



OMSTØDELSE AF TREDJEMANDSBETALINGER

Avoidance of Third-Party Payments

Peer Emil Lindhardt Rasmussen
Specialeafhandling - Jura

Titelblad

Titel:	Omstødelse af tredjemandsbetalinger
Engelsk titel:	Avoidance of Third-Party Payments
Uddannelse:	Jura - Kandidat
Uddannelsessted:	Juridisk Institut, Aalborg Universitet
Forfatter:	Peer Emil Lindhardt Rasmussen
Studienummer:	20193157
Vejleder:	Professor Anders Ørgaard
Afhandling:	Kandidatspeciale
Fag:	Konkursret – Omstødelse
Afleveringsdato:	16. maj, 2024
Antal anslag:	143.998

Abstract

Usually, a third-party payment cannot be avoided by the debtor's bankruptcy estate. However, the Danish courts have in certain cases allowed avoidance of such payments. This thesis examines the cases to determine when the debtor and third party can avoid. In addition to this, the thesis examines the legal position of the creditor, if both the debtor and third party attempt to avoid the payment. The thesis is based on the 8th chapter of the Danish Bankruptcy Act nr. 1600 of 25th December 2022 and the associated preparatory works. Furthermore, case law is used to examine the court's interpretation of the avoidance institute when it comes to third-party payments.

The debtor's bankruptcy estate can avoid a third-party payment under sections 67, 72, and 74 of the Bankruptcy Act. The bankruptcy estate of the third-party can avoid according to sections 64, 72 and 74. There is no case law regarding section 72, but both the debtor and the third party will probably be able to avoid a third-party payment using this section.

Debtor's avoidance

Section 67 is applied when the third-party payment is actually the debtor's funds, as the debtor has a claim on the third party which is reduced accordingly. In U 1988.484 H avoidance occurred even though the financial balance between the debtor and the third party had not been disclosed. This was justified by the fact that the debtor had control over the third party.

Section 74 is applied even if there is no claim between the debtor and the third party. This happened in U 2014.390 H, where the debtor had control over the third party. The debtor used this control to force the third party to pay the creditor. The control was considered the fraudulent element in section 74. The courts established a presumption that a third-party payment is to be considered a loan when the debtor is in control of the third party. This loan is funds in the debtor's estate, which could have been used differently if the debtor so wanted. The Danish Supreme Court then avoided the payments as the creditor was aware of the fraudulent element and the insolvency of the debtor. The same happened in U 2023.837 H, where the Supreme Court referred to U 2014.390 H.

The third-party's avoidance

In U 2022.907 H three conditions have been set out for avoidance of payments of another's debt under section 64: 1) The payment must be a transfer of assets free of charge that 2) is not commercially justified, and 3) the creditor knows or should have known that the transfer was free of charge. In this case, the payment was avoided because the payment was an installment on the director's personal debt, which the company paid. The director could not pay the debt himself, which meant the payment was free of charge, since the company could not recover payment. The creditor knew that the director could not pay himself.

The third party can avoid using section 74. This is a normal situation of avoidance between two parties. However, case law shows that it can be difficult for the bankruptcy estate to prove, that the creditor knew of the fraudulent element and that the third party was bankrupt.

Guarantee

If the third party has provided a guarantee, then neither the debtor nor the third party can avoid the guarantee itself. However, there are some exceptions to this rule. The debtor can in some situations raise a claim against the third party under section 80 of the Bankruptcy Act. The third party can avoid the payment of the guarantee under sections 67, 72, or 74 if the conditions of any of these are met. Furthermore, the third party and the debtor can in some situations avoid the guarantee itself if it is provided for a previously established irrecoverable debt. This situation is to be considered a third-party payment of the debtor's debt, which the estates can avoid as mentioned above.

Double avoidance

Case law has not yet addressed the issue where the creditor is met by avoidance claims from both the debtor and the third party. It has been discussed in the legal literature whether the claims are dependent or independent. If the claims are independent, then the creditor will be met by double avoidance which means that the creditor potentially must repay the third-party payment twice. If the claims are dependent, then the creditor can only be forced to repay the third-party payment once.

This thesis has concluded that the claims must be considered dependent. The reasoning is, that this best aligns with the purpose of the bankruptcy institute which is the equal distribution of the debtor's assets. If the creditor must repay twice, the creditor will be at a disadvantage compared to other creditors in the estate. Furthermore, it is important to remember, that the creditors are actually entitled to payment for services delivered.

TITELBLAD.....	2
ABSTRACT	3
DEBTOR'S AVOIDANCE	3
THE THIRD-PARTY'S AVOIDANCE	3
GUARANTEE	4
DOUBLE AVOIDANCE	4
1. INDLEDNING.....	7
1.1. PROBLEMFORMULERING.....	8
1.2. METODE	8
1.3. KILDER.....	8
1.3.1. Loven og lovforarbejder	8
1.3.2. Retspraksis.....	9
1.3.3. Juridisk litteratur	10
2. AFVÆRGELSE AF KONKURS	12
2.1. SKYLDNERENS EGNE MULIGHEDER FOR AFVÆRGELSE	12
2.2. TREDJEMANDS MULIGHEDER FOR AFVÆRGELSE.....	13
2.3. INDIVIDUEL, VÆSENTLIG INTERESSE	14
3. GENERELLE BETRAGTNINGER OM OMSTØDELSESINSTITUTTET	16
3.1. FORMÅLET MED OMSTØDELSE.....	16
3.2. OBJEKTIVE OG SUBJEKTIVE OMSTØDELSESREGLER	16
3.3. RETSVIRKNINGERNE AF OMSTØDELSE	17
4. OMSTØDELSE AF TREDJEMANDBETALINGER AF SKYLDNERS GÆLD	19
4.1. GRUNDLÆGGENDE OM § 67	19
4.2. SKYLDNERS OMSTØDELSE AF TREDJEMANDBETALINGER.....	20
4.2.1. Usædvanlige betalingsmidler	20
4.2.2. Før normal betalingstid.....	21
4.2.3. Beløb, som afgørende forringer betalingsevnen.....	22
4.3. OMSTØDELSE, HVOR TREDJEMANDEN IKKE SKYLDER PENGE	24
5. OMSTØDELSE AF UTILBØRLIGE DISPOSITIONER.....	26
5.1. DISPOSITION	26
5.2. UTILBØRLIGHED	28
5.3. INSOLVENS	30
5.4. ER DER OVERHOVEDET ET TAB FOR FORDRINGSHAVERNE?	31
5.5. IDENTIFIKATION.....	32
5.6. TREDJEMANDENS OMSTØDELSE VIA § 74.....	33
6. OMSTØDELSE AF DISPOSITIONER EFTER FRISTDAGEN	36
6.1. GENERELT OM OMSTØDELSE EFTER § 72	36
6.2. BESTEMMELSENS ANVENDELSE INDEN FOR TREDJEMANDBETALINGER	37
7. OMSTØDELSE AF GAVER.....	39
7.1. GENERELT OM § 64.....	39
7.2. BEGREBET GAVE	40
7.2.1. Begrebet i konkursretten	41
7.2.2. Øvrig praksis om omstødelse af tredjemandsbetalinger som gave.....	43

8. OMSTØDELSE AF KAUTIONER	45
8.1. HOVEDMANDENS KRAV MOD KAUTIONISTEN.....	45
8.2. KAUTIONISTENS KRAV MOD FORDRINGSHAVEREN.....	48
8.3. HOVEDMANDENS KRAV MOD FORDRINGSHAVEREN	49
9. HVAD GØR TREDJEMAND, NÅR TO KONKURSBOER FORSØGER AT OMSTØDE FOR SAMME BETALING?	51
9.1. PROBLEMET VED TO UAFHÆNGIGE KRAV	51
9.2. LEMPELSE AF KRAVET.....	53
9.3. AFLEDT RETSKRAFT	54
10. KONKLUSION	57
10.1. SKYLDNERS OMSTØDELSE	57
10.2. TREDJEMANDS OMSTØDELSE.....	58
10.3. FORDRINGSHAVERS RETSTILLING VED TO OMSTØDELSKRAV	59
LITTERATURLISTE.....	60
BOGFORTEGNELSE.....	60
ARTIKLER OG ANDET	60
LOVE	61
FORARBEJDER	61
DOMSLISTE.....	61
<i>Svensk og norsk praksis</i>	<i>62</i>

1. Indledning

Når en skyldner tages under konkurs, mister skyldneren rådigheden over sin formue, jf. konkurslovens § 29. Formuen indgår herefter i et bo, som en eller flere kurator skal varetage og afvikle. Kurator har mange pligter, og de almindelige fremgår af konkurslovens § 110, stk. 1, som bestemmer, at kurator skal varetage boets interesser og fremme behandlingen af boet mest muligt.

Ved selskabers konkurs overtager kurator ledelsen af selskabet, hvilket betyder, at kurator reelt varetager de funktioner, som direktionen og bestyrelsen normalt ville varetage.¹ Selskabets aktiver indgår i boet, jf. konkurslovens § 32. For fysiske skyldnere gælder samme regel med de undtagelser, der følger af §§ 33-37.

Sagt med andre ord er det at komme under konkurs en alvorlig ting for skyldner, fordi skyldneren mister rådigheden over sin ejendom. Dette understreges af, at litteraturen bruger ordet *ultimativt* om konkurs.²

Konkursinstituttet er også alvorlig for fordringshaverne, som ud over at risikere tab på skyldnerens manglende opfyldelse af sine pligter, endvidere risikerer omstødelse. Det er en af kurators pligter at undersøge mulighederne for at få omstødt eventuelle dispositioner foretaget af skyldneren umiddelbart op til konkursen efter konkurslovens kapitel 8. Fælles for alle omstødelsesreglerne er, at de skal have været til skade for kreditorerne, hvilket betyder, at mindst en kreditor skal have lidt et tab på baggrund af dispositionen.³

Normalt finder omstødelse sted mellem to parter, hvor der er en skyldner (nu konkursboet), som omstøder over for en fordringshaver (f.eks. konkurslovens § 67) eller en begunstiget (f.eks. konkurslovens § 64). Selve omstødelsesinstituttet berører altså som udgangspunkt ikke såkaldte tredjemandsbetalinger fra en tredjemand.⁴

Domstolene har dog i visse tilfælde tilladt, at et konkursbo kan omstøde en betaling fra en tredjemand over for fordringshaveren. Formålet med denne specialeafhandling er at undersøge disse tilfælde for at redegøre for, hvornår henholdsvis en tredjemand og en skyldner kan omstøde en tredjemandsbetaling.

Derudover undersøger specialet, hvordan fordringshaveren er stillet, hvis både tredjemand og skyldner er gået konkurs, og de begge retter et omstødelseskrav mod fordringshaveren. Denne problemstilling er endnu ikke løst i praksis, men spørgsmålet er, om både skyldneren og tredjemanden kan omstøde på en gang, eller om det kun er en af parterne som har muligheden.

¹ Konkurslovskommentaren til § 110, note 3

² Konkurs s. 64 og Konkursret s. 20

³ Konkurs s. 384 f.

⁴ Konkursret s. 92

1.1. Problemformulering

På den baggrund bliver specialeafhandlingens problemformulering følgende:

- *Hvilke muligheder har tredjemands og skyldners konkursboer for at omstøde en tredjemandsbetaling?*

1.2. Metode

I denne afhandling anvendes den retsdogmatiske metode til at undersøge, hvornår tredjemandsbetalinger kan omstødes. Denne metode anvendes til at beskrive og analysere gældende ret.⁵ Overordnet er formålet at finde frem til de lege lata (fra latin: den gældende ret).⁶ Den retsdogmatiske metode skal ikke løse et konkret juridisk problem, men den skal systematisere retsreglerne (retskilderne) og beskrive eventuelle usikkerheder.⁷ Metoden er en analytisk-deskriptiv metode.⁸ Afhandlingen inddrager og beskriver altså de relevante retsregler og systematiserer disse for at redegøre for gældende ret inden for omstødelse af tredjemandsbetalinger.

1.3. Kilder

En analyse af gældende ret består af en analyse af retskilderne. Problemet er, at begrebet *retskilde* ikke har en entydig definition, idet indholdet er ubestemt. I nordisk ret er der dog tradition for at opstille fire retskildegrupper: 1) lovgivningen, 2) retspraksis, 3) sædvanen og 4) forholdets natur. Det er endvidere diskutabelt, om der er et hierarki mellem retskilderne.⁹ Derfor betragter visse dele af den juridiske litteratur retskilder som pluralistiske, hvilket betyder, at de har forskellige betydning og effekt alt efter, hvilken aktør der anvender kilden. F.eks. er et cirkulære bindende for forvaltningen, men det samme cirkulære er ikke bindende for domstolene.¹⁰ I det følgende redegøres for de relevante kilder for afhandlingen: loven, lovforarbejder, retspraksis og retslitteratur.

1.3.1. Loven og lovforarbejder

Loven består af de skrevne retsregler, som kan håndhæves direkte ved domstolene, men herudover er der ikke en egentlig definition. Hvis det antages, at der er et retskildehierarki, vil loven være øverst, hvormed den gælder for alle forud for de andre retskilder.¹¹ Love er altså grundlæggende, når gældende ret skal fastlægges, og deres retskildeværdi er høj.

Lovgivningen består af grundloven, almindelige love (herunder konkursloven), bekendtgørelser udstedt med hjemmel i lov, EU-lovgivning, samt folkeret, som er inkorporeret i dansk lovgivning via netop lovgivning. Opbygningen er hierarkisk, hvormed en bekendtgørelse skal have hjemmel i loven, som skal have hjemmel i grundloven, den såkaldte retlige trinfølge.¹² Love vedtages af Folketinget,

⁵ Retsvidenskabsteori s. 211

⁶ Retskilde og retsteorier s. 57

⁷ Retsvidenskabsteori s. 211

⁸ Juridisk teori, metode og videnskab s. 205

⁹ Retsvidenskabsteori s. 415 f.

¹⁰ Juridisk teori, metode og videnskab s. 39

¹¹ Retsvidenskabsteori s. 263 f.

¹² Juridisk teori, metode og videnskab s. 43

som kun er begrænset af grundloven, EU-retten og eventuelle konventioner. Efter vedtagelse offentliggøres loven i Lovtidende, som er den autentiske tekst. Herudover findes lovbekendtgørelser, som egentlig ikke er love i sig selv, men blot et sammenskriv af gældende love med senere ændringer. Denne sammenskrivning skal give et bedre overblik over loven, men ved uoverensstemmelser mellem loven og lovbekendtgørelsen, er det førstnævnte som gælder.¹³

Stort set alle love har lovforarbejder, som kan bestå af nummererede betænkninger fra udvalg (enten faste udvalg eller ad hoc-udvalg), lovforslag med bemærkninger, folketingsbehandlinger, folketingsudvalgs behandlinger og afgivelse af ikkenummereret betænkninger, samt høringer af relevante interessenter. Lovforarbejderne er ikke selvstændige retskilder. De bruges tværtimod til at fortolke de love, som de danner grundlag for. Her er de vigtigste nummererede betænkninger og lovforslag med bemærkninger, som har høj værdi, når love skal fortolkes. Betænkninger fra folketingsudvalgene er mest relevante, hvis der er sket større ændringer af lovene undervejs i behandlingen. Samtidig bidrager forhandlinger fra Folketinget og høringer sjældent med relevante oplysninger. Deres værdi er altså lavere.¹⁴

Domstolene har mulighed for at anvende flere forskellige fortolkningsprincipper, når de skal fortolke lovene. Denne afhandling benytter sig både af ordlydsfortolkning og subjektiv fortolkning. Ved ordlydsfortolkning tages der traditionelt udgangspunkt i lovens naturlige sproglige forståelse.¹⁵ Ordlydsfortolkning er på mange måder grundstenen for al juridisk fortolkning.¹⁶ Subjektiv fortolkning er også kaldet subjektiv formålsfortolkning. Ideen er her, at domstolene skal finde lovgivers hensigt med en bestemmelse, når domstolene anvender lovforarbejderne til at fastlægge gældende ret. Dette fortolkningsprincip anvendes ofte i dansk ret.¹⁷

Afhandlingen omhandler hovedsageligt konkursloven, herunder særligt kapitel 8 om omstødelse.¹⁸ Dette kapitel bygger på konkurslovsudvalgets betænkning nr. 606 af 1971. Kapitel 8 blev vedtaget tilbage i 1977 med meget få ændringer i forhold til betænkningen. Siden vedtagelsen har de fleste bestemmelser stort set undgået ændringer. Der er dog foretaget små ændringer i visse bestemmelser i forbindelse med indførslen af virksomhedspant, ændringer som følge af lov om ændring af ægtefællers økonomiske forhold, og de løbende ændringer af betalingsstandsning og indførslen af rekonstruktionsinstituttet. Afhandlingen koncentrerer sig derfor om betænkningen og inddrager de relevante ændringer ved vedtagelsen i 1977 og de senere ændringer i det omfang, at de er relevante. Både loven og forarbejderne er væsentlige, da de har høj værdi, når gældende ret skal fastlægges.

1.3.2. Retspraksis

Retspraksis anses for en retskilde, hvilket bl.a. begrundes med hensynet til, at lige skal behandles lige. Derfor vil to fuldkommen ens sager få samme resultat, medmindre domstolene foretager en praksisændring. En afgørelse kan altså få betydning for en anden, om end der i praksis sjældent vil

¹³ Retsvidenskabsteori s. 278 ff.

¹⁴ Retsvidenskabsteori s. 267 ff.

¹⁵ Retskilde og retsteorier s. 244

¹⁶ Retsvidenskabsteori s. 311

¹⁷ Retsvidenskabsteori s. 312

¹⁸ Lovbekendtgørelse nr. 1600 af 25. december 2022

være to helt ens sager.¹⁹ Det ændrer dog ikke på, at domme som udgangspunkt kan skabe præcedens for kommende afgørelser.²⁰ Domstolene har grundet den stigende mængde regulering dog i højere grad en fortolkende end egentlig regelskabende funktion i dag. Især privatretten indeholder dog stadigvæk domstolsskabte regler.²¹

Dommes retskildeværdi afhænger af, hvilken domstol der har afsagt dommen. En dom fra Højesteret har større betydning end en dom fra landsretten, som har større betydning end en dom fra byretten. Særligt reformen af domstolene fra 2007 har medført, at Højesteret kun skal tage stilling til principielle spørgsmål, og at anke af en dom kun kan ske med Procesbevillingsnævnets tilladelse. Højesteret kan siges at være gået fra appeldomstol til præjudikatdomstol.²² Samtidig skal domme altid vurderes ud fra sagens tilrettelæggelse, som kan have stor betydning for resultatet, hvilket kan svække præjudikatværdien.²³

Inden for denne afhandling har retspraksis stor betydning, da konkursloven ikke direkte tager stilling til problemstillingen med tredjemandsbetalinger. Derfor bliver domstolenes fortolkning af loven vigtig, når gældende ret inden for omstødelse af tredjemandsbetalinger skal fastlægges.

Afhandlingen anvender også nogle få svenske og norske domme. Disse domme forpligter ikke de danske domstole, men de kan dog bruges som inspirationskilde.²⁴ Dermed skaber de ikke på samme måde som danske domme præcedens. Når de inddrages alligevel, er en del af begrundelsen, at nordiske lande tilhører samme retsfamilie.²⁵ Inden for omstødellesinstituttet gælder det endvidere, at der er stor overensstemmelse mellem nordisk ret, hvor konkurslovsudvalget i samarbejde med de andre nordiske udvalg opnåede overensstemmelse på flere vigtige punkter.²⁶ De svenske og norske domme kan derfor ikke direkte lægges til grund, men de kan både tjene til inspiration og være mulige løsninger på lignende danske problemstillinger.

1.3.3. Juridisk litteratur

Denne afhandling anvender også retslitteratur, når den skal fastlægge gældende ret. Retslitteraturen er ikke en retskilde, da forfatteren ikke har legitimitet til at fastlægge gældende ret.²⁷ Dette betyder dog ikke, at retslitteraturen er irrelevant. For det første indgår den juridiske litteratur som en del af forberedelsen til stort set alle retssager via f.eks. materialesamlinger. Derudover sker det en gang imellem, at domstolene direkte henviser til juridisk litteratur, når de afgør sager.²⁸ I øvrigt baserer retslitteratur sig på almindelige retskilder. På den måde opstår videnskabelige resultater og analyser, som fører til teser og teorier. Disse teser bliver nogle gange bekræftet i senere praksis, når domstolene

¹⁹ Retsvidenskabsteori s. 332

²⁰ Retsskilder og retsteorier s. 165

²¹ Retsvidenskabsteori s. 332 f.

²² Retsskilder og retsteorier s. 169 f.

²³ Retsvidenskabsteori s. 335 f.

²⁴ Retsvidenskabsteori s. 346

²⁵ Juridisk teori, metode og videnskab s. 187 f.

²⁶ Betænkning nr. 606 s. 140

²⁷ Retsvidenskabsteori s. 397

²⁸ Retsskilder og retsteorier s. 193 f.

tager stilling til problemet.²⁹ Derfor anvender denne afhandling retslitteratur, da de forskellige analyser og teser kan bruges som bidrag til forståelsen af konkursloven og praksis, når gældende ret inden for omstødelse af tredjemandsbetalinger skal fastlægges.

Afhandlingen anvender endvidere svensk og norsk litteratur. Ligesom med den nordiske retspraksis kan svensk og norsk litteratur ikke overføres direkte til dansk ret, men på grund af den nordiske retsfamilie og samarbejdet i forbindelse med udarbejdelse af konkurslovene, kan der søges inspiration til løsninger og forståelser i svenske og norske bøger.

²⁹ Retsvidenskabsteori s 397 ff.

2. Afværgelse af konkurs

En insolvent skyldner kan tages under konkursbehandling, når det begæres af skyldneren eller fordringshaveren, jf. konkurslovens § 17, stk. 1. Med insolvens menes illikviditet, jf. stk. 2. Hvis fordringshaveren begærer skyldneren konkurs, kan skyldneren eller tredjemand i visse tilfælde afværge konkursen.

Problemstillingen drejer sig om de tilfælde, hvor der er en fordringshaver og en insolvent skyldner, samt hvor betalingsudygtigheden ikke er forbigående. På trods af dette er der tilfælde, hvor fordringshaveren ikke kan få erklæret skyldneren konkurs, eller hvor skyldneren alligevel kan afværge konkurs. Først beskrives skyldnerens egne muligheder. Derefter beskrives, hvordan tredjemand kan hjælpe skyldneren via bl.a. konkurslovens § 20, stk. 1, nr. 2-3. Afslutningsvis fremgår der lidt om begrebet *individuel, væsentlig interesse*, som ikke direkte drejer sig om afværgelse af konkurs, men som unægtelig hænger sammen med konkurslovens § 20.

2.1. Skyldnerens egne muligheder for afværgelse

Overordnet skal skyldneren fjerne fordringshaverens interesse i konkurs, og der er to muligheder: Enten skal skyldner betale fordringen, eller også skal fordringshaveren have betryggende pant. En skyldner vil ofte i perioden op til konkurs betale nogle af sine kreditorer, især hvis de truer med konkurs. Når en fordring bliver betalt, forsvinder modtagerens status som *fordringshaver*. Dermed kan skyldneren ikke begæres konkurs af modtageren, jf. konkurslovens § 17, stk. 1, som kræver, at begæringen stammer fra en ”*fordringshaver*”.

Problemet med betalingen er, at fordringshaveren risikerer omstødelse, såfremt en anden fordringshaver får skyldneren erklæret konkurs.³⁰ Samtidig skal en fordringshaver modtage betaling, idet denne ellers kommer i fordringshavermora.³¹ Fordringshaveren står derfor i en vanskelig situation: Skal denne modtage betaling og risikere omstødelse, eller skal fordringshaveren nægte at modtage betaling og risikere fordringshavermora? De fleste fordringshavere vil formentlig modtage betaling og håbe på, at omstødelse ikke bliver aktuelt, jf. f.eks. U 2001.2592 Ø, hvor det lykkedes skyldner at afværge 15 konkursbegæringer. Derudover gælder det, at hvis fordringshaveren har indgivet en konkursbegæring, vil denne næppe komme i fordringshavermora ved at nægte at modtage betaling. Fordringshaveren bør tillades at få prøvet om konkursbetingelserne er opfyldt.³² Jo mindre truende risikoen for konkurs fremstår, jo mere taler til gengæld for, at fordringshaver ikke kan nægte at modtage betalingen.³³

Hvis en fordring er dækket af betryggende pant, har fordringshaver normalt ingen interesse i at få erklæret skyldner konkurs, da fordringshaveren ikke er i risiko for at miste penge. Dette følger konkurslovens § 20, stk. 1, nr. 1. Ligestillet med betryggende pant er anden tilsvarende sikkerhed, jf. konkurslovens § 20, stk. 2. Anden sikkerhed kan f.eks. være et ejendomsforbehold eller et

³⁰ Konkurs s. 75

³¹ Obligationsret 1. del s. 379 f.

³² Konkursret s. 22

³³ Konkurs s. 75

uomstødeligt udlæg. Tvungen modregning kan endvidere forhindre konkurs, men dette kræver både, at skyldneren kan bevise, at hans fordrings består, og at modregningen ikke foregår efter konkurslovens regler om modregning.³⁴

Skyldner kan derfor tilbyde, at fordringen bliver sikret ved pant. Pantet skal være betryggende. Dette betyder, at pantet både skal dække fordringen og omkostningerne ved salget, da det ellers ikke udelukker konkurs.³⁵ Endvidere må pantet ikke være omstødeligt.³⁶ Selvom fordringshavers har en personlig fordring mod skyldner, vil pantet ofte kunne udelukke konkurs, idet konkurs er byrdefuldt for skyldneren.³⁷ Samtidigt er dette ikke særligt byrdefuldt for fordringshaveren, som er sikker på fyldestgørelse. I øvrigt har skyldneren påvisningsret efter retsplejelovens § 517.³⁸

2.2. Tredjemands muligheder for afværgelse

Tredjemand kan i nogle tilfælde afværge konkurs. Overordnet set er mulighederne de samme som skyldnerens. Tredjemand kan stille betryggende pant eller betale fordringen. Udgangspunktet er, at tredjemands betryggende pant ikke udelukker konkurs.

De nordiske konkursudvalg diskuterede, om tredjemandspant skulle være en konkurshindring. Det danske konkursudvalg var mest stemt for at lade tredjemandspant være en konkurshindring, men udvalget bøjede sig for de andre udvalg, da det bl.a. fandt, at samarbejdet mellem landene var vigtigst.³⁹ Herefter kan konkurs ikke afværges for en forfalden fordring, selvom tredjemand har stillet pant. Undtagelsen til dette er, hvis konkurs strider mod vilkårene for pantet, jf. konkurslovens § 20, stk. 1, nr. 2. Et sådan vilkår kan f.eks. være, at pantthaver ikke kan kræve skyldner konkurs, eller hvis tredjemand stiller pantet for at undgå konkurs.⁴⁰ Er pantet stille i forbindelse med fordringens stiftelse, skal tredjemand sikre sig, at det fremgår tydeligt, at sikkerheden skal beskytte mod konkurs, da formodningen er, at pantesikkerheden ikke beskytter mod konkurs.⁴¹

Normalt kan fordringshaver kræve skyldner konkurs, selvom fordringen ikke er forfalden.⁴² Dette ændrer sig dog, hvis fordringshaver enten har eller får stillet betryggende pant i tredjemands ejendom. Her har fordringshaver ingen risiko, som i stedet hviler på tredjemanden. Tredjemand bliver dog stillet i en vanskelig situation, da denne oftest ikke vil opnå et regreskrav mod skyldner, før forfaldstiden indtræder. Dermed kan tredjemanden ikke fremkalde skyldners konkurs. Konkurslovsudvalget ville dog ikke give fordringshaveren mulighed for at erklære skyldneren konkurs på trods af tredjemands vanskeligheder. Dette begrundes også med, at fordringshaveren ville kunne presse tredjemanden til betaling af fordringen før tid ved at true med at få skyldner erklæret konkurs.⁴³ I øvrigt kan en

³⁴ Konkursret s. 24

³⁵ Betænkning nr. 606 s. 77

³⁶ Konkurs s. 73

³⁷ Betænkning nr. 606 s. 76 f.

³⁸ Konkurs s. 73

³⁹ Betænkning nr. 606 s. 77

⁴⁰ Konkursret s. 24

⁴¹ Betænkning nr. 606 s. 77

⁴² Insolvensprocesret s. 215

⁴³ Betænkning nr. 606 s. 78

kautionist indgive konkursbegæring, selvom denne ikke har indfriet kravet, eller kravet ikke er blevet gjort gældende mod kautionisten.⁴⁴

Fordringshaver kan derfor ikke kræve konkurs for en uforfalden fordring, hvor tredjemand tilbyder at stille sikkerhed, jf. konkurslovens § 20, stk. 1, nr. 3. Denne sikkerhed er samtidigt stillet for at undgå konkurs, hvorefter fordringshaver som udgangspunkt ikke kan kræve skyldner erklæret konkurs ved fordringens forfald. Ifølge betænkningen kan fordringshaveren dog forbeholde sig retten til at erklære skyldner konkurs på trods af sikkerheden. Selvom tredjemand stiller sikkerhed, er fordringshaver dermed frit stillet, når fordringen forfalder.⁴⁵

Sidestillet med pant er anden sikkerhed og sikker selvskyldnerkaution, jf. konkursloven § 20, stk. 2. Ved selvskyldnerkaution er det et krav, at kautionisten utvivlsomt kan dække fordringen. Derfor må skyldner bevise kautionistens økonomiske forhold, medmindre der er tale om en bankgaranti, som normalt vil være tilstrækkelig.⁴⁶ I øvrigt betyder det også modsætningsvist, at simpel kaution ikke forhindrer konkurs.⁴⁷

Hvis fordringen er forfalden, kan tredjemand kun forhindre skyldners konkurs ved at betale den. Normalt kræver debitorskifte samtykke.⁴⁸ I konkurs medfører et tilbud om tredjemandsbetaling dog, at fordringshaverens interesse i at få skyldner erklæret konkurs ikke eksisterer længere.⁴⁹ I praksis betyder dette, at skyldner skal have samtykke til debitorskifte, men fordringshaver er nødt til at acceptere betalingen fra tredjemand, da muligheden for konkurs ikke længere er til stede. Ved tredjemandsbetalinger risikerer fordringshaveren som udgangspunkt ikke omstødelse. Denne afhandling behandler dog netop de tilfælde, hvor fordringshaveren alligevel risikerer omstødelse. Hvis dette er tilfældet, kan fordringshaver nægte at modtage betaling fra tredjemanden, idet den ikke afskærer konkurs.⁵⁰

2.3. Individuel, væsentlig interesse

Foruden ovenstående om betaling af fordringen og betryggende pant, kan konkurs også være udelukket, hvis fordringshaveren ikke har en individuel, væsentlig interesse i at kræve skyldner konkurs. Reglerne om betryggende pant bygger også på manglende interesse, da fordringshaver ikke har nogen risiko, hvis fordringen er sikret.⁵¹

Konkursinstituttet har til formål at fordele skyldnerens formue ligeligt mellem fordringshaverne.⁵² Derfor kan skyldneren ikke erklæres konkurs, hvis der ingen aktiver er, eller aktiverne er omfattet af retsplejelovens §§ 509-516. Det er ikke nok, at skyldner påstår, at der ikke er aktiver. Det kræver, at

⁴⁴ Konkursret s. 22, Konkurs s. 72 og Konkurslovskommentaren til § 17, note 4.2.2.

⁴⁵ Betænkning nr. 606 s. 78

⁴⁶ Betænkning nr. 606 s. 78

⁴⁷ Konkursret s. 24 f.

⁴⁸ Obligationsret 3. del s. 195

⁴⁹ Insolvensprocesret s. 222

⁵⁰ Konkursret s. 25

⁵¹ Insolvensprocesret s. 222 og 232

⁵² Betænkning nr. 606 s. 89

det mere objektivt er konstateret.⁵³ Hvis det ikke kan udelukkes, at en kurator ville kunne finde omstødelige forhold, kan konkurs heller ikke nægtes, jf. U 2014.651 V og U 2020.1493 H. Der skal være en konkret mistanke om et omstødeligt forhold, men kravene til beviset kan ikke anses for store, før der er retlig interesse.⁵⁴ Der findes dog flere specielle tilfælde, hvor konkurs blev tilladt, selvom der ikke var udsigt til dividende.

I U 1993.29/1 H blev en advokat erklæret konkurs efter begæring fra en bank på trods af, at der ikke var udsigt til dividende. Dette skete dog antageligt for at stoppe advokaten i at udøve advokatvirksomhed.⁵⁵ I U 1994.10 V fik skattemyndighederne erklæret en skyldner konkurs for at forhindre, at gælden fortsat blev forøget. Landsretten fandt i sagen: ” [...] at kærrende har godtgjort fornøden retlig interesse i, at konkursbegæringen fremmes, idet det må påregnes, at indkærede herved vil blive afskåret fra at forøge sit tilsvær overfor det offentlige i form af moms- og skatterestancer, hvilket ikke vil kunne opnås ved anden fremgangsmåde.”

Herefter kan skattemyndighederne få skyldnere erklæret konkurs, hvis de ikke kan stoppe gældsforøgelser på andre måder. Afgørelsen i U 1994.10 V er dog kritiseret, selvom den blev efterfulgt af lignende afgørelser.⁵⁶

Se f.eks. Ørgaard i *Konkursret*, som ikke anser U 1994.10 V for rigtig, idet han mener, at skattemyndighedernes interesse i stedet må varetages gennem moms- og skattesystemets strafferegler.⁵⁷ Modsat er dog Lindenchrone og Kuld Hansen i *Insolvensprocesret*, som ikke umiddelbart er kritiske over for, at konkursinstituttet bruges til mere end inddrivelsesøjemed, om end de mener, at skattemyndighederne ikke længere har interesse heri.⁵⁸ I *Konkurs* af Bang-Pedersen m.fl. er forfatterne enige i, at gældsstiftelse som udgangspunkt skal forhindres gennem skatte- og momslovgivningen, men de tager ikke direkte stilling til, om det er problematisk, at konkursinstituttet bruges hertil. I både *Konkursret* og *Konkurs* er forfatterne dog kritisable over for den lignende afgørelse i U 1994.95 V, hvor en kommune fik en plejehjemsbeboer erklæret konkurs for at sikre fremtidige betalinger.⁵⁹

På trods af kritikken er afgørelserne dog et bevis på, at domstolene har anvendt konkursinstituttet til andet og mere end blot inddrivelsesøjemed. Skattemyndighederne har senere fået flere muligheder for at forhindre virksomheder i at opbygge yderligere gæld til det offentlige.⁶⁰ Dermed vil skattemyndighederne ikke længere have retlige interesse i konkurs, hvis de kan bruge disse beføjelser.⁶¹ I den forbindelse henvises dog til U 2016.2072 Ø, hvor SKAT ikke havde mulighed for at inddrage registreringen, og derfor kunne SKAT få skyldneren erklæret konkurs. Alle de ovenstående tilfælde er dog specielle, og det må konstateres, at konkursinstituttet som udgangspunkt skal anvendes til inddrivelse af skyldnerens formue og ligelig fordeling mellem kreditorerne.⁶²

⁵³ Insolvensprocesret s. 22

⁵⁴ Konkurs s. 78

⁵⁵ Insolvensprocesret s. 224 og Konkurs s. 82

⁵⁶ Konkurs s. 82

⁵⁷ Konkursret s. 23

⁵⁸ Insolvensprocesret s. 224

⁵⁹ Konkurs s. 82 og Konkursret s. 23

⁶⁰ Konkurs s. 81

⁶¹ Insolvensprocesret s. 224 og Konkurs s. 81

⁶² Betænkning nr. 606 s. 89

3. Generelle betragtninger om omstødelsesinstituttet

Omstødelsesinstituttet gennemgik store forandringer i forbindelse med vedtagelsen af konkursloven af 1977. Forandringerne skyldes konkurslovsudvalgets arbejde med at modernisere det danske konkurssystem.⁶³ Derudover var det en væsentlig faktor, at de nordiske konkursudvalg ønskede, at landenes konkursinstitutter, herunder særligt den materielle konkursret, skulle være overensstemmende i det omfang, at det var muligt at blive enige.⁶⁴

I det følgende gennemgås nogle af de relevante punkter i forhold til omstødelse af tredjemandsbetalinger, herunder formålet, objektive og subjektive regler, forringende/forrykkende dispositioner og retsvirkningerne af omstødelse.

3.1. Formålet med omstødelse

Omstødelse blev indgående diskuteret af de nordiske udvalg, og det lykkedes for udvalgene at opnå overensstemmelse på flere punkter.⁶⁵ Når konkursen indtræder, overtager boet skyldnerens aktiver, jf. konkurslovens § 32. Konkursboet kan derfor anfægte gyldigheden af de aftaler, som skyldneren har indgået. Derudover ekstingverer boet eventuelle rettigheder over aktiver, hvor der ikke er gyldig kreditorbeskyttelse. Hvis en ret enten er ugyldig eller ekstingveret, vil konkursboet ofte ikke have nogen grund til at forsøge at få den omstødt. Omstødelsesinstituttet omhandler nemlig normalt gyldige dispositioner, som ville have været gyldige og bindende for skyldneren, hvis ikke konkursen var indtrådt.⁶⁶

Hele ideen bag omstødelsesreglerne er at give konkursboet mulighed for at anfægte visse dispositioner, som har været til skade for kreditorerne.⁶⁷ Omstødelse kan betegnes som en form for begrænset antedatering.⁶⁸ Tidligere var omstødelse en mulighed for at angribe skyldnerens svigagtige dispositioner. I dag kan det bruges mere objektivt på dispositioner inden konkurs, som ikke hænger sammen med princippet om lighedeling af skyldnerens formue ved konkurs.⁶⁹

3.2. Objektive og subjektive omstødelsesregler

Før var det nødvendigt at statuere ond tro hos modtageren, hvis konkursboet skulle kunne omstøde. Konkurslovsudvalget havde flere grunde til, at omstødelsesinstituttet skulle være mere objektivt, hvor god tro/ond tro ikke havde samme betydning. For det første mente udvalget, at det ville blive nemmere for skyldnere at få en tvangsakkord eller frivillig akkord på plads, når kreditorerne kunne forudsige omstødelse ved konkurs. Alternativet ville nemlig være flere, lange retssager, hvor kreditorerne kunne håbe på, at det ikke lykkedes at statuere ond tro. Ændringen ville efter udvalgets opfattelse formodentlig få flere kreditorer til frivilligt at opgive en begunstiggelse og indgå i en akkord for at

⁶³ Betænkning nr. 606 s. 33

⁶⁴ Betænkning nr. 606 s. 6

⁶⁵ Betænkning nr. 606 s. 140

⁶⁶ Konkurs s. 384

⁶⁷ Betænkning nr. 606 s. 140

⁶⁸ Konkurslovscommentaren til kap. 8, note 1

⁶⁹ Konkursret s. 91

undgå konkurs og omstødelse. For det andet forventede konkurslovsudvalget også, at bobehandlingen ville blive kortere på grund af færre retssager. Af disse årsager valgte konkurslovsudvalget og senere lovgiver at vedtage regler for omstødelse, hvor god tro/ond tro ikke spillede samme store rolle.⁷⁰

Konkurslovens §§ 64-71 betegnes som de objektive omstødellesregler, mens § 72 og § 74 er de subjektive regler.⁷¹ Både reglerne i § 64, stk. 2 og § 67 indeholder dog subjektive elementer, hvor førstnævnte giver den begunstigede en mulighed for at bevise, at skyldneren var solvent, og sidstnævnte indeholder kriteriet om, at betalingen fremstår som ordinær.⁷² I øvrigt indeholder flere af reglerne særligt bestemmelser for nærtstående, som skal godtgøre, at skyldner hverken var eller blev insolvent ved dispositionen, jf. f.eks. § 67, stk. 2.

Eftersom de objektive omstødellesregler finder anvendelse uanset solvens eller insolvens, indeholder alle reglerne en tidsmæssig betingelse. Den tidsmæssige betingelse i den subjektive omstødellesregel i § 72 er knyttet til, at den kun gælder for dispositioner efter fristdagen. § 74 har ingen tidsmæssig betingelse. Rent pædagogisk opdeles omstødelige dispositioner endvidere i forringende og forrykkende. De forringende dispositioner drejer sig om, at skyldneren unddrager aktiver fra kreditorerne, f.eks. via gaver (§ 64). De forrykkende dispositioner omhandler de situationer, hvor en eller flere kreditorer bliver begunstiget på bekostning af de andre, f.eks. via en mistænkelig betaling (§ 67).⁷³

3.3. Retsvirkningerne af omstødelse

Retsvirkningerne af omstødelse fremgår af konkurslovens § 75 for de objektive omstødellesregler i §§ 64-71 og af § 76 for de subjektive i § 72 og § 74. Førstnævnte medfører, at modtageren kun skal fralægge berigelsen, dog ikke udover boets tab. Konkurslovsudvalget begrundede dette med at omstødelles efter disse regler kan ske inden for relativt lange frister og uden hensyn til modtagerens subjektive forhold.⁷⁴ Modtageren skal derfor stilles som om, at dispositionen ikke var sket. Der vil f.eks. ingen berigelse være sket, hvis en genstand er gået til grunde.⁷⁵ Hvis modtageren har solgt aktivet for mere end det var værd, kan boet kun få dets tab dækket og ikke den merværdi, som modtageren har fået. Hvis modtageren har fået penge, vil selve anvendelsen ikke have betydning i forhold til berigelsen og omstødelse, jf. § 75, stk. 1, 2. pkt. Det er kun, hvis modtageren kan bevise, at pengene enten er gået til grunde eller blevet stjålet, at berigelseskravet bortfalder.⁷⁶ Dette kaldes også pengereglen, og det er med til at forenkle opgørelsen af kravet, idet boet ikke behøver at følge pengestrømmen.⁷⁷

Efter § 76 gælder det, at den begunstigede skal svare erstatning efter de almindelige regler. Dette hænger sammen med, at der er tale om subjektivt kendskab hos den begunstigede vedr. enten

⁷⁰ Betænkning nr. 606 s. 140

⁷¹ Konkursret s. 95 f.

⁷² Konkurs s. 390

⁷³ Konkurs s. 390 f.

⁷⁴ Betænkning nr. 606 s. 164

⁷⁵ Konkursret s. 97

⁷⁶ Betænkning nr. 606 s. 165

⁷⁷ Konkurs s. 527

insolvens og utilbørligheden (for § 74) eller kendskab til konkursbegæringen (for § 72). Konkurslovsudvalget var i tvivl om reglen i § 72 skulle være omfattet af § 75 eller § 76, men de fandt, at risikoen må hvile på medkontrahenten, når denne har kendskab til den mulige konkurs, samt at risikoen for erstatning bedre ville ”*bremse uønsket aktivitet*”.⁷⁸ Når en begunstiget er omfattet af § 76, er virkningen den, at boet skal have erstattet sit tab, hvis der er årsagsforbindelse mellem tabet og dispositionen, samt betingelsen om adækvans er opfyldt.⁷⁹ Det svarer til, at den begunstigede har begået en culpøs handling, hvilket konkret kan anses for det utilbørlige forhold eller kendskabet til grundlaget for konkursen.

Forskellen mellem § 75 og § 76 bliver tydelig, hvis f.eks. A og B modtager en hest hver fra C, som efterfølgende går konkurs. Begge heste bliver dog aflivet inden boet får omstødt. Hvis hesten til A bliver omstødt efter § 64, har boet intet krav mod A, da A ikke har opnået nogen berigelse. Samtidig omstøder boet over for B efter § 74, hvormed B skal svare erstatning for den værdi, som hesten havde.

⁷⁸ Betænkning nr. 606 s. 167

⁷⁹ Konkurs s. 530

4. Omstødelse af tredjemandsbetalinger af skyldners gæld

Betaling af gæld kan omstødes efter konkurslovens § 67. I det følgende redegøres for bestemmelsens anvendelsesområde, mens den samtidig sættes ind i en kontekst af tredjemandsbetalinger, hvor både tredjemands og skyldners mulighed for at anvende bestemmelsen vurderes.

4.1. Grundlæggende om § 67

Bestemmelsen omfatter grundlæggende omstødelse af tre typer betaling: Enten skal betalingen være sket med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingsfrist eller med et beløb, som afgørende forringer skyldnerens betalingsevne. Det er yderligere en betingelse for omstødelse efter de tre muligheder, at betalingen ikke fremstår som ordinær.

Bestemmelsens har til formål at forhindre kreditorbegunstigelser i perioden umiddelbart op til konkurs, som ikke medvirker til at dele skyldnerens formue lige.⁸⁰ Ordinærhedskriteriet kan oftest vurderes ud fra, om en betaling var forretningsmæssigt begrundet.⁸¹ Ideen er derfor, at konkursboet skal vurdere, om betalingen er en begunstigelse af en kreditor, og i så fald om begunstigelsen kan begrundes med, at det var bedre for selskabet. § 67 er ikke anvendelig, hvis fordringen var sikret ved et uomstødeligt pant.⁸² Derudover er bestemmelsen ikke anvendelig ved kontantkøb og betaling af tredjemandsgæld, jf. U 2007.761 H.⁸³

U 2007.761 H omhandlede A, som ejede selskabet M, der igen ejede 75 % af selskabet D. D havde en kassekredit i pengeinstituttet P, som både A og M hæftede for. D kom i økonomiske problemer, hvormed A sammen med D's revisor besluttede at foretage en kapitalforhøjelse, som skulle bruges til at indfri kassekreditten og derudover give D kapital. Herefter gennemførte M beslutningen ved at tegne kapitalforhøjelsen og betale direkte til kassekreditten. D gik konkurs, og boet ville have indfrielsen af kassekreditten omstødt over for kautionisterne A og M. Dette nægtede Højesteret med den begrundelse, at lukningen af kassekreditten var ske i led af flerhed af dispositioner, som skulle ses under et. Disse dispositioner var i øvrigt til gavn for kreditorerne. Heri lægger også, at tredjemand M havde givet beløbet med den betingelse, at det skulle anvendes til at lukke kassekreditten.⁸⁴

På den baggrund kan det konkluderes, at hvis en tredjemand betaler en skyldners gæld, kan tredjemands bo ikke omstøde overfor fordringshaver med hjemmel i § 67. Bestemmelsen kan altså ikke anvendes, når tredjemanden går konkurs. I særlige tilfælde, hvor skyldneren i sidste ende ikke er gået konkurs, vil der dog være en teoretisk mulighed for, at tredjemand kan omstøde efter § 67 over for skyldner, hvis tredjemand har gæld til skyldner, eller § 64, hvis tredjemand ikke har gæld.⁸⁵ Tredjemanden vil endvidere have mulighed for at anmelde sit krav i skyldnerens konkursbo.

⁸⁰ Konkurslovskommentaren til § 67, note 1

⁸¹ Konkurs s. 422

⁸² Konkursret s. 115

⁸³ Konkurslovskommentaren til § 67, note 2

⁸⁴ Konkurslovskommentaren til kap. 8, note 2.3.

⁸⁵ ET 2023.241, afsnit 2.2

4.2. Skyldners omstødelse af tredjemandsbetalinger

I det følgende redegøres der for situation, hvor skyldners konkursbo forsøger at omstøde efter § 67. Problemstillingen er den, at konkursboet som udgangspunkt ikke kan omstøde efter § 67, hvis en tredjemand betaler skyldnerens fordring. Domstolene har dog tilladt omstødelse i visse tilfælde, hvor pengene stammer fra skyldneren.

4.2.1. Usædvanlige betalingsmidler

Om en betaling sker med usædvanlige betalingsmidler, beror på aftalens indhold.⁸⁶ Bestemmelsen omfatter på trods af ordlyden både, hvor aftalen lyder på betaling med penge, og hvor aftalen lyder på betaling med andet, f.eks. løsøre.⁸⁷ Inden for obligationsretten kaldes dette for *datio in solutum*, hvor skyldner kan frigøre sig ved erlægge en anden ydelse, end skyldner oprindeligt var forpligtet til, og kreditor samtykker heri.⁸⁸

I *Konkurs* vil forfatterne ikke sidestille usædvanlige betalingsmidler med *datio in solutum*.⁸⁹ Anden holdning har både *Konkurslovskomentaren* og *Konkursret*.⁹⁰ Førstnævnte mener, at der skal foretages en bredere vurdering, og at betalingen kun er usædvanlig, hvis årsagen til at modtage den anden ydelse er, at skyldneren er insolvent. Forfatterne opstiller altså bestemmelsen som en vurdering, hvor omstødelse kun kan ske, hvis: 1. Er der betalt med andet end aftalt? 2. Skyldes ændringen skyldnerens insolvens? 3. Fremstod betalingen som ordinær? Trin 1 og 2 har konkursboet bevisbyrden, mens det i trin 3 er fordringshavers. *Konkurslovskomentaren* og *Konkursret* opstiller det sådan, at trin 2 er indeholdt i trin 3. Dermed flytter sidstnævnte, ifølge *Konkurs*, bevisbyrden over på fordringshaver, eftersom konkursboet blot skal bevise, at der er betalt med andet end det aftalte. Forskellen mellem de to udgangspunkter er næppe særligt stor, da det i øvrigt altid vil være en konkret vurdering, hvor retten kan flytte bevisbyrden hen på den part, som påstår noget, som omstændighederne ikke taler derfor. I øvrigt mener forfatterne i *Konkurs* selv, at vurderingerne ofte falder sammen, og at parternes egen procedure kan have betydning, hvilket kan tiltrædes.

Penge kan næppe anses for et usædvanligt betalingsmiddel, idet fordringer ved tvangsfuldbyrdelse normalt bliver omformet til et pengekrav.⁹¹ Når det kommer til ordinærhedsvurderingen er det afgørende, om den usædvanlige betaling ville været foretaget, selvom skyldneren ikke havde været tæt på konkurs. Betænkningen opstiller f.eks. et eksempel på, at betaling med en genstand er ordinær, hvis fordringshaveren netop havde brug for denne genstand.⁹² Til gengæld vil det næppe være ordinært, hvis en kreditsælger får den solgte genstand retur. Det er en konkret vurdering, om en betaling anses for ordinær, men branchesædvaner kan også spille en rolle, hvis det f.eks. er normalt at ændre betaling fra penge til varer.⁹³ I øvrigt er det de ydre forhold, som er gældende, og ikke de

⁸⁶ Konkurslovskomentaren til § 67, note 4

⁸⁷ Konkursret s. 116

⁸⁸ Obligationsret 3. del s. 222 f.

⁸⁹ Konkurs s. 426 ff.

⁹⁰ Konkurslovskomentaren til § 67, note 4 og Konkursret s. 115, som henviser til Återvinning i konkurs, som omtaler *datio in solutum*.

⁹¹ Konkursret s. 116

⁹² Betænkning nr. 606 s. 151

⁹³ Konkurslovskomentaren til § 67, note 7.1.

subjektive forhold, når domstolene skal vurdere ordinærhedskriteriet (hvilket også gælder for de to andre led af bestemmelsen).⁹⁴

I forhold til tredjemandsbetalinger ses det nogle gange, at skyldner indsætter tredjemænd ved betalingen, så den formelt fremgår som en betaling fra tredjemand til fordringshaver, men reelt er betalingen fra skyldner. Domstolene har mulighed for at se igennem disse formelle dispositioner og omstøde efter § 67.⁹⁵

Her kan henvises til sagen U 2005.3462 H, hvor en kapitalejer med bestemmende indflydelse i nogle concernforbundne selskaber fik omstødt en fordring. A havde en fordring på selskabet B. Fordringen blev overdraget til selskabet C. Samtidig købte C en fordring mod selskabet D fra B, hvor B fik en betaling i form af en fordring mod C. Herefter havde C og B en fordring på hinanden, som de modregnede. B gik konkurs et år efter. På papiret forelå der derfor en omstødelig modregning, som ikke der ikke var hjemmel til at omstøde over for A, hvorfor dissens ville frifinde A. Flertallet mente dog, at der reelt forelå en betaling med usædvanlige betalingsmidler, idet A havde fået sin fordring mod B betalt med en fordring mod D. A ville ikke oplyse noget om aftalen mellem ham og C eller deres økonomiske forhold. Flertallet mente derfor, at der var en formodning for, at A modtog formuefordele fra C ved salget af fordringen. Dermed omstødte flertallet betalingen efter § 67, stk. 2, jf. stk. 1.

Højesteret omstøder derfor betalingen med den begrundelse, at det er usædvanligt at få betalt sin fordring mod et selskab med en fordring på et andet selskab. Umiddelbart går Højesteret langt i sagen i forhold til at få omstødt betalingen. Dette fremgår f.eks. af, at dissens mener, at der ikke er hjemmel til at omstøde. I forhold til ordinærhedskriteriet er vurderingen, at det ikke fremstår ordinært, at fordringer mellem tre selskaber og en person bliver flyttet rundt på samme dag for, at penge fra D kan strømme igennem selskaberne og ende hos A. Sagt på en anden måde havde A formodentlig ikke lavet dette set up, hvis B havde haft penge til at betale fordringen med, hvormed det ikke er forretningsmæssigt begrundet. Dommen bekræfter, at tredjemandsbetalinger kan omstødes efter § 67, hvis der foretages betalinger med usædvanlige betalingsmidler.

4.2.2. Før normal betalingstid

Når domstolene skal vurdere, om gælden er betalt før normal betalingstid, er det ikke blot en vurdering af, om gælden er forfalden. Konkurslovsudvalget ligger efter retspraksis vægt på, at der ved vurderingen også skal tages hensyn til sædvaner, aftalens indhold og parternes egne forhold og forudsætninger.⁹⁶

Dette led skal beskytte mod, at skyldner i forløbet op til konkurs betaler til nogle af sine kreditorer, selvom deres fordringer ikke er forfaldne endnu. Ofte vil grunden enten være en påtrængende fordringshaver eller for at favorisere en af flere fordringshavere (især hvis skyldner har flere

⁹⁴ Betænkning nr. 606 s. 151

⁹⁵ Gjeldsforhandling og konkurs s. 260 f. og Konkurs s. 425 f.

⁹⁶ Betænkning nr. 606 s. 150 f.

selskaber, hvor der er samarbejde med fordringshaveren).⁹⁷ Generelt må det lægges til grund, at før normal betalingstid i mange tilfælde vil være overensstemmende med forfaldsdagen.⁹⁸

I *Konkurs* lægges til grund, at der skal foretages en mere overordnet bedømmelse af før normal betalingstid.⁹⁹ Modsat mener både *Konkursret*, *Återvinning i Konkurs* samt *Gjeldsforhandling og konkurs* umiddelbart, at de fleste betalinger før forfaldsdagen vil være *før normal betalingstid*.¹⁰⁰ Forskellen minder umiddelbart om ovenstående problemstilling vedrørende usædvanlige betalingsmidler. Hvem bærer reelt bevisbyrden for før normal betalingstid? Er det nok, at konkursboet beviser, at betalingen skete før forfaldsdagen, og at det derfor kan formodes, at betalingen var før normal betalingstid? Eller skal konkursboet bevise, at en betaling før forfaldsdagen er før normal betalingstid? Ligesom ved ovenstående vil svaret nok afhænge af, hvordan parterne fremlægger sagen. Derudover må bevisbyrden for før normal betalingstid antageligt flyde meget sammen med ordinærhedskriteriet.

Omstødelse kan ske, hvis betalingen finder sted før udløbet af løbedage.¹⁰¹ Derudover vil omstødelse også kunne ske, hvis fordringshaveren giver henstand, jf. U 2009.2530 V, hvori omstødelse dog ikke skete, da konkursboet ikke beviste, at der var aftalt henstand. Fordringshaver risikerer derfor omstødelse, hvis skyldner betaler efter frigørelsestiden og før forfaldstiden.

Ordinærhedskriteriet gælder også for dette led af bestemmelsen, f.eks. hvis skyldneren straks videresælger en vare kontant, hvor varen er købt på kredit.¹⁰² Dette er umiddelbart en snæver undtagelse, som muligvis kun kan bruges, hvis skyldneren opnår en fordel ved den førtidige betaling.¹⁰³ Ellers kan låneombytning til billigere lån og betaling før tid på grund af ferie være ordinære.¹⁰⁴ Indbetalinger på en kassekredit er normalt omfattet af bestemmelsen. De vil dog ofte anses for ordinære, da en kassekredit normalt varierer, jf. U 1986.474 H. Dette gælder dog kun så længe, at kassekrediten fungerer som kassekredit, jf. U 1991.646/2 H.¹⁰⁵

I forhold til omstødelse af tredjemandsbetalinger, hvor betalingen er sket før normal betalingstid, foreligger der ikke umiddelbart noget praksis herom. Dette hænger sandsynligvis sammen med, at konkurs ikke kan begæres for en uforfalden fordring, hvis der stilles betryggende sikkerhed fra tredjemand. I de fleste af disse tilfælde kan skyldner derfor udnytte sin rådighed over et andet selskab til at stille sikkerhed for gælden og afværge konkurs. I praksis er det dog muligt at omstøde en tredjemandsbetaling, som er foretaget før normal betalingstid.

4.2.3. Beløb, som afgørende forringer betalingsevnen

Konkurslovsudvalget foreslog dette led som noget nyt, hvor de indledningsvis brugte ordene ”*betydeligt har forringet skyldnerens betalingsevne*”.¹⁰⁶ I det fremsatte lovforslag ændrede

⁹⁷ Återvinning i konkurs s. 234

⁹⁸ Konkursret s. 121, Återvinning i konkurs s. 234 ff. og Gjeldsforhandling og konkurs s. 292 f.

⁹⁹ Konkurs s. 430

¹⁰⁰ Konkursret s. 121, Återvinning i konkurs s. 234 ff. og Gjeldsforhandling og konkurs s. 292 f.

¹⁰¹ Konkurslovscommentaren til § 67, note 5.2.

¹⁰² Betænkning nr. 606 s. 151

¹⁰³ Konkursret s. 122

¹⁰⁴ Konkurslovscommentaren til § 67, note 7.2.

¹⁰⁵ Konkursret s. 122 f.

¹⁰⁶ Betænkning nr. 606 s. 15 og 151

Justitsministeriet betydeligt til afgørende for at tydeliggøre, at omstødelse kun kan ske, hvis det står klart, at skyldnerens mulighed for at videreføre sin virksomhed er blevet forringet i afgørende grad.¹⁰⁷

Ofte vil en sådan betaling fra skyldner være udtryk for, at skyldner vil dække en fordringshaver før de andre.¹⁰⁸ Beløbet skal både vurderes ud fra aktivmassen og likviditeten, hvormed det kan have betydning, om skyldnerens aktiver let kan realiseres eller ej.¹⁰⁹ Dette led er specielt i forhold til de to andre led, idet der som udgangspunkt ikke er noget unormalt ved betalingen bortset fra, at virksomheden ikke kan klare den. Derudover er tidsfaktoren vigtig, da skyldneren normalt vil gå konkurs kort efter betalingen.¹¹⁰ Flere små betalinger til samme fordringshaver kan betragtes som en stor betaling, som kan medføre omstødelse efter dette led. Til gengæld kan flere betalinger til forskellige fordringshavere som udgangspunkt ikke omstødes bortset fra ved særlige tilfælde, hvor fordringshaverne indgår i et økonomisk interessesfællesskab, jf. U 2013.1146 H.¹¹¹

Ved dette led er det også muligt for fordringshaveren at undgå omstødelse, hvis betalingen fremstår som ordinær. Betænkningen nævner den situation, hvor likvid kapital frigives ved et forsvarligt salg af skyldnerens forretning.¹¹² Hvis virksomheden fortsætter som sædvanligt, vil dette også tale for, at betalingen var ordinær.¹¹³ Samtidig kan betalingen også fremstå forretningsmæssigt begrundet, hvormed den er ordinær, jf. U 2021.2353 V. Bestemmelsen ses anvendt vedrørende tredjemandsbetalinger, hvor omstødelse blev tilladt.

Et tidligt eksempel på dette er U 1988.484 H. I denne sag begærede en bank en revisor konkurs. Revisoren afværgede dog konkurs ved at betale 180.000 kroner fra sin svogers anpartsselskab, hvor revisoren var direktør og umiddelbart reelt enerådig. Derudover blev det aftalt at afdrage på resten af gælden med 16.000 kroner om måneden. Kort efter betalingen og første afdrag blev revisoren erklæret konkurs, hvorefter konkursboet ville have betalingen og afdraget til banken omstødt efter § 67. Både landsretten og Højesteret var enige med konkursboet. Begge lagde til grund, at revisoren havde et krav mod anpartsselskabet, og at betalingen afgørende havde forringet revisorens betalingsevne uden at være ordinær. Højesteret lagde endvidere vægt på, at hverken anpartsselskabet eller konkursboet efter dette havde anmeldt et krav mod revisorens konkursbo.

Derudover foreligger der også en norsk Højesteretsdom i sagsnr. 2011/1555 af 22. marts 2012, hvor et moderselskab betalte et datterselskabs gæld og modregnede sit krav i et tilgodehavende, som datterselskabet havde hos moderselskabet. Her fandt den norske højesteret, at betalingen måtte kunne omstødes efter den norske pendant til § 67.¹¹⁴

Disse sager er klassiske eksempler på omstødelse af en tredjemandsbetaling, hvor penge reelt stammer fra skyldner. Revisoren vil gerne undgå konkurs, men han kan ikke selv betale sin bank, idet banken næppe vil modtage pengene og risikere omstødelse. Derfor får han et anpartsselskab, hvor han selv er enerådig, til at betale fordringen med penge, som anpartsselskabet alligevel skylder ham.

¹⁰⁷ Lovforslag nr. 25 af 3. marts 1977: De specielle bemærkninger til § 67

¹⁰⁸ Konkursret s. 123

¹⁰⁹ Betænkning nr. 606 s. 151

¹¹⁰ Konkurslovskommentaren til § 67, note 6

¹¹¹ Konkurs s. 435 f.

¹¹² Betænkning nr. 606 s. 151

¹¹³ Konkurslovskommentaren til § 67, note 7.3.

¹¹⁴ ET 2012.265, afsnit 2

Set fra konkursboets vinkel er det bedre, at pengene går til boet, hvor de kan fordeles mellem alle kreditorerne. På grund af revisorens situation er en betaling af denne størrelse afgørende forringende, idet revisoren går konkurs kort efter. Samtidig er betalingen ikke ordinær, da den sker for at få banken til at trække konkursbegæringen tilbage. Betingelserne for omstødelse efter § 67 er derfor opfyldt, og konkursboet kan få betalingen omstødt. Det samme gør sig nogenlunde gældende i den norske dom.

Det skal i øvrigt bemærkes i U 1988.484 H, at Højesteret giver banken bevisbyrden for, at betalingen stammer fra en tredjemand. Dette er blevet begrundet med, at fordringshaveren har bevisbyrden for, at betalingen stammer fra tredjemand, hvis omstændighederne taler for det modsatte. Derudover lægges til grund, at skyldner ikke behøver anmode tredjemand om at betale, hvis personen med kontrollen over likviditeten betaler i skyldnerens interesse.¹¹⁵

4.3. Omstødelse, hvor tredjemanden ikke skylder penge

I ovenstående tilfælde er der tale om, at der består en fordring mellem tredjemand og skyldner inden betalingen (eller det lægges i hvert fald til grund). Det åbner op for spørgsmålet: Kan der omstødes, hvis skyldnerens fordringen på tredjemanden først opstår efter betalingen fra tredjemand? Det drejer sig om de tilfælde, hvor der sker et kreditorskifte. Hvis kreditorskiftet foregår uden skyldners medvirken, kan der ikke omstødes. Her vil der være tale om en regulær tredjemandsbetaling.¹¹⁶

Situationen er en anden, når skyldner bruger sin rådighed over et andet selskab til at betale det konkurstruede selskabs gæld? Hermed opstår der et spørgsmål om tab, som lægger tæt op ad det tidligere uafklarede spørgsmål om betaling af gæld, hvor skyldner trækker betalingen fra en usikret kassekredit.¹¹⁷ Kan kreditorerne siges at lide et tab, når en kreditor bliver skiftet ud med en anden?

For at svare på dette spørgsmål, kan der muligvis hentes inspiration fra nyere praksis i form af dommen U 2014.390 H og U 2023.837 H. Sagerne omhandler omstødelse af tredjemandsbetalinger efter § 74 (der henvises derfor til gennemgangen nedenunder), idet omstødelse skete efter den principale § 74. Hverken Højesteret eller landsretten tog derfor stilling til § 67. I sagerne sidestiller Højesteret betalingerne fra tredjemandsselskaberne med lån optaget af de konkursramte selskaber. Sidestillingen begrundes med den enerådighed, som ejerne har over alle selskaberne. På den baggrund anser Højesteret betalingerne som likvide midler, der kunne være fordelt mellem alle kreditorerne, hvis kapitalejerne havde valgt anderledes.

Det samme kan antages at være gældende for § 67. Hermed vil andre fordringshavere lide et tab, såfremt skyldner udnytter sin rådighed i et selskab til at betale et andet selskabs gæld, idet pengene kunne været anvendt anderledes. For § 74 gælder dog et krav om fordringshavers onde tro til både insolvens og utilbørlighed, hvilket ikke er et krav i § 67, hvor betalingen blot ikke må fremstå ordinær. Spørgsmålet er, om det ”mere” som kræves for omstødelse efter § 74 gør, at domstolene er mere villige til at omstøde en tredjemandsbetaling, hvor der ikke er en fordring mellem tredjemand og skyldner efter § 74, end domstolene vil være ved § 67, som i nogle tilfælde er omstødelse uden ond

¹¹⁵ ET 2012.265, afsnit 3

¹¹⁶ Gjeldsforhandling og konkurs s. 260

¹¹⁷ ET 2012.265, afsnit 4

tro. Mod dette argument skal det bemærkes, at selvom § 67 ikke kræver ond tro, så kræver omstødelse dog, at betalingen ikke fremstår som ordinær. De fleste tredjemandsbetalinger vil næppe fremstå som ordinære, idet de oftest forekommer ved situationer, hvor en part er i risiko for konkurs, og hvor modtageren af betalingen har krævet tredjemandsbetaling på grund af risikoen for omstødelse. Om manglende kendskab til skyldners rådighed medfører, at betalingen fremstår som ordinær er diskutabelt. Generelt kan der argumenteres for, at en tredjemandsbetaling aldrig er ordinær, når grunden til betalingen er, at skyldner er ved at gå konkurs.

Problemet minder i øvrigt om den situation, hvor skyldner låner pengene af en tredjemand og derefter betaler en fordringshaver.¹¹⁸ Her vil der kunne omstødes (forudsat betingelserne er opfyldt), selvom tredjemanden betaler fordringshaveren direkte. Det vil umiddelbart ikke være hensigtsmæssigt, hvis resultatet vil blive et andet, blot fordi skyldner både har kontrol over långiver og låntager, idet skyldner ville kunne omgå reglerne.

Eksempel

Den fysiske person laver et gavebevis, som indeholder tredjemandsbetalingen, fra tredjemanden til fordringshaveren. Hvis skyldner går konkurs, vil tredjemandsbetalingen derefter ikke kunne sidestilles med et lån, fordi der ikke er tilbagebetalingspligt, og omstødelse vil ikke forekomme. Hvis skyldner overlever den truende konkurs, kan den fysiske person blot betale beløbet til tredjemand, da der ikke længere er risiko for omstødelse.

Umiddelbart må konklusionen derfor være, at domstolene vil omstøde tredjemandsbetalingerne efter § 67, uanset om tredjemand skylder penge til skyldner inden betalingen foretages. Dette kan i øvrigt også begrundes med, at manglende omstødelse ellers vil medføre en stor svækkelse af konkursboernes mulighed for at omstøde i koncernforhold.¹¹⁹

¹¹⁸ Gjeldsforhandling og konkurs s. 260

¹¹⁹ ET 2012.265, afsnit 4

5. Omstødelse af utilbørlige dispositioner

I ovenstående er § 67 gennemgået, mens dette afsnit omhandler de utilbørlige dispositioner, hvor den relevante bestemmelse er konkurslovens § 74. Den største forskel er ”god tro/ond tro”-vurderingen, samt at der ikke på samme måder er faste frister for, hvornår omstødelse kan ske.

§ 74 kan kort sagt beskrives som generalklausulen inden for omstødesinstituttet, og den må betegnes som en klassisk omstødesregel. Heri lægger, at konkursboet må bevise, at skyldneren var eller blev insolvent, og at der forelå en utilbørlig disposition, samt den begunstigede viste eller burde vide dette.¹²⁰ Reglen gælder både for forrykkende og forringende dispositioner, jf. ordene i § 74: *”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning, eller hvorved skyldnerens ejendele unddrages fra at tjene til fordringshavernes fyldestgørelse”*.

I det følgende deles bestemmelsen op i forhold til de forskellige krav, som skal være opfyldt, før den finder anvendelse. Herudover fokuseres der på tredjemandsbetalinger i hvert afsnit.

5.1. Disposition

Det første krav i bestemmelsen er, at der skal forelægge en disposition. Dette udelukker både omstødelse af retspanterettigheder og lovbestemte panterettigheder. F.eks. vil et uomstødeligt (efter § 71) udlæg ikke kunne omstødes efter § 74, medmindre der foreligger et udlæg efter forlig indgået af skyldneren, som vil være en disposition.¹²¹ Det behøver ikke være skyldneren selv, som har foretaget dispositionen.¹²²

I forhold til omstødelse af tredjemandsbetalinger kommer disposition også i fokus. Ved tredjemandsbetalinger er det per definition ikke selve skyldneren, som har foretaget en disposition. I sagerne, hvor omstødelse finder sted efter § 74, er omstødelse bl.a. begrundet i, at skyldneren udnytter en rådighed over et andet selskab, jf. f.eks. U 2014.390 H og U 2023.837 H.

U 2014.390 H (Bristen) omhandlede konkursen af to selskaber i Bristen-koncernen. Konkursboerne ville omstøde 10 betalinger til banken B, som boet mente var en utilbørlig begunstiggelse efter § 74, idet B havde truet med at indgive en konkursbegæring. Landsretten omstødte næsten alle betalingerne, bortset fra en betaling på 2. mio. kroner fra selskabet SMSPN. Flertallet mente, at midlerne havde stået til rådighed for Steen Bryde og Brian Søholt Petersen, mens mindretallet betragtede betalingerne som lån eller vederlag. Højesteret omstødte alle betalingerne med tre forskellige begrundelser. For betaling nr. 4, 9 og 10 var omstødelse begrundet med, at midlerne stammede fra skyldnerselskaberne (altså ikke en tredjemandsbetaling). Derudover var betalingerne nr. 5, 7 og 8 (herunder betalingen fra SMSPN) sket med midler, som ikke stammede fra Bristen-koncernen, men fra Stratos- og Bryde-koncernerne. I alle tre koncerner var Steen Bryde og Brian Søholt Petersen enerådende. Herefter sidestillede Højesteret betalingerne med lån og dermed likvide midler i de konkursramte selskaber, hvormed omstødelse kunne ske. For betalingerne nr. 1, 2, 3 og 6 lagde Højesteret til grund, at betalingerne skete med datterselskaber i Bristen-koncernen, hvorefter

¹²⁰ Konkursret s. 141

¹²¹ Konkursret s. 145

¹²² Återvinning i konkurs s. 147 ff., Konkursret s. 145, og Gjeldsforhandling og konkurs s. 471 ff., men muligvis ikke Konkurs s. 506 f.

datterselskaberne fik forringet deres egenkapital, hvilket var et indirekte tab for de konkursramte selskaber, samt at betalingerne måtte sidestillet med likvide midler. I forhold til nogle pantsætninger fandt Højesteret, at den ene pantsætning ikke kunne anses for frigivet, og den anden i sig selv var en utilbørlig begunstiggelse.

I U 2023.837 H indgav en leverandør B en konkursbegæring mod E Entreprise A/S, men trak den tilbage, da A Elements A/S indfrieede både E's gæld og sin egen. E Entreprise gik konkurs, og konkursboet ville have betalingen omstødt efter § 74. Spørgsmålet var, om B var bekendt med, at betalingen var utilbørlig. Højesteret fandt, at B var klar over, at en person A var enerådig i begge selskaber, samt at B havde betinget yderligere levering til A Elements af, at A Elements betalte E Entreprenses gæld. Da A var enerådende, blev betaling ligestillet med likvide midler i E Entreprise, hvormed omstødelse kunne ske. Højesteret henviser i deres begrundelse til U 2014.390 H.

I de to domme bliver betalingerne altså sidestillet med lån i tredjemandsselskaberne, hvormed skyldnerselskabet disponerer over disse lån. Uanset dette kan det ikke nægtes, at de fysiske personer i begge sager reelt betalte gælden i deres egenskab af direktører og ejere i tredjemandsselskaberne. Sagt på en anden måde, hvad et selskab eller en fysisk person gør med sine midler, er uvedkommende for konkursboet i et andet selskab. Skyldnerselskaberne kan derfor ikke direkte siges at foretage en disposition, da midlerne ikke stammer fra dem. Det er et kreditorskifte, hvor fordringshaveren bliver skiftet ud med tredjemanden. Betalingen bliver altså foretaget af et andet selskab, som er sit eget retssubjekt.¹²³ Dette kan anskues som et brud på selskabsretten.

I betænkningen fremgår imidlertid, at *"Har en kreditor selv kunnet tage sig betalt, f. eks. fordi han havde rådighed over skyldnerens midler, bør dispositionen som i almindelighed også antaget i retspraksis kunne omstødes, selv om skyldneren selv intet har foretaget sig."*¹²⁴ Omstødelse skal altså tillades, selvom skyldneren intet foretager sig, men det er fordringshaveren som udnytter en rådighed. Bestemmelsens forståelse af ordet disposition er altså bredere end blot den direkte betydning i form af *"at råde"*. Dermed må Højesterets forståelse af disposition kunne indeholdes i § 74, hvormed en skyldners rådighed over et andet selskab må anses for en disposition. Det ville også forekomme forkert, hvis der skulle være forskel på det tilfælde, hvor fordringshaver har rådighed over skyldners formue, og det tilfælde hvor skyldner udnytter sin egen rådighed over et andet selskabs formue. I øvrigt har Højesteret normalt ikke problemer med at se igennem formelle omstændigheder for at komme til et materielt rigtigt resultat, jf. i den henseende U 2005.3462 H. Højesterets brud kan også været begrundet med, at skyldnerne selv bryder med selskabsretten ved at betale gæld med et andet selskabs penge. Omstødelsen får dermed muligvis en præventiv effekt, idet sagerne burde advare andre mod at overskride selskabsretlige regler ved at betale et selskabs gæld med et andet. Denne selskabsretlige effekt er ikke en del af formålet med konkurs, men som før nævnt bliver konkursinstituttet brugt til mere end blot inddrivelse.

I U 1988.484 H blev omstødelse også tilladt efter § 74. Forskellen på den og de ovenstående domme er, at Højesteret vurderer, at der har været et mellemværende mellem revisoren og tredjemanden, hvormed pengene reelt er revisorens. Hermed disponerer revisoren direkte ved at få tredjemanden til at betale med de penge, som tredjemanden alligevel skylder revisoren.

¹²³ Selskabsret s. 25 og s. 671

¹²⁴ Betænkning nr. 606 s. 161

5.2. Utilbørlighed

Det andet krav er, at dispositionen er utilbørlig, og at fordringshaveren er i ond tro herom. Hvad der nærmere ligger heri, fremgår ikke direkte af betænkningen, hvilket bl.a. kan begrundes med, at bestemmelsen skal fungere som generalklausul, og at det ikke er muligt at forudse alle måder, hvorpå unddragelse af skyldnerens aktiver kan ske.¹²⁵ Dermed skal utilbørligheden bedømmes konkret ud fra den givne situation, hvilket er op til domstolene. Utilbørlighed kan anses for en vurdering af, om dispositionen er ”i strid med almindelige normer for rigtig og hæderlig opførsel i forretningslivet – og uden for dette”.¹²⁶ I vurderingen kan også indlægges et spørgsmål om, hvorvidt en given disposition var forretningsmæssigt begrundet.¹²⁷ Spørgsmålet der skal stilles er, om dispositionen bliver foretaget på grund af konkursen, eller om den ville være blevet foretaget uanset hvad.

Eksempler på utilbørlige forhold er f.eks. dispositioner, som egentlig er omfattet af de objektive regler for omstødelse, men hvor der enten ikke kan omstødes på grund af tidsmæssige betingelser, eller fordi der ingen berigelse er efter § 75.¹²⁸ Det kan dog godt være utilbørligt uden at være omfattet af de objektive bestemmelser. F.eks. kan ordinærhedsvurderingen efter § 67 og utilbørlighedsvurderingen efter § 74 siges at overlappe, selvom de ikke er helt ens.¹²⁹ Dette kommer til udtryk i U 1999.34 H, hvor flertallet i Højesteret omstødte en udligning på en mellemregningskonto efter § 74, selvom den ikke kunne omstødes efter § 67.

Betaling af vedvarende ydelser, som er nødvendige for at drive virksomhed eller leve et almindeligt liv (vand, el, varme, husleje, sædvanlige underholdsbidrag og lign.), samt betaling af løn til ansatte vil normalt ikke være utilbørlige.¹³⁰ Til gengæld vil det være utilbørligt, hvis en fordringshaver får betaling ved at true med konkurs, jf. f.eks. U 2017.1815 H.

Et særligt spørgsmål vedrørende anvendelse af § 74 er utilbørligheden, når der sker en indbetaling på en kassekredit. Dette vil normalt være en begunstiggelse af banken på bekostning af de andre kreditorer i konkursboet, men samtidig er det normalt, at en kassekredit varierer.¹³¹ Derfor skal der foretages en helhedsvurdering, hvor kurator kigger på kassekreditten over en periode og vurderer, om trækket på kassekreditten kan anses for normalt og forretningsmæssigt begrundet. Det kræver dog både, at kassekreditten fungerer som kassekredit, samt at skyldneren reelt har en mulighed for at overvinde de økonomiske problemer.¹³²

Generelt kan det siges om § 74, at jo tættere på konkursen er, jo mindre handlefrihed har skyldner.¹³³ Derudover skal det utilbørlige også vurderes ud fra, om det strider mod konkursens formål.¹³⁴ I Bristen-sagen var det utilbørlige for tredjemandsbetalingerne, at Steen Bryde og Brian Søholt

¹²⁵ Betænkning nr. 606 s. 161

¹²⁶ Konkurslovskommentaren til § 74, note 6

¹²⁷ ET 2023.107, afsnit 4.2

¹²⁸ Konkurs s. 510

¹²⁹ Konkurslovskommentaren til § 74, note 6

¹³⁰ Konkursret s. 150

¹³¹ Konkurs s. 514

¹³² Konkursret s. 152 f.

¹³³ Betænkning nr. 606 s. 163

¹³⁴ Konkurslovskommentaren til § 74, note 6

Petersen udnyttede deres enerådighed over koncernerne til at betale de konkursramte selskabers gæld. Her opstillede Højesteret den præmis, at betalingerne måtte anses for lån, som de konkursramte selskaber skulle betale tilbage, hvormed der var tale om likvide midler. Bankens pres for at få betaling før de andre fordringshavere, bryder med konkursens formål, og eftersom banken endvidere truede med konkurs, var betalingen utilbørlig.

Det kan diskuteres, om kapitalejernes brug af rådigheden i sig selv er utilbørlig, eller om det utilbørlige først opstår, fordi banken presser for betalingen via konkurstrussel. I visse tilfælde må en betaling fra et koncernselskab til et andet være forretningsmæssigt begrundet set fra koncernens side, selvom betalingen bliver en begunstigelse af en fordringshaver.¹³⁵ U 2023.837 H taler dog imod denne opfattelse, idet landsretten og senere Højesteret lægger vægt på, at det utilbørlige forhold er den misbrugte rådighed. Højesteret anvender i stedet presset fra leverandøren til at begrunde kendskabet til utilbørligheden. På den baggrund er det utilbørlige ved tredjemandsbetalinger selve udnyttelsen af rådigheden.

Fordringshaveren skal endvidere have kendskab til, at en disposition er utilbørlig. Det er de faktiske omstændigheder, som de begunstigede skal være i ond tro om.¹³⁶ Inden for tredjemandsbetalinger vil dette krav nok ofte være opfyldt. I U 2023.837 H frikendte landsretten dog B, idet landsretten ikke fandt, at B var bekendt med, at A udnyttede sin rådighed over A Elements til at betale for E Entreprises gæld. Mindretallet og senere Højesteret fandt dog, at fordringshaver kendte til utilbørligheden i forholdet. Dette blev begrundet med, at B var eller burde være bekendt med, at A rådede over begge selskaber, idet B krævede indfrielse af begge selskabers gæld. I Bristen-sagen konstaterer Højesteret blot, at banken var i ond tro.

I U 1988.484 H finder både landsretten og Højesteret, at betalingen er en utilbørlig begunstigelse af banken, fordi pengene tilhører revisoren (og dermed ikke er en tredjemandsbetaling), og at betaling sker på baggrund af konkursbegæringen.

Generelt kan det efter ovenstående domme lægges til grund, at de fleste tredjemandsbetalinger fra koncernforbundne selskaber, hvor der er en enerådende person, eller andre selskaber, hvor skyldnerselskabet har rådighed over, vil være en utilbørlig begunstigelse. Hvis der foreligger en trussel om konkursbegæring, vil kravet om kendskab til insolvensen være opfyldt. Særligt i ovenstående tre sager er, at konkursen er tæt på, hvormed skyldner ikke har meget handlefrihed. For fordringshaverne gælder det derefter om at overbevise retten om, at der ikke var kendskab til rådigheden (selvom bevisbyrden er konkursboets), hvilket muligvis kan lade sig gøre, jf. landsrettens flertal i U 2023.837 H. Navnlig banker, advokater og andre, som har kendskab til konkursretten, vil have svært ved at løfte bevisbyrden for manglende kendskab, idet de bør undersøge tredjemanden, før de modtager betalingen, hvilket bl.a. begrundes med hvidvasklovens krav om kundekendskabsprocedure, jf. hvidvasklovens kapitel 3.

¹³⁵ I samme retning ET 2023.107, afsnit 6

¹³⁶ Konkurs s. 515

5.3. Insolvens

Det sidste krav er, at skyldneren enten skal være eller blive insolvent ved dispositionen, og fordringshaveren skal være i ond tro herom, jf. ordene i § 74: ”såfremt skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent, og den begunstigede kendte eller burde kende skyldnerens insolvens”.

Hvad der skal forstås ved insolvens, er diskuteret i litteraturen. I *Konkurs* lægges der vægt på illikviditet på grund af § 17, stk. 2.¹³⁷ Ørgaard i *Konkursret* lægger derimod til grund, at § 17, stk. 2 ikke direkte kan anvendes, da bestemmelsen ikke er placeret i kapitel 1 i loven (Indledende bestemmelser), men i kapitel 3 (Indtræden af konkurs). Efter Ørgaards opfattelse skal det vurderes, hvordan situation forekom på tidspunktet for konkurs. Altså om konkurs måtte skønnes at blive udfaldet, når dispositionen blev foretaget. På den baggrund mener Ørgaard, at insolvensen er en helhedsvurdering, hvilket umiddelbart bekræftes af U 1993.220 H og U 2017.1815 H.¹³⁸ *Konkurslovskommentaren* (hvor Ørgaard også er forfatter) antager, at § 17, stk. 2 gælder for alle omstødsbestemmelser på trods af placeringen, men samtidig mener begge forfattere i *Konkurslovskommentaren* umiddelbart, at der må foretages et skøn over, om skyldnerens økonomiske situation realistisk vil medføre konkurs.¹³⁹

§ 74 har ingen tidsmæssig betingelse.¹⁴⁰ Dette er begrundet med, at fordringshaveren skal være i ond tro om både insolvensen og utilbørligheden. Derfor skal der ikke tages hensyn til fordringshaveren.¹⁴¹ Til gengæld kræver omstødelse, at skyldneren ikke har været solvent i perioden fra dispositionen og til konkurs indtræder.¹⁴² Det er en konkret vurdering, om fordringshaveren er i ond tro om insolvensen.¹⁴³ Dog er banker og skattemyndighederne i særlig risiko for at være i ond tro om insolvensen, da de generelt må antages at vide meget om skyldneres økonomi.¹⁴⁴

I forhold til tredjemandsbetalinger vil det højst sandsynligt ikke være svært for konkursboet at løfte bevisbyrden for, at fordringshaver er i ond tro om insolvensen. Det begrundes med, at tredjemandsbetalinger normalt først benyttes, hvis selskabet ikke selv kan betale. I både U 2023.837 H og U 2014.390 H er fordringshaverne i ond tro. I førstnævnte var insolvensen ikke bestridt, men eftersom B havde indgivet en konkursbegæring, ville konkursboet antageligt have løftet bevisbyrden med henvisning hertil. Banken i Bristen-sagen bestred at være i ond tro om insolvensen. Højesteret fejer dog bankens påstand til side, da banken både har opsagt koncernens engagement, truet med konkurs og senere indgivet konkursbegæring. Samme gør sig gældende i U 1988.484 H, hvor landsretten og senere Højesteret lagde vægt på, at banken ville trække konkursbegæringen tilbage, hvis fordringen blev betalt.

¹³⁷ Konkurs s. 507

¹³⁸ Konkursret s. 146 f.

¹³⁹ Konkurslovskommentaren til § 74, note 7

¹⁴⁰ Konkurslovskommentaren til § 74, note 7

¹⁴¹ Konkurs s. 391

¹⁴² Konkurslovskommentaren til § 74, note 7

¹⁴³ Konkursret s. 147 f.

¹⁴⁴ Konkurs s. 509

5.4. Er der overhovedet et tab for fordringshaverne?

En anden problemstilling ved § 74 er, om de andre fordringshavere kan siges at lide et tab efter § 76. Gør det en forskel for fordringshaverne, om det er A eller B, som har et krav mod konkursboet? Efter bestemmelsens ordlyd skal den utilbørlige begunstiging skal være på ”de øvriges bekostning”, hvormed omstødelse f.eks. ikke kan ske, hvis der kun er en kreditor i hele konkursboet, eller hvis skyldner råder over en livsforsikringspolice, jf. U 1983.404 H.

Problemet med tredjemandsbetalinger minder om den førnævnte situation, hvor en skyldner betaler en gæld ved at trække på en usikre kassekredit, jf. ovenstående om omstødelse efter § 67. Her flyttes kravet fra en fordringshaver til banken (som er en anden fordringshaver). Omstødelse af betalingen via kassekrediten kan begrundes teoretisk med, at kassekrediten er skyldnerens likvide midler, eller fordi betalingen medfører et tab for en fordringshaver, nemlig banken.¹⁴⁵ I U 2014.390 H finder Højesteret, at:

”[...] de beløb, der i kraft af denne råden blev overført fra selskaberne i Stratos-koncernen og Bryde-koncernen til banken, må sidestilles med likvide midler i de senere konkursramte selskaber opnået gennem lån i Stratos- og Bryde-koncernen. Beløbene kunne være kommet også de øvrige kreditorer i disse selskaber til gode, hvis de var blevet anvendt på anden måde. Også disse betalinger har derfor på utilbørlig måde begunstiget Jyske Bank på bekostning af de øvrige kreditorer i de senere konkursramte selskaber, i det omfang der ikke ved betalingerne skete indfrielse af pantsikrede tilgodehavender.”

Inden for tredjemandsbetalinger følger begrundelsen for tabet derfor den teoretiske begrundelse. Dette bekræftes også af U 2023.837 H, hvor Højesteret henviser til Bristen-sagen i forhold til sidestillingssituationen. Overførslen fra tredjemanden til fordringshaveren anses for et lån til skyldner, hvormed der er tale om likvide midler i skyldnerselskabet. Disse midler bør følge konkursordnen og blive fordelt mellem alle fordringshavere i stedet for blot at dække en fordringshaver.

Hvis der derimod ikke er en pligt for det konkursramte selskab til at tilbagebetale beløbet til tredjemanden, vil der ikke opstå et tab hos konkursboet, jf. U 2014.390 H. I de tilfælde hvor skyldneren har rådighed over tredjemanden, må det kræves ret sikre oplysninger, før denne forpligtelse ikke antages at foreligge, jf. landsrettens begrundelse i U 2023.837 H. Den rådighedsudøvende persons egen forklaring kan næppe lægges til grund.

På den baggrund vil der foreligge et tab for skyldners konkursbo ved tredjemandsbetalinger, såfremt skyldneren har en tilbagebetalingspligt, hvilket der er en formodning for.

¹⁴⁵ ET 2012.265, afsnit 4

5.5. Identifikation

En anden version af omstødelse af tredjemandsbetalinger er de tilfælde, hvor der foreligger identifikation mellem selskaberne. Identifikation er den situation, hvor to selskaber, som selvstændige retssubjekter, alligevel anses for et retssubjekt.¹⁴⁶

Identifikation kendes fra flere områder f.eks. selskabsretten, konkursretten, aftaleretten m.v.¹⁴⁷ Selskabsretlig og insolvensretlig identifikation minder dog meget om hinanden, hvilket bl.a. andet kommer til udtryk ved, at litteraturen behandler identifikation samlet, hvor dommene både omhandler konkursret og andre situationer sammen.¹⁴⁸ De fleste domme, hvor der sker identifikation, lægger vægt på konkrete omstændigheder. Disse omstændigheder kan f.eks. være sammenblanding af ledelsen, økonomiske og regnskabsmæssige forhold, hvormed selskaberne reelt er en enhed, jf. U 1977.526 H, proforma oprettelse af selskab, jf. U 1980.806 V, og begrænset formål, jf. U 1968.766 H.¹⁴⁹ Derudover kan sammenblanding af økonomi, samme adresse eller manglende selvstændigt personale være momenter, som også kan tale for identifikation.¹⁵⁰ De fleste tilfælde med identifikation drejer sig altså om, at én virksomhed er opdelt i flere forskellige juridiske personer, hvor der ikke er nogen forretningsmæssig begrundelse for opdelingen.¹⁵¹ Eller som udtrykt i U 1985B.352: ”I de få tilfælde, hvor domstolene har valgt at foretage identifikation af selskaber, har det bærende argument været, at formaliteten ikke svarede til realiteten.”¹⁵²

Der er i litteraturen argumenteret for, at der i forhold til tredjemandsbetalinger er brug for principper for omstødelse, som ikke hviler på identifikationsbetragtninger, da disse må have undtagelsens karakter.¹⁵³ Det ovenstående vedrørende konkurslovens § 74 vidner om, at Højesteret også har ment, at omstødelse af tredjemandsbetalinger skal ske i flere tilfælde end blot normale identifikationstilfælde.

Litteraturen er umiddelbart uenige om, hvorvidt omstødelsen i U 2014.390 H og U 2023.837 H skal anses for identifikation eller ej. I *ET 2023.241* foretages der en skarp opdeling af identifikationstilfælde og sidestilling af tredjemandsbetalingen med skyldners likvide midler.¹⁵⁴ I *ET 2023.107* betragtes omstødelsen i dommene som en ”vis form for identifikation mellem koncernselskaberne”.¹⁵⁵ I *Selskabsret* anses U 2023.837 H også for identifikation.¹⁵⁶ Umiddelbart lægges der også op til en opdeling i *ET 2012.265*, jf. ovenstående. En del af argumentationen for identifikation i *ET 2023.107* hviler på, at Højesteret for betalingerne nr. 1, 2, 3 og 6 begrundede omstødelse med indirekte tab hos datterselskaberne. Samtidig betragter forfatterne i *Konkurs* til gengæld Højesterets bemærkning om indirekte tab som værende unødvendig i forhold til omstødelse

¹⁴⁶ Selskabsret s. 681 ff.

¹⁴⁷ Selskabsstruktur s. 301

¹⁴⁸ Selskabsret s. 683 ff.

¹⁴⁹ Selskabsret s. 686 f.

¹⁵⁰ ET 2023.241, afsnit 3.1

¹⁵¹ Selskabsret s. 682 f.

¹⁵² U 1985B.352 s. 358

¹⁵³ ET 2012.265, afsnit 1

¹⁵⁴ ET 2023.241, afsnit 3

¹⁵⁵ ET 2023.107, afsnit 4.1

¹⁵⁶ Selskabsret s. 688

på grund af sidestillingen med lån.¹⁵⁷ Det er muligvis en smagssag, om sidestilling af tredjemandsbetalinger med skyldners likvide midler er for en form for underkategori til identifikation, eller om det skal anses for et selvstændigt område. Sammenblanding af ledelsen er et moment, som taler for identifikationsbetragtninger, og det samme er sammenblandingen af økonomien, idet tredjemandselskaberne betaler gæld for skyldnerselskaberne. Til gengæld taler Højesterets sidestilling af betalingen som lån imod identifikation, da lån netop sker mellem forskellige retssubjekter.

Umiddelbart forekommer det mest korrekt at anse U 2014.390 H og U 2023.837 H for omstødelse uden for identifikation, hvilket især begrundes med sidestillingen af betalingen som et lån, hvormed Højesteret lader de to retssubjekter være selvstændige. Omstødelse, hvor der foreligger identifikation, må derfor anses en anden kategori. Hvis domstolene statuerer identifikation, vil omstødelse i den konkrete sag kunne ske efter samtlige objektive og subjektive omstødelighedsbestemmelser, idet tredjemand og skyldner skal anses for samme subjekt. På den baggrund kan en situation med identifikation ikke reelt siges at være tredjemandsbetaling.

I øvrigt skal det i den henseende bemærkes, at identifikation kun virker på den enkelte disposition, hvorimod selve selskaberne stadigvæk eksisterer som selvstændige enheder.¹⁵⁸ En dom om identifikation i et tilfælde medfører altså ikke, at andre ikke-parter kan betragte de to selskaber som identiske. Dommen får altså ikke afledet retskraft.

5.6. Tredjemandens omstødelse via § 74

Det skal herefter vurderes, om § 74 kan anvendes af tredjemands konkursbo for at omstøde tredjemandsbetalingen. I den situation bliver det omstødelse mellem to parter, og derfor er § 74 som udgangspunkt anvendelig, uanset om skyldneren har rådighed over tredjemand eller ej. Praxis viser dog, at tredjemands konkursbo ofte vil have svært ved at løfte både bevisbyrden for insolvens og utilbørlighed.¹⁵⁹

U 2000.1302 H omhandler omstødelse af to betalinger til en advokat A, som var forsvarer for T. Boerne efter T og selskabet S, hvor T var anpartshaver, krævede omstødelse af betalingerne. Den ene betaling på 125.000 kroner var foretaget af selskabet S for A's allerede udførte arbejde, mens den anden betaling på 134.279 kroner var betaling fra T, som tjente til sikkerhed for A's fortsatte arbejde. Højesteret vurderede, at betalingerne ikke var omstødelige. Dette begrundes umiddelbart med, at det ikke er utilbørligt at betale sin forsvarer, og fordi det kunne få positiv betydning for T og S, hvis T blev frikendt. For den anden betaling gælder det navnlig, at T blot sikrede sig, at A kunne fortsætte som forsvarer. I øvrigt fandt Højesteret ikke, at A havde kendskab til insolvensen hos T og S. A's salærkrav blev dog nedsat på grund af en udtalelse fra Advokatrådet.

Sagen U 2000.1791 H omhandler et selskab S, som var et administrationsselskab i en koncern. Selskaberne i koncernen havde en aftale med S, hvorefter alle indbetalingerne til selskaberne blev sat ind på en dollarkonto hos banken B. Direktøren i S kunne herefter administrere pengene, og hun bestemte også, hvilke selskaber der skulle overføres beløb til. Der var løbende mellemregning mellem selskaberne. Et selskab i koncernen D fik indbetalinger på denne konto, mens D's udgifter

¹⁵⁷ Konkurs s. 539

¹⁵⁸ U 1985B.352 s. 359

¹⁵⁹ I samme retning U 2023.241, afsnit 2.1

også blev betalt herfra. Både S og D gik konkurs, og konkursboerne ville have betalingerne til B omstødt, idet de mente, at B reelt havde styret koncernens likviditet og dermed fået dækket gæld fra S. Højesteret var dog uenig med konkursboerne og ville ikke omstøde. Begrundelse var, at administrationsordningen var forretningsmæssigt begrundet, og den dermed ikke kunne anses for utilbørlig eller en gave. Dertil fandtes overførslerne heller ikke at være vederlagsfri.

U 2006.1781 H er en større sag, hvor det relevante drejer sig om påstand 2. Denne påstand omhandler en transport til banken B, som det konkursramte selskab D havde givet til sikkerhed for B's krav hos D's moderselskab M, skulle omstødes. Landsretten og Højesteret fandt, at denne transport hverken var en gave eller utilbørlig. De lægger begge vægt på, at M samtidig kautionerede for D's gæld (og dermed ikke en gave), samt at transporten var et led i en samlet omlægning af hele koncernens gæld. Denne transport var endvidere et krav fra B, som blev tiltrådt af aktionærerne i M, før D kunne få tilført kreditter fra B og kapital fra investorer. Derudover skete transporten, fordi M's aktionærer ville undgå pantsætning af aktierne i M. Samlet set var den derfor heller ikke utilbørlig.

I de to sager U 2000.1791 H og U 2006.1781 H lægger Højesteret vægt på, at koncernen i helhed foretager forretningsmæssigt begrundede dispositioner, som reelt kommer de konkursramte selskaber til gode, hvilket fjerner det utilbørlige fra dispositionerne. Det kan muligvis være et element, at selvom en disposition giver en ulempe for selskabet på kort sigt, vil fordelene på lang sigt opveje denne ulempe og dermed er dispositionen forretningsmæssigt begrundet. Dette gælder særligt, hvis dispositionen foretages i et forsøg på at undgå hele eller dele af koncernens konkurs. Der findes støtte for synspunktet i litteraturen:

*”Videre må det på baggrund af ovenstående antages at kunne indgå i selve vurderingen af den forretningsmæssige begrundelse, hvorvidt det betalende koncernselskab fik noget til gengæld eller på anden vis havde en selvstændig interesse i at betale. Det kan dermed ikke udelukkes, at koncernforholdet og et eventuelt løbende mellemværende med fordele og ulemper vil kunne inddrages i argumentationen for, hvorfor der ikke foreligger en omstødelig gave eller utilbørlig disposition.”*¹⁶⁰

Denne begrundelse minder om den førnævnte situation med omstødelse af indbetalinger på kassekreditter. Her skal kassekreditten ikke vurderes ud fra trækket på konkurstidspunktet, men den skal vurderes ud fra en længere periode i forhold til, om indbetalingen på kassekreditten kan anses for utilbørlig. Det samme gør sig antageligt gældende for tredjemandsbetalingerne, hvor disse skal vurderes ud fra deres hele og ikke blot på tidspunktet for konkurs. Heri ligger endvidere, at formålet med omstødelsesinstituttet er at ramme dispositioner, som er sket på grund af den forestående konkurs. I disse domme er dette netop ikke tilfældet. Højesteret accepterer altså vilkårlige formueforskydninger, hvis de sker på baggrund af en forretningsmæssigt begrundet opbygning af en koncern.¹⁶¹

Samtidig presser Højesteret muligvis grænsen for utilbørligheden i U 2000.1302 H, når de mener, at betalingen fra S til A ikke var utilbørlig. Især fordi betalingen skete samme dag som konkursbegæringen, hvormed handlefriheden er meget begrænset, jf. ovenstående, og A mente at konkursen var indtrådt uanset resultatet af straffesagen. Afgørelsen kan begrundes med, at dividende

¹⁶⁰ ET 2023.107, afsnit 4.3

¹⁶¹ I samme retning Konkurs s. 242

kunne have været højere ved frifindelse.¹⁶² I den forbindelse skal Højesterets afgørelse muligvis også sikre hensynet til, at forsvarsadvokater tager sager for konkurstruede klienter.

Som det fremgår, kan det være svært for konkursboerne at løfte bevisbyrden for, at en disposition er utilbørlig. Derudover skal konkursboerne endvidere løfte bevisbyrden for insolvens, hvilket også kan være svært, jf. f.eks. U 2003.2523 H. Navnlige, hvor der ikke består en forretningsmæssig forbindelse mellem tredjemanden og fordringshaveren, vil denne bevisbyrde være svær at løfte, da parterne i så fald har endnu mindre kendskab til hinanden end normalt.

En del af begrundelsen for de manglende sager om omstødelse af tredjemandsbetalinger fra tredjemands konkursbo med hjemmel i § 74 kan muligvis være, at de fordringshavere, som har indblik i både tredjemanden og skyldners økonomi, er banker, hvor begge selskaber har konti. I disse situationer vil en bank næppe stille sig tilfreds med, at datterselskabet betaler moderselskabets gæld med penge, som datterselskabet skylder banken eller via træk på datterselskabets kassekredit i banken. Derudover har banker kendskab til konkursretten, og de vil vide, at der er en risiko for omstødelse.

Dette ændrer dog ikke på, at tredjemandens konkursbo har mulighed for at omstøde en tredjemandsbetaling efter § 74, hvis betingelserne er opfyldt.

¹⁶² Konkursret s. 151 f.

6. Omstødelse af dispositioner efter fristdagen

Omstødelse efter § 72 får primært betydning i situationer, hvor skyldner forsøger at foretage en rekonstruktion, men bestemmelsen kan også anvendes, hvor der begæres direkte om konkurs. Konkursboet kan også omstøde dispositioner efter fristdagen via de objektive betingelser, men på grund af fordelene ved § 76 får denne mulighed mest betydning, hvis kravene i § 72 ikke er opfyldt.¹⁶³

6.1. Generelt om omstødelse efter § 72

Formålet med bestemmelsen er at begrænse skyldners råden, når der er indgivet en konkursbegæring, som senere viser sig at være reel. Samtidig er det endvidere klart, at skyldneren må kunne fortsætte sin virksomhed i perioden, idet konkursens virkning først indtræder ved dekretet, og det ikke er i nogens interesse, hvis skyldnerens virksomhed allerede stopper fra fristdagen.¹⁶⁴ Dette er baggrund for § 72, hvorefter omstødelse kan ske for betaling af gæld og andre dispositioner efter fristdagen, medmindre de var nødvendige, eller den begunstigede hverken kendte eller burde kende omstændighederne, der dannede grundlag for fristdagen.

Stk. 1 omhandler betaling af gæld, der forstås som kreditorbegunstigelser, hvor undtagelsen er gæld sikret af pant eller ejendomsforbehold.¹⁶⁵ Fordringshaverne må vente på den eventuelle konkurs eller rekonstruktion, hvilket skyldes princippet om ligelig fordeling.¹⁶⁶ Der er to undtagelser: gæld dækket efter konkursordenen, eller betalingen var nødvendig for at afværge tab. Førstnævnte følger allerede af § 76, men den indgår i bestemmelsen for klarhedens skyld. Sidstnævnte er ud fra en betragtning om, at kravene mod skyldner ville blive højere, hvis visse fordringer ikke tillades betalt. Løbende ydelser kan oftest betales, hvis de er nødvendige for driften, f.eks. el, vand, varme og husleje. Ydelsen kan også være nødvendig, hvis det kun er en fordringshaver, som kan levere den, jf. f.eks. den specielle U 1985.1 H, hvor Højesteret tillod betaling til et rederi, så seks vogntog med chauffører kunne komme hjem.¹⁶⁷

Stk. 2 omhandler omstødelse af andre dispositioner. Denne bestemmelse er speciel, idet den omfatter alle dispositioner, uanset om det er betaling af gæld, indgåelse af nye aftaler eller kontantkøb.¹⁶⁸ I den mellemlæggende periode fra fristdag til dekretedag, kan skyldner anses for *”en slags forretningsfører for kreditorerne”*, hvilket begrunder den vidtgående mulighed for omstødelse, når der foreligger tab for fordringshaverne.¹⁶⁹ Der er dog tre undtagelser: Bevarelse af skyldnerens virksomhed, rimelig varetagelse af fordringshavernes fælles interesse og erhvervelse af dagliglivets fornødenheder. Førstnævnte går ud på, at skyldnerens virksomhed bør kunne holdes i gang i den periode, hvor skyldner undersøger et eventuelt salg eller en fortsættelse af virksomheden. Vurderingen, der skal foretages, er, om det er mindre tabsgivende at fortsætte virksomheden end at stoppe den brat.¹⁷⁰

¹⁶³ Konkurs s. 499

¹⁶⁴ Betænkning nr. 606 s. 158 f.

¹⁶⁵ Konkursret s. 156

¹⁶⁶ Konkurslovskommentaren til § 72, note 3.1.

¹⁶⁷ Konkurs s. 500

¹⁶⁸ Konkursret s. 157 f.

¹⁶⁹ Konkurslovskommentaren til § 72, note 4.1.

¹⁷⁰ Betænkning nr. 606 s. 159

Varetagelse af fordringshavernes interesse minder om negotium gestio, men kan antageligt dække over mere.¹⁷¹ Dagligdagens fornødenheder er køb til skyldneren og dennes familie, som er passende i forhold til situationen.¹⁷² For førstnævnte gælder endvidere, at omstødelse ikke kan ske, hvis medkontrahenten antog, at dispositionen var nødvendig.

Stk. 3 omhandler de tilfælde, hvor skyldner kommer under rekonstruktion, og rekonstruktøren godkender betalingen/dispositionen. Undtagelsen hertil er, at rekonstruktøren åbenbart overskrider sine beføjelser eller de specielle tilfælde ved ”fast track”-ordningen. Stk. 3 medfører, at omstødelse efter stk. 2 sjældent sker, når der forekommer rekonstruktion.¹⁷³

For stk. 1 og 2 gælder endvidere, at omstødelse ikke kan ske, hvis den begunstigede var i god tro omkring omstændighederne, som dannede grundlag for fastlæggelsen af fristdagen. Det kræver ikke meget, før omstødelse tillades, idet det sjældent i erhvervsmæssige forhold kan bevises, at den begunstigede er i god tro.¹⁷⁴ Hvis den begunstiget vidste eller burde vide, at skyldneren har standset sine betalinger, er den begunstigede i ond tro, jf. U 1985.362 H, hvor en betaling til skattemyndighederne blev omstødt, idet de var klar over, at skyldner havde standset sine betalinger.

6.2. Bestemmelsens anvendelse inden for tredjemandsbetalinger

§ 72 er anvendelig ved tredjemandsbetalinger, om end der ikke ses meget praksis vedrørende bestemmelsen og tredjemandsbetalinger. Dette skyldes formodentlig flere årsager.

For det første indeholder bestemmelsen ikke et utilbørlighedskrav. Det betyder, at bestemmelsens hovedanvendelsesområde højst sandsynligt er de tilfælde, hvor § 67 kunne anvendes, fordi tredjemandsbetalingen sker med midler, som tilhørte skyldneren, men hvor betalingen sker efter fristdagen.

I de tilfælde som minder om Bristen-sagen, hvor domstolene kommer frem til, at betalingen skal anses for lån til skyldner fra tredjemand, vil omstødelse også kunne finde sted efter § 72, hvis betalingen er sket efter fristdagen. Fremgangsmåden i § 74 om utilbørlige dispositioner virker dog mere passende på denne situation, idet kuratorerne kan lægge vægt på det utilbørlige i at udnytte rådigheden over et andet selskab. Dermed vil nogle kuratorer muligvis foretrække at anvende § 74, som den principale påstand, fordi de kan lægge vægt på utilbørligheden.

For det andet er bestemmelsen som før nævnt navnlig anvendelig ved omstødelse i forbindelse med rekonstruktion. Under en rekonstruktion vil skyldner samarbejde med en rekonstruktør, som skal godkende dispositioner af væsentlig betydning, jf. konkurslovens § 12, stk. 1. Det må antages, at rekonstruktøren i de fleste tilfælde vil forhindre skyldneren i at betale med midler fra tredjemænd, som skyldneren har rådighed over. Hvis skyldneren alligevel forsøger at betale med disse midler, må rekonstruktøren overtage ledelsen af virksomheden, jf. § 12 a og § 12 b. Alternativt må rekonstruktøren enten få skyldner til at foretage et kapitalindskud (som dermed kommer alle

¹⁷¹ Konkurslovskommentaren til § 72, note 4.3.

¹⁷² Betænkning nr. 606 s. 159

¹⁷³ Konkursret s. 158

¹⁷⁴ Konkursret s. 156

fordringshaverne til gode) eller lave betalingen som en form for ansvarlig lånekapital. Hvis dispositionen er sket inden rekonstruktøren er blevet udpeget, må fordringshaverne forsøge at få den omstødt efter konkurslovens §§ 12 i -12 l.

Ved konkurs skal begæringen så vidt muligt behandles ved et møde tre dage efter begæringens modtagelse, jf. konkurslovens § 23, stk. 2. Pointen er, at behandling af konkursbegæring skal ske hurtigt, og generelt kan sagen anses for hastende.¹⁷⁵ Det betyder dog ikke, at fristen altid overholdes i praksis.¹⁷⁶ Generelt bør der dog ikke gå for lang tid fra begæring til dekret, hvilket indskrænker anvendelsesområdet for bestemmelsen. Der kan gå længere tid, hvis begæringen tilbagekaldes eller afslås, hvorefter sløjfereglerne, jf. KL § 1, stk. 2-5, kan finde anvendelse. Denne korte behandling medfører dog, at bestemmelsens anvendelse ved tredjemandsbetalinger ved konkursbegæring indskrænkes.

Potentielt kan bestemmelsens stk. 2 også anvendes af tredjemands konkursbo. Heller ikke her ses der praksis, hvor bestemmelsen er anvendt. Dette begrundes med, at de færreste tredjemænd vil betale gæld for et andet selskab, hvis retten har modtaget en konkurs- eller rekonstruktionsbegæring vedrørende tredjemanden.

Dette ændrer dog ikke på, at bestemmelsen kan anvendes af både skyldners og tredjemandens konkursbo i forbindelse med tredjemandsbetalinger, hvis der foretages en tredjemandsbetaling efter fristdagen.

¹⁷⁵ Konkurs s. 51 f.

¹⁷⁶ Konkurslovskommentaren til § 23, note 3

7. Omstødelse af gaver

I det ovenstående er det gennemgået, hvordan skyldners konkursbo i visse tilfælde kan omstøde tredjemandsbetalinger. Derudover er det gennemgået, hvordan tredjemand i nogle tilfælde vil kunne omstøde en betaling til fordringshaveren via § 74. I det følgende rettes fokus mod omstødelse af gaver efter § 64.

Inden for omstødelse af tredjemandsbetalinger har § 64 betydning for tredjemanden og ikke for skyldneren. Mellem skyldner og fordringshaver er en fordring, hvormed omstødelse efter § 64 sjældent kommer på tale. Tredjemand betaler derimod en fordring, som tredjemand ikke er part i. Normalt vil dette være et kreditorskifte, hvor tredjemand køber fordringen af fordringshaveren. Typisk vil tredjemanden betale mindre end fordringen er værd og på den måde tjene penge, når kravet rettes mod skyldneren, som betaler den fulde pris. I forbindelse med konkurs ændrer dette køb sig, da tredjemand køber en fordring for den fulde pris for enten at forhindre konkurs eller bevare det gode samarbejde med fordringshaveren. Herefter kan tredjemand rette kravet mod skyldner, men hvis skyldner ender med at gå konkurs, vil kravet være helt eller delvist uerholdeligt. Heri lægger gaveelementet, som får betydning, hvis tredjemand går konkurs. Dette kapitel omhandler derfor omstødelse i en normal situation imellem to parter.

7.1. Generelt om § 64

Gaver kan omstødes, hvis de er fuldbyrdet senere end seks måneder før fristdagen, jf. § 64, stk. 1, eller hvis de er fuldbyrdet senere end et år før fristdagen (for nærtstående 2 år), jf. stk. 2. Omstødelse kan dog ikke ske efter stk. 2, hvis skyldneren hverken var eller blev insolvent og utvivlsomt havde midler til at dække sine forpligtelser. Det er modtageren, som skal bevise dette, idet det fremgår af bestemmelsen, at det skal ”godtgøres”. Kravet for dette bevis må anses for at være strengt.¹⁷⁷ Bestemmelsen er anvendelig på forringende dispositioner, hvor skyldner bringer midler uden for boet via gaver. Domme vedrørende § 64 omhandler ofte dispositioner, hvor formålet umiddelbart er at bringe aktiver uden for fordringshavernes rækkevidde, såkaldt kreditorly.¹⁷⁸

§ 64 omfatter også delvise og camouflerede gaver.¹⁷⁹ Det er dog væsentligt at bemærke, at konkursboet ikke nødvendigvis kan omstøde en aftale som gave efter § 64, selvom ydelserne ikke modsvarer hinanden. F.eks. kan omstødelse ikke ske overfor en køber, hvis denne har købt for billigt og dermed lavet en god handel.¹⁸⁰

Det er specielt for stk. 2, at modtageren skal godtgøre, at overdragen var solvent både i forhold til illikviditet og insufficiens. Dette var ikke oprindeligt en del af bestemmelsen, men blev indsat i forbindelse med en større revidering af reglerne vedrørende ægtefællers økonomiske forhold fra 2017, som bygger på *Betænkning nr. 1552 om ægtefællers økonomiske forhold* fra 2015. Begrundelsen for kravet om både illikviditet og insufficiens er at forhindre den såkaldte ægtefællesfinte. Denne går ud

¹⁷⁷ Konkurslovskommentaren til § 64, note 5

¹⁷⁸ Konkurs s. 409

¹⁷⁹ Konkursret s. 100 f.

¹⁸⁰ Konkursret s. 105

på, at gavegiver, som frygter at blive ramt af krav, som giveren ikke kan betale, overfører aktiver til sin ægtefælle, som derefter ikke kan omstødes, hvis der forløber mere end to år, før personen går konkurs. Hvis der var forløbet mindre end to år (og mere end seks måneder), kunne ægtefællen forhindre omstødelse ved at føre bevis for manglende illikviditet. Det nye krav om insufficiens skulle forhindre denne finte, idet aktiverne dermed skal overstige passiverne.¹⁸¹ Ved omstødelse af tredjemandsbetalinger skal fordringshaver altså både løfte bevis for, at tredjemanden hverken var illikvid og insufficiens, hvis betalingen er fuldført mellem seks måneder og et år før fristdagen (eller to for nærtstående).

Derudover blev § 64, stk. 4 indsat, hvor gaver til nærtstående i visse tilfælde kan omstødes uden tidsbegrænsning, hvis gaverne er i åbenbart misligholdsforhold til skyldnerens økonomi, og modtageren ikke kan føre solvensbevis. Selvom denne bestemmelse også er indsat for at forhindre ægtefællefinten, finder den anvendelse på alle nærtstående efter konkurslovens § 2.¹⁸² Den kan muligvis få betydning i de situationer, hvor et nødlidende koncernselskab forsøger at få overført midler og aktiver til et andet nærtstående selskab eller en anden nærtstående fysisk person. Ligesom § 74 har den ingen tidsmæssig begrænsning, men til gengæld er bevisbyrden for solvens den begunstigedes, og konkursboet vil ikke skulle bevise utilbørlighed. I øvrigt følger af det bestemmelsen, at et omtvistet eller betinget krav skal indgå i bedømmelsen, hvis det senere fastslås overfor skyldneren, jf. § 64, stk. 4, 3. pkt. I praksis kunne et konkursbo derfor muligvis anvende bestemmelsen i de tilfælde, hvor et konkurstruet selskab bliver ramt af et muligt erstatningskrav, hvorefter ledelsen i selskabet allerede fra første henvendelse begynder at overføre midler og aktiver (til underpris) til andre nærtstående selskaber. Hvis erstatningskravet senere bliver fastslået ved dom over selskabet, og selskabet derefter anses for insolvent og bliver erklæret konkurs, kan konkursboet i disse tilfælde omstøde disse gaver, selvom de er givet inden selskabet reelt var insolvent.

7.2. Begrebet gave

Det væsentligste ved § 64 er at fastslå, hvad der ligger i begrebet *gave*. Traditionelt forstås en gave som en formueforskydning, der er et udslag af gavmildhed.¹⁸³ En ikke-jurist vil nok ofte tænke på fødselsdags- og julegaver, som bliver givet fra en fysisk person til en anden. Disse er omfattet af bestemmelsens anvendelsesområde, men normalt kan lejlighedsgaver ikke omstødes, medmindre de står i misforhold til skyldnerens økonomi, jf. konkurslovens § 64, stk. 3. Lejlighedsgaverne skal være sædvanlige efter deres størrelse og giverens tilknytning til modtageren.¹⁸⁴ En konkurstruet fysisk person kan derfor fortsat give normale gaver uden at risikere omstødelse på grund af denne bagatelgrænse. I praksis vil konkursboet dog næppe omstøde mindre beløb, da det sjældent kan betale sig at føre en retssag herom. Bestemmelsens stk. 3 har derfor ikke stor praktisk betydning.¹⁸⁵

¹⁸¹ Lovforslag nr. 179 af 29. marts 2017: De almindelige bemærkninger, afsnit 2.4.2., samt de specielle bemærkninger til § 3

¹⁸² Lovforslag nr. 179 af 29. marts 2017: De specielle bemærkninger til § 3, nr. 3.

¹⁸³ Konkurs s. 404

¹⁸⁴ Betænkning nr. 606, s. 145

¹⁸⁵ Konkurs s. 417

7.2.1. Begrebet i konkursretten

Gavebegrebet er blevet indgående behandlet af Eigil Lego Andersen i hans doktorafhandling. Heri fremgår, at begrebet er forskelligt alt efter, hvilket retsområde der er tale om.¹⁸⁶ Normalt er gavmildhedskriteriet dog vigtigt. Dette kriterie medvirker til, at forretningsmæssigt begrundede dispositioner ikke kan anses for gaver.¹⁸⁷ F.eks. fandt Højesteret i U 2000.1791 H, at administrationsordningen i koncernen måtte anses for forretningsmæssigt begrundet, og dermed kunne nogle dispositioner ikke omstødes som gaver.

Det har været diskuteret, om gavebegrebet inden for konkurs er objektiviseret. Dette udspringer af, at gavmildhedskriteriet ikke nødvendigvis er velegnet ved konkurs, hvor gavegiver kan have en anden motivation.¹⁸⁸ Diskussion om gavebegrebet går altså på, om der skal lægges vægt på gavegiverens hensigt og/eller modtagerens forståelse, eller om der skal lægges vægt på en objektiv vurdering af dispositionen, hvor anvendelsen af bestemmelsen hviler på en form for "bonus pater"-vurdering i forhold til, om dispositionen må anses for en gave.¹⁸⁹ Altså om dispositionen set udefra fremstår som en vederlagsfri formueoverførsel uden forretningsmæssig begrundelse. Litteraturen er dog i dag i bred enighed om, at gavebegrebet inden for konkurs er mere objektiviseret end gavebegrebet uden for konkurs.¹⁹⁰

Dele af litteraturen mener dog, at kravets indhold er usikkert, idet gavebegrebet indeholder mere end det rent objektive krav om formueforskydning. I begrebet indgår fire varierende forhold: Giverens hensigt, modtagerens kendskab hertil, og at disse krav både kan have subjektiv og objektiv karakter. Heri ligger, at giveren skal ønske at berige, og modtageren skal kende dette ønske, samt at alt efter de konkrete omstændigheder, skal der lægges vægt på parternes subjektive opfattelse, eller en udenforståendes forståelse af dispositionen.¹⁹¹

Forfatterne i *Konkurs* opstiller herefter tre typetilfælde ud fra retspraksis, hvor disse krav har forskellig betydning:

Dispositioner til nærtstående er overførsler til nærtstående, der selv har en interesse i aktivet. Her er der en formodning om et gavemiljø, som dog kan modbevises. Dette flugter umiddelbart med det eksempel, som betænkning nr. 606 opstiller, hvor der er en formodning om et gaveelement i det tilfælde, hvor en far sælger en bil til sin søn til underpris, som de dog kan afkræfte.¹⁹² I dette tilfælde er formueforskydningen i sig selv en gave og dermed det væsentlige. Altså et mere objektiviseret gavebegreb, hvor parternes egen opfattelse betyder mindre.

Sammenfald mellem giver og modtager, hvor en person disponerer hos både giver og modtager. Et typeeksempel er en direktør i et nødlidende selskab, som overfører værdier til sin kones selskab. Her mener forfatterne, at retspraksis viser, at domstolene konstaterer gaver, når der en formueforskydning. Altså et endnu mere objektiviseret begreb end ved ovenstående om nærtstående, hvor modtageren må bære risikoen for formueforskydning i stedet for fordringshaverne, og den

¹⁸⁶ Gavebegrebet s. 25 ff. og s. 127 ff.

¹⁸⁷ Konkursret s. 102

¹⁸⁸ Konkursret s. 102

¹⁸⁹ Gjeldsforhandling og konkurs s. 145.

¹⁹⁰ Gavebegrebet s. 465 ff. og 482 f., Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3 s. 144 ff., Konkursret s. 102 og Konkurslovscommentaren til § 64, note 2.1., men ikke helt på samme linje Konkurs s. 404 f.

¹⁹¹ Konkurs s. 404 f.

¹⁹² Betænkning nr. 606 s. 142

subjektive opfattelse ikke har betydning.

Modtageren er tredjemand, hvor boet skal bevise, at giveren har ønsket at berige modtageren, og at modtageren vidste eller burde vide dette. Ved tredjemænd er bestemmelsen derfor mindre objektiviseret, da tredjemands subjektive omstændigheder kan medføre, at omstødelse ikke bliver relevant.¹⁹³

De tre typetilfælde er baseret på retspraksis. Højesteret har dog i den nyere dom U 2022.907 H kommet med en mere principiel udtalelse, som umiddelbart støtter resten af litteraturens opfattelse, idet både giverens hensigt og modtagerens subjektive forhold får mindre betydning.

U 2022.907 H omhandlede et selskabs afdrag på ejerens gæld. A var direktør og ejer af selskabet X ApS. Derudover havde A en gæld til selskabet Y ApS, som blev betalt med midler fra X ApS, som kort efter gik konkurs. Højesteret omstødte betalingerne til Y ApS som gaver. Begrundelsen var, at X ApS ikke havde gæld til A. A's gæld var uerholdelig, hvilket Y ApS burde være klar over, idet Y ApS indgav en konkursbegæring mod A. Overdragelsen fra X ApS til Y ApS var derfor ikke forretningsmæssigt begrundet. Sagen hører til under *Konkurs*' situation *Modtageren er tredjemand*.

Højesterets udtalte sig om gavebegrebet i sagen:

"Hverken konkursloven eller dennes forarbejder indeholder nogen definition af, hvad der skal forstås ved »gaver«. Fastlæggelsen af dette udtryk må derfor ske med udgangspunkt i det civilretlige gavebegreb, hvorefter der er tale om en gave, når der foreligger en vederlagsfri overførsel af et formuegode, der er udslag af gavmildhed. Der må imidlertid tages hensyn til, at formålet med reglerne om omstødelse i konkurslovens § 64 er at beskytte boets kreditorer."

Denne udtalelse følger umiddelbart resten af litteraturens opfattelse om et objektiviseret gavebegreb, hvor en gave efter § 64 som udgangspunkt skal vurderes efter det civilretlige begreb med de hensyn der følger af, at skyldner er under konkurs. I dette lægger umiddelbart, at gavmildhedskriteriet træder lidt i baggrunden. Foreligger der en vederlagsfri formueoverførsel, vil der som udgangspunkt kunne omstødes, hvis formueoverførslen er begrundet i konkursen. Dette er dog netop et udgangspunkt, som kan fraviges, hvis parterne hverken vidste eller burde vide, at overdragelsen var vederlagsfri. Højesteret fortsatte i U 2022.907 H med at udtale sig om betaling af andres gæld:

"For at betaling af andres gæld - som i den foreliggende sag - må anses for en gave efter konkurslovens § 64, stk. 1, finder Højesteret herefter, at det i almindelighed må kræves, at betalingen udgjorde en vederlagsfri overførsel af et formuegode, at betalingen ikke var forretningsmæssigt begrundet, og at modtageren vidste eller burde vide, at overførslen var vederlagsfri."

Før omstødelse af en betaling af en andens gæld efter § 64 bliver relevant, skal betalingen altså opfylde de tre krav, som er (1) en vederlagsfri overførsel af et formuegode, (2) som ikke er forretningsmæssigt begrundet, og (3) modtager var i ond tro i forhold til, at overførslen var vederlagsfri. Den vederlagsfri overførsel flugter med den sædvanlige forståelse af en gave, og i f.eks. U 2000.1302 H brugte landsretten netop dette kriterie, da de fandt, at T's forklaring blev understøttet af regnskabet, som viste en nedbringelse af hans tilgodehavende hos S, hvormed betalingen ikke var

¹⁹³ Konkurs s. 405 ff.

vederlagsfri. Gavmildhedskriteriet er erstattet af, om overførslen var forretningsmæssigt begrundet, hvilket bl.a. også begrundes frifindelsen af banken i U 2000.1791 H.

Det sidste kriterie er ond tro om, at betalingen var vederlagsfri. Det er blevet diskuteret i litteraturen, hvad dette kriterie betyder, fordi det blev anset for uklart. Uklarheden blev forstået således, at det ikke betyder, at fordringshaveren skal være i ond tro om, at der er tale om en tredjemandsbetaling, men at fordringshaveren skal være i ond tro om, at fordringen er uerholdelig, og at dette krav nok er opfyldt i de fleste tilfælde med tredjemandsbetalinger.¹⁹⁴

At kriteriet forekommer uklart, kan ikke umiddelbart tiltrædes. Højesteret tager reelt stilling til, hvorvidt gavebegrebet i konkurs er objektiviseret eller ej i de situationer, hvor der forekommer betaling af andres gæld. Højesteret kommer frem til, at gavebegrebet er objektiviseret ved betaling af en andens gæld. Det afgørende er nemlig ikke hverken betalerens hensigt eller modtagerens faktiske vurdering af situation. Det afgørende er i stedet, om modtageren burde have forstået hensigten (altså gaveelementet), idet modtageren burde vide, at formueoverførslen var vederlagsfri og dermed en gave. Dette stemmer overens med forståelsen i store dele af litteraturen.¹⁹⁵ Derudover er denne forståelse på linje med formålet med de objektive omstødsbestemmelser, hvor parternes subjektive forudsætninger ikke har betydning for omstødelse. Den objektiviserede bedømmelse af gavebegrebet bringer i øvrigt en vis overensstemmelse mellem § 64 og § 67, hvor der i ordinærhedskriteriet i sidstnævnte heller ikke lægges vægt på parternes subjektive forudsætninger, mens i stedet lægges vægt på en objektiviseret ordinærhedsbedømmelse. Inden for tredjemandsbetalinger vil modtageren ofte have kendskab til, at formueoverførslen er vederlagsfri, særligt hvis der foreligger en konkursbegæring mod skyldner, jf. f.eks. Højesterets begrundelse i U 2022.907 H.

7.2.2. Øvrig praksis om omstødelse af tredjemandsbetalinger som gave

Udover den ovenstående dom har domstolene taget stilling til omstødelse af betaling af andres gæld i flere tilfælde før dommen fra 2022.

I U 2003.2523 H havde et selskab E4 Forvaltning ApS betalt selskabet Barregarrow Investments Ltd's gæld på omkring 600.000 kroner til BlueTel A/S. Flertallet i landsrettens afgørelse omstødte betalingen efter § 64, idet E4 Forvaltning ApS senere gik konkurs. Personen B havde fuldmagt til at disponere over E4 Forvaltning ApS' konto, og B anvendte denne fuldmagt til at betale gælden via et træk på selskabets kassekredit. Landsrettens flertal lagde til grund, at selskaberne ikke indgik i samme koncern, og at betalingen kun skete på baggrund af B's interesser i Barregarrow Investments Ltd, som var ejet af B's ægtefælle. Flertallet fandt det dermed bevist, at betalingen ikke var forretningsmæssigt begrundet, og betalingen var altså en gavedisposition, som kunne omstødes efter § 64. Mindretallet fandt, at det ikke kunne udelukkes, at betalingerne var forretningsmæssigt begrundet og ville frifinde BlueTel A/S. Højesterets afgørelse omhandlede processuelle spørgsmål.

U 2012.413 Ø havde selskabet BG A/S et engagement i banken R. Samtidig ejede BG alle anparter i KGK ApS. De to selskaber gik konkurs, hvorefter R anmeldte et krav på 18. mio. kroner i BG efter

¹⁹⁴ ET 2023.241, afsnit 2.1

¹⁹⁵ Gavebegrebet s. 465 ff. og 482 f., Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3 s. 144 ff., Konkursret s. 102 og Konkurslovskommentaren til § 64, note 2.1.

at have modregnet i BG's konti. R og KGK havde intet mellemværende. En af kontiene indeholdt 240.000 kroner, som KGK havde overført til BG. KGK ville have betalingen omstødt efter § 64 eller § 72, stk. 2 (dagældende). BG ville have betalingen omstødt efter § 74. Landsretten nægtede at omstøde betalingen. I forhold til KGK var begrundelsen, at der ikke var godtgjort et gavemiljø, og at betingelserne ikke var til stedet for § 72, stk. 2, da den efter ordlyden ikke omfattede tvangsopløsning. Begrundelsen over for BG var, at konkursboet ikke havde godtgjort, at betalingen var utilbørlig, eller at R havde kendskab til utilbørligheden.

Derudover har domstolene været inde over problemstillingen i dommene U 2000.1302 H og U 2006.1781 H, hvor der henvises til ovenstående gennemgang. I den førstnævnte dom tog kun landsretten stilling til § 64, og den fandt, at den første betaling ikke kunne anses for en gave, da T havde et tilgodehavende mod selskabet S. I dommen fra U 2006.1781 H lagde Højesteret vægt på, at D's transport i factoringsaftalen skete som en del af en samlet omlægning og af hensyn til fordringshaverne, hvormed dette ikke kunne anses for en gave, da det var forretningsmæssigt begrundet.

Både landsrettens domme i U 2000.1302 H og U 2003.2523 H, Højesterets afgørelse i U 2006.1781 H og byrettens dom i U 2012.413 Ø forekommer i overensstemmelse med U 2022.097 H og litteraturens vurdering af, at gavebegrebet er objektiviseret. Dommen fra 2000 omstødes der ikke efter § 64, fordi første krav for omstødelse ikke er opfyldt, idet der ikke forelå en vederlagsfri overførsel. I dommen fra 2003 fandt landsretten modsat, at der var tale om en vederlagsfri overførsel, som kunne omstødes. Endvidere vurderede landsretten, at god tro ikke forhindrer omstødelse efter § 64, altså en objektiviseret bedømmelse af gavebegrebet. Højesteret fandt i dommen fra 2006, at dispositionen var forretningsmæssigt begrundet, og den dermed ikke kunne anses for en gave, hvormed det andet krav ikke var opfyldt.

I U 2012.413 Ø forudsætter landsretten et traditionelt gavebegreb, hvor dispositionen skal foretaget ud fra gavmildhed, og de fandt ikke, at der var godtgjort et gavemiljø. Dommen blev allerede ved afsigelsen anset for forkert.¹⁹⁶ Dette må umiddelbart anses for bekræftet efter dommen U 2022.907 H.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Omstødelse af tredjemandsbetalinger i konkurs s. 22 ff.

¹⁹⁷ I samme retning Konkurslovskommentaren til § 64, note 2.1.

8. Omstødelse af kautioner

I det ovenstående er omstødelse af gaver blevet gennemgået. I det følgende redegøres for de tilfælde, hvor tredjemanden har kautioneret for skyldners gæld. Dette ændrer nemlig forudsætningerne for omstødelse efter både § 64, § 67 og § 74 i forhold til skyldner og tredjemand.

En kaution betyder, at en person eller et selskab (kautionisten), indestår for, at skyldneren (hovedmanden), opfylder sin forpligtelse over for en fordringshaver. Ved kaution hæfter hovedmanden primært for fordringen, hvor kautionisten kun hæfter i det omfang, at hovedmanden misligholder. Kautionistens forpligtelse betegnes derfor som accessorisk. Som udgangspunkt vil kautionisten også have regres mod skyldneren.¹⁹⁸

En kautionsforpligtelse er en sikkerhed for en tredjemand, og derfor kan den ikke omstødes efter § 70.¹⁹⁹ Dette følger også af betænkningen.²⁰⁰ Derudover har retspraksis været nødt til at bekræfte det.

I U 1985.232 V havde en hovedanpartshaver kautioneret for anpartsselskabets gæld. Både hovedanpartshaveren og selskabet gik konkurs, og konkursboet efter hovedanpartshaveren ville have kautionen omstødt efter § 70. Landsretten omstødte dog ikke, idet § 70 ikke finder anvendelse på en sikkerhedsret, som er stillet til fordel for en fordringshaver, som har et tilgodehavende hos en tredjemand (heri selskabet).

Det må anses for en fejl, at konkursboet forsøgte at få omstødt efter § 70, som netop klart ikke er anvendelig.²⁰¹ Selvom selve kautionsforpligtelsen ikke kan omstødes efter § 70, kan en eventuel kontrapanteret (hvis kautionisten er tredjemand) eller en pantesikkerhed, som skal dække kautionsforpligtelsen (hvis skyldneren er kautionist), omstødes efter § 70, hvis betingelserne i bestemmelsen er opfyldt.²⁰²

I det følgende redegøres for de omstødelsesmuligheder, som kautionisten og hovedmanden har i forbindelse med en kaution. Der er tre forskelle scenarier, hvor det fælles er, at skyldneren (hovedmanden) er gået konkurs:

- Hovedmanden betaler fordringshaveren, hvormed kautionisten bliver frigivet. Hovedmandens bo retter krav mod kautionisten.
- Kautionisten betaler fordringshaveren og går konkurs. Kautionistens bo retter krav mod fordringshaveren.
- Kautionisten betaler fordringshaveren. Hovedmandens bo retter krav mod fordringshaveren.

8.1. Hovedmandens krav mod kautionisten

Skyldneren har som udgangspunkt ikke nogen interesse i eller mulighed for at omstøde selve kautionsforpligtelsen. Til gengæld opnår skyldnerens konkursbo i visse tilfælde et krav efter § 75

¹⁹⁸ Kaution s. 14 f.

¹⁹⁹ Konkursret s. 126

²⁰⁰ Betænkning nr. 606 s. 155

²⁰¹ Gavebegrebet s. 455 f.

²⁰² Konkursret s. 132

eller § 76 på kautionisten, hvor hovedmanden (altså skyldneren) har betalt fordringshaveren og dermed frigivet kautionisten for sin forpligtelse. Disse tilfælde fremgår af konkurslovens § 80, stk. 1 og 2.

Grundlæggende kræver § 80-kravet over for kautionisten, at hovedmanden foretager en omstødelig betaling til fordringshaveren, hvor kautionisten kender eller burde kende de omstændigheder, som begrundet omstødelse over for fordringshaveren, jf. § 80, stk. 1, 1. pkt. Hvis kautionisten er en af skyldnerens nærtstående, har boet krav efter § 75 uanset god tro, jf. stk. 2. Konkurslovsudvalget fandt, at kautionisten kun skulle kunne mødes med omstødelse, når denne var i ond tro. Begrundelsen for dette krav er, at kautionister ofte har et godt kendskab til skyldners forhold, men dette ikke altid er tilfældet, hvormed omstødelse i god tro er for byrdefuldt. Hvis kautionisten er en nærtstående i god tro, har konkursboet stadig et krav, som dog kun er efter berigelsesreglen i § 75.²⁰³ Den onde tro skal foreligge ved frigivelsen, som umiddelbart forstås som det tidspunkt, hvor kautionisten får underretning om den frigørende betaling eller fortsættelse heraf.²⁰⁴

Konkursboet har intet krav, hvis kautionisten har et uomstødeligt kontrapant i et af skyldnerens aktiver.²⁰⁵ Det samme gør sig gældende, hvis kautionen er ophørt på baggrund af andet end betaling, jf. ordet ”frigivet” i bestemmelsen.²⁰⁶

Problemet med kaution i forhold til omstødelse over for fordringshaveren opstår i to tilfælde: Enten er fordringshaveren gået konkurs, eller også har fordringshaveren ikke opnået nogen berigelse efter § 75. Forskellen er, om hovedmandens bo forsøger at omstøde efter de objektive eller subjektive regler.

Hvis hovedmanden forsøger at omstøde efter de subjektive omstødelighedsregler, skal fordringshaveren svare erstatning efter de almindelige regler. Herefter vil kautionistens forpligtelse genopstå.²⁰⁷ Fordringshaveren kan altså rette sit krav mod kautionisten efter omstødelsen. Er fordringshaveren imidlertid gået konkurs, kan hovedmandens bo i stedet for rette et krav mod kautionisten efter § 80, som består af det krav, som fordringshaveren ellers ville have haft.²⁰⁸ På den måde har det ingen betydning for hovedmandens bo, om fordringshaveren er gået konkurs eller ej, idet kautionisten i sidste ende vil stå med tabet.

Hvis hovedmanden forsøger at omstøde over for fordringshaveren efter de objektive omstødelighedsbestemmelser, kan boet kun kræve den berigelse, som fordringshaveren har modtaget, jf. § 75 og ovenstående herom. Ved kaution betyder det, at boet ikke kan omstøde over for fordringshaveren, som ikke har lidt et tab, så længe kautionen var ubegrænset, og kautionisten kunne betale den.²⁰⁹ Herudover genopstår kautionsforpligtelsen ikke på grund af den manglende omstødelse.

Konkurslovsudvalget fandt derfor, at konkursboet skulle bruge en positiv hjemmel til

²⁰³ Betænkning nr. 606 s. 170 f.

²⁰⁴ Konkurslovskommentaren til § 80, note 4

²⁰⁵ Konkursret s. 167

²⁰⁶ Konkurslovskommentaren til § 80, note 3

²⁰⁷ Kaution s. 64 og Konkurslovskommentaren til § 80, note 1

²⁰⁸ Konkursret s. 166

²⁰⁹ Konkursret s. 166 f.

at omstøde over for kautionisten i disse tilfælde.²¹⁰ Dette er begrundelsen for § 80-kravet mod kautionisten.

Fra praksis om § 80 kan nævnes U 2018.735 H, hvor et krav fra et konkursbo kunne rettes mod en kommune, som havde kautioneret for nogle omkostninger til en rådgiver. Alle tre instanser fandt, at omstødelse over for rådgiveren kunne ske efter § 67 og § 74, og da kommunen var bekendt med omstændighederne, som begrundede omstødelse, kunne kravet rettes mod den ellers frigjorte kommune.

Formålet med bestemmelsen er altså, at konkursboet skal have mulighed for at rette krav mod kautionisten, hvor omstødelse egentlig burde ske mod fordringshaveren, men fordringshaverens situation udelukker omstødelse (enten på grund af manglende berigelse eller fordringshaverens konkurs).²¹¹ Kautionisten er altså blevet beriget ved frigivelsen, og konkursboet har lidt et tab herved. Var kautionisten ikke god for pengene, eller var kautionen begrænset, har boet selvfølgelig et krav efter § 75 mod fordringshaveren, da det er fordringshaveren, som er blevet beriget ved betalingen.²¹²

I U 1994.297 H ville et ApS under konkurs have en nedbringelse af en kassekredit omstødt over for banken B. B mente, at denne ikke var beriget på grund af en sikkerhed i værdipapir og en anpartshavers kaution. Højesteret fandt under dissens, at B ikke havde gjort, at B ikke var blevet beriget.

§ 80, stk. 1 og 2 gælder kun, hvis konkursboet kan omstøde over for fordringshaveren. Derfor blev stk. 3 indsat, hvorefter det fremgår tydeligt, at konkursboet stadigvæk kan rette krav mod kautionisten i de tilfælde, som følger af § 67, stk. 2, § 70, stk. 2, § 72 og § 74.²¹³ Bestemmelsens stk. 3 er muligvis ikke udtømmende.²¹⁴ Derudover er den også kritiseret for at være overflødig.²¹⁵ Den er dog blevet anvendt i flere tilfælde.

F.eks. i U 2010.2097 Ø, hvor et ApS, som drev cafevirksomhed, havde to kassekreditter og et banklån i en bank. Selskabets eneanpartshaver, A, stillede en selvskyldnerkaution og samleveren, S, oprettede et ejerpantebrev. Selskabet var underskudsdrivende, og banken fik indfriet selskabets gæld på 602.000 kroner, da selskabet solgte virksomheden. A og S blev samtidig frigivet, og selskabet gik kort efter konkurs. Der kunne ikke omstødes over for banken, da denne havde sikkerhed for sit krav, hvorefter kravet måtte rettes mod A og S efter § 80, stk. 3. Både byretten og landsretten fandt, at omstødelse kunne ske efter § 74, da selskabet ved den utilbørlige betaling til banken var insolvent, og fordi A og S som eneanpartshaver og samlever måtte være klar over insolvensen og det utilbørlig forhold.

I øvrigt kan henvises til U 1986.875 H og U 1983.960 V, hvor omstødelse blev tilladt efter § 74 over for kautionisterne, hvor kautionerne var blevet frigivet på grund af betalingerne fra selskaberne til bankerne. I begge sager havde direktører kautioneret for deres selskabers gæld. I U 1985.868 SH blev direktøren dog frikendt, da betalingerne var for forretningsmæssigt begrundet.

²¹⁰ Betænkning nr. 606, s. 170

²¹¹ Konkurs s. 548

²¹² Kaution s. 134 f.

²¹³ Betænkning nr. 606 s. 171

²¹⁴ Kaution s. 138 og Konkurslovskommentaren til § 80, note 6

²¹⁵ Konkurs s. 549 f.

8.2. Kautionsistens krav mod fordringshaveren

Først og fremmest skal det fastslås, at tredjemanden (kautionsisten) vil kunne omstøde en betaling i henhold til en kautionsforpligtelse efter § 67, § 72 eller § 74, hvis betingelserne er opfyldt. Mellem fordringshaveren og tredjemanden vil der bestå en fordring, som f.eks. ville kunne omstødes efter § 67, hvis tredjemanden betaler med et beløb, som afgørende forringer tredjemandens betalingsevne, og betalingen ikke fremstod som ordinær. Dette er en sædvanlig omstødelsessituation mellem to parter. Det nedenstående omhandler de tilfælde, hvor gaveelementet og dermed § 64 kan få betydning, og hvor omstødelse efter § 67 eller § 74 af den ene eller anden grund er udelukket. På den baggrund er det væsentlig at fastslå, hvornår der foreligger et gaveelement.²¹⁶

Normalt anses en kautionsist ikke for en gave, hvis enten hovedmanden eller kautionsisten får et vederlag f.eks. tilfælde, hvor hovedmanden får bevilliget et lån eller en udvidelse heraf, samt tilfælde, hvor kautionsisten får vederlag for at stille kautionen. Det har i øvrigt ikke betydning for gaveelementet, at vederlaget ydes til hovedmanden (som i dette tilfælde er at betragte som en tredjemand i forholdet mellem fordringshaver og kautionsisten).²¹⁷

Omstødelse af en kautionsforpligtelse kan som udgangspunkt ikke ske, selvom kautionsisten ikke modtager betaling eller andet, da en kautionsforpligtelse ikke anses for en gave.²¹⁸ Dette er blevet beskrevet således: *”Er kautionsisten ikke selv insolvent, og antager han, at hovedmanden heller ikke er det, vil der sikkert normalt enten foreligge en vederlagsdisposition eller i hvert fald mangle animus donandi”*.²¹⁹ Sagt på en anden måde skal kautionsistens forpligtelse ses som en forretningsmæssigt begrundet disposition, hvormed kautionsisten enten direkte får penge for at stille kautionen, eller kautionsistens forretningspartner (ofte et selskab ejet af kautionsisten) får mulighed for at låne penge af en bank. Udgangspunktet er derfor, at en kautionsforpligtelse ikke kan omstødes som gave af kautionsistens konkursbo.

Dette udgangspunkt ændrer sig, hvis fordringen, som der stilles kaution for, er stiftet tidligere og uerholdelig.²²⁰ Heri lægger et gaveelement, da kautionsisten reelt betaler hovedmandens gæld, når hovedmanden ikke selv kan betale. Det er i det ovenstående vurderet, at gavebegrebet inden for konkursretten er objektiviseret. En kaution for en uerholdelig og tidligere stiftet fordring opfylder betingelse nr. 1 fra U 2022.907 H om vederlagsfri formueoverførsel. Betingelse nr. 2 lyder på, at dispositionen skal være forretningsmæssigt begrundet. Hvis kautionsisten er eller ved betalingen bliver insolvent, vil betalingen næppe kunne anses for forretningsmæssigt begrundet, hvormed betingelse nr. 2 også er opfyldt.²²¹ Den sidste betingelse er, at modtageren vidste eller burde vide, at formueoverførslen er vederlagsfri. Dette krav vil højst sandsynligt altid være opfyldt, hvis en fordringshaver kræver en kaution stillet for en fordring, som fordringshaveren ikke kan få betalt hos skyldneren. I U 1985.232 H havde konkursboet ikke gjort gavehensynet gældende. Dette kunne

²¹⁶ Kaution s. 144 f.

²¹⁷ Gavebegrebet s. 245 f. og 455

²¹⁸ Konkursret s. 104 og Kaution s. 144

²¹⁹ Gavebegrebet s. 457

²²⁰ Konkursret s. 104

²²¹ Konkursret s. 104

potentielt have medført, at kautionsforpligtelsen kunne omstødes. Dele af litteraturen argumenterer dog for, at landsrettens præmisser ikke antyder, at der kan omstødes.²²²

På den baggrund må en kaution stillet for en uerholdelig fordring anses for en gave.²²³ Hermed kan tredjemanden (kautionisten) kræve omstødelse af en opfyldt kautionsforpligtelse. Hvis den ikke er opfyldt, vil omstødelse ikke blive nødvendigt, da gaveelementet i situationen medfører, at forpligtelsen hører til de efterstillede krav, jf. konkurslovens § 98, stk. 3.²²⁴

Når en tredjemand betaler gælden for en skyldner i henhold til en kautionsforpligtelse, vil tredjemands konkursbo altså i visse tilfælde kunne omstøde betalingen over for fordringshaveren efter § 64, hvis tredjemanden går konkurs. Hvis kautionsforpligtelsen ikke anses for en gave, kan boet kun omstøde efter § 67, § 72 eller § 74, hvis betingelserne heri er opfyldt.

8.3. Hovedmandens krav mod fordringshaveren

Spørgsmålet er derefter, om skyldners konkursbo har nogen muligheder for at omstøde en betaling fra tredjemand (kautionisten) til skyldners fordringshaver, hvor kautionsforpligtelsen stilles for en uerholdelig og tidligere stiftet fordring. Det lægges til grund i det følgende, at skyldneren har rådighed over tredjemanden.

Hvis fordringen er uerholdelig og tidligere stiftet, betaler kautionisten reelt hovedmandens gæld uden mulighed for regres, hvilket minder om ovenstående tilfælde med § 67 og § 74. I disse situationer vil domstolene højst sandsynligt kunne tilsidesætte kautionsaftalen og sidestille betalingen med likvide midler i skyldners bo.

Hvis tredjemand faktisk har gæld til skyldner, og denne gæld nedbringes, vil § 67 i hvert fald kunne bruges (forudsat betingelserne er opfyldt), selvom betalingen fra tredjemanden kaldes en kautionsaftale. Dette er reelt penge fra skyldneren, hvor parterne forsøger at skjule betalingens oprindelse.

I forhold til § 74 havde det næppe gjort en forskel, hvis banken i U 2014.390 H havde krævet en kaution i stedet en direkte betaling. Domstolene vil højst sandsynligt se igennem det formelle i, at parterne har forsøgt at skjule betalingen som en kautionsforpligtelse fra tredjemand, hvor fordring er uerholdelig og tidligere stiftet. Det bør ikke gøre en forskel i et sådant tilfælde, om fordringshaveren kræver en kaution eller en betaling. I dette tilfælde stilles kautionen jo netop på grund af konkursen, og ikke fordi den ellers anses for forretningsmæssigt begrundet.

Samtidig kan det dog ikke udelukkes, at domstolene i visse tilfælde vil finde en kaution for en tidligere stiftet og uerholdelig fordring alligevel kan anses for forretningsmæssigt begrundet og dermed uomstødelig, så længe at kautionisten ikke går konkurs. Denne holdning findes også i litteraturen:

”Hvor der er stillet kaution for en tidligere stiftet, uerholdelig fordring, må kautionen dog kunne betragtes som en gave til fordringshaveren. Mens en sådan kaution, f.eks. i koncernforhold, kan

²²² Gavebegrebet s. 456, se dog også Konkursret s. 104, som ikke direkte tager stilling hertil.

²²³ I samme retning Konkurslovscommentaren til § 64, note 2.1, Kaution s. 144 f. og Konkursret s. 104

²²⁴ Konkursret s. 104

*tænkes at have en fornuftig forretningsmæssig begrundelse, hvis kautionisten, når kautionsforpligtelsen tages i betragtning, fuldt ud solvent, er situationen radikalt anderledes, hvis kautionisten er eller ved kautionen bliver insolvent.”*²²⁵

Hvis fordringen på tidspunktet for kautionsforpligtelsens stiftelses ikke er uerholdelig, vil resultatet ændre sig. Særligt hvis kautionen stilles samtidig med fordringens stiftelse. Her vil det forretningsmæssige i dispositionen oftest forhindre, at dispositionen kan anses for utilbørlig, fordi dispositionen ikke er foretaget på baggrund af konkursen. Kautioner bruges desuden ofte af enten moderselskaber eller direktører i selskaber, som vil sikre sig, at et (datter)selskab kan få lån eller kassekredit i en bank. Hele dette system ville ikke være effektivt, hvis fordringshaveren efterfølgende blev mødt med krav om omstødelse.

Det klare udgangspunkt er, at hovedmanden som udgangspunkt ikke har et krav mod fordringshaveren, når kautionisten har betalt fordringen. Undtagelsen må antageligt være, at et krav direkte mod fordringshaveren forekommer i tilfælde, hvor situationen reelt er en tredjemandsbetaling fra et selskab, som skyldneren har rådighed over, og skyldneren forsøger at camouflere betalingen som en kaution.

²²⁵ Konkursret s. 104

9. Hvad gør tredjemand, når to konkursboer forsøger at omstøde for samme betaling?

Som det fremgår af ovenstående, kan både tredjemands og skyldners konkursbo i visse tilfælde rette et omstødelseskrav mod fordringshaveren. Det åbner for spørgsmålet: Hvordan er fordringshaver stillet, hvis to konkursboer forsøger at omstøde samme tredjemandsbetaling? Særligt Højesterets udtalelse i U 2014.390 H kan muligvis give anledning til tvivl om retsstillingen. Udtalelsen lød:

"Det forhold, at de betalende selskaber muligt kunne få betalingerne omstødt eller tilsidesat som ugyldige, er ikke til hinder for omstødelse i denne sag."

Dette kan umiddelbart forstås på to måder. Enten vil Højesteret ikke frikende banken, fordi banken potentielt kan rammes af tredjemands krav. En frifindelse kræver, at kravet er nærmere realiseret ved f.eks. sagsanlæg eller dom. Eller også kan udtalelsen forstås således, at kravene fra tredjemand og konkursboet er to forskellige krav med hvert deres tab, som ikke har indflydelse på hinanden. Omstødelseskravene er altså uafhængige af hinanden, og både tredjemand og skyldner kan omstøde over for fordringshaver, hvorved denne rammes af to krav.

9.1. Problemet ved to uafhængige krav

Der er i litteraturen argumenteret for, at der må bestå to uafhængige tab og dermed to uafhængige omstødelseskrav. I den forbindelse tages udgangspunkt i diskussionen om, hvorvidt både fordringshavere og konkursboet kan rette et erstatningskrav mod ledelsen/revisorerne.²²⁶ F.eks. har Højesteret i U 2014.1346 H tilladt, at begge retter erstatningskrav mod revisoren. Højesteret finder:

"[...] at konkursboets sagsanlæg ikke kan afskære Jyske Bank fra særskilt at rejse krav om erstatning for det tab, som banken gør gældende at have lidt ved at have ydet kredit til eHuset i tillid til de revisorpåtegnede regnskaber for 1998/1999 og 1999/2000, idet kravet angår erstatning for en skade, som direkte og individuelt har ramt denne kreditor."

Det samme gøres herefter gældende inden for tredjemandsbetalingerne, hvor tredjemandsbetalingen anses for direkte og individuelt at have ramt både tredjemand og skyldner, hvorefter begge kan gøre et omstødelseskrav gældende over for fordringshaveren, selvom boernes tab udspringer af samme handling.²²⁷

Det er dog værd at bemærke, at omstødelses- og erstatningskrav er to vidt forskellige krav med hvert deres formål. Formålet med omstødelseskrav er at sikre lighedelingen mellem kreditorerne, jf. ovenstående. Dette er endvidere medvirkende til, at de uundgåelige tab på grund af konkursen bæres af flest mulige. Erstatningskravets formål er: *"Genopretning af tab og prævention ved hjælp af tabsoverflytning"*.²²⁸

²²⁶ ET 2023.241, afsnit 4

²²⁷ ET 2023.241, afsnit 4

²²⁸ Lærebog i erstatningsret s 50 f.

Selvom § 74 skal opgøres som et erstatningskrav, jf. § 76, og dermed på mange måder minder om et regulært erstatningskrav, er det væsentlig at huske, at kravet kun opstår på baggrund af konkursen. Skyldnerens omstødelseskrav mod fordringshaveren ved tredjemandsbetalinger opstår altså kun ved skyldnerens konkurs. Derudover har skyldneren ikke mulighed for at påvirke det kreditorskifte, som reelt sker ved tredjemandens betaling til fordringshaveren.

Tredjemandens krav vil være efter § 64 eller § 74. Et § 64-krav skal opgøres som et berigelseskrav, jf. § 75. Et sådant krav er ikke det samme som et erstatningskrav, der opstår på baggrund af et ansvarsgrundlag, som i dansk ret normalt er et culpaansvar. Et berigelseskrav opstår på grund af en ugrundet berigelse.²²⁹ Disse to typer af krav er altså forskellige af natur, men inden for omstødellesinstituttet er de begge omstødelseskrav.

Fordringshaveren er kommet i problemer, fordi fordringshaveren har handlet med en person eller et selskab, som efterfølgende ikke har vist sig at være solid. Fejlen hos fordringshaveren består i at modtage penge på en måde, som er uforenelig med konkursinstituttet. Ses der bort fra konkursen, har fordringshaveren jo faktisk krav på betaling for sin ydelse, idet omstødelse netop rammer normalt gyldige dispositioner.

Hvis omstødelseskravene bliver tilladt uafhængigt af hinanden, ville dette også medføre, at en fordringshaver risikerer at skulle betale mere, end denne oprindeligt skulle have modtaget fra skyldneren.

Eksempel 1:

F modtager 1.000.000 kroner fra T, som betaling for F's krav mod S for levering af computere solgt på kredit. Både F og S går konkurs kort efter, og begge boer retter omstødelseskrav mod F, som retten tilkender. Idet kravene er uafhængige, vil T's krav ikke afhænge af S' erstatningskrav og omvendt. Hvis T har et berigelseskrav på 500.000 kroner, og S har et erstatningskrav på 1.000.000 kroner, vil F derfor ende med at skulle tilbagebetale 1.500.000 kroner for at have leveret computere til S. I øvrigt kommer der ikke dividende fra boerne. Herefter er resultatet det, at F oprindeligt havde et tab på 1.000.000 kroner på grund af konkursen, men nu har F et tab på 1.500.000 kroner.

Dette resultat forekommer hverken rimeligt eller korrekt. Formålet med konkursinstituttet er ligelig fordeling af skyldnerens aktiver mellem fordringshaveren. Det er derfor problematisk, at F reelt kommer til at være dårligere stillet end de andre fordringshavere i konkursboet efter S. I øvrigt er kravet fra T's bo i eksemplet begrundet i § 64, hvor omstødelse tillades uden ond tro, hvilket gør den dobbelte omstødelse endnu mere problematisk. De færreste ville nok kunne forstå, at de skal betale for at have leveret en ydelse. I forvejen vil mange forretningsdrivende antageligt være uforstående over for selv normale omstødelssituationer.

På den baggrund kan det ikke tiltrædes, at problemet med dobbelte omstødelseskrav kan løses ved at hente inspiration fra erstatningsretten, da omstødelseskrav og erstatningskrav ikke har samme formål. Domstolene kan altså ikke overføre situationen, hvor én erstatningspådragende handling medfører tab for to forskellige parter, på den situation, hvor en fordringshaver bliver mødt med to

²²⁹ Obligationsret 2. del s. 18 f.

omstødelseskrav i forbindelse med samme betaling. Dobbelt omstødelse medfører i øvrigt resultater, som ikke er i overensstemmelse med konkursinstituttets formål.

9.2. Lempelse af kravet

Hvis det alligevel antages, at der består to af hinanden uafhængige krav, kunne en løsning dog være at anvende § 78. Efter denne bestemmelse kan kravet mod den begunstigede nedsættes helt eller delvist, hvis det ville være urimeligt byrdefuldt og omstændighederne taler herfor. Bestemmelsen kan anvendes både ved objektiv og subjektiv omstødelse, men det fremgår af betænkningen, at den yderst sjældent skal anvendes ved § 74. I øvrigt kræver bestemmelsen mere end, at det går hårdt udover modtagerens økonomi. Anvendelsesområde er umiddelbart de situationer, hvor fysiske personer ikke har mulighed for at tilbagebetale penge, som de har fået i gave i fuldkommen god tro.²³⁰

I både *Konkurslovskommentaren* og *Konkursret* fremgår det, at bestemmelsen nok ikke kan anvendes på erhvervsforhold. I *Konkurs* tages der ikke direkte stilling til problemstillingen.²³¹ Det fremgår ikke af betænkningen, at bestemmelsen ikke kan anvendes på erhvervsforhold.²³² I den svenske dom NJA 1986.623 blev den svenske pendant anvendt på et krav mod en bank, hvormed en pantsikkerhed blev opretholdt. Efter den svenske bestemmelse kan lempelse ske, hvis kravet overstiger berigelsen eller ved andre særlige grunde.²³³ På baggrund af den svenske dom og betænkningen kan det ikke umiddelbart udelukkes, at bestemmelsen muligvis kan tænkes anvendt på erhvervsforhold, om end det naturlig må være sjældnere end på forhold uden for erhverv.

Omstødelse af tredjemandsbetalinger vil oftest forekomme i erhvervsforhold, og allerede af den grund er anvendelsen højst sandsynligt udelukket ifølge litteraturen. Som det fremgår, kan bestemmelsens anvendelse ikke nødvendigvis udelukkes at blive anvendt i meget sjældne tilfælde inden for erhvervsforhold. Et sådan tilfælde kunne netop være omstødelse af tredjemandsbetalinger, hvor to konkursboer forsøger at omstøde samme betaling.

Hertil skal det dog inddrages, at bestemmelsen selv uden for erhverv kun sjældent skal anvendes.²³⁴ Det er i ovenstående vurderet, at Højesterets sidestilling af betalingerne med lån i dommene U 2014.390 H og U 2023.837 H ikke kan anses for identifikationstilfælde. Endvidere er det beskrevet, at identifikation bør have undtagelsens karakter. Derimod opsætter de to domme principper for omstødelse af tredjemandsbetalinger, som ikke har undtagelsens karakter og som er lettere at håndtere. Dette kan på mange måder anses for den udvikling af principper, som blev efterspurgt af litteraturen.²³⁵ Eftersom principperne fra disse sager ikke har undtagelsens karakter, er det problematisk, at lempelsen kun sjældent skal ske.

Derudover vil fordringshaveren kun kunne få lempelse, hvis både omstændighederne omkring betalingen taler for, samt at omstødelsen rammer fordringshaverens økonomi hårdt. Navnlig omstændighederne taler næppe for omstødelse i tilfælde som U 2015.390 H og U 2023.837 H, hvor

²³⁰ Betænkning nr. 606 s. 168 f.

²³¹ Se *Konkurslovskommentaren* til § 78, *Konkursret* s. 165 og *Konkurs* s. 543 f.

²³² Betænkning nr. 606 s. 168 f.

²³³ Betænkning nr. 606 s. 169

²³⁴ Betænkning nr. 606 s. 168 f.

²³⁵ ET 2012.265, afsnit 1

det er fordringshaveren, som lægger et hårdt pres på skyldneren, og derfor kan § 78 næppe anvendes. Det er dog muligt, at det kan være en faktor, hvis fordringshaveren selv risikerede/risikerer konkurs uden betaling fra skyldneren. Endvidere taler det imod anvendelse af § 78 i forbindelse med tredjemandsbetalinger, at den sjældent skal anvendes på omstødelse efter § 74. På den baggrund må det konstateres, at problematikken med de dobbelte omstødeskrav ikke løses ved hjælp af § 78, hvis det lægges til grund, at der er tale om to uafhængige krav.

9.3. Afledt retskraft

I forbindelse med tredjemandsbetalinger har litteraturen en anden løsning, som forekommer mere hensigtsmæssig. Ideen er, at en dom i en omstødesag får retskraft i den anden omstødesag. Normalt har domme kun retskraft for sagens parter.²³⁶ Spørgsmålet er, om en afgørelse skal få virkninger over for andre end parterne, såkaldt afledt retskraft. Løsningen bygger på norske højesteretsdomme, hvor to afgørelser fik retskraft over for tredjemænd i forhold til rettighederne over bestemte aktiver. Problemet med dette princip er, at det kun gælder for rettigheder over bestemte aktiver.²³⁷

Der var tre norske retssager i komplekset.

Rt 1988.1327 - Kunstsak 1: En skibsreder Reksten overdrog en kunstsamling til en fond som en gave. Han døde efterfølgende, og boet blev behandlet som et konkursbo. Dette fik omstødt overdragelsen efter en ulovbestemt regel, som svarer til § 74.

Rt 1996.1480 - Kunstsak 2: En del af gaven var kunst, som var blevet overdraget til Rekstens børn fra første ægteskab i forbindelse med et skifte. Dette sameje kaldtes fællesformuen, og spørgsmålet var, om Kunstsak 1 også omfattede fællesformuen, som blev opbevaret med resten af gaven. Fonden mente ikke, at dette var tilfældet, idet Reksten ikke kunne disponere over denne del af kunsten. Den norske Højesteret kom ved en dom med flertal på 3-2 frem til, at Kunstsak 1 havde retskraft over for fællesformuen, som dermed skulle tilbageføres til konkursboet.

Rt 1999.622: Herefter ville børnene håndhæve deres ret til fællesformuen i en ny sag. Den norske Højesteret udtalte i forbindelse hermed, at børnene måtte respektere de tidligere sager. Dommene fik dermed afledt retskraft for børnene, og de kunne ikke få prøvet, om kunsten tilhørte boet eller fonden, hvormed de ikke kunne rette krav mod fonden.²³⁸

I konkursretten findes i øvrigt allerede § 77 og § 79, som omhandler rettigheder over bestemte aktiver. § 77 omhandler de tilfælde, hvor der kan ske tilbagelevering af det modtagne. F.eks. A giver en hest i gave til B, hvorefter A går konkurs. Her kan konkursboet forlange, at hesten bliver tilbageleveret, ligesom B kan kræve, at boet modtager hesten i stedet for penge.

§ 79 giver konkursboet mulighed for at rette krav direkte mod tredjemand, hvis modtageren overdrager det modtagne til tredjemand. Det kræver dog, at tredjemand er i ond tro om omstændighederne, som medfører omstødelse, jf. § 79, stk. 1, 2. pkt., medmindre tredjemand er nærtstående, jf. stk. 2. Bestemmelsen kræver derfor blot, at den ikke-nærtstående skal have kendskab (eller burde viden) til, at en betaling f.eks. er sket med usædvanlige betalingsmidler. Formålet med

²³⁶ Civilprocessen s. 802

²³⁷ ET 2012.265, afsnit 5

²³⁸ ET 2012.265, afsnit 5

bestemmelsen er at sikre, at modtageren ikke blot kan videreoverføre et aktiv for på den måde at bringe det uden for konkursboets rækkevidde.

Spørgsmålet er altså, om en tredjemandsbetaling skal sidestilles med en rettighed over et bestemt aktiv, når en domstol har omstødt betalingen hos fordringshaveren, hvormed dommen får afledt retskraft. Hvis denne virkning indtræder, er kravene ikke længere uafhængige af hinanden.

Sagt på en anden måde: Hvis domstol A omstøder tredjemandsbetalingen til fordel for skyldneren, idet domstolen sidestiller betalingen med likvide midler i skyldnerens bo, kan fordringshaveren derefter tage afgørelsen med til domstol B, hvor tredjemand forsøger at få omstødt betalingen som gave og bruge den til at forhindre omstødelse.

Eksempel 2:

F har stadigvæk modtaget betaling fra T, men princippet om afledt retskraft finder anvendelse. Her er der to situationer alt efter, om T eller S omstøder først.

T omstøder først og får dermed 500.000 kroner. Dommen får afledt retskraft og dermed betydning for S. Herefter er situationen den, at S kun har "lånt" 500.000 kroner (tabet efter § 76 er altså mindre end i eksempel 1) af T, hvorefter S kun kan kræve dette beløb af F. T vil muligvis kunne rette krav mod S for de sidste 500.000 kroner, når S har omstødt. Fristen for anlæggelsen af sagen vil dog formodentlig være udløbet, jf. konkurslovens § 81.

I den anden situation omstøder S først og får 1.000.000 kroner. "Lånet" fra T til S er derfor tilbageført til S, hvorefter T ikke har noget krav mod F, idet F ikke længere er blevet beriget efter § 75. Herefter må T rette kravet direkte mod S. Kravet vil dog være et simpelt krav i konkursboet.

Uanset hvem der omstøder først, vil resultatet blive det samme. F må fralægge sig det fulde beløb på 1.000.000 kroner, og herefter kan F anmelde sit krav i konkursboet efter S. På den baggrund bliver fordringshaverne i S' konkursbo ligestillet. Dette er i overensstemmelse med formålet med konkursinstituttet.

Endvidere flugter det med, at omstødelse er en form for antedatering.²³⁹ Hvis T omstøder først, skal situationen vurderes som om, at S oprindeligt kun har betalt 500.000 kroner til F. Denne betaling kan omstødes af S på grund af utilbørligheden. Hvis S omstøder først, er situationen den, at T aldrig har givet F "gaven" i form af betaling af S' gæld. "Gaven" er i stedet for givet direkte til S.

Forskellen i rækkefølgen kan dog få betydning for, hvor meget de to konkursboer ender med. T kan potentielt rette et omstødelseskraav mod S efter andre bestemmelser end § 64. Endvidere kan berigelsen være en anden, når kravet rettes fra T mod S. Først-til-mølle-princippet er blevet beskrevet som arbitrært i litteraturen.²⁴⁰ Dette kan dog umiddelbart ikke tiltrædes. Retssystemet indeholder flere regler, hvor der enten er tidsfrister (f.eks. forældelsesloven, straffeloven og konkursloven), eller hvor *først i tid, bedst i ret* er gældende (f.eks. tinglysningsloven). I øvrigt må den, som mener at have et krav mod en anden, bære risikoen for, at den anden går konkurs.

²³⁹ Konkurslovskommentaren til kap. 8, note 1

²⁴⁰ ET 2023.241, afsnit 5

Hvis omstødelssagerne kører samtidig, burde F have mulighed for at anmode retten om at udsætte sagen mod S efter retsplejelovens § 345. Herefter kan parterne afvente resultatet af sagen mellem F og T. Som udgangspunkt må tredjemanden må nemlig have forsteret til at gøre kravet gældende, idet tredjemand både kan rette kravet mod fordringshaveren og skyldneren, og pengene oprindeligt kommer fra tredjemanden.²⁴¹

Som tidligere nævnt vil omstødelse af tredjemandsbetalingerne i disse tilfælde skulle anses for en hovedregel eller et princip i stedet for undtagelse som identifikation, jf. ovenstående. Dette taler også for, at dommene kan få afledt retskraft, idet princippet om omstødelse af tredjemandsbetalinger gælder for begge konkursboer.

Derudover skal der også tages hensyn til de erhvervsdrivende, som har handlet med et insolvent selskab. Det skal erindres, at omstødelse er et alvorligt indgreb, som i visse tilfælde kan ramme redelige forretningsdrivende hårdt. Navnlig omstødelse efter de objektive bestemmelser er alvorlige. Det må antages, at forretningsdrivende ikke nødvendigvis forstår, at de skal tilbagebetale penge, som de faktisk har haft krav på. Omstødellesinstituttet rammer jo netop normalt gyldige dispositioner. I den forbindelse øger det alvorligheden, hvis en fordringshaver risikerer omstødelse for samme beløb fra to konkursboer, hvor begge boer potentielt kan få det fulde beløb. Problemet med dette er, at nogle forretningsdrivende ender i en situation, hvor de slet ikke tør modtage penge og handle med virksomheder, som på den ene eller anden måde er nødlidende, af frygt for at blive ramt af to omstødelsskrav. Dermed risikerer omstødellesinstituttet at skabe yderligere problemer for disse nødlidende virksomheder, der mister handelspartnere, som de ellers ville have haft. Konkursen bliver derfor til en selvopfyldende profeti for det nødlidende selskab.

På den baggrund synes løsningen på problemet med dobbelte omstødelsskrav at være, at skyldners og tredjemands krav er afhængige af hinanden. Derefter vil en dom fra et konkursbo få afledt retskraft over for det andet konkursbo. Denne løsning medfører, at fordringshaverens situation stemmer overens med både konkursinstituttets og omstødellesinstituttets formål, idet fordringshaveren maksimalt kan risikere at tilbagebetale tredjemandsbetalingen.

²⁴¹ I samme retnings ET. 2023.241, note 69

10. Konklusion

Denne afhandling har opstillet nedenstående problemformulering:

- *Hvilke muligheder har tredjemands og skyldners konkursboer for at omstøde en tredjemandsbetaling?*

Denne problemstilling er blevet undersøgt igennem afhandlingen, og resultaterne fremgår af nedenstående.

10.1. Skyldners omstødelse

Skyldneren kan som udgangspunkt ikke omstøde en tredjemandsbetaling over for fordringshaveren, da en sådan betaling ikke er omfattet af omstødelsesinstituttet. Undtagelserne er, hvis skyldner anvender en rådighed over tredjemanden til at få denne til at betale gælden, eller hvis pengene reelt stammer fra skyldneren. Omstødelse kan ske med hjemmel i § 67, § 72 og § 74.

Hvis omstødelse skal ske med hjemmel i § 67 kræver det: 1) at de tidsmæssige betingelser er opfyldt, 2) at betalingen enten sker med usædvanlige midler, før normal betalingstid eller med midler, som afgørende forringer skyldnerens betalingsevne, og 3) at betalingen ikke fremstår som ordinær. I en tredjemandssituation vil omstødelse kunne ske, hvis skyldneren for at afværge en konkursbegæring får en tredjemand til at betale fordringshaveren, og tredjemanden samtidig nedskriver sin egen gæld til skyldner. Afværgelsen betyder, at betalingen ikke fremstår som ordinær, og nedskrivelsen af gælden betyder, at pengene reelt er skyldners. I øvrigt er der en formodning for et mellemværende, hvis en tredjemand, som skyldnerens har rådighed over, betaler fordringshaveren. Det er uafklaret om omstødelse kan ske efter § 67, hvis der intet mellemværende er. Umiddelbart vil domstolene dog næppe være tilbageholdende med at sidestille betalingen med et lån til skyldner på samme måde, som de gør i sager omfattet af § 74.

Retspraksis har vist, at omstødelse både sker ved betaling med usædvanlige betalingsmidler og med midler, som afgørende forringer skyldners betalingsevne. Betaling før normal betalingstid sker næppe, da tredjemanden i dette tilfælde højst sandsynlig afværger konkursen ved pant eller kaution. En tredjemandsbetaling vil kun sjældent fremstå ordinær især, hvis der foreligger en konkursbegæring.

Omstødelse efter § 72 er muligt, men der vil umiddelbart ikke fremkomme mange sager herom, hvilket enten skyldes den korte tid fra konkursbegæring til dekret eller rekonstruktørens rolle ved rekonstruktion, hvor denne antageligt vil forhindre betalingen. I øvrigt vil betingelserne for omstødelse efter § 74 ofte også være opfyldt, og konkursboerne vil højst sandsynligt foretrække denne bestemmelse på grund af utilbørlighedselementet.

Skyldnerens konkursbo kan omstøde efter § 74, hvis skyldneren har udnyttet en rådighed over tredjemand til at betale fordringshaveren. Denne rådighed består typisk i et koncernforhold. Fordringshaveren skal både være i ond tro om rådigheden, som er det utilbørlige forhold, og skyldnerens insolvens. Den onde tro ved insolvensen ses ofte ved, at fordringshaveren har truet med eller indgivet en konkursbegæring. Det er muligt, at fordringshaveren kan bevise god tro om

rådigheden. Dette lykkedes dog hverken for banken eller leverandøren i U 2014.390 H og U 2023.837 H. Særligt leverandøren i sidste nævnte var tæt på at løfte bevisbyrden, da landsretten frifandt leverandøren. Højesteret lagde dog vægt på, at rådigheden var kendt, idet leverandøren betingede levering til tredjemand af, at tredjemand betalte skyldners gæld.

Hvis der foreligger en kaution, kan skyldneren rette krav mod kautionisten efter § 80, hvis betingelserne er opfyldt. Dette § 80-krav opstår, hvis skyldner foretager en omstødelig betaling til fordringshaver, hvorved kautionisten bliver frigivet, og kautionisten kender eller burde kende det omstødelige forhold (ved nærtstående er kendskabet uden betydning). I visse tilfælde kan skyldner muligvis omstøde direkte over for fordringshaver, hvis tredjemands kaution stilles for en tidligere stiftet og uerholdelig fordring, og skyldneren har rådighed over tredjemand. Begrundelsen for dette er, at kautionen her må sidestilles en tredjemandsbetaling.

10.2. Tredjemands omstødelse

Tredjemands konkursbo kan omstøde en tredjemandsbetaling med hjemmel i enten § 64, § 72 eller § 74. Dette gælder uanset, om skyldneren har rådighed over tredjemanden eller ej, idet der er tale om en normal omstødelsessituation mellem to parter.

Omstødelse efter § 64 kræver, at betalingen er en vederlagsfri formueoverførsel, som ikke er forretningsmæssigt begrundet, og at den begunstigede ved eller burde vide, at formueoverførslen var vederlagsfri, jf. U 2022.907 H. Gavebegrebet i § 64 er dermed objektiviseret. Ved tredjemandsbetalinger, hvor både skyldneren og tredjemanden går konkurs efter betalingen, vil omstødelse ofte kunne ske over for fordringshaveren.

§ 72 vil formodentlig sjældent blive relevant, idet tredjemand næppe vil betale, hvis tredjemand selv har modtaget en rekonstruktions- eller konkursbegæring.

Omstødelse af betalinger efter § 74 kræver, at der foreligger en utilbørlig disposition, og at tredjemanden enten var eller blev insolvent ved betalingen. Hertil kræves det, at fordringshaveren er i ond tro om både utilbørligheden og insolvensen. Praksis viser dog, at konkursboerne kan have svært ved at løfte bevisbyrden for, at betalingen var utilbørlig, da betalingerne ofte fremstår som forretningsmæssigt begrundede. Derudover kan boet endvidere have svært ved at løfte bevisbyrden for fordringshaverens kendskab til tredjemands insolvens, hvis ikke de to parter samarbejder inden betalingen.

Hvis tredjemanden har kautioneret for skyldners gæld, vil omstødelse som udgangspunkt være udelukket, da en kaution ikke anses for en gave. Dette gælder dog ikke, hvis kautionen bliver stillet for en tidligere stiftet og uerholdelig fordring. Her skal kautionen sidestilles med en betaling af skyldners gæld, hvormed der foreligger en gave, som kan omstødes efter enten § 64 eller § 74. I øvrigt kan betaling for en stillet kaution omstødes efter § 67, § 72 eller § 74, hvis betingelserne i en af dem er opfyldt, uanset om kautionen er stillet for en tidligere stiftet og uerholdelig fordring eller ej. Dette er også en normal omstødelsessituation.

10.3. Fordringshavers retstilling ved to omstødelseskrav

Det har været diskuteret, om omstødelseskrav fra skyldneren og fra tredjemanden er uafhængige eller afhængige. Dette har betydning for fordringshaver, som risikerer at blive ramt af to omstødelseskrav. Hvis de er uafhængige, kan begge konkursboer omstøde betalingen, hvormed fordringshaveren risikerer at skulle betale for at have leveret en ydelse. Navnlig Højesterets udtalelse i sagen U 2014.390 H giver anledning til tvivl. Denne afhandling har vurderet, at omstødelseskravene er afhængige, hvormed omstødelse kun kan ske over for fordringshaveren for det beløb, som fordringshaveren modtog fra tredjemanden.

Hvis skyldneren omstøder efter § 74, vil tabet skulle opgøres efter § 76, hvormed hele betalingen bliver omstødt. Herefter kan tredjemanden ikke omstøde, da afhængigheden mellem kravene medfører, at fordringshaveren ikke er beriget efter § 75. Hvis tredjemanden omstøder først, vil det enten være efter § 64, § 72 eller § 74. Omstødes der efter § 64, vil kun berigelsen kunne omstødes. Skyldnerens bo kan herefter omstøde en eventuel rest efter § 74. Omstødes der efter § 72 eller § 74, vil hele betalingen omstødes. Herefter vil skyldneren ikke have noget tab efter § 76, hvis denne forsøger at omstøde.

Litteraturliste

Bogfortegnelse

- Andersen, Eigil Lego: Gavebegrebet, Specialudgave til Sparekassen SDS, 1988 (Gavebegrebet)
- Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow, Lasse Højlund Christensen og Kim Sommer Jensen: *Konkurs*, 3. udg., 2023 (Konkurs)
- Evald, Jens: *Juridisk teori, metode og videnskab*, 3. udg., 2024 (Jurdisk teori, metode og videnskab)
- Gomard, Bernhard og Michael Kistrup: *Civilprocessen*, 8. udg., 2020 (Civilprocessen)
- Hansen, Torben Kuld og Lars Lindenchrone Petersen: *Insolvensprocesret*, 5. udg., 2023 (Insolvensprocesret)
- Huser, Kristian: *Gjeldsforhandling & konkurs, bd 3: Omstødelse*, 1992 (Gjeldsforhandling og konkurs)
- Iversen, Torsten: *Obligationsret 1. del*, 6. udg., 2019 (Obligationsret 1. del)
- Iversen, Torsten: *Obligationsret 2. del*, 5. udg., 2019 (Obligationsret 2. del)
- Iversen, Torsten: *Obligationsret 3. del*, 3. udg., 2018 (Obligationsret 3. del)
- Lennander, Gertrud: *Återvinning i konkurs*, 4. udg., 2013 (Återvinning i konkurs)
- Munk-Hansen, Carsten: *Retsvidenskabsteori*, 3. udg., 2022 (Retsvidenskabsteori)
- Pedersen, Hans Viggo Godsk: *Kaution*, 12. udg., 2022 (Kaution)
- Petersen, Lars Lindenchrone og Anders Ørgaard: *Konkursloven med kommentarer*, Karnovs version baseret på bogen af samme navn, 15. udg., 2022 (Konkurslovskommentaren)
- Sørensen, Karsten Engsig: *Selskabsstrukturer*, 2. udg. 2020 (Selskabsstrukturerer)
- Tvarnø, Christina D. og Ruth Nielsen: *Retskilder og retsteorier*, 6. udg., 2021 (Retskilder og retsteorier)
- Von Eyben, Bo og Helle Isager: *Lærebog i erstatningsret*, 10 udg. 2024, (Lærebog i erstatningsret)
- Werlauff, Erik og Gitte Søgaard: *Selskabsret*, 12. udg. 2023 (Selskabsret)
- Ørgaard, Anders: *Konkursret*, 13. udg., 2022 (Konkursret)

Artikler og andet

- Aggesen, Simon: Justitia nr. 5, 2013 – *Omstødelse af tredjemandsbetalinger i konkurs* (Omstødelse af tredjemandsbetalinger i konkurs)
- Christensen, Lasse Højlund: Erhvervsjuridisk tidsskrift 2012, s. 265 - *Når koncernen betaler* (ET 2012.265)

De Voss, Nicolai Michel: Erhvervsjuridisk tidsskrift 2023, s. 241 – *Tredjemandsbetalinger – om omstødelse heraf og konkurrerende omstødelseskrav* (ET 2012.265)

Nielsen, Julie Bryske Møller: Erhvervsjuridisk tidsskrift 2023, s. 107. – *Omstødelse og ansvar i koncernforhold – med et særligt fokus på omstødelse af koncernrelevante transaktioner* (ET 2023.107)

Pedersen, Hans Viggo Godsk: U 1985.B.252 Civilretlig identifikation i relation til kreditorer (U 1985B.252)

Love

Hvidvaskloven: Lovbekendtgørelse nr. 316 af 11. marts 2022 – Om forebyggende foranstaltninger mod hvidvask og finansiering af terrorisme (Hvidvaskloven)

Konkursloven: Lovbekendtgørelse nr. 1600 af 25. december 2022 – Konkurslov

Retsplejeloven: Lovbekendtgørelse nr. 250 af 4. marts 2024 - Retsplejeloven

Forarbejder

Betænkning nr. 606 af 1971: *Konkurs og tvangsakkord* (Betænkning nr. 606)

Betænkning nr. 1578 af 2022: *Om modernisering og revision af reglerne om gældssanering, herunder implementering af rekonstruktions- og insolvensdirektivet*

Lovforslag nr. 25 af 3. marts 1977: *Forslag til Konkurslov*

Lovforslag nr. 179 af 29. marts 2017: *Om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, lov om ægtefælleskifte m.v. og forskellige andre love (Ændringer som følge af lov om ægtefællers økonomiske forhold)*

Domsliste

U 1968.766 H	U 1986.474 H
U 1977.526 H	U 1986.875 H
U 1980.806 V	U 1988.484 H
U 1983.404 H	U 1991.646/2 H
U 1983.960 V	U 1993.29/1 H
U 1985.1 H	U 1993.220 H
U 1985.232 V	U 1994.10 V
U 1985.362 H	U 1994.95 V
U 1985.868 SH	U 1994.297 H

U 1999.34 H	U 2013.1146 H
U 2000.1302 H	U 2014.390 H
U 2000.1791 H	U 2014.651 V
U 2001.2592 Ø	U 2014.1346 H
U 2003.2523 H	U 2016.2072 Ø
U 2005.3462 H	U 2017.1815 H.
U 2006.1781 H	U 2018.735 H
U 2007.761 H	U 2020.1493 H
U 2009.2530 V	U 2021.2353 V
U 2010.2097 Ø	U 2022.907 H
U 2012.413 Ø	U 2023.837 H

Svensk og norsk praksis

NJA 1986.623 (Svensk dom)

Rt 1988.1327 (Norsk dom)

Rt 1996.1480 (Norsk dom)

Rt 1999.622 (Norsk dom)

Højesterets dom i sagsnr. 2011/1555 af 22. marts 2012 (Norsk dom)