forøgelse af pantet, som ikke kan omstødes efter KL § 70 a.

6. Sammenfatning af hvornår en disposition er ordinær

I KL § 67 er ordinærvurderingen knyttet til skyldnerens foretagelse af en eller flere betalinger, mens det i KL § 70 a skal vurderes, om en forøgelse af pantet er ordinær.¹⁷⁵ Ordinærkriteriet skal dog forstås på samme måde, hvorfor det er afgørende om dispositionen skyldes den økonomiske situation eller forretningens gang. Hvis det er en forretningsmæssigt disposition, som ikke er motiveret af den økonomiske situation, men

¹⁷¹ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 470

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 179

¹⁷⁴ BET nr. 1459 af 2005, s. 341

¹⁷⁵ Lars Lindenchrone Petersen mf., Konkursloven med kommentarer, 14. Udgave, s. 621

er et almindeligt led i driften, skal dispositionen anses som ordinær og dermed uomstødelig.

7. Utilbørighedskriteriet i KL § 74

På samme måde som man har ønsket at begrænse de objektive omstødelsesregler ved brug af ordinærkriteriet, har man også ønsket at begrænse den subjektive omstødelsesadgang.¹⁷⁶ Dette er sket i KL § 74 ved, at begrænse omstødelsen til utilbørlige dispositioner. Tidligere er det beskrevet hvad KL § 74 omfatter. Uanset den sproglige formulering er utilbørighed den fælles betingelse for alle de omstødelsestilfælde KL § 74 hjemler.

7.1 Teori

Retslitteraturen beskriver utilbørighedskriteriet som en retlig standard.¹⁷⁷ Før var begrænsningen i den dagældende konkurslovs generalklausul, udformet som en henvisning til straffelovens bestemmelser om kreditorbegunstigelser.¹⁷⁸ Sammenkædningen med straffeloven blev ændret, og derfor er det nu ikke afgørende om dispositionen er strafbar. De strafferetlige regler kan dog yde vejledning om, hvorvidt en disposition er utilbørlig, men den civilretlige vurdering er mere relativ.¹⁷⁹ Ved vurderingen af om en disposition er utilbørlig vil der tages hensyn til:

”(...) hvor kritisk skyldnerens situation er. Står konkursen for døren, indsnævres hans (og tredjemands) handelefrihed stærkt.”¹⁸⁰

Hvis der er en realistisk mulighed for rekonstruktion, er utilbørighedstærsklen højere, end hvis konkurs fremstår som det sandsynlige resultat.¹⁸¹ Det betyder dermed, at hvis man må regne med, at konkursens indtræden er nært forestående, vil en disposition, til skade for øvrige kreditorer, i almindelighed være utilbørlig. At der skal tages hensyn til hvor alvorlig skyldneres økonomiske situation er skyldes, at KL § 74 skal dække hele

¹⁷⁶ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 160

¹⁷⁷ Bo von Eyben mf., Kreditorfølgning – materiel foged- og konkursret, s. 323

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ BET nr. 606 af 1971, s. 163

¹⁸¹ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 147

perioden hvor skyldner var insolvent, og ikke er afgrænset til kun at dække objektivt mistænkelige dispositioner inden for en bestemt tidsfrist ligesom bl.a. §§ 67 og 70 a.¹⁸² Ud over det relative element, altså at tærsklen for utilbørlighed afhænger af skyldners økonomiske vanskeligheder på dispositionstidspunktet, indeholder utilbørlighedsbetingelsen også et absolut element i den forstand, at visse kreditorbegunstigelser uden hensyn til skyldnerens økonomiske situation i dispositionsøjeblikket må anses for tilbørlige.¹⁸³ Selvom skyldners konkurs må anses som umiddelbart forestående, kan KL § 74 næppe anvendes på betaling for vedvarende og nødvendige ydelser fra en medkontrahent, der enten i almindelighed eller særligt ift. skyldneren reelt indtager en form for monopolstilling, og som i tilfælde af misligholdelse har beføjelser, der i høj grad er skadelige for skyldner og dennes øvrige kreditorer.¹⁸⁴ Eksempler på dette er betalinger af telefon, vand og elektricitet.¹⁸⁵ Grunden til at sådanne må anses for tilbørlige er, at hvis de var omstødelige, måtte medkontrahenten, for at undgå senere omstødelse, afslå skyldners tilbud om betaling. Dette ville være skadeligt, set fra kreditorernes side, og lægge hindringer i vejen for skyldners muligheder for at holde virksomheden i drift, da medkontrahenten formentlig vil stoppe sine leveringer.¹⁸⁶ Hvis medkontrahenten derimod har anvendt sin monopolstilling som pressionsmiddel, til f.eks. at kræve tidligere restancer betalt, er dispositionen utilbørlig.¹⁸⁷ Modsat tidligere, vil en betaling til en medkontrahent, som skyldner ikke længere har brug for yderligere leverancer fra, formentlig være utilbørlig.

Hvis dispositionen kunne være omfattet af de objektive omstødelsesregler, men ikke er omfattet, f.eks. fordi tidsfristen er sprunget, så vil dispositionen sædvanligvis være utilbørlig.¹⁸⁸ F.eks. hvis en betaling, som bortset fra tremåneders fristen uden videre ville kunne omstødes efter KL § 67, kan betalingen ikke være tilbørlig, men må anses som utilbørlig, og dermed omstødelig efter KL § 74, såfremt de subjektive betingelser er

¹⁸² Anders Ørgaard, Konkursret, s. 146

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid.

¹⁸⁶ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 147

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 160

opfyldt. Utilbørlighedsbegrebet er dog ikke begrænset til dispositioner der efter sin art, kunne være omfattet af de objektive omstødelsesbestemmelser.¹⁸⁹

Det utilbørlige ligger i bruddet med konkursens formål.¹⁹⁰ Når kreditor kan indse, at dispositionen vil berøve de øvrige kreditorer en del af deres fyldestgørelse, vil dispositionen i almindelighed være utilbørlig.¹⁹¹ Begrebet utilbørlighed giver et spillerum for domstolene, og det er vanskeligt at opstille faste kriterier for hvor mindstegrænsen for utilbørlighed går.¹⁹² Betænkningen nr. 606 opstiller dog en vis negativ afgrænsning for hvornår en disposition ikke er utilbørlig.

*”Dispositioner, der på handlingstidspunktet tegner sig som rimeligt begrundet i skyldnerens og hans kreditorers fælles interesser, vil ikke kunne omstødes, selv om de senere viser sig at medføre unødvendige tab.”*¹⁹³

Ud fra dette må det udledes, at forretningsmæssige dispositioner som udgangspunkt ikke er utilbørlige, og derfor ikke kan omstødes. Det gælder selvom det senere viser sig, at være en dårlig forretning for skylder. Det er den bevidste forrykkelse eller forringelse der er utilbørlig.¹⁹⁴

7.2 Domsanalyse

Som det allerede er fastslået, kræver omstødelse efter KL § 74, at dispositionen er utilbørlig. Som ovenfor beskrevet angiver retslitteraturen, at det er den bevidste disposition i strid med konkursrettens lighedsprincip som er utilbørlig. Hvis dispositionen er et resultat af forretningens drift, vil den være tilbørlig. Det vil i dette afsnit blive undersøgt hvad domstolene tillægger vægt, i vurderingen af utilbørlighedskriteriet.

¹⁸⁹ Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 492

¹⁹⁰ Lars Lindenchrone Petersen, Konkursloven med kommentarer, s. 643

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 493

¹⁹³ BET nr. 606 af 1971, s. 163

¹⁹⁴ Kim Sommer Jensen, Konkursretten, s. 160

7.2.1 U.2013.277 V

Denne dom omhandler hvorvidt der skal ske omstødelse af tre betalinger efter KL § 67 og § 74. I dette afsnit vil fokus være på rettens behandling af omstødelse efter KL § 74.

Sagen vedrører tre betalinger fra det tidligere Bertoni A/S (herefter omtalt Bertoni) til System Transport A/S (herefter omtalt System Transport). Konkursboet efter Bertoni anlagde sag mod System Transport med påstand om omstødelse af betalingerne. Sagsøgte System Transport påstod frifindelse.

Bertoni blev taget under konkursbehandling i April 2009. Frem mod konkursens indtræden havde Bertoni haft økonomiske problemer, hvorfor det blev besluttet, at virksomheden skulle sættes til salg helt eller delvist, så der kunne komme kapital ind i virksomheden fra en ekstern investor. Bertoni nåede dog ikke at finde en ekstern investor før den økonomiske situation var så forringet, at selskabet var nødsaget til, at indgive egenbegæring om konkurs. Betalingerne som påstås omstødt skete hhv. 13, 11 og 7 uger før fristdag, på i alt kr. 829.948,47. Den første betaling omfattede 98 fakturaer, den anden betaling omfattede 10 fakturaer og den sidste betaling omfattede 40 fakturerer. Nogle af fakturaerne blev betalt før forfald, nogle fakturaer havde været forfaldne i op til to måneder. System Transport havde presset for, at få betaling før den første betaling skete. Økonomichef for Bertoni forklarede for retten, at han talte med System Transport i anledning af Bertonis gæld, ligesom han tale med alle andre kreditorer der rykkede. Han forklarede, at System Transport var som alle andre leverandører meget ihærdig med, at få sine tilgodehavender indfriet. Han huskede ikke de præcise samtaler, men han var sikker på at han havde sagt det samme til dem som til alle andre: ” *at der blev arbejdet benhårdt på at skaffe kapital til at svare enhver sit.*” Han mente ikke System Transport truede med at tilbageholde varer, men derimod truede med, at de ikke ville køre for Bertoni længere. Det forklarede økonomichefen var:

”et meget stærkt pressionsmiddel, fordi tøjet skulle fra centrallageret og ud i butikkerne, for at virksomheden kunne tjene penge. Man kunne ikke natten over udskifte sagsøgte med et anden firma, men kunne det inden for en længere tidsramme.”

Allerede fra foråret 2008 havde Bertonis økonomi været anstrengt, og det var allerede her, at selskabet begyndte ikke at kunne betale kreditorer til tiden. Men Bertoni blev ved med at betale nogle kreditorer frem til konkursen. Ejer af og direktør for Bertoni forklarede for retten, at selskabet arbejdede på, at få likviditet i virksomheden, enten ved salg eller kapitalindsud. Han forklarede at i januar 2009, hvor likviditeten var meget presset, troede de stadig på at der kunne ske et salg. Direktør for System Transport har forklaret, at han ringede til Bertonis økonomichef vedr. deres gæld til System Transport. Han sagde:

”at varerne stod hos sagsøgte og jo helst skulle ud at køre, hvilket er den almindelige høflige måde at sige på, at de blev holdt tilbage indtil indbetaling var modtaget.”

Derefter modtog de den første betaling på godt kr. 500.000. Der kom siden en betaling på ca. kr. 36.000 som System Transport ikke havde rykket for. Da der efterfølgende igen blev problemer med betalingen, ringede direktøren for System Transport igen til økonomichefen i Bertoni og rykkede for den sidste betaling på ca. kr. 230.000. Direktøren for System Transport forklarede yderligere, at han ikke blev oplyst om at Bertoni var lukningstruet.

7.2.1.1 Argumenter i sagen

Konkursboet efter Bertoni, har til støtte for deres påstand om omstødelse efter § 74 argumenteret, at betalingerne var en utilbørlig begunstigelse af en kreditor på bekostning af de øvrige kreditorer. Det er en utilbørlig begunstigelse, fordi betalingen alene var muliggjort som følge af yderligere kreditgivning fra øvrige kreditorer. Konkursboet argumenterer, at System Transport burde være bekendt med dette, da den økonomiske situation var almindeligt kendt i branchen. Konkursboet henviser desuden til sine argumenter for omstødelse efter § 67, hvor det bl.a. er anført, at betalingerne ikke er ordinære fordi fakturaerne var *”betalt i klumper, uanset at nogle var overforfaldne mens andre blev betalt før forfald(..)”* og at det ud fra Bertonis økonomiske situation og tidligere betalingsmønster ikke fremtræder som ordinært, ligeledes at selskabets generering af likviditet der muliggjorde betaling til System Transport ikke var et led i den normale drift, men derimod etableret via

”ekstraordinære, anormale og kortsigtede dispositioner, (...) som efterfølgende førte til selskabets konkurs”.

System Transport har til støtte for sin påstand om frifindelse argumenteret, at betalingerne ikke er omstødelige efter KL § 74. De argumenterer, at betalinger ikke er en utilbørlig begunstiging af dem på andre kreditorernes bekostning. Til støtte for dette, henviser System Transport også til deres argumentation for, hvorfor der ikke er hjemmel til omstødelse efter KL § 67. Der argumenteres for, at betalingerne er ordinære, fordi de var betinget af Bertonis ønske om, at sikre den fortsatte transport ud til kunderne for derved at sikre sig den deraf følgende omsætning, hvorfor betalingerne ikke var betinget af det økonomiske sammenbrud men ønsket om at holde virksomheden kørende.

7.2.1.2 Byrettens afgørelse

Byretten tager ikke stilling til KL § 74 og hvorvidt dispositionen er utilbørlig, da byretten omstøder efter KL § 67.

7.2.1.3 Landsrettens afgørelse

For landsretten er der sket supplerende sagsfremstilling. Det er blevet oplyst, at Direktøren for Bertoni i oktober 2008 havde sendt brev til leverandørerne, hvori de blev gjort opmærksom på selskabets likviditetsmæssige udfordringer, men at der ikke var krise i selskabet. Der bliver også oplyst for retten, at der i de sidste tre måneder før fristdagen blev trukket godt kr. 21 mio. fra kasserekreditten, mens der var indbetalinger på omkring kr. 18 mio. Bertoni anvendte også andre leverandører til transport, og af kontoudskrift fra kassekredit fremgår det, at der i de sidste 3 måneder før fristdagen også er udbetalt betydelige beløb til disse. Direktøren for Bertoni havde supplerende forklaret, at de bl.a. havde afholdt møde med en hollandsk koncern om køb af selskabet. Det hollandske selskab var meget positivt efter mødet, men trak sig et par dage senere.

Landsretten fremhæver indledningsvist kassekredittens gennemløb og betalinger til andre kreditorer. Herefter fremhæver Landsretten, at Bertonis økonomiske problemer skyldes finanskrisen. Landsretten lægger herefter til grund, at Bertoni blev forsøgt solgt som going concern. For at holde virksomheden i gang, skulle der bl.a. køres vare ud, og

disse transporter blev foretaget af System Transport. De likvider som blev brugt til betaling af System Transport, kom fra et lån som blev bevilget for, at holde Bertoni i gang indtil selskabet var solgt. Lånet skulle bruges til at betale de mest presserende kreditorer. Landsretten anfører først, at omstødelse ikke kan ske efter KL § 67. Herefter fastslår Landsretten, at betalingerne til System Transport ikke har karakter af utilbørlige dispositioner. Ved begrundelse for dette henviser Landsretten til begrundelsen for KL § 67, hvorfor dispositionerne ikke er utilbørlige fordi der skete andre betalinger på samme tidspunkt og fordi det var nødvendigt for Bertoni, at få transporteret varer ud til butikkerne, hvis virksomheden skulle fortsætte og/eller sælges. Da der ikke forelå en utilbørlig begunstiggelse af System Transport, kunne omstødelse ikke ske efter KL § 74.

At Landsretten fremhæver at Bertonis økonomiske problemer skyldtes finanskrisen, synes ikke at have haft indflydelse på selve utilbørlighedsvurderingen, men det lægger grundtonen: at det normale på dette tidspunkt nærmest var likviditetsproblemer.¹⁹⁵ Ud fra Landsrettens begrundelser kan det udledes, at de i vurderingen har set på 1) betalingsmønstre, altså at også andre kreditorer er blevet betalt i perioden, og 2) at betalingerne var nødvendige for at holde Bertoni i drift. Det synes at have været afgørende for retten, at betalingerne skete af nødvendighed for at holde virksomheden kørende, og at dette var nødvendigt at gøre mens man forsøgte at løse de økonomiske problemer, enten ved salg eller kapitalindsud, da salg i så fald skulle ske via going concern. At dette har været afgørende for retten udledes af, at det er dette retten bruger meget tid på at fastlægge i sin begrundelse, og nævner det flere gange. Ud fra dette kan det også udledes, at Landsretten ikke har fundet betalingerne som et udtryk for et ønske om, at betale System Transport på bekostning af andre. Betalingerne var et udtryk for en nødvendighed hvis virksomheden skulle løse deres økonomiske problemer. Betalingerne var derfor ikke et ønske om, at forfordele og dermed bryde med konkursen lighedsprincip, men var blot en del af driften af virksomheden, da transport var nødvendigt for at der kunne komme omsætning. Landsretten har dermed ladet det være afgørende i vurderingen af betalingerne karakter, at det var et led i driften af Bertoni, hvorfor dispositionerne ikke var utilbørlige. Ud fra denne dom kan det udledes, at hvis

¹⁹⁵ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 424

dispositioner er sket som et led i driften af en virksomhed, vil dispositionerne være tilbørlig.

7.2.2 U.2013.429 H

Dommen omhandler hvorvidt der skal ske omstødelse af et virksomhedspant og nedbringelser af en kassekredit efter KL § 74. Under sagen er gyldigheden af overdragelsesaftale mellem parterne vedr. transport af momstilgodehavende også behandlet. Denne del vedr. transport af modtilgodehavende vil ikke blive berørt i denne analyse.

Bridema A/S (herefter omtalt Bridema) gik konkurs i April 2007. Konkursboet efter Bridema anlagde sag mod Nordea Bank Danmark A/S (herefter omtalt Nordea), med påstand om anerkendelse af omstødelse af virksomhedspant, samt omstødelse af nedbringelser af kassekrediten i perioden fra oktober 2006 til konkursens indtræden. Nordea påstod frifindelse.

Spørgsmålet om omstødelse af virksomhedspantet blev udskilt til særskilt behandling. Sagsfremstillingen under denne behandling var, at Bridema primært havde benyttet Nordea som bankforbindelse siden selskabet blev stiftet. Nordea stillede en kassekredit til rådighed for Bridema mod sikkerhed. Formen for sikkerheden ændres gennem årene. Kreditten blev genforhandlet hvert år. Bridemas omsætning var i mange år høj, og det samme var egenkapitalen. Som følge af en generel afmatning i markedet, faldt Bridemas omsætning i de første måneder af 2006, og selskabet drift blev derfor underskudsgivende. Nordea blev orienteret om Bridemas ændrede situation ved møder hhv. d. 13. Juni 2006, d. 26. Juni 2006, d. 15. August 2006 og d. 3. Oktober 2006. Af mødereferat fra mødet i August 2006 fremgår bl.a.:

”Med baggrund i den driftsmæssige udvikling i 1. halvår, har vi, som udgangspunkt krævet et virksomhedspant på mDKK 30,0 for videreførelse af engagement på det ønskede niveau. Vi har dog tilkendegivet, at vi muligvis kan leve med et pant på mDKK 20, såfremt trækingsretten nedskrives til mDKK 20, fra d. 1/10-2006.”

I brev fra September 2006 bekræftede Nordea, at der til sikkerhed for Bridemas kassekredit skulle oprettes et virksomhedspant på kr. 30 mio., som blev fremsendt med anmodning om underskrift. Samtidig meddelte Nordea, at kassekreditens maksimum fremover, ville blive udmålt i forhold til selskabets varebeholdninger og debitorer i måneden forinden. Varebeholdning skulle belånes med 40% og debitorer med 60%. Pantebrevet blev returneret i underskrevet stand slut September 2006 og blev tinglyst start Oktober 2006.

Under delhovedforhandlingen blev der bl.a. afgivet forklaring fra de to ejerne af Bridema. Den ene forklarede, at de fik en kassekredit i Nordea i 2004, og at denne konstant var udnyttet op til maksimum. Ejeren forklarede, at der skete en negativ udvikling i virksomhedens omsætning i slutningen af 2005, som fortsatte ind i 2006. Han forklarede, at der blev afholdt møde med Nordea i juni 2006. De gennemgik Bridemas regnskab for 2005 og drøftede den fremadrettede udvikling. På dette tidspunkt var begge ejeres forventninger til fremtiden positiv, da de regnede med at markedet ville rette sig igen. Ejeren af Bridema forklarede, at folkene fra Nordea var ophidsede og bebrejdede dem, at de ikke havde orienteret Nordea om forholdene på et tidligere tidspunkt. Nordea indkaldte igen til et møde i august 2006, fordi Nordea, ud fra den løbende rapportering om økonomien i Bridema, fortsat var bekymret for den økonomiske situation. Her drøftede de udviklingen fra marts 2006 og frem, og var alle enige om, at det var gået ”katastrofalt dårligt”. Ejeren forklarede yderligere, at en ansat fra Nordea på dette møde betragtede Bridema som en virksomhed i krise. Derfor var det nødvendigt at etablere et virksomhedspant og bankeden ønskede også en tættere og hyppigere økonomisk afrapportering. Ejeren af Bridema forklarede yderligere, at efter der i oktober 2006 blev etableret virksomhedspant, begyndte Nordea at håndhæve bestemmelsen om begrænsningen af kassekreditens maksimum ift. værdien af fordringer og varelager. Dette medførte, at det blev vanskeligt for Bridema, at sikre betaling af forfaldne krav og de måtte tilpasse deres indkøb efter hvornår de kunne betale. Nedsættelserne af kassekrediten medførte en væsentlig begrænsning af likviditeten, og omsætningen faldt yderligere som en konsekvens heraf. Den anden ejer af Bridema forklarede, at han ikke præcis huskede hvornår Nordea bragte spørgsmålet om virksomhedspant op, men det var på et af møderne i juni. Kravet om

virksomhedspant kom i forbindelse med genforhandling af kassekredit-engagementet, som var meget vigtigt for Bridema at fastholde. Den anden ejer af Bridema forklarede at han troede på Bridemas overlevelse, men at det begyndte at gå op for ham, at det ikke kunne blive ved på samme måde, hvorfor han begyndte at overveje kapitalindsud fra tredjemand. Det var først to dage før konkursen, at han helt mistede troen på Bridemas overlevelse. Bankrådgiveren fra Nordea forklarede, at det var aftalt med Bridema, at de kvartårligt skulle rapportere om økonomien til Nordea, hvilket var sædvaneligt og var grundlaget for bankens dialog med kunderne. De rapporter Nordea modtog i 2005 var positive. I 2006 modtog han dog først rapportering i juni måned, selvom han havde rykket. Bridema havde oplyst, at den manglende rapportering skyldtes forkerte faktureringer – de nævnte ikke noget om, at der var opstået økonomiske problemer. Først på mødet d. 13. Juni 2006 blev bankrådgiveren oplyst om den negative udvikling i Bridema. Bankrådgiveren fra Nordea oplyste yderligere, at de to ejere var positive og optimistiske og at de gav udtryk for, at virksomhedens udvikling ville rette sig efter sommerferien. Han forklarede yderligere, at Bridema ikke på dette tidspunkt var en virksomhed i krise. Hvis de havde været det, ville Nordea straks have begrænset de ikke udnyttede kreditfaciliteter og forlangt de sikkerheder der var mulige, hvilket ikke skete. Bankrådgiveren forklarede, at på mødet d. 26. Juni 2006 meddelte Nordea, at de ønskede et virksomhedspant og han fremsendte virksomhedspantebrevet til Bridema først i september. Der var ikke noget hastværk med at få virksomhedspantet etableret, så bankrådgiveren rykkede kun for pantebrevet en gang. Bridemas revisor har for retten forklaret, at Bridema havde et moms lån, hvilket skulle betales tilbage i 2007. Tilbagebetaling ville medføre et stort likviditetstræk. Revisoren vidste ikke hvornår ledelsen i Bridema blev klar over størrelsen på det kommende tilbagebetalingskrav, men de vidste det i hvert fald i begyndelsen af december 2006 da de udarbejdede budget for 2007, og de blev også her klar over, at der ikke ville være likviditet til tilbagebetalingen. Revisoren forklarede yderligere, at han i april 2007 nåede frem til, at Bridema ikke kunne overleve, grundet manglende likviditet. Han gør det klart, at hvis der havde været likviditet til at indfri moms lånet, var det muligt at virksomheden kunne have fortsat.

Under hovedforhandlingen blev der fremlagt supplerende sagsfremstilling. Nordeas vilkår om udmåling af kassekreditens maksimum ift. Bridemas varebeholdning og

debitormasse, førte ikke til regulering i trækingsretten i 2006. I januar 2007 meddelte Nordea, at kreditfaciliteten var reguleret til kr. 23,3 mio., hvilket skyldes at Bridemas revisor havde oplyst, at der skulle hensættes kr. 9,4 mio. til tab på debitorer. Tilsvarende i februar, marts og april 2007 meddelte banken, at kreditfaciliteten var reguleret til hhv. kr. 22 mio., 17 mio. og 16,2 mio. Der var enighed mellem parterne om, at saldoen på kassekrediten d. 4. oktober 2006 var ca. kr. 21,7 mio. og d. 27. april 2007 var ca. kr. 12 mio., hvorfor der var sket en nettonedbringelse af kassekrediten på ca. kr. 9,7 mio. Det er yderligere forklaret for retten, at Bridemas udnyttelse af kassekrediten svingede. Til tider var den næsten ikke udnyttet, til andre var den fuldt udnyttet. Bridema ville nedsætte deres bindinger bl.a. ved, at mindske deres varelager, hvorfor likviditetsbehovet ville blive mindre. Det var bl.a. derfor, at trækket på kassekrediten blev mindre i 2007.

7.2.2.1 Parternes argumenter

Som argumentation for, at virksomhedspantet skulle omstødes, har konkursboet gjort gældende, at der blev stillet sikkerhed for gammel gæld, på et tidspunkt hvor Bridema var insolvent, hvilket Nordea vidste eller burde vide. Banken vidste eller burde vide, at Bridema primo 2007 ville blive mødt med et krav fra tredjemand, på tilbagebetaling af momsån, og det var usandsynligt, at selskabet via eksisterende kreditter ville være i stand til, at indfri dette krav. Bridema var derfor reelt insolvent på det tidspunkt, hvor Nordea stiller krav om yderlige sikkerhed for den eksisterende gæld. Nordea må have indset, at en konkurs var et sandsynligt udfald på den likviditetsmæssige krise. Stiftelsen af virksomhedspantet udgjorde derfor en forrykkende disposition i forhold til de øvrige kreditorer, hvilket skabte en utilbørlig begunstigelse af banken, på de øvrige kreditorers bekostning.

Nordea har til støtte for sin frifindelsespåstand gjort gældende, at virksomhedspantet ikke kan omstødes, fordi Nordea havde optrådt ordinært. Nordea gør gældende, at virksomhedspant ikke var en mulighed, da det oprindelige kassekreditengagement blev etableret. Selskabets eksistens var ikke truet da virksomhedspantet blev stiftet, og allerede derfor, kan pantsætningens ikke være en utilbørlig disposition. Nordea gjorde også gældende, at indførelsen af muligheden for virksomhedspantet skete efter grundige overvejelser, og lovgiver var fuldt opmærksom på, at effekten af virksomhedspant generelt ville være, at der oftest ikke ville blive dividende til usikrede

kreditorer. Nordea anfører derfor, at det er fundamentalt forkert, at anlægge en omstødelsessag med den begrundelse, at fordi pantet overfører alle frie aktiver til sikkerhed for en enkelt kreditor, er stiftelsen af pantet en utilbørlig disposition.

Konkursboet efter Bridema har til støtte for sin påstand om omstødelse af nettonedbringelsen fra tidspunktet for stiftelse af virksomhedspantet til konkurs indtrådte, ca. kr. 9,7 mio., argumenteret at nedbringelserne udgør en betaling af gæld. Henset til at virksomhedspantet kan omstødes, skal de skete nedbringelser ses i lys af, at Nordeas tilgodehavende var usikret. Yderligere argumenterede konkursboet, at det også skal ses i lyset af, at Bridemas eneste mulighed for at skaffe likviditet var gennem træk på kassekreditten. Til støtte for at nedbringelsen skal omstødes, anfører konkursboet, at nedbringelsen har begunstiget Nordea på de øvrige kreditorens bekostning, på et tidspunkt hvor Bridema var insolvent, og at banken kendte til insolvensen og den omstændighed, at selskabet ikke ville kunne betale andre kreditorens krav når de forfaldt. Nedbringelsen var ikke ordinær, fordi den fandt sted i en periode, hvor selskabet var i økonomiske vanskeligheder. Den begunstiggelse som Nordea opnåede ved nedbringelse var utilbørlig, idet banken måtte indse, at banken i takt med indbetalingerne fandt sted, fratog de øvrige kreditorer en adgang til fyldestgørelse.

Nordea har argumenteret, at omstødelse ikke kan ske af nedbringelserne af kassekreditten, da det ikke er udtryk for en omstødelig disposition. Nordea anførte at nedbringelsen var ordinær ift. status og budgetter. Bridema var ikke, i relation til spørgsmålet om nedbringelserne af kassekreditten, insolvent. Banken har gennem hele forløbet været af den opfattelse, at Bridema var likvidt. Nedbringelsen var i øvrigt ikke utilbørlig. Dette argumenterer Nordea ikke nærmere for.

7.2.2.2 Landsrettens kendelse vedr. omstødelse af virksomhedspant

Landsretten lagde til grund, at Nordea på mødet i August 2006 krævede virksomhedspant som yderligere sikkerhed for Bridemas kassekredit på kr. 30 mio., hvilket Bridema accepterede. Virksomhedspantet blev tinglyst d. 5. Oktober 2006, hvilket Landsretten fastlægger er det afgørende tidspunkt for, hvorvidt betingelserne for omstødelse efter KL § 74 er opfyldt. Landsretten bemærker, at der blev etableret virksomhedspant, der beløbsmæssigt svarede til kreditten, og at det samtidig med blev

aftalt, at kredittens maksimum fremover skulle beregnes som en procentdel af varelager og udestående fordringer. Herved, og da Bridema arbejdede på at nedbringe både varelageret og debitormassen, skete der reelt en fremtidig indskrænkning af trækningsretten på kreditten, på et tidspunkt hvor parterne vidste eller burde vide, at der ville komme et krav fra tredjemand, som likviditeten ikke ville kunne dække. Landsretten anførte yderligere, at det var Nordea der krævede virksomhedspant på et tidspunkt, hvor banken var bekendt ved Bridemas økonomiske situation. Bridemas økonomiske situation blev yderligere forværret, fra juni 2006 og frem til tinglysning af virksomhedspantet, og Nordea fulgte i denne periode Bridema tæt, både ved møder og rapporter. Da virksomhedspantet blev etableret, blev der ikke stillet ny kredit til rådighed, tværtimod skete der fremtidig indskrænkning af den eksisterende kredit, som ville vanskeliggøre selskabets drift, på et tidspunkt hvor selskabet var insolvent. Derfor anførte Landsretten, at etablering af virksomhedspantet ikke var en ordinær disposition, men alene betinget af den negative udvikling i Bridemas økonomi. Etableringen af virksomhedspantet var derfor en utilbørlig disposition, som utilbørligt begunstigede Nordea på de øvrige kreditørers bekostning. Nordea kendte eller burde kende til de omstændigheder der gjorde dispositionen utilbørlig. Landsretten finder derfor at Nordea skal anerkende, at etableringen af virksomhedspantet kan omstødes.

Ud fra Landsrettens begrundelse i kendelsen, kan det udledes, at retten i vurderingen af om etableringen af virksomhedspantet er en utilbørlig disposition, har lagt vægt på 1) den økonomiske situation Bridema var i, 2) at Nordea kendte til den økonomiske situation, fordi de kontinuerligt holdt møder og modtog rapportering, hvor den økonomiske situation blev fremlagt og 3) etableringen af virksomhedspantet ikke er ordinær, fordi den er betinget af den økonomiske situation i Bridema. De to første punkter vedr. Bridemas økonomi og Nordeas kendskab til dette synes, at være afgørende for det tredje punkt, da det er grundet den økonomiske situation og Nordeas kendskab til dette, at retten fandt at etableringen af virksomhedspantet ikke er ordinært. Det var den vanskelige økonomiske situation som gjorde, at Nordea tog initiation til virksomhedspant, for derved at sikre den kredit de stillede til rådighed for Bridema. Det er derfor det tredje punkt vedr. ordinær, som synes at have været helt afgørende for Landsretten i deres vurderingen af, om dispositionen var utilbørlig. Ud fra Landsrettens begrundelse, kan det udledes, at landsretten først har vurderet om dispositionen er

ordinær. Ved denne vurdering har retten set på, om det er den økonomiske situation som har betinget dispositionen, ligesom ordinærkriteriet er i KL § 67 og 70 a, jf. tidligere afsnit. Efter at landsretten har vurderet, at dispositionen ikke er ordinær, konkluderer de, at dispositionen er utilbørlig. Landsretten sætter derfor lighedstegn mellem ekstraordinær og utilbørlig, og lader det dermed være afgørende om det er den økonomiske situation som betingede disposition. Ud fra kendelsen kan det dermed udledes, at hvis dispositionen er betinget af den økonomiske situation, vil dispositionen være utilbørlig på samme måde som den ikke vil være ordinær.

7.2.2.3 Landsrettens afgørelse

Landsretten starter med at fastlægge at virksomhedspantet af omstødeligt, jf. kendelsen omtalt ovenfor. Hvad angår nedbringelserne lægger Landsretten til grund, at de fandt sted fra et tidspunkt hvor den økonomiske situation i Bridema var forringet, samt at det grundet omsætningsnedgangen måtte stå Nordea klart, at kravet fra tredjemand ville komme og at den aftalte udmåling af kredittens maksimum ift. varebeholdning og debitor masse ville indebære en væsentlig reduktion af Bridemas kreditfacilitet. Derfor fastslår Landsretten, at nedbringelserne ikke var ordinære dispositioner, hvilket indebærer en utilbørlig begunstiggelse af Nordea på de øvrige kreditørers bekostning. Nordea vidste eller brude vide dette. Nedbringelser i perioden fra virksomhedspantets etablering til konkursen kan derfor omstødes, jf. KL § 74.

Landsretten giver ikke en uddybende begrundelse for hvorfor dispositionen er utilbørlig, hvorfor dette må fortolkes. Retten anfører også her, at dispositionen ikke er ordinær og indebærer en utilbørlig begunstiggelse. Igen kan det fortolkes at retten foretager en vurdering af om dispositionen er ordinær for, at fastslå om den er utilbørlig eller ej. Begrundelsen for, at nedbringelsen ikke er ordinær synes, at være Bridemas forringede økonomiske situation. Selskabet havde realiseret et større underskud, omsætningen var faldet og egenkapitalen reduceret, og at det måtte stå banken klart at den aftalte udmåling af kredittens maksimum ville væsentlig reducere Bridemas kreditfacilitet, hvorfor de ikke ville kunne betale andre kreditorer. Det tyder dermed på, at Nordea havde skabt mulighederne for nedbringelse af kassekreditten, for at sikre at deres krav mod Bridema ikke blev for stort ift. den evt. sikkerhed de kunne have i varelager og debitor masse. De sikrede sig pga. den forringede økonomiske situation hos Bridema,

som Nordea kendte til grundet møder med og afrapportering fra Bridema. Det er grundet den økonomiske situation hos Bridema, at Nordea fastsatte måden at beregne kredittens maksimum på for, at reducere deres kreditrisiko. Det er altså den økonomiske situation som har betinget nedbringelserne, hvilket betyder de ikke er ordinære. Det kan derfor igen udledes, at der er lighed mellem ekstraordinære dispositioner og utilbørighed, hvorfor det vil være en utilbørlig disposition, såfremt dispositionen er betinget af den økonomiske situation.

7.2.2.4 Højesterets afgørelse

Af de grunde, der er anført af Landsretten tiltræder Højesteret, at stiftelse af virksomhedspantet og nettonedbringelsen af kassekreditten skete på tidspunkter hvor Bridema var insolvent, at Nordea var eller burde være bekendt hermed og at der var tale om utilbørlige dispositioner, hvorfor omstødelse efter KL § 74 fastholdes.

Da højesteret blot henviser til Landsrettens begrundelse, giver de ikke egen begrundelse for hvordan utilbørighed skal vurderes. Det må derfor udledes, at Højesteret er enig med Landsretten i, at der er lighed mellem ekstraordinær og utilbørlig, hvorfor en disposition er utilbørlig hvis den er betinget af den økonomiske situation. Begrundelsen med, at et virksomhedspant og betaling er utilbørlig fordi de ikke er ordinære, gives også i U.2017.2838 H. Her er det især Landrettens begrundelse der klart angiver, at dispositionen ikke er ordinær, hvorfor den er utilbørlig.

7.3 Sammenfatning

Retslitteraturen fastslår, at tærsklen for utilbørighed ikke er fast, og at der ikke kan opsættes faste holdepunkter, at foretage en vurdering ud fra. Det er de konkrete omstændigheder som der skal foretages en vurdering ud fra, og tærsklen for hvornår en disposition vil være utilbørlig, vil afhænge af den økonomiske situation hos skylder. Hvis skylder er på randen af konkurs, skal der derfor mindre til, for at en disposition er utilbørlig.

Ud fra både litteraturen og retspraksis, især U.2013.277 V, kan det udledes, at hvis dispositionen er sket grundet virksomhedens videre drift, vil dispositionen være tilbørlig. Derfor vil dispositioner som er forretningsmæssigt motiveret, og ikke betinget

af den økonomiske situation, ikke være utilbørlige og dermed heller ikke omstødelige. Hvis dispositionen derimod er motiveret af skyldners økonomiske situation, og er et bevidst forsøg på at stille en kreditor bedre end de andre, så vil dispositionen være utilbørlig. Dette ses i U.2013.429 H, hvor det klart kan udledes, at når en disposition er betinget af skyldners økonomiske situation, så er den utilbørlig og dermed omstødelig. Ud fra U.2013.429 H udledes det også, at domstolen er tilbøjelig til at sætte lighedstegn mellem ekstraordinær og utilbørlig, hvilket understøtter, at det er motivationen for dispositionen som er afgørende – hvis det er den økonomiske situation som er motivationen, så vil det være utilbørligt.

8. Sammenhold af ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet

I de tidligere afsnit er det undersøgt hvad som er afgørende for hhv. ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet. I dette afsnit vil afgrænsning mellem ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70a og utilbørlighedskriteriet i KL § 74 blive belyst.

8.1 Overlap mellem ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet

Ud fra tidligere analyse af ordinærkriteriet, er det blevet fastslået, at det afgørende for om dispositionen er ordinær er, at dispositionen er forretningsmæssigt betinget. Såfremt det ikke er forretningsmæssigt betinget, men betinget af den økonomiske situation hos skyldner, vil dispositionen være ekstraordinær. Ud fra analysen af utilbørlighedskriteriet kan det ses, at det afgørende også her er, om dispositionen er forretningsmæssigt betinget. Hvis dispositionen er forretningsmæssigt betinget, er den tilbørlig. Hvis dispositionen derimod er motiveret af den økonomiske situation, vil den være utilbørlig. Der er dermed sammenfald mellem hvad som er afgørende for vurderingen af ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet. Hvis det er forretningsmæssigt betinget er dispositionen hhv. ordinær og tilbørlig, hvorfor dispositionen ikke vil være omstødelig efter hverken KL §§ 67, 70 a eller 74. Hvis det i stedet er den økonomiske situation hos skyldner som er motivation for dispositionen, vil dispositionen være hhv. ekstraordinær og utilbørlig, og dermed omstødelig. Dette overlap ses også tydeligt i den analyserede dom U.2013.429 H, hvor retten i sin begrundelse anfører, at dispositionen ikke er ordinær, da den er betinget af den økonomiske situation, hvorfor den er utilbørlig. Der

er derfor et sammenfald mellem hvilke kriterier som er afgørende for om en disposition er ordinær eller utilbørlig, og derfor er der sammenfald mellem ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet i den forstand, at hvis en disposition er ekstraordinær efter KL §§ 67 eller 70 a vil den også være utilbørlig efter KL § 74.

8.2 Kan en disposition være ordinær men samtidig utilbørlig

Ud fra analyserne kan fastslås, at der er en vis lighed og overlap i ordinærkriteriet og utilbørlighedskriteriet. Det er blevet fastlagt, at der er lighed mellem ekstraordinær og utilbørlig. Ud fra analyserne kan det dog ikke klart udledes, at der også er lighed mellem ordinær og tilbørlig. Det fremgår at hensynene som inddrages i vurderingerne er ens, da det afgørende vil være om dispositionen er betinget af den økonomiske situation, men der er ikke retspraksis som viser, at kriterierne er sammenfaldne på samme måde som ekstraordinær og utilbørlig. Det rejser spørgsmålet, hvorvidt en disposition kan være ordinær og derfor uomstødelig efter KL §§ 67 eller 70 a og samtidig være utilbørlig og dermed omstødelig efter KL § 74.

En betaling af gæld kan være utilbørlig, selv om betalingen ikke efter sin art omfattes af KL § 67. En betaling kan derfor, efter omstændighederne, være utilbørlig og omstødelig efter KL § 74, selvom dispositionen var ordinær og derfor ikke omstødelig efter KL § 67.¹⁹⁶ En betaling kan derfor godt være utilbørlig, selvom den f.eks. var udtryk for en ordinær forringelse af skyldneres betalingsevne.¹⁹⁷ Dette er tilfældet i U.1999.34 H, hvor Danplast havde en mellemregningskonto med Norlip, som havde karakter af et kassekreditlignende forhold. Ved fremlæggelse af denne mellemregningskonto viste det, at saldoen var gået fra at være i Norlips favør med ca. kr. 2,2 mio., til på fristdagen at være i Danplast's favør med ca. kr. 200.000. Højesteret anfører, at fyldestgørelsen af Norlips tilgodehavender fremtrådte som ordinær, hvorfor omstødelse ikke kunne ske efter KL § 67. Højesteret finder dog, at der var sket en utilbørlig begunstiggelse af Norlip, og da de resterende betingelser var opfyldt, blev dispositionen omstødt efter KL § 74. I denne dom blev en betaling altså anset for utilbørlig, uanset at betalingen var ordinær. I dommen U.1992.852 H blev betalinger ligeledes ikke omstødt efter KL § 67, men i stedet anset som utilbørlige og derfor omstødt efter KL § 74.

¹⁹⁶ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, U.2005B.162

¹⁹⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Konkurs, s. 490

At en betaling kan være utilbørlig, selvom den er ordinær, er muligt fordi ordinærkriteriet er knyttet konkret til de tre former for betaling som KL § 67 udtrykkeligt nævner; betaling med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller som afgørende har forringet skyldners betalingsevne. Så ift. vurderingen af ordinærkriteriet skal betalingen ikke være ordinær i enhver henseende, men alene konkret ift. til en af disse tre former. F.eks. er det betalingen før forfald som skal være ordinær. Derimod er utilbørlighedskriteriet mere generelt, hvorfor dette vurderes generelt ud fra alle relevante henseender og ikke er begrænset til konkrete forhold. Begrundelsen for, at en betaling kan være ordinær, men samtidig utilbørlig må derfor være, at selvom det er en helhedsvurdering er ordinærkriteriet konkret ift. KL § 67 tre afgrænsede former for betaling, hvorimod utilbørlighedsvurderingen er generel ud fra alle relevante henseender.

Ved KL § 70 a er det forøgelsen som kan være ordinær. Der findes desværre ikke retspraksis som har behandlet § 70 a, og der er derfor heller ikke retspraksis som kan vise om en forøgelse kan være ordinær men samtidig utilbørlig. Det er dog fastlagt i litteraturen, at en ordinær forøgelse af virksomhedspant næppe kan anses som utilbørlig.¹⁹⁸ Ved virksomhedspant er det derfor ikke muligt, at en disposition kan være ordinær og samtidig utilbørlig. Dette skyldes formentlig, at ordinærkriteriet i KL § 70 a ikke er gjort konkret, fordi bestemmelsen ikke er afgrænset til særlige former for forøgelser, ligesom KL § 67 er afgrænset til 3 typer af betalinger. Derfor er ordinærkriteriet i KL § 70 a mere generelt end ordinærkriteriet i KL § 67. At ordinærkriteriet er generelt i KL § 70 a betyder dermed også, at det vil være sammenfaldne med utilbørlighedskriteriet i KL § 74, som også er generel.

8.3 Betydning for bestemmelsernes anvendelsesområde

Det er nu blevet slået fast, at der er sammenfald mellem vurderingen og mellem begreberne ekstraordinær og utilbørlig. Dette sammenfald understøtter, at den subjektive omstødelsesbestemmelse i KL § 74 er et supplement til de objektive omstødelsesbestemmelser i hhv. KL §§ 67 og 70 a. Det skyldes som tidligere angivet, at

¹⁹⁸ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen mf., Virksomhedspant, s. 198

KL § 74 er en opsamlingsbestemmelse, med det formål, at hjemle omstødelse af disposition som ikke omfattes af de objektive bestemmelser, men som stadig er i strid med det konkursretlige lighedsprincip. Der må derfor være en vis lighed for, at KL § 74 kan gribe dispositioner som f.eks. pga. den tidsmæssige begrænsning ikke er omfattet af KL § 67 eller 70 a. At KL § 74 er et supplement står klart i U.2013.277 V og de analyserede domme vedr. omstødelse af betaling. Her er både KL § 67 og 74 påberåbt. I U.2013.277 V omstøder Byretten efter KL § 67, da de finder det er betalingerne som afgørende har forringet skyldners betalingsevne, samt at betalingerne ikke er ordinære, fordi der blev betalt mange fakturaer ad gangen, hvoraf nogle var overforfaldne, mens nogle andre var betalt før forfald. Da Byretten omstøder efter KL § 67, behandles KL § 74 ikke. Ud fra dommen er det tydeligt, at dispositionen både er omfattet af anvendelsesområdet for KL §§ 67 og 74, men at KL § 74 kun er et supplement til KL § 67. Hvis retten finder, at omstødelse kan ske efter den objektive KL § 67 bliver KL § 74 ikke behandlet, hvilket beviser, at § 74 er et supplement som kun behandles når omstødelse ikke kan ske efter en objektiv omstødelhedsbestemmelse. Modsat er tilfældet i Landsrettens begrundelse, hvor Landsretten først afviser omstødelse efter KL § 67, og derefter behandler omstødelse efter KL § 74. At Landsretten først har behandlet KL § 67, og kun behandler KL § 74 efter afvisning af KL § 67, understøtter igen, at KL § 74 træder tilbage for den objektive bestemmelse og behandles kun i sådanne sager, når omstødelse ikke kan ske efter den objektive KL § 67.

Det faktum at der ikke altid kan sættes lighedstegn mellem begreberne ordinær og tilbørlig, har også betydning for bestemmelseernes anvendelsesområde. Som ovenfor angivet kan en betaling sagtens være utilbørlig uanset, at betalingen måtte anses for ordinær. Dette viser igen, at KL § 74 favner bredere end den objektive KL § 67 med det formål, at finde anvendelse på dispositioner som falder uden for KL § 67.

At en forøgelse af virksomhedspant ikke kan være ordinær og samtidig utilbørlig betyder, at hvis en disposition ikke kan omstødes efter KL § 70 a fordi forøgelsen er ordinær, vil KL § 74 ikke kunne fungere som supplement, som den gør ved KL § 67, da dispositionen heller ikke vil medføre en utilbørlig begunstigelse. Dette resulterer i, at ordinære panteforøgelser alene kan omstødes efter KL § 70 a, 2. pkt., hvilket som

tidligere beskrevet forudsætter, at forøgelsen er sket efter en ekstraordinær forøgelse af pantet.

Bestemmelsernes anvendelsesområde må derfor kunne opsummeres således, at hvis en betaling er ekstraordinær og sker med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller har forringet skyldner betalingssevne, vil dispositionen være omfattet af KL § 67. KL § 74 vil som udgangspunkt i sådanne tilfælde ikke blive behandlet, da omstødelse vil ske efter den objektive bestemmelse. Hvis dispositionen alligevel ikke er omfattet af KL § 67, måske fordi betalingen ikke er sket inden for tidsfristen, vil generalklausulen i KL § 74 supplere, da denne også vil omfatte betalingen, da betalingen er ekstraordinær og derfor også utilbørlig. Hvis betalingen ikke er omfattet af KL § 67 fordi betalingen er ordinær, kan betalingen stadig være omfattet af KL § 74, da dispositionen stadig kan være utilbørlig, hvorfor denne bestemmelse må undersøges efter KL § 67 er blevet afvist. Hvis en forøgelse af et virksomhedspant ikke er ordinær, vil dette kunne omstødes efter KL § 70 a, men dispositionen vil også kunne være omfattet af KL § 74. KL § 74 bør som ovenfor træde tilbage for den objektive KL § 70 a, men der findes desværre ikke retspraksis som kan understøtte dette, da KL § 70 a ikke er blevet anvendt i trykt retspraksis endnu. Hvis forøgelsen af pantet derimod er ordinær, vil det som udgangspunkt ikke være omfattet af KL § 70 a, men KL § 74 vil heller ikke omfatte dispositionen, da den sandsynligvis ikke vil være utilbørlig.

9. Vurdering af hvorfor KL § 74 anvendes frem for KL §§ 67 og 70 a

Som det er fastslået ovenfor, er KL § 74 en generalklausul som skal supplere de objektive omstødelsesbestemmelser i bl.a. KL § 67 og 70 a. Ud fra de analyserede domme står det klart, at KL § 74 er supplement til KL § 67, og behandles ikke hvis omstødelse kan ske efter den objektive bestemmelse. Der er dog tilfælde, hvor der sker omstødelse efter KL § 74 frem for omstødelse efter den objektive bestemmelse i § 67. I U.1991.646/2 H, som omhandler nedbringelse af en kassekredit, fandt Landsretten det betænkeligt at omstøde efter KL § 67 og omstødte i stedet efter KL § 74, mens Højesteret omstødte efter KL § 67. I denne dom undlod Landsretten at omstøde efter

den objektive § 67, fordi de grundet tidligere bevægelser på kassekreditten, fandt det betænkeligt, at anse betingelserne for omstødelse efter KL § 67 for at være opfyldt. Landsretten var usikker på om indbetalingerne kunne anses som sket før normal betalingstid eller som likviditetsforringende, samt om de var ekstraordinære, hvorfor de valgte at omstøde efter KL § 74 i stedet. Ud fra denne afgørelse kan det udledes at retten vil omstøde efter KL § 74, hvis der er tvivl om hvorvidt betingelserne for omstødelse efter KL § 67 er opfyldt. Der er også tilfælde, hvor kun KL § 74 påberåbes af konkursboet, hvilket ofte skyldes, at de også ønsker at omstøde betalinger som er sket uden for tidsbegrænsningen på 3 måneder i KL § 67.

At KL § 70 a ikke anvendes, hvorfor der ikke findes praksis hvor der er sket omstødelse af forøgelser af et virksomhedspant efter KL § 70 a, men at konkursboer i stedet påberåber omstødelse af etableringen af virksomhedspantet efter KL § 74, må findes i at det kan være utrolige komplekse og svært gennemskuelige dispositioner, som lægger bag en forøgelse af et virksomhedspant. Der foretages ofte flere dispositioner i tiden op til konkurs, hvor der både købes og udskilles aktiver, og der er derfor ofte flere transaktioner bag en forøgelse af et virksomhedspant. Da der er flere transaktioner er det svært, at gennemskue og fastslå hvilke konkrete transaktioner som har medført forøgelsen af virksomhedspantet, hvilket også gør det svært, at vurdere hvorvidt forøgelsen så er ordinær eller ej. Det kan derfor være til ugunst for de øvrige kreditorer, at foretage sådanne undersøgelser, da det grundet kompleksiteten vil være tidskrævende for kurator at udrede og dennes honorar, som er bedre stillet end kreditorerne, kan dermed blive større grundet undersøgelser, som måske i sidste ende ikke medfører flere aktiver til bomassen. Hvis der skulle være en situation hvor transaktionerne bag forøgelsen er let at klarlægge og omstødelse kunne ske efter KL § 70 a, vil det stadig kun være forøgelsen af virksomhedspantet som bliver omstødt. Det vil igen ikke nødvendigvis være i de øvrige kreditorers interesse, da virksomhedspantet stadig vil bestå og formentlig omfatte store dele af konkursboets værdier. Derfor vil omstødelse af blot forøgelsen af pantet ikke have nogen effekt for de øvrige kreditorer. Derfor vil mange formentlig i stedet forsøge, at få selve sikkerhedsstillelsen omstødt, da dette oftest vil gavne det øvrige kreditorer mere. Omstødelse af selve sikkerhedsstillelsen som er tinglyst tidligere end 3 måneder før fristdagen, kan ske efter KL § 74, såfremt

virksomhedspantet er utilbørligt stiftet. Såfremt situationen er, at virksomhedspantet er stiftet senere end 3 måneder før frisdagen, vil KL § 70 a heller ikke være aktuel. Dette skyldes, at sikkerhedsstillelsen da vil blive omstødt efter KL § 70, såfremt det er pant for gammel gæld eller sikringsakten ikke er foretaget uden unødigt ophold. KL §§ 70 og 70 a udelukker gensidigt hinanden, som tidligere beskrevet. Såfremt det ikke er pant for gammel gæld eller at sikringsakten er foretages uden unødigt ophold, vil sikkerhedsstillelsen så kunne omstødes efter KL § 74, hvis de subjektive betingelser er opfyldt.

Begrundelsen for at opnå omstødelse efter KL § 74 frem for KL § 67 eller KL § 70 a skal nok også findes i retsvirkningerne. Som tidligere beskrevet, er retsvirkningen af omstødelse efter KL §§ 67 eller 70 a, at den begunstigede kreditor skal fralægge sig berigelse, jf. KL § 75, mens der skal ydes erstatning efter de almindelige regler hvis omstødelse sker efter KL § 74, jf. KL § 76. Erstatningsreglen kan være mere favorabel for boet end berigelsesreglen, hvorfor et konkursbo kan foretrække, at få gennemført omstødelse efter den subjektive regel i KL § 74 frem for de objektive regler i KL § 67 og 70 a.¹⁹⁹ Dette vil især være tilfældet hvis kreditors berigelse er ringe, hvorfor en erstatning ud fra boets tab vil give et større afkast til konkursboet, og dermed være mere favorabelt for de øvrige kreditorer. Det forudsætter dermed som udgangspunkt, at boets tab er væsentlig større end kreditors opnåede berigelse, for at omstødelse efter KL § 74 er mere favorabelt. Det kan tænkes en situation, hvor der er sket betaling 1 måned før frisdagen med et aktiv, som er et usædvanligt betalingsmiddel. Aktivet anvendt som betalingsmiddel er gået til grunde, hvorfor kreditor som har modtaget betaling, ikke har vundet nogen berigelse. I denne situation vil det derfor være mere favorabelt for boet, at opnå omstødelse efter KL § 74. Boet vil så i stedet modtage erstatning efter de almindelige erstatningsretlige regler, hvorfor erstatningen vil blive udmålt ud fra boets tab, som her klart vil overstige berigelsen, da denne er gået til grunde sammen med aktivet. Der kan derfor være en økonomisk motivation bag brugen af den subjektive KL § 74, frem for de objektive KL §§ 67 og 70 a.

¹⁹⁹ Anders Ørgaard, Konkursret, s. 96

10. Vurdering af om omstødelsesbestemmelserne bør ændres

Det er nu blevet fastslagt, at der er en vis overensstemmelse mellem ordinærkriteriet og utilbørighedskriteriet, hvorfor anvendelsesområderne for bestemmelserne kan overlappe. Ordinærkriteriet i KL § 70 a er overensstemmende med utilbørighedskriteriet i KL § 74, da det ikke er muligt, at have en ordinær forøgelse af et virksomhedspant som samtidig er utilbørlig. Ordinærkriteriet i KL § 67 er dog ikke helt sammenfalden med utilbørighedskriteriet, da en betaling kan være ordinær samtidig med at den er utilbørlig, hvilket skyldes, at ordinærkriteriet er konkret hængt op på de tre former for betaling som KL § 67 omfatter, mens utilbørighedskriteriet er generelt. Der tegner sig et klart billede af, at KL § 74 skal supplere og kun anvendes, hvis de objektive bestemmelser ikke kan finde anvendelse. Men der kan til tider være grunde som gør, at omstødelse efter KL § 74 sker i stedet for KL § 67 og 70 a. Det er også klart at KL § 70 a slet ikke anvendes. Det rejser derfor nogle spørgsmål om, hvorvidt bestemmelserne er tilstrækkelige som de er eller om de skal ændres.

Formålet med KL § 74 er, at være generelklausul som griber de dispositioner som er i strid med lighedsprincippet, men som af forskellige årsager ikke er omfattet af de objektive omstødelsesbestemmelser. Det synes derfor ikke aktuelt, at ændre KL § 74, da den er nødvendig at have for, at den kan gribe dispositioner som falder uden for de objektive omstødelsesbestemmelseres anvendelsesområder. Samtidig fungerer bestemmelsen i praksis også således, at den griber disse dispositioner, hvorfor bestemmelsen opfylder sit formål. Derfor bør den på nuværende tidspunkt ikke ændres.

KL § 67 har en klar formulering, og der findes mange afgørelser hvor denne bestemmelse anvendes, hvorfor KL § 67 synes at fungere i praksis. At det er muligt at en disposition kan være ordinær efter KL § 67, og samtidig utilbørlig efter KL § 74, er dog kompliceret og kan vanskeliggøre brugen af bestemmelserne, da der er nogle sammenfald mellem de to begreber ordinær og utilbørlig, men samtidig er der også en forskel fordi ordinær er konkret mens utilbørlig er generelt. Det kan derfor overvejes, om der skal ske en ensretning mellem KL §§ 67 og 74. Som ovenfor beskrevet er det ikke aktuelt at ændre KL § 74, særlig ikke henset til at KL § 74 skal kunne supplere

flere bestemmelser end blot KL § 67. Man kunne overveje, at ændre ordinærkriteriet i KL § 67 til, at omstødelse kan ske af utilbørlige betalinger, såfremt betalingen er sket med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller afgørende har forringet skyldners betalingsevne. På den måde vil samme begreb blive anvendt, og det vil gøre det klart at der er et sammenfald. På den anden side kan det også være misvisende da utilbørlighed i KL § 67 stadig vil være konkret ift. de tre former for betaling, mens utilbørlighed i KL § 74 fortsat er generelt. Denne ændring vil derfor ikke bidrage til en ensretning og vil formentlig blot gøre forståelse af bestemmelserne og disses sammenspil endnu mere komplicerede. Begreberne vil efter denne ændring sprogligt være det samme, men forståelsen er ikke ens, hvorfor en betaling herefter kan være tilbørlig efter KL § 67 men samtidig utilbørlig efter KL § 74, hvilket slet ikke synes at gøre retstilstanden lettere at forstå og anvende. For at ensretning kan ske, kan man derfor overveje at ændre KL § 67 således, at denne skulle omfatte enhver betaling, der ikke fremtrådte som ordinær.²⁰⁰ Herefter vil KL § 67 omfatte enhver ekstraordinær betaling, uanset om den er sket med sædvanligt betalingsmiddel, til normal betalingstid og uden afgørende at have forringet skyldners betalingsevne. Denne ændring vil indebære, at ordinærkriteriet i KL § 67 vil blive generelt i stedet for, at være konkret da det ved denne ændring ikke længere er afhængigt af, at skulle være ordinært ift. betalingsmiddel, betalingstid og likviditetsforringelse. Ved at få gjort ordinærkriteriet generelt, vil det blive sammenfaldende med utilbørlighedskriteriet, og herefter er det derfor heller ikke muligt, at en betaling vil kunne være ordinær og samtidig utilbørlig, hvorfor denne komplicerede retstilstand vil blive afskaffet. Ændringen vil dog også betyde, at KL § 67 ikke vil være afgrænset til de tre former for betaling; med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid og afgørende forringelse af skyldners betalingsevne. Dette kan være mere vidtgående end man ønsker med KL § 67, da den herefter vil omfatte alle betalinger sket senere end 3 måneder før fristdagen, såfremt disse ikke er ordinær. Det synes dog vanskelig, at argumentere for at denne skærpelse af KL § 67 er for vidtgående, da den praktiske betydning formentlig er forholdsvis begrænset, idet en utilbørlig betaling allerede efter den nuværende retsstilling kan omstødes efter KL § 74, forudsat at de subjektive betingelser er

²⁰⁰ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, U.2005B.162

opfyldt.²⁰¹ En kombination af de to forslåede ændringer således, at KL § 67 vil omstøde utilbørlige betalinger foretaget senere end 3 måneder før fristdagen synes, at være den bedste løsning. KL § 67 og 74 vil herefter anvende samme begreb.

Som tidligere forklaret, er der ikke praksis hvor KL § 70 a anvendes. Man kan derfor overvejes om bestemmelsen helt skal bortskaffes. Da virksomhedspant ofte er meget omfattende og griber store dele af en virksomheds aktiver, synes det ønskeligt, at have en bestemmelse som via omstødelse kan begrænse virksomhedspantets omfang i en konkurssituation, såfremt det ikke er muligt at omstøde selve sikkerhedsstillelsen. At nuværende bestemmelse ikke anvendes, gør det klart, at bestemmelsen er for kompliceret, hvilket især skyldes, at det i praksis er svært at gennemskue hvad der lægger bag forøgelsen, og dermed også svært at vurdere om forøgelsen er ordinær. Den manglende anvendelse af KL § 70 a skyldes dels kompleksiteten, men formentlig også det faktum at virksomhedspantet efterfølgende forsat består. At ændre bestemmelsen så den omstøder hele virksomhedspantet er alt for vidtgående, hvis man sammenholder det med KL § 70, som også omfatter virksomhedspant, men som dog kræver at det skal være pant for gammel gæld eller at sikkerhedsstillelsen ikke er sket uden unødigt ophold. At gøre det muligt, at omstøde selve virksomhedspantet vil gøre bestemmelserne om virksomhedspant i tinglysningsloven ubetydelige, da et virksomhedspant herefter i princippet vil være en tom sikkerhed, fordi kreditor ikke vil have nogen sikkerhed ved skyldners konkurs, hvis virksomhedspantet ved en objektiv bestemmelse blot kunne omstødes. Det man i stedet kunne gøre er, at fjerne ordinærkriteriet fra KL § 70 a, således at bestemmelsen omstøder alle forøgelser af et virksomhedspant, som er sket i perioden op til konkurs. Ændringen vil gøre bestemmelsen meget mere vidtgående, da den herefter vil omstøde alle forøgelser af et virksomhedspant uanset transaktionen bag denne forøgelse og om det er ordinært eller ej. Det vil dog gøre bestemmelsen meget mere anvendelig, da man ikke vil skulle gennemskue transaktionerne bag og skulle vurdere om forøgelsen er ordinær. Det er ligeledes svært, at argumentere for, at denne ændring er for vidtgående, da bestemmelsen allerede på nuværende tidspunkt indeholder sneboldeffekten i 2. pkt. som gør, at forøgelser efter en ekstraordinær forøgelse kan omstødes uanset disses status.

²⁰¹ Ibid.

Ved at foretage denne ændring, og fjerne ordinærkriteriet, vil sneboldeffekten i 2. pkt. være overflødig. Denne vil derfor kunne bortskaffes, og gøre bestemmelsen ordlyd mere let forståelig. Man kunne som modsvar på denne udvidelse af anvendelsesområde give en kortere omstødelsesfrist. For at holde det i overensstemmelse med de resterende omstødelsesbestemmelser, er 3 måneder god at fastholde. Denne frist er bl.a. også anvendt ved sikkerhedsstillelser for gammel gæld eller hvor sikringsakten ikke er foretaget uden unødigt ophold, jf. KL § 70. Ligeledes synes det ikke urimeligt, at omstøde forøgelser sket senere end 3 måneder før fristdagen, da det blot er forøgelsen som omstødes, hvorfor virksomhedspantet fortsat består. Pantaveren vil derfor fortsat have en vis sikkerhed, hvorfor reglerne om virksomhedspant ikke vil blive udhulet helt ved denne ændring.

11. Konklusion

KL § 67 hjemler omstødelse af betalinger af gæld med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller som afgørende har forringet skyldners betalingsevne. KL § 70 a hjemler omstødelse af forøgelser af virksomhedspant. Begge bestemmelser er objektive omstødelsesbestemmelser, hvilket bl.a. betyder omstødelse ikke er betinget af kreditors viden om skyldners insolvens, og at retsvirkningen af omstødelse efter de to bestemmelser er, at kreditor skal fralægge sig berigelse, jf. KL § 75. Selvom de to bestemmelser hjemler omstødelse af forskellige dispositioner, indeholder begge den begrænsning, at dispositionen ikke må have fremtrådt som ordinær. KL § 74 er en generelklausul som bl.a. griber dispositioner der ikke er omfattet af de objektive omstødelsesbestemmelser, f.eks. fordi dispositionen falder uden for tidsfristen i de objektive bestemmelser. Ud over at opstille nogle subjektive betingelser kræver KL § 74, at dispositionen er utilbørlig. De to begreber ordinær og utilbørlig er derfor centrale for brugen af bestemmelserne.

Ud fra både teori og retspraksis må det konkluderes, at der ikke kan opstilles faste kriterier for vurderingen af ordinærkriteriet. Det vil altid være en helhedsbedømmelse ud fra de konkrete omstændigheder. Det kan dog konkluderes, at det afgørende for om en disposition er ordinær efter KL § 67, er motivationen bag betalingen. Hvis betalingen er betinget af skyldners økonomiske situation, er betalingen ekstraordinær og dermed

omstødelig efter KL § 67. Hvis betalingen derimod er forretningsmæssigt betinget, er betalingen ordinær og kan derfor ikke omstødes efter KL § 67. Vurderingen af om en betaling er ordinær eller ej, er som udgangspunkt en objektiv vurdering af de konkrete omstændigheder. Kreditors subjektive forhold, altså viden om skyldner økonomiske situation, har derfor ikke betydning. Det kan dog af retspraksis udledes, at der må inddrages et subjektivt moment i ordinærvurderingen, når dispositionen er truffet af kreditor egenhændigt overfor skyldner. I disse situationer er det nødvendigt, at vurdere kreditors viden omkring skyldner økonomiske situation for, at kunne vurdere om det er skyldners økonomiske situation som har været motivationen for kreditors dispositionen.

Der findes ikke trykt retspraksis hvor KL § 70 a behandles, hvorfor det ikke kan udledes fra praksis hvad som er afgørende ved bedømmelsen ordinærkriteriet i denne bestemmelse. Teorien beskriver dog, at ordinærkriteriet i KL § 70 a, skal vurderes på samme måde som ved KL § 67. Ordinærkriteriet i bestemmelserne skal altså forstås ens. Ved KL § 67 er det bare betalingen som skal vurderes, mens det ved KL § 70 a er forøgelsen af virksomhedspantet som skal vurderes. Det afgørende for om en disposition er ordinær, er derfor om dispositionen er forretningsmæssigt betinget, da dispositionen så vil være ordinær og dermed uomstødelig efter KL § 70 a.

Utløbarkriteriet i generelklausulen i KL § 74 kan der heller ikke opstilles faste kriterier for. Det er ligeledes altid en vurdering af de konkrete omstændigheder. Ud fra både teori og retspraksis står det klart, at det også ved utløbarkriteriet er motivationen som er afgørende. Hvis dispositionen er forretningsmæssigt motiveret, er den tilbørlig og ikke omstødelig. Hvis dispositionen derimod er motiveret af skyldners økonomiske situation, vil den være utilbørlig og omstødelig efter KL § 74, såfremt de øvrige betingelser er opfyldt.

Ud fra retspraksis kan det udledes, at der er et vist overlap mellem ordinær- og utløbarkriteriet. Det som er afgørende ved begge kriterier er motivationen bag dispositionen. Hvis en disposition ikke er ordinær, fordi den er betinget af den økonomiske situation, vil den også være utilbørlig. Ordinær- og utløbarkriteriet

overlapper derfor hinanden i den forstand, at når en disposition er ekstraordinær efter KL § 67 eller 70 a er den også utilbørlig efter KL § 74. Det modsatte er dog ikke nødvendigvis tilfældet. En forøgelse af virksomhedspant som er ordinær og derfor uomstødelig efter KL § 70 a, vil ligeledes være tilbørlig og uomstødelig efter KL § 74. Ordinær- og utilbørlighedskriteriet er derfor helt sammenfaldne ved KL §§ 70 a og 74. Ved betalinger af gæld er det muligt, at disse dispositioner er ordinære og uomstødelige efter KL § 67, men samtidig utilbørlige og omstødelige efter KL § 74. At en betaling kan være ordinær, men samtidig utilbørlig, selvom det er det samme som er afgørende for begge kriterier, er fordi ordinærkriteriet i KL § 67 er konkret ift. de tre former for betalinger i KL §67; med usædvanligt betalingsmiddel, før normal betalingstid eller afgørende forringet skyldners betalingssevne. Vurderingen af ordinærkriteriet sker dermed kun ift. betalingsmiddel, -tid og likviditet, mens utilbørlighedsvurderingen er generel. Det er derfor muligt, at en betaling er ordinær ift. middel, tid eller likviditet, men at der samtidig er et andet generelt henseende som gør betalingen utilbørlig.

At der er et vist sammenfald mellem ordinær- og utilbørlighedskriteriet understøtter, at KL § 74 er et supplement til de objektive bestemmelser i KL § 67 og 70 a. KL § 74 vil kunne omfatte dispositioner som falder uden for de objektive bestemmelser f.eks. pga. tidsbegrænsningen på 3 måneder. At en forøgelse af et virksomhedspant ikke kan være ordinær og samtidig utilbørlig har den konsekvens, at hvis forøgelsen ikke kan omstødes efter KL § 70 a, fordi den er ordinær, vil KL § 74 ikke kunne supplere som den gør ved KL § 67, da forøgelsen også vil være tilbørlig. Omstødelse af ordinære forøgelser af virksomhedspant vil kun kunne ske efter § 70 a, 2. pkt. hvilket forudsætter, at forøgelsen er sket efter en ekstraordinær forøgelse af pantet. KL § 74 træder stort set altid til side for de objektive bestemmelser, hvorfor der oftest vil ske omstødelse efter disse når det er muligt. Der kan være situationer, hvor det er mere ønskeligt, at anvende KL § 74 frem for KL § 67, og det må konstateres at KL § 70 a ikke anvendes. At KL § 70 a ikke anvendes skyldes formentlig, at det er svært at gennemskue det bagvedliggende ved en forøgelse af et virksomhedspant. Hvis omstødelse af forøgelsen kunne ske, ville virksomhedspantet fortsat bestå, hvorfor en omstødelse af forøgelsen alene, ikke nødvendigvis vil være i de øvrige kreditorens interesse. Derfor vil man i stedet forsøge, at få hele sikkerhedsstillesen omstødt efter KL

§ 74, såfremt den er utilbørlig etableret. Begrundelsen for, at anvende KL § 74 frem for de to objektive bestemmelser skal nok også findes i retsvirkningerne. Der kan være situationer, hvor det er mere favorabelt, at opnå erstatning efter almindelige regler, jf. KL § 76, fremfor at kreditor skal fralægge sin berigelsen, jf. KL § 75. Erstatningsreglen kan dog kun være mere favorabel end berigelsesreglen, hvis boets tab er større end den berigelse kreditor har opnået.

De sammenfald og forskelle der er mellem ordinærkriteriet i KL § 67 og utilbørlighedskriteriet i KL § 74, kan være med til at vanskeliggøre forståelsen af sammenspillet mellem bestemmelsernes anvendelsesområder, og dermed vanskeliggøre brugen af bestemmelserne. Det bør derfor overvejes som der skulle ske en ensretning af bestemmelserne. KL § 74 skal passe sammen med andre bestemmelser end KL § 67, hvorfor det er praktisk bedst, at ændre på KL § 67 frem for § 74. Man kunne ændre KL § 67 så den hjemler omstødelse af utilbørlige betalinger foretaget inden for 3 måneder. Ved denne ændring vil de to bestemmelser anvende samme begreb, og vurderingen vil også i KL § 67 være generel, da den ikke længer vil være knyttet op på tre former for betaling; med usædvanligt betalingstid, før normal betalingstid og likviditetsforringende, da disse vil være fjernet fra bestemmelsen.

Da KL § 70 a ikke anvendes i praksis fordi den er svært anvendelig, bør denne bestemmelse også ændres. Ved at fjerne ordinærkriteriet fra bestemmelsen, vil alle forøgelser sket inden for 3 måneders fristen kunne omstødes. Det vil betyde at det ikke vil være nødvendigt, at gennemskue transaktionerne bag forøgelsen, da det ikke er nødvendigt at vurdere om forøgelsen er ordinær. Ved at fjerne ordinærkriteriet, vil man dermed gøre KL § 70 a lettere anvendelig.

12. Litteraturliste

Love og forarbejder

LBKG 2014-01-06 nr. 11, Konkurslov

LBKG 2014-009-30 nr. 1075, Tinglysningsloven

Lov 1977-06-08 nr. 298, Konkursloven

Lov nr. 51 af 25. Marts 1872, Konkursloven

BET nr. 1459 af 2005, Betænkning 2005 nr. 1459 om virksomhedspant

BET nr. 606 af 1971, Betænkning 1971 nr. 606 konkurs og tvangsakkord betænkning II

Kommissionsudkastet 1941, Udkast til lov om gældsordning

Bøger

Anders Ørgaard, Konkursret, 11. Udgave, 1. Oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Birgit Jørgensen, Retsvirkninger af omstødelse, 1. Udgave, 1. Oplag, Forlaget Thomsen, 2003

Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen, Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, 7. Udgave, 1. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2013

Bo von Eyben, Juridisk Ordbog, 13. Udgave, 1. Oplag, Forlaget Thomson A/S, 2008

Carsten Munk-Hansen, Retsvidenskabsteori, 1. Udgave, 1. Oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Erwin Munch-Petersen, Skifteretten, G. E. C. Gads Forlag, 1956

Jens Paulsen, Insolvensret – Konkurs, 1. Udgave, 1. Oplag, Thomson Reuters Professional A/S, 2010

Kim Sommer Jensen, Konkursretten, 1. Udgave, 1. Oplag, Universitetsforlaget Pejus, 2016

Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard, Konkursloven med kommentarer, 14. Udgave, 1. Oplag, Karnov Group Denmark A/S, 2018

Michael Flindhardt, Virksomhedspant – samarbejde bygger bro mellem sikkerhedsrettigheder, 1. Udgave, 1. Oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Ulrik Rammeskow Bang Pedersen, Lars Lindencrone Petersen og Thorvald Spanggaard, Virksomhedspant, 1. Udgave, 1. Oplag, Forlaget Thomson A/S, 2008

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen, Lasse Højlund Christensen og Kim Sommer Jensen, Konkurs, 1. Udgave, 1. Oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2014

Artikler

Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen, U.2005B.162, Omstødelse af betaling og pant – bør KL § 67 og KL § 70 revideres?

Retspraksis

U.1951.898 V

U.2008.2012 V

U.1984.981 H

U.2010.959 Ø

U.1987.134 H

U.2013.277 V

U.1992.852 H

U.2013.429 H

U.1999.34 H

U.2013.1146 H

U.2000.1791 H

U.2013.3122 H

U.2007.753/2H

U.2016.3451 V

U.2007.1240 H

U.2017.2838 H