



Udstrækningen af dækning for uberettigede konkursbegæringer jf. konkurslovens § 28

The extend of the coverage for unjustified bankruptcy petitions according to
article 28 of the Danish bankruptcy law



Aalborg Universitet

Juridisk institut

25. MAJ 2020

Christian G.L. Quedens (20155209)

Vejleder: Professor Anders Ørgaard

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Indledning.....	4
1.1 Problemformulering	5
1.2 Metode	5
1.3 Retskilder og retskildeværdi.....	5
1.4 Afgrænsning.....	6
2. Betingelserne for konkurs	7
2.1 Indledning.....	7
2.2 Betingelserne for konkurs i medfør af konkurslovens § 17.....	7
2.3 Konkursens virkninger	8
2.4 Fordringshavers konkursbegæring	8
2.5 Bestridte fordringer	10
3. Brugen af, og udstrækningen af konkurslovens § 28	11
3.1 Ansvarsgrundlag i medfør af konkurslovens § 28	11
3.2 Culpaansvar ved konkursbegæring uden betingelserne for konkurs er opfyldt	13
3.2.1. Culpa ikke udvist ved indgivelse af konkursbegæring	19
3.2.2. Konklusion om culpaansvar	24
3.3 Objektivt ansvar ved begæring med en fordring der ikke består.....	24
3.3.1. Betydningen af et pengekravs størrelse	27
3.3.2. Betydningen af en korrekt skyldner og kravets beståen	29
3.4 Sikkerhedsstillelse i medfør af konkurslovens § 28, stk. 3	33
3.5 Frist for fremsættelse af krav til skifteretten jf. § 242 a	40
3.6 Udstrækning af personkredsen og betydningen heraf.....	43
3.7 Den økonomiske dækning i medfør af konkurslovens § 28	45
3.7.1. Godtgørelse for tort.....	45
3.7.2. Tab og sagsomkostninger	46
3.7.3. Konklusion på den økonomiske udstrækning	49
3.8 Skræmmekonkursbegæring	50
3.8 Brud på god advokatskik ved indgivelse af uberettiget konkursbegæring	52
3.8.1. Brud på god advokatskik og muligheden for tortgodtgørelse.....	55
3.9 Retspolitisk afsnit: Er dækningen jf. § 28 tilfredsstillende i forhold til uberettigede konkursbegæring?.....	56

4. Perspektivering til arrest	58
4.1. Anvendelsesområde, ligheder og forskelle	58
4.2. Udstrækning af dækning	60
5. Konklusion	65
6. Litteraturliste	68

Abstract

Danish bankruptcy law provides creditors the possibility to submit a bankruptcy petition against debtors who are insolvent and unable to pay their debts. The bankruptcy petition puts an enormous amount of stress and pressure on the debtor. There has for that reason been put an article in the Danish bankruptcy law, which secures debtors the right to compensation and compensation for the injury to the debtor's dignity. This is to secure the debtor against unjustified bankruptcy petitions.

A bankruptcy petition is a completely justifiable action to take when the debtor is insolvent and the courts rule that the requirements of the law are present. Some bankruptcy petitions however are not justified. There are situations where the creditor has a justified belief that the debtor is insolvent, and it turns out he isn't. In these cases, the court must determine whether the creditors submission of a bankruptcy petition gives rise to liability. This is an independent assessment the courts will have to take in most cases. There are other cases however, where the creditor in bad faith submits a bankruptcy petition for a claim which is disputed or doesn't exist at all. These are examples where the creditor uses the bankruptcy law against the debtor as a weapon. The intentions can be to scare the debtor into paying the debt or solely to get a look at the debtor's economy.

In these cases, it is the courts responsibility to rule on the question of liability and what compensation the debtor should have for losses and for injury to the debtor's dignity. The intention of this thesis is to clarify the use and extent of the economic coverage provided in the Danish bankruptcy law Art. 28. This will be done through an analysis of the law, case law and preparatory works to the Danish bankruptcy law. The state of the Danish bankruptcy law will be discussed with a perspective to the Danish rules regarding arrest of property.

The conclusion of the thesis is that the coverage provided by law through Art. 28 is insufficient. The case law shows how a debtor will have greater economic losses than gains when taking legal action to get justice for an unjustified legal proceeding. It is recommended in the thesis to change the wording of Art. 28. The intention of the change would be to make expenses to lawyers and accountants count as a loss to be fully covered by the law. This would give debtors an incentive to take legal action against creditors who abuse the Danish bankruptcy law against its intent.

1. Indledning

En fordringshaver har forskellige muligheder, når det kommer til at inddrive en fordring. Normalvis vil fordringshaveren være nødt til at anvende det fogedretlige system, og sende fordringen til inkasso. Dette er dog ikke altid en mulighed for en fordringshaver, eller brugen af det fogedretlige system føre ikke til udlæg. I sådanne tilfælde kan det være nødvendigt for en fordringshaver at indgive en konkursbegæring imod skyldneren, hvis denne er insolvent.

Konkursbegæringen er fordringshaverens sidste udvej for at sikre en vis dækning af sit krav. Formålet med konkurs er at fratage skyldneren sine aktiver og gennem konkursboet at fyldestgøre fordringshaverne mest muligt. I teori og praksis er det dog ikke sådan, at en fordringshaver altid indgiver en konkursbegæring imod en insolvent skyldner. Nogle gange indgives en konkursbegæring uberettiget. I nogle tilfælde kan det være, at skyldneren viser sig at være solvent. Der er dog også tilfælde hvor fordringshaveren velvidende, at skyldneren er solvent, vælger at indgive en konkursbegæring imod skyldneren. Der kan være forskellige baggrunde for, at en fordringshaver vælger at gøre det.

I tilfælde af uberettigede konkursbegæring har lovgivningsmagten hjemlet muligheden for erstatning og godtgørelse for tort jf. konkurslovens § 28. Ud fra loven, litteratur og retspraksis er der en række problemstillinger, der kan rejses:

-Hvad er kravene til en konkursbegæring og hvilken betydning har det i forbindelse med uberettigede konkursbegæring?

-I hvilken udstrækning har en skyldner mulighed for at få tildelt erstatning? Hvad tildeler retten i godtgørelse for tort og erstatning?

-Hvad er personkredsen af konkurslovens § 28 og hvad er betydningen af dette?

-Og helt essentielt, er udstrækningen af den økonomiske dækning jf. konkurslovens § 28 passende i forhold til det pres og de økonomiske udgifter, der er i forbindelse med afværgelsen af en uberettiget konkursbegæring?

1.1 Problemformulering

Formålet med dette speciale er at afklare retstilstanden for udstrækningen af dækning for uberettigede konkursbegæringer jf. konkurslovens § 28. Afhandlingen vil gennemgå en analyse af konkurslovens § 28 og den relevante retspraksis for at belyse udstrækningen af konkurslovens § 28.

1.2 Metode

Metoden afhandlingen udarbejdes ud fra er den retsdogmatiske metode. Formålet med denne metode er at foretage en analyse og beskrivelse af gældende ret (de lege lata). Yderligere vil en del af afhandlingens diskussion være retspolitisk (de lege ferenda) med en vurdering af, om dækningen jf. KL § 28 er fyldestgørende.¹

Til afklaring af retstilstanden for udstrækningen af konkurslovens § 28 tages der udgangspunkt i konkursloven (KL), herunder gældende retspraksis, da retspraksis er afgørende for fastlæggelsen af rammerne for brugen af KL § 28.

1.3 Retskilder og retskildeværdi

For at analysere og beskrive retstilstanden er det vigtigt, at de forskellige retskilder og deres værdi fastlægges. Retskilderne inddeles i 4 hovedgrupper; loven, retspraksis, sædvane og forholdets natur.²

Lov er nedskrevne retsregler, der direkte regulerer retstilstanden. Meningen med lov er, at den skal følges og den har derfor en speciel status sammenlignet med de andre retskilder. Loven er derfor øverst i retskildehierarkiet. Indenfor lov er den opdelt mellem Grundloven, der er den øverste lov, og love vedtaget af folketinget. Så længe en lov er vedtaget i overensstemmelse med Grundlovens regler og ikke strider imod den, er en lov gyldig.³

Retspraksis er kendetegnet som afgørelser (domme) af konkrete retstvister foretaget af domstolene. Den respektive vægt der tillægges en dom afgøres ud fra, hvilken instans der har afsagt dommen. Domstolene er opdelt i 3 niveauer; 24 byretter, 1 Sø- og Handelsret, 2 landsretter og 1 Højesteret.

¹ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 86ff

² Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 192

³ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 243f

Højest vægt tillægges domme afsagt af Højesteret, herefter landsretterne og til sidst byretterne. Højesteretsdomme forpligter nedad i hierarkiet, hvorimod domme afsagt af en byret ikke forpligter opad.⁴

Sædvaner er udtryk for en adfærd, der er fulgt almindeligt, stadigt og længe ud fra en overbevisning om, at det er en pligt eller ret. En sædvane anerkendes dog kun, såfremt retten beslutter det. Forholdets natur er den mest abstrakte af de fire retskilder. Denne er udtryk for en pragmatisk forståelse, hvor der forsøges at skabe en regel fremadrettet på baggrund af bagvedliggende hensyn og principper på et givent retsområde.⁵

Retslitteratur kan ikke udgøre en kilde til ret, eftersom forfattere ikke har legitimitet til at fastlægge ret. Retslitteratur kan dog inddrages med henblik på at belyse de hensyn, der kan være relevante og være behjælpelig med analyse. Forarbejder til love kan heller ikke anses som en retskilde. Det kan diskuteres hvorvidt, at forarbejder er retskilder ud fra den definition af retskilder der bruges. Forarbejder skaber ikke selvstændige regler, men de kan bruges som fortolkningsbidrag til en lov.⁶

1.4 Afgrænsning

Emnet for denne afhandling er udstrækningen af dækning i medfør af konkurslovens § 28. Afhandlingen begrænses derfor til at belyse de almindelige betingelser for indtrædelse af konkurs, betingelserne for konkursbegæring, samt betingelserne for anvendelse af konkurslovens § 28 og rammerne for dækningen heri. Dette sammenlignes med reglerne for arrest, hvor der også ydes dækning for uberettigede indgreb. For at begrænse afhandlingen til emnet vil processen for konkurs efter afsigelse af et konkursdekret ikke blive gennemgået.

På grund af nedlukningen af samfundet med baggrund i COVID-19 er det ikke muligt, at få fysisk adgang til al relevant retslitteratur. For bøger fundet online vil disse blive henvist til ved forfatter, navn på litteraturen og afsnit.

⁴ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 299f

⁵ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 201

⁶ Munk-Hansen, Carsten: Retsvidenskabsteori (2014), s. 346f

2. Betingelserne for konkurs

2.1 Indledning

For at beskrive formålet med, brugen og udstrækningen af KL § 28 er det formålstjenesteligt at beskrive omstændighederne for, at KL § 28 finder anvendelse. Derfor er betingelserne for indtrædelse af konkurs, betingelserne til en konkursbegæring fremsat af en fordringshaver og konkursbegæring fremsat på trods af, at en fordring bestrides af skyldner relevante.

2.2 Betingelserne for konkurs i medfør af konkurslovens § 17

Betingelserne for konkurs findes i Konkurslovens § 17, stk. 2. Konkurslovens § 17, stk. 1 foreskriver, at skifteretten skal tage en skyldners bo under konkursbehandling, såfremt skyldner selv eller en fordringshaver begærer det.⁷

Betingelserne for konkurs er, at en skyldner er insolvent, hvis han ikke kan opfylde sine forpligtelser efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående jf. KL § 17, stk. 2. Konkurslovens § 17, stk. 2 betyder, at skifteretten skal foretage en konkret vurdering af en skyldners likviditet, førend et konkursdekret kan afsiges. I de tilfælde, hvor konkursbegæringen kommer i form af en egenbegæring fra skyldner, er der i praksis sjældent tvivl om, hvorvidt betingelserne for konkurs er opfyldt.

Vurderingen skifteretten skal tage i afgørelsen af, om betingelserne er opfyldte, er kompleks på grund af de mange faktorer, skifteretten skal tage stilling til. Skifteretten skal tage stilling til fremtidige forventede indtægter, eventuelle udestående fordringer og muligheden for, at de bliver mødt med modkrav. Endvidere om det er påregneligt, at de opfyldes til tiden. Derudover kan der være gæld såsom kassekreditter, der kan opsiges. Det kan også være situationen, at skyldneren kan betale gælden indenfor den tid, det vil tage at inddrive gælden ved individualforfølgning. I sådan et tilfælde vil afsigelse af et konkursdekret ikke være korrekt.⁸

⁷ KL § 17

⁸ Ørgaard, Anders, *Konkursret* (2017), s. 32f

2.3 Konkursens virkninger

Betydningen af et afsagt konkursdekret har vidtrækkende konsekvenser for den konkursramte. Virkningerne af konkurs fremgår af konkurslovens kapitel 4 §§ 29-31. Retsvirkningen af § 29 er, at skyldner mister retten til at overdrage eller opgive sine ejendele, modtage betaling og andre ydelser, modtage opsigelser, reklamationer og lignende erklæringer, stifte nogen forpligtelser eller råde på nogen anden måde over sin formue med virkning for boet.⁹

Konkurslovens § 29 er udtryk for princippet om skyldnerens urådighed. For et kapitalselskab er betydningen af et konkursdekret, at generalforsamling, bestyrelse og direktion (selskabsorganerne) mister deres rådighed over kapitalselskabet. Virkningen af konkursdekretet træder i kraft med det samme overfor skyldneren, samt en tredjemand der kendte eller burde kende til konkursen. Overfor alle har konkursen virkning fra udløbet af det døgn, hvor konkursen er bekendtgjort i Statstidende jf. KL § 30.¹⁰ Konkursmassen vil herefter blive brugt til at fyldestgøre skyldnerens kreditorer mest muligt jf. 38.

2.4 Fordringshavers konkursbegæring

Ved enhver konkursbegæring værende det fra en fordringshaver eller skyldner selv er der nogle formelle betingelser, der skal være opfyldt. Betingelserne fremgår af konkurslovens § 7 hvori der oplystes, hvad en konkursbegæring skal indeholde. Heri foreskrives det, at en begæring skal være skriftlig og (skyldners navn, CPR-nummer, bopæl herunder eventuelle forretninger, erhvervsgren og hvorfra erhvervsvirksomheden drives. For aktie- eller anpartsselskaber skal registreringsnummeret hvis muligt angives, samt dokumenter der påberåbes). Yderligere krav til begæringen fremgår af konkurslovens §§ 22 (skyldner) og 23 (fordringshaver). For en fordringshaver skal konkursbegæringen angive de omstændigheder, hvorpå begæringen støttes jf. KL § 23, stk. 1. Yderligere kan det være et krav fra skifteretten for både en egenbegæring og en begæring fra en fordringshaver, at konkursbegæringen er underskrevet jf. KL § 7 a. I det tilfælde at en konkursbegæring ikke er underskrevet, kan den afvises af skifteretten.

⁹ Jf. konkurslovens § 29

¹⁰ Ørgaard, Anders, *Konkursret* (2017), s 45

Dét at fordringshavers konkursbegæring skal angive omstændighederne, som begæringen støttes på jf. KL § 23, stk. 1 betyder, at konkursloven adskiller sig markant fra kravene til eksigible fundamentet jf. Retsplejelovens § 478, stk. 1 om grundlag for tvangsfuldbyrdelse. En fordringshaver skal derfor alene angive kravets størrelse, beståen og grundlaget for at fordringshaveren mener, en skyldner er insolvent. Dette kan gøres på flere måder. Fordringshaveren kan fremlægge bevis for en forgæves fogedforretning, en dom, et gælds brev eller flere rykkerbreve sammenholdt med en skyldners seneste regnskab.¹¹ Yderligere stilles der ikke krav om i konkursloven, at en fordring skal være forfalden. En uforfalden fordring kan derfor godt bruges som grundlag for en konkursbegæring. Bevisbyrden for fordringens beståen kan sammenholdes med fordringens klarhed. Jo mere uklar en fordring klarhed er, jo tungere vil bevisbyrden være for at få afsagt et konkursdekret. Dette gælder især uforfaldne og bestridte fordringer.

Et yderligere krav til en fordringshavers konkursbegæring er, at fordringshaveren skal have retlig interesse. En fordringshaver kan ikke få en skyldner erklæret konkurs, såfremt betingelserne i KL § 20 er opfyldt. Dette betyder, at hvis en fordringshaver har betryggende pant i skyldners ejendom jf. § 20, stk. 1, nr. 1, er sikret af tredjemand med betryggende pant og en konkursbegæring strider imod vilkårene for sikkerhedsstillelse jf. § 20, stk. 1, nr. 2, eller fordringen er uforfalden og af tredjemand er sikret eller tilbydes sikret ved betryggende pant jf. § 20, stk. 1, nr. 3. Dertil kommer at det er sikkert, at en fordringshaver ikke vil udbetalt dividende. I et sådan tilfælde vil en fordringshaver som udgangspunkt mangle retlig interesse.¹² Retlig interesse som et krav for afsigelse af et konkursdekret ses også i retspraksis, f.eks. U 2004.1701 Ø

Et konkursramt selskab savnede retlig interesse i at få afsagt konkursdekret over to skyldnere, den ene en folkepensionist og den anden en efterlønsmodtager, eftersom begge skyldnere tidligere havde afgivet insolvenserklæring i fogedretten og ikke ejede udlægseggede aktiver.

Betydningen af den manglende interesse var, at konkursrekvirenten blev pålagt at betale sagsomkostninger til skyldnerne.

¹¹ Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars, *Insolvensprocesret* (2018), s. 71f

¹² Schiøtz, Peter og Jakobsen, Susanne, *Konkursprocessen* (2008), s. 17

Indgivelsen af en konkursbegæring er ikke offentlig jf. KL § 9, stk. 1. Enhver der dog har retlig interesse i at vide om der er indgivet konkursbegæring, kan få dette oplyst jf. KL § 9, stk. 2. Efter afsigelsen af et konkursdekret offentliggøres det derimod straks i Statstidende jf. KL § 109.

2.5 Bestridte fordringer

Et punkt hvor en fordringshaver skal træde varsomt, er ikke alene hvor fordringshaveren kan savne retlig interesse, men også hvor fordringen der skal bruges som grundlag for en konkursbegæring bestrides af skyldneren. Både en fordrings størrelse men også eksistens kan bestrides, hvilket kan føre til spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for konkurs jf. KL § 17 er opfyldt. Brugen af en bestridt fordring kan derfor lede til et erstatningsansvar for en uberettiget konkursbegæring i medfør af KL § 28.

Der kan være legitime grunde for en fordringshaver til at fremsætte en konkursbegæring på baggrund af en bestridt fordring. Fremsættelsen kan være nødvendig for at stifte en fristdag, eller få hel eller delvis dækning af et krav. Såfremt et krav med overvejende sandsynlighed består og betingelserne for konkurs er opfyldt, men nødvendigheden for en nærmere prøvelse af kravet ikke kan afvises, må en nærmere prøvelse blive foretaget. Denne prøvelse kan dog ikke ske i skifteretten, og en konkursrekvirent kan derfor blive pålagt at stille sikkerhed for et erstatningsansvar i medfør af KL § 28, stk. 3. Som det fremgår af lovteksten i § 28, stk. 3 "*under særlige omstændigheder kan skifteretten bestemme...*" og faglitteratur, bruges denne bestemmelse sjældent.¹³ Dét at en fordring er bestridt betyder derfor ikke, at fordringen ikke vil kunne bruges til afsigelse af et konkursdekret. Brugen af, og udstrækningen af konkurslovens § 28, stk. 3 vil blive gennemgået mere dybdegående i kapitel 3.

¹³ Schiøtz, Peter og Jakobsen, Susanne, *Konkursprocessen* (2008), s. 23f

3. Brugen af, og udstrækningen af konkurslovens § 28

3.1 Ansvarsgrundlag i medfør af konkurslovens § 28

Ansvarsgrundlaget i konkurslovens § 28 fremgår af stk. 1 og 2. De to stykker har forskellige ansvarsgrundlag og behandles derfor særskilt.

Konkurslovens § 28, stk. 1 foreskriver:

"Har en fordringshaver begæret konkurs, uden at betingelserne for konkurs var opfyldt, og kunne dette være undgået ved fornøden agtpågivenhed, skal han betale skyldneren erstatning for tab og godtgørelse for tort uden hensyn til, om konkurs er indtrådt."

Betingelserne for konkurs fremgår af konkurslovens § 17 og er gennemgået i afsnit 2.2. (betingelserne for konkurs i medfør af konkurslovens § 17). Dét der i § 28, stk. 1 menes med "fornøden agtpågivenhed" fra en fordringshaver er dansk rets almindelige culperegulering. Det er dermed de almindelige betingelser for erstatning der finder anvendelse ved vurderingen af, om en fordringshaver skal betale erstatning eller efter en culpavurdering tort til en skyldner for en uberettiget konkursbegæring.¹⁴ Denne erstatning og godtgørelse for tort skal desuden tildeles uden hensyn til, om konkurs reelt er indtrådt eller ej jf. KL § 28, stk. 1.

Det er dermed en betingelse for at § 28 finder anvendelse, at en fordringshaver har handlet culpøst ved indgivelsen af en konkursbegæring. Culpareglen er ikke fastlagt ved lov og er altid minimumsreglen i forhold til ansvarsgrundlag. Culpa kan beskrives på den måde, at der indtræder et ansvar for en forsætlig (med hensigt) eller uagtsom handling eller undladelse, der forvolder skade. Culpareglen omfatter dermed både forsætlige og uagtsomme handlinger eller undladelser. Uagtsomhed inddeles i to grader, grov og simpel uagtsomhed. Begge grader af uagtsomhed er omfattet af culpareglen og en sondring imellem dem er derfor ikke af betydning for anvendelsen af culpareglen.¹⁵

¹⁴ Schiøtz, Peter og Jakobsen, Susanne, *Konkursprocessen* (2008), s. 23

¹⁵ Eyben, Bo von., og Helle. *Isager: Lærebog i erstatningsret*. (2015), s. 25f

Ved vurderingen af om der er handlet uagtsomt, tager domstolene i retspraksis udgangspunkt i, hvorvidt en handling eller undladelse afveg fra et anerkendt adfærdsmønster på tidspunktet for handlingen eller undladelsen. Ved uagtsomhedsbedømmelsen findes anerkendte adfærdsmønstre for eksempel i forskrifter. Forskrifter kan komme til udtryk direkte i lov eller for eksempel som anordninger eller reglementer. Forskrifter giver dermed et indblik i, hvad de korrekte normer for adfærd er. Uagtsomhedsbedømmelsen kan dermed have dyb sammenhæng med overtrædelsen af en forskrift.¹⁶ Dertil kommer, at adfærdsmønstret kan komme til udtryk ved en almindelig handlepligt. En almindelig handlepligt kan begrundes i, at den forpligtede har en vis bestemmelsesret og derfor et særligt ansvar for at undgå skader/tab.¹⁷ Yderligere er sædvaner, der primært findes i professionelle miljøer som håndværk, teknik og industri. I disse professioner er der med tiden dannet regler eller principper for, hvad der er korrekt inden for den bestemte profession.¹⁸

En fordringshaver kan være en fysisk eller juridisk person. Fordringshaveren kan derfor komme fra forskellige professioner og have forskellige baggrunde. Det er i konkursloven ikke lovhjemlet, at en bestemt profession er påkrævet for at indgive en konkursbegæring jf. KL § 23 modsætningsvist. Det er dermed altid en konkret vurdering af hvilke elementer der skal tages i betragtning ved culpavurderingen, når det skal bedømmes om en fordringshaver har handlet culpøst ved indgivelse af en konkursbegæring uden, at betingelserne for konkurs var opfyldt.

Når det i en tvist er fastlagt at en fordringshaver har handlet culpøst, hjemler konkurslovens § 28 både erstatning for tab og godtgørelse for tort. Formålet med erstatning for tab er, at en skadelidt skal stilles økonomisk som om, at skaden ikke var indtrådt. Det er dermed det fulde tab der skal erstattes. Den skadelidte må dog ikke opnå en berigelse og har pligt til at begrænse sit tab jf. tabsbegrænsningspligten.¹⁹ Det er i denne forbindelse den erstatningsberettigede der har bevisbyrden for, løfte bevisbyrden for tabet jf. dansk rets almindelige udgangspunkt.

¹⁶ Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret*. (2015), s. 91ff

¹⁷ Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret*. (2015) s. 101

¹⁸ Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret*. (2015) s 111

¹⁹ Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret*. (2015) s 339

Tort er ikke defineret i konkurslovens § 28. For at beskrive hvad tort er, er § 26 i erstatningsansvarsloven (EAL) relevant (LBK nr. 1070 af 24/08/2018). § 26 EAL foreskriver ”*Den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse af en andens frihed, fred, ære eller person, skal betale den forurettede godtgørelse for tort.*”. Konkurslovens § 28 hjemler, at det er retsstridigt at indgive en konkursbegæring uden, at betingelserne for konkurs er opfyldt. Som beskrevet i afsnit 2.3 er konsekvenserne af en konkurs meget vidtrækkende over for en skyldner, uanset om der er tale om en fysisk eller juridisk person. Retten til godtgørelse for tort og ikke kun erstatning for tab i medfør af KL § 28, stk. 1 er derfor ikke ubegrundet.

Konkurslovens § 28, stk. 2 foreskriver:

” Viser det sig, at fordringen ikke bestod, indtræder ansvar efter stk. 1, selv om intet kan bebrejdes den, der begærede konkurs.”

Det der menes med ”*selv om intet kan bebrejdes den...*” er, at der ifaldes et objektivt ansvar for konkursrekvirenten, såfremt en konkursbegæring er indgivet og fordringen den understøtter sig på ikke består. Lovbestemt objektivt ansvar er den strengeste ansvarsskærpelse. Objektivt ansvar betyder, at der ifaldes et ansvar uanset om der er handlet culpøst eller ej. En culpavurdering af omstændighederne for indgivelse af en konkursbegæring er dermed ikke relevant, når KL § 28, stk. 2 finder anvendelse.²⁰

3.2 Culpaansvar ved konkursbegæring uden betingelserne for konkurs er opfyldt

Fra retspraksis er der nogle eksempler på, at konkursbegæring er indgivet uberettiget herunder U 2006.2013/2 H.

Sagen omhandler to tidligere ægtefæller (mand og kone) og et anpartsselskab, som konen ejede. H havde anlagt sag imod M for et ulovligt anpartshaverlån. Anpartsselskabet havde yderligere indgivet en konkursbegæring imod manden, der anlagde sag mod anpartsselskabet med påstand om godtgørelse i medfør af konkurslovens § 28. Manden blev ved både landsretten og Højesteret pålagt at betale 2 mio. til anpartsselskabet. Anpartsselskabet blev derimod pålagt at betale en godtgørelse til manden på 25.000 kroner. Anpartsselskabet havde indgivet konkursbegæring mod manden på trods af, at der ikke var grund til at antage, at han var insolvent eller illikvid på tidspunktet for indgivelse af begæringen.

²⁰ Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret.* (2015) s 26

Højesterets afgørelse er her i overensstemmelse med ordlyden af konkurslovens § 28. Konkursrekvirenten havde indgivet konkursbegæringen uden at undersøge skyldnerens økonomi nærmere. Endvidere havde konkursrekvirenten ikke grundlag for at antage, at skyldneren var insolvent eller illikvid. Konkursrekvirenten havde dermed handlet uden den påkrævede fornødne agtpågivenhed og havde dermed handlet culpøst ved at indgive en konkursbegæring mod skyldneren. Betingelserne for anvendelse af konkurslovens § 28, stk. 1 var dermed opfyldt og skyldneren kunne derfor kræve godtgørelse for tort af konkursrekvirenten uanset, at konkurs ikke var indtrådt.

Eftersom dommen er afsagt af Højesteret, har den en meget høj præjudikatværdi. Højesteretsdomme forpligter nedad, og landsretterne samt byretterne og Sø- og Handelsretten skal derfor tage dommen i betragtning ved afgørelser med lignende tvister.

Højesteret tildelte skyldneren 25.000 i godtgørelse for tort for den uberettigede konkursbegæring. Størrelsen af denne godtgørelse kan dermed bruges som rettesnor for godtgørelse i andre sager, hvor en konkursbegæring er indgivet uberettiget.²¹

Endvidere er der SH 2016.P-22-15 vedrørende culpaansvaret ved indgivelse af en uberettiget konkursbegæring. Fokus ved analysen af denne dom er på culpaansvaret. Problemstillingen vedrørende tab og sagsomkostninger behandles i et særskilt afsnit.

Sagen handler om en uoverensstemmelse vedrørende ubetalte fakturaer, priser og mangler ved leverede varer, samt modkrav hertil. Morsø Special-lister & Tømrer ApS indgav konkursbegæring imod FRBVINDUET ApS den 30. april 2015. Skifteretten nægtede efter procedure at fremme konkursbegæringen den 17. august 2015. FRBVINDUET ApS stævnedes herefter Morsø for den uberettigede konkursbegæring. Sø- og Handelsretten skulle derefter tage stilling til, om fordringshaveren havde handlet culpøst ved indgivelse af konkursbegæringen og krav om erstatning og tort. Morsø blev idømt til at have handlet ansvarspådragende og dømt at betale 50.000 for tab og godtgørelse for tort.

²¹ Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars, *Insolvensprocesret* (2018), s. 197

Fordringshaveren (Morsø) indgav en konkursbegæring på baggrund af ubetalte fakturaer mod FRBVINDUT ApS (skyldner) den 30. april 2015. Kravet fra fordringshaveren lød på 2.112.503 kroner. Dette krav var bestridt af skyldner, der havde gjort indsigelser imod kravets størrelse, manglende fakturaer og nævnte modkrav imod fordringshaveren via e-mail den 10. april 2015. På baggrund af indsigelserne blev der berammet procedurer om, hvorvidt betingelserne for konkurs var opfyldt, der blev afholdt den 17. august 2015. Konkursbegæringen blev nægtet fremme af skifteretten. På denne baggrund anlagde skyldner sag imod fordringshaveren med påstand om erstatning og godtgørelse for tort.²²

Sø- og Handelsretten skulle herefter tage stilling til, hvorvidt fordringshaveren havde handlet culpøst ved indgivelsen af konkursbegæringen imod skyldneren under hensyn til, at fordringen var bestridt og manglende opfyldelse af betingelserne for konkurs.

Til støtte for at fordringshaveren skulle have handlet culpøst ved indgivelsen af konkursbegæringen, lagde skyldneren i sin argumentation vægt på fire argumenter. At fordringen var bestridt, at fordringshaveren brugte konkursbegæringen som pressionsmiddel, at fordringshaveren ikke havde undersøgt skyldnerens solvens, samt at fordringshaveren havde til hensigt at skade skyldnerens omdømme. Dette ses i skyldnerens stævning, "*Morsø var fuld bekendt med, at FrbVinduet bestred betaling af de fremsendte fakturaer, og det fremgår klart af e-mail fra 24. april 2015 ... fra Morsø, at Morsø anvender konkurstruslen som pression for betaling.*" samt "*Morsø har ikke på nogen måde undersøgt FrbVinduets solvens*".²³

Skyldneren henviser til en e-mail fra fordringshaveren, hvori fordringshaveren blandt andet skrev "*... det ligge sådan at hvis ikke der er sket noget inden Tirsdag den 28-04-2015 kl.8,00 så er løbet kørt – jeg vil gå efter en konkurs på FRB Vinduet + jeg vil gå efter en personligt konkurs på jer begge to...*".²⁴ Fordringshaveren fremkom i korrespondancen med en eksplicit trussel om indgivelse af konkursbegæring såfremt, at skyldneren ikke havde betalt den bestridte fordring.

²² SH2016.P-22-15

²³ SH2016.P-22-15, s. 3

²⁴ SH2016.P-22-15, s. 2

Alle fire argumenter er hver især et særskilt argument, der henleder til en culpavurdering. At fordringen blev bestridt, har betydning for, hvorvidt betingelserne for konkurs var opfyldt. I sagen var det beløbets størrelse, der blev bestridt. Når en fordring bestrides, henleder det til flere problemstillinger, herunder om betingelserne for konkurs er opfyldt, men også om fordringen består efter et eventuelt succesfuldt modkrav.

Det andet argument angik hensigten med fordringshaverens konkursbegæring, nemlig at presse skyldner til at betale fordringen. Dette omtales også som skræmmekonkursbegæring, hvilket er en problemstilling, der behandles i et særskilt afsnit. Hensigten med dem er at få skræmt en skyldner til at betale. Dette leder til problemstillingen om, hvorvidt betingelserne for konkurs er opfyldt. Hvis en konkursbegæring indgives, hvorefter fordringen betales af skyldner og konkursbegæringen trækkes tilbage, har betingelserne for konkurs da været til stede?

Det tredje argument om manglende undersøgelse af skyldners solvens henleder til, at en fordringshaver ikke med sikkerhed kan bedømme om en skyldner er insolvent, hvis dennes økonomi ikke undersøges først. Det fjerde og sidste argument skyldner lagde vægt på var, at fordringshaveren havde til hensigt at skade skyldnerens omdømme hos samarbejdspartnere. Dette havde fordringshaveren også givet udtryk for at ville gøre, i sin e-mail af 24. april 2015.²⁵

Fordringshaveren forholder sig i svarskriftet yderst kortfattet til de anbringender, som skyldneren kom med. Fordringshaveren skrev kort "*... sagsøgte har haft en berettiget formodning om, at sagsøger ikke var i stand til at honorere sagsøgtes betydelige tilgodehavende og at sagsøger ved sin handlemåde har bestyrket sagsøgtes formodning herom*".²⁶ Fordringshaveren kommer med en vag argumentation sammenlignet med skyldners argumenter om culpøs adfærd, hvilket kan skyldes, at konkursbegæringen var afvist af skifteretten.

²⁵ SH2016.P-22-15, s. 2

²⁶ SH2016.P-22-15, s. 5

I forhold til skifterettens afvisning og problemstillingen om udvist culpa er parternes argumenter vidt forskellige. Fordringshaveren skriver blandt andet vedrørende afvisning ”... at sagsøger dels ved i tidsrummet mellem konkursbegæringens indlevering og afholdelsen af skifteretsmødet havde udtaget stævning mod sagsøgte vedrørende påstået mangelskrav og fordi det lykkedes sagsøger under skifteretsmødet at skabe tvivl om grundlaget for parternes samarbejde”.²⁷ Fordringshaverens argumentation går på, at skyldneren ved at stævne havde skabt omstændighederne for, at skyldneren kunne have et modkrav mod fordringshaveren.

Dette havde en betydelig effekt på den fordring, fordringshaveren brugte som grundlag for konkursbegæringen, eftersom dens beståen og størrelse blev udfordret. Yderligere havde skyldneren bestridt aftalegrundlaget, hvilket havde betydning for beregningerne af priserne på varerne. Skyldneren skrev derimod ”Endvidere var det åbenbart [for] skifteretten, at FrbVinduet ikke var insolvent, men alene bestred betaling af en række omtvistede fakturaer”.²⁸ Essensen af parternes diskussion går her på, hvorvidt fordringens grundlag var klart nok til, at skifteretten burde have afsagt konkursdekret.

Problemstillingen om fordringers klarhed blev diskuteret i afsnit 2.4 om fordringshavers konkursbegæring. Det relevante herved i denne sag var, at selvom betingelserne for konkurs ikke var tilstede, betyder det ikke nødvendigvis et ansvar for en uberettiget konkursbegæring jf. KL § 28, stk. 1. Problemstillingen i sagen var, om fordringen havde en sådan klarhed, at fordringshaveren ikke havde handlet culpøst ved indgivelsen af konkursbegæringen.

Sø- og Handelsretten præmisser er vedrørende culpaansvaret specifikt begrundet. Retten lægger i deres præmisser vægt på to forhold. Først at skyldneren havde opbygget restancer og at de manglende betalinger skyldtes uoverensstemmelser om priserne og modkrav for fejl og skader på leverede varer. I forlængelse af denne præmis tilføjer retten, at denne problemstilling blev drøftet mellem skyldnerens og fordringshaverens advokater.

Det andet forhold retten lægger vægt på, er fordringshaverens skadevoldende handlinger. Fordringshaveren havde i et brev givet udtryk for, at fordringshaveren havde henvendt sig til skyldnerens leverandører og ville rette henvendelse til flere med henblik på, at fortælle dem om uoverensstemmelsen mellem fordringshaveren og skyldneren.

²⁷ SH2016.P-22-15, s 5

²⁸ SH2016.P-22-15, s 3

I samme præmis lægger retten vægt på, at fordringshaveren truede med at indgive konkursbegæring og derefter gjorde dette. Som konklusion herpå udtaler SØ- og Handelsretten om culpaansvaret *"Uanset om det har været berettiget, at FRBVINDUET ApS undlod at betale faktura, finder retten, at Morsø Special-lister 5 Tømmer ApS – der var bekendt med, at der var rejst indsigelser og modkrav – har handlet ansvarspådragende ved dels at omtale parternes uoverensstemmelse i relation til andre leverandører, og dels ved at begære konkurs, uden at betingelserne herfor var opfyldt".*²⁹

Ud fra en ordlydsfortolkning kan det virke som om, at SØ- og Handelsretten nævner indsigelserne og modkravene som momenter, men ikke tillægger dem særlig vægt i culpavurderingen. Ud fra det kan det udledes, at det derfor ikke behøver at være ansvarspådragende at indgive en konkursbegæring selvom, at en fordring er bestridt. Der var i sagen dog en klar sammenhæng mellem betingelserne for konkurs og dét, at fordringen var bestridt. Retten lagde mest vægt på, at fordringshaveren havde forsøgt at skade skyldnerens omdømme samt det faktum, at betingelserne for konkurs ikke havde været opfyldt. På denne baggrund havde fordringshaveren handlet ansvarspådragende og blev pålagt at betale erstatning og godtgørelse for tort.

Af domme, der behandler culpaansvar ved indgivelse af uberettigede konkursbegæring, findes også U 2011.596 H. Højesterets dom behandler culpaansvar for tredjemand ved indgivelse af en uberettiget konkursbegæring. Her fandt KL § 28, stk. 1 ikke anvendelse. SØ- og Handelsrettens afgørelse og præmisser er derfor relevante ved andre afgørelser om bedømmelse af culpaansvar efter KL § 28, eftersom retspraksis er sparsom vedrørende brugen af denne paragraf.

Det fremgår af dommen, at afgørelsen blev anket til Østre Landsret. Der findes dog ikke en afgørelse fra Landsretten.

²⁹ SH2016.P-22-15, s 5

3.2.1. Culpa ikke udvist ved indgivelse af konkursbegæring

Eftersom anvendelsen af KL § 28, stk. 1 afhænger af, hvor vidt en konkursrekvirent har handlet ansvarspådragende, betyder det, at retten skal foretage en konkret vurdering i alle tilfælde med KL § 28, stk. 1. Dette betyder, at en konkursbegæring kan blive indgivet uden at betingelserne for konkurs er til stede, men uden at konkursrekvirenten har handlet ansvarspådragende. Dette er U 2018.1824 Ø et eksempel på.

Sagen handler om skyldneren S, der var i et gældsforhold til Barfoed Group P/S. S kunne ikke overholde en afdragsordning og blev indbragt for fogedretten. Her erklærede S sig ude af stand til at betale. Efter næsten et år henvendte Barfoed Group P/S sig til S med henblik på at indgå en afdragsordning. S udmeldte, at han ikke kunne betale eller afdrage. Efter yderligere korrespondance valgte Barfoed Group P/S at indgive en konkursbegæring med S. S betale dagen efter og anlagde derefter sag for uberettiget konkursbegæring i medfør af konkurslovens § 28. Landsretten dømte, at Barfoed Group P/S ikke havde handlet ansvarspådragende og at S måtte afholde sagsomkostninger.

3.2.1.1. Sø- og Handelsrettens afgørelse (første instans)

Fordringshaveren indgav en konkursbegæring imod skyldneren den 16. marts 2017. Skyldneren indfrie heretter gælden den 17. marts 2017. Til forskel fra SH2016.P-22-15 havde fordringshaveren i denne sag grundlag for sin fordring i form af en dom afsagt af Københavns Byret. Dommen var blevet anket til Østre Landsret, hvor skyldneren efter en tilkendegivelse fra landsretten den 31. marts 2015 accepterede at betale 46.500 kroner til fordringshaveren. Der var i sagen derfor ikke tale om et bestridt krav, hvilket var tilfældet i SH2016.P-22-15. Parterne indgik derefter en afdragsordning på 3.000 hver måned i juni 2015. Skyldneren overholdt aftalen frem til april 2016, hvorefter skyldneren kom i betalingsvanskeligheder. Dette fik fordringshaveren til at indbringe skyldneren for fogedretten, hvorefter der blev foretaget registrering i bl.a. RKI.

Fordringshaveren rettede henvendelse til skyldneren igen den 1. marts 2017 med henblik på at få indgået en ny betalingsaftale på 3.000 om måneden under trussel om, at hvis dette ikke skete, ville skyldneren blive indbragt for fogedretten igen. Skyldneren besvarede samme dag med meddelelse om, at hans økonomiske situation var uændret. Skyldneren forventede dog at kunne indfri gælden i maj måned samme år.

Fordringshaveren anførte derefter i en mail den 3. marts 2017, at der var konstateret aktivitet i et datterselskab, hvor fordringshaveren havde udlæg i samtlige anparter i holdingselskabet. På den baggrund ønskede fordringshaveren at få den fulde gæld indfriet indenfor 10 dage, hvorefter fordringshaveren ville indgive konkursbegæring imod skyldneren, såfremt betaling ikke fandt sted. Dette ledte til korrespondance mellem parterne, hvori skyldneren forsøgte at argumentere for, at fordringshaveren ikke skulle have grundlag for at indgive konkursbegæring. Skyldneren havde angiveligt udestående fordringer, der manglede at blive betalt. Endvidere argumenterede skyldneren for, at betingelserne for konkurs ikke var opfyldt grundet dette, da betalingsudygtigheden skulle være forbigående. Fordringshaveren indgav den 16. marts konkursbegæringen, hvorefter skyldneren indfrie den fulde gæld dagen efter.³⁰

Skyldneren stævnedes derefter fordringshaveren med påstand om godtgørelse for tort. Skyldneren anførte flere argumenter for, at fordringshaverens konkursbegæring skulle have været ansvarspådragende eftersom; at betingelserne for konkurs ikke var opfyldt, at konkursbegæringen kunne være undgået med fornøden agtpågivenhed, at skyldner kunne betale restgælden hvorfor, at skyldner også betalte, at indfrielse kunne ske inden for 3 måneder, at fordringshaveren ikke havde undersøgt skyldnerens økonomi nærmere, at mødet i fogedretten mere end 6 måneder før ikke kunne lægges til grund, samt at fordringshaveren savnede retlig interesse.³¹

Skyldneren lægger flere omstændigheder til grund for, at fordringshaveren skulle have handlet ansvarspådragende ved at have indgivet konkursbegæringen. Der er to krav for at konkurslovens § 28, stk. 1 finder anvendelse. Det første er selvsagt at en konkursbegæring indgives uden, at betingelserne for konkurs er opfyldt. Det andet krav er, at konkursrekvirenten skal have handlet ansvarspådragende ved at indgive konkursbegæringen. Skyldneren argumenterer dermed for, at betingelserne for at KL § 28, stk. 1 kan finde anvendelse er til stede.

³⁰ U 2018.1824 Ø, s. 1ff

³¹ U 2018.1824 Ø, s. 3

Fordringshaveren gjorde i sine anbringender gældende, at kravet var ubestridt og at der var afsagt dom herfor fra Østre Landsret den 31. marts 2015. Om en fordring er bestridt, er et moment i culpavurderingen, hvilket ses i førnævnte dom SH2016.P-22-15. Fordringen i sig selv var derfor ikke en faktor, som retten skulle tage stilling til ved culpavurderingen.

Yderligere vedrørende problemstillingen om ansvarsgrundlag gjorde fordringshaveren gældende, at fordringshaveren havde forholdt sig til oplysningerne om betalingsdygtighed fra skyldneren. Skyldneren angav i stævningen at *"Sagsøger var ikke ude af stand til at indfri restskylden i marts 2017, hvor sagsøger rent faktisk også betalte"*.³² Dette argument strider imod den meddelelse fordringshaveren blandt andet fik den 1. marts *"... For nuværende er den økonomiske situation uændret, jeg forventer dog at kunne indfri det skyldige beløb inden udgangen af maj måned d.å. ..."*.³³

Skyldneren havde i flere mails op til indgivelsen af konkursbegæringen anført, at han var ude af stand til at betale. Fordringshaveren anførte *"... at hans økonomiske situation var uændret, hvilket alene kan føres hen til det passerede fogedretsmødet..."* samt at *"1.3 Det har ingen relevans for sagen, at sagsøger nu gør gældende, at han kunne have betalt og derfor ikke var insolvent. Sagsøgte kan selvsagt alene forholde sig til de oplysninger sagsøger selv afgav"*.³⁴

Fordringshaveren argumenterer her for, at der ikke var udvist en ansvarspådragende adfærd, eftersom skyldnerens udtalelser samt hændelsesforløbet op til indgivelsen af konkursbegæringen ikke gav anledning til at tro, at skyldneren var betalingsdygtig. Skyldneren havde ud fra hændelsesforløbet hele tiden gjort klart at han var ude af stand til at betale og forsøgte at få indgået afdragsordninger. Som et yderligere argument for, at fordringshaveren ikke havde handlet ansvarspådragende ved indgivelse af konkursbegæringen, anførtes yderligere *"Endvidere tog sagsøger intet initiativ til at betale fordringen i perioden fra varsling af konkursbegæring den 3. marts 2017 till den blev indgivet den 16. marts 2017"*.³⁵ Dette går direkte på skyldnerens argument i stævningen om, at han var betalingsdygtig hvorfor, at indgivelsen af konkursbegæringen var uberettiget.

³² U 2018.1824 Ø, s. 3

³³ U 2018.1824 Ø, s. 2

³⁴ U 2018.1824 Ø, s. 3

³⁵ U 2018.1824 Ø, s. 3

Skyldneren havde haft mere end 10 dage til at betale eller bevise, at han ikke var insolvent. Fordringshaveren anførte derfor også "*... men derimod sagsøger der i givet fald afgav urigtige oplysninger den 1. 3, 6 og 7. marts 2017 om den >>økonomiske situation var uændret<<...*".³⁶

I forhold til problemstillingen om retlig interesse for konkurs argumenterede fordringshaveren for, at denne var til stede, eftersom der var aktiver i skyldnerens holding- samt datterselskab. Der var som nævnt tidligere konstateret aktivitet i dem af fordringshaveren.

Sø- og Handelsretten skulle dermed ud fra parternes argumenter tage stilling til, om det var culpøst at indgive en konkursbegæring ud fra skyldnerens faktiske betalingsdygtighed, contra skyldnerens udtalelser om ikke at være betalingsdygtig og tidsforløbet.

Retten lægger i sagen eksplicit vægt på, at kravet er fastslået ved dom, at der var en misligholdt afdragsordning, at kravet forgæves blev forsøgt inddrevet via fogedretten, at parterne talte om en ny afdragsordning indtil aktivitet i selskaberne blev konstateret, samt at der derefter blev indgivet konkursbegæring på grund af manglende betaling. Sø- og Handelsretten udtaler slutteligt "*Når henses til hele forløbet i sagen, og herunder navnlig at betaling først fandt sted ca. 2 år efter, at kravet var fastslået, finder retten, at der ikke er grundlag for at tilkende S godtgørelse i anledning af den indgivne konkursbegæring...*".³⁷ Det er ikke til at vurdere ud fra Sø- og Handelsrettens præmisser, at der foretages en egentlig culpavurdering. I hvert fald ikke en eksplicit. Retten lægger tilsyneladende hovedsagelig vægt på, at kravet var dokumenteret, at der var varslet om konkurs og at inddrivelsen heraf tog 2 år.

³⁶ U 2018.1824 Ø, s. 3

³⁷ U 2018.1824 Ø, s. 4

3.2.1.2. Østre Landsrets afgørelse (anden instans)

Ved landsretten gentog parterne stort set de samme anbringender. Skyldneren gjorde dog gældende, at sagsomkostningerne skulle sættes ned fra 10.000 til 5.000 kroner. Til dette gjorde fordringshaveren gældende, at skyldneren havde udarbejdet lange processkrifter og at landsretten derfor burde stadfæste Sø- og Handelsrettens afgørelse om sagsomkostninger.

Landsretten opremser i deres præmisser de faktuelle omstændigheder, som parterne har oplyst og lægger dem til grund for afgørelsen. Landsretten startede med *"Landsretten lægger som ubestridt til grund, at S i april 2016 misligholdt en tidligere indgået afdragsordning, hvorefter restgælden skulle have været betalt den 1. juli 2016, og at han under en udlægssag i fogedretten i august 2016 erklærede sig ude af stand til at betale gælden"*.³⁸

Landsretten gennemgik derefter korrespondancen mellem skyldneren og fordringshaveren, og forsøgene på at indgå en afdragsordning på 3.000 kroner om måneden. Landsretten lagde herefter til grund, at skyldneren ikke kunne indfri gælden og at skyldneren forventede at kunne indfri i maj måned, hvoraf indfrielsen afhang af betaling af udestående fordringer. Landsretten udtalte derefter *"Under disse omstændigheder findes det ikke godtgjort, at Barfoed Group P/S burde have været klar over, at S skulle være solvent ved konkursbegæringens indgivelse den 16. marts 2017, eller at Barfoed Group P/S skulle have foretaget sig yderligere til belysning af S' økonomiske situation"*.³⁹ Østre Landsret stadfæstede derefter Sø- og Handelsrettens afgørelse med den ændring, at sagsomkostningerne blev nedsat til 5.000 kroner.

Landsretten lægger dermed i culpavurderingen vægt på argumenterne fra B, samt udtalelser fra parterne i deres præmisser. Retten er særligt optaget af, at S havde været i fogedretten og erklæret sig ude af stand til at betale, samt at S gentagne gange i korrespondancer med B gjorde det klart, at S ikke kunne indfri gælden eller afdrage med 3.000 kroner om måneden. På den baggrund havde B ikke handlet culpøst ved indgivelsen af konkursbegæringen, og skulle heller ikke have undersøgt S' økonomi nærmere.

³⁸ U 2018.1824 Ø, s. 4

³⁹ U 2018.1824 Ø, s. 4

3.2.2. Konklusion om culpaansvar

Ved en sammenligning af dommenes præmisser ved uberettigede konkursbegæringer er det tydeligt, at der er ligheder i hvad domstolene lægger vægt på ved culpavurderingen. Domstolene lægger vægt på, hvorvidt kravet er fastslået ved dom, eller om kravet er bestridt. Fordringens klarhed er dermed et vigtigt element i culpabedømmelsen. Ved både U 2018.1824 Ø og SH2016.P-22-15 lægges der dernæst vægt på, om skyldneren har haft betalingsvanskeligheder og eller opbygget restancer. I dommene lægges der derudover vægt på de faktuelle omstændigheder. Alle dommene har konkrete begrundelser i deres præmisser, når det angår culpabedømmelsen. Ud fra dommene kan det derfor konkluderes hvilke elementer der er vigtige for en vurdering af, om en fordringshaver har handlet culpøst ved indgivelsen af en konkursbegæring. Det er dog svært at sammenligne dommene én til én for hvornår en fordringshaver har handlet culpøst, eftersom der foretages en konkret vurdering fra domstolene i hver sag.

3.3 Objektivt ansvar ved begæring med en fordring der ikke består

Ved indgivelsen af en konkursbegæring mod en skyldner kan der opstå flere problemstillinger, som domstolene skal tage stilling til. Dette gælder især når en fordring ikke alene er bestridt vedrørende størrelsen, men ved selve fordringens eksistens/beståen. Bestridelse af en fordrings eksistens leder til to problemstillinger. Den første er, hvorvidt en fordring reelt består imod en skyldner. Altså hvorvidt skyldneren er den "rette" at indgive konkursbegæring imod. Indgives en konkursbegæring imod en "skyldner", for hvem fordringen reelt ikke angår, vil fordringen ikke kunne bestå overfor ham. I sådan et tilfælde vil fordringshaveren ifalde et objektivt ansvar jf. KL § 28, stk. 2. Den anden problemstilling er, hvis en fordringshaver mener, at han har et krav, men at kravet ikke kan bevises eller ikke eksisterer. I et sådan tilfælde, hvor der reelt ingen fordring er, vil fordringshaveren også ifalde et objektivt ansvar for en konkursbegæring i medfør af KL § 28, stk. 2.

En af de mest betydningsfulde afgørelse fra retspraksis vedrørende spørgsmålet om objektivt ansvar og ansvar for en uberettiget konkursbegæring er U 2011.596 H.

Dommen omhandler ansvaret, erstatning samt godtgørelse for en uberettiget konkursbegæring indgivet mod en påstået arbejdsgiver i medfør af konkurslovens § 28, stk. 2. Tvisten opstod, da en fagforening på baggrund af en lønmodtager indgav en konkursbegæring for et lønkrav mod en påstået arbejdsgiver. Den påståede arbejdsgiver havde bestridt kravet. Lønmodtageren var ansat i et polsk selskab, som den påståede arbejdsgivers kone var delvis ejer af. Lønmodtageren var lejet ud til et dansk selskab, som den påståede arbejdsgiver var direktør for. Fagforeningen havde givet en 3 dages betalingsfrist med trussel om, at såfremt betaling ikke skete, ville en konkursbegæring blive indgivet. Konkursbegæringen blev efter procedure for skifteretten trukket tilbage af fagforeningen. Forløbet ledte til flere problemstillinger, som Højesteret tog stilling til.

Dommen tager stilling til mange problemstillinger. De vil ikke alle blive behandlet i samme afsnit, men vil blive behandlet i løbet af specialet, når en problemstilling er relevant for det pågældende afsnit.

Sø- og Handelsrettens afgørelse (første instans)

Dommen U 2011.596 H er ankesagen fra Sø- og Handelsretten SH 2008.H-30-06. For at forstå Højesterets afgørelse er det essentielt at gennemgå den første dom fra Sø- og Handelsretten først og se på, hvilke påstande, anbringender og udtalelser parterne kom med der og hvilke ændringer eller tilføjelser der var i Højesterets afgørelse.

Sagen tager sit udspring i, at fagforeningen fremsendte et brev den 27. december 2005 til den påståede arbejdsgiver med krav om betaling af løn (44.282 kr.) til en lønmodtager. Såfremt den påståede arbejdsgiver ikke ville betale dette beløb, ville fagforeningen indgive en konkursbegæring imod den påståede arbejdsgiver. Den påståede arbejdsgiver havde derefter en telefonsamtale med fagforeningens næstformand, hvor kravets eksistens blev bestridt. Fagforeningen indgav derefter uagtet den påståede arbejdsgivers indsigelser en konkursbegæring den 2. januar 2006. Der var dermed tale om en bestridt fordring, som blev brugt som grundlag for en konkursbegæring.

Den påståede arbejdsgivers advokat fremsendte den 3. januar 2006 et brev til fagforeningen om, at kravet blev bestridt og at de tog forbehold for fremsættelse af erstatningskrav på baggrund af den indgivne konkursbegæring. Fagforeningen fremsendte derefter den 18. januar et brev til skifteretten, hvori de gjorde gældende, at de på grundlag af en gennemgang af en medarbejderliste fra det danske selskab med andre polske håndværkere mente, at det reelle krav var mere end 2 millioner kroner. Yderligere fastholdt fagforeningen konkursbegæringen med baggrund i en udtalelse fra Udlændingestyrelsen.

Konkursbegæringen blev behandlet i skifteretten den 20. januar 2006. Fagforeningen begærede konkursdekretet afsagt over den påståede arbejdsgiver. Den påståede arbejdsgiver gjorde derimod gældende, at kravet imod ham ikke bestod. Den påståede arbejdsgiver drev ikke virksomhed og havde dermed ikke nogen ansatte, samt at betingelserne for konkurs ikke var opfyldt. Den påståede arbejdsgiver anførte, at den rette skyldner var det danske selskab, som benyttede det polske selskab, hvor lønmodtagerne var ansat. Dette fik skifteretten til at beramme procedure om betingelserne var opfyldt til den 1. marts 2006.

Den påståede arbejdsgivers advokat fremsendte den 10. februar 2006 et processkrift, hvori der var vedhæftet et registreringsbevis fra det polske selskab hvoraf det fremgik, at den påståede arbejdsgiver ikke var en anpartshaver. Det var derimod en anden person og den påståede arbejdsgivers hustru. Derudover var ansættelseskontrakten mellem lønmodtageren og det polske selskab vedlagt, samt en tidsbegrænset ansættelseskontrakt. Yderligere var der et krav om erstatning for den uberettigede konkursbegæring. Fagforeningen tilbagekaldte herefter konkursbegæringen den 20. februar 2006. Skifteretten udskilte derefter spørgsmålet om erstatning til særskilt behandling.⁴⁰

Handlingsforløbet leder til flere essentielle problemstillinger for brugen af KL § 28. Hvis der er et krav, hvad er den reelle størrelse så og kan det dokumenteres? Dette er relevant i forhold til, om betingelserne for insolvens jf. KL § 17 er til stede og om fordringen består. En anden relevant problemstilling er, var den påståede arbejdsgiver den rette skyldner? En tredje problemstilling der rejses er, hvorvidt fagforeningens ageren med indgivelsen af konkursbegæringen var i overensstemmelse med konkursloven eller i strid hermed.

⁴⁰ U 2011.596 H, s. 1f

Derudover rejser dommen en fjerde problemstilling. Hvordan forholder domstolene sig til erstatningskravet størrelse, og hvad dømmer Sø- og Handelsretten samt Højesteret vedrørende det?

3.3.1. Betydningen af et pengekravs størrelse

Dommen U 2011.596 H tager ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt kravet fremsat af fagforeningen kunne dokumenteres og bestod, eftersom fagforeningen trak konkursbegæringen tilbage. Den påståede arbejdsgiver var i dommen ikke rette skyldner, og kravet bestod derfor ikke over for ham. Kravets størrelse og beståen er dog relevant, hvis konkursbegæringen angår den rette skyldner.

I det første brev fra fagforeningen fremsatte de et krav på 44.282 kroner med en trussel om indgivelse af konkursbegæring såfremt, at beløbet ikke blev betalt inden for 3 dage. I et andet processkrift af den 18. januar 2006 skrev fagforeningen, at de mente, det reelle krav var mere end 2 millioner kroner. Dette betydeligt større krav fremkom dermed først efter, at de havde indgivet en konkursbegæring for det betydeligt mindre krav på 44.282 kroner, et 45,16 gange mindre beløb. Næstformanden i Malernes Fagforening Storkøbenhavn udtalte *"Han fastholdt kravet, uanset det blev bestridt, idet det plejer MFS at gøre. De fleste krav løses uden en konkursbegæring ved telefonisk henvendelse til arbejdsgiver. Der indgives kun konkursbegæring imod selskaber, der ikke har en overenskomst..."*. Næstformanden udtaler yderligere *"... De overvejede ikke et civilt søgsmål, fordi retssystemet er lønmodtagervenligt i relation til konkursinstituttet..."*.⁴¹

Som beskrevet i afsnit 2.4 om fordringshavers konkursbegæring, behøver en fordring ikke være forfalden. Fordringshaveren har dog bevisbyrden for, at kravet består. Dertil er størrelsen på kravet der lægges til grund for, at en skyldner er insolvent. Kravet fagforeningen lagde til grund for at den påståede arbejdsgiver var insolvent, var på 44.282 kroner. Ud fra næstformandens udtalelser kan der konkluderes følgende; Krav fra fagforeningen fastholdtes uanset om de var bestridt eller ej, konkursbegæring blev alene fremsat mod selskaber, der ikke havde overenskomst (hvilket var tilfældet for det danske selskab). Truslen om og fremsættelsen af konkursbegæringen mod den påståede arbejdsgiver var derfor alene et spørgsmål om princip for fagforeningen.

⁴¹ U 2011.596 H, s. 4

For at en konkursbegæring er berettiget, kræves det, at betingelserne for insolvens jf. KL § 17, stk. 2 er opfyldt. Det er derfor af stor betydning hvilken størrelse et krav, som en konkursbegæring støtter sig på har. Den problemstilling berører den påståede arbejdsgiver også i sine argumenter *"Det gøres gældende vedrørende ansvarsgrundlaget, at de sagsøgte ikke forinden konkursbegæringens indgivelse foretog nogen undersøgelse af, hvorvidt kravet reelt bestod, samt om insolvensbetingelserne i konkurslovens § 17 var opfyldt"*.⁴²

Størrelsen af et krav har selvfølgelig en relevans i forhold til at vurdere, hvorvidt en skyldner er insolvent. Dette har at gøre med, om skyldneren kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder. Det er dog relevant at påpege i denne henseende, at skifteretten alene tager stilling til kravets størrelse, såfremt dette har betydning for vurderingen af insolvensbetingelserne.

Hensigten med konkursloven er ikke at skabe et inkassomiddel for en fordringshaver, og KL § 17, stk. 2 omhandler en skyldners manglende evne til at betale og ikke en manglende vilje til at betale.⁴³ Fagforeningens indgivelse af konkursbegæringen var derfor i strid med hensigten af konkursloven.

Retten tager i dommen ikke stilling til kravets størrelse eller eksistens, eftersom den påståede arbejdsgiver ikke var rette skyldner. Der er derfor ikke bemærkninger fra retten hertil. I de to andre domme (SH2016.P-22-15 og U 2018.1824 Ø), der er gennemgået om culpaansvar for uberettigede konkursbegæring, er kravenes størrelse heller ikke et moment, som retterne berører i deres præmisser. En fordrings størrelse kan derfor have en betydning for og indgå som et moment i, hvorvidt en skyldner er insolvent. Det er dog ud fra dommene selve insolvensbetingelserne, som retterne lægger vægt på og ikke fordringernes størrelser.

⁴² U 2011.596 H, s. 5

⁴³ Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars, *Insolvensprocesret* (2018), s. 105 og Schiøtz, Peter og Jakobsen, Susanne, *Konkursprocessen* (2008), s 17f

3.3.2. Betydningen af en korrekt skyldner og kravets beståen

Hvorvidt den person (fysisk eller juridisk) som konkursbegæringen angår, er den korrekte skyldner, er altafgørende for spørgsmålet om hvilket ansvarsgrundlag der finder anvendelse. Dette er uddybet i afsnit 3.1 om ansvarsgrundlag i medfør af konkurslovens § 28. I U 2011.596 H argumenterede den påståede arbejdsgiver for, at han ikke var den rette skyldner og at kravet dermed ikke bestod over for ham. Han påberåbte sig dermed konkurslovens § 28, stk. 2. Dermed var størrelsen på et angiveligt krav fuldstændig irrelevant, ligesom hvorvidt kravets størrelse ville medføre, at skyldneren reelt var insolvent. Med dette menes, at eftersom B ikke var rette skyldner (konkursbegærede), bestod kravet ikke over for ham og dermed ville betingelserne for konkurs aldrig kunne være opfyldt.

Til støtte for at den påståede arbejdsgiver var rette skyldner, lagde fagforeningen vægt på nogle forskellige omstændigheder. Fagforeningens næstformand udtalte til retten, at han havde besøgt en arbejdsplads og af polske håndværkere *"fik stukket B's telefonnummer i hånden, efter at der var sagt >>Boss<<"*.⁴⁴ Næstformanden fortalte endvidere, at han på flere arbejdspladser mødte folk, der arbejdede for den påståede arbejdsgiver. Hertil udtaler fagforeningens næstformand *"... og han fandt ud af, at B og O stod bag P og K" og "Alle disse ansatte sagde, at B havde betalt dem kontant. Han havde ingen kvitteringer der viser, at B har foretaget udbetalinger"*.⁴⁵

Fagforeningen vidste derfor ud fra fagforeningens næstformands undersøgelser, at den påståede arbejdsgiver var relevant i forhold til ansættelsesforholdene. Dertil støttede fagforeningen sig til en udtalelse fra Udlændingestyrelsen som argument for, at den påståede arbejdsgiver var den rette skyldner. Næstformanden og fagforeningen var af den opfattelse, at alle de polske håndværkere (herunder lønmodtageren) var ansat personligt af den påståede arbejdsgiver, og at han dermed var den reelle arbejdsgiver.

⁴⁴ U 2011.596 H, s. 4

⁴⁵ U 2011.596 H, s. 4

Som modsvar til påstanden om, at den påståede arbejdsgiver personligt var arbejdsgiver, forklarede han, at han var direktør i det danske selskab, samt at *"Han har aldrig indgået aftaler med polakker, og han har aldrig udbetalt dem penge", "Han kender intet til Udlændingestyrelsens udtalelse af 7. november 2005. Han har først set den i forbindelse med denne sag, og det, som Udlændingestyrelsen lægger til grund, er ikke rigtigt".*⁴⁶

Den påståede arbejdsgiver argumenterede her for, at han ikke personligt var arbejdsgiver for lønmodtageren konkursbegæringen byggede på eller nogen af de andre lønmodtagere, som fagforeningen rejste krav for imod ham. Yderligere havde den påståede arbejdsgivers advokat fremsendt et processkrift den 10. februar 2006, der indeholdt ansættelseskontrakt samt et udskrift der viste, at lønmodtageren var ansat i det polske selskab, men var udlejet til det danske selskab.

I forhold til Sø- og Handelsrettens præmisser udtalte retten *"Der forelå ingen skriftlig dokumentation for et ansættelsesforhold mellem B og A"* samt *"F har endvidere selv forklaret, at han efter at have talt med de polske håndværkere sendte udkast til overenskomst til K ApS og P med opfordring til at indgå overenskomst".*⁴⁷ Endvidere lagde retten vægt på, at den påståede arbejdsgiver telefonisk og via fax bestred fordringens eksistens. Hvis den påståede arbejdsgiver reelt skulle have været arbejdsgiveren, ville det derfor have givet mening at sende overenskomsterne til ham som fysisk person, og ikke til de juridiske personer (det danske- og polske selskab). At sende overenskomsterne til de juridiske personer talte netop for, at de var de reelle arbejdsgivere.

Retten udtalte det følgende som resultat i sagen ud fra de fremførte argumenter og bevisførelsen fra parterne *"Retten finder, at MFS ikke har haft grundlag for at antage at B var arbejdsgiver og dermed ansvarlig for kravet. MFS har derfor handlet culpøst ved på A's vegne at indgive konkursbegæring, hvorfor MFS er erstatningsansvarlige for de tab, som B herved har lidt."*⁴⁸

⁴⁶ U 2011.596 H, s. 3

⁴⁷ U 2011.596 H, s. 6

⁴⁸ U 2011.596 H, s. 6

Retten lagde i sin begrundelse for resultatet særlig vægt på, at der var tale om en bestridt fordring. I forhold til en analyse af personkredsen af KL § 28, vil denne problemstilling blive behandlet i et andet afsnit, og bliver derfor alene berørt let i dette. I sagen hæftede lønmodtageren som fordringshaver på objektivet grundlag i medfør af KL § 28, stk. 2, mens fagforeningen hæftede via et culpaansvar. Fagforeningen valgte på trods af, at den påståede arbejdsgiver både mundtligt og via telefax havde gjort indsigelse imod kravets eksistens og forklaret, at der mellem ham og lønmodtageren ikke forelå et ansættelsesforhold at indgive en konkursbegæring. Fagforeningen havde dermed handlet culpøst, eftersom de vidste, at fordringen var bestridt og at lønmodtageren samt de andre lønmodtagere var juridisk ansat af det polske selskab.

Højesterets afgørelse (anden instans)

Ved Højesteret blev der afgivet supplerende forklaringer fra den påståede arbejdsgiver og fagforeningens næstformand, samt forklaringer fra yderligere tre polske lønmodtagere. De var alle indkaldt som vidner for fagforeningen, for at understøtte forklaringen om, at den påståede arbejdsgiver var den personlige arbejdsgiver. Alle tre kom med lignende forklaringer i forhold til problemstillingen om rette skyldner. De udtalte alle tre, at de skulle arbejde for det polske selskab, samt at ansættelseskontrakterne blev indgået i Polen. Endvidere udtalte de, at den påståede arbejdsgiver stod for udbetaling af løn mod underskrift på kvitteringer, som de ikke fik en kopi af.⁴⁹

De tre lønmodtagere var derfor alle tre juridisk ansatte af det polske selskab i Polen. De skulle dog angiveligt være blevet betalt af den påståede arbejdsgiver kontant. Dette kunne dog ikke bevises, eftersom de efter eget udsagn skrev under på kvitteringer, som de aldrig fik en kopi af. Dét at lønnen skulle have været udbetalt direkte af den påståede arbejdsgiver taler dog for, at han var den reelle arbejdsgiver, siden lønnen kom fra ham. Denne fortolkning bekræftes af udtalelser fra fagforeningens næstformand "*Det, fagforeningen har lagt til grund, er arbejdernes forklaringer over for fagforeningen, idet der ikke fandtes nogen lønsedler*".⁵⁰

⁴⁹ U 2011.596 H, s. 7f

⁵⁰ U 2011.596 H, s. 9

Næstformanden og fagforeningen mente, at der på baggrund af personsammenfaldet mellem den påståede arbejdsgiver og det polske- samt danske selskab var tale om en konstellation foretaget af den påståede arbejdsgiver med henblik på at omgå den danske udlændingelovgivning. Altså at de ansatte var pro forma ansat i det polske selskab. Den påståede arbejdsgiver udtalte sig supplerende yderligere om ejerforholdene i de forskellige selskaber, samt afviste at skulle have anvist arbejde eller at have betalt nogen af de polske arbejdere.⁵¹

Højesteret udtalte sig meget kortfattet vedrørende problemstillingen om B, hvorvidt var den korrekte skyldner. Højesteret skrev "*Højesteret tiltræder, at A som fordringshaver er ansvarlig efter konkurslovens § 28, stk. 2, og at denne bestemmelse ikke kan anvendes analogt på Malernes Fagforening Storkøbenhavn. Af de grunde, Sø- og Handelsretten har anført, tiltrædes det, at Malernes Fagforening Storkøbenhavn har pådraget sig ansvar efter almindelige erstatningsretlige regler*".⁵²

Hverken Højesteret eller Sø- og Handelsretten tager i deres præmisser eksplicit stilling til, at den påståede arbejdsgiver angiveligt skulle have betalt lønmodtageren, som konkursbegæringen byggede på, eller andre af de polske håndværkere, eller have anvist arbejde. Højesteret tiltræder dermed Sø- og Handelsrettens præmisser, der lægger vægt på den manglende dokumentation for et direkte ansættelsesforhold mellem lønmodtageren og den påståede arbejdsgiver, at udkast til overenskomst blev sendt til både det danske- og polske selskab, samt at den påståede arbejdsgiver havde gjort indsigelser imod fordrings eksistens.

Det kan dermed udledes af U 2011.596 H, at det er essentielt ved indgivelsen af en konkursbegæring, at den indgives mod rette skyldner. Et krav kan være nok så dokumenteret og reelt. Det kan dog aldrig "bestå" mod en fysisk eller juridisk person, hvis personen ikke er rette skyldner eller kan dokumenteres som det. En konkursrekvirent vil dermed som minimum være objektivt ansvarlig til at skulle betale erstatning for tab, samt som minimum godtgørelse for tort. Størrelsen af tort beløber sig generelt jf. U 2006.2013/2 H skønsmæssigt til 25.000 kroner.

⁵¹ U 2011.596 H, s. 8ff

⁵² U 2011.596 H, s. 10

3.4 Sikkerhedsstillelse i medfør af konkurslovens § 28, stk. 3

Konkurslovens § 28, stk. 3 er en speciel tilføjelse i forhold til stk. 1 og 2, som yderst sjældent anvendelse. KL § 28, stk. 3 blev kort belyst i afsnit 2.5 om bestridte fordringer. Stykke 3 er alene relevant ved problemstillingen om uberettigede konkursbegæringer, når fordringen en konkursbegæring støtter sig på er bestridt.

Konkurslovens § 28, stk. 3 foreskriver:

"Under særlige omstændigheder kan skifteretten bestemme, at en fordringshavers begæring om konkurs kun kan tages til følge, hvis der stilles en af skifteretten fastsat sikkerhed for eventuelt erstatningsansvar efter stk. 1 og 2."

Lovens ordlyd giver ikke et særlig godt indtryk af, i hvilke situationer KL § 28, stk. 3 bør anvendes i. For at fastlægge hvad "særlige omstændigheder" er, er forarbejderne til hjælp. I forarbejderne til konkursloven findes betænkning nr. 606 fra 1971 om konkurs og tvangsakkord. Heri skrives der modsat loven meget præcist, i hvilke tilfælde KL § 28, stk. 3 bør finde anvendelse.

"Det vil imidlertid undtagelsesvis kunne tænkes, at skifteretten vel på det foreliggende grundlag finder tilstrækkelig føje til at anse konkursbetingelserne for opfyldt, men dog ikke kan udelukke, at en nærmere bevisførelse f.eks. under fordringernes prøvelse kan bringe nye momenter for dagen, som kan omstøde skifterettens opfattelse. I sådanne tilfælde vil skifteretten efter udkastet kunne gå den vej at lade konkurs indtræde, men betinget af, at fordringshaveren stiller sikkerhed for et eventuelt erstatningsansvar..."⁵³

Essensen af forarbejderne er, at skifteretten skal være overbevist om, at betingelserne for konkurs i medfør af § 17 er opfyldt, på samme tid skal der være en sådan tvivl om fordringens beståen, at en prøvelse af fordringen kan ændre den overbevisning. Forarbejderne lægger op til et meget snævert anvendelsesområde for KL § 28, stk. 3.

⁵³ Bet. Nr. 606/1971, s. 89

Det gøres også klart heri, at brugen af stk. 3 ikke bør tages som en "nem udvej" frem for at lave en reel vurdering af, om betingelserne for konkurs er opfyldt, hvis der er tvivl om betingelserne for konkurs er til stede "Man bør dog udvise den yderste varsomhed for ikke at forflygtige skifterettens pligt til at prøve, om betingelserne for konkurs er til stede eller ej."⁵⁴ Fra retspraksis er der få domme vedrørende denne problemstilling. En af dem er U 1999.110 H.

Dommen omhandler To selskaber hvoraf det ene var under konkurs havde ført en inkassosag imod en skyldner. Skyldneren havde overdraget den ideelle andel af sin faste ejendom til sin hustru ved brug af gaveægtepagt. På baggrund af overdragelsen af den faste ejendom blev der indgivet to konkursbegæring med henblik på at stifte en fristdag for omstødelse i medfør af konkurslovens § 64. Skyldneren bestred de to fordringers eksistens og at konkursbetingelserne var opfyldt. Højesteret kom frem til, at skyldneren ikke havde godtgjort, at der var en sådan usikkerhed om fordringernes eksistens, at der ikke kunne afsiges konkursdekret. Etableringen af en fristdag var desuden af sådan betydning for potentiel omstødelse, at skifteretten efter fornyet behandling skulle afsige konkursdekret, såfremt betingelserne for konkurs var opfyldt og sikkerhed blev stillet i medfør af konkurslovens § 28, stk. 3.

Skifterettens kendelse (første instans)

Sagen har sit udspring med to fordringshaveres indgivelse af konkursbegæring, hvor den første blev modtaget i skifteretten den 1. august 1997. Den ene fordringshaver mente at have en fordring på baggrund af en forringet salgsværdi af nogle skibe. Derudover var der en fordring på baggrund af nogle tegningsaftaler, som skyldneren havde lavet med nogle kommanditselskaber. Der blev afholdt to skifteretsmøder, før skifteretten kom med en kendelse. Af det første skifteretsmøde den 19. august 1997 fremgår det, at skyldneren gjorde tre argumenter gældende vedrørende konkursbegæringen. Først at der ikke var foretaget en prøvelse af skibenes værdi ved syn og skøn, hvorfor fordringen kreditor støttede sig på reelt ikke bestod. Dernæst at han var insolvent og betingelserne for konkurs ikke var opfyldt, og for det tredje bestred han fristdagen.

⁵⁴ Bet. Nr. 606/1971, s. 89

Som baggrund for at insolvensbetingelserne ikke var opfyldt, fremkom skyldneren med flere oplysninger, som fordringshaveren brugte som argument for insolvens. Fordringshaveren gjorde gældende, at skyldneren havde en underbalance på 60.000 kroner, hvilket skulle betyde at skyldneren var insolvent. Underbalancen skyldtes en kassekredit, til hvilken der var stillet sikkerhed for i skyldnerens faste ejendom. Yderligere gjorde fordringshaveren gældende, at afsigelse af konkursdekret var nødvendiggjort af, at det var essentielt at stifte en fristdag i forbindelse med skyldnerens overdragelse af den ideelle andel af sin faste ejendom.⁵⁵

Skifteretten gav tre begrundelser for udsættelse af afsigelse af konkursdekret. Vedrørende problemstillingen om insolvens konstaterede skifteretten, at skyldneren ikke havde godtgjort, at han ikke var insolvent, men at *"Skifteretten finder imidlertid, at skyldneren skal have lejlighed til at dokumentere sin påstand om solvens, hvorfor sagen allerede af denne grund udsættes"*.⁵⁶ Skifteretten udviste her tilbageholdenhed med at afsige konkursdekret. Dette kan skyldes, at skifteretten på det forelæggende grundlag var i tvivl om, hvorvidt betingelserne for konkurs reelt var opfyldt hvorfor, at skyldneren skulle have en chance for at bevise sin solvens.

Yderligere vedrørende fordringernes eksistens udtalte skifteretten *"... gennem sine oplysninger om verserende retssager har fremkaldt en sådan berettiget tvivl om kravenes eksistens, at det findes rimeligt, at skyldneren får mulighed for at føre bevis for sine påstande under en konkursbehandling"*.⁵⁷ På denne baggrund mente skifteretten også, at behandling af konkursbegæringerne skulle udsættes. Slutteligt udtalte skifteretten vedrørende problemstillingen om fastsættelsen af en fristdag *" For så vidt angår indsigelsen om fristdagens fastsættelse har dette spørgsmål kun betydning, hvis der afsiges konkursdekret, og spørgsmålet skal endvidere afgøres under en omstødsessag"*.⁵⁸

Skifteretten mente, at det var nødvendigt for en korrekt afgørelse, at skyldneren havde mulighed for at redegøre nærmere for sin indsigelse. På disse baggrunde udsatte skifteretten behandling af sagen, hvilket ledte til det andet skiftemøde den 17. september 1997.

⁵⁵ U 1999.110 H, s. 1

⁵⁶ U 1999.110 H, s. 1

⁵⁷ U 1999.110 H, s. 1

⁵⁸ U 1999.110 H, s. 1

Ved det andet skifteretsmøde afgav begge parter supplerende forklaringer vedrørende problemstillingerne, hvor begge parter fastholdt deres påstande. I forhold til problemstillingen om fristdagen var skyldnerens argument, at fristdagen ikke kunne fastholdes på baggrund af manglende overholdelse af KL § 23, stk. 2, om tre dages frist til afholdelse af skifteretsmødet. Fordringshaveren gjorde gældende at *"Det er forhold, rekvirenten har været uden indflydelse på, og tredagesfristen i konkurslovens § 23, stk. 2, er nærmest en ordensforskrift."*⁵⁹

Fordringshaverens argument er i overensstemmelse med konkurslovens § 23, stk. 2, der ud fra en ordlydsfortolkning ikke fastlægger en fast regel for, at et skifteretsmøde skal afholdes inden for 3 dage efter forkyndelsen for skyldneren. Fordringshaveren gjorde endvidere gældende, at der var retlig interesse i at få afsagt konkursdekret grundet at skyldner ved overdragelsen gav sin ægtefælle en gave.

Vedrørende fordringernes eksistens og klarhed gjorde fordringshaveren gældende for fordringen til det ene selskab *"at skyldneren tegnede 4 anparter a 50.000 kr., som det fremgår af sagens bilag 1. Bilag 2 udviser en oversigt over skyldnerens indbetalinger, hvoraf fremgår, at skyldneren har betalt regelmæssigt gennem tre år."*, samt for det andet selskab *"at skyldneren tegnede 2 anparter, som det fremgår af sagens bilag 1"*.⁶⁰

Begge fordringer var blevet sendt til inkasso, men afventede prøvesager, der kørte på tidspunktet for skifteretsmødet. Skyldneren gjorde gældende for den ene fordring, at den pågældende fordringshaver (selskab under konkurs) ikke havde gjort boet op før, at en resthæftelse blev krævet indbetalt. Endvidere anførte skyldneren, at der kørte en prøvesag vedrørende den ene af fordringerne, og at der ville blive anlagt en prøvesag vedrørende den anden fordring, som fordringshaveren gjorde gældende. Betydningen af udfaldet af prøvesagerne kunne være *"Resultatet kan blive, at han måske slet intet skylder eller skylder et væsentligt mindre beløb, end påstået af rekvirenten"*.⁶¹ Skyldneren der bestred fordringernes eksistens, mente dermed, at der var berettiget tvivl om fordringernes klarhed og eksistens.

⁵⁹ U 1999.110 H, s. 2

⁶⁰ U 1999.110 H, s. 2

⁶¹ U 1999.110 H, s. 2

Til dette gjorde fordringshaveren gældende, *"Dette er helt i overensstemmelse med sædvanlig praksis i sagskomplekser af denne type, og såfremt skyldneren ikke havde overdraget en del af ejendommen til sin ægtefælle som gave uden vederlag, havde rekvirenten afventet sagernes udfald. Imidlertid har skyldneren, som det fremgår af hans forklaring, overdraget sit eneste aktiv til sin ægtefælle uden vederlag"*.⁶² Som det fremgår af faktum i sagen, var der tale om en kompleks sag, hvor domstolene på den ene side skulle veje fordringers klarhed og betingelserne for konkurs opfyldelse, samt om de skulle afvente to prøvesager for at se, om kravet som bestod.

Skifteretten begyndte deres kendelse med at fastslå, at fordringshaveren havde retlig interesse og at datoen for afholdelsen af skifteretsmødet ikke var af betydning for sagen. Skifteretten havde modtaget den første konkursbegæring den 1. august 1997, skyldneren var derimod først blevet indkaldt til møde i skifteretten den 13. august. Forkyndelsen var dermed sket væsentlig senere end den normalvis ville have været. Skifteretten konstaterede dog, at skyldnerens første processkrift var dateret den 3. august 1997. Retten var derfor af den opfattelse, at skyldneren var bekendt med konkursbegæringerne kort efter eller samtidig med indgivelsen.

Skifteretten konstaterede i den forbindelse *"I al fald på den baggrund er det uden betydning for forståelsen af fristdagen, at konkursbegæringerne først blev behandlet i et skifteretsmøde den 19. august 1997"*.⁶³ På denne baggrund havde fordringshaveren dermed også retlig interesse, eftersom omstødelse af gaveægtepagten i medfør af konkurslovens § 64 efter en konkurs ville være muligt.

Vedrørende spørgsmålet om insolvens var skifterettens vurdering todelt. Fordringshaveren havde gjort gældende, at skyldneren havde et minus på 60.000 og dermed var insolvent, til hvilket skyldneren gjorde gældende at have sikkerhed for. Retten kom derfor frem til *"Efter det oplyste om ejendommens værdi og Nørre Nebel Sparekasses pantsikkerhed i ejendommen må det lægges til grund, at denne kreditor ikke vil kunne forlange skyldneren erklæret konkurs, jfr. Konkurslovens § 20, stk. 1, nr. 3"*.⁶⁴

⁶² U 1999.110 H, s. 3

⁶³ U 1999.110 H, s. 3

⁶⁴ U 1999.110 H, s. 4

Essensen af konkurslovens § 20 er, at en skyldner ikke vil kunne blive erklæret konkurs såfremt, at en fordring er sikret ved betryggende pant. Betydningen af dette var, at bedømmelsen af insolvens alene afhang af en bedømmelse af fordringerne. Skifteretten lagde her vægt på, at der på grund af en prøvesag samt en påtænkt prøvesag var sket udsættelse i de to sager, som fordringshaverne lagde til grund for deres fordringer. Skyldneren havde i begge sager nedlagt påstand om frifindelse. Ud fra dette mente skifteretten "*Herved er skyldneren blevet bibragt en berettiget forventning om en retfærdig rettergang med fuldstændig prøvelse af hans indsigelser*".⁶⁵ På denne baggrund fandt skifteretten det betænkeligt at afsige et konkursdekret over skyldneren til trods for, at fordringshaveren ville stille sikkerhed i medfør af konkurslovens § 28, stk. 3. Skifteretten ville dermed ikke afsige konkursdekret.

Vestre Landsrets kendelse (anden instans)

Vestre Landsrets kendelse er modsat skifterettens og Højesterets meget kort. Det afgørende for landsrettens kendelse var, som set fra de andre domme vedrørende culpaansvar også er et vigtigt element, at fordringerne var bestridte. Vestre Landsret udtalte i den forbindelse i deres præmis "*I begge retssager har indkærede nedlagt påstand om frifindelse, og landsretten har ikke mulighed for at vurdere det sandsynlige udfald af disse sager*".⁶⁶ På denne baggrund mente landsretten ikke, at det omtvistede krav kunne danne grundlag for en konkursbegæring, selv mod sikkerhedsstillelse for erstatning fra fordringshaveren. Eftersom landsretten ikke kunne vurdere udfaldet af prøvesagerne, havde fordringerne dermed ikke den fornødne klarhed til at kunne danne grundlag for en konkursbegæring. Vestre Landsret stadfæstede derefter skifterettens kendelser.

⁶⁵ U 1999.110 H, s. 4

⁶⁶ U 1999.110 H, s. 4

Højesterets kendelse (tredje instans)

Ved Højesteret argumenterede parterne frem og tilbage om de allerede anførte argumenter. Herunder argumenterede parterne frem og tilbage om tolkningen af de afsagte kendelser, f.eks. hvor vidt der var taget stilling til problemstillingen om betingelserne for konkurs. Derudover om fordringshaveren fremførte et nyt argument om, at skyldneren havde udvist retsfortabende passivitet. Dette mente skyldneren var i strid med reglerne om præklusion, eftersom anbringendet efter skyldnerens opfattelse først blev bragt for Højesteret.⁶⁷ Parterne diskuterede dermed ikke alene den juridiske tvist, men samtidig de faktiske kendsgerninger i sagen. Dette berørte Højesteret ganske kort *"Der er ikke grundlag for at afskære de kærendes anbringende om passivitet, der i øvrigt har været fremsat i de tidligere instanser, jf. retsplejelovens § 393, stk. 4"*.⁶⁸

Ved afgørelsen om fordringernes klarhed lagde Højesteret ikke alene vægt på indholdet af tegningsaftalerne, men også på skyldnerens delvise opfyldelse af disse *"Efter oplysningerne om indholdet af Johannes Andersens tegningsaftaler med de to kommanditselskaber og det senere forløb, herunder hans løbende indbetalinger og de omstændigheder, hvorunder gyldigheden af aftalerne er blevet bestridt ,..."*.⁶⁹ På baggrund af både det aftaleretlige men også den delvise opfyldelse af aftalerne mente Højesteret ikke, at skyldneren kunne godtgøre en så stor usikkerhed om fordringernes eksistens, at et konkursdekret ikke kunne afsiges. Yderligere lagde Højesteret vægt på, at det var essentielt for fordringshaverne at få etableret en fristdag, eftersom dette havde betydning for en eventuel omstødelse af skyldnerens gave til sin ægtefælle.

Prøvesagernes betydning for fordringernes eksistens var for Højesteret det bærende i at anvende konkurslovens § 28, stk. 3. Højesteret udtalte i deres præmis herfor det følgende *"Da det ikke med sikkerhed kan udelukkes, at en nærmere prøvelse af fordringerne kan føre til, at disse ikke længere består, bør et konkursdekret dog betinges af, at de kærende stiller sikkerhed i medfør af konkurslovens § 28, stk. 3."*⁷⁰ Sagen blev derefter hjemvist til fornyet behandling ved skifteretten, eftersom der ikke var taget stilling til spørgsmålet om insolvens.

⁶⁷ U 1999.110 H, s. 6

⁶⁸ U 1999.110 H, s. 6

⁶⁹ U 1999.110 H, s. 6

⁷⁰ U 1999.110 H, s. 6

Ud fra praksis og faglitteratur kan det konkluderes, at det er et fåtal af situationer, hvor konkurslovens § 28, stk. 3 finder anvendelse på grund af det snævre anvendelsesområde. U 1999.110 H viser med tydelighed, at domstolene er yderst tilbageholdende med at anvende KL § 28, stk. 3, hvilket ses både i skifterettens og landsrettens præmisser for deres kendelser.

3.5 Frist for fremsættelse af krav til skifteretten jf. § 242 a

Forældelsesfristen for fremsættelse af krav i medfør af konkurslovens § 28, stk. 1 og 2 er kort sammenlignet med den almindelige forældelsesfrist. Den almindelige forældelsesfrist for fordringer er på 3 år i medfør af forældelseslovens § 3. Konkurslovens dikterer derimod, at krav i medfør af konkursloven har en frist for fremsættelse for domstolene på 3 måneder jf. KL § 242 a. Denne frist regnes fra det tidspunkt, hvor en skyldner er i stand til at gøre kravet gældende.⁷¹ Et eksempel fra retspraksis vedrørende fristen på 3 måneder er FED2011.83.

Dommen omhandler en skyldner, der var udsat for en uberettiget konkursbegæring i medfør af konkurslovens § 28, stk. 2. Skyldneren havde fået indgivet en konkursbegæring fra en fagforening, der havde indgivet den på vegne af et medlem. Skyldneren rejste et krav mod fagforeningen, men fik ikke medhold, eftersom fristen på 3 måneder jf. § 242 a ikke var overholdt.

Fokus for analysen af denne dom er brugen af KL § 242 a, og ikke alle problemstillinger der kunne rejses i medfør af dommen, bliver ikke berørt.

Byrettens afgørelse (første instans)

Den påståede skyldner anlagde sag om godtgørelse for tort mod en fagforening den 20. april 2010 på baggrund af en uberettiget konkursbegæring. I den respektive stævning og svarskrift bragte parterne anbringender for hvorfor, at konkurslovens § 28 burde og ikke burde finde anvendelse. Problemstillingen om forældelsesfrist blev først bragt ved hovedforhandlingen. Fagforeningen havde indgivet en konkursbegæring på baggrund af et bestridt krav, der på tidspunktet for indgivelsen verserede ved Tvistighedsnævnet. Efter afvisningen af konkursbegæringen på et skifteretsmøde den 22. juni 2009 afgjorde nævnet den 5. januar 2010, at kravet ikke bestod.

⁷¹ Jf. konkurslovens § 242 a

Problemstillingen byretten derefter skulle tage stilling til var, hvornår forældelsesfristen i medfør af konkurslovens § 242 a skulle regnes fra og således om fristen var sprunget. Byretten startede med at fastlægge i præmisserne; at betingelserne for konkurs ikke havde været til stede, at kravet på tidspunktet for indgivelse af konkursbegæring var bestridt, at fagforeningen ikke havde undersøgt skyldnerens økonomi for insolvens, hvilket var ansvarspådragende, samt at kravet ikke bestod jf. afgørelsen fra Tvistighedsnævnet. Betingelserne for godtgørelse for tort i medfør af KL § 28, stk. 1 og 2 var dermed til stede.⁷²

Vedrørende problemstillingen om forældelse udtalte byretten *"Imidlertid finder retten, at sagsøgeren allerede den 22. juni 2009 blev i stand til at gøre kravet gældende. Kravet blev først fremsat over for retten ved stævning modtaget den 20. april 2010"*.⁷³ Byretten regnede dermed begyndelsen for forældelsesfristen fra tidspunktet for, at konkursbegæringen indgivet af fagforeningen blev nægtet fremme under skifteretsmødet. Den påståede skyldner skulle dermed have været i stand til at gøre kravet gældende der.

Landsrettens afgørelse (anden instans)

Ved landsretten bragte parterne de samme anbringender, samt nye anbringender vedrørende for hvornår forældelsesfristen burde regnes fra. Den påståede skyldner anførte yderligere, at fagforeningen ikke var omfattet af KL § 28 jf. U 2011.596 H og således ikke var omfattet af forældelsesfristen i KL § 242 a. Den påståede skyldner havde dog anført i et anbringende for byretten, at KL § 28 burde finde direkte anvendelse over for fagforeningen.

Yderligere anførte den påståede skyldner at såfremt KL § 242 a kunne finde anvendelse, skulle en indsigelse være fremkommet i et svarskrift og ikke ved hovedforhandlingen. Dermed argumenterede den påståede skyldner for, at fagforeningen burde bindes af forhandlingsmaksimen.

Slutteligt anførtes endvidere, at kravet om tortgodtgørelse skulle støttes på princippet i KL § 28 samt erstatningsansvarslovens § 26. Såfremt KL § 242 a fandt anvendelse anførte den påståede skyldner, at forældelsesfristen burde regnes fra det tidspunkt, hvor fristen for indbringelse af nævnets afgørelse for domstolene udløb. Fristen udløb den 2. marts 2010 og skyldneren ville således med dette anbringende have indbragt sagen rettidigt.

⁷² FED2011.83, s. 1f

⁷³ FED2011.83, s. 2

Hertil anførte fagforeningen, at forældelsesfristens begyndelse burde regnes fra afvisningen af konkursbegæringen, og ikke endeligheden af Tvistighedsnævnets afgørelse. Fagforeningen støttede sig dermed til byrettens afgørelse. I forhold til anvendelsen af KL § 28 anførte fagforeningen, at KL § 28 ikke fandt direkte anvendelse eftersom, at den ikke var fordringshaver.

Landsretten startede i sine præmisser med at fastslå, at anbringendet om anvendelsen af erstatningsansvarsloven og princippet i KL § 28 var omfattet af præklusion. Anbringendet var et nyt argument fra den påståede skyldner, som byretten ikke havde taget stilling til. Vedrørende brugen af KL § 242 a udtalte landsretten, at siden den påståede skyldner støttede sig på KL § 28 kunne fagforeningen påberåbe sig KL § 242 a. Dermed var forældelsesfristen for fremsættelsen af kravet på 3 måneder jf. KL § 242 a.⁷⁴ Landsretten udtalte vedrørende forældelsesfristen "*Landsretten finder endvidere, at Nordisk Afløbs Teknik A/S blev i stand til at gøre kravet efter konkurslovens § 28 gældende over for Fagforeningen i hvert fald senest, da Tvistighedsnævnet havde afsagt kendelsen den 5. januar 2010...*".⁷⁵

Den påståede skyldner havde dermed indbragt sagen for sent jf. 3-månedersfristen i § 242 a og Landsretten frifandt på den baggrund fagforeningen. Modsat byretten fandt Landsretten, at fristen for indbringelse jf. § 242 a løb fra datoen for nævnets afgørelse, og ikke tidspunktet for dens endelighed eller skifterettens afvisning af konkursbegæringen. Ud fra byrettens og Landsrettens afgørelser kan det konkluderes, at det er en konkret vurdering ud fra en sags faktiske omstændigheder der afgør, hvornår fristen regnes fra.

I sagen havde den påståede skyldner som anbringende brugt både KL § 28, stk. 1 og 2. KL § 28, stk. 2 finder som beskrevet i afsnit 3.1. anvendelse for fordringer, der ikke består. I denne sag konkluderede Landsretten, at dette senest kunne regnes fra nævnets afgørelse og ikke afgørelsens endelighed "*Det forhold, at Tvistighedsnævnets afgørelse kunne indbringes for domstolene inden 8 uger efter nævnets afgørelse, kan ikke føre til et andet resultat*".⁷⁶

⁷⁴ FED2011.83, s. 2f

⁷⁵ FED2011.83, s. 3

⁷⁶ FED2011.83, s. 3

Umiddelbart vil fristen for forældelse almindeligvis løbe fra afvisningen af en konkursbegæring, eftersom det er her krav i medfør af KL § 28, stk. 1 og 2 kan gøres gældende. Dette er dog med ovenfor nævnte modifikation vedrørende KL § 28 stk. 2, såfremt en afgørelse for kravets beståen først kommer efter en afvisning af en konkursbegæring.

3.6 Udstrækning af personkredsen og betydningen heraf

Konkurslovens § 28, stk. 1 foreskriver, at hvis en fordringshaver har begæret konkurs kan denne ifalde et ansvar. Problemstillingen der kan rejses fra dette er, hvis en tredjemand (mandatar) på en fordringshavers vegne har begæret konkurs. Dette har Højesteret taget stilling til i dommen U 2011.596 H. Dommen er refereret i afsnit 3.3.

En fagforening havde indgivet en konkursbegæring mod en påstået skyldner på vegne af en lønmodtager. Problemstillingen var derfor, hvor vidt fagforeningen ligesom lønmodtageren var omfattet af konkurslovens § 28. Sø- og Handelsretten udtalte i den forbindelse *"Hverken forarbejder eller litteratur til konkurslovens § 28 støtter en udvidende fortolkning af ordet >> fordringshaver<<. Retten finder derfor, at det alene er kreditor, der kan gøres ansvarlig efter konkurslovens § 28, stk. 1. ... Der findes heller ingen holdepunkter ... der støtter et synspunkt om, at lovgiver ved sit ordvalg af >>den, der begærede konkurs<< i konkurslovens § 28, stk. 2, har tilsigtet en udvidelse af personkredsen fra stk. 1 til stk. 2."*⁷⁷

Sø- og Handelsretten slog dermed fast, at KL § 28 alene finder anvendelse på en fordringshaver, og at en tredjemand ikke er omfattet heraf. Sø- og Handelsretten mente derimod, at tredjemand er omfattet af dansk rets almindelige regler for erstatning *"Bisidderes, fuldmægtiges og andres ansvar må derfor afgøres efter de almindelige erstatningsretlige regler og evt. efter anden lovgivning, der måtte regulere den pågældende persongruppe"*.⁷⁸

Sø- og Handelsrettens juridiske vurdering blev tiltrådt af Højesteret uden ændringer, *"Højesteret tiltræder, at A som fordringshaver er ansvarlig efter konkurslovens § 28, stk. 2, og at denne bestemmelse ikke kan anvendes analogt på Malernes Fagforening Storkøbenhavn. Af de grunde, Sø- og Handelsretten har anført, tiltrædes det, at Malernes Fagforening Storkøbenhavn har pådraget sig ansvar efter almindelige erstatningsretlige regler"*.⁷⁹

⁷⁷ U 2011.596 H, s. 6

⁷⁸ U 2011.596 H, s. 6

⁷⁹ U 2011.596 H, s. 10

Betydningen af om tredjemand er omfattet af konkurslovens § 28, har også en effekt på muligheden for godtgørelse for tort. Sø- og Handelsretten udtalte *"Da der efter dansk rets almindelige erstatningsregler ikke kan tilkendes godtgørelse for tort, frifindes MFS for dette beløb"*.⁸⁰

Ved Højesteret blev anbringendet om tort ikke bragt igen af den påståede skyldner i sagen. Højesteret udtalte således *"B's påstand og anbringender for Højesteret må forstås således, at han ikke over for Malernes Fagforening Storkøbenhavn har gentaget sit krav om godtgørelse for tort. Højesteret skal derfor ikke tage stilling til, om et sådan krav ville kunne imødekommes med støtte i princippet i konkurslovens § 28, stk. 1, eller i medfør af erstatningsansvarslovens § 26"*.⁸¹

Højesterets bemærkninger kan så tvivl om, hvorvidt godtgørelse for tort vil kunne pålægges tredjemand i medfør af princippet i konkurslovens § 28, stk. 1. Brugen af erstatningsansvarsloven er derimod mere sandsynlig, eftersom ordlyden af EAL § 26 foreskriver at *"den, der er ansvarlig for en retsstridig krænkelse..."*.⁸² I både dommen U 2011.596 H og FED2011.83 var det en tredjemand, der på vegne af fordringshaveren indgav en konkursbegæring. Domstolene har dog i begge sager ikke taget stilling til, hvorvidt EAL § 26 kan anvendes.

Retsstillingen er med Højesterets afgørelse fastlagt. Konkurslovens § 28 finder alene anvendelse overfor fordringshaveren. Betydningen heraf er, at en tredjemand alene kan ifalde ansvar såfremt, at de almindelige betingelser for erstatning er opfyldt eller på baggrund af lex specialis.

⁸⁰ U 2011.596 H, s. 7

⁸¹ U 2011.596 H, s. 10

⁸² EAL § 26

3.7 Den økonomiske dækning i medfør af konkurslovens § 28

En af de essentielle problemstillinger der er i forbindelse med behandlingen af konkurslovens § 28, er udstrækningen af dækningen, som er hjemlet i medfør af konkurslovens § 28, stk. 1. Heri er hjemlet erstatning for tab og godtgørelse for tort som beskrevet i afsnit 3.1. Problemstillingen er derefter, hvad der påregnes som tab, størrelsen af godtgørelse og hvad der tillægges som sagsomkostninger samt betydningen heraf. Disse problemstillinger kan besvares gennem retspraksis.

3.7.1. Godtgørelse for tort

Konkurslovens § 28, stk. 1 hjemler alene godtgørelse for tort, men siger intet om beløbets størrelse. Et svar på hvad størrelsen af godtgørelsen for tort bør være, findes der heller ikke i forarbejderne til konkursloven.⁸³ Størrelsen må dermed udledes fra retspraksis på området. Af nyere retspraksis på området der fastlægger denne problemstilling, er U 2006.2013/2 H der blev beskrevet i afsnit 3.2. Her blev skyldneren tilkendt 25.000 i godtgørelse for tort. Denne dom kan anses for en rettesnor for fremtidige afgørelser.

I dommen U 2018.1824 Ø søgte skyldneren at få 25.000 kr. i godtgørelse for en uberettiget konkursbegæring. Fordringshaveren i denne sag havde dog ikke handlet culpøst ved indgivelsen, hvorfor skyldneren ikke fik tilkendt godtgørelse. I dommen SH2016.P-22-15 søgte skyldneren også om 25.000 kr. i godtgørelse for tort, hvilket Sø- og Handelsretten efterkom i deres afgørelse. Det samme beløb ses krævet i dommen FED2011.83, hvor skyldneren søgte om 25.000 kr. i godtgørelse. Denne sag blev som i tidligere afsnit beskrevet afvist, eftersom skyldneren havde anlagt sagen efter 3 måneders fristen jf. KL § 242 a.

I dommen U 2011.596 H søgte den påståede skyldner om en godtgørelse for tort på 50.000. I sagen var der både lønmodtageren (fordringshaveren) og en fagforening, der på vegne af lønmodtageren havde indgivet den uberettigede konkursbegæring. I den forbindelse dømte Sø- og Handelsretten alene lønmodtageren ansvarlig og frifandt fagforeningen i problemstillingen om tort. Her fik den påståede skyldner tilkendt 10.000 i godtgørelse for tort, hvilket Højesteret stadfæstede.

⁸³ Bet 606/1971 s. 88ff

Præmisserne fra domstolene giver ikke meget forklaring på hvorfor, at godtgørelsen alene blev sat til 10.000 og ikke 25.000 kr. i denne sag. Sø- og Handelsretten udtalte alene "*Erstatningen for tort fastsættes herefter skønsmæssigt til 10.000 kroner*".⁸⁴ En bedømmelse Højesteret tiltrådte med ordene "*Højesteret tiltræder, at A i medfør af konkurslovens § 28, stk. 2, jf. stk. 1, er blevet pålagt at betale en godtgørelse for tort med 10.000 kr.*".⁸⁵

Ud fra retspraksis kan det dermed konkluderes, at en godtgørelse for tort som hovedregel må ligge på 25.000 kroner. Der kan dog som set i U 2011.596 H være tilfælde, hvor godtgørelsen for tort fastlægges under dette beløb.

3.7.2. Tab og sagsomkostninger

Udover tort er erstatning for tab hjemlet i konkurslovens § 28, stk. 1. Problemstillingen heri er, hvad der påregnes som tab og hvilken betydning dette har i forbindelse med sagsomkostninger. Bevisbyrden for tab og årsagsforbindelsen til den uberettigede konkursbegæring påhviler den, der frembringer kravet. Ved uberettigede konkursbegæring vil dette som hovedregel være skyldneren.⁸⁶

For at forstå hvad der påregnes og ikke påregnes som tab, findes der fra retspraksis gode eksempler på, hvorledes domstolene behandler denne problemstilling. I dommen U 2011.596 H opgjorde den påstående skyldner sit samlede tab til 368.172,11 kr. Den påståede skyldner havde dog begrænset påstandsbeløbet til 278.315,98 kroner. Beløbet var fordelt ud fra følgende tab; advokatomkostninger 81.322 kr., juridisk hjælp fra en udenlandsk advokat på 18.745 kr., bistand fra revisor på 15.748,92 kr., faktura til fra det polske selskab på 134.343,75 kr. for bistand til møder, papirarbejde mv., tolkebistand opgjort til 30.513,13 kr., samt tabt arbejdsfortjeneste på ca. 150 timer skønsmæssigt fastsat til 37.500 og tort på 50.000 kr.

Den påståede skyldner havde dermed efter eget udsagn brugt betydelige summer på at afværge den uberettigede konkursbegæring.

⁸⁴ U 2011.596 H, s. 7

⁸⁵ U 2011.596 H, s. 10

⁸⁶ Lindenchrone Petersen, Lars, and Anders Ørgaard. *Konkursloven med kommentarer*. Elektronisk udgave; 14. udgave. Kbh: Karnov Group, 2018. Print. KL § 28 (afsnit 4. Skaden)

Højesteret tog særskilt stilling til hver del af den påståede skyldners tabsopgørelse. Vedrørende udgifterne til advokater i Danmark og Polen til behandling af konkursbegæringen i skifteretten fastslog Højesteret *"Udgifterne til dansk og polsk advokat i forbindelse med behandlingen af konkursbegæringen i skifteretten kan alene kræves erstattet efter almindelige principper for fastsættelse af sagsomkostninger"*.⁸⁷ Udgiften til advokaterne fastsatte Højesteret herefter skønsmæssigt til 50.000. Advokatomkostninger til skifteretten og Højesteret blev sat samlet til 60.000 kroner.

Den påståede skyldners krav på revisorbistand fandt retten ikke havde årsagsforbindelse til sagen, og frifandt fagforeningen og lønmodtageren af den grund for det krav. Vedrørende fakturaen fra det polske selskab fastsatte Højesteret beløbet skønsmæssigt til 20.000 kroner for ophold til vidner, der tog til Danmark. For kravet til tolkebistand tilkendtes 24.410,50 kr. Kravet om tabt arbejdsfortjeneste anså Højesteret for at være frafaldet og tog derfor ikke stilling til det. Sø- og Handelsretten udtalte vedrørende tabt arbejdsfortjeneste at *"Kravet på tabt arbejdsfortjeneste på 37.500 kr. er hverken dokumenteret eller sandsynliggjort, ligesom der normalt ikke tilkendes omkostninger for tidsforbrug til varetagelse af egne interesser, medmindre der kan godtgøres et økonomisk tab"*.⁸⁸ Den påståede skyldner fik herefter samlet tilkendt 94.410,50 kr. i erstatning samt 10.000 i tort fra lønmodtageren.

Den påståede skyldner fik med Højesterets afgørelse tilkendt et betydeligt mindre beløb end det, der blev søgt i den oprindelige påstand. Endvidere fastslog Højesteret, at udgifter til advokater alene kan dækkes efter principperne for sagsomkostninger. Ud fra de oplyste tab og tidsforbrug fra skyldneren kan det ikke siges, at den påståede skyldner blev erstattet de tab/udgifter, han havde haft. Den samlede tilkendte erstatning med godtgørelse for tort kunne dække de oplyste omkostningerne til advokater, men ikke dække nogen af de andre oplyste tab.

Vedrørende problemstillingen om hvornår sagsomkostninger bør tilkendes jf. KL § 247, fremgår det af litteratur og retspraksis, at det alene bør ske efter procedure, hvor der har været tvist om fordringen eller konkursbegæringen. Ellers bør der som hovedregel alene tilkendes mødesalær samt salær for udarbejdelse af konkursbegæring.⁸⁹

⁸⁷ U 2011.596 H, s. 10

⁸⁸ U 2011.596 H, s. 7

⁸⁹ Lindenchrone Petersen, Lars, og Anders Ørgaard. *Konkursloven med kommentarer*. Elektronisk udgave; 14. udgave. Kbh: Karnov Group, 2018. Print. KL § 247

Fra retspraksis er eksempelvis FM 2011.136, hvor Landsretten forhøjede et beløb fastsat af skifteretten til 25.000 kroner i sagsomkostninger på baggrund af sagens omfang, karakter og udfald.

Et andet eksempel med betydning for forståelsen af tabsopgørelsen er SH2016.P-22-15. Skyldneren havde i sagen stævnet med påstand om betaling af 575.999,93 kr. i erstatning samt 25.000 kr. i godtgørelse for tort. Af dette beløb var 100.749,93 kr. til advokatomkostninger, revisionsomkostninger på 50.250 kr., egen tid og produktionstid mv. fastsatte skyldneren skønsmæssigt til 125.000 kr., samt manglende kredit og levering på 300.000 kr. på baggrund af fordringshaverens kontakt til skyldnerens leverandører. Skyldneren udtalte vedrørende beløbet til sagsomkostninger *"I de ovenfor anførte advokatomkostninger på i alt DKK 125.749,93 er der fratrukket de tilkendte og betalte sagsomkostninger til FrbVinduet på DKK 25.000 incl. moms"*.⁹⁰

Sø- og Handelsretten udtalte følgende vedrørende kravet til advokat- og revisionsomkostninger *"Skifteretten har i forbindelse med behandlingen af konkursbegæringen truffet afgørelse om omkostningerne. Da udgifter til advokat i forbindelse med behandlingen af konkursbegæring i skifteretten alene kan kræves erstattet efter almindelige principper for fastsættelse af sagsomkostninger, jf. U 2011.596 H, finder retten, at der ikke er grundlag for at tilkende FRBVINDUET ApS yderligere beløb. Det samme antages at gælde udgifter til revisor"*.⁹¹ Dommen fra Sø- og Handelsretten illustrerer rækkevidden af U 2011.596 H. Skyldneren havde fået tilkendt sagsomkostninger af skifteretten, og kunne således ikke få tilkendt flere i forbindelse med anlæg af sagen for godtgørelse for tort og yderligere erstatning. Endvidere i denne sag bedømte Sø- og Handelsretten at revisionsomkostninger måtte antages for, at være inkluderet i sagsomkostninger.

⁹⁰ SH2016.P-22-15, s. 4

⁹¹ SH2016.P-22-15, s. 6

For de andre krav rejst af skyldneren udtalte retten "*For så vidt angår >>egen tid, produktionstab mv. og manglende kredit og levering<< er kravene udokumenterede. Da Morsø Specialister & Tømrer ApS har rette henvendelse til andre leverandører, finder retten dog ikke helt at kunne afvise, at FRBVINDUET ApS har lidt tab i form af kreditspilde. I mangel af nærmere dokumentation herfor fastsættes dette skønsmæssigt til 25.000 kr.*".⁹²

Skyldneren fik endvidere tilkendt 25.000 i godtgørelse for tort, samlet 50.000 kroner hvilket ligesom U 2011.596 H er langt under påstandsbeløbet. For de dokumenterede omkostninger til advokat- og revisionsomkostninger på samlet 157.999,93 DKK efter tilkendelse af sagsomkostninger fik skyldneren alene dækket ca. 31% af det samlede beløb, når tort tælles med.

3.7.3. Konklusion på den økonomiske udstrækning

På baggrund af de to eksempler fra retspraksis kan det det følgende konkluderes. Der er et stort tidsforbrug og store omkostninger forbundet med afværgelse af en uberettiget konkursbegæring. Endvidere er dækningen for tab begrænset til eksempelvis; tabt arbejdsfortjeneste, ophold for vidner, kreditspilde mv. Domstolene er yderst tilbageholdende med at tilkende erstatning, hvilket kan tyde på, at det er svært at løfte bevisbyrden for disse tab.

De største dokumenterbare omkostninger, hvilket er til advokater og revision, dækkes derimod som sagsomkostninger jf. KL § 247 og omfattes dermed ikke som tab i erstatningsretlig forstand. Dette er udgifter, som en juridisk person eller fysisk person ud fra retspraksis sandsynligvis ikke vil få dækket fuldstændigt. Tort som burde være "et plaster på såret", kan ud fra retspraksis bruges på at dække de omkostninger til advokat og revision, der ikke dækkes af tilkendte sagsomkostninger fra domstolene.

⁹² SH2016.P-22-15, s. 6

3.8 Skræmmekonkursbegæringer

Skræmmekonkursbegæring er et insolvensretligt udtryk, der dækker over en problemstilling, der er i forbindelse med kravene til konkursbegæringer og KL § 28. Hvad begrebet skræmmekonkursbegæring dækker over, er brugen af konkursloven som et våben. Hensigten med en skræmmekonkursbegæring ligger i ordets bogstavelige forstand. Formålet med den er at skræmme en skyldner til at indfri en fordring eller få indgivet en konkursbegæring imod sig. Formålet med en konkursbegæringens anvendelse er at bruge den mod skyldnere, når betingelserne i KL § 17 er opfyldt. En skyldners ikketilstedeværende vilje til at betale er derfor ikke en gyldig grund til, at indgive en konkursbegæring når denne ellers er betalingsdygtig. Konkursloven skal derfor ikke bruges som individualforfølgning forklædt som universalforfølgning. Et andet formål udover at få en ikke samarbejdsvillig skyldner til at betale, kan være at få et indblik i skyldnerens økonomi, og eventuelt få en insolvenserklæring. I stedet for at undersøge en skyldners forhold, er skifteretsmødet en relativ nem og billig måde at få indblik i skyldnerens forhold på.⁹³

Problemstillingen om skræmmekonkursbegæringer er ikke ny. Den er således også behandlet i betænkning nr. 606/1971. Heri skrev man "*Man har overvejet at give adgang til at kræve sikkerhedsstillelse allerede ved begæringens modtagelse for derved at søge at undgå konkursbegæringer, der kun er tænkt anvendt som incassationsmiddel; men man tvivler på, at det vil have den ønskede virkning, dersom sikkerhedsstillelsen skal gives tilbage, hvis konkurs ikke indtræder*".⁹⁴ Der overvejedes dermed en mulig løsning i forarbejderne. Problemet var, og er dog, at sikkerhedsstillelse ikke kan kræves for afholdelse af skifteretsmøde. Såfremt konkursdekret ikke afsiges, kan en eventuel sikkerhedsstillelse kræves tilbage af fordringshaveren.

⁹³ Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars: *Insolvensprocesret* (2018) s. 105f & Jakobsen, Susanne og Schiøtz, Peter: *Konkursprocessen* (2008), s. 18

⁹⁴ Bet nr. 606/1971

Som beskrevet i tidligere afsnit er konsekvenserne ved at få indgivet en konkursbegæring imod sig store. Ikke alene er der et stort tidsforbrug i forbindelse med afværgelse, men der er også store økonomiske udgifter forbundet hermed. Man kan derfor ikke tage let på at få indgivet en konkursbegæring imod sig, og ikke alene på baggrund af konsekvenserne ved afsigelsen af et konkursdekret.

Fra den tidligere gennemgåede retspraksis, er der et godt eksempel på en skræmmekonkursbegæring. Dette er U 2011.596 H, hvor den påståede skyldner fik et brev med påstand om betaling af en fordring på 44.282, med en frist på 3 dage og en trussel om indgivelse af konkursbegæring, såfremt betaling ikke fandt sted. Som gennemgået ved analysen af dommen gjorde fagforeningen i sagen ingen bestræbelser på, at undersøge den påståede skyldners økonomi.

Fagforeningens næstformand udtalte i retten *"Han fasthold kravet, uanset det blev bestridt, idet det plejer MFS at gøre. De fleste krav løses uden en konkursbegæring ved telefonisk henvendelse til arbejdsgiver. Der indgives kun konkursbegæring mod selskaber, der ikke har en overenskomst, idet MSF ellers anvender det arbejdsretlige system"*.⁹⁵

Ovennævnte er et klart eksempel på en skræmmekonkursbegæring, og formålet hermed. Fagforeningen ville bruge truslen om en konkursbegæring til at få en ikke betalingsvillig "arbejdsgiver" til at betale, eller få besværet med at få indgivet en konkursbegæring imod sig. Yderligere fremgår det af formandens udtalelser, at fagforeningen alene ville indgive begæringerne imod selskaber, der ikke havde en overenskomst. Formålet har dermed ikke været at bruge konkursbegæringen i overensstemmelse med konkursloven, men derimod at bruge den som et våben.

Løsningen på problemstillingen med skræmmekonkursbegæring og indgivelsen af uberettigede konkursbegæring er, hvad konkursloven skulle dække i medfør af § 28. Som gennemgået i afsnit 3.7 er den økonomiske dækning dog ikke så omfattende, at den reelt kan afskrække en stærk kreditor, eller sikre en skyldner mod omkostninger ved det uberettigede retsskridt.

⁹⁵ U 2011.596 H, s. 4

3.8 Brud på god advokatskik ved indgivelse af uberettiget konkursbegæring

For advokater pålægges der et særligt ansvar i form af de advokatetiske regler. Advokater, der indgiver uberettigede konkursbegæring, kan derfor ifalde ansvar i medfør af brud på de advokatetiske regler og retsplejelovens § 126.

For at undgå at ifalde et ansvar efter de advokatetiske regler, skal en advokat undersøge skyldnerens forhold. Hertil har en advokat nogle muligheder. Såfremt at der er tvivl om, hvorvidt insolvensbetingelserne er opfyldt, kan advokaten rette henvendelse til skyldneren og redegøre for hvorfor, at han mener betingelserne for insolvens er opfyldt i forhold til den pågældende fordring. I meddelelsen kan advokaten gøre opmærksom på, at udeblivende betaling kan bestyrke mistanken om insolvens. Hvis skyldneren ikke svarer, eller betaler, kan en advokat i forhold til god advokatskik formode at betingelserne for konkurs er tilstede.

En advokat skal endvidere sikre sig, at inkassoloven overholdes, eftersom indgivelse af konkursbegæring er omfattet heraf. For at inddrive en fordring, bør der derfor sendes en påkravsskrivelse i medfør af inkassolovens § 10 først. Såfremt retten til omstødelse vil bortfalde og ikke være mulighed, hvis der skal sendes en påkravsskrivelse først, kan der indgives en konkursbegæring i stedet.⁹⁶

Retspraksis for brud på god advokatskik

Et eksempel fra retspraksis, hvori en advokat dømmes for brud på god advokatskik i forbindelse med indgivelsen af en uberettiget konkursbegæring, er dommen U 2002.2640 H.

Sagen omhandler en advokat, der indgav en uberettiget konkursbegæring på baggrund af en bestridt fordring. Advokaten blev ved Højesteret dømt for brud på god advokatskik, ved ikke at have sendt en påkravsskrivelse i medfør af inkassolovens § 10. Advokatnævnets kendelse blev derefter stadfæstet med en bøde på 2.500 kroner til advokaten.

⁹⁶ Jakobsen, Susanne og Schiøtz, Peter: *Konkursprocessen*, (2008), s. 24f & Kuld Hansen, Torben og Lindencrone Petersen, Lars: *Insolvensprocesret*, (2018), s. 105f

Problemstillingen om bruddet på god advokatskik opstod af, at advokaten på baggrund af en bestridt fordring havde indgivet en uberettiget konkursbegæring, der blev afvist af skifteretten på grund af manglende klarhed og mangel på opfyldelse af betingelserne for insolvens. Advokaten blev herefter af Advokatnævnet ved kendelse pålagt en bøde for tilsidesættelse af god advokatskik. Advokaten lagde følgende til grund for, at konkursbegæringen skulle have været berettiget; indsigelserne var ikke konkret begrundet i forhold til den specificerede faktura, at der var foretaget de fornødne undersøgelser for insolvens, samt at advokaten var blevet instrueret i inddrivningen af en fordring for en anden end klienten, men samme skyldner der senere blev sat i bero.

Advokatnævnet gjorde gældende, at fordringen var bestridt før indgivelsen af konkursbegæringen, samt at skyldneren havde anmodet om yderligere oplysninger om kravet. Endvidere gjorde de gældende, at advokaten ikke havde foretaget de fornødne undersøgelser, samt at advokaten ikke kunne nøjes med oplysninger fra fordringshaveren. Slutteligt gjorde de gældende, at advokaten fejlagtigt skulle have angivet et revisionselskab (anden fordringshaver) som en klient.⁹⁷

Landsretten tog stilling til hver af de tre rejste problemstillinger i advokatnævnets kendelse. Vedrørende indsigelser udtalte retten *"Sagsøgeren findes ikke forud for indgivelsen af konkursbegæringen at have modtaget indsigelser, der gav grundlag for en sådan usikkerhed om fordringens eksistens, at indgivelsen af konkursbegæring var i strid med god advokatskik. Efter de afgivne forklaringer lægges det endvidere til grund, at de oplysninger, som sagsøgeren under mødet den 20. juli 1998 fik af registreret revisor Anni Foli, i den konkrete situation var tilstrækkelige som grundlag for konkursbegæringen"*.⁹⁸

Landsretten frifandt på denne baggrund advokaten for de to problemstillinger om, hvorvidt advokaten havde foretaget de fornødne undersøgelser for solvens, og at indsigelserne skyldneren kom med, ikke havde været tilstrækkelige. Vedrørende problemstillingen om hvorvidt advokaten havde handlet korrekt i forhold til den anden fordringshaver, mente landsretten, at advokaten havde haft grund til at tro, at fordringen var overgivet til ham for at inddrive den. Landsretten ophævede på denne baggrund Advokatnævnets kendelse.

⁹⁷ U 2002.2640 H, s. 1f

⁹⁸ U 2002.2640 H, s. 2

Ved Højesteret fik Advokatnævnet tilladelse til at bringe et nyt argument. Dette var, at advokaten havde handlet i strid med god advokatskik, da advokaten ikke havde sendt en påkravsskrivelse i medfør af inkassolovens § 10 før indgivelsen af konkursbegæringen. Yderligere begrænsede nævnet sin påstand vedrørende problemstillingen om, hvorvidt advokaten skulle have handlet på vegne af nogen, der ikke var hans klient. For Højesteret blev der endvidere givet supplerende forklaringer om skyldnerens økonomiske situation, samt nye forklaringer fra Arbejdernes Landsbank, skyldnerens advokat samt advokaten sagen drejede sig om.⁹⁹

Højesteret lagde ligesom i tidligere gennemgået retspraksis vægt på, at kravet samt størrelsen heraf som fordringen beroede på, var bestridt af skyldneren. Endvidere havde skyldnerens advokat anført, at skyldneren ikke var insolvent og betingelserne for konkurs dermed ikke var opfyldt. Højesteret mente, at advokaten på denne baggrund burde have foretaget en nærmere undersøgelse af skyldnerens økonomi *"Særligt om insolvensbetingelsen bemærkes, at det efter de foreliggende regnskabsmæssige oplysninger måtte fremstå som særdeles tvivlsomt, om denne betingelse for afsigelse af konkursdekret var opfyldt"*.¹⁰⁰ Højesterets vurdering af om der var foretaget de fornødne undersøgelser, var dermed omvendt af Landsrettens.

I forhold til Advokatnævnets nye påstand udtalte Højesteret slutteligt *"Ved at have indgivet konkursbegæring uden forinden at have foretaget nærmere undersøgelser og uden forinden at have afsendt påkravsskrivelse i overensstemmelse med inkassolovens § 10 har advokat Eivind Kramme efter Højesterets opfattelse tilsidesat god advokatskik"*.¹⁰¹ Herefter stadfæstede retten Advokatnævnets kendelse.

Konsekvensen af Højesterets praksis er, at en advokat kan idømmes bøder for brud på god advokatskik ved indgivelse af uberettigede konkursbegæring, og ved manglende overholdelse af inkassolovens § 10. Denne afgørelse er i overensstemmelse med den senere afgørelse U 2011.596 H, hvor blandt andet problemstillingen om udstrækningen af personkredsen for KL § 28 blev behandlet.

⁹⁹ U 2002.2640 H, s. 3

¹⁰⁰ U 2002.2640 H, s. 3

¹⁰¹ U 2002.2640 H, s. 3

Dette blev uddybet i afsnit 3.6. Eftersom advokater som persongruppe er reguleret af de advokatetiske regler, ifalder de ansvar efter dette til forskel fra f.eks. fagforeninger, der derimod er ansvarlige efter dansk rets almindelige regler.

3.8.1. Brud på god advokatskik og muligheden for tortgodtgørelse

En problemstilling der står ubesvaret tilbage ud fra den gennemgåede retspraksis er, hvor vidt advokater eller andre mandatarer kan pålægges at betale godtgørelse for tort. Ud fra tidligere analyse af U 2011.596 H kan KL § 28 ikke udstrækkes udover fordringshaveren. En dom, der tager stilling til dette, er FED1996.595. Fokus ved analysen vil alene berøre problemstillingen om godtgørelse for tort.

Dommen omhandler blandt andet en advokat, der indgav en uberettiget konkursbegæring i strid med de advokatetiske regler. Advokaten blev ved retten dømt for brud på de advokatetiske regler og pålagt at betale tort.

Advokaten var ved en kendelse fra Advokatnævnet idømt en bøde på 2.500 kroner. Dette var på baggrund af, at advokaten ikke havde undersøgt skyldnerens økonomiske forhold nærmere, og at konkursbegæringen havde karakter af "at fastslå konkursrekvirentens krav samt skyldnerens insolvens".¹⁰² Skyldneren havde på denne baggrund nedlagt påstand om godtgørelse for tort på 50.000 kr. i medfør af EAL § 26, jf. KL § 28.

I landsrettens præmisser blev der ikke alene lagt vægt på Advokatnævnets kendelse, men også den fremlagte bevisførelse "Der er heller ikke forelagt landsretten nærmere dokumentation for, hvilke undersøgelser han foretog, inden truslen blev fremsat, og inden konkursbegæringen blev indgivet - efter sit indhold med det formål at fastslå kravet og appellants insolvens".¹⁰³ Landsretten fastslog hermed, at advokaten havde handlet i strid med konkursloven. Endvidere lagde retten vægt på, at konkursbegæringen blev trukket tilbage efter forevisning af checks fra skyldneren.

¹⁰² FED1996.595, s. 2

¹⁰³ FED1996.595, s. 3

Retten konkluderede med følgende ”Under disse omstændigheder findes advokat C at have pådraget sig et selvstændigt ansvar som følge af konkursbegæringens indgivelse. Appellanten findes i forbindelse hermed at være påført en retsstridig krænkelse og har derfor krav på godtgørelse for tort. Efter omstændighederne, navnlig at konkursbegæringen blev tilbagekaldt under det første møde i skifteretten, fastsættes godtgørelsen til 5.000 kr.”.¹⁰⁴

Det er essentielt at bemærke i forhold til størrelsen af godtgørelsen for tort, at FED1996.595 er afsagt før, at de tidligere i specialet analyserede domme er. Landsretten skrev ikke direkte i deres præmisser under hvilken lov, at advokaten ifaldt ansvar, kun at advokaten gjorde det. Ud fra U 2011.596 H er det konkluderet af Højesteret, at KL § 28 alene gælder for fordringshaveren. Dette betyder dog ikke, at EAL § 26 ikke vil kunne bruges. Ud fra en fortolkning af landsrettens præmisser i FED1996.595 kan det formodes, at Landsretten dømte i medfør af EAL § 26. Om dette var selvstændigt eller i samspil med KL § 28 kan ikke siges. I dag ville størrelsen af godtgørelsen for tort nok lægge tættere på Højesterets praksis, såsom U 2006.2013/2 H, samt anden praksis og dermed være højere.

3.9 Retspolitisk afsnit: Er dækningen jf. § 28 tilfredsstillende i forhold til uberettigede konkursbegæring?

Efter at have arbejdet med emnet uberettigede konkursbegæring og udstrækningen heraf er der visse problemstillinger, der er opstået ud fra retspraksis, som loven ikke giver svar på i forhold til udstrækningen af dækning. Konkursloven hjemler erstatning for tab og godtgørelse for tort. Den største beviselige udgift i form af advokatomkostninger skal jf. U 2011.596 H erstattes efter principperne for sagsomkostninger. Ud fra SH2016.P-22-15 kan det formodes, at udgifter til revision også hører herunder.

Fra den gennemgåede retspraksis er der andre tab, som skyldnerne har haft svært ved at løfte bevisbyrden for. Ses der isoleret på udgiften til advokater, er tilkendte sagsomkostninger ikke dækkende. En part der er udsat for en uberettiget konkursbegæring, står dermed med en udgift, der ikke er nogen fuldstændig dækning for. Lovgiver har lavet en erstatningsregel i form af KL § 28, men de ovennævnte problemstillinger er ikke omfattet jf. retspraksis.

¹⁰⁴ FED1996.595, s. 3

Den dækning af sagsomkostninger, der tilkendes ud fra retspraksis og tilkendt godtgørelse, er dermed til den stærke fordringshavers fordel. Tort, som burde anses for en godtgørelse der lægger udover tab, vil almindeligvis blive brugt til at betale den reelle udgift til advokat- og revisorregninger.

En løsning på denne problemstilling ville være en ændring af KL § 28, stk. 1. En sådan ændring kunne være *"Har en fordringshaver begæret konkurs, uden at betingelserne for konkurs var opfyldt, og kunne dette være undgået ved fornøden agtpågivenhed, skal han betale skyldneren erstatning for tab, beviselige omkostninger og godtgørelse for tort uden hensyn til, om konkurs er indtrådt"* (Understregningen er ændringen).¹⁰⁵ Ved fortolkningstvivel vil domstolene normalt se på forarbejderne til en lov, for at finde ud af hvad lovgivers intention var. Heri kunne der skrives, at hensigten med "beviselige omkostninger" var at dække udgifter til advokat og revisor. Dette ville ændre retsstillingen således, at de mest beviselige udgifter ville blive dækket i medfør af KL § 28. Dette ville ikke ændre på retsstillingen om, at en skyldner stadig skal kunne bevise tab som for eksempel tabt arbejdsfortjeneste, produktionstab og kreditspilde. Dermed ville en fordringshaver ikke pr. automatik være ansvarlig for en lang række til tider ud fra retspraksis udokumenterede tab. Formålet med ændringen ville være at yde en bedre og mere fyldestgørende beskyttelse af en skyldner mod uberettigede retsskridt fra en fordringshaver.

Konkurslovens § 28 viser, at lovgivningsmagten har ville markere, at konkurs er et specielt område. Der er lovhjemlet erstatning og godtgørelse for tort, og med god grund. Ved indgivelsen af en konkursbegæring er en skyldner underlagt et enormt pres. Bliver man erklæret konkurs, har det enorme konsekvenser, uanset om der er tale om en person eller juridisk person. Der er mange områder, hvor man har brug for en advokat. Konkurs er dog et specialiseret område, hvor presset for den konkursbegærede er helt specielt. Eftersom lovgivningsmagten har lavet en erstatningsregel, burde en sådan ændring til reglen tilføjes for at få lovgivningsmagtens hensigt til at fremstå klart og utvetydigt.

¹⁰⁵ KL § 28, stk. 1

En indvending imod ændringen som foreslået kunne være, at ændringen ville være en glidebane for, at en sådan ændring også burde ske inden for anden *lex specialis*. I forbindelse med en almindelig retssag har en part også omkostninger. En skyldner kunne også uberettiget være udsat for arrest af fogedretten, om end dette ville være sjældenhed. Forskellen på disse er, at presset og konsekvenserne er anderledes. Derfor vil en ændring af konkurslovens § 28 være passende.

4. Perspektivering til arrest

Inden for dansk ret har en fordringshaver udover muligheden for at indgive en konkursbegæring muligheden for, at bruge arrest imod en skyldner. Reglerne om konkursbegæring og arrest har visse ligheder men også forskelle. Lighederne er dog så store, at det giver mening at sammenligne ikke bare reglerne for brug af arrest, men også udstrækningen af dækning for en uberettiget arrest.

4.1. Anvendelsesområde, ligheder og forskelle

Reglerne for anvendelsen af arrest findes i Retsplejelovens (RPL) kapitel 56. Betingelserne for at anvende arrest fremgår af RPL § 627. Arrest kan anvendes til sikkerhed for et pengekrav, når der jf. nr. 1 ikke kan foretages udlæg for fordringen og nr. 2, at muligheden for senere at opnå dækning antageligvis vil blive væsentligt forringet.¹⁰⁶

Udlæg kan alene foretages for krav, der er omfattet af RPL § 478 om eksekutionsfundamenter. Arrest finder til forskel anvendelse for usikrede pengekrav. Dette betyder, at hvis der er sikring for pengekravet, kan der ikke foretages arrest. Såfremt at der er tale om et krav fra en anden form for forpligtelse end et pengekrav, må dette omdannes til et pengekrav for at være omfattet af reglerne for arrest. Størrelsen af pengekravet har ikke afgørende betydning for muligheden for anvendelse arrest. Pengekravet behøver heller ikke at være forfaldent for, at arrest kan anvendes. Arrest kan bruges i de tilfælde, hvor der er begrundet formodning for, at en skyldner vil vanrøgte sin økonomi, eller forsøge at skjule eller bortskaffe aktiver. Reglerne for arrest bunder i to modsatte hensyn. På den ene side hensynet til at sikre en kreditors retsbeskyttelse, og på den anden side hensynet til en skyldners retssikkerhed.¹⁰⁷

¹⁰⁶ RPL § 627

¹⁰⁷ Ørgaard, Anders: *Eksekutionsret*, (2016), s. 39ff

En begæring fra en fordringshaver om arrest jf. RPL § 631 skal ligesom en begæring om konkurs jf. KL § 23 indeholde de omstændigheder og oplysninger, som skal til for at skifteretten/fogedretten kan vurdere sagen. En helt fundamental forskel på anmodning om arrest og en konkursbegæring er dog, at bevisbyrden ved arrest pålægger skyldneren og ikke fordringshaveren. Ved indgivelsen af en konkursbegæring er det fordringshaveren, der skal løfte bevisbyrden for, at en skyldner er insolvent i henhold til KL § 17. Ved brugen af arrest er det derimod skyldneren, der har bevisbyrden for, at kravet ikke består jf. RPL § 628, stk. 1.¹⁰⁸

I betænkningen til reglerne om arrest diskuteres der fordele og ulemper ved, at bevisbyrden pålægges skyldneren. Fordringshaveren skal ikke godtgøre eller sandsynliggøre, at han har en fordring mod skyldneren. Kan en fordringshaver derimod ikke bevise sit krav, kan han pålægges at stille sikkerhed for erstatning i medfør af RPL § 629. I betænkningen gøres det klart, at det ville være for krævende både at skulle føre bevis for fordringens beståen samt at betingelserne for arrest er til stede. Dette ville kunne medføre en for omfattende bevisførelse, der ville lægge et større pres på fogedretterne. Skyldnerens interesser skulle ud fra de i betænkningen anførte argumenter være dækket rimeligt ved fordringshaverens sikkerhedsstillelse for erstatning.¹⁰⁹

Ved behandling af konkursbegæring i skifteretten, kan en skyldner føre bevis for sin solvens. Kan fordringshaveren ikke løfte bevisbyrden for skyldnerens insolvens, vil skifteretten ikke afsige konkursdekret. Hvis skyldneren ikke kan løfte bevisbyrden ved arrest, kan han få den afværget eller efter arret er sket ophævet, såfremt han stiller en efter fogedrettens skøn passende sikkerhed jf. § 630.

Efter afsigelsen af et konkursdekret mister skyldneren råderetten over hele sin formue jf. KL § 29. Hele skyldners formue overgår til konkursboet jf. KL § 32. Konkursmassen vil derefter blive brugt til at fyldestgøre skyldnerens kreditorer mest muligt jf. KL § 38. Arrest kan kun foretages i så mange aktiver, som fogedretten skønner nødvendigt til at sikre fordringen jf. RPL § 632. Konsekvenserne af arrest er dermed meget mindre omfattende, end konsekvenserne ved konkurs.

¹⁰⁸ Kuld Hansen, Torben og Lindenchrone Petersen, Lars: *Insolvensprocesret*, (2018), s. 72f & Ørgaard, Anders: *Eksekutionsret*, (2016), s. 42f & Bet. 606/1971, s. 81f & Bet. 1107/1987, s. 45

¹⁰⁹ Bet. 1107/1987, s. 45f

Efter arrest er foretaget, har fordringshaveren pligt til at anlægge en justifikations sag inden for en uge jf. RPL § 634. Formålet med justifikations sagen er at få dom på, at arresten foretaget af fogedretten var lovlig, at fordringen består og at arresten stadfæstes.¹¹⁰ Ved konkurs er en justifikations sag ikke nødvendig eftersom skifteretten påser, at betingelserne for insolvens jf. KL § 17 er opfyldt. Den største forskel mellem konkurs og arrest er dog, at arrest er midlertidig fratagelse af bestemte aktiver fra en skyldner. Ved konkurs tages hele skyldnerens formue permanent fra ham.

4.2. Udstrækning af dækning

På samme måde som der kan stilles krav om sikkerhed ved afsigelsen af et konkursdekret, kan der stilles krav om, at fordringshaveren stiller sikkerhed ved arrest. Retsplejelovens § 629 foreskriver:

”Stk. 1 Inden arrestforretning påbegyndes eller arrest foretages, kan fogedretten bestemme, at fordringshaveren som betingelse for arrest skal stille sikkerhed for den skade og ulempe, som kan påføres skyldneren ved arresten.

Stk. 2. Fogedretten bestemmer sikkerhedens art og størrelse”

Ordlyden af retsplejelovens § 629 minder til dels om konkurslovens § 28, stk. 3. Fogedretten kan ligesom skifteretten kræve, at fordringshaveren stiller sikkerhed før, at retten afsiger dekret/arrestforretning påbegyndes. På samme måde er det retten, der fastsætter, hvad størrelsen af sikkerheden skal være. Den største forskel på paragrafferne er, at sikkerhedsstillelsen ved konkurs kun sker *”under særlige omstændigheder...”*.¹¹¹

Retten til erstatning og godtgørelse for tort fremgår af retsplejelovens § 639:

”Den, som har opnået arrest på grundlag af en fordring, som viser sig ikke at bestå, skal betale skyldneren erstatning for tab og tort. Det samme gælder, når arresten bortfalder eller ophæves på grund af efterfølgende omstændigheder, såfremt det må antages, at fordringen ikke bestod.

¹¹⁰ Ørgaard, Anders: *Eksekutionsret*, (2016), s. 48f

¹¹¹ Konkurslovens § 28, stk. 3

Stk. 2. Viser fordringshaverens fordring sig alene at bestå for et mindre beløb, skal fordringshaveren betale skyldneren erstatning for det tab, der følger af, at arresten har haft for stor udstrækning.

Stk. 3. Er arresten ulovlig af andre grunde, skal fordringshaveren betale skyldneren erstatning for tab og tort, såfremt fordringshaveren burde have undladt at begære arrest.”

I henhold til § 639, stk. 1 er der hjemlet både erstatning og godtgørelse for tort såfremt, at fordringen ikke består jf. § 639, stk. 3. Dette er på baggrund af et objektivi ansvar. Er fordringen derimod mindre end påstået, og den foretagende arrest for stor i forhold til denne, er der alene hjemlet erstatning. Hvis den foretagne arrest er ulovlig af andre grunde, er fordringshaveren ansvarlig på baggrund af et culpaansvar. Her er der ligesom stk. 1 hjemlet både erstatning og godtgørelse for tort. Retsplejelovens § 639 finder alene anvendelse, såfremt arrest er sket. Hvis arrest er afværget af skyldneren ved sikkerhedsstillelse, er fordringshaveren alene ansvarlig på baggrund af et culpaansvar.¹¹²

Der er bestemt ligheder men også forskelle mellem den lovhjemlede dækning for uberettigede arrester og uberettigede konkursbegæringer. Såfremt at fordringen ikke består, ifalder fordringshaveren et objektivi ansvar. I dette tilfælde hjemler RPL § 639, stk. 1 både erstatning og tort ligesom KL § 28, stk. 1 jf. stk. 2. I de tilfælde hvor arresten er ulovlig af andre grunde, hjemles der også både erstatning og godtgørelse for tort på baggrund af et culpaansvar. Dette kan sammenlignes med KL § 28, stk. 1. Den største forskel mellem disse to paragraffer er dog, at RPL § 639 alene finder anvendelse efter arrest er foretaget og ikke på baggrund af anmodningen herom.

Retsplejelovens § 639, stk. 2 er svært sammenlignelig med KL § 28. RPL § 639, stk. 2 omhandler tilfælde hvor arrest var lovlig, men fordringen var mindre end påstået og arresten dermed var for vidtgående. I de tilfælde kan skyldneren have krav på erstatning for tab.

¹¹² Bet. 1107/1987, s 32

Den næste problemstilling er derefter, hvad udstrækningen af dækning for uberettigede arrester er. Fra retspraksis er der eksempelvis U 2002.2455 H.

Told & Skat foretog via fogedretten arrest i en række aktiver ejet af to selskaber, der var delvist ejet af skyldneren. Dette var på baggrund af, at skyldnerens selvangivelser angiveligt var forkerte. Skyldneren fik medhold i at kravet ikke bestod, og fik tilkendt en godtgørelse på 25.000 kroner.

Told og Skat mente, at de havde et skattekrav mod den påståede skyldner på baggrund af, at skyldneren angiveligt ikke havde sandsynliggjort, at beløb indsat på selskaberne han var en del af, retmæssigt var udeladt fra hans personlige selvangivelser. Skattekravets beløb var på 5,6 millioner kroner. Skyldnerens selskab i Danmark realiserede i løbet af et år flere aktiver, herunder det hus hvor skyldneren og dennes familie boede. Told og Skat begærede derefter arrest i flere aktiver, der tilhørte det danske selskab. Aktiverne, der var foretaget arrest i, tilhørte alene det danske selskab og ikke den påståede skyldner. Den påståede skyldner havde nedlagt påstand om betaling af 1 million kroner i godtgørelse. Told og Skat havde nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært betaling af et mindre beløb.¹¹³

Landsretten udtalte i forhold til arresten blandt andet ”*Det forhold, at de arresterede genstande tilhørte Dansk Marine Center og/eller Centro Nautico, kan ikke begrunde, at sagsøgtes følelse af eget værd ikke blev krænket*”.¹¹⁴ Landsretten fastsatte skønsmæssigt godtgørelsen for tort til 25.000 kroner, og tillagde sagsomkostninger på 150.000 kroner. Højesteret stadfæstede Landsrettens afgørelse på baggrund af de argumenter, Landsretten havde skrevet i sine præmisser.

Størrelsen af den tilkendte godtgørelse for tort er i overensstemmelse med den tidligere gennemgåede retspraksis såsom U 2006.2013/2 H. Størrelsen af de tilkendte sagsomkostninger er dog langt mere omfattende, end hvad der ellers er tildelt i retspraksis for uberettigede konkursbegæringer. I U 2002.2455 fik den påståede skyldner tilkendt 150.000 kr. i sagsomkostninger til forskel for U 2011.596 H, hvor den påståede skyldner fik tilkendt 60.000 kr. i sagsomkostninger.

¹¹³ U 2002.2455 H

¹¹⁴ U 2002.2455 H, s. 2

En af de største forskelle mellem arrest og konkursbegæringer er, at reglerne om erstatning for arrest alene finder anvendelse efter arresten er foretaget. Dette har en betydning for hvilke tab og konsekvenser, der kan opstå, kontra uberettigede konkursbegæringer hvor dekret ikke afsiges. Et eksempel på de potentielt vidtrækkende konsekvenser af en arrest er FED2008.251.

En kurator foretog og fastholdt en ulovlig arrest af et varelager, hvilket ødelagde den påståedes skyldners indtjeningsmuligheder for et nyt firma. Kuratoren blev personligt herefter dømt til at betale 100.000 kr. i tort, erstatning på 4 millioner samt sagsomkostninger på 549.640 kr.

Sagen om den ulovligere arrest udsprang af at en nødlidende virksomhed, der stod for produktionen af postkasser, som gik i betalingsstandsning og senere konkurs. Virksomheden havde et konsignationslager bestående af postkasser. Den påståede skyldner, der var indsat som direktør for det nødlidende selskab, fik fjernet lageret efter selskabets betalingsstandsning så dette ikke ville blive tilbageholdt af en eventuel kurator. Tilsynet for virksomheden fandt ejendomsforbeholdet ugyldigt, og anmodede på denne baggrund fogedretten om at foretage arrest i det fjernede lager. Den påståede skyldner havde sammen med de andre anpartshavere den plan, at de ville videreføre postkassevirksomheden i et nyt selskab. Hertil havde de gjort en masse arbejde for at kunne starte den nye virksomhed op. Betingelsen for dette var, at konsignationslageret kunne bruges.¹¹⁵

Efter kuratoren hævdede justificationssagen, anlagde anpartshaveren sag om erstatning og godtgørelse for tort på baggrund af RPL § 639. Landsretten udtalte blandt andet vedrørende ansvarsgrundlaget ”Advokat B har handlet klart ansvarspådragende, jf. retsplejelovens § 639, stk. 3, ved at indgive arrestbegæring uden at have fuldmagt hertil, og ved at modsætte sig, at den åbenbart ulovlige arrestforretning blev genoptaget, med henblik på at fogedretten kunne tage stilling til A's indsigelser”.¹¹⁶ Advokaten havde i stillingen som tilsyn ikke haft tilladelse fra selskabet, der på det tidspunkt var i betalingsstandsning, til at iværksætte en arrest. Advokaten havde dermed handlet culpøst, hvilket landsretten fremhæver eksplicit. Eftersom justificationssagen blev hævet, tog retten ikke stilling til, om der også kunne ifaldes et objektivt ansvar jf. § 639, stk. 1. Advokaten blev derfor dømt ud fra et culpaansvar.

¹¹⁵ FED2008.251

¹¹⁶ FED2008.251, s. 9

Effekten af den ulovlige arrest var betydelig for den påståede skyldner. Den påståede skyldner havde sammen med de andre anpartshavere gjort hvad de kunne for at drive virksomheden videre i et nyt selskab. Dette var dog ikke muligt, eftersom varelageret var under arrest. Den påståede skyldner måtte derefter sælge varelageret, virksomheden og halvfabrikata.

Problemstillingen retten derefter skulle tage stilling til, var ikke alene størrelsen af tort men tildelingen af erstatning. Hertil udtalte landsretten vedrørende grundlaget for en tilkendelse af erstatning *"Det er ubestridt, at A i dette øjemed havde opnået finansieringstilsagn og indgået produktions-, distributions- og varehotelaftaler. Derudover havde han indgået en samhandelsaftale med Dendek A.m.b.a. og Silvan, som A havde handlet med igennem en årrække. Det må således lægges til grund, at forudsætningerne for at videreføre postkassesalget i et nyt selskab, "Maglehøjgaard ApS", var til stede"*.¹¹⁷

Landsretten fastlagde skønsmæssigt efter en samlet vurdering erstatningen til 4 millioner kr. og tildelte den påståede skyldner 100.000 kr. i godtgørelse for tort med præmissen *"Erstatningen for tort findes under hensyn til konsekvenserne af arresten skønsmæssigt at kunne fastsættes til 100.000. kr."*.¹¹⁸ Den vidtrækkende konsekvens af arresten kan forklare, hvorfor retten skønsmæssigt fastsatte godtgørelsen så højt i forhold til U 2002.2455 H.

Konsekvensen af en uberettiget arrest kan til forskel fra en uberettiget konkursbegæring hurtigere munde ud i beviselige tab for en påstået skyldner. Dette er fordi, arresten skal foretages før, at der kan tilkendes en erstatning eller godtgørelse for tort. Ved en uberettiget konkursbegæring, hvor konkursdekret ikke afsiges, vil konsekvenserne sammenlignet hermed kunne fremstå som mindre. Skulle et konkursdekret derimod blive afsagt uberettiget, vil konsekvenserne efter omstændighederne være mindst ligeså store som i FED2008.251. Betydningen og de faktiske konsekvenser af arrest kan variere for den enkelte, hvilket kan ses ved sammenligning af de to domme U 2002.2455 H og FED2008.251. Dette kan også forklare hvorfor, at der i den ene sag blev tildelt 25.000 kr. i godtgørelse for tort, hvorimod der blev tildelt 100.000 kr. i den anden.

¹¹⁷ FED2008.251, s. 9

¹¹⁸ FED2008.251, s. 16

5. Konklusion

Betingelserne for en konkursbegæring jf. konkurslovens §§ 7 og 23 rejser en række problemstillinger i forbindelse med, om begæringen er berettiget eller ej. Der er fordele og ulemper ved, at en fordringshaver alene skal angive de omstændigheder, som begæringen støttes på og at fordringen ikke behøver at være forfalden. For en fordringshaver, der ikke har et fundament for sin fordring, er han stadig sikret ved at have muligheden for at indgive en konkursbegæring imod den insolvente skyldner og på den måde sikre sig mest mulig dækning. Reglerne betyder dog også, at en fordringshaver, der har eller måske ikke har en fordring, kan indgive en konkursbegæring imod en ikke samarbejdsvillig skyldner.

En konsekvens af betingelserne i KL § 23 er, at bestridte fordringer også kan bruges som baggrund for at indgive en konkursbegæring. I den gennemgåede retspraksis har de fordringer, fordringshaverne har lagt vægt på ofte været bestridt af skyldneren. Det har enten været i deres størrelse eller i deres helhed. Endvidere er der en problemstilling med fordringer, der reelt ikke består, men som bruges til indgivelsen af uberettigede konkursbegæring.

Konsekvensen af reglen er, at nogle fordringshavere misbruger konkursloven. Formålet med fordringshavernes misbrug er at bruge konkursloven til, at få indsigt i en skyldners økonomi eller skræmme ham til at betale en fordring. Problemstillingen er ikke ny. Den er derfor behandlet i betænkning nr. 606 af 1971, der er en af forarbejderne til konkursloven. Der nævnes dog ikke en løsning på dette. Formålet med KL § 28 er dog at sikre en skyldner økonomisk efter en uberettiget konkursbegæring.

For den solvente skyldner er der en stopklods mod en uberettiget konkursbegæring i medfør af KL § 17. Retten har pligt til at påse og vurdere, om betingelserne for konkurs i KL § 17, stk. 2 er til stede. I de tilfælde, hvor betingelserne ikke er opfyldt, har lovgivningsmagten hjemlet ret til erstatning og godtgørelse for tort jf. KL § 28. Det er dermed fordringshaverens ansvar, at indgivelsen af konkursbegæringen er lovlig. I de ekstraordinære situationer, hvor der er tvivl om fordringen, hvilket kan være på baggrund af en retssag, har domstolene imidlertid den mulighed, at de kan kræve, at fordringshaveren stiller sikkerhed for et erstatningsansvar jf. KL § 28, stk. 3.

En fordringshaver kan ifalde et ansvar ud fra to ansvarsgrundlag jf. KL § 28. Hvis fordringshaveren har en fordring, men betingelserne for konkurs ikke er opfyldt, tilfalder det retten at foretage en culpavurdering jf. KL § 28, stk. 1. Er situationen derimod den, at fordringen slet ikke bestod, ifalder fordringshaveren et objektivi ansvar jf. KL § 28, stk. 2.

Betydningen heraf er, at domstolene, hvor fordringshaveren har en fordring hver gang skal foretage en konkret vurdering for at afgøre, om fordringshaveren har handlet culpøst ved indgivelsen af den uberettigede konkursbegæring. Dette medfører, at en fordringshaver ikke nødvendigvis ifalder et ansvar, dersom han ikke har handlet culpøst ved indgivelsen af en uberettiget konkursbegæring. Dette er dommen U 2018.1824 Ø et eksempel på.

Udstrækningen af den reelle dækning i medfør af konkurslovens § 28 er sparsomt beskrevet i retslitteratur. Derfor er retspraksis essentiel til fastlæggelsen af, hvordan at KL § 28 bruges, hvem den omfatter, og hvad betydningen heraf er. Her er der flere domme, som er skelsættende for forståelse af brugen af og udstrækningen af KL § 28. Dette er U 2006.2013/2 H der fastslog, at godtgørelsen for tort bør være 25.000 kroner. Dette beløb ses i meget af den gennemgaaede retspraksis, hvor domstolene tilkender dette beløb til den, der har været udsat for en uberettiget konkursbegæring.

En anden dom med stor betydning for retsområdet er U 2011.596 H. Her tog Højesteret stilling til mange problemstillinger, der er af betydning for udstrækningen af den lovhjemlede dækning. Højesteret fastslog, at KL § 28 alene finder anvendelse for fordringshaveren. En mandatar kan derimod ifalde et selvstændigt ansvar på baggrund dansk rets almindelige regler eller anden lex specialis. Fra den gennemgaaede praksis findes FED1996.595, hvor en advokat blev idømt at betale tort. Skyldneren havde nedlagt påstand om betaling af tort for brud på EAL § 26, hvilket retten ud fra en subjektiv fortolkning dømte ud fra. Højesteret afviste heller ikke i U 2011.596 H, at EAL § 26 kunne finde anvendelse på en mandatar i forhold til spørgsmålet om godtgørelse for tort.

Højesteret fastslog endvidere, at omkostninger til advokat ikke var at anse for et tab i erstatningsretlig forstand, men måtte erstattes efter principperne for tildeling af sagsomkostninger. I Sø- og handelsrettens afgørelse SH2016.P-22-15 antager retten endvidere, at revisionsomkostninger også er inkluderet i sagsomkostninger.

Betydningen af især Højesterets afgørelse er klar og er essentiel for udstrækningen af dækning i medfør af KL § 28. De største beviselige omkostninger, som en skyldner har i forbindelse med at afværge en konkursbegæring, er udgifter til advokater og revisorer. Som fastlagt i den gennemgåede retspraksis får skyldnerne som udgangspunkt ikke dækket deres udgifter til advokater. Det sker ikke ved tilkendelsen af sagsomkostninger, og heller ikke hvis der medregnes godtgørelsen for tort. Formålet med godtgørelsen for tort er ikke at betale for udgifter, men derimod at være et plaster på såret for et uberettiget retsindgreb.

Udstrækningen af den lovhjemlede dækning i medfør af konkurslovens § 28 er dermed ud fra retspraksis ufuldstændig. En stærk kreditor vil måske være heldig at få skræmt en skyldner til at betale en fordring. En skyldner vil ud fra retspraksis reelt ikke få dækket de omkostninger, der normalvis vil være forbundet med at få tilkendt en godtgørelse for tort. Endvidere finder KL § 28 ikke anvendelse for tredjemand. En ændring af konkurslovens § 28 som foreslået vil derfor være formålstjenestelig. Dette ville sikre, at skyldnere der er udsat for uberettigede konkursbegæring ikke ville stå med flere udgifter, end de reelt ville få erstattet efter den nuværende regel og retspraksis.

6. Litteraturliste

Juridisk litteratur

Eyben, Bo von., og Helle. Isager: *Lærebog i erstatningsret*. 8. udgave (2015)

Jakobsen, Susanne og Schiøtz, Peter: *Konkursprocessen*, 1. udgave (2008)

Kuld Hansen, Torben og Lindenchrone Petersen, Lars: *Insolvensprocesret*, 3. udgave, 2. oplag (2018)

Lindenchrone Petersen, Lars, og Anders Ørgaard. *Konkursloven med kommentarer*. Elektronisk udgave; 14. udgave. Kbh: Karnov Group, 2018. Print.

Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 1. udgave (2014)

Ørgaard, Anders: *Konkursret*, 11. udgave, 3. oplag (2017)

Ørgaard, Anders: *Eksekutionsret*, 2. udgave, 1. oplag (2016)

Love, betænkninger mv.

KL Konkursloven, Lovbekendtgørelse nr. 11 af 06/01/2014

RPL Retsplejeloven, Lovbekendtgørelse nr. 938 af 10/09/2019

Inkassoloven, Lovbekendtgørelse nr. 1018 af 19/09/2014

Bet. nr. 606/1971 Betænkning nr. 606 af 1971 om konkurs og tvangsakkord

Bet. nr. 1107/1987 Betænkning nr. 1107 af 1987 om arrest og forbud

Domsregister

U 2004.1701 Ø U 2011.596 H U 2002.2640 H

U 2006.2013/2 H U 1999.110 H FED1996.595

SH 2016.P-22-15 FED2011.83 U 2002.2455 H

U 2018.1824 Ø FM 2011.136 FED2008.25