

Kandidatafhandling



Konkurslovens omstødelsesbestemmelse vedrørende gaver og anvendelsen af denne i forbindelse med dispositioner, hvori der er en ubalance

Cristine Ussing og Nicolas Mikkelsen

Aalborg Universitet

15. maj 2013

Titelblad

Vejleder: Anders Ørgaard

Universitet: Aalborg Universitet

Studie: Jura (cand.jur.)

Semester: 10. semester

Retsområde: Konkursret

Titel: Konkurslovens omstødelsesbestemmelse vedrørende gaver og anvendelsen af denne i forbindelse med dispositioner, hvori der er en ubalance

Engelsk titel: The provision of avoidance regarding gifts, in the Danish bankruptcy law and the use of this provision in case of legal transactions that are imbalanced

Afleveringsdato: 15. maj 2013

Afleveret af:

Cristine Ussing

&

Nicolas Mikkelsen

Indhold

1. Indledning og problemformulering	3
2. Afgrænsning	5
3. Metode	6
3.1 Selve metoden	6
3.2 Ordlyds- ctr. Formålsfortolkning	7
3.2.1 Ordlydsfortolkning	7
3.2.2 Formålsfortolkning	8
3.2.3 Afhandlingens fortolkning	8
3.3 Afhandlingens opbygning	9
4. Centrale begreber for afhandlingen	11
4.1 Begrebet ubalance	11
4.2 Begreberne konkurs og insolvens	11
4.2.1 Konkurs	11
4.2.2 Insolvens	12
4.3 Begrebet fristdagen	13
4.4 Begrebet omstødelse	14
4.4.1 Forringende og forrykkende dispositioner	15
5. Udviklingen af konkurslovens gavebestemmelse	16
5.1 1872-konkurslovens gavebestemmelse	16
5.2 1872-konkurslovens § 28	18
5.3 Rene gaver eller blandede dispositioner	19
5.4 Årsager til ændringen af bestemmelsen	20
5.5 Sammenligning med udenlandske retssystemer	21
6. Konkurslovens gavebegreb	29
6.1 Konkurslovens § 64	29
6.1.1 Elementet ”Gave”	29
6.1.2 Elementet fuldbyrdelse	31
6.1.3 Objektive vs. subjektive elementer	31
6.2 Område for konkurslovens § 64	32
7. Gavmildhed	35
7.1 Begrebet gavmildhed	35

7.1.1 Læren om gavmildhed – Motiv, hensigt og vilje	35
7.1.2 Manglende gavmildhed	38
7.2 Betydningen af kravet om gavmildhed	38
7.3 Gavmildhedskriteriets relevans, når der omstødes efter § 64, allerede fordi der er en ubalance i dispositionen	42
7.4 Andre interesser der taler hhv. for og imod omstødelse efter § 64	45
7.5 Delkonklusion	46
8. Vederlagsfrihed	48
8.1 Omfanget af begrebet vederlagsfrihed	48
8.1.1 Vederlagets beskaffenhed	49
8.2 Delvist vederlag	52
8.3 Vederlagsfrihedens betydning for omstødelse	55
8.3.1 Manglende gavemiljø	55
8.3.2 Vederlagsfrihedens bagatelgrænse	57
8.4 Delkonklusion	60
9. Forretningsmæssigt begrundede dispositioner	62
9.1 Begrebet “Forretningsmæssigt begrundet”	62
9.2 Hvornår er en sådan disposition forretningsmæssig begrundet?	63
9.2.1 Identifikationsproblematikken i forbindelse med omstødelse	65
9.3 Kautitioner	68
9.4 Delkonklusion	70
10. Dispositioner mellem nærstående	71
10.1 At være nærstående	71
10.2 Gaveformodningen mellem nærstående	73
10.3 Gaveformodningens berettigelse	77
11. Opsamlende om gavebegrebet overfor afhandlingens tese	81
11.1 Betydningen af rene gaver	81
11.2 Gaver skjult i andre retshandler	82
11.3 Omstødelse af dispositioner med en ubalance	83
11.4 Fortolkningen og anvendelsen af konkurslovens § 64	84
12. Konklusion	87
13. Summary	89
14. Litteraturliste	91

1. Indledning og problemformulering

Indenfor konkursretten har omstødelsesreglerne til formål at sikre, at værdierne i en konkurs forbliver i boet og fordeles ligeligt. Dette bevirker, at dispositioner, som skaber en ubalance mellem kreditorerne før konkursen, omstødes. Nogle af disse dispositioner omstødes som gaver, og henføres dermed under konkurslovens § 64. Der kan således opstilles en tese, der lyder:

Ud fra konkurslovens § 64 (omstødelse af gaver) kan skæve dispositioner, dvs. dispositioner hvori der er en ubalance, omstødes.

Det gælder, fx hvis der er tale om gaver, som er givet med alm. gavehensigt i en periode op til konkursen eller salg af aktiver under markedspris, hvorved den merværdi, køber beriges med, anses for en gave. Udviklingen siden den nugældende konkurslov trådte i kraft synes dog at trække i retning af, at gavebegrebet i konkursretlig forstand går videre end omstødelsesbestemmelsens ordlyd. På baggrund heraf har vi valgt at kigge nærmere på retstillingen og undersøge følgende problemformulering:

Kan alle dispositioner, hvori der er en ubalance, som er forringende for konkursboets kreditorer, omstødes som en gave efter konkurslovens § 64? Det er her interessant at undersøge, om konkurslovens § 64 er presset udover sin ordlydsfortolkning.

For at kunne besvare disse spørgsmål, må vi belyse, hvad der forstås ved gaver givet med alm. gavehensigt. Disse må nødvendigvis afgrænses fra de tilfælde, hvor en disposition ikke har til hensigt at være en gave, men alligevel bliver anset for en sådan i konkurssammenhæng. Traditionelle gaver bør jo naturligt falde indenfor § 64 mens karakteren af de gaver, der ikke har til hensigt at være traditionelle gaver kan være med til afgrænse, hvor bredt § 64 fortolkes. Der kan jo være situationer, hvor det virker oplagt for en skyldner i forbindelse med hans konkurs at forsøge at skaffe sine aktiver af vejen for at undgå at miste dem i konkursen. Sådanne kreditorunddragende dispositioner må have betydning for § 64's omfang, og de bliver derfor inddraget i afhandlingen.

Allerede i 1923 beskrev Lassen og Ussing usikkerheden omkring gavebegrebet således: *"Der er imidlertid næppe noget Retsbegreb, overfor hvilket Videnskaben har vist større*

*Usikkerhed.*¹ Det er interessant, at et begreb som gave kan skabe så meget usikkerhed og stadig være uafklaret. Denne afhandling foretager derfor en dybdegående analyse af det konkursretlig gavebegreb.

For at der kan statueres gave, er der nogle kriterier, der skal vurderes. To af disse kriterier er formueforøgelse og formueformindskelse. Disse kriterier giver ikke anledning til tvivl ved anvendelsen af konkurslovens § 64, hvorfor de ikke er behandlet i separate kapitler. De to sidste kriterier for anvendelse af gavebegrebet er gavmildhed og vederlagsfrihed. Disse to kriterier er de interessante for denne afhandlings tese, da det forudsættes, at gavmildhed ikke længere er relevant ved anvendelsen af § 64, mens det samtidig forudsættes, at vederlagsfrihed i stedet er det afgørende kriterium. Disse forudsætninger vil blive undersøgt i afhandlingen.

Der er dispositioner, der på grund af deres karakter ikke falder indenfor § 64 anvendelsesområde. Her tænkes fx på dispositioner, som er forretningsmæssigt begrundet. Det gør det nødvendigt at undersøge, hvad der skal til for, at en disposition er forretningsmæssig begrundet, og hvis en disposition IKKE er forretningsmæssigt begrundet, er der så altid tale om en gave.

Ligesom det formodes, at der er dispositioner, der falder udenfor § 64, må det også formodes, at der er dispositioner, der klart ligger indenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Konkurslovens forarbejder angiver, fx at der er en særlig formodning for gave, når der er tale om nærstående. Denne formodningsregel undersøges og dens berettigelse tages op til overvejelse.

Alle kriterierne og elementerne samles op og overvejes i forhold til, hvorvidt konkurslovens § 64 omstøder alle dispositioner, der indeholder en ubalance, og dermed går ud over sin ordlydsfortolkning. Det vil altså sige, om konkurslovens § 64 fortolkes videre end, hvad der kan forsvares ud fra en ordlydsfortolkning hhv. en formålsfortolkning.

For at have et sammenligningsgrundlag med hensyn til bestemmelsens anvendelse, inddrages parallelle konkursretlige bestemmelser fra andre lande i afhandlingen. Vi har valgt at bruge en parallel bestemmelse fra to lande med hhv. et common law og et civil law retssystem, og her

¹ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 3

er valget faldet på England og Norge. Disse var de oplagte valg, da Englands restsystem er udpræget common law, og da Norge ligner Danmark på mange områder også ud over det retslige.

Afhandlingens resultater samles til slut op i en konklusion.

2. Afgrænsning

Da fokus i nærværende afhandlingen er konkurslovens gavebestemmelse, betyder det, at der er en række elementer, som vi ikke kommer nærmere ind på. Det skyldes vores ønske om at holde fokus på belysningen af problemstillingen omkring konkurslovens § 64 samt ønsket om alene at medtage relevante vinkler på bestemmelsen.

På baggrund af foranstående, begrænses afhandlingen til at omhandle konkurslovens § 64, hvorfor bestemmelser som § 67, § 70 og § 74 ikke vil blive behandlet dybdegående. Hvor de har en sammenhæng med § 64, vil de blive nævnt sporadisk.

Vi er opmærksomme på, at Eigil Lego Andersen anvendes som hovedteoretiker i kapitlet om gavmildhed, men dette skyldes, at han er den eneste danske teoretiker, der har udviklet en dybdegående teori om dette begreb.

Da afhandlingens fokus ligger på gavebegrebet, samt da dette er det samme i både konkurs, rekonstruktion og gældssanering, vil der kunne læses både rekonstruktion og gældssanering alle de steder, hvor der skrives konkurs. Dette kan gøres alt efter læserens formål med læsningen.

Den danske omstødelsesbestemmelse vedrørende gaver vil blive sammenlignet med de engelske og den norske. Formålet med at inddrage udenlandsk ret og litteratur er for engelsk litteraturs vedkommende at få kontrasten mellem civil law og common law i spil og for norsk rets vedkommende at drage nytte af det tidligere nordiske samarbejde på det konkursretlige område. Det er således tilstrækkeligt med disse to landes ret, hvorfor EU-retlige eller folkeretlige retskilder således ikke finder anvendelse i afhandlingen.

Da konkursretten spiller sammen med både familieret, selskabsret, formueret osv. Er det ikke muligt at behandle, hvorledes sammenhængen er med alle andre retsområder i afhandlingen. Analysen vil derfor, jf. afgrænsningen, ikke være udtømmende.

Der er dog forskellige gavebegreber indenfor forskellige retsområder. Disse vil ikke blive behandlet nærmere, da fokus er på det konkursretlige, og da gavebegreberne har forskellige formål indenfor forskellige områder. Der vil dog blive trukket paralleller til andre gavebegreber, hvor det er relevant.

3. Metode

3.1 Selve metoden

I dette projekt undersøges gældende ret, hvilket betyder, at det er den retsdogmatiske metode, der anvendes. Det betyder, at der arbejdes ud fra lovbekendtgørelser, noter hertil, forarbejder og retspraksis.

Ydermere inddrages også den relevante juridiske litteratur. Denne betragtes traditionelt ikke som en retskilde, idet retsvidenskaben som udgangspunkt alene er beskrivende og analyserende i forhold til de øvrige retskilder. Litteraturen er i stedet medvirkende til at fortolke, hvad den nuværende retsstilling er². Dette taler for anvendelsen af den juridiske litteratur i den juridiske argumentation, idet litteraturen beskriver den teoretiske opfattelse af den gældende retsstilling.

Den danske konkurslov er ikke den første af sin art, og den historiske udvikling er en medvirkende årsag til, at konkurslovens bestemmelser har den ordlyd, de har i dag. Det er netop de historiske bestemmelser, der er bygget videre på i den nye konkurslov. Der kigges derfor også nærmere på den gældende konkurslovs forgænger, konkursloven fra 1872, og gavebestemmelsen i denne. Da konkursretten historisk set er udviklet i samarbejde med nogle af de øvrige nordiske lande, inddrages norsk juridisk litteratur i belysningen af afhandlingens tese.

Heroverfor holdes engelsk lov og litteratur op. Englands common law retssystem har ikke samme oprindelse, som det civil law retssystem vi kender i Danmark. ”...*praktiserende jurister i common law-lande har påvirket rettens udvikling, i højere grad end tilfældet er i lande som Danmark, Frankrig og Tyskland, hvor teoretikere inden for faget ofte har spillet en*

² Evald, J. (2009): 60

mere dominerende rolle. Dette skyldes bl.a., at man i England har betragtet jura mere som et håndværk end som en videnskab.”³

Den forskellige måde at betragte retssystemerne gør, at der må være forskel på den engelske konkursrets gavebestemmelse og den danske, som vi kigger på. Vi forventer, at der er forskel i både brug og ordlyd af den engelske og den danske konkursrets gavebestemmelse.

Forskellen inddrages i afhandlingens konklusion af, om den danske bestemmelse bruges for bredt, og derfor præsenteres og inddrages også engelsk lovmateriale og litteratur.

Konkurslovens forarbejder anvendes som et fortolkningsbidrag til forståelse af loven.

Forarbejderne er med til at fastsætte gældende ret, da der skeles til dem ved domstolene. Da lovregler ikke altid er sprogligt entydige, kan de underlægges forskellige fortolkninger, og her bidrager forarbejderne til at angive lovgivers fortolkning⁴ samt bestemmelseernes rækkevidde.

Som genstand for analysen inddrages retspraksis, idet domstolene herigennem fastsætter gældende ret. Retspraksis er således udtryk for de skrevne loves anvendelse i praksis.

3.2 Ordlyds- ctr. Formålsfortolkning

I overensstemmelse med afhandlingens tese må det berøres, hvad en ordlydsfortolkning overfor en formålsfortolkning er.

3.2.1 Ordlydsfortolkning

Ordlydsfortolkning er, som ordet antyder, fortolkning af bestemmelsens ord. Det betyder, at en lovbestemmelses ordlyd er afgørende, når der ikke er tvivl om bestemmelsens betydning, og heller ikke er faktorer, der taler for en anden anvendelse af bestemmelsen.⁵

Lovbestemmelser er sproglig tekst, og kan derfor tekstfortolkes ligesom enhver anden tekstgenre.⁶ Sprog er grundlæggende flertydigt, og derfor er det nødvendigt at klarlægge

³http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Retssammenligning,_komparativ_ret/common_law

⁴ Evald, J. (2009): 36

⁵ Evald, J. (2009): 35

⁶ Blume, P. (2009): 178

meningsindholdet.⁷ Det betyder, at ordlydsfortolkning, som i sin natur er sproglig, udgør en præciserende fortolkning.

I tråd med afhandlingens tese anfører Peter Blume følgende:

”I en række situationer aktualiseres således spørgsmålet om, hvorvidt reglen skal gives enten et snævrere eller et bredere område end det, der umiddelbart følger af ordlyden. Der må i almindelighed forudsættes en særlig kvalificeret juridisk argumentation for en sådan fortolkning, idet det især kan have betydning, at fortolkningen dermed medfører det mest rimelige eller fornuftige resultat.”

Det må således inddrages i afhandlingen, om domstolene på denne måde argumenterer særligt kvalificeret, hvis konkurslovens § 64 anvendes ud over sin ordlydsfortolkning, jf. afhandlingens tese.

3.2.2 Formålsfortolkning

I modsætning til ordlydsfortolkning er formålsfortolkningen en fortolkning af en lovbestemmelse ud fra dens sammenhæng med de øvrige bestemmelser i loven.⁸

Ofte udtaler lovens forarbejder sig om, hvad der er lovens formål, ligesom love indeholder en formålsbestemmelse. Disse indgår i formålsfortolkningen, idet der er tale om en fortolkning af bestemmelsen ud fra den kontekst, den er sat ind i og skal anvendes i. Det betyder, at det fx også har betydning, hvilket kapitel i loven bestemmelsen er placeret.

Formålsfortolkning indgår ofte som en del af ordlydsfortolkningen, idet kontekst og formål er væsentlige støttepunkter til den sproglige analyse af en given regel.⁹

3.2.3 Afhandlingens fortolkning

Afhandlingen anvender ud fra ovenstående en formålsfortolkning. Dette er nødvendigt, idet afhandlingens tese anlægger den betragtning, at konkurslovens § 64 anvendes ud over sin ordlyd og dermed ud over en ordlydsfortolkning. Om dette så er tilfældet vil vise sig gennem afhandlingens analyse.

⁷ Blume, P. (2009): 178

⁸ Blume, P. (2009): 178

⁹ Blume, P. (2009): 178

3.3 Afhandlingens opbygning

Nærværende afhandling undersøger, som anført, om alle dispositioner, hvori der er en ubalance, som er forringende for konkursboets kreditorer, kan omstødes som en gave efter konkurslovens § 64, samt om konkurslovens § 64 er presset udover sin ordlydsfortolkning.

Som følge heraf opbygges afhandlingen ved først at definere nogle kernebegreber i kapitel 4. Disse vil blive anvendt igennem hele afhandlingen, og det er derfor vigtigt at have deres betydning og mening klar.

Dernæst kigges der i kapitel 5 på udviklingen af konkurslovens § 64, samt hvad der har påvirket den til at blive, som den er i dag. Herunder præsenteres lignende bestemmelser fra andre common law/civil law retssystemer, og bestemmelserne sammenlignes med § 64 igennem afhandlingen.

Det leder frem til en behandling af den nuværende § 64, dennes anvendelse og kriterierne herfor, samt hvad der ordlydsmæssigt forstås ved gaver efter § 64. Dette findes i kapitel 6. Det berøres herunder, om sådanne gaver er rene foræringer, eller om de kan være blandede med andre dispositioner, fx et salg. Dette spørgsmål bidrager til at afgrænse gavebegrebet og belyse, hvor bredt § 64 anvendes. For at § 64 overhovedet finder anvendelse, er der nogle kriterier, der skal være opfyldt. Disse præsenteres her og behandles nærmere i særskilte kapitler.

Det første kriterium er gavmildhed, som er en naturlig konsekvens af den foræring, der ligger i en gave. Afhandlingens kapitel 7 behandler spørgsmålet om, hvad der forstås ved gavmildhed set med konkursretlige øjne, ligesom der kigges på hvilke andre interesser, der kunne tale for omstødelse, uanset at der foreligger gavmildhed. Denne kan jo være en facade. Kapitlet bruges således til at undersøge, om gavmildhed overhovedet er et nødvendigt kriterium, eller om andre faktorer gør, at der kan omstødes, uden at der foreligger gavmildhed.

Kapitel 8 behandler kriteriet vederlagsfrihed. Når det er et kriterium for at statuere en gave, at der er en grad af vederlagsfrihed, må det behandles, hvad der forstås herved. Der kigges på, i hvilket omfang vederlagsfrihed er tilstrækkeligt til, at der sker omstødelse, herunder hvad betydning det har, at vederlagsfriheden er større eller mindre end aktivets værdi.

Afhandlingens kapitel 9 handler dernæst om forretningsmæssige dispositioner og deres undtagelse fra omstødelse efter konkurslovens § 64. Omvendt medtages også situationen, hvor en disposition IKKE er forretningsmæssigt begrundet, og det må vurderes, om der så er tale om en gave. Sidstnævnte er relevant, fordi det kan betyde, at der altid kan omstødes, hvis der ikke er tale om en forretningsmæssig disposition. I sammenhæng hermed behandles også spørgsmålet om, hvorvidt en disposition, der er forretningsmæssig alligevel, kan omstødes efter et identifikationssynspunkt.

Som afslutning på dette kapitel behandles kautioner, som er en særlig type dispositioner, der muligvis kan anses for en gave, når der kautioneres for en tredjemand (det være sig en person eller et selskab). Der kigges således på, hvornår en sådan kaution er forretningsmæssig. Her kan det nemlig have betydning, om selskabet er eller bliver insolvent ved dispositionen, og muligvis også om den, der kautioneres for er eller bliver det.

Efter konkurslovens § 2 er der et særligt gavemiljø mellem nærstående. Det være sig personer, selskaber eller personer og selskaber imellem. Der er ofte en formodning for gave i et sådan forhold, og det skal derfor behandles, hvornår parter er nærstående samt formodningen for gave imellem sådanne, og den bevislempelse der sker som følge heraf. Det gøres i kapitel 10, hvor det også undersøges, om denne formodning er berettiget.

Med de forskellige aspekter indenfor § 64 behandlet er afhandlingen nu nået til kapitel 11, som tager hovedtesen op med baggrund i alle de foregående kapitler. Kapitlet forsøger således at definere, hvornår der er tale om en ubalance i konkurslovens § 64's forstand og kigge på, hvor bredt bestemmelsen egentlig anvendes. Særlige retlige betragtninger, som måtte være tilstede, finder anvendelse her, og ordlyden hhv. anvendelsen af konkurslovens § 64 behandles. Dette gøres ud fra principperne i en ordlydsfortolkning, hhv. en formålsfortolkning.

Til slut samles det hele op i konklusionen, som findes i kapitel 12.

4. Centrale begreber for afhandlingen

I det følgende vil de begreber, som er centrale for afhandlingen blive behandlet. De udvalgte begreber er nødvendige for at forstå det konkursretlige system og den sammenhæng, der er imellem de forskellige konkursretlige regler og de hensyn til kreditorerne, som disse varetager. Begrebet gave og dets anvendelse i konkurslovens forstand vil således være afhandlingens formål at fastlægge.

4.1 Begrebet ubalance

Ordet ubalance er det modsatte af balance. Ved ordet balance forstås traditionelt en tilstand, hvor to eller flere påvirkende kræfter ophæver hinanden.¹⁰ Det betyder, at der ikke sker en forskydning til en af siderne, og kræfterne derfor vil udligne hinanden. Ved den almindelige forståelse af ordet balance vil der være balance i en retshandel, når A sælger sin ejendom til B for den pris, som ejendommen er værd. Når der derimod er en ubalance i parternes retsforhold, vil der være et misforhold mellem ydelserne, idet ydelserne ikke vil udligne hinanden. Dermed vil der være en forskydning over mod en af parterne i det indbyrdes retsforhold. Ud fra afhandlingens problemformulering er det interessant at undersøge, om en sådan forskydning altid vil blive omstødt som en gave efter konkurslovens § 64.

Ordet 'ubalance' vil således i afhandlingen blive brugt i betydningen, at der sker en retshandel, hvori de to modsatrettede dispositioner ikke er af samme værdi.

4.2 Begreberne konkurs og insolvens

4.2.1 Konkurs

Ved konkurs er formålet at skaffe kreditorerne fyldestgørelse. Det sker ved, at skyldnerens formue fordeles blandt de kreditorer, som har et krav mod skyldneren på det tidspunkt, hvor der afsiges konkursdekret. På denne måde sigtes der mod at skaffe kreditorerne den bedst mulige fyldestgørelse i den rækkefølge, som konkursordenen opstiller¹¹. Ved ordet konkurs forstås kreditorforfølgning mod en insolvent skyldner, hvor hele skyldnerens formue inddrages med det formål at fyldestgøre samtlige af hans kreditorer, således at kreditorerne i udgangspunktet stilles lige, jf. dog konkursordenen¹². Reglerne gælder for både fysiske og

¹⁰ Politikens Dansk Ordbog (2000): 56

¹¹ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 201

¹² Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 18

juridiske personer. Et vigtigt hensyn, der bliver varetaget gennem konkursen, er således hensynet til kreditorerne. Dette skyldes, at princippet om at aftaler er bindende ikke ville være meget værd, hvis det i sidste ende ikke var muligt at gennemtvinge krav overfor skyldneren¹³. Skyldneren kan således ikke løbe fra sine forpligtelser, blot fordi han ikke har penge.

En person er erklæret konkurs, når skifteretten har afsagt konkursdekret. Fra dette tidspunkt mister skyldneren rådigheden over sin formue, jf. konkurslovens § 29 og formuemassen administreres i stedet for af bostyret¹⁴. For at skyldneren kan erklæres konkurs, skal skyldneren være insolvent, jf. konkurslovens § 17. Det følger af § 17, at det både er skyldneren selv og en af skyldnerens kreditor, der kan indgive konkursbegæring på skyldnerens vegne. En kreditor skal, foruden at have en fordring mod skyldneren, også have en retlig interesse i at fremkalde konkurs, og dermed udelukkes de kreditorer, der har fuld sikkerhed for deres krav, forudsat at kravet ikke kan omstødes, jf. § 20¹⁵. Begrebet konkurs anvendes i denne afhandling i den præsenterede traditionelle retlige betydning.

4.2.2 Insolvens

Insolvens er manglende betalingsdygtighed. Begrebet insolvent består af to led: skyldneren kan ikke betale sine gældsposter ved forfaldstiden, og denne tilstand er ikke blot midlertidig, jf. konkurslovens § 17, stk. 2¹⁶. I vurderingen af om skyldneren er insolvent, er det ikke afgørende, om skyldneren eller hans virksomhed genererer overskud. Konkurs vil først komme på tale på det tidspunkt, hvor skyldnerens økonomiske problemer er så alvorlige, at kreditorerne ikke længere vil kunne forvente at opnå fyldestgørelse. Dermed kan en virksomhed sagtens køre med underskud i flere år, hvis indehaveren af virksomheden ønsker det, så længe kreditorernes ret til fyldestgørelse ikke er i fare¹⁷. Et udmærket eksempel på forskellen er den situation, hvor der i en periode kan være faldende ejendomspriser. Her kan ejendomsværdien være mindre end den samlede pantegæld i ejendommen. Boligejeren vil i så fald være ”teknisk” insolvent, hvilket er det samme som insufficiens mht. betalingsdygtighed. Det afgørende er her, om han er i stand til med sin forventede, fremtidige indtjening at betale terminsydelserne mm., efterhånden som de forfalder. Hvis husejeren ikke vedvarende er i

¹³ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 22

¹⁴ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 158

¹⁵ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 189

¹⁶ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 322

¹⁷ Ørgaard, A. (2010): 32

stand til at betale disse ydelser, vil husejeren være insolvent efter betingelserne i konkurslovens § 17, stk. 2¹⁸.

Spørgsmålet er, om insolvens, i de tilfælde i konkurslovens kapitel 8, hvor omstødelse er betinget af, at der føres bevis for eller imod insolvens, skal forstås på samme måde som konkurslovens § 17, stk. 2. Tvivlen skyldes, at definitionen af insolvens ikke er placeret i konkurslovens kapitel 1, hvor definitionerne på fristdagen og nærstående er placeret¹⁹, men som nævnt i § 17. Det lader dog til, at der i den juridiske teori er enighed om, at insolvens i konkurslovens kapitel 8 også skal forstås som illikviditet, der ikke er forbigående.²⁰ Endvidere støttes påstanden også på afgørelserne U.2007.551 H og U.2010.316 Ø, hvor det netop var denne definition af insolvens, der blev lagt til grund i afgørelserne.

4.3 Begrebet fristdagen

Fristdagen er interessant, fordi formålet med konkurslovens § 1 især er, at omstødelsesfristerne skal regnes fra det tidligste tidspunkt, hvor insolvensen er konstateret over for skifteretten²¹. Omstødelsesfristerne i konkursloven løber fra fristdagen, hvor omstødelsesreglerne vil være betinget af, at dispositionen er foretaget indenfor et vist tidsrum før fristdagen, dog kræver § 72, at dispositionen er foretaget efter. For gaver efter § 64 er det tidsrummene 6 måneder, 1 år og 2 år, der er interessante. Når fristen skal beregnes, skal fristdagen tælles med²², jf. U.1979.275.SH. Fristdagen selv inkluderes således i de omtalte tidsrum.

Fristdagen er defineret i konkurslovens § 1, stk. 1 som den dag, hvor skifteretten modtager begæring om rekonstruktion, konkurs eller gældssanering. Hvis der er flere tidspunkter, er det tidspunktet, der ligger tidligst, der gælder²³. Hvis et insolvent selskab likvideres, vil beslutningen om likvidation være fristdag, hvis skifteretten inden tre måneder efter beslutningen modtager begæring om rekonstruktionsbehandling eller konkurs, jf. § 1, nr. 3. Fristdagen kan dog miste sin betydning, hvis fx en konkursbegæring forkastes eller tilbagekaldes, og der ikke inden tre uger efter tilbagekaldelsen eller afslaget kommer en ny

¹⁸ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 187

¹⁹ Ørgaard, A. (2010): 140

²⁰ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 305, Ørgaard, A. (2010): 140 & Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 512

²¹ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 88

²² KBET1971606: 48

²³ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 88

begæring om konkurs, rekonstruktionsbehandling eller gældsanering frem til skifteretten, jf. § 1, stk. 3. Begrebet anvendes i afhandlingen i den i loven definerede form.

4.4 Begrebet omstødelse

Omstødelse er konkursboets middel til at få tilsidesat en disposition eller et andet retsskridt, der er foretaget af eller over for skyldneren, og som har været til skade for kreditorerne. En sådan disposition er til skade for kreditorerne, hvis dispositionen enten forringer skyldnerens formue, eller ved at der sker en forrykkelse mellem kreditorerne, der er i strid med lighedsprincippet²⁴. Det er konkursboet, der har initiativet til at omstøde, men hvis konkursboet ikke vil føre sagen, fordi der, f.eks. er usikkerhed om sagens udfald, kan enhver fordringshaver efter konkurslovens § 137 føre sagen på egen risiko, men med fordel for konkursboet²⁵, hvis sagen vindes. Dette skyldes, at lighedsprincippet skal overholdes, selvom en enkelt kreditor alene er ansvarlig for at have ført sagen. Omstødelsermuligheden vil dog være det sidste middel, som konkursboet vil benytte sig af. Forinden omstødelse kommer på tale, er det første, der ses på nemlig, om der foreligger en ugyldighedsindsigelse. Hvis der ikke er en gyldig aftale, kan boet allerede fået tilsidesat aftalen på dette grundlag. Dernæst er det interessant, hvis der er indgået en gyldig aftale at se på, om den begunstigede har fortaget sin sikringsakt, idet der ellers kan opstå kreditorekstinktion, og boet dermed kan opnå en bedre ret end den kreditor, der har indgået i dispositionen. Hvis aftalen er sikret mod kreditorforfølgning, fx gennem tinglysning, er konkursboets sidste mulighed omstødelse²⁶.

Hvis en disposition omstødes er virkningen den, at den begunstigede over for boet skal fralægge sig den berigelse, som personen har opnået (§ 75) eller eventuelt betale erstatning for det tab, som boet har lidt²⁷ (§ 76). Forskellen bestemmes af, om der er tale om subjektive eller objektive omstødelserregler efter konkursloven.

Konkursboet har med omstødelserreglerne mulighed for at omstøde dispositioner, der ligger tilbage i tiden. Derudover spiller reglerne også en indirekte rolle i forstadiet til konkurs, idet muligheden for omstødelse vil kunne påvirke dispositionernes foretagelse. På baggrund heraf beskytter omstødelserreglerne både hensynet til kreditorerne, så deres krav ikke bliver

²⁴ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 294

²⁵ Ørgaard, A. (2010): 88

²⁶ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 295

²⁷ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 295

forringet og hensynet til en passende handlefrihed for skyldneren i forsøget på at redde en virksomhed i økonomisk krise²⁸. Omstødelsesinstrumentet har derfor en central rolle i konkursretten, idet det ikke er ønskeligt, hvis boet før en konkurs bliver udtømt til fordel for en begrænset kreds af kreditorer. Endvidere ville det være uheldigt, hvis skyldneren havde mulighed for at bringe sine aktiver i sikkerhed fra kreditorerne hos slægtinge og venner²⁹. Det er derfor formålet med omstødelsesreglerne at ramme dispositioner, der påvirker skyldnerens insolvens eller kreditorernes indbyrdes stilling. Der sigtes altså mod dispositioner, som skyldneren ikke ville have foretaget, hvis han var solvent. Ofte vil en konkursramt skyldner være insolvent allerede et stykke tid før konkursen indtræder, og på grund de økonomiske vanskeligheder har skyldneren ikke det samme incitament til at foretage normale forretningsmæssige dispositioner, men kan i stedet for være fristet til at begunstige bestemte personer i eller uden for kreditorernes kreds³⁰.

Omstødelse i denne afhandling er således boets ret til at omgøre dispositioner, som er uberettiget foretaget af skyldneren og tilbageføre de disponerede midler til boet.

4.4.1 Forringende og forrykkende dispositioner

Konkurslovens omstødelsesregler er opdelt i forringende og forrykkende dispositioner. Ved de forringende dispositioner forstås, at skyldnerens aktivmasse formindskes, uden at enkelte kreditorer begunstiges. Der føres altså midler ud af boet, og dermed forringes alle kreditorernes udsigt til fyldestgørelse. Disse dispositioner er i strid med tanken om at give kreditorerne den bedst mulige fyldestgørelse gennem konkursen.

Ved de forrykkende dispositioner forstås, at en eller bestemte kreditorer begunstiges på bekostning af de øvrige kreditorer. Grunden til, at disse dispositioner er problematiske er, at de er i strid med det konkursretlige lighedsprincip³¹. Skyldner har således ikke lov til at forfordele en enkelt kreditor, blot fordi denne fx har presset hårdere end de andre, eller hvad årsagen end måtte være.

²⁸ Ørgaard, A. (2010): 88

²⁹ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 529

³⁰ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 300

³¹ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 300-301

5. Udviklingen af konkurslovens gavebestemmelse

I det følgende behandles den historiske udvikling af konkurslovens bestemmelse om omstødelse af gaver. Det er nødvendigt at kende den tidligere bestemmelse, da denne er en medvirkende årsag til, at gavebestemmelsen (§ 64), i den nuværende konkurslov, er som den er i dag. Den historiske bestemmelse er således med til at give forståelsen af bestemmelsen. Ligeledes præsenteres norsk og engelsk ret, hvortil der trække paralleller. Den nugældende gavebestemmelse i konkurslovens § 64 behandles efterfølgende i kapitel 6.

5.1 1872-konkurslovens gavebestemmelse

Den danske konkurslov har ikke altid været som den er i dag. I forgængeren fra 1872 var gavebestemmelsen § 26, og denne havde følgende ordlyd:

”Den, som i det sidste år før end konkursens begyndelse og på en tid, da skyldneren var insolvent, har modtaget nogen gave af denne, er pligtig at tilbagegive sådan gave eller erstatte dens værdi, dersom han må antages ved dens modtagelse at have været vidende om nogen omstændighed, der kunne lade ham formode skyldneres insolvens. Er der i anledningen af den ham gjorte gave påført modtageren nogen udgift, bør denne erstattes ham af boet.

Foranstående skal også gælde, når retshandlen udvortes fremtræder under form af et salg, magelæg, lejemål eller lignende overdragelse, hvis det på grund af misforholdet mellem de gensidige ydelser eller i øvrigt efter omstændighederne skønnes, at retshandlen i virkeligheden indeholder en gave, dog at boet tilsvares, hvad der fra den anden side måtte være ydet.”³²

Bestemmelsen bestod, som det ses af to stykker. Det første stykke angik rene gaver, og den anden del angik blandede retshandler. Bestemmelsen omhandlede overordnet omstødelsen af visse retshandler med ikke-kreditorer. I disse tilfælde tillod bestemmelsen omstødelse i et større tidsrum end ellers, når der var tale om en gave.³³ Efter bestemmelsen kunne gaver givet indenfor det sidste år før konkursen således omstødes. Ligeledes fastslog bestemmelsen, at

³² Harbou, H. og Munch, M. (1962): 114 f.

³³ Deuntzer, I. H. (1885): 339

omstødelse kunne ske, hvis gavegiver var insolvent, og den begunstigede vidste eller havde grund til at formode, at gavegiver var insolvent, da han gav gaven.³⁴

Bestemmelsen var særlig interessant, fordi gaver også den gang var de mest skadelige retshandler for konkursboet. Dette skyldes, at gaver både dengang og nu forringer værdien i boet, uden at det kommer nogen af kreditorerne til gode. Således er det i stedet en tredjemand, der begunstiges ved dispositionen.

Bestemmelsen angik retshandler, som i juridisk ordbog defineres som *”privat retsstiftende viljeserklæring (eller disposition), som har til formål at stifte ret; omfatter såvel løfter, som påbud (pålæg)”*³⁵. Det skulle altså være givers formål at stifte ret med dispositionen, ligesom modtageren skulle være bevidst om, at retshandlen skete.³⁶ Dog skulle modtageren tage imod dispositionen for, at der i retshandlen forelå en gave, hvorfor en gave således var en tosidet retshandel jf. begge bestemmelsens stykker. En retshandel var således et gaveløfte efterfulgt af en fuldbyrdelse eller en umiddelbar overdragelse af den genstand, gaven udgjordes af.³⁷

Dog var det efter § 26 ikke altid, at en blandet disposition var en delvis gave, blot fordi en af parterne fik for lidt i retshandlen. For eksempel kunne to forretningsdrivende indgå en uligevægtig handel, uden at der dermed var tale om en delvis gave.³⁸ Der var således ikke noget forbud mod at være en dårlig købmand. Det gjaldt, fx hvis der var tale om at rømme varelageret og sælge tingene ud til spotpris.³⁹ Et sådant udsalg er også i dag forretningsmæssigt begrundet derved, at forretningsførelse almindeligvis kræver, at der ændres i sortimentet alt efter markedet og sælges ud, hvis forretningen ikke er rentabel.

Efter bestemmelsen kunne en disposition omstødes, hvis modtageren af gaven vidste eller kunne formode giverens insolvens. Det var således en betingelse, at giveren var insolvent på tidspunktet for gavegivelsen. Bestemmelsen sagde intet om situationen, hvor giveren var solvent ved foretagelsen af dispositionen, men efterfølgende eller ved dispositionen blev insolvent. Bevisbyrden lå hos boet, som dog ikke skulle bevise andet end, at modtageren havde kendskab til omstændigheder, der efter almindelig fornuft gav ham en formodning om,

³⁴ Deuntzer, I. H. (1885): 339

³⁵ Von Eyben, B. (2004): 295

³⁶ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 38

³⁷ Lego, E. (1988): 474

³⁸ Deuntzer, I. H. (1885): 340

³⁹ Deuntzer, I. H. (1885): 340

at giveren var insolvent.⁴⁰ Hvis giveren ikke var insolvent, kunne der ikke omstødes, heller ikke selvom modtager troede, han var det.

5.2 1872-konkurslovens § 28

Bestemmelsen i § 26 suppleredes af 1872-lovens § 28, som snævert behandlede dispositioner mellem nærstående. Bestemmelsen havde følgende ordlyd:

”Det har fremdeles sit forblivende ved den i Danske Lovs 5-14-46, andet led, indeholdte bestemmelse om, at ingen afhændelser, som er sket ved gave, køb eller i andre måder imellem ægtefæller, forældre og børn eller arvelader og arvinger, skal komme kreditorerne i konkursboer til skade, når de befindes at være sket, efter at skyldneren var kommet i den tilstand og var så hårdt med gæld beladt, at de ej deres gæld kunne betale.”⁴¹

Der var tale om en smal personkreds, idet bestemmelsen kun omfattede ægtefæller, forældre, børn, arvinger og arvelader. Ifølge denne bestemmelse skulle ingen gaver, køb eller andre dispositioner mellem sådanne nærstående komme kreditorerne til skade, når de var sket efter skyldner var blevet insolvent.⁴² Bestemmelsen var derfor ikke betinget af overdragerens eller erhververens onde tro og var heller ikke tidsbestemt. Boet skulle derfor kun bevise, at skyldneren var insolvent for at kunne omstøde handlen.

Den daværende § 28 var et effektivt redskab for boet til at omstøde dispositioner mellem nærstående, idet bestemmelsen dækkede enhver afhændelse, som var sket ved gave, køb eller på anden måde. Bestemmelsen krævede kun, at dispositionen skulle være til skade for kreditorerne. Hovedområdet for § 28 var rene gaver og gaver, der var søgt skjult i andre retshandler, men bestemmelsen var ikke kun begrænset til disse situationer⁴³. Endvidere fandt bestemmelsen fx også anvendelse i de tilfælde, hvor skyldneren havde overført midler fra fællesboet til en ægtefælle, således at det ikke længere tilhørte fællesboet⁴⁴.

Behovet for § 28 skyldtes, at der var en særlig fare for, at insolvente personer ville besvige deres kreditorer ved at overføre deres ejendele til deres nærstående. Bestemmelsen var derfor begrundet i, at den skulle være et effektivt instrument til at afværge denne fare, og det var

⁴⁰ Deuntzer, I. H. (1885): 342

⁴¹ 1872-konkursloven § 28

⁴² Lego, E. (1988): 443

⁴³ I, H Deuntzer (1885): 350

⁴⁴ I, H Deuntzer (1885): 351

derfor nødvendigt, at boet kunne omstøde alle de dispositioner, som objektivt kom kreditorerne til skade. Omstødelse kunne dermed ske, blot der var et objektivt tab og uden at føre bevis for god og ond tro hos modtager. Et objektivt tab ville fx foreligge i den situation, hvor et aktiv var solgt til underpris, selvom parterne troede, at deres ydelser var lige meget værd⁴⁵. Hvis dette var tilfældet, og skyldneren var insolvent, kunne dispositionen således omstøde.

5.3 Rene gaver eller blandede dispositioner

Allerede i 1872-loven skelnedes der mellem rene gavedispositioner og blandede dispositioner. Dette kom til udtryk både i teorien og gennem bestemmelsens ordlyd. Således anførte Lassen og Ussing, at:

”Der er vistnok enighed om, at et gavetilsagn må gå ud på at tilføre en vederlagsfri fordel.

Denne betingelse er klart opfyldt i de almindelige tilfælde, hvor tilsagnet er fuldstændig vederlagsfrit (den rene Gave). Men en vederlagsfri fordel tilføres også, hvor tilsagnsgiveren får delvis vederlag; Der foreligger da en retshandel af blandet karakter...”⁴⁶

Den rene gave ses ikke ofte, men defineres af Lassen og Ussing som en gave, hvor tilsagnsgiveren ikke har krævet at få noget retur i forhold til gavetilsagnet.⁴⁷ Der er således tale om en vederlagsfri formindskelse af givers formue med en samtidig forøgelse af modtagers formue, hvilket har været hensigten.

Den rene gave var dog ikke den eneste disposition, hvor gavemomentet spillede en rolle. I enhver retshandel med gavekarakter, skete der således en vederlagsfri overdragelse i større eller mindre grad. Dette læses direkte af bestemmelsens stk. 2 i § 26, som omhandlede blandede gaver. Hovedeksemplet på blandede gaver var salg til underpris, men også lån til brug faldt under denne kategori.⁴⁸ Ligeledes var gældseftergivelse mod utilstrækkeligt vederlag en blandet gave. Således var blandede gaver allerede omfattet af 1872-konkurslovens § 26, og de er dermed ikke et nyt begreb.

⁴⁵ I, H Deuntzer (1885): 350

⁴⁶ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 5

⁴⁷ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 6

⁴⁸ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 7

5.4 Årsager til ændringen af bestemmelsen

I 1977 kom den nugældende konkurslov. Dette medførte en objektivisering af reglerne ligesom reglen om, at alle dispositioner indenfor de sidste 6 måneder inden konkursen omstødes uden videre, indførtes. Ændringen af konkursloven fjernede definitivt den oprindelige konkurslov og var en del af en større reform af det danske system, som ansås for forældet.⁴⁹ De væsentlige ændringer der blev foretaget angik lovens tidsfrister og en objektivisering af reglerne⁵⁰.

Objektiveringen af reglerne skete som led i, at bevisførelse om skyldnerens insolvens på handlingens tidspunkt, og om den begunstigedes kendskab hertil blev afskåret.⁵¹

Reformen af konkursloven skete, fordi reglerne ikke ansås for tilfredsstillende, og fordi der ved ændringen af bestemmelserne kunne spares en række skridt, som både ville føre til omstødelse efter de gamle og de nye regler.⁵² Det var således procesbesparende at ændre reglerne. Gavebegrebet blev bibeholdt, men udvalget bag konkurslovsbetænkningen mente samtidig, at når det kan fastslås, at en disposition indeholder en større eller mindre gave, vil domstolene ikke tøve med at anvende lovens regler om gave, selvom parterne har forsøgt at skjule gavemomentet.⁵³ Derfor fjernede udvalget den gamle § 26, stk. 2.

Reformen var genstand for drøftelse mellem de nordiske lande, da man anså det for betydningsfuldt at opnå lighed mellem disse, hvilket også er grunden til, at den gamle danske betegnelse ”afkræftelse” blev ændret til ”omstødelse”, hvilket svarer til den norske betegnelse ”omstøtes” og har samme betydning.⁵⁴

Samtidig blev den gamle § 28 fjernet helt, da udvalget anså det for overflødigt at bevare denne bestemmelse i lovteksten. Reglerne om omstødelse, i forhold til nærstående, blev i stedet spaltet op i særregler, og lovgiver forlængede fristen for omstødelse i forhold til disse.⁵⁵

Godt nok er 1872-loven ikke gældende længere, men retspraksis om gaver fra 1872-loven er dog stadig relevant i bedømmelsen af gavebegrebet, da lovens § 26 anvendtes mere snævert

⁴⁹ KBET1971606: 1

⁵⁰ KBET1971606: 41

⁵¹ KBET1971606: 41

⁵² KBET1971606: 41

⁵³ KBET1971606: 144

⁵⁴ KBET1971606: 140

⁵⁵ KBET1971606: 42

end den nuværende konkurslovs § 64. Hvor boet førhen havde § 28 til nogle af de tilfælde, som ikke faldt under § 26, har boet i dag ikke denne mulighed. I stedet blev § 64 udvidet til at omfatte langt flere tilfælde end den daværende § 26, samt flere tilfælde end direkte kan læses af bestemmelsen.⁵⁶

Samarbejdet mellem de nordiske lande er således en medvirkende grund til, at fx det norske og danske retssystem ligner hinanden en del. Dette uddybes nedenfor.

5.5 Sammenligning med udenlandske retssystemer

Ved siden af den danske gavebestemmelse i konkursloven står vores norske nabolands gavebestemmelse. Den norske konkurslov hedder ”Dekningsloven” og formulerer gavebestemmelsen således:

”§ 5-2. Gaver.

Gave som skyldneren har fullbyrdet senere enn ett år før fristdagen, kan omstøtes. Gave til skyldnerens nærstående kan omstøtes også når den er fullbyrdet tidligere, men senere enn to år før fristdagen, hvis det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da gaven ble fullbyrdet.

Gave til skyldnerens ektefelle, ugifte samboende eller forlovede kan omstøtes når den er fullbyrdet senere enn to år før fristdagen. Dersom verdien av gaver til ektefelle, ugift samboende eller forlovede samlet overstiger ti ganger folketrygdens grunnbeløp, kan den overskytende del av verdien omstøtes for så vidt gavene ble fullbyrdet senere enn fem år før fristdagen, dersom det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da gavene ble fullbyrdet.

Formue som en ektefelle får ved skifte av ekteskapelig felleseie, anses som gave for så vidt han eller hun har fått overført formue fra den annen ektefelles rådighetsdel som han eller hun ikke har krav på etter loven. Det samme gjelder dersom ektefellene har opprettet ektepakt om hel eller delvis opphevelse av formuesfellesskapet, og dette har ført til en formuesforskyvning fra skyldnerens rådighetsdel til den annen ektefelles særeie. Unntatt fra omstøtelse etter denne paragraf er leilighetsgaver og liknende gaver og stønader som er av rimelig omfang

⁵⁶ Lego, E. (1988): 444

hensett til forholdene da gaven eller stønaden ble ydet. fra dekningsloven som man kan se minder den en del om den danske dog er fristerne annerledes.”⁵⁷

Den mest markante forskel mellem den danske og den norske bestemmelse er, at den objektive omstødelsesfrist i Norge er 1 år, mens den i Danmark er 6 måneder. Fristen vedrørende nærstående er den samme i Norge som i Danmark, nemlig 2 år. Ydermere indeholder den norske bestemmelse et led, som den danske ikke har, nemlig ledet om ægtefællers formuefællesskab, særeje og ægtepagter. Ligheden mellem de to landes bestemmelser stemmer overens med det angivne samarbejde, der historisk set har været imellem de nordiske lande om udviklingen af konkurslovene.⁵⁸

Dette samarbejde gør det interessant i stedet at kigge på hvilke forskelle eller ligheder, der er mellem den danske konkurslovs gavebestemmelse og gavebestemmelsen i et land, der ikke historisk har været en del af det nordiske samarbejde.

Til det formål er den engelske konkursrets omstødelsesbestemmelser blevet valgt. Det skyldes dels, at de engelske bestemmelser er en del af et common law retssystem i modsætning til det danske civil law system og dels, at engelsk ret ikke har en direkte gavebestemmelse i stil med den danske.

Et common law retssystem er opbygget som en homogen retsfamilie, som kendetegnes dels ved en række retsinstitutter, som fx consideration, dels ved en udpræget brug af nævninge og jury og ved den store betydning af dommerskabt ret.⁵⁹ *”Domstolene i disse lande har en afgørende indflydelse på rettens udvikling gennem fortolkning af lovene, og der er undertiden en tendens til at fortolke de love indskrænkende, som ændrer tidligere dommerskabt ret.”⁶⁰*

Disse retsinstitutter kendes ikke i civil law lande.

⁵⁷ LOV-1984-06-08-59 Lov om fordringshavernes dekningsrett: § 5

⁵⁸ KBET1971606: 140

⁵⁹ http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Retssammenligning,_komparativ_ret/common_law

⁶⁰ http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Retssammenligning,_komparativ_ret/common_law

Civil law derimod er det mest udbredte retssystem i verden. Civilretten er kendetegnet ved primært at anvende nedskrevne retskilder og tillægge disse højere betydning end de uskrevne retskilder, som fx retssædvaner.⁶¹

At engelsk ret er opbygget anderledes end dansk ret, har betydning for bestemmelserne. Engelsk ret arbejder således med to bestemmelser i stedet for en som i dansk ret. Disse bestemmelser handler ikke direkte om gaver, men i stedet om ”Transactions at an undervalue” og ”Transactions defrauding creditors”.⁶² Bestemmelserne har følgende ordlyd og formål:

Transactions at an undervalue

”238 Transactions at an undervalue (England and Wales).(1)This section applies in the case of a company where:

(a)the company enters administration,

(b)the company goes into liquidation;

and “the office-holder” means the administrator or the liquidator, as the case may be.

(2)Where the company has at a relevant time (defined in section 240) entered into a transaction with any person at an undervalue, the office-holder may apply to the court for an order under this section.

(3)Subject as follows, the court shall, on such an application, make such order as it thinks fit for restoring the position to what it would have been if the company had not entered into that transaction.

(4)For the purposes of this section and section 241, a company enters into a transaction with a person at an undervalue if—

(a)the company makes a gift to that person or otherwise enters into a transaction with that person on terms that provide for the company to receive no consideration, or

(b)the company enters into a transaction with that person for a consideration the value of which, in money or money’s worth, is significantly less than the value, in money or money’s worth, of the consideration provided by the company.

(5)The court shall not make an order under this section in respect of a transaction at an undervalue if it is satisfied—

⁶¹ <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>

⁶² UK Insolvency Act Secs. 238 og Sec. 423

(a)that the company which entered into the transaction did so in good faith and for the purpose of carrying on its business, and

(b)that at the time it did so there were reasonable grounds for believing that the transaction would benefit the company.”⁶³

Bestemmelsen vedrører selskaber, men har en parallel, som gælder for fysiske personer i sec. 339. Bestemmelsen er udeladt her, idet den har tilsvarende ordlyd med sec. 238, som gengivet ovenfor, med den modifikation, at den gælder fysiske personer i stedet. Den eneste forskel på bestemmelserne er, at sec. 339 udtrykkeligt også gælder for transaktioner, der er sket som følge af ægteskab.

De to bestemmelser er relativt nye i engelsk ret, men har deres rod i reglerne om tilsidesættelse af besvigende transaktioner, som er fra 1571.⁶⁴ Disse bestemmelser gælder, hvor skyldneren har forringet sit bo til skade for kreditorerne, og ligner på dette punkt den danske konkurslovs § 64.⁶⁵ Bestemmelsernes formål er at forebygge debtors utilbørlige opførsel derved, at han afhænder aktiver, umiddelbart før han træder i konkurs.⁶⁶ På ét område er bestemmelserne anderledes end dansk ret, hvilket er mht. tidsfristerne. I engelsk ret er det således sådan, at der kan omstødes, hvis en transaktion til underpris er foretaget indenfor to år før insolvensens indtræden, eller hvis en transaktion til underpris er foretaget indenfor fem år før konkursbegæringen.⁶⁷

Ligeledes er det et krav til bestemmelsens anvendelse, at skyldner var eller blev insolvent ved transaktionen dog med den modifikation, at der er formodning for, at dette er tilfældet indenfor den ovenfor nævnte toårige periode. Det er ikke et krav, at skyldner skal have været bevidst om insolvensen på tidspunktet, hvor transaktionen er indgået. Det letter bevisbyrden, at der intet skal bevises om debtors mentale viden. Sidste krav til bestemmelsen er, at skyldner er under konkurs- eller likvidationsbehandling.⁶⁸

At bestemmelsens krav er opfyldt skal dokumenteres af kurator, ligesom det er kurator, der kan påberåbe sig bestemmelsen. Det er vigtigt i denne forbindelse at bemærke, at der ikke

⁶³ UK Insolvency Act sec. 238

⁶⁴ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 545

⁶⁵ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 545

⁶⁶ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 545

⁶⁷ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 546

⁶⁸ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 546

kræves bevis for debtors intention om at unddrage kreditorerne ved anvendelse af de engelske sections 238 og 339, ligesom debitor ikke behøver at have været klar over sin egen insolvens på tidspunktet for transaktionens indgåelse.⁶⁹ Påberåbelse af bestemmelsen skal dog være sket indenfor en periode på 12 år fra konkursen og skal have til formål at tilsidesætte en transaktion. Formålet må dermed ikke alene være at tilbageføre penge, som kunne have været tilbageført på anden vis.⁷⁰

Anderledes end i dansk ret er det, at engelsk ret har en bestemmelse, som direkte opsætter eksempler på ”transaktioner”, som de skal forstås i forbindelse med bestemmelsen om underpris-situationer.⁷¹ Denne bestemmelse, som ligger i sec. 436, angiver eksempler på de transaktioner, som sec. 238 og 339 handler om og koncentrerer sig især om situationer, hvor der er givet gaver og købt/solgt/lejet for en pris under værdien, eller hvor der er stillet sikkerhed for et tidligere usikret lån, dvs. for gammel gæld. Anden sikkerhedsstillelse nævnes ikke i engelsk ret som en grund til omstødelse, selvom debitor er insolvent. Det skal dog fremhæves, at typerne af transaktioner i bestemmelsen alene er eksempler.

Med hensyn til bevisbyrden i engelsk ret, må kurator bevise, at der er sket en transaktion til væsentlig underpris sammenlignet med den modydelse, der er ydet, og denne bevisbyrde skal opgøres i penge.⁷² Hvad begrebet ’væsentligt mindre’ indebærer er uafklaret i engelsk ret, da domstolene ikke har haft dette spørgsmål forelagt endnu. En sådan er forelæggelse er, jf. det faktum, at det engelske retssystem er et common law system⁷³ nødvendig for en afklaring af retsstillingen herom. Til gengæld er det afklaret, hvad forsvaret må bevise for at undgå omstødelse af en ’undervalue transaction’, nemlig at debitor var i god tro, da transaktionen blev foretaget, samt at der var fornuftige argumenter for, at transaktionen ville være gavnlig for debitor.

Ligeledes er værdiansættelsen af det afhændede aktiv defineret af den engelske professor Sir Roy Goode, som: ”...a matter of judgement as the amount a willing buyer would pay in the market when dealing with a willing seller.”⁷⁴ Denne definition er bredt bakket op, men da den

⁶⁹ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 546

⁷⁰ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 556

⁷¹ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 547-548

⁷² Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 549

⁷³ Se ovenfor

⁷⁴ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 552

lægger op til en vurdering af markedsvilkårene på tidspunktet for transaktionens foretagelse, udgør den en noget uklar definition.

Formålet med kendelserne er at genoprette status quo, fra før transaktionen til underværdi blev foretaget. De tilfælde, der måtte falde udenfor den, fanges af bestemmelsen om 'transactions defrauding creditors' med følgende ordlyd:

Transactions defrauding creditors

"423 Transactions defrauding creditors.(1)This section relates to transactions entered into at an undervalue; and a person enters into such a transaction with another person if—

(a)he makes a gift to the other person or he otherwise enters into a transaction with the other on terms that provide for him to receive no consideration;

(b)he enters into a transaction with the other in consideration of marriage [F]or the formation of a civil partnership]; or

(c)he enters into a transaction with the other for a consideration the value of which, in money or money's worth, is significantly less than the value, in money or money's worth, of the consideration provided by himself.

(2)Where a person has entered into such a transaction, the court may, if satisfied under the next subsection, make such order as it thinks fit for—

(a)restoring the position to what it would have been if the transaction had not been entered into, and

(b)protecting the interests of persons who are victims of the transaction.

(3)In the case of a person entering into such a transaction, an order shall only be made if the court is satisfied that it was entered into by him for the purpose—

(a)of putting assets beyond the reach of a person who is making, or may at some time make, a claim against him, or

(b)of otherwise prejudicing the interests of such a person in relation to the claim which he is making or may make.

(4)In this section "the court" means the High Court or—

(a)if the person entering into the transaction is an individual, any other court which would have jurisdiction in relation to a bankruptcy petition relating to him;

(b)if that person is a body capable of being wound up under Part IV or V of this Act, any other court having jurisdiction to wind it up.

*(5) In relation to a transaction at an undervalue, references here and below to a victim of the transaction are to a person who is, or is capable of being, prejudiced by it; and in the following two sections the person entering into the transaction is referred to as "the debtor".*⁷⁵

Denne bestemmelse kan påberåbes overfor debitor, uanset om denne er under formel insolvensbehandling, det være sig konkurs, rekonstruktion, tvangsakkord eller andet.⁷⁶ Det er omvendt et krav, at debitor er under insolvensbehandling, for at sec. 238 finder anvendelse. Der er således en forskel på de to bestemmelser her. Bestemmelsen kan modsat bestemmelsen om 'transactions at an undervalue' ikke alene påberåbes af, fx kurator, men af den, der er offer for en transaktion indgået af den insolvente debitor, hvilket også betyder kreditorerne.⁷⁷ Der er ingen krav ifølge bestemmelsen om, hvornår transaktionen tidsmæssigt skal have fundet sted, men kreditor må have påberåbt sig denne indenfor henholdsvis en periode på 12 år, hvis der ønskes økonomisk compensation, og en periode på 8 år hvis den compensation, der ønskes er anden art end økonomisk.⁷⁸ Begge frister løber fra indgivelse af konkursbegæringen.

Formålet med denne bestemmelse er at forhindre debitorerne i at unddrage deres kreditorer aktiver og dermed skade deres fyldestgørelse.⁷⁹ Ofte bruges bestemmelsen subsidiært i forhold til bestemmelsen om 'transactions at an undervalue'.⁸⁰ Dog er bestemmelsen om 'transactions defrauding creditors' væsentlig mere anvendt i engelsk retspraksis end bestemmelsen om 'transactions at an undervalue', hvilket skyldes, at det ikke alene er kuratorer og likvidatorer, der kan påberåbe sig denne, men også kreditorer direkte. Oftere er det nemlig kreditorer, der påberåber sig de unddragende transaktioner, da det er dem, der lider tab derved. Ligeledes er det af betydning, at den, der påberåber sig bestemmelsen om 'transactions defrauding creditors' ikke skal føre bevis for debtors insolvens på tidspunktet for transaktionen.⁸¹ Omvendt kræves der bevis for, at debtors formål med transaktionen har været at unddrage det eller de aktiver, der er tale om fra kreditorerne.⁸² Beviset behøver ikke vise, at det eneste formål med transaktionen har været unddragelse, men dette kan ligeledes

⁷⁵ UK Insolvency Act sec. 423

⁷⁶ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 569

⁷⁷ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 569

⁷⁸ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 576

⁷⁹ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 570

⁸⁰ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 570

⁸¹ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 571

⁸² Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 571

være blot et af formålene med transaktionen. Omvendt kan bestemmelsen ikke anvendes, hvis det ikke har været debtors formål at unddrage kreditorerne et aktiv, selvom dette har været konsekvensen af transaktionen. Der skelnes således mellem formål/hensigt og konsekvens.⁸³

I bevisførelsen hjælper det dog, hvis der allerede på tidspunktet for transaktionen, som sagen drejer sig om, er andre krav mod debitor. Dette er dog ikke i sig selv nok til at statuere, at debitor har haft til formål at unddrage kreditorerne fyldestgørelse i det pågældende aktiv.⁸⁴

Formålet med kendelserne efter denne bestemmelse er ligesom ved bestemmelsen om 'transactions at an undervalue' at genoprette status quo fra før transaktionen blev foretaget. De engelske bestemmelser er interessante i forhold til afhandlingens tese, idet der i engelsk ret kan omstødes uden hensyn til, om dispositionen er et udslag af gavmildhed fra giverens side. Ligeledes er der i England ikke én bestemmelse til omstødelse af "Transactions at an Undervalue", men i stedet to, nemlig en for fysiske personer og en for juridiske personer.

⁸³ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 573

⁸⁴ Walton, P. og Keay, A. R. (2008): 574

6. Konkurslovens gavebegreb

I dette kapitel behandles den nuværende konkurslovs § 64, dennes anvendelse og kriterierne herfor. Der vil bl.a. blive lagt vægt på, hvad der ordlydsmæssigt forstås ved gaver efter § 64, og om sådanne gaver er rene foræringer, eller om de kan være blandet med andre dispositioner, fx et salg. Dette spørgsmål bidrager til at afgrænse gavebegrebet og belyse, hvor bredt § 64 anvendes. Kriterierne for bestemmelsens anvendelse behandles nærmere i de følgende kapitler.

6.1 Konkurslovens § 64

Den nuværende konkurslov er fra 1977, og har som anført bestemmelsen om omstødelse af gaver placeret i § 64. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Gaver, som er fuldbyrdet senere end seks måneder før fristdagen, kan fordres omstødt.

Stk.2. Gaver, som er fuldbyrdet tidligere, men senere end et år før fristdagen, kan fordres omstødt, medmindre det godtgøres, at skyldneren hverken var eller ved fuldbyrdelsen blev insolvent. For gaver til skyldnerens nærtstående gælder samme regel, hvis gaven er fuldbyrdet senere end to år før fristdagen.

Stk. 3. Undtaget fra omstødelse er lejlighedsgaver og lignende gaver og understøttelser, som ikke stod i misforhold til skyldnerens kår.”⁸⁵

Som det ses omfatter bestemmelsens stk. 1 og 2, 1 pkt. enhver gavemodtager, mens stk. 2, 2. pkt. er begrænset til nærtstående.⁸⁶ Hvad det vil sige at være nærtstående i konkursretlig sammenhæng behandles i kapitel 10.

For at forstå bestemmelsen er det vigtigt at kende dens forskellige elementer, da disse er med til at fastsætte dens anvendelsesområde. Der kigges derfor nærmere på disse elementer i det følgende.

6.1.1 Elementet ”Gave”

Det første element af konkurslovens gavebestemmelse, der er med til at definere anvendelsesområdet er begrebet ”gave”. ”Ved gaver forstås i almindelighed en vederlagsfri

⁸⁵ LBKG2011217: § 64

⁸⁶ LBKG2011217, note 369

overdragelse af et formuegode eller en tilsvarende formueforskydning til fordel for modtageren, der er udslag af gavmildhed hos giveren”⁸⁷.

Det fremgår ikke direkte af bestemmelsens ordlyd, hvad der forstås ved en gave, men det anføres i lovbekendtgørelsens noter, at det beror på den almindelige retsopfattelse, hvad der må betragtes som gaver⁸⁸, idet de særlige lejlighedsgaver er undtaget, jf. § 64, stk. 3. Med lejlighedsgaver sigtes her til gaver, der gives ved særlige lejligheder, som eksempelvis fødselsdage, bryllupper osv. Ligeledes medfører bestemmelsens stk. 3, at ”lignende gaver” er undtaget fra omstødelse, jf. bestemmelsens ordlyd. Ved »lignende gaver« tænkes navnlig på gaver, der ikke gives i en bestemt anledning, men som alligevel er i overensstemmelse med almindelig skik og brug.⁸⁹ Dog gælder dette alene, hvis gaven, der er givet ikke står i misforhold til skyldnerens kår, og herom anføres i noterne til konkurslovens § 64, at:

”Datidsformen viser, at det er skyldnerens kår, da gaven blev givet eller understøttelsen ydet, der sigtes til. Ved skyldnerens kår tænkes vel i første række på hans økonomiske situation, men også hans almindelige livsforhold kan få betydning.”⁹⁰ Lejlighedsgaver må således ikke være større end skyldnerens økonomi kan bære, ligesom de skal være sædvanlige i forhold til den sammenhæng, de er givet i.

Bevisbyrden for, at en disposition udgør en gave, påhviler derfor også konkursboet, men omstændighederne omkring dispositionen kan bevirke, at bevisbyrden vendes. I så fald påhviler det modtageren af gaven at godtgøre, at der ikke foreligger en gave. Dette følger af dommen U.2011.2415.V.

Sammenfattende kan det anføres, at den juridiske teori støtter den almindelige opfattelse af, at gaver er en genstand, der foræres vederlagsfrit som udslag af gavmildhed. Dette stemmer til dels med afhandlingens tese, da vederlagsfriheden giver en ubalance i den disposition, der foretages. Gavmildhed er dog ikke en faktor i tesen.

⁸⁷ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 307 & Ørgaard (2010): 98 & Lassen, J. Og Ussing, H. (1923): 2ff & Lindencrone og Ørgaard (2010): 548

⁸⁸ LBKG2011217, note 370

⁸⁹ LBKG2011217, note 373

⁹⁰ LBKG2011217, note 373

6.1.2 Elementet fuldbyrdelse

Fuldbyrdelse af en gave er lig fuldførelsen af at forære gaven. Det er således selve overdragelsen af den vederlagsfri genstand, der fuldbyrder gaven.⁹¹ Selv om bindende gaveløfte er afgivet tidligere, kan dette ikke anses for en gave, idet en gave bestående i en løsøregenstand først må anses for fuldbyrdet ved overgivelse til modtageren.⁹² Dog er der ved gaver i form af fast ejendom eller en del heraf det specielle, at disse først anses for fuldbyrdet ved tinglysning.⁹³

Jævnfør U.1994.312.V, hvor en gave til nærtstående, der blev fuldbyrdet ca. halvandet år før fristdagen, omstødtes, er det således fuldbyrdelsestidspunktet, der er afgørende for om gaven falder indenfor eller udenfor fristerne i § 64. Den pågældende sag blev omstødt, da det ikke fandtes bevist, at skyldneren på tidspunktet for gaven var solvent.⁹⁴ Fuldbyrdelsen er således afgørende for, om § 64 overhovedet kan bringes i spil.

6.1.3 Objektive vs. subjektive elementer

Gavebestemmelsen indeholder både objektive og subjektive elementer for dens anvendelse.⁹⁵ Gavebestemmelsen er primært objektiv.⁹⁶ Det betyder, at omstødelsesfristen på de 6 måneder gælder, uanset om skyldneren blev insolvent ved dispositionen. Det er således ikke relevant for den begunstigede at føre bevis for solvensen i denne sammenhæng.⁹⁷ Dette skyldes, at det er tilstrækkeligt, at den begunstigede burde vide, at der er en gave, men han behøver ikke direkte at være klar over det, hvis han med fornuften kunne regne ud, at dispositionen var en vederlagsfri fordel.⁹⁸ Dette er et subjektivt element i bestemmelsen, som ikke læses direkte af ordlyden. Dog påpeges det i den juridiske teori, at elementet tages i betragtning. Der er tale om en almindelig god/ond tro vurdering.⁹⁹ Modtagerens forhold bør dog have en mindre fremtræden rolle i omstødelsesvurderingen, på grund af bestemmelsens objektive karakter.¹⁰⁰ Dette stemmer med det i forarbejderne anførte formål med konkursloven.

⁹¹ Andenæs, M. H. (2009): 293

⁹² LBKG2011217, note 371

⁹³ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 299

⁹⁴ LBKG2011217, note 372

⁹⁵ Huser, K. (1992): 145 f. & Lego, E. (1988): 473 & Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 549

⁹⁶ LBKG2011217, note 369

⁹⁷ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 302

⁹⁸ Huser, K. (1992): 145 f. & Lego, E. (1988): 473 & Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 549

⁹⁹ Mortensen, P. (2007): 282

¹⁰⁰ Nørgaard, J. (1973): Fm 1973.10

Hovedparten af omstødelsesreglerne er objektive, hvilket vil sige, at det hverken er en betingelse, at skyldneren blev insolvent ved dispositionen, eller at den begunstigede var i ond tro.¹⁰¹ Omstødelsesmuligheden skyldes således alene dispositionens karakter, når denne er foretaget indenfor den objektive frist. Fordelen ved de objektive regler er, at udsigten til om en disposition vil blive omstødt kan bedømmes relativt sikkert, hvorved retssager kan undgås. Dette styrker incitamentet til indgåelse af frivillige gældsordninger.¹⁰²

Omstødelsesfristerne differentieres i § 64 derved, at omstødelsen i § 64, stk. 2 udvides til henholdsvis 1 og 2 år. Denne del af bestemmelsen gælder for nærstående og andre, således at alle dispositioner i forhold til nærstående omstødes op til 2 år før konkursen. Andre end nærstående får mulighed for at undgå omstødelse op til 1 år før konkursen ved at bevise debtors solvens på tidspunktet for gaven. Denne del af bestemmelsen omhandler solvensbevis i forhold til gaven. Det betyder, at alle dispositioner, der ligger indenfor 6 måneder før konkursen, omstødes uanset hvad, mens omstødelse kan undgås fra 6 måneders fristen op til 2 års fristen, hvis den begunstigede kan føre bevis for, at skyldneren ikke var eller blev insolvent ved dispositionen.¹⁰³ Dog indeholder den ligeledes et objektivt element, da man går ud fra at en nærstående har været vidende om skyldnerens insolvens.¹⁰⁴ Dette stemmer med den pågældendes status af nærstående.

Hvis forholdet ikke kan betragtes som en gave, er omstødelse allerede af denne grund udelukket. Dette gælder, uanset om der er tale om nærstående, jf. U.2005.407.V. I denne dom blev mandens løbende bidrag til familiens forsørgelse ved overførsel til en fælles budgetkonto ikke anset for en gave. Heller ikke selvom terminsudgifterne til familiens bolig, som hustruen ejede, blev betalt fra denne konto.¹⁰⁵ Det kan anføres, at disse betalinger var sædvanlige.

6.2 Område for konkurslovens § 64

Området for bestemmelsens anvendelse er konkurs og rekonstruktion, jf. konkurslovens § 12 i, og gældsanssanering, jf. § 221, og bestemmelsen vil derfor ikke finde anvendelse, hvis gaven ikke har tilknytning til en af tre behandlinger. Bestemmelsen omfatter ligesom § 26 i 1872-konkursloven både rene gaver og blandede dispositioner, hvori der er indeholdt en

¹⁰¹ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 302

¹⁰² Ørgaard, A. (2010): 92-93

¹⁰³ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 304

¹⁰⁴ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 304

¹⁰⁵ LBKG2011217, note 373

større eller mindre gave. Konkursudvalget fandt netop, at en sådan regel ville være overflødig, idet domstolene ikke ville tøve med at omstøde, selvom parterne havde søgt at skjule gavemomentet¹⁰⁶. Se også afsnit 5.4.

Uden for bestemmelsens anvendelsesområde falder dispositioner, som godt nok er vederlagsfrie, men hvor der ikke sker en reduktion i skyldnerens formue eller en formueforøgelse hos modtageren.¹⁰⁷ Hvis skyldneren fx stiller sin arbejdskraft gratis til rådighed, er dispositionen ikke omfattet af konkurslovens § 64, idet arbejdskraften ikke er et formuegode, og fordringshaverne ikke berøves et formueobjekt. Derudover vil opfyldelse af retlige forpligtelser heller ikke være omfattet, fx betaling af gæld, da skyldneren dermed bliver fri for sin forpligtelse, ligesom der ikke foreligger ikke en gave, netop fordi gælden er hans egen. Det samme gør sig gældende ved pantsættelse for egen gæld, idet der heller ikke her sker en formuereduktion¹⁰⁸. Skyldneren har jo brugt pengene før han havde dem og betaler dem så bare af efterfølgende.

Det er ikke afgørende for den omstødelig disposition, hvad parterne har kaldt aftalen (salg, bytte, leje etc.). I stedet er det dispositionens reelle forhold, som er afgørende for, om der er ydet en gave¹⁰⁹. Det er diskuteret i den juridiske litteratur, idet der er uenighed om, hvorvidt der kræves en gaveretshandel for at statuere gave, eller en gave også kan ydes ved en undlades, fx bevidst forældelse af en fordring.¹¹⁰ Problemstillingen kan også illustreres med et andet eksempel, hvor aktierne i et familieselskab er fordelt mellem senior som hovedaktionær og junior som minoritetsaktionær. Hvis det besluttes at forhøje aktiekapitalen ved nytegning til en favorabel kurs, og senior ikke benytter sig af denne mulighed, har hans passivitet den betydning, at junior delvist vederlagsfrit erhverver en andel i selskabskapitalen, hvis han ud over sine egne tegner de nye aktier, som senior vælger ikke at tegne. Spørgsmålet er her, om der er givet en gave, idet junior opnår en delvis vederlagsfrit erhvervelse af en andel i selskabskapitalen. Det vil være betænkeligt at afskære gavebegrebet ved undladelser, idet man på denne måde vil åbne en dør for at kunne omgå reglerne¹¹¹. Der findes et tilfælde i dansk praksis, hvor der er statueret gave ved undladelse, afgiftssagen U.1958.1164H. Sagen

¹⁰⁶ KBET1971606: 144

¹⁰⁷ Lassen, J. (1912): 2 f.

¹⁰⁸ Andenæs, M. H. (2009): 295 & Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 549

¹⁰⁹ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 549

¹¹⁰ Andenæs, M. H. (2009): 297, Ørgaard, A. (2010): 98 & Lego, E. (1988): 474

¹¹¹ Andenæs, M. H. (2009): 297

omhandlede ikke konkurslovens § 64, men en transaktion som den afgørelsen omhandler, vil ifølge Eigil Lego Andersen også kunne omstødes, hvis den havde været inden for konkurslovens § 64 anvendelsesområde¹¹². I sagen blev aktiekapitalen i et selskab udvidet til kurs pari, og den ene af aktionærerne i selskabet tegnede den nye udvidelse alene. Da markedskursen på aktierne lå væsentligt over kurs pari, havde aktionæren derved fået en vederlagsfri berigelse. Denne kunne have været omstødt efter § 64, hvis sagen i stedet havde været indenfor konkursretten. Da spørgsmålet mest har haft interesse i den juridiske litteratur, og der ikke findes trykte afgørelser om det pågældende spørgsmål, vil det ikke blive behandlet yderligere i denne afhandling.

Normalt vil en gave foreligge, hvor der overdrages et aktiv vederlagsfrit eller ikke fuldt vederlagt, men formueforskydningen kan også ske på en anden måde, fx kan eftergivelse af gæld være en gave¹¹³, medmindre der er tale om et normalt forlig i en retstvist eller som led i en akkordordning¹¹⁴.

Jævnfør også 6.1.1 foreligger der først en gave, når gaven er fuldbyrdet. Det betyder, at det kan diskuteres om gaveløfter overhovedet falder under konkurslovens § 64, da der ikke er noget at omstøde, før der er givet noget, der har medført en formueforskydning. Det er således ikke interessant for konkurslovens § 64 at beskæftige sig med uopfyldte gaveløfter, idet gaveløfter ikke kan omstødes, da der ikke sker en formueforskydning, og de samtidig er placeret sidst i konkursordenen, jf. konkurslovens § 98, nr. 3. Gaveløfter vil således på grund af deres ringe placering aldrig opnå dækning. Derimod er det interessant for konkursboet at se på de dispositioner, hvor gaven er fuldbyrdet eller hvor modtageren, uden at der er sket opfyldelse, har opnået en kreditorgyldig ret til gaven¹¹⁵.

¹¹² Lego, E. (1988): 474

¹¹³ Lego, E. (1988): 474

¹¹⁴ Ørgaard, A. (2010): 98

¹¹⁵ Ørgaard, A. (2010): 97

7. Gavnildhed

Ifølge afhandlingens tese er gavnildhed et element i gavebegrebsvurderingen, som ikke længere er relevant. Denne antagelse må naturligvis efterprøves, hvilket er dette kapitels formål.

7.1 Begrebet gavnildhed

I den klassiske forstand er en gave en disposition, som foretages af gavnildhed og for at berige modtageren.¹¹⁶ Ordet gavnildhed står hverken i gavebestemmelsen eller i konkurslovens forarbejder, men i stedet i den juridiske litteratur, og det er på den måde, det er kommet ind i konkurslovens § 64. Men hvad er gavnildhed?

7.1.1 Læren om gavnildhed – Motiv, hensigt og vilje

I klassisk forstand er gavnildhed en hensigt, der karakteriseres af de motiver, der ligger bag den. Læren om gavnildhed omfatter jf. Eigil Lego Andersen, tre begreber: nemlig motiv, hensigt og vilje. Disse defineres som hhv. bevæggrundene for gaven, hensigten til at berige og forsættet til gavehandlingen.¹¹⁷ Disse skal således være tilstede hos gave giver, hvis der skal tales om gavnildhed. Ved bedømmelsen heraf vurderes derfor givers konkrete motiver, hvorfor beviserne ofte vil dreje sig om oplysninger om, hvorvidt et bestemt motiv har været virkende for handlingens foretagelse eller ej.¹¹⁸

De tre begreber motiv, hensigt og vilje er indført af Eigil Lego Andersen. De er ikke udpræget behandlet af andre forfattere i den juridiske teori.

Bo von Eyben mener således, at der skal være gavnildhed hos giveren, men definerer ikke begrebet nærmere. Han kommer i stedet med et par eksempler på, hvad der ikke er gavnildhed, fx når en part gør en dårlig handel.¹¹⁹ Hos Huser og Ørgaard bruges kravet om gavnildhed til at frasortere forretningsmæssige dispositioner. De fokuserer på dispositionens karakter og anfører, at kun dispositioner i gavehensigt, eller som er gavmilde kan omstødes.

¹¹⁶ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 10

¹¹⁷ Lego, E. (1988): 303 og 315

¹¹⁸ Lego, E. (1988): 313

¹¹⁹ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 307

Der er således tale om dispositioner, som er motiveret af et andet hensyn end ønsket om at berige modtageren, når der er tale om forretningsmæssige dispositioner.¹²⁰

At de efterfølgende forfattere ikke i udpræget grad har taget Eigil Lego Andersens teori til sig er ikke ensbetydende med, at den er uden betydning. Fx er Kristian Huser inspireret af Eigil Lego Andersens teori.¹²¹ Det ville dog i mange tilfælde være for omfangsrigt at gå ind i hvert enkelt kriterium i forbindelse med vurderingen af, om der foreligger gavmildhed i en konkret sag i praksis. Ofte anvendes den almene forståelse af ordet gavmildhed, idet det forudsættes, at de fleste har kendskab til begrebet og en forståelse heraf. Kriterierne kommer således til at virke som underliggende elementer i begrebet, som ikke skal bearbejdes hver gang begrebet gavmildhed anvendes. På tilsvarende måde gælder det vedr. begrebet forretningsmæssigt begrundede dispositioner. Der ikke krav om, at alle delelementer i om noget er forretningsmæssigt skal behandles, hver gang begrebet anvendes. Således er det ikke altid, at der kigges på både parternes samhandelsforhold, dispositionernes sædvanlighed og dispositionernes hensigt.

Underelementerne i Eigil Lego Andersens teori er således nogle udmærkede kriterier for begrebet gavmildhed, men dette er ikke ensbetydende med, at hvert enkelt underelement i begrebet skal behandles, hver gang begrebet bruges. Eigil Lego Andersen er dog gået mere i dybden med konkurslovens gavebegreb end mange andre forfattere.

Et eksempel på en gave givet af gavmildhed kunne være en bil. Hvis de tre elementer i gavebegrebet skal anvendes på denne disposition, vil motivet og dermed bevæggrundene for gaven være at glæde modtageren og lette dennes hverdag med et nyttigt transportmiddel. Hensigten og dermed berigelsen vil ligge i, at modtageren opnår et formuegode, nemlig bilen. Viljen til gaven, det vil sige forsættet til gavehandlingen, ligger i dette tilfælde i at hjælpe modtageren med nemmere transport samt at glæde personen, sandsynligvis fordi giver ved, at personen har brug for det. Dispositionen skal ligeledes forringe giverens formue, hvis der skal foreligge gavmildhed, og dette er naturligvis tilfældet med bilen.

Især bevæggrundene for gaven og forsættet til gavehandlingen ligger tæt op ad hinanden, og ifølge Eigil Lego Andersen kan de sagtens være sammenfaldende, ligesom der kan være flere

¹²⁰ Huser, K. (1992): 138 f.

¹²¹ Huser, K. (1992): 138 f.

bevæggrunde for samme gavehandling. Der vil således ikke ske nogen disposition, uden at der foreligger gavevilje.

Årsagen til at underelementerne i gavebegrebet ikke anvendes i særligt vidt omfang er, at bevisførelsen for dem er uheldig og svær at løfte, idet en flerhed af motiver vil betyde, at det skal vægtes, hvilket af dem der har været det afgørende. Det ville således være uheldigt, hvis gavereglerne skulle være afhængige af, hvilken af bevæggrundene, der for giveren har været den stærkeste.¹²² Det må overvejes, om det overhovedet er muligt at vurdere den enkeltes psykiske tilstand og bevæggrunde.¹²³ Det må derfor have formodning imod sig, at retsordenen skulle vedkende sig et gavebegreb, der afhænger af hvilken bevæggrund, der har været den stærkeste for giveren og dermed gøre gavebegrebet afhængigt af den enkeltes psykologiske tilstand.¹²⁴ Den psykologiske proces er for kompliceret til, at den afgørende bevæggrund for gaven med fornøden sikkerhed kan konstateres, og teorien fører således til urimelige resultater, idet der er retshandler, som alle er enige om er gaver, men hvis bevæggrund ikke er at berige modtageren eller være gavmild. Det kunne fx være gaver, som giveren har en bagtanke med.¹²⁵ Således kunne der fx være tale om, at gavegiver giver en gave for at blive opfattet som gavmild, samfundsansvarlig eller andet og dermed for sin egen forfængeligheds skyld.

Der kan altså være mange bevæggrunde for at give en gave, og det kan derfor ikke være den handlendes egen opfattelse af gavmildhed, der er afgørende for gavmildhedsbetragtningen, men i stedet den almindelige opfattelse.¹²⁶ Der er tale om en vifte af giver-motiver ved hver enkelt gavedisposition, hvor hvert af disse motiver kan have et stærkere eller svagere gavepræg. Givermotiver forstået som alle de grunde, der er til en foræring, og dermed ikke kun en gavmildhed, men alle de dispositioner der *kan være* en gave. Styrken af gavepræget er afgørende for, om eventuelle ikke-givermotiver kan trumfe givermotiverne, så der ikke kan statueres gave. I så fald er det andre motiver, der begrunder dispositionen.¹²⁷ Sådanne motiver, der udelukker gavmildhed er dem, hvis formål er at hindre de interesser, der beskyttes af gavreglen. Det er altså de tilfælde, hvor giver direkte angriber de beskyttede

¹²² Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 10

¹²³ Lego, E. (1988): 301

¹²⁴ Lego, E. (1988): 299

¹²⁵ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 10

¹²⁶ Lego, E. (1988): 302

¹²⁷ Lego, E. (1988): 307

interesser og er vidende herom.¹²⁸ Et eksempel på en sådan disposition er de tilfælde, hvor giver forsøger at unddrage et aktiv fra kreditorerne. I disse tilfælde er giverviljen hverken rettet mod at begunstige eller glæde modtageren, men er i stedet et udslag af givers egeninteresser.

7.1.2 Manglende gavmildhed

I dag omfatter konkurslovens § 64 mere end blot klassiske gaver, hvilket bl.a. ses af dommene U.2010.2288.V, U.2005.330.H og U.1982.62.H samt afsnit 6.2 i nærværende. I flere domme er tilfældet det, at den gavedisposition, der foretages alene gives for at undgå, at kreditorerne får rådighed over det aktiv, der gives. Her må det overvejes, om det er gavmildt at give noget væk, som ikke er ens eget? Dette kunne fx tænkes, når der som i dommene, gives noget væk, som giver ved, at han ikke kommer til at beholde alligevel, idet hans situation går mod konkurs. Det pågældende aktiv gives dermed alene væk for at sørge for, at de kreditorer, som har retmæssigt krav på tingen ikke får fyldestgørelse i denne. Der er i så fald tale om kreditorunddragelse.¹²⁹ Det er interessant, hvilke andre hensyn der gør sig gældende i disse tilfælde. Tesen er, at gavmildhedsbetragtningen er væk, og alle dispositioner, hvori der er en vederlagsfri overdragelse, som ikke står i forhold til modydelsen, omstødes.

7.2 Betydningen af kravet om gavmildhed

I dansk konkursretlig teori er det antaget, at det er et krav for anvendelse af konkurslovens § 64, at der foreligger gavmildhed, idet dette er et af elementerne for, at der kan statueres gave. Sammenlignes med fx engelsk ret, er gavmildhed ikke et kriterium for omstødelse, idet dispositionerne i England kategoriseres i to typer, der har hver deres bestemmelse.¹³⁰ Den ene type er dispositioner, hvor der sker et salg til underpris, en såkaldt "Undervalue" disposition, og den anden type er "Transactions defrauding creditors", altså kreditorunddragelsestilfælde. I engelsk ret haves der således ikke en direkte parallel til den danske konkurslovs § 64.¹³¹ De to bestemmelser svarer imidlertid i deres omfang og anvendelse til den danske bestemmelse. Dog indgår ordet gave ikke i ordlyden af de engelske bestemmelser, men bestemmelsen om "Transactions defrauding creditors" angiver dog gaver som et eksempel på en omfattet

¹²⁸ Lego, E. (1988): 316-317

¹²⁹ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 548

¹³⁰ Se kapitel 5.5 i nærværende fremstilling

¹³¹ UK Insolvency Act Secs. 238-239 og Sec. 423

transaktion. I dansk konkursret udvides bestemmelsen til at omfatte langt mere end bare dispositioner, som er et udslag af gavmildhed. Det ses fx af følgende domme:

U.2010.2288.V

Et ægtepar oprettede i september 2005 en ægtepagt. I ægtepagten blev det bestemt, at alt hvad H ejede og fremtidig erhvervede skulle være fuldstændig særeje for hende. H ejede på dette tidspunkt en bil og en ejendom. Ægtepagten var indgået tre måneder efter, at skattemyndighederne havde meddelt M, at hans skattepligtige indkomst ville blive forhøjet med 8 mio. kr. for indkomstårene 2002 og 2003. M påklagede afgørelsen til landsskatteretten og fik henstand med betalingen af restskatten for 2002. Kort efter Landsskatterettens afgørelse blev parret skilt, og to måneder senere blev M erklæret konkurs. M's konkursbo anlagde sag mod H, idet konkursboet ville omstøde ægtepagten. Landsretten kom frem til, at der var givet en gave i form af, at hustruen ikke hæftede for mandens gæld. Landsretten lagde i sin afgørelse vægt på, at parret lod sig skille for at undgå, at Skat foretog udlæg i H's aktiver for M's gæld, jf. daværende kildeskattelovens § 72, stk. 2. Hustruen havde nemlig kendskab til, at manden havde en ekstraregning fra SKAT i udsigt. Derudover lagde landsretten også vægt på, at ægtepagten blev oprettet for at undgå, at halvdelen af H's aktiver tilfaldt M, og dermed hans kreditorer i forbindelse med en nært forstående skilsmisse. Med denne begrundelse fandt landsretten, at oprettelsen af ægtepagten indebar en gave. Landsretten omstødte således dispositionen efter § 64, stk. 2, idet M ved ægtepagts oprettelse også var insolvent.

Sagen viser, at der statueres gave, selvom der ikke foreligger gavmildhed af nogen art. Parret var udmærket bekendt med, at manden fik ekstraregningen fra SKAT, da de oprettede ægtepagten, og oprettelsen var således en måde at undgå, at SKAT kunne foretage udlæg i parrets ejendom og bil, som hustruen ejede. Manden havde nemlig tidligere været i konflikt med skattemyndighederne, ligesom han havde været under konkurs tidligere. Manden oplyste i retten, at parret havde oprettet ægtepagten for at beskytte hustruen og børnene, hvis der skulle ske manden noget. Manden havde en forhistorie med konkurstilfælde og fængselsstraf, hvorfor parret ønskede at beskytte børnene og hustruen mod mandens evt. konkurs. Ligeledes bevirkede ægtepagten, at SKAT ikke ville kunne foretage udlæg i hustruens aktiver. Dette talte for, at der forelå et omgåelseshensyn. Retten udtalte:

”På denne baggrund lægger landsretten vægt på, at H og M lod sig skille for derved at undgå, at skattevæsenet foretog udlæg i H's aktiver for M's skattegæld i medfør af kildeskattelovens § 72, stk. 2. Det lægges endvidere til grund, at ægtepagten blev oprettet for at undgå, at halvdelen af værdien af H's aktiver ved bodelingen i forbindelse med den nært forestående skilsmisse tilfaldt M, således at samtlige hans kreditorer herefter ville kunne søge

*sig fyldestgjort heri. Under disse omstændigheder indebærer oprettelsen af ægtepagten en gave fra M, som kan omstødes i medfør af konkurslovens § 64, stk. 2.*¹³²

Det interessante er, at gaveelementet i dispositionen ikke består i en sædvanlig gave, idet der ikke sker en overdragelse af aktiver fra manden til konen. I stedet består ubalancen i dispositionen i den kreditorunddragelse, der sker ved oprettelsen af ægtepagten på et tidspunkt, hvor manden er insolvent.¹³³ Der er således intet element af gavmildhed i dispositionen. En lignende problematik behandles i U.2005.330.H:

U.2005.330.H

Sagen angik overdragelsen af en ejendom fra ejeren af ejendommen til en tredjemand og derfra videre til beboerens datter. Begge overdragelser blev foretaget for at bringe ejendommen i sikkerhed for hhv. beboerens og tredjemandens kreditorer samt for, at beboeren fortsat kunne blive boende i ejendommen. Ligeledes var datteren ved overtagelsen bekendt med, at hun købte ejendommen, fordi tredjemanden var kommet i økonomiske vanskeligheder. I sagen foreligger således ond tro om, at overdragelsen af ejendommen i begge tilfælde er sket for at skabe et kreditorly, og både tredjemand som sælger af ejendommen, beboeren og datteren var bekendte med formålet at skabe et kreditorly, ligesom parterne havde haft advokatbistand til gennemførslen af overdragelserne. Finansieringen af overdragelserne af ejendommen blev i begge tilfælde foretaget delvist ved en gave i form af et salg til underpris og delvist ved en eftergivelse af gæld. Eftergivelsen af gæld blev anset som en betaling med usædvanlig betalingsmiddel, og salget til underpris blev anset for en omstødelig gave, idet dette var sket indenfor 3 måneder inden fristdagen. Begge dele blev omstødt efter hhv. konkurslovens § 69, 1. Pkt., jf. § 42, stk. 4, jf. § 67, stk. 1 og konkurslovens §64, stk. 1. Der forelå ikke gavmildhed i sagen, idet landsretten anførte, at tredjemanden og datteren begge var i ond tro.¹³⁴

I sagen blev en ejendom overdraget to gange med det formål at holde den fra kreditorerne, og dermed hjælpe ejendommens beboer med at blive boende på ejendommen. Begge overdragelser skete med advokatbistand, og begge gange blev ejendommen solgt til underpris. Parterne var vidende om, at handlerne blev foretaget for unddrage ejendommen fra kreditorerne, og prisforskellen mellem handelsværdien og overdragelsesprisen på 117.143,11 kr. blev omstødt. Retten udtalte: *”I hvert fald under de foreliggende omstændigheder, hvor appellanterne var bekendt med, at overdragelsen skete for at bringe ejendommen i ly for B’s kreditorer, må denne forskel anses for en gave, som kan omstødes i medfør af konkurslovens §*

¹³² U.2010.2288.V: 2292

¹³³ U.2010.2288.V: 2292

¹³⁴ U.2005.330.H: 336

64, stk. 1.”¹³⁵ Der forelå intet element af gavmildhed i sagen i forbindelse med gaveelementet, idet dette ikke kan være til stede, når parterne er vidende om, at dispositionerne foretages for at bringe et aktiv i sikkerhed for kreditorerne pga. dårlig økonomi. Gavmildhed må, når en part er økonomisk svag sættes i forhold til økonomisk formåen. Dette er ikke sket i forbindelse med gaveelementet i sagen, idet køberen af ejendommen gik konkurs. Dette taler derfor imod gavmildhed. Ligeledes har det formodning imod sig, at der foreligger gavmildhed, når formålet med en disposition er at unddrage kreditorerne fyldestgørelse, og der er ond tro herom. Omstødelse bliver herefter et resultat af dispositionens vederlagsfrihed alene.

Et yderligere eksempel på en sådan kreditorunddragelse i ond tro forelå i sagen U.2011.2415.V, hvor en direktør åbenlyst flyttede ejerandele i et selskab, han var direktør i, over i et andet selskab, som han også ejede. Sagen havde følgende omstændigheder:

U.2011.2415.V

Sagen angik en direktør, S, som var direktør i de tre forskellige selskaber, E, U og X. U var stiftet af E og denne ejede også 80 % af aktierne i U. Kort før E's konkurs solgte E sine 80 % aktier i U til X for købesummen 1 kr. Samtidig var en stor del af kapitalen i E overført til X som udbytte. Konkursboet lagde sag an mod hhv. S og X med påstand om omstødelse af dispositionerne, idet disse var at betragte som en gave efter konkurslovens § 64, stk. 1. Ligeledes var dispositionerne foretaget indenfor 6 mdr. før fristdagen. Retten fandt, at dispositionerne var omfattet af konkurslovens § 64, stk. 1, og at der forelå en objektiv begunstigelse af X og S, idet der ikke var ydet vederlag eller på anden måde tilført E økonomisk værdi svarende til aktiernes. Da det var direktøren i begge selskaber, S, der havde foranlediget dispositionerne, hvorfor han måtte have kendt til selskabernes økonomiske omstændigheder, var midlerne trukket uberettiget ud af boet. Retten fandt således, at både S og X var blevet begunstiget ved dispositionerne, idet X havde fået aktierne direkte tilført, mens S ville nyde godt af udbyttmidlerne, da han både var direktør og medejer af X. Retten fandt derfor, at S havde foranlediget dispositionerne i egen personlige interesse, hvorfor han var solidarisk ansvarlig med X herfor. Begge dispositioner blev omstødt, og S og X var solidarisk ansvarlige for tilbagebetalingen af kravet på 2.487 mio. kr.

Direktøren havde sammen med selskabet opnået en berigelse derved, at ejerandelene var blevet flyttet fra det oprindelige selskab til det andet. Der var tale om, at en betydelig værdi blev overført til andre hænder, som i dette tilfælde var direktørens og det andet selskab, som han både ejede og var direktør for. Der blev betalt en købesum på 1 kr., hvilket udgør en så

¹³⁵ U.2005.330.H: 340

ubetydelig sum, at ejerandelene kunne anses for overført vederlagsfrit for at unddrage kreditorerne. Der var derfor klart tale om en omstødelig gave.

I de viste tilfælde er det tilstrækkeligt, at der objektivt set er en ubalance i dispositionen, og gavmildhed spiller ingen rolle. Det er således værd at lægge mærke til, at gavmildhed på intet tidspunkt anføres i præmisserne eller selve dommene, hvilket støtter tesen om, at der omstødes bare der objektivt set er en ubalance.

Andre domme der støtter det anførte, er fx U.1993.898.H, som behandles senere og U.1982.62.H, hvor et ejendomssalg fra et selskab til en anpartshaver i selskabet blev omstødt. Anpartshaveren købte ejendommen til underpris, og dommen blev omstødt efter 1872-konkurslovens § 24 analogt, idet anpartshaveren derved havde fået fuld fyldestgørelse for nogle usikrede krav, og dette stred imod § 24. Samtidig var anpartshaveren vidende om selskabets insolvens på tidspunktet for ejendomshandlen til underpris. Da der statueredes gave, jf. 1872-lovens § 26, er dommen også relevant her.¹³⁶

Ovenstående bekræfter afhandlingens tese om, at gavmildhed ikke længere spiller en særlig rolle i konkurslovens § 64. I stedet er det rent faktisk dispositioner tilsvarende de engelske ”Undervalue” og ”Transactions defrauding creditors”, der omstødes efter den danske gavebestemmelse. Da der ikke i dansk ret er tilsvarende bestemmelser som i engelsk ret, der direkte går på dispositionerne til underpris og kreditorunddragelse, må bestemmelsen nødvendigvis anvendes bredt for at kunne forene afgørelserne med konkurslovens formål. Den danske bestemmelse, der kommer tættest på de engelske, er konkurslovens § 74, som omstøder utilbørlige dispositioner. Det kan så diskuteres om dette er hensigtsmæssigt, hvilket vil blive behandlet senere i afhandlingen, når alle elementer, der medtages i vurderingen af § 64, er behandlet i de følgende kapitler.

7.3 Gavmildhedskriteriets relevans, når der omstødes efter § 64, allerede fordi der er en ubalance i dispositionen

Som det ses af forannævnte domme, statueres der i retspraksis gave og omstødes, uden at der forligger gavmildhed. Dette går direkte imod kravet i den juridiske litteratur om gavmildhed, for at der kan statueres gave, og konkursretten forudsætter gave for, at der kan omstødes efter § 64. Samtidig udvides bestemmelsen til at anse langt mere end bare dispositioner, som er et

¹³⁶ Lego, E. (1988): 444

udslag af gavmildhed for gaver, og gavmildhedskriteriet bliver så ikke relevant, hvis der kan omstødes, bare der er en ubalance i dispositionen. Dog er der et eksempel fra praksis, hvor man henviser til gavmildhed, nemlig dommen U.2012.413.Ø.

U.2012.413 Ø

I denne dom var det afgørende, at dispositionen ikke var et udslag af gavmildhed. Sagen vedrørte KGK ApS, hvor alle anparterne i selskabet var ejet af BG A/S, der havde et engagement med Roskilde Bank. Der var ikke nogen direkte forbindelse mellem Roskilde Bank og KGK ApS. KGK ApS havde d. 8 september 2008 overført et beløb på 240.000 kr. til en konto tilhørende BG A/S i Roskilde Bank. Der blev under sagen ikke oplyst, hvad der var begrundelsen for dispositionen. Det fremgik dog af sagens hændelsesforløb, at BG A/S ikke havde noget tilgodehavende hos KGK ApS. Da Roskilde Bank havde et tilgodehavende hos BG A/S, havde banken foretaget modregning i konti tilhørende BG A/S, herunder på den konto i banken, hvor der stod 240.000 kr. Begge Selskaber var dog insolvente og kom senere under konkursbehandling. Det var derfor interessant at se på, om indbetalingen af de 240.000 kr. kunne omstødes efter konkurslovens § 64, eftersom dispositionen var foretaget senere end 6 måneder før frisdagen. Byretten fandt, at der forelå en gave fra KGK ApS til Roskilde Bank, idet byretten lagde vægt på, at dispositionen mellem KGK ApS og BG A/S ikke var forretningsmæssig begrundet. Byretten mente derfor, at dispositionen enten var et lån til BG A/S eller en gave pga. den manglende forretningsmæssige begrundelse. Ifølge byretten var det dog udelukket, at dispositionen var et lån, idet KGK ApS var 100 % ejet BG A/S, og en sådan disposition ville derfor stride imod selskabsloven. Derfor fastslog byretten, at der var ydet en gave, idet gavedispositionens eneste formål var at nedbringe BG A/S engagement med Roskilde Bank, og der ikke var nogen forretningsmæssig begrundelse for dispositionen. Landsretten mente i stedet, at der ikke var godtgjort noget gavemiljø mellem KGK ApS og Roskilde Bank, og dispositionen i et vist omfang skulle være foretaget som et udslag af gavmildhed for at være omfattet af konkurslovens § 64. Da der ikke var nogen forbindelser mellem KGK ApS og Roskilde Bank, var det derfor ikke sandsynligt, at der var givet en gave. Landsretten frifandt med denne begrundelse Roskilde Bank og fastslog, at der ikke var givet en gave til Roskilde Bank. Konkurslovens § 67 blev ikke gjort gældende i sagen, da dispositionen blev foretaget efter frisdagen, hvorfor konkursboet i stedet gjorde § 72 gældende. Dog var banken i god tro, hvorfor der ikke blev omstødt efter denne bestemmelse heller.

I sagen anså byretten transaktionen mellem KGK ApS og banken for en gave. Byretten omstødte på trods af, at der ikke forelå gavmildhed, idet retten anvendte udelukkelsesmetoden til at statuere, at dispositionen ikke kunne være forretningsmæssigt begrundet, da der i så fald ville være tale om et selskabsretligt ulovligt kapitalejerlån. Byretten fandt altså, at det afgørende kriterium for at fritage dispositionen fra konkurslovens § 64 var, om dispositionen var forretningsmæssig begrundet. Det skal i denne sammenhæng bemærkes, at det byretten anser for et ulovligt kapitalejerlån ikke er helt præcist. Ifølge den tidligere aktieselskabslovs § 115 og den nuværende selskabslovs § 210, stk. 1 er det således ikke ulovligt at låne midler fra

datterselskab til moderselskab. Det ulovlige er at låne midler fra selskaberne til en kapitalejer. Det der sker i sagen er, at datterselskabet låner midler til moderselskabet, hvorfor midlerne forbliver indenfor koncernen, og der er dermed ikke tale om et ulovligt lån. Lånet var først blevet ulovligt, dersom midlerne var blevet ført ud af selskabet og lånt til en kapitalejer i form af en fysisk person.

Landsretten anså ikke transaktionen for en gave, idet der ikke kunne statueres et gavemiljø mellem KGK ApS og Roskilde Bank, som var bankforbindelse for BG A/S. Ligeledes lægger landsretten vægt på, at der ingen erhvervsmæssige relationer var mellem KGK ApS og BG A/S i forbindelse med dispositionen. Om de to ting udtaler landsretten: *”Der er ikke godtgjort noget gavemiljø mellem Roskilde Bank og kollegiet, og der er ikke anført forhold, der sandsynliggør, at kollegiet, der ingen erhvervsmæssige relationer havde til Roskilde Bank, uden anledning skulle have indbetalt 240.000 kr. til banken som gave, der – i hvert fald i et vist omfang – må kræve, at indbetalingen er foretaget som et udslag af gavmildhed.”*¹³⁷

Byretten fandt, at gaven bestod i, at kassekreditten bliver nedbragt og denne disposition var ikke forretningsmæssigt begrundet. Modsat byretten finder landsretten, at dispositionen for at være en gave skal være præget af en vis grad af gavmildhed. Det betyder, at gavmildhedskriteriet fastholdes i praksis i grænsetilfælde, hvilket tolkes af den sidst anførte dom. Dette stemmer ikke overens med den ellers gennemgåede praksis på området. Gennemgangen af dommene viser, at gavebegrebet i dansk ret er mere vidtgående end det traditionelle gavebegreb.

Grænsen mellem hvornår der er tale om en gave, og hvornår der ikke er trækkes i retspraksis, hvor den disposition, der foretages virker stødende eller unddragende i forhold til kreditorerne. Grunden til, at der ikke omstødes i den sidst nævnte dom er, at der ingen relation er mellem banken, og det selskab pengene kommer fra. Pengene overføres således til moderselskabet, som har en kassekredit hos banken, hvilket er den, der modregnes. Banken har således fået midler, som ikke burde være tilkommet den.

Omstødelse sker ikke i denne sag, bl.a. fordi banken hverken vidste eller burde vide, hvor de penge den modtager kommer fra. Landsretten inddrager således subjektive kriterier i vurderingen af sagen. Dette stemmer overens med den konkursretlige teori, ifølge hvilken der

¹³⁷ U.2012.413.Ø: 418

anvendes et subjektivt element i vurderingen af sager under § 64. Et andet eksempel herpå er U.2002.2479.H, hvor retten tillagde parternes subjektive forventninger betydning. Der var i sagen usikkerhed om fordringens værdi, hvorfor der ikke blev omstødt. Det var således ikke den objektive realitet, der blev afgørende. Det må overvejes, om det er hensigtsmæssigt at anvende subjektive bedømmelseselementer i en objektiv omstødelsesbestemmelse.¹³⁸

Ydermere ville det besværliggøre boets bevisbyrde. Landsrettens holdning om, at der således ikke foreligger gavmildhed i sagen virker en anelse letkøbt, og falder heller ikke i tråd med den eksisterende praksis på området, idet der slet ikke kræves gavmildhed. Det er derfor et sidespring, når landsretten pludselig hiver gavmildhed ind, og kræver dette som et kriterium for omstødelse. Dommen må anses for et grænsetilfælde.

Ifølge afhandlingens tese burde dispositionen have været omstødt. Dette skyldes, at den ikke er forretningsmæssigt begrundet, og der er dermed en ubalance i den. Dispositionen er ikke forretningsmæssigt begrundet, da der ingen tilgodehavender er hos moderselskabet mod datterselskabet, ligesom datterselskabet ydermere trækker sin kassekredit op på maksimum, og dermed selv kommer på randen af økonomisk sammenbrud ved dispositionen. Det kan ikke siges at være forretningsmæssigt begrundet at risikere sin egen økonomiske situation.

7.4 Andre interesser der taler hhv. for og imod omstødelse efter § 64

Som udgangspunkt må det formodes, at forsætlige konsekvenser af en gave er ønskede.¹³⁹ Der kunne fx være tale om kreditorbesvigelse eller unddragelse. Givers motiver for en gave kan i disse tilfælde være direkte vendt mod de beskyttelseshensyn, der er i konkurslovens § 64. Omstødelse af kreditorunddragende dispositioner kan forsvares under konkurslovens § 64, og dette kan faktisk være fornuftigt, da det letter boets bevisbyrde. Er betingelserne for at omstøde en disposition efter § 74 ikke tilstede, ville det netop virke retskrænkende og stødende slet ikke at kunne omstøde en sådan kreditorunddragende disposition. Efter den nugældende konkurslov synes det dog mere naturligt at anvende § 74 ved omstødelsen af sådanne dispositioner, idet de falder under kategorien af utilbørlige dispositioner, men § 64

¹³⁸ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 302

¹³⁹ Lego, E. (1988): 316

vil dog bevare sin betydning i tilfælde, hvor der åbenlyst bør omstødes, men hvor § 74 ikke kan anvendes, fx fordi gavemodtageren er i god tro.¹⁴⁰

Andre interesser, der kan tale imod omstødelse efter konkurslovens § 64 er forretningsmæssige dispositioner. Sådanne dispositioner foretages af giver, fx for deres reklameværdi, i samhandelsforhold eller til fordel for giverens ansatte. Forretningsmæssige dispositioner behandles afhandlingens kapitel 9. En anden sådan interesse er de moralske forpligtelser, som fx betaling af forældet gæld, fordi skyldner føler sig forpligtet eller gerne vil opretholde et godt forhold til kreditor efterfølgende. Et eksempel på en moralsk forpligtelse foreligger i den norske afgørelse Rt 1869.751, hvor skyldneren godkendte en ugyldig gældsforpligtelse, efter han var blevet myndig. Gælden var oprindeligt ugyldig pga. mindreårigheden hos skyldneren. Dispositionen blev ikke anset for en gave, netop fordi der var tale om en sådan moralsk forpligtelse.¹⁴¹ Selvom afgørelsen er norsk, er det den samme opfattelse, der gør sig gældende i den danske litteratur, hvorfor en anvendelse af den kan forsvares¹⁴².

Det er dog ikke alle moralske forpligtelser, der bør falde udenfor gavebegrebet. Et eksempel på en sådan moralsk forpligtelse er spillegæld, som skyldner ikke er juridisk forpligtet til at betale, jf. DL 5-14-55, men som kan være forringende for konkursboet. Spillegæld bør således falde under gavebegrebet, således at det ikke er muligt for en skyldner at spille sine penge op og på den måde unddrage kreditorerne fyldestgørelse heri.¹⁴³

7.5 Delkonklusion

Som det ses har gavmildhed ikke stor betydning i forbindelse med brugen af konkurslovens § 64. Gennemgangen af dommene ovenfor viser således, at gavebegrebet i dansk ret er meget vidtgående, og at gavmildhed er stort set uden relevans. Dog er der faktorer, der gør, at der ikke kan omstødes, fx forretningsmæssighed. Dette ses bl.a. af dommen U.2012.413.Ø, hvor byretten i sine præmisser anfører, at forretningsmæssighed taler imod gave-tilstanden. Andre dispositioner, der falder ind under § 64 er de kreditorunddragende. Efter den nugældende konkurslov synes det dog mest naturligt at anvende § 74 ved omstødelsen af disse dispositioner, men § 64 bevarer sin betydning i tilfælde, hvor der åbenlyst bør omstødes, men

¹⁴⁰ Lego, E. (1988): 471

¹⁴¹ Andenæs, M. H. (2009): 298

¹⁴² Lego, E. (1988): 461 og Ørgaard, A. (2010): 98

¹⁴³ Bengtsson, B. (1962): 707 f.

hvor § 74 ikke kan anvendes, fx fordi gavemodtageren er i god tro. Omvendt er der interesser, der taler for at kunne omstøde efter § 64, fordi dansk konkursret ikke har bestemmelser tilsvarende de engelske til at opsamle disse forskellige tilfælde, hvorfor dette måske bør overvejes.

8. Vederlagsfrihed

Som anført har gavmildhed ikke længere samme betydning i dansk ret som tidligere. Det bliver således i stedet interessant at se på, hvornår der foreligger en vederlagsfri disposition, samt hvornår vederlagsfriheden gør, at dispositionen er en gave.

8.1 Omfanget af begrebet vederlagsfrihed

Grundlæggende må der foreligge vederlagsfrihed, hvis der skal være tale om en gave.

Betaling af et vederlag taler nemlig i stedet for, at der foreligger et gensidigt bebyrdende kontraktforhold.¹⁴⁴ Vederlag kan således defineres som ”...den modydelse, der udveksles med en ydelse.”¹⁴⁵, og det kan derfor i nogle tilfælde netop være formålet med giverens egen ydelse at opnå modydelsen¹⁴⁶.

Spørgsmålet bliver så, hvornår der foreligger en modydelse. I nogle tilfælde er det klart, at der ikke foreligger en modydelse. Det gælder, fx hvis giver stiller en eller flere betingelser op, som modtager skal opfylde for at få det angivne beløb eller aktiv. Giver kan også pålægge modtager at anvende beløbet, der gives, på en bestemt måde eller forbeholde sig en særlig ret til den ydelse, der gives.¹⁴⁷ I disse tre tilfælde er der i hvert fald ikke tale om en modydelse, hvorfor det ikke giver mening at tale om vederlag.

Vederlagsbegrebet er modsatrettet. Det betyder, at vederlag og ydelse er modsatrettede vederlag for hinanden.¹⁴⁸ Der må således foreligge modstående interesser fra parternes side, for at parterne indgår en transaktion med hinanden. Uanset vederlagets beskaffenhed og ydelsens og modydelsens værdi, må parterne altså være enige om, at der er ligevægt i den endelige udveksling af ydelserne, i forhold til deres interesser, for at de indgår en aftale.¹⁴⁹ Der må således ende med at være sammenhæng mellem de ydelser, der gives hver sin vej for at opfylde det omgængelseshensyn at undgå, at folk bare giver hinanden gaver, og kalder det vederlag for at undgå omstødelse.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Andenæs, M. H. (2009): 293

¹⁴⁵ Lego, E. (1988): 195

¹⁴⁶ Lego, E. (1988): 195

¹⁴⁷ Lego, E. (1988): 194

¹⁴⁸ Werlauff, E. (2011): 45

¹⁴⁹ Lego, E. (1988): 196

¹⁵⁰ Andenæs, M. H. (2009): 293

For at fastslå, hvornår der foreligger en tilstrækkelig sammenhæng mellem givers og modtagers ydelser, er det relevant, om det er en forudsætning for givers ydelse, at modtager lover eller erlægger en vis ydelse retur. Hvis giver kan kræve sin ydelse tilbage efter forudsætningslæren, såfremt modtager ikke opfylder, foreligger der således tilstrækkelig sammenknytning. Omvendt kan der ikke statueres vederlag, hvis der ingen sammenknytning er.¹⁵¹

8.1.1 Vederlagets beskaffenhed

Der er intet fælles krav til beskaffenheden af vederlaget, ligesom der ikke behøver at være tale om en ydelse, der efter en objektiv målestok har en vis værdi eller effekt på modtagers eller givers formue.¹⁵² Værdiforskellens størrelse er således ikke afgørende for, om der foreligger vederlag. Det afgørende er, at parterne må betragte de to ydelser som vederlag.¹⁵³

Værdiforskellens størrelse kan dog have betydning for, om der foreligger fuldt vederlag.

At parterne således anser ydelserne for ligevægtige kaldes subjektiv ækvivalens. Subjektiv ækvivalens foreligger, når parten anser den anden parts ydelse for ligeså værdifuld som sin egen.¹⁵⁴ Heroverfor står objektiv ækvivalens, som foreligger, hvor ydelsen og modydelsen objektivt er lige værdifulde.¹⁵⁵ Det skal dog bemærkes, at subjektiv ækvivalens ikke er afgørende i konkurs pga. hensyn til kreditorerne.¹⁵⁶

Dommen U.1993.898.H er et eksempel, hvor et selskab forsøgte efterfølgende at betale for en direktørs forpligtelse i form af en konkurrenceklausul. Omstændighederne var følgende:

U.1993.898.H

Sagen omhandler vederlaget for en konkurrenceklausul, som blev omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 1. Konkursboet lagde sag an mod den tidligere direktør i selskabet New Dimensions Laser Systems (NDLS) og ønskede vederlaget for konkurrenceklausulen omstødt. Direktøren ejede 49,9 % af aktierne i selskabet gennem et anpartsselskab. Derudover var direktøren også leder i Det Holografiske Laboratorium A/S (DHL) og ejede igennem sit anpartsselskab 56 % af aktierne i DHL. De resterende aktier var ejet af NDLS

¹⁵¹ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 6 & Lego, E. (1988): 241

¹⁵² Lego, E. (1988): 230

¹⁵³ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 7

¹⁵⁴ Lego, E. (1988): 196

¹⁵⁵ Lego, E. (1988): 196

¹⁵⁶ Lego, E. (1988): 459

I kontrakten havde direktøren påtaget sig en konkurrenceklausul, som gjaldt 24 måneder efter direktørens fratræden. De sidste 12 måneder blev dog kun virksom, såfremt selskabet betalte et nærmere fastsat vederlag. Endvidere var kontrakten uopsigelig for begge sider og udløb den 30. april 1988. Direktøren fratrådte sin stilling d. 19. maj 1988, og i forbindelse hermed afstod direktøren d. 19. maj 1988 sine aktier i DHL til NDLS og aktierne i NDLS til det svenske aktieselskab Hightech Network SCI AB. Sammen med salget af aktierne til NDLS blev der indgået en aftale, der forpligtede direktøren til at være bundet i 12 måneder af konkurrenceklausulen i direktørkontrakten. Det blev bestemt i aftalen, at direktøren skulle have et vederlag på 50.000 kr., selvom det ikke var en del af aftalen fra 1986. Beløbet blev medtaget for at undgå konkurrence fra direktøren. Alle de tre aftaler fra d. 19. maj 1988 skulle ses som en enhed, hvilket betød, at en misligholdelse af en af aftalerne kunne påberåbes som misligholdelse af de to andre aftaler. NDLS blev erklæret konkurs d. 17. august 1988 med fristdag d. 25 juli 1988. Da aftalen var indgået inden for 6 måneders fristen, var det derfor relevant at se på, om vederlaget på 50.000 kr. kunne omstødes efter konkurslovens § 64. Højesteret fandt ligesom landsretten, at vederlaget på de 50.000 kr., fra aftalen d. 19. maj 1988, kunne omstødes efter § 64. Højesteret lagde vægt på, at direktøren ved ansættelsesaftalen fra 1986 havde påtaget konkurrenceklausulen uden særskilt vederlag. Da direktøren derfor ikke havde krav på vederlag det første år, var beløbet derfor en gave.

Da vederlaget for en konkurrenceklausul indgår i bedømmelsen af, om klausulen er for vidtgående, er der ikke noget forgjort i selskabets ønske om at kompensere direktøren for den ulempe, han tåler ved at påtage sig klausulen. Selskabet har jo netop interesse i, at klausulen ikke tilsidesættes som ugyldig.¹⁵⁷ Der var ikke aftalt et vederlag for direktørens konkurrenceklausul, hvorfor dette først efterfølgende blev aftalt. Den efterfølgende betaling for konkurrenceklausulen blev anset for en gave og omstødt, selvom parterne anså ydelserne for ækvivalente. Allerede fordi betalingen for klausulen ikke var aftalt ved indgåelsen og lå op til NDLS's konkurs, blev den omstødt efter konkurslovens § 64.

Afgørelsen anses arbejdsretligt for vidtgående, da direktøren havde påtaget sig forpligtelsen uden særskilt vederlag. Der er således et hensyn at tage til direktørens ulempe ved påtagelsen af konkurrenceklausulen, men afgørelsen er konkursretligt på linje med hensynet til kreditorerne i tilfælde af en disposition, der skader deres fyldestgørelse. Den er derfor også helt i overensstemmelse med denne afhandlings tese.

I en almindelig handelssituation vil parterne netop have modstående interesser, og en sælger vil ønske så høj en pris for sin vare som muligt, mens køber vil ønske så lav en pris som muligt. I teorien kaldes disse modstående interesser for interesse og antiinteresse.¹⁵⁸ Formålet

¹⁵⁷ Svenning Andersen, L. (2011): 940

¹⁵⁸ Lego, E. (1988): 231

for parterne er således at opnå en situation, hvor deres interesser, hver især for handlens gennemførelse, er større end antiinteressen mod at miste hhv. varen og købesummen.

Et tilfælde, hvor der var tale om objektiv ækvivalens er dommen U.1988.1001.H. Her var der tale om ydelser, som blev anset for objektivt lige meget værd og derfor blev der ikke omstødt. Sagens omstændigheder var:

U.1988.1001.H

Sagen drejede sig om omstødelse af nogle transaktioner mellem de to selskaber, J og E. Selskaberne var forbundet derved, at de var samarbejdspartnere. I forbindelse med samarbejdet havde E stillet sikkerhed for J's kassekredit, og for en del af denne sikkerhed modtog E senere J's patentrettigheder som modydelse, således at sikkerhedsstillelsen blev konverteret til et salg. Da J herefter skiftede bank indfries kreditten, som sikkerheden var stillet for, og banken krediterede den resterende del af sikkerhedsstillelsen på J's konto. Dette protesterede E's direktør imod, idet E ikke havde modtaget nogen modydelse herfor, og sikkerheden var stillet af E. Banken udbetalte herefter det resterende beløb til E. Da J kort tid efter gik konkurs, lagde konkursboet sag an mod E med påstand om omstødelse af hhv. overdragelsen af patentrettighederne og udbetalingen af det resterende sikkerhedsbeløb. Højesteret fandt, at betalingen for patentrettighederne var en del af aftalen mellem selskaberne, selvom der var betalt mere end værdien, idet betalingen blev konverteret fra den for J stillede sikkerhed, og formålet hermed var at skaffe J den krævede kapital til bankskiftet. E havde således ikke fået patentrettighederne overdraget vederlagsfrit, hvorfor der ikke var tale om en omstødelig gave efter konkurslovens § 64, stk.1. Det resterende sikkerhedsbeløb, som J påstod omstødt efter konkurslovens § 74 kunne heller ikke omstødes, idet der var tale om midler, der tilhørte E, hvilket banken kunne bekræfte. Disse var derfor retmæssigt tilbagebetalt til denne. Ingen af dispositionerne blev herefter omstødt.

Dommen viser, at hvis der er objektiv ækvivalens, kan der ikke ske omstødelse efter § 64. Der foreligger netop ikke en gave, når ydelserne er lige meget værd.

Der må dog foretages en samlet bedømmelse af parternes interesser for at afgøre, om der foreligger en vederlagsfri transaktion. Der kan således godt være tale om subjektiv ækvivalens, selvom den ikke er objektiv. Parternes interesser kan begrunde dette, da de kan have andre bevæggrunde end de økonomiske for at foretage dispositionen. Der kan være tale om affektive interesser, og et eksempel herpå kunne være en forælder eller bedsteforælder, der køber et stykke legetøj til sit barn/barnebarn, fordi de ved barnet har ønsket sig det længe, men kun kan få det til en dyrere pris end handelsprisen. Det samme gør sig gældende, hvor en person genkøber sit barndomshjem til overpris for at undgå, at det sælges til anden side. Der må omvendt også tages hensyn til særlige omstændigheder, hvis giver kun præsterer sin

ydelse, fordi særlige forhold, som gavereglerne skal værne imod har gjort, at givers interesse er ændret.¹⁵⁹ Dette er fx tilfældet ved kreditorunddragelse.

Det er ikke en forudsætning, at løftegiver har gjort, hvad han kan for at opnå objektiv ækvivalens mellem ydelserne, ligesom der ikke behøver at foreligge en gave, blot fordi der ikke er objektiv ækvivalens. Parternes ukendskab til værdien af ydelsen eller manglende evne til at gøre hhv. en god/dårlig handel kan fx begrunde manglende objektiv ækvivalens.¹⁶⁰

Problemet opstår, når giver hhv. modtager ved, at hans egen ydelse er mere værd end den modydelse han opnår. Giver må i en sådan situation kunne begrunde sin disposition med et særmotiv, hvis han ønsker at gå fri af mistanken om ond tro.¹⁶¹ Et sådan særmotiv kan fx være, når en landmand opkøber nabogården for at få jorden lagt til sin egen gård og dermed udvide driften, eller når en aktionær opkøber aktier til en høj kurs for at opnå majoritet.¹⁶² Der er dog formodning for, at en økonomisk interesse er stærkere end en ideel.¹⁶³

8.2 Delvist vederlag

Et delvist vederlag foreligger i ordenes forstand, når der kun ydes delvis betaling for det aktiv, der erhverves. I tilfælde af et delvist vederlag kan der være tale om en gave for det overskydende.¹⁶⁴ Dette var tidligere udtrykkeligt angivet i loven i 1872-lovens § 26, men er i dag forudsat i forarbejderne til konkursloven.

Ved delvist vederlag er vederlagsforholdet forrykket sådan, at den ene part ikke får fuldt vederlag for sin ydelse, mens den anden får mere end den fulde værdi i vederlag for sin modydelse.¹⁶⁵ Ved en sådan formueforskydning i dispositionen, kan der foreligge en modydelse, mens der samtidig vil være noget vederlagsfrihed. En sådan disposition fører til en reduktion af den ene parts formue, mens den anden parts formue forøges.¹⁶⁶

Grænsen mellem delvist og fuldt vederlag afgøres ud fra en betragtning af de nærmere omstændigheder ved transaktionen.¹⁶⁷ Den part i handlen, som senere ender i en

¹⁵⁹ Lego, E. (1988): 233

¹⁶⁰ Lego, E. (1988): 234

¹⁶¹ Lego, E. (1988): 239

¹⁶² Lego, E. (1988): 239

¹⁶³ Lego, E. (1988): 234

¹⁶⁴ Andenæs, M. H. (2009): 293-294

¹⁶⁵ Lassen, J. og Ussing, H. (1923): 47f.

¹⁶⁶ Huser, K. (1992): 136

¹⁶⁷ Andenæs, M. H. (2009): 293-294

omstødsessag, må der have mulighed for at godtgøre, at der ikke er tale om en handel til underpris, hvis han skal undgå, at denne omstødes som en gave. Baggrunden for salget tages i betragtning under en evt. sag, og fx nødvendigheden af et hurtigt salg eller en generel afhændelse kan tale imod, at der skulle foreligge en omstødelig gave.¹⁶⁸

Det er dog vigtigt at erindre, at der ikke behøver være tale om en gave, blot fordi der handles til en pris under værdien i handel og vandel. Der er således intet forbud imod at gøre en dårlig handel, hvis fx et aktiv købes for dyrt eller sælges for billigt.¹⁶⁹ Omvendt kan parterne også have interesse i, at en handel ikke anses for en gave, selvom vederlaget ikke stemmer med værdien af det aktiv, der overdrages. Er dette tilfældet, og er det parternes hensigt, er der tale om en skjult gave.¹⁷⁰

Ofte omstødes der efter § 64, når bare der er tale om delvis vederlagsfrihed, og retspraksis går altså slet ikke ind i gavmildhedsbetragtningen. Eksempler herpå foreligger, fx i dommene U.2011.963.H og U.2010.316.Ø.

I begge tilfælde foretages et salg af aktiver til underpris af hhv. produktionsaktiver og en ejerlejlighed. Omstændighederne var som i det følgende beskrevet:

U.2011.963.H

L var direktør i både selskabet A og selskabet B. I maj og juli 2004 blev der overdraget produktionsaktiver fra A til B. Disse blev vederlagt med 239.500 kr., hvilket var 203.350 kr. for lidt. A gik konkurs i august 2004, og konkursboet anlagde herefter sag mod L og B vedrørende omstødelse af det beløb, der var betalt for lidt for produktionsaktiverne. Under sagen kom det frem, at disses værdi var opgjort til afhændelsesprisen ved konkurs og ikke til going concern-priser. De var således blevet solgt for billigt i forhold til deres værdi. Da L var direktør i både A og B, blev han fundet erstatningsansvarlig overfor kreditorerne på baggrund af salget. Han måtte have kendt til den dårlige økonomiske stilling i A på salgstidspunktet. Landsretten fandt således, at der forelå et omstødeligt gavemoment og omstødte salget af aktiverne efter konkurslovens § 64, stk. 1. Da landsretten fandt, at selskaberne var nærstående, jf. konkurslovens § 2, nr. 3, samt at prisen på aktiverne ikke var opgjort til going concern priser, var der således en formodning for et gaveelement, hvorfor dispositionen blev omstødt. Parterne havde ikke fremlagt noget, der afkræftede denne formodning. Højesteret stadfæstede dommen uden at kommentere selskabernes forhold som nærstående.

¹⁶⁸ Andenæs, M. H. (2009): 294

¹⁶⁹ Ørgaard, A. (2011): 101

¹⁷⁰ Ørgaard, A. (2011): 101

U.2010.316.Ø

A købte i juni 2005 en ejerlejlighed af selskabet S. I samme selskab var A også direktør og ejede 20 % af aktierne. Ejerlejligheden var vurderet til 2.650.000 kr., men blev solgt til 2.170.000 kr. S blev taget under konkurs i april 2006. Da købesummen lå under vurderingen var det interessant at se på, om dispositionen kunne omstødes, da A havde købt ejerlejligheden til underpris. Byretten fandt, at overdragelsen havde karakter af en gave, idet ejerlejligheden var overdraget til underpris. Dispositionen var foretaget mindre end et år før fristdagen, og eftersom A var nærstående til S, skulle det vurderes, om A kunne føre bevis for, at S ikke ved dispositionen var eller blev insolvent. Byretten fandt, at A ikke kunne føre bevis herfor, og overdragelsen blev derfor omstødt. Østre Landsret tiltrådte, at overdragelsen var en gave, fordi dispositionen indebar en betydelig formue fordel for A. Modsat Byretten fandt Østre Landsret ikke, at S ved dispositionen var eller blev insolvent, og gaven blev derfor ikke omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2.

Af begge domme ses det, at der kræves en særlig god grund til dispositionen, hvis der ikke er objektiv ækvivalens imellem værdien af ydelse og modydelse. Dette er for at undgå, at dispositionen falder ind under konkurslovens § 64. Ingen af dommene behandler gavmildhed som et element i gavebegrebet, men begrunder alene omstødelsen med den vederlagsfri fordel, der foreligger.

I U.2011.963.H lagde retten vægt på, at produktionsaktiverne blev solgt til realisationsværdi og dermed for lavt i forhold til going concern prisen, som de burde have været solgt til. Heri lå et gaveelement. Højesteret fandt ikke, at der forelå et særligt grundlag for at tilsidesætte gaveformodningen og anførte følgende: *”Da købesummen alene udgjorde 239.500 kr., ligger der som anført af landsretten i overdragelsen et gavemoment, som kan kræves omstødt i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1.”*¹⁷¹

I U.2010.316.Ø lagde retten vægt på, at ejerlejligheden blev solgt til en pris, der lå 480.000 kr. under handelsværdien, hvorfor der forelå en gave. Byretten anførte således, at lejligheden var vurderet til 2.650.000 kr., hvilket var for lavt, hvorfor det beløb der manglede at blive betalt havde karakter af gave. Landsretten var enig og anførte følgende: *”Det tiltrædes, at ejendomsselskabet 1950 A/S’ overdragelse af lejligheden på Indiakaj i København til Aksel Damm, der var direktør og aktionær i selskabet, indebar en betydelig formuefordel for Aksel*

¹⁷¹ U.2011.963.H: 973

*Damm, og at overdragelsen derfor har karakter af en gave i konkurslovens § 64's forstand.*¹⁷²

Det må bemærkes, at der i begge domme er en relation mellem parterne, og det kan ikke afvises, at den har haft indflydelse på rettens bedømmelse af sagerne. Der er, som også anført af landsretten i U.2011.963.H, en formodning for et gavemiljø, når der er tale om nærstående parter, som dette forstås i konkurslovens forstand.

At retten ikke tager gavmildhedskriteriet i betragtning, når der foreligger vederlagsfrihed er ikke nyt. Det ses således fx allerede af U.1952.288.H. I denne sag havde en gårdejer overdraget sin landbrugsejendom til sin husbestyrerinde for et vederlag væsentligt under værdien, hvorfor der forelå en gave.

Hel eller delvis vederlagsfrihed har altså afgørende betydning for, om der statueres gave. Det stemmer således overens med afhandlingens tese, at der omstødes, bare der foreligger en ubalance i dispositionen. Som det ses af ovenstående domme, vil vurderingen af, om der foreligger en ubalance ofte være økonomisk, idet det netop er ved en økonomisk ubalance, at kreditorerne lider tab.

8.3 Vederlagsfrihedens betydning for omstødelse

Som det ses af foregående afsnit, *kan* der omstødes, når bare der foreligger vederlagsfrihed helt eller delvist. Vederlagsfriheden skaber netop en ubalance mellem ydelserne i det pågældende retsforhold, hvilket også begrundes vederlagsfrihedens afgørende betydning i retspraksis. Spørgsmålet bliver så, om der *altid omstødes*, blot fordi der foreligger vederlagsfrihed. Det ser ikke ud til altid at være tilfældet, hvilket kan illustreres i det følgende.

8.3.1 Manglende gavemiljø

I dommen U.2007.1291/3H blev et salg af to ejendomme således ikke omstødt, idet der ikke var nogen relation imellem parterne og dermed ingen formodning for et gavemiljø.

U.2007.1291/3H

Sagen angik salget af to ejendomme til underpris. Parterne var totalentreprenøren T og bygherren B. T solgte ejendommene til B for 1.175.000 kr. mindre end ejendommenes værdi, og dette skete ca. en måned inden T gik

¹⁷² U.2010.316.Ø: 325

konkurs. Ejendommene blev således solgt væsentligt under markedsværdien, ligesom parterne måtte være bekendt med T's insolvens grundet den nærliggende konkurs. Landsretten fandt dispositionen omstødelig efter konkurslovens § 74, da der var foretaget en forringende formueforskydning, som var vederlagsfri og den eneste af sin slags imellem parterne. Den var dermed ikke forretningsmæssigt begrundet, og der forelå ikke noget gavemiljø mellem parterne, idet handlen var den eneste vederlagsfrie disposition imellem dem, hvorfor der ikke kunne omstødes efter konkurslovens § 64. I stedet fandt landsretten, at dispositionen utilbørligt havde begunstiget en enkelt kreditor på bekostning af de øvrige, hvorfor den havde forringet disses mulighed for fyldestgørelse i de solgte ejendomme. Derudover fandt retten, at parterne havde haft til hensigt at besvige de andre kreditorer, bl.a. henset til, at den ene af ejerne i T havde købt anparter i et nyt selskab, som skulle overtage og færdiggøre de igangværende projekter, som T ikke nåede inden konkursen. Landsretten omstødte handlen som utilbørlig efter konkurslovens § 74. Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse, og lagde afgørende vægt på, at B vidste eller burde vide, at T blev insolvent i forbindelse med handlen samt på hans hensigt om at videreføre de ufærdige entrepriser i et nyt selskab. Højesteret fandt således, at B var bekendt med dispositionens utilbørlighed og omstødte denne efter konkurslovens § 74. Højesteret nedsatte dog det beløb, som B blev dømt til at betale.

I sagen havde parterne ikke noget forudgående gavemiljø, og der var ikke tidligere givet vederlagsfri dispositioner imellem dem. Det betød, at sagen ikke var omfattet af konkurslovens § 64. Retten lagde i stedet vægt på, at den ene af parterne havde haft til hensigt at besvige kreditorerne, idet han havde købt anparter i et andet selskab for at videreføre selskabets ufærdige opgaver efter konkursen. Dertil anførtes det, at parterne som følge af deres samarbejdsforhold burde have haft kendskab til den pressede økonomiske situation hos selskabet T. Disse forhold samt det faktum, at ejendommene blev solgt til en pris der lå 1.435.000 kr. lavere end vurderingen bevirkede, at retten anså dispositionen for utilbørlig og omstødte den efter konkurslovens § 74.

Fordi dispositionen falder udenfor omstødelseshensynet i § 64, bliver den omstødt efter § 74 på grund af vederlagsfrihedens størrelse og dispositionens tidsmæssige foretagelse blot en måned før T's konkurs. Det ville således være retskrænkende for kreditorerne at lade en utilbørlighed af denne størrelse passere.

En lignende dom, som dog falder anderledes ud, er U.2007.2772.H. Sagens omstændigheder var følgende:

U.2007.2772 H

I den pågældende sag drev Party Service ApS (Party Service) en restaurant, som de havde forpagtet. Party Service havde en forkøbsret til at købe virksomheden for 200.000 kr. Party Service overførte d. 1. april 2002

forpagtningsaftalen og forkøbsretten til en Diamanten ApS(Diamanten). Diamanten solgte i juli 2003 virksomheden videre for ca. 3,1 mio. kr. Party Service gik konkurs i 2003 med fristdag d. 5. februar 2003. Party Service konkursbo påstod, at Diamanten havde modtaget en gave fra Party Service, idet der blev overdraget en forkøbsret til en virksomhed med en værdi på 3 mio. kr., uden at der blev betalt vederlag. Højesteret fandt, at Party Service ApS havde overdraget et aktiv til Diamanten, idet Party Service havde overdraget en forkøbsret til Diamanten. Dette var en gave efter konkurslovens § 64, idet Diamanten kunne købe virksomheden med en værdi på 3 mio. kr. for kun 200.000 kr. Da gaven var fuldbyrdet mindre end et år før fristdagen og Party Service ved overdragelsen var insolvent, blev gaven derfor omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2.

Selvom der ikke er tale nærforbundne parter, vil en ubalance i en gensidigt bebyrdende aftale kunne betragtes som en gave. Parterne i dommen U.2007.2772.H havde således kendt hinanden i 20 år, men blev alligevel ikke betragtet som nærstående. De faldt ikke ind under definitionen af nærstående i konkursloven, hvorfor dommen er direkte sammenlignelig med U.2007.1291/3H. Der forelå et gavemoment i sagen, idet Party Service overdrogede en forkøbsret til Diamanten, til et aktiv (restauranten), som var væsentligt mere værd end det beløb forkøbsretten lød på. Forkøbsretten var således en gave, idet Diamanten ved overdragelsen opnåede en stor fortjeneste i forbindelse med salget, og dermed også en berigelse. Denne blev omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2, idet Party Service var insolvent ved overdragelse af forkøbsretten, og dispositionen lå indenfor det sidste år op til konkursen.

Både U.2007.2772.H og U.2007.1291/3H omstødes, men af to forskellige årsager. I U.2007.2772.H fremgår det af vidneforklaringerne, at sælger og køber ansås for tættere forbundet end i U.2007.1291/3H. Det kan være forklaringen på, at dommene falder forskelligt ud. Det afgørende i U.2007.1291/3H var således kendskabet til debtors insolvens ved dispositionen, hvorfor denne var utilbørlig, og dermed faldt under § 74. Ligeledes har det betydning, at parterne i U.2007.1291/3H ikke havde noget gavemiljø mellem sig, mens parterne i U.2007.2772.H kendte hinanden godt og havde gjort det længe. Forskellen har således været relationen mellem parterne.

8.3.2 Vederlagsfrihedens bagatelgrænse

Forskellig fra de to sager, fra 2007, er sagerne U.1987.976.Ø og U.2009.844.V, hvor der ikke omstødes. Disse er anderledes af flere årsager, bl.a. retternes fokus på dispositionernes beløbsmæssige størrelse. Sagerne angik hhv. overdragelse af nogle faste ejendomme, obligationer til mandens særbørn og salg af en ejendom til et nærstående selskab.

U.2009.844.V

Sagen omhandlede overdragelsen af en ejendom. H, som var ejer af ejendommen, solgte en ideel andel på 50 % til N, hvor M var direktør. Senere overdrog H og N samlet den fulde ejendom til D, som var et ApS.

Ejendommen blev solgt for 2.300.000 kr. I forbindelse med salget havde parterne fået ejendommen vurderet til hhv. 2.300.000 kr. og 2.500.000 kr. Skødet blev tinglyst d. 17. januar 2006. Senere gik N konkurs med fristdag d. 16. maj 2006, og konkursboet lagde sag an mod D med påstand om omstødelse af handlen. Under sagen blev der udmeldt syn og skøn, som vurderede ejendommen til 2.480.000 kr. Byretten fandt, at handlen betød, at sagsøgte havde fået en gave på 180.000 kr., hvilket dog skulle reduceres med 60.000 kr., idet der var en besparelse på mæglergebyret på dette beløb. Gaven var dermed omstødelig efter konkurslovens § 64, stk. 1. Idet der var to sælgere på ejendommen, og det kun var den ene sagens gik på, skulle det omstødelige beløb deles i to. Der var dermed tale om en omstødelig gave på 60.000 kr. Landsretten var dissenterende og to dommere fandt, at byrettens beregning af det omstødelige beløb var rigtig samt lagde vægt på forskelligheden i mæglergebyrerne. På baggrund heraf fandt landsretten, at der ikke var sådant misforhold mellem købesummen og kontantværdien, at der kunne omstødes efter § 64.

Den dissenterende dommer var enig med byretten i, at der forelå en omstødelig gave uanset dennes størrelse var begrænset.

I dommen forelå der ikke en omstødelig gave, idet en ejendom blev solgt for 60.000 kr. mindre end den ved syn og skøn fastsatte værdi. Der blev ikke omstødt, da beløbet alene udgjorde en meget begrænset størrelse i forhold til den samlede købesum. Dommen viser, at selvom der er en ubalance i dispositionen, er der ikke sikkerhed for, at der sker omstødelse. Der tages en form for bagatelgrænse med i vurderingen af vederlaget og muligheden for fejlskøn i den menneskelige vurdering. I forhold til afhandlingens tese, har den dissenterende landsretsdommer ret i, at der bør omstødes, når det er statueret, at der foreligger en omstødelig gave uanset størrelsen på denne. Kreditorerne mister under alle omstændigheder den fyldestgørelse, de kunne have fået ud af de 60.000 kr. yderligere for ejendommen. Det bør således ikke være *størrelsen* på misforholdet mellem købesummen og kontantværdien, der bestemmer, om der omstødes eller ej. Det faktum, at der er et dokumenterbart misforhold mellem de to værdier bør være tilstrækkeligt til omstødelse.

En lignende situation forelå i dommen U.1987.976.Ø, hvor der var tale om et endnu mindre beløb beløbsmæssigt. Sagen havde følgende faktum:

U.1987.976.Ø

Sagen omhandlede overdragelsen af nogle faste ejendomme samt obligationer. Manden havde overdraget tre ejendomme til sine sønner, ligesom han havde delt sine obligationer imellem dem. Kort tid efter lå han og

konen i separation, hvorfor konen mente, at fællesboet var blevet formindsket i en sådan grad, at det gav konen et vederlagskrav mod manden. Der blev herefter begæret og indledt konkurs mod manden af hustruens advokat. I forbindelse med konkurssagen ønskede boerne (konkursboet og skifteboet) at omstøde nogle af mandens gaver til hans særbørn til fordel for boerne og dermed hustruen. Dette skete dog ikke, da retten fandt, at manden havde overdraget ejendommene til sønnerne til den offentlige ejendomsvurdering, og forskellen mellem den pris ejendommen var overdraget til, og den pris den kunne have været solgt til, dermed var for lille til omstødelse. Heller ikke foræringen af obligationerne blev omstødt, idet der ikke efter denne gavedisposition havde været utilstrækkelige midler i boet til at dække hustruens vederlagskrav. Der blev således ikke omstødt nogen af gaverne i den pågældende sag, idet retten fandt, at betingelserne for omstødelse af gave ikke var opfyldt, jf. 1872-konkurslovens § 27.

I forbindelse med mandens og hustruens separation påstod fællesboet og mandens konkursbo, at mandens overdragelse af nogle faste ejendomme, til hans sønner, skulle omstødes. Der var tale om to ejendomme, som var solgt til hhv. 118.000 kr. og 117.900 kr. Ejendommene var vurderet til hhv. 152.000 kr. og 150.000 kr. Retten fandt, at der ikke kunne omstødes af flere grunde til trods for, at der var tale om delvist vederlagsfri overdragelser. For det første var ejendommene overdraget til den offentlige vurdering som pris, hvilket talte for, at parterne havde gjort, hvad de kunne for at tilnærme prisen til den reelle værdi. Beløbsforskellen udgjorde derfor heller ikke et betydeligt beløb. Dernæst var der ikke sket så betydelig en forringelse af boets midler, at der ikke var dækning for H's vederlagskrav. Dette betød, at M ikke var ude af stand til at overholde sine forpligtelser. Det må dog i den forbindelse erindres, at omstødelsesbestemmelsen, i den daværende konkurslov, omfattede mere end den nuværende konkurslovs § 64, hvorfor boets midler efter dispositionen indgik i vurderingen af, om kreditorernes sikkerhed for fyldestgørelse led skade.

Overordnet er der en således en bagatelgrænse for, hvornår en ubalance ikke er tilstrækkelig til omstødelse efter konkurslovens § 64. Det er således ikke *altid*, at der omstødes, blot fordi der er vederlagsfrihed helt eller delvist. I de viste situationer var der tale om hhv. ubetydelige beløb og en manglende relation imellem parterne. I disse tilfælde omstødes således ikke, selvom der foreligger en delvis vederlagsfrihed. Der kan altså sagtens ske en delvist vederlagsfri overdragelse, hvis der er en grund hertil. Dette stemmer ligeledes overens med, at der ikke er forbud imod at gøre en dårlig handel, men denne kan rammes af konkurslovens § 74, hvis den bliver for anstødelig.

Omvendt, og i overensstemmelse med afhandlingens tese, bør der omstødes, når det er statueret, at der foreligger en omstødelig gave uanset størrelsen på denne. Sker det ikke,

mister kreditorerne den fyldestgørelse, de kunne have yderligere fået. Heroverfor kunne måske anføres, at der er tale om så marginale beløb, at de reelt set ikke får den store betydning for kreditorernes udbetalte sum. Konsekvent at omstøde så små ubalancer ville give en del uhensigtsmæssige retssager, ligesom der altid kan være en difference mellem to skønsmænds vurdering, idet der netop er tale om et skøn.¹⁷³ Af og til ses dog omstødelse af endnu mindre beløb i retspraksis. Det betyder, at linjen fra domstolene ikke er skarp. Der tages altså stadig andre elementer med i betragtning, når omstødelse vurderes i en sag. Det viser, at der ikke alene lægges vægt på den objektive ækvivalens, men også på den subjektive. Det giver kreditorerne en usikkerhed i forhold til deres retsstilling med hensyn til fyldestgørelse i tilfælde af konkurs. Muligvis er denne usikkerhed urimelig for kreditorerne, da det ikke er dem der er økonomisk ustabile. At de har penge til gode hos en økonomisk ustabil person kan dog også være et udslag af en fejlvurdering fra kreditorside, og en fejlvurdering finder retspraksis acceptabel. Det bør således ikke være *størrelsen* på misforholdet mellem købesummen og kontantværdien, der bestemmer, om der omstødes eller ej, men i stedet det faktum, at *der er* et misforhold. Det er jo netop formålet med omstødesinstitutionen at varetage hensynet til den bedst mulige dækning for kreditorerne, effektivt.¹⁷⁴

Omvendt kan det anføres, at der også er hensyn, der gør en bagatelgrænse fornuftig. I tilfælde af omstødelse skal den genstand sagen drejer sig om vurderes, og i en vurdering ligger altid et element af skøn. Det giver en vis usikkerhed i forbindelse med den ansatte værdi, især fordi skønnet ofte foretages lang tid efter, at den egentlige transaktion har fundet sted. Ligeledes er der et ressourcehensyn at tage til domstolene og parterne, idet det ville give et overvæld af sager, hvis selv de mindste beløb skulle omstødes. Sidstnævnte hensyn vejer tungest i praksis, da usikkerheden i skønnet aldrig kan elimineres.

8.4 Delkonklusion

På baggrund af dette kapitel ses det, at vederlagsfrihed er det væsentligste kriterium for omstødelse efter konkurslovens § 64. Det afgørende, i forhold til om der er givet tilstrækkeligt vederlag eller ej, er den objektive ækvivalens. Det er således den faktuelle værdi at et aktiv, der bedømmes ud fra, når vederlagets størrelse skal fastslås. Heroverfor står den

¹⁷³ Huser, K. (1992): 148

¹⁷⁴ Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): 160

subjektive ækvivalens, men denne er kun i mindre grad relevant for omstødelse, idet det er svært at bevise et særmotiv bag en disposition. Dog kan subjektiv ækvivalens godt indgå i vurderingen, men kravene hertil er strenge.

Delvist vederlag kan omvendt være tilstrækkeligt til at omstøde, hvis det giver en uacceptabel ubalance. Dog er der relationer, der gør, at der ikke omstødes efter § 64. Her tænkes fx på parter imellem, hvem der ikke er noget gavemiljø. Det er nemlig ikke forbudt at være en dårlig købmand. Omstødelse kræver derfor også, at den disposition der foretages er over en bagatelgrænse, hvor prisforskellen er så marginal, at der kan være tale om et fejlskøn.

9. Forretningsmæssigt begrundede dispositioner

I dette kapitel af afhandlingen behandles begrebet 'forretningsmæssigt begrundet' i dybden. Begrebet er kort nævnt tidligere, men endnu ikke behandlet. Forretningsmæssigt begrundede dispositioner vil typisk finde sted mellem selskaber, som handler med hinanden eller har en anden tilknytning. Begrebet tjener primært til at frasortere dispositioner, hvor der måske er en grad af vederlagsfrihed i forhold til markedsværdien, men hvor dette begrundes i andre hensyn, som er forretningsmæssige, fx reklamehensyn, markedsføring, socialt ansvar eller andet. Ligeledes findes i dette kapitel et afsnit om kautioner, idet det især er relevant at sikre sig transaktionens gennemførelse i forbindelse med samhandel med en koncern. Denne kan netop ikke være en part, da den ikke er en juridisk person, og da der er fare for, at en forretningspartner derved kommer til at handle med et underselskab, som koncernen senere vælger at likvidere, vil han naturligvis forsøge at sikre sin fordring. Spørgsmålet er så, om der i en sådan situation, hvor der stilles en kaution, er en ubalance, som kan omstødes efter konkurslovens § 64.

Hensigten med kapitlet bliver at undersøge, om en forretningsmæssig begrundelse, for en disposition, fjerner den ubalance, der ellers kunne være.

9.1 Begrebet "Forretningsmæssigt begrundet"

Begrebet forretningsmæssige dispositioner bruges til at frasortere dispositioner fra konkurslovens § 64, idet der i en sådan disposition vil mangle et gavemoment¹⁷⁵. I de tilfælde, hvor der er indgået en forretningsmæssig aftale, vil en ubalance, som skyldes skyldnerens ukyndighed nemlig ikke gøre dispositionen til en delvis gave¹⁷⁶. Der er tale om et fleksibelt og dynamisk begreb, som ændrer sig over tid, ligesom det er forskelligt fra branche til branche, hvad der er forretningsmæssigt. En forretningsmæssig disposition er som hovedregel kendetegnet ved, at virksomheden/selskabet løbende foretager dispositioner af denne karakter med uafhængige parter eller faste samhandelspartnere. Det er en konkret vurdering i den enkelte sag¹⁷⁷. Dermed skal der ses på, om dispositionen er normal for den pågældende virksomhed/selskab. Et eksempel på en forretningsmæssig disposition er den situation, hvor

¹⁷⁵ Ørgaard, A. (2010): 99

¹⁷⁶ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 549

¹⁷⁷ LBKG2011322: note 788-789

skyldneren yder sponsorater til idræts- og kulturlivet, og hvor der ikke ydes et vederlag den anden vej. Disse dispositioner vil have en reklameværdi, som gør, at dispositionen betaler sig på længere sigt¹⁷⁸. Ligeledes kan virksomheden ønske at skabe sig et særligt image, fx som socialt ansvarlig o.a. Omvendt kan virksomheden ikke bare bortgive alle sine midler, som sponsorater eller andet. Der må være en forretningsmæssig reklameværdi for virksomheden, og i denne vurdering indgår elementer som karakteren af virksomhedsområdet, den reklame virksomheden opnår gennem sponsoratet, virksomhedens kundegrundlag og reklamens målgruppe.¹⁷⁹ Momenterne henhører fra skatteretten, men må også indgå i vurderingen i forbindelse med konkursret, da disse momenter er fornuftige at anvende til afgørelse af, om en reklame/sponsorat er forretningsmæssigt begrundet konkursretligt. Karakteren af virksomheden og den reklame en sådan type virksomhed foretager ændrer sig jo ikke blot, fordi retsområdet ændres.

På samme måde kan en anden typisk forretningsmæssig disposition være en kaution. Det er hyppigt forekommende, at der stilles kaution i en forretningsmæssig sammenhæng, idet dette netop er den sikkerhed, der sikrer opfyldelse af kontraktmæssige forpligtelser.¹⁸⁰ Kaution medvirker således som incitament til opfyldelse af den indgåede kontrakt. Kaution er dermed som udgangspunkt ikke en gave, men et naturligt udslag af erhvervsvirksomhed.¹⁸¹

9.2 Hvornår er en sådan disposition forretningsmæssig begrundet?

Dispositioner der er undtaget fra gavebetragtningen, som følge af forretningsmæssighed, deler nogle egenskaber. Ofte er der tale om virksomheder med en vis tilknytning til hinanden, fx i form af koncernforhold eller fast samhandel. Det ses af retspraksis, at en forretningsmæssig disposition kan begrunde, hvorfor der ikke foreligger en gave. Et eksempel herpå er U.2000.1791.H. Omstændighederne var:

U.2000.1791.H

I den pågældende sag fungerede selskabet S som administrationsselskab for samtlige selskaber i koncernen. Der var indgået en aftale med koncernselskaberne, hvorefter alle indbetalinger i US dollars skulle ske på S's dollarkonto i banken B. Direktøren i S kunne disponere over de beløb, som indgik på kontoen og træffe afgørelse om, til hvilke selskaber beløbene skulle overføres til. Ordningen var på den måde indrettet sådan, at der

¹⁷⁸ Andenæs, M. H. (2009): 298

¹⁷⁹ Ligningsvejledningen; erhvervsdrivende 2012-2 E.B.3.6

¹⁸⁰ Saltorp, B. og Werlauff, E. (2009): 174

¹⁸¹ Lassen, J., gengivet i Lego, E. (1988): 456

var en løbende mellemregning mellem de enkelte selskaber i koncernen. USD-Indbetalinger til datterselskabet D indgik normalt på denne konto, hvor udgifter vedrørende D også blev afholdt på denne konto. I oktober 1990 var koncernen kommet i økonomiske problemer, hvilket fik B til at fremsætte krav til S, hvis B fortsat skulle finansiere koncernen. B krævede således, at koncernen skulle afhænde D og De Forenede Jernstøberier A/S. Koncernens økonomiske problemer fortsatte også med underskud i 1991, og d. 7. juni 1991 trådte S og D i betalingsstandsning, og selskaberne blev i december samme år taget under konkursbehandling. Begge selskaber havde allerede inden konkursen gæld til B. D havde pantsat nogle udestående fakturaer for deres gæld, som de havde til gode hos det amerikanske firma PRIMMI. PRIMMI indbetalte beløbene på koncernens dollarkonto. Dette var alm. praksis, idet koncernen alene havde den samme dollarkonto. Herefter burde midlerne have dækket D's gæld til B, men i stedet dækkede de S's gæld. Konkursboet gjorde gældende, at de pantsatte fakturakrav stod til sikkerhed for D's gæld til B, og at B reelt havde styret koncernens likviditet frem mod betalingsstandsningen, således at midlerne var gået til dækning af S's gæld i stedet for D's gæld. Gaven består dermed i, at D principalt har indfriet S's gæld og subsidiært stillet sikkerhed for gælden, som var uerholdelig. Der er således sket en vederlagsfri overdragelse. Retten lagde til grund, at S fungerede som administrationsselskab, og alle koncernselskaberne var enige om at føre deres USD-indbetalinger over S's dollarkonto, hvorfor direktøren havde dispositionsret derover. Beløb indbetalt på dollarkontoen var således til rådighed for hele koncernen og dermed også D, hvilket gjorde, at administrationsordningen var forretningsmæssigt begrundet. På denne baggrund fandt retten, at der ikke forelå en gave, men i stedet ordinære betalinger, som var en del af den almindelige drift. Dispositionen blev dermed ikke omstødt, da der ikke forelå en gave.

I sagen var det afgørende, at der var en samlet administration af koncernselskabernes dollarindbetalinger, hvilket var almindelig drift i den pågældende koncern. Det var således sædvanligt for koncernen at sammenblande sine dollarmidler, hvorfor der ikke blev omstødt som gave. Dispositionen var forretningsmæssigt begrundet og fornuftig ud fra koncernsynspunktet, uanset at administrationsretten gjorde, at midler blev overført fra det ene selskab til det andet. Dispositionens sædvanlighed bevirkede, at denne ikke var motiveret af økonomiske vanskeligheder eller unddragelse fra kreditorernes fyldestgørelse.

Er der omvendt tale om en enkeltstående disposition, som ikke er forretningsmæssigt begrundet, må der omstødes. Et sådant tilfælde forelå i sagen U.2001.1329.H.

Omstændighederne var:

U.2001.1329.H

K var eneanpartshaver i et selskab, A, som drev isforretninger i stormagasiner. Sideløbende med at driften i selskabet ophørte, oprettede K et nyt selskab, som hun brugte til at oprette nye isforretninger. A havde gæld til K allerede inden selskabet ophørte, og da der kom en uerholdelig gæld til nogle leverandører af is, som var fastslået

ved voldgift, gik A efterfølgende konkurs. I forbindelse med konkursboet anlagde kurator sag mod K's nye selskab, idet A havde betalt stempeludgifter og depositum i forbindelse med dette selskabs oprettelse af nye isforretninger. Det nye selskab havde ikke ydet A vederlag herfor. Under sagen gjorde konkursboet gældende, at betalingerne af stempeludgifter og depositum var en gave mellem selskab og eneanpartshaver. Ligeledes gjorde boet gældende, at der var overdraget inventar og varelager fra A til det nye selskab for 300.000 kr. Sagsøgte mente ikke, der var tale om en gave, fordi sagsøgte havde et væsentligt tilgodehavende ved A. Ligeledes fandt selskabet det ikke godtgjort, at A havde haft inventar og varelager for 300.000 kr. Retten fandt det ikke godtgjort, at det var inventar og varelager for 300.000 kr. Det skønnedes, at A i stedet havde inventar for 100.000 kr., hvilket var blevet overdraget til det nye selskab vederlagsfrit. Ligeledes fandt retten, at depositummet og stempeludgifterne var betalt af A, uden at der var ydet vederlag herfor, ligesom der ikke var modregnet noget beløb på K's mellemregningskonto. Der forelå derfor en gave, som blev omstødt.

I sagen overførte ejeren af et selskab driftsmidler og en depositumindbetaling fra sit ene selskab til sit andet. Der var ikke tale om en sædvanlig disposition, idet overførslen skete i forbindelse med konkursen af det første selskab og opstarten af det andet. Der var således tale om en kreditorunddragende disposition, der på ingen måde var forretningsmæssig.

Ud fra disse betragtninger kan det anføres, at alle forretningsmæssige dispositioner hermed undtages fra omstødelse efter § 64 som følge af gavebetragtningen. Dette stemmer med afhandlingens tese, hvorefter der må være en ubalance, hvis der skal omstødes. Det er dog ikke alle forretningsmæssige dispositioner, der nødvendigvis undgår omstødelse. Faren ved at have en fast sammenblanding af dispositioner mellem to selskaber er risikoen for, at selskaberne identificeres med hinanden og anses for ét selskab.

9.2.1 Identifikationsproblematikken i forbindelse med omstødelse

Som udgangspunkt anses to selskaber for selvstændige retssubjekter. Dog kan de i visse tilfælde være så nært forbundne, at der kan ske identifikation.¹⁸² For at der kan statueres identifikation, kræves det, at det ene retssubjekt ejermæssigt dominerer det andet, ligesom der ofte er den samme ledelse i begge selskaber. Sammenfaldende ledelse indikerer ofte, at det ene af selskaberne ikke har en selvstændig funktion og råderet.¹⁸³ Ydermere mangler selskaber, som identificeres med hinanden, økonomisk og regnskabsmæssig adskillelse, hvilket bidrager til faren for, at der sker identifikation.¹⁸⁴ Der er således ved identifikation tale

¹⁸² Godsk Pedersen, H. V. (1985): 352 f.

¹⁸³ Godsk Pedersen, H. V. (1985): 354

¹⁸⁴ Godsk Pedersen, H. V. (1985): 355 & Krüger Andersen, P. (2010): 506

om, at realiteten ikke svarer til den formelle opdeling af selskaberne, men at den formelle opdeling alene er en konstruktion på papiret. Se hertil fx U.1977.526.H og U.1997.1642.H.

Selv hvis en disposition kan fritages fra omstødelse, fordi den er forretningsmæssigt begrundet, kan konkursboet måske komme igennem med identifikationsbetragtningen. Et eksempel herpå er den utrykte dom V.L.B-2509-11 fra 2012. Sagen angik følgende:

Utrykt dom – Nordpro – V.L.B-2509-11

I den pågældende sag var Grundudviklingsselskabet Dansk Nybyg A/S(Grundudviklingsselskabet) et datterselskab i Dansk Nybyg koncernen. Dansk Nybyg A/S(Dansk Nybyg) var moderselskabet for koncernens seks datterselskaber. Nordpro Reklameproduktion ApS(Nordpro Reklameproduktion) handlede med Dansk Nybyg og havde herved et større tilgodehavende hos Dansk Nybyg A/S. På grund af den gæld som Dansk Nybyg Skyldte Nordpro Reklameproduktion, blev der d. 12. oktober 2009 indgået en skriftlig aftale mellem Dansk Nybyg og Nordpro Reklameproduktion, hvor parterne blev enige om størrelsen på tilgodehavende, en afdragsordning og Grundudviklingsselskabet skulle stille sikkerhed for beløbet. Nordpro Reklameproduktion fik pant i datterselskabets fire grunde. I den forbindelse blev der udstedt et ejerpantebrev samme dag. Ejerpantebrevet blev dog først tinglyst d. 2. februar 2010. Grundudviklingsselskabet anmeldte betalingsstandsning d. 8. april 2010 og blev senere i samme måned taget under konkursbehandling. Konkursboet mente, at sikkerhed skulle omstødes efter konkurslovens § 64, idet Nordpro Reklameproduktions tilgodehavende hos Dansk Nybyg A/S var uerholdeligt på tidspunktet for pantsætningen, og dispositionen ikke var forretningsmæssig begrundet. Konkursboet gjorde endvidere gældende, at konkurslovens § 70 måtte finde anvendelse, hvis retten fandt, at der var identifikation mellem selskaberne. Til støtte for identifikationssynspunktet anførte konkursboet, at der internt ikke blev respekteret den funktionsopdeling, som var i koncernen. Endvidere blev der anført, at selskaberne havde samme aktionærkreds, og Nordpro Reklameproduktions kontakt til selskaberne skete til den samme personkreds, uanset hvilket selskab der var skyldner til Nordpro reklameproduktion. Retten fandt, at der var identifikation mellem Dansk Nybyg A/S og grundudviklingsselskabet, idet flere forhold talte for identifikation, bl.a. det faktum at selskaberne betalte hinandens udgifter, når den ene manglede likviditet. Retten lagde også vægt på, at ledelsen i begge i selskaber bestod af den samme persongruppe. Det indgik også i vurderingen, at Nordpro Reklameproduktion betragtede koncernen som en helhed, hvilket fremgik af Nordpro Reklameproduktions processkrift, idet der under sagsfremstillingen var anført, at der var fuldstændig sammenblanding mellem de forskellige selskaber. Derover indgik der også en annonce i vurderingen, hvor koncernen også udadtil havde optrådt som en enhed. På denne baggrund fandt retten, at direktøren i Nordpro Reklameproduktion var eller burde have været klar over, at pantet blev stillet på grund af den nære sammenhæng mellem selskaberne. Da der var identifikation mellem de to selskaber, fandt retterne, at der skulle omstødes efter konkurslovens § 70, stk. 1, idet pantet ikke havde været tiltænkt ved gældens stiftelse, og sikringsakten var foretaget senere end tre måneder før fristdagen.

Retten nævner intet om, at der er tale om en gave i præmisserne. Dette er ellers gjort gældende som det principale anbringende i byretten. Da retten statuerer identifikation, er § 70 den mest relevante bestemmelse, selvom omstødelseskrauet bliver et § 97 krav i stedet for et § 98 krav efter konkursordenen. Identifikation gør nemlig, at sagen falder under anvendelsesområdet for konkurslovens § 70. Det havde ellers været en fordel for konkursboet at få dispositionen omstødt efter konkurslovens § 64, da det havde givet et § 98 krav i konkursordenen i stedet.

Havde selskabet været insolvent kunne dispositionen have været omstødt efter § 64, idet der havde været tale om sikkerhed for en uerholdelig fordring, men retten tager ikke stilling hertil, hvorfor det er uafklaret, hvad sagens udfald i så fald var blevet.

I sagen tages ikke stilling til, om dispositionen er forretningsmæssig. Hvis den havde været det, og dommen havde fået samme udfald, bedømt efter § 64, ville dommen være gået i retning af, at ikke alle forretningsmæssige dispositioner fritages for omstødelse efter konkurslovens § 64. Dette er dog uafklaret, da der ikke tages stilling hertil. Selvom der ikke var blevet omstødt efter § 64, på grund af forretningsmæssighed, havde sagen fået samme resultat. Dispositionen var blevet omstødt efter § 70 alligevel, som følge af identifikation mellem selskaberne.

Havde dispositionen i sagen været forretningsmæssigt begrundet, havde dommen været helt i overensstemmelse med afhandlingens tese, da der ikke omstødes efter § 64, men i stedet efter konkurslovens § 70. Normalt rammer konkurslovens § 70 ikke dispositioner, hvor der stilles sikkerhed for tredjemands gæld¹⁸⁵, men identifikationssynspunktet gør netop, at gælden ikke anses for tredjemands, men partens egen.

I U.2000.1791.H var identifikation ikke gjort gældende, selvom der var tale om nært forbundne selskaber. Forskellen var, at her var en fornuftig ordning med administration af dollarkontoen, således at der kunne nøjes med den ene, mens der ikke var anden sammenblanding af selskabernes økonomi. Da der ikke skete anden økonomisk sammenblanding udover dollarkontoen, talte dette imod en evt. identifikation. Betalingerne var netop ordinære i sagen, hvorfor afgørelsen således var blevet den samme, uanset om identifikation havde været gjort gældende.

¹⁸⁵ Ørgaard, A. (2010): 121

Et eksempel på et tilfælde, hvor der ikke var tale om ordinære transaktioner er den utrykte dom B033900C-SKJ, afsagt d. 19. december 2011 af Østre Landsret. Retten lagde vægt på, at selskaberne havde samme ejerkreds, og at den organisatoriske opbygning ikke var adskilt, så de fungerede som en enhed. Der blev derfor omstødt efter identifikationssynspunktet.

Konkursboerne skal dog være opmærksomme på identifikationsproblematikken, da den giver dem et redskab til at omstøde dispositioner, som ikke fanges af § 64, såfremt de kan fremlægge beviser for, at kravene til identifikation er opfyldt.

9.3 Kautioner

Udgangspunktet ved kautioner er, at der ikke foreligger en gave, selvom der er tale om en vederlagsfri disposition. Der sker ikke nogen formueforøgelse, idet der stilles sikkerhed for opfyldelsen af en fordring i en gensidig bebyrdende aftale.¹⁸⁶ Denne indgangsvinkel betyder, at der ikke er en ubalance i dispositionen som i afhandlingens tese.

Et eksempel på, at skandinavisk retspraksis følger denne linje ses i den norske dom RT.1993.1474. Sagens omstændigheder var følgende:

RT.1993.1474

Sagen drejede sig om en arving, som krævede, at en kautionserklæring, afgivet af den efterlevende ægtefælle, skulle omstødes, idet hun sad i uskiftet bo. Ægtefællen var arvingens mor, og hun havde kautioneret for arvingens broders banklån. Da sønnen senere fik dårlig økonomi overtog moderen forpligtelsen, idet banken gik til inkasso med kravet. Hun udstedte herefter et gældsbevis til banken på beløbet samt en panteobligation pålydende samme beløb, som gav banken pant i hendes hus. Arvingen, som var den yngste søn, rejste krav om, at kautionsforpligtelsen, gældsbeviset og panteobligationen skulle kendes ugyldige som stridende mod arvelovens gaveforbud. Retten fandt, at kautionsforpligtelsen var gyldig, idet denne ikke kunne betegnes som en gave, men var påtaget efter bogen. Derimod anså retten gældsbeviset og panteobligationen for gaver, som dog ikke blev ramt af arvelovens gaveforbud. Retten mente, at denne bestemmelse var forkert påberåbt af arvingen, idet der i arveloven var andre retsmidler denne kunne påberåbe, når han mente, at moderen havde forringet det uskiftede bo uberettiget. Alligevel var den norske højesteret tilbageholdende, da den ikke før havde haft bestemmelsen fremlagt med denne anvendelse, og den statuerede at både panteobligationen og gældsbeviset var gyldige, men at disse skulle nedsættes.

Dommen omhandler en kaution i arveforhold, men kan også anvendes i forbindelse med konkurs, da der sker en forringelse af arveladerens bo i sagen, ligesom der ville i en konkurs,

¹⁸⁶ Andenæs, M. H. (2009): 296

hvor der føres aktiver ud af boet. Der findes ikke dansk praksis vedr. tilsvarende kautionsspørgsmål. Det skyldes, at dette spørgsmål ikke forelægges særligt ofte for domstolene, hvilket også fremgår af den norske dom, hvor den norske højesteret netop tilkendegiver, at den ikke har haft dette spørgsmål til prøvelse før.

Kautionen omstødes ikke i sagen, idet retten udtaler, at der ikke er tale om en gave. Der er netop tale om en forpligtelse, som kautionisten påtager sig velvidende og mod en modydelse fra banken i form af lånet. Da dette ikke kan føres tilbage, og fordi der ikke er en formueforskydning, når der er ydet en tilsvarende modydelse, omstødes kautionen ikke. Den er således ikke en gave. Dette er i overensstemmelse med konkursretlig teori, hvorfor dommen sandsynligvis ville have fået samme udfald her.¹⁸⁷

Modifikation til udgangspunktet er, hvis debitor er insolvent, idet fordringen derved bliver værdiløs. Kreditor kan således på ingen måde regne med opfyldelse af sin fordring og må anse denne for uerholdelig. Der findes foreløbig ingen retspraksis på området, men der er bred enighed om, at der vil være tale om en gave, hvis der stilles kaution eller tredjemands pant for en allerede stiftet, uerholdelig fordring, idet der sker en vederlagsfri overførsel.¹⁸⁸ Et eksempel herpå forelå i U.1985.232.V med følgende faktum:

U.1985.232.V

Sagen drejede sig om en kaution for en ene-anpartshaver havde kautioneret for selskabets gæld overfor en kreditor. Selskabet var stiftet af anpartshaveren, og han var enejer af anparterne i dette. Anpartshaveren kautionerede overfor banken som kreditor for selskabets gæld. Konkursboet bestred, at der var en gyldig fordring. Byretten fandt, at konkurslovens § 70 eller en analogi af denne var anvendelig, hvorfor kreditorens kautionsfordring blev anerkendt som krav mod ene-anpartshaverens konkursbo. Landsretten udtalte, at konkurslovens § 70 ikke omfattede pant for tredjemands gæld, hvorfor bestemmelsen ikke kunne anvendes i den pågældende situation. Der kunne således ikke omstødes.

I sagen kautionerede en ene-anpartshaver for selskabets gæld overfor en kreditor, blot en måned inden selskabet gik i betalingsstandsning. Konkurslovens § 64 blev ikke gjort gældende, men det gjorde alene § 70. Med ovenstående overvejelser in mente, havde sagen nok fået et andet udfald, hvis § 64 havde været påberåbt.

¹⁸⁷ Ørgaard, A. (2011): 100 & Godsk Pedersen, H. V. (2011): 126

¹⁸⁸ Godsk Pedersen, H. V. (2011): 126 f. & Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 550

Det ville bl.a. være afgørende ved vurderingen af § 64, at kautionen var indgået for en allerede stiftet gæld. Det faktum, at han indgiver betalingsstandsning under en måned efter kautionen, peger i retning af, at fordringen på indgåelsestidspunktet har været uerholdelig.

Det ses således, at kautioner ikke omstødes, medmindre der er kautioneret for en uerholdelig fordring. En medvirkende årsag til, at dette er tilfældet er, at det forretningsmæssige element forsvinder, når der er tale om en kaution for en fordring uden dækning. Der er jo ingen forretningsmæssig årsag til at stille kaution for en fordring, der aldrig bliver betalt. Kautioner er således ikke forretningsmæssige, hvis den ene af parterne er insolvent, idet det kun giver garanti for en ting, nemlig at den ene ikke får sine penge.

9.4 Delkonklusion

Som udgangspunkt omstødes forretningsmæssige dispositioner ikke. Ifølge afhandlingens tese skal der være en ubalance, hvis der skal omstødes, hvilket så skal være reglen. Denne ubalance mangler i en forretningsmæssig disposition. Dette stemmer også med udgangspunktet om, at kaution er en sikkerhed for en ydelse, som er ligevægtig. Der er således ikke nogen ubalance i et kautionsforhold, hvorfor kautioner som udgangspunkt ikke omstødes. Ubalancen opstår først, når der stilles kaution for en gæld, der ikke kan betales. I så fald yder den ene part en ydelse uden nogen modydelse fra den anden. I disse tilfælde kan der muligvis være tale om et gaveelement, men dette er endnu ikke fastlagt i retspraksis. Hvad der omvendt er fastlagt er, at kautioner ofte anses for forretningsmæssige. Dette er dog ikke tilfældet med alle dispositioner, idet de skal være sædvanlige for at falde under denne kategori, jf. U.2000.1791.H. I forhold til identifikation er der ikke nogen garanti for, at der ikke omstødes, blot fordi en disposition er forretningsmæssigt begrundet. Der opstår dog spørgsmålet om, hvilken af konkurslovens bestemmelser der i så fald skal omstødes efter. Konkursboerne skal således være opmærksomme på, at identifikation giver dem et redskab til at omstøde dispositioner, som ikke fanges af § 64. Det kræver dog, at de kan fremlægge beviser for, at kravene til identifikation er opfyldt, og her må det erindres, at der kræves tungtvejende beviser.

10. Dispositioner mellem nærstående

Indenfor konkursretten ligger der især i gavemiljøet mellem nærstående en mulighed, for debitorerne, for at snyde kreditorerne for fyldestgørelse. Der er derfor i retspraksis en formodning for statuering af gave mellem nærstående, og derfor omstødes dispositioner imellem sådanne ofte. Omstødelse er helt i overensstemmelse med afhandlingens tese, men formodningen er ikke hjemlet i loven. Dette kapitel ser derfor på, hvornår personer er nærstående og om formodningen er berettiget.

10.1 At være nærstående

I konkursretten er der en formodning for gavemiljø mellem nærstående. Konkurslovens § 2 definerer begrebet nærstående som værende ægtefæller, slægtninge i op- og nedgående linje, søskende, de nævnte personers ægtefæller og andre, der har stået hinanden særligt nær, når der er tale om fysiske personer.¹⁸⁹

Er der tale om juridiske personer, defineres nærstående som et selskab og en person, hvor personen eller dennes nærstående direkte/indirekte ejer en væsentlig del af selskabet eller to selskaber, hvor enten det ene ejer en væsentlig del af det andet eller hvor begge selskaber ejes af samme fysiske person eller samme selskab.¹⁹⁰ Der er således tale om en bred kreds af personer.

I bestemmelsen anvendes ordet 'væsentlig' til afgrænsningen af, hvornår parter er nærstående økonomisk set. Ordet væsentlig giver dog ikke et klart svar på, hvornår der således er en sådan økonomisk sammenhæng, at parterne må anses for nærstående. Både selskaber i samme koncern og indehaveren af en væsentlig aktiepost i et selskab samt hans nærstående må have en sådan indbyrdes tilknytning, at de særlige regler finder anvendelse.¹⁹¹

Det er usikkert, hvor grænsen går, men det må anføres, at det ikke er et krav, at der ejes 50 % procent af kapitalen.¹⁹² Det er ikke muligt at angive i bestemte tal, hvor stor en andel i virksomheden, der kræves til anvendelse af bestemmelsen.¹⁹³ Det afhænger i stedet af

¹⁸⁹ LBKG2011217: § 2

¹⁹⁰ LBKG2011217: § 2

¹⁹¹ LBKG2011217: note 15

¹⁹² Lindenchrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 97

¹⁹³ LBKG2011217: note 14

kapitalens fordeling, hvorledes grænsen trækkes.¹⁹⁴ Dog må kapitalandelen være af en størrelse, der kan virke motiverende for den indbyrdes disposition mellem de nærstående parter.¹⁹⁵ Også datterselskaber af det selskab, hvis aktier skyldneren besidder en væsentlig del af, behandles som nærstående.¹⁹⁶ I retspraksis lægges afgørende vægt på kapitalandelens reelle indflydelse og kun i mindre grad dens størrelse, ligesom ejeraftaler indgår i vurderingen. Dette er i nogen grad i strid med bestemmelsens ordlyd og forarbejder.¹⁹⁷

Ligeledes er andre personer, selskaber eller organisationer, som har tilsvarende interessefællesskab som ved indehavelse af kapitalandele, medtaget i bestemmelsen.¹⁹⁸ Herunder falder bl.a. det tilfælde, at en person uden at eje kapitalandele dog oppebærer udbyttet af en væsentlig del af selskabskapitalen. Ligeledes omfattes foreninger, selvejende institutioner og fonde af denne del af bestemmelsen.¹⁹⁹ Bestemmelsen omfatter ikke personer, der har tilknytning til det konkursramte selskab gennem medlemskab af selskabets bestyrelse. Valg til bestyrelsen berører ikke ejerforholdet, og indebærer dermed ikke et tilsvarende interessefællesskab som ovenfor nævnt, hvilket bl.a. følger af U.1993.981.H.²⁰⁰

Afgrænsningen af hvornår personer fysisk er nærstående anføres i bestemmelsen. Ved ægtefæller forstås således den, parten er gift med, fraseparerede ægtefæller og ægtefæller, som lever adskilt. Fraskilte ægtefæller falder ikke ind under definitionen, hvorfor grænsen går der.²⁰¹

Ved andre slægtninge forstås børn, børnebørn, forældre, bedsteforældre samt fjernere led, hvilket fx henviser til adopterede børn eller søskende.²⁰²

Problemet opstår ved definitionen af, hvad der forstås ved 'andre der står hinanden særligt nær', som bestemmelsen kalder det. Om denne formulering anføres, at: *"Den, der lever sammen med skyldneren, eller med hvem han agter at indgå ægteskab, må i almindelighed siges at stå skyldneren personlig særlig nær og er således omfattet af reglen. Fjernere*

¹⁹⁴ U.1987B.417: 423

¹⁹⁵ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 97

¹⁹⁶ LBKG2011217: note 14

¹⁹⁷ U.2003B.387

¹⁹⁸ Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): 98

¹⁹⁹ LBKG2011217: note 15

²⁰⁰ U.1993.981.H

²⁰¹ LBKG2011217: note 8

²⁰² LBKG2011217: note 9

*slægtninge, f.eks. søskendes børn, falder kun ind under bestemmelsen, hvis det påvises, at der har foreligget et nogenlunde lige så nært tilknytningsforhold, som sædvanligvis består mellem de udtrykkeligt nævnte slægtninge. Plejebørn vil hyppigt stå skyldneren lige så nær som de slægtninge, der er nævnt i lovteksten.*²⁰³

Bestemmelsen er indført, fordi en insolvent person ikke altid varetager sine økonomiske forpligtelser i overensstemmelse med, hvad der er i hans objektivt bedste interesse. Således er det ikke altid, at en debitor sørger for at få en ligeværdig modydelse for det, han fører ud af boet.²⁰⁴ Nogle personer, der står skyldner nær, kan derved få en fordel, fordi skyldner giver dem en bedre stilling ved at foretage økonomiske ofre til ulempe for hans kreditorer.²⁰⁵ Af samme grund har et forretningsmæssigt salg til nærstående således formodning for begunstigelseshensigt.

Bestemmelsen er indført med 1977-konkursloven og har ingen parallel i den tidligere konkurslovgivning. Den eneste tidligere bestemmelse, der minder om, er § 28, som dog havde et smallere anvendelsesområde. Konkurslovens § 2 har således gjort det nemmere for konkursboet at omstøde dispositioner i forhold til skyldnerens nærstående.

10.2 Gaveformodningen mellem nærstående

Der stilles lempeligere beviskrav, når der er tale om en gave til nærstående, idet der er en gaveformodning, men denne bevislempelse er ikke hjemlet i konkurslovens § 64. I stedet er den udviklet og anvendes i retspraksis, som fx i dommen U.2011.963.H, hvor begge instanser fastslår, at gaveformodningen foreligger. Det anføres i landsretten, at:

*”Produktionsaktiverne er overdraget til Abtek international som Leif Lauridsen stiftede i juli 2003. Selskaberne er nærstående, jf. Konkurslovens § 2, nr. 3. Herefter, og da købesummen ikke svarer til den værdi, som er fastsat af skønsmanden som >>going concern værdien<< er der en formodning for, at der i overdragelsen ligger et gaveelement.*²⁰⁶

²⁰³ LBKG2011217: note 13

²⁰⁴ KBET1971606: 49

²⁰⁵ KBET1971606: 49

²⁰⁶ U.2011.963.H: 971

Dette tiltrædes af højesteret med bemærkningen: *"Under disse omstændigheder tiltræder højesteret, at overdragelsen burde være sket til aktivernes værdi under forudsætning af >>going concern<<."*²⁰⁷ Dommen er ligeledes behandlet i afhandlingens kapitel 8.

Retspraksis finder støtte for gaveformodningen i forarbejderne til konkursloven, mens selve loven intet nævner herom. Forarbejderne anfører således, at der er *"...en stærk formodning for, at meningen netop har været at give sønnen en (delvis) gave..."*²⁰⁸, hvis fx en far sælger et aktiv til sin søn for en pris under værdien. Forarbejderne kalder endda formodningen for stærk, selvom den ikke har hjemmel direkte i loven.

Selvom formodningen ikke er hjemlet direkte i bestemmelsen, afholder det ikke domstolene fra at anvende formodningen. Således gøres dette i de nedenstående afgørelser:

U.2007.551.H

Sagen omhandlede et anpartsselskab S, der i januar 1999 solgte en landsbrugsejendom til et af selskabets bestyrelsesmedlemmer, som også var direktør i selskabet. Selskabet gik konkurs i september 2000, og det var derfor interessant at se på, om ejendommen kunne omstødes efter konkurslovens § 64, stk. 2, eftersom bestyrelsesmedlemmet var nærstående til S, jf. konkurslovens § 2, nr. 2. S havde erhvervet ejendommen på tvangsauktion, men opnåede ikke ret til at eje ejendommen, idet S ikke opfyldte betingelserne i landbrugsloven vedrørende uddannelses- og bopælskravet. Da betingelserne ikke var opfyldt, blev S derfor pålagt at sælge ejendommen. S solgte herefter ejendommen til bestyrelsesmedlemmet. Bestyrelsesmedlemmet havde betalt 708.000 kr., hvilket var under ejendommens værdi, idet syn- og skønsmanden fastsætte værdien inklusiv nogle plantede juletræer til 2.351.000 kr. Højesteret fandt på denne baggrund, at overdragelsen var omstødelig, fordi transaktionen indeholdt et betydelig gaveelement, da ejendommen var solgt til underpris. Bestyrelsesmedlemmet var heller ikke i stand til at føre solvensbevis, og overdragelsen blev omstødt efter konkurslovens § 64, stk. 2. Beløbet, som bestyrelsesmedlemmet skulle betale til konkursboet, blev fastsat skønsmæssigt til 1.500.000 kr., idet retten fandt, at værdiansættelsen skulle fastsættes på grundlag af oplysninger om ejendommens værdi ud fra syn og skøn med fradrag af købesummen, og de omkostninger bestyrelsesmedlemmet havde haft i forbindelse med købet.

Sagen angik et salg til væsentlig underpris fra et selskab til en nærstående direktør. Direktøren var samtidig anpartshaver, og var derfor nærstående med selskabet, jf. konkurslovens § 2, nr. 2. Der var således tale om et salg indenfor gaveformodningen, selvom dommen ikke direkte

²⁰⁷ U.2011.963.H: 973

²⁰⁸ KBET1971606: 142

nævner ordet formodning. Der lægges dog afgørende vægt herpå, idet det statueres, at der er betalt for lidt, og allerede derfor foreligger der en gave.

Lignende situationer forelå i U.2010.1733.V og U.2009.1796.H:

U.2010.1733.V

I sagen havde O, der drev en personlig virksomhed med import og eksport af landsbrugsmaskiner, overdraget en række aktiver til sin samlever S uden overdragelsesaftale. Der var overdraget aktiver for i alt 2 mio. kr., bl.a. to faste ejendomme og nogle maskiner. Aktiverne blev overdraget, idet O fik økonomiske problemer, og banken havde opsagt O's engagement med banken. Kort tid herefter blev S erklæret konkurs. Da overdragelsen af aktiverne var sket lige før O's konkurs, var det interessant at se på, om overdragelsen kunne omstødes efter konkurslovens § 64, stk. 1. Konkursboet gjorde gældende, at der var betalt for lidt for aktiverne, idet købssummen ikke svarede til værdien efter "going concern" princippet. S mente derimod, at der ikke var tale om en overdragelse af en virksomhed i drift, men alene nogle aktiver, og dette skulle tillægges betydning ved værdifastsættelsen af aktiverne. S mente i stedet, at aktiverne skulle sættes til afhændelsesprisen. Vestre Landsret fandt på denne baggrund, at S havde bevisbyrden for, at der var sket overdragelse af aktiver og ikke virksomheden, eftersom der ikke var udfærdiget en overdragelsesaftale. Denne bevisbyrde fandt retten, at S ikke havde løftet. S havde heller ikke godtgjort, at konkurs var det eneste alternativ til den skete overdragelse. Derfor skulle værdiansættelsen ske ud fra princippet "going concern" og ikke til konkurspriser. Aktiverne var hefter købt til underpris, og derfor var der givet en gave på 3.300.000 kr., der kunne omstødes efter konkurslovens § 64. S skulle derfor betale forskellen.

U.2009.1796.H

Sagen angik en overdragelse af et ikke endeligt fastlagt erstatningskrav. Erstatningskravet blev overdraget fra A til selskabet S, som A var nærstående til, idet hans sønner og ægtefælle alle var anpartshavere i S. Overdragelsen skete uden vederlag. A's konkursbo gjorde gældende, at det fremgik af overdragelsesaftalen, at der ikke blev ydet vederlag for det overdragne erstatningskrav. S gjorde gældende, at der var ydet vederlag i form af, at nogle aftaler mellem parterne måtte anses for et samlet hele, og der dermed var ydet vederlag. Dette afviste retten med bemærkning om, at de indgåede modaftaler ikke modsvarede værdien af det overdragne erstatningskrav.

Landsretten fandt, at erstatningskravet udgjorde en betydelig økonomisk værdi for A, idet kravet var på 1.486 mio. Dette sammenholdt med det faktum, at A og S var nærstående betød, at der var tale om en formuefordel som S ikke ydede vederlag for. Gaven var således omstødelig efter konkurslovens § 64. Ligeledes fandtes betingelserne for omstødelse efter konkurslovens § 74 opfyldt, hvorfor S blev dømt til at erstatte boets tab med 1.4 mio. Højesteret stadfæstede dommen.

Dommene handler om hhv. et salg af nogle aktiver og en overdragelse af et erstatningskrav. I begge tilfælde overdrages der til nærstående.

I U.2010.1733.V forelå der en gave, fordi der var ydet for lidt vederlag i forbindelse med købet af aktiverne. Aktiverne var værdiansat til konkurspriser i stedet for going concern priser, hvilket retten fastslog skulle have været gjort. Parterne havde ikke bevist, at der ikke var andre muligheder end et salg til konkurspriser. Retten udtalte, at gavedispositionen blev styrket af, at der var tale om en overdragelse til en nærstående, hvilket ydermere styrker antagelsen om, at der er en gaveformodning mellem nærstående.

I U.2009.1796.H gjorde boet i sine anbringender bl.a. gældende, at der var tale om nærstående parter, hvorfor der var en formodning for, at overdragelsen var et udslag af gavmildhed og dermed omfattet af konkurslovens § 64, også selvom det ses af denne afhandling, at det ikke er et krav, at der foreligger gavmildhed efter denne bestemmelse.²⁰⁹ Det virker selvmodsigende, at boet gør gældende, at der er en formodning for gave mellem nærstående parter, når samme bo netop har anført, at gavmildhed ikke er et krav for anvendelse af konkurslovens § 64. Boets hensigt må have været at anføre, at der er formodning for *gave*, når der er tale om nærstående.

Begge domme omstøder dispositionerne mellem nærstående ud fra, at der er en gaveformodning, ligesom der ikke er noget krav om gavmildhed, for at konkurslovens § 64, finder anvendelse. Nærstående relationer taler således for omstødelse på grund af et særligt gavemiljø.

Ovenstående er senest blevet bekræftet ved den utrykte dom B0267032 – JO afsagt af Østre Landsret. Dommen havde følgende omstændigheder:

Dom afsagt d. 19. april 2013 af Østre Landsret – B0267032 – JO

I sagen havde AKP Holding A/S (AKP Holding) i oktober 2008 overdraget FC Nordsjælland Holding til KAP Holding ApS (KAP Holding). KAP Holding var et nystiftet selskab, som ejeren af AKP Holding også ejede. Aktierne i FC Nordsjælland Holding blev overdraget for 500.000 kr. Efterfølgende blev AKP Holding taget under konkursbehandling i februar 2009 med fristdag d. 19. januar 2009. Konkursboet mente, at aktierne i FC Nordsjælland Holding var solgt alt for billigt. Konkursboet gjorde gældende, at kreditorerne blev unddraget med minimum 5 mio. kr. På denne baggrund argumenterede konkursboet for, at der var en gavedisposition, idet personkredsen på sælge- og købersiden var identiske, jf. konkurslovens § 2, og dispositionen blev overdraget til langt under markedsprisen. Konkursboet krævede på baggrund heraf at få aktierne tilbage efter konkurslovens § 77. Landsretten fandt, at prisen for aktierne på overdragelsestidspunktet var 3 mio. kr. på baggrund af en

²⁰⁹ U.2009.1796.H: 1802

vurdering fra syns- og skønsmanden. Landsretten fastslog herefter, at KAP Holding havde betalt for lidt, og denne vederlagsfrihed var et betydeligt gaveelement. Dermed var betingelserne efter konkurslovens § 64 opfyldt. Konkursboet fik dog ikke medhold i at få aktierne tilbage, idet landsretten fandt, at det vil være vanskeligt og uacceptabelt for et bo at drive en fodboldklub under hensyn til at tiltrække sponsorer og spillere. Konkursboet tab blev herefter sat til 2,5 mio. kr., som KAP Holding skulle erstatte.

I dommen var personerne på hhv. sælgers og købers side identiske, hvorfor der klart var tale om nærstående. Det faktum, samt det at der var blevet betalt for lidt for selskabet, betød, at der var tale om en betydelig gave. Begrundelsen stemmer overens med gaveformodningen, når der er tale om nærstående, hvilket ses klart, idet retten netop udtaler, at gavemomentet her er betydeligt. Ligeledes går retten ikke ind overvejelser om kreditorunddragelse, allerede fordi de andre omstændigheder taler stærkt for gave.

Det ses således af alle de nævnte domme, at retspraksis konsekvent statuerer, at der er en særlig formodning for gave, når den foretagne disposition, hvori der er en ubalance, er sket mellem nærstående.

10.3 Gaveformodningens berettigelse

Det må anføres, at den etablerede gaveformodning mellem nærstående er en udvidelse af konkurslovens § 64's omstødelsesområde, idet der ikke er anført nogen formodningsregel i selve bestemmelsen. Dette gælder hverken bestemmelsens stk.1 eller 2.

Faren ved en sådan formodning er, at dispositioner, der ikke skulle have været omstødt, kan blive ramt af formodningen, fordi domstolene hellere vil omstøde for meget end snyde kreditorerne for fyldestgørelse. Formodningen er således alene udviklet i retspraksis²¹⁰ og nævnt i forarbejderne til konkursloven.

Formodningen er dog ikke ny. Den bygger således på de tanker, der lå bag 1872-konkurslovens § 28. Betragtningerne her var, at der er en særlig fare for, at insolvente personer vil afhænde deres aktiver til nærstående og dermed besvige deres kreditorer. Bestemmelsens betragtning var således, at enhver objektivt set skadelig afhændelse af aktiver måtte omstødes uden hensyn til god eller ond tro hos parterne. Der krævedes derfor ikke bevis herfor.²¹¹

²¹⁰ U.2011.963.H

²¹¹ Deuntzer, I. H. (1885): 350

Den objektiverede vurdering af hvilken disposition der er tale om gælder også i den nuværende konkurslov, idet retten af bevismæssige årsager ikke lægger vægt på, hvilke subjektive tanker parterne har haft i forbindelse med dispositionen.²¹² I tråd hermed anfører forarbejderne til loven, at en del af den gamle § 28 bør være dækket af § 64 i dag i dispositioner mellem nærstående, idet § 28 ikke er bevaret, fordi udvalget bag lovforslaget fandt, at området for den gamle § 28, nu i stedet er dækket af § 64 og § 74. Hvor § 28 havde andet end gaver under sit anvendelsesområde, udvidede udvalget i stedet gavebegrebet i § 64.²¹³

Udvidelsen af gavebegrebet i § 64 begrundes af ønsket om fortsat at kunne omstøde kreditorunddragende dispositioner mellem nærstående. Disse kaldes ofte populært for 'konefinten'.²¹⁴

Kreditorunddragende dispositioner mellem nærstående er fortsat højaktuelle, hvor aktiver kort før konkurs sælges til en ægtefælle. Dette er netop 'konefinten's pointe. Ofte overføres aktiver fra manden til konen, men der kan også ske overførsel til børnene.

'Konefinten' går ud på, at ægtefæller, når økonomien strammer til for den ene, ønsker at overføre aktiver til den anden ægtefælle for derved at bringe aktiverne ud af risiko. Derved kan den ægtefælle, der måtte gå konkurs sige til fogeden, at den intet ejer.²¹⁵ Ægtefællen tjener derved som kreditorly overfor kreditorerne. Kreditorly forudsætter i denne sammenhæng ikke særeje, fordi ægtefællerne anses for to selvstændige retssubjekter familieretligt.²¹⁶ Ægtefællerne hæfter alene for hinanden skatteretligt.²¹⁷

En anden form for nærstående, der rammes af gaveformodningen, er et selskab og dets ejer. Det skyldes, at der kan være særlige interesser hos ejeren i forbindelse med et selskabs økonomiske vanskeligheder. Ejeren kan nemmere fristes til at bringe aktiver ud af selskabet i forbindelse med dårlig økonomi end andre personer tilknyttet selskabet. Ofte forsøges det at skjule den vederlagsfrihed, der reelt er tale om ved en blandet retshandel. Omstødelse af

²¹² U.2003B.180: 182

²¹³ KBET1971606: 142

²¹⁴ Børsen d. 7.3.2013, side 5-6, "*Konefinten virkede i fire år*" & Jyllandsposten Erhverv d. 24.3.2012, side 14-15, "*Konefinten - ikke kun for ledelsen*" (Se tilhørende materialesamling)

²¹⁵ Jyllandsposten Erhverv d. 24.3.2012, side 14-15, "*Konefinten - ikke kun for ledelsen*" (Se tilhørende materialesamling)

²¹⁶ Nørgaard, I. m.fl. (2009): 107

²¹⁷ L20081333 (Gældsindrivelsesloven): § 12

sådanne dispositioner er helt i overensstemmelse med afhandlingens tese, idet ejeren netop herved forsøger at unddrage aktiver fra kreditorerne og har en videre adgang hertil i sin egenskab af ejer af selskabet.

Ligesom ved fysiske personer, der står hinanden nær, findes der en særligt forbindelse mellem selskaber i koncerner. Værdier kan lettere flyttes mellem koncernforbundne selskaber end mellem selskaber uden forbindelse, ligesom samhandel og samarbejde er mere hyppigt her end mellem selskaber uden en sådan tilknytning.

Den udvidede brug af bestemmelsen tjener således til at give et effektivt instrument til at fange sådanne unddragende dispositioner.

Gaveformodningens berettigelse bunder i nogle hensyn i forbindelse med domstolenes behandling af gavedispositioner. Det er således tidsbesparende at kunne omstøde efter en sådan formodningsregel, ligesom økonomiske hensyn gør sig gældende. Samtidig undgås det, at retten skal vurdere andre hensyn, som fx gavmildhed i behandlingen af omstødelsen af en disposition mellem nærstående. Ligeledes kan en domstol aldrig vide, hvad en part har tænkt i situationen, da dispositionen blev foretaget, hvorfor der altid vil være bevismæssig usikkerhed i sådanne tilfælde. Her medfører formodningen en objektiveret vurdering, hvilket tjener til at lette bevisbyrden for konkursboet.

Gaveformodningen bliver et bevisbyrdemæssigt redskab for domstolene og konkursboet, idet det er svært at bevise de tanker hos en skyldner, der har ligget til grund for en disposition overfor en nærstående person. Domstolene har netop en fri bevisvurdering²¹⁸, hvorfor en sådan formodning kan tillægges vægt. En tilsvarende formodning eksisterer, fx på det skatteretlige område, hvor der er formodning for, at en person driver næring med køb og salg af fast ejendom, hvis denne holder et bestemt erhverv. Der kunne fx være tale om en ejendomshandler eller en arkitekt.²¹⁹ En tilsvarende formodning gælder ved gaver indenfor skatteretten.²²⁰

I forhold til afhandlingens tese er gaveformodningen således berettiget og især berettiget ved nærstående, da der er et særligt gavemiljø her. Det skyldes, at nærstående-relationer ofte

²¹⁸ Gomard, B. (2010): 561 & RPL § 344, stk. 1

²¹⁹ Porsfelt, H. (2008): 609

²²⁰ Michelsen, A. m.fl. (2011): 385

begrunder en ubalance i dispositionen, idet mennesker er tilbøjelige til at tilgodese folk, der er tæt på dem selv. Ydermere har en skyldner sjældent brug for at handle forretningsmæssigt med sine nærmeste, medmindre disse er erhvervsdrivende, hvilket etablerer en forsigtig formodning for, at der ikke er tale om en forretningsmæssigt begrundet disposition, når der er tale om nærstående.²²¹

²²¹ KBET1971606: 49

11. Opsamlende om gavebegrebet overfor afhandlingens tese

Ovenfor er de forskellige kriterier ved anvendelsen af gavebegrebet behandlet. Dette kapitel har derfor til formål at binde de foregående kapitler sammen og trække nogle linjer imellem deres elementer og konkurslovens § 64. Herunder holdes gavebegrebets anvendelse op imod afhandlingens tese, hvorved det udledes, hvad betydningen af en ubalance er, og dermed om tesen holder. Det er vigtigt at bemærke, at gavebestemmelsen kræver, at der sker hhv. en formueforøgelse og en formueformindskelse, for at den finder anvendelse.

11.1 Betydningen af rene gaver

Ovenstående gennemgang af praksis viser, at rene gaver spiller en meget lille rolle i praksis. Der ses kun ganske få tilfælde af rene gaver, eller det der svarer hertil. Eksempler herpå er dommene U.2001.1329.H og U.2011.2415.V, hvor der gives hhv. en ren gave og en gave, der betales 1 kr. for, hvorfor denne så godt som anses for en ren gave.

Når der kun ses ganske få tilfælde af rene gaver, er det naturligvis svært at angive den præcise årsag til, hvorfor disse ikke fremgår af praksis. Det må formodes, at årsagen til den marginale betydning af rene gaver sandsynligvis er, at disse ikke når til retssager. Skyldnerne er således ofte godt klar over, at en sådan ren gave vil blive omstødt. Det betyder, at de kun i begrænset omfang foretager disse dispositioner, da de jo ikke vinder noget herefter. Ligeledes er den, der bliver begunstiget ved den rene gave klar over, at denne vil blive omstødt, når kurator retter henvendelse, hvorfor der ikke er grund til at spille tid og kræfter på en retssag herom. Rene gaver har dog stadig en betydning for det konkursretlige gavebegreb, idet de er omfattet af bestemmelsen i § 64. Hvis de ikke havde været omfattet, ville det åbne mulighed for, at folk kunne give hinanden vederlagsfri gaver, uden at disse kunne omstødes. Et eksempel på, at det dog ikke er helt udelukket for en skyldner at give en gave, uden at den omstødes, er lejlighedsgaver, så længe disse ikke står i misforhold til skyldnerens kår.

Formodningen for, at skyldnerne og de begunstigede er klar over, at en ren gave omstødes, stemmer overens med retspraksis, hvor gaver ofte i stedet er forsøgt skjult i en anden type retshandel. Rene gaver, som er givet tæt op til konkursen, omstødes på grund af gavebegrebets omfang. Skal dette undgås må skyldner kunne dokumentere, at den disposition, der er foretaget, er forretningsmæssigt begrundet.

11.2 Gaver skjult i andre retshandler

Som nævnt er gaver ofte skjult i andre retshandler i praksis. *”Hvis parterne ikke har interesse i, at retshandlen fremstår om en gave, kan aftalen søges fremstillet således, at der ikke foreligger en gave, hvilket kaldes for en kamufleret gave.”*²²² Kamuflerede gaver bliver således en betydningsfuld del af § 64’ anvendelsesområde.

Afhandlingens analyse af praksis viser, at der ofte er tale om salg af aktiver til underpris. Det faktum, at der er tale om et salg til underpris, betyder ikke nødvendigvis, at der er tale om en gave, som er forsøgt kamufleret, men det er parternes subjektive hensigt, der afgør dette. Da den subjektive hensigt ikke tillægges særlig stor betydning, jf. afhandlingens kapitel 8, er denne gruppe af dispositioner af mindre interesse.

Gaver, hvori der er et element salg til underpris, kan omvendt deles op i to grupper. Den ene gruppe er de tilfælde, hvor gaven gives til en nærstående person eller et selskab, mens den anden gruppe er de tilfælde, hvor der gives en delvist vederlagsfri gave til en tredjemand. Spørgsmålet bliver så, om det er nok til omstødelse, at dispositionen er vederlagsfri, eller om der er andre kriterier, der skal opfyldes, samt om dette er forskelligt afhængig af hvilken af de to grupper, der kigges på.

I de tilfælde, hvor der er tale om nærstående, er der en formodning for, at der er givet en gave, hvis prisen ikke svarer til den objektive værdi af aktivet, og parterne er nærstående efter konkurslovens § 2. Dette ses af analysen i afhandlingens kapitel 8 og 9.

Er der i stedet tale om en delvist vederlagsfri disposition overfor tredjemand, er dette ikke nødvendigvis en gave, hvilket følger af U.2007.1291/3H. I U.2007.2772.H var der en vederlagsfri gave, som blev omstødt, idet der var en venskabelig relation mellem parterne. Disse havde kendt hinanden igennem 20 år. En sådan relation forelå ikke i U.2007.1291/3H, hvorfor der ikke skete omstødelse efter § 64. Når en kreditorunddragende disposition ikke sker i nærstående miljøet, virker det lettere tilfældigt, om den omstødes efter § 64 eller § 74, jf. fx U.2005.330.H.

Vederlagsfrihed mellem en part og en tredjemand er derfor ikke nødvendigvis udtryk for, at der skal omstødes. Der kan være andre grunde end unddragelse til at overdrage noget

²²² Ørgaard, A. (2010): 101

vederlagsfrit. Eksempelvis kan der gives det, der ligner gaver i form af sponsorater. Disse omstødes ikke, hvis de er forretningsmæssigt begrundede. Det betyder, at de skal have en forretningsmæssig værdi for giveren, som ikke behøver være ækvivalent med deres økonomiske værdi.

Det blev slået fast i U.2000.1791.H, at forretningsmæssige dispositioner er undtaget fra omstødelse efter § 64. I denne dom var den disposition, der var sket nemlig sædvanlig for det pågældende selskab. Det kan derfor udledes, at forretningsmæssige dispositioner er dispositioner som virksomheden/selskabet løbende foretager med uafhængige parter eller faste samhandelspartnere.

Forretningsmæssige dispositioner omstødes ikke efter § 64. Det betyder, at de falder udenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Det stemmer dog fint overens med afhandlingens tese, idet en forretningsmæssig begrundet disposition ikke indeholder en ubalance til skade for kreditorerne. Selvom en forretningsmæssig disposition ikke behøver at give en tilsvarende modydelse retur, kan modydelsen bestå af andre elementer som fx reklameværdi. Ligeledes kan der være forretningsmæssige dispositioner, som ikke omstødes, fordi de er sædvanlige. Her kunne der argumenteres for, at disse dispositioner kan give en ubalance, hvilket er rigtigt, men når de er af sædvanlig karakter, har de ikke karakter af unddragelse, idet de ville være sket uanset skyldneres økonomiske situation. Disse falder derfor udenfor omstødelse efter konkurslovens § 64.

Ovenstående betyder, at blandede retshandler ikke altid har noget med en gave at gøre. Det kan være tilfældet, men i så fald er der ofte tale om et forsøg på at skjule den gave, der er givet. Omvendt behøver en blandet retshandel ikke være en gave, men kan i stedet være en del af almindelig samhandel.

11.3 Omstødelse af dispositioner med en ubalance

Som det ses umiddelbart ovenfor, er det ikke alle dispositioner, hvori der er en grad af vederlagsfrihed, der omstødes. Det rejser spørgsmålet om, hvornår der er en sådan ubalance i en disposition, at den omstødes efter konkurslovens § 64.

En sådan ubalance kan, ud over at foreligge i dispositioner til underpris, fx foreligge ved gaver i form ændrede hæftelsesforhold som følge af en ægtepagt eller i form af vederlag for

en konkurrenceklausul. Fælles for alle disse tilfælde er, at dispositionen er uligevægtig overfor den ene af parterne.

Jævnfør afhandlingens kapitel 8 og særligt dommene U.2009.844.V og U.1987.976 er der dog en bagatelgrænse for omstødelse af uligevægtige dispositioner, som gør, at det ikke er alle dispositioner, hvori der er ubalance, der omstødes. Herudfra må det udledes, at der er en margin for fejlskøn i forbindelse med prisfastsættelse af aktiver.

I bedømmelsen af om der er en ubalance i en disposition er vederlagsfrihed det afgørende kriterium. Det betyder som anført ovenfor i kapitel 7, at gavmildhed ikke spiller nogen særlig rolle for gavebetragtningen længere. Dog er det set i praksis, at gavmildhed anvendes som kriterium for bedømmelsen af en sag. Det er fx sket i U.2012.413.Ø, hvor det direkte statueres, at der ikke forelå gavmildhed. Dispositionen blev ikke omstødt, idet retten fandt, at den manglede grad af gavmildhed for at opfylde kriterierne for anvendelsen af konkurslovens § 64. Dispositionen burde have været omstødt, idet gavmildhed ikke er af nogen særlig betydning, ligesom dispositionen i dommen ikke er forretningsmæssigt begrundet. Der er således tale om en gavedisposition. Dette argument bakkes op af U.2000.1791.H og U.2001.1329.H, som begge er højesteretsdomme. Disse domme viser, at det der taler for ikke-omstødelse, er den forretningsmæssige begrundelse, som netop mangler i U.2012.413.Ø. Dommens rigtighed er derfor tvivlsom.

At det ikke er alle uligevægtige dispositioner, der omstødes efter konkurslovens § 64 stemmer overens med anvendelsesområdet for bestemmelsen, men ikke med afhandlingens tese. Dette er dog alligevel fornuftigt nok, jf. afhandlingens kapitel 8 og 9.

11.4 Fortolkningen og anvendelsen af konkurslovens § 64

Anvendelsen af konkurslovens § 64 er udvidet i forhold til en ordlydsfortolkning af bestemmelsen. Det er ikke længere traditionelle gaver, der er bestemmelsens hovedområde, idet gaver i de fleste sager er mere og andet end bare en foræring. Ud over at bestemmelsen ikke kræver gavmildhed, kan vederlagsfrihed, som er bestemmelsens hovedkriterium foreligge på andre måder end ved salg. Et eksempel herpå er sagen U.2010.2288.V, hvor et ægtepar oprettede en ægtepagt og gjorde hustruens aktiver til særeje. Afgørelsen på sagen blev, at der forelå en gave, idet parret alene var blevet skilt for at undgå at SKAT kunne foretage udlæg i hustruens aktiver for mandens skattegæld, som hun kendte til.

Kreditorunddragelse bliver derved en del af gavebegrebet, idet konkurslovens § 64 kom til at omfatte denne disposition, hvilket også følger af de andre domme i kapitel 7.

Ud fra behandlingen af de forskellige kriterier for anvendelse af konkurslovens § 64 er det tydeligt, at retspraksis går langt videre end en ordlydsfortolkning. Havde en ordlydsfortolkning været anlagt skulle gavmildhed bl.a. spille en større rolle ved vurderingen af sagerne. Anlægges der omvendt en formålsfortolkning, kan rækkevidden af bestemmelsen bedre forsvares. Der er bl.a. et hensyn at tage til kreditorerne, som villigt har stillet kapital til rådighed for skyldneren på den ene eller anden vis. Ligeledes er der et særligt incitament for skyldneren til at bortgive sine aktiver i tilfælde af dårlig økonomi og en eventuel forestående konkurs. Ud fra fortolkningen af konkurslovens bestemmelse om omstødelse af gaver kan det altså udledes, at gavebegrebet anvendes for vidtgående i forhold til en ordlydsfortolkning. I forhold til en formålsfortolkning derimod, kan den brede anvendelse af gavebegrebet forsvares. På baggrund heraf ses det, at gavebegrebets sproglige rækkevidde ikke er fastlagt konkursretligt. Ifølge Lassen er tvivlsomt om begrebets rækkevidde overhovedet er fastlagt sprogligt og retligt. Han anfører, at: *"Den almindelige Sprogbrugs Gavebegreb er noget usikkert, og kan ikke paa Forhaand antages afpasset efter retlige Hensyn."*²²³ Det betyder netop, at det er op til praksis at fastlægge begrebets omfang, hvilket gør, at vederlagsfriheden bliver det afgørende kriterium for, om der foreligger en gave. Dette kriterium er nemlig håndgribeligt at vurdere ud fra.

Såfremt grænsetilfældene indenfor gaver i konkurs ikke falder under § 64, ville muligheden for omstødelse for boet blive væsentlig besværet. I så fald vil mange dispositioner falde under konkurslovens § 74 i stedet, og her er beviskravene til konkursboet væsentligt hævet. Fx skal boet bevise, at den begunstigede var i ond tro omkring skyldnerens insolvens, samt at han vidste, at dispositionen var utilbørlig. Under § 64 har boet ikke samme svære bevisbyrde, idet boet her alene skal bevise, at der foreligger en gave. Dog viser praksis, at vederlagsfrihed kan være nok til at statuere gave, hvorefter det bliver den begunstigede, der skal bevise, at han *ikke* fik en gave.

Sammenlignes det udvidede anvendelsesområde for § 64 med engelsk ret, er det rent faktisk dispositioner tilsvarende de engelske *"Transactions at an undervalue"* og *"Transactions*

²²³ Lassen, J. (1912): 1

defrauding creditors” bestemmelser, der omstødes efter den danske gavebestemmelse. Da der ikke i dansk ret er tilsvarende bestemmelser som i engelsk ret, der fanger dispositioner til underpris og kreditorunddragelse hver for sig, må § 64 nødvendigvis anvendes bredt for at kunne forene afgørelserne med konkurslovens formål.

12. Konklusion

Formålet med denne afhandling har været at undersøge om alle dispositioner, hvori der er en for konkursboets kreditorer forringende ubalance, kan omstødes efter konkurslovens § 64.

Teoretisk antaget er det en forudsætning for at statuere gave, og dermed omstøde efter konkurslovens § 64, at der foreligger gavmildhed. Afhandlingens analyse viser, at gavmildhed ikke spiller nogen særlig rolle i forhold til gavebegrebet. Det må således lægges til grund, at domstolene er gået væk fra anvendelsen af gavmildhed som kriterium for gave. I stedet anvendes et bredt gavebegreb, som vurderes ud fra en række andre kriterier.

Det vigtigste kriterium for omstødelse efter § 64 bliver herefter vederlagsfrihed.

Vederlagsfriheden kan være både fuldstændig og delvis, og det afgørende er, om der er givet tilstrækkeligt vederlag eller ej. Det er den faktuelle værdi af et aktiv, der bedømmes, når vederlagets størrelse skal fastsættes. Er der fastslået vederlagsfrihed, kan det være tilstrækkeligt til at omstøde, hvis vederlagsfriheden giver en uacceptabel ubalance, selv hvis vederlaget kun er delvist. Omstødelse kræver dog, at ubalancen i den disposition, der foretages er over en bagatelgrænse, hvor prisforskellen er så marginal, at der kan være tale om et fejlskøn.

På baggrund heraf er det altså ikke alle dispositioner, der omstødes, blot der er en ubalance i dem. Ligeledes er der faktorer der gør, at der ikke kan omstødes som fx forretningsmæssighed i dispositionen. Er en disposition ikke forretningsmæssigt begrundet, kan der som udgangspunkt omstødes. Dog er der grænsetilfælde, der går i modsat retning, fx U.2012.413.Ø, som må siges at være tvivlsom, idet der i sagen netop anvendes en objektiv omstødelsesregel, som bedømmes efter subjektive elementer.

Heroverfor står dispositioner, hvor der er en formodning for gave. Det gælder mellem nærstående parter. Omstødelse i overensstemmelse med denne formodning passer fint med afhandlingens problemformulering og antagelser. Der er også grænsetilfælde indenfor formodningen, idet der skal mere til at omstøde en disposition mellem parter, som ikke har et naturligt gavemiljø mellem sig, og særligt hvis vederlaget alene er delvist. I disse tilfælde bliver det dog lettere tilfældigt om omstødelse sker efter § 64 eller § 74, da begge bestemmelser vil omstøde en kreditorunddragende disposition.

Ud fra ovenstående kan det konkluderes, at det ikke er alle dispositioner, hvori der er en ubalance, der omstødes efter § 64. Der er altså visse undtagelser hertil.

Problemformuleringens andet led går på, om § 64 er presset ud over sin ordlyd. Her må det konkluderes, at retspraksis går langt videre end en ordlydsfortolkning. Havde en ordlydsfortolkning været anlagt, skulle gavmildhed bl.a. spille en større rolle ved vurderingen af sagerne. I forhold til en formålsfortolkning derimod kan den brede anvendelse af gavebegrebet forsvares. Der er bl.a. et hensyn at tage til kreditorerne, som gør, at bestemmelsen må omfatte mere end den sproglige forståelse af, hvad en gave er.

Sammenlignes det udvidede anvendelsesområde for § 64 med engelsk ret, er det dispositioner tilsvarende de engelske ”Transactions at an undervalue” og ”Transactions defrauding creditors” bestemmelser, der omstødes efter den danske gavebestemmelse. Der er ikke i dansk ret tilsvarende bestemmelser som i engelsk ret, der fanger dispositioner til underpris og kreditorunddragelse. Derfor anvendes § 64 bredt, og det kan således konkluderes, at den er presset ud over sin ordlyd. Til gengæld er den ikke presset ud over sin formålsfortolkning. Den svarer netop til en samlet anvendelse af de to bestemmelser, der haves i England, når der omstødes.

Når den danske bestemmelse anvendes ligesom de to engelske, bør det måske overvejes om en anden formulering af bestemmelsen havde været hensigtsmæssig. Herfor taler det, at diskussionen om gavmildhed derved fuldstændigt undgås. Det der taler imod en omformulering er, at praksis bortset fra enkelte tilfælde synes at have anlagt klare linjer med hensyn til anvendelsen af bestemmelsen. Det kan dog være lidt problematisk, at praksis vedrørende § 64 og § 74 ligger så tæt op ad hinanden. I grænsetilfælde virker det lettere tilfældigt, hvilken af de to bestemmelser der omstødes efter. Rent faktisk kan det have stor betydning for boet, om der omstødes efter den ene eller den anden bestemmelse, idet de to bestemmelser giver forskellige placeringer af kravet i konkursordenen, ligesom de har forskellige bevisbyrdemæssige krav. Retsvirkningerne er ligeledes forskellige, idet den begunstigede efter § 64 skal fralægge sig den berigelse, han har opnået (jf. § 75), mens han efter § 74 skal svare erstatning til boet for dets tab (jf. § 76).

13. Summary

Summary of:

"The provision of avoidance regarding gifts, in the Danish bankruptcy law and the use of this provision in case of legal transactions that are imbalanced"

Master thesis written by Cristine Ussing and Nicolas Mikkelsen, 10th semester, Law, AAU

This master thesis concerns the provision of avoidance regarding gifts in the Danish bankruptcy law and the use of this provision in case of legal transactions that are imbalanced. The assumption of the thesis is, that all transactions where the performances of the parties are imbalanced can be avoided. The thesis then provides a presentation of the different elements that are part of the assessment of whether a transaction can be avoided under the Danish provision of avoidance regarding gifts. These elements are generosity, non-payment and business. Regarding the generosity this was previously an important element in the assessment of whether a transaction was to be regarded a gift that could be avoided. This is, however not the case anymore. Instead the non-payment in a transaction constitutes the most important element in the assessment of avoidance. If there is an imbalance in the performance of the parties in a transaction, this points to avoidance in case of bankruptcy. Only if the imbalance is due to business related causes, avoidance might not be necessary. The parties must in this case be able to prove that the transaction is a cause of their usual business. If they are not able to do so the transaction may be avoided anyway.

Non-payment may also be partial. In this case the part of the performance that has been adequately paid for, will not be avoided. The part that has not been paid in full or has been over-paid might however still, constitute a gift on behalf of one of the parties that can be avoided.

Throughout the thesis case law is analysed in order to come to a conclusion on whether the Danish provision of avoidance regarding gifts is used too broadly. This is researched on the basis of the theoretical approach mentioned above as well as the examples provided by case law.

The conclusion of the thesis is that the Danish provision of avoidance regarding gifts is used too broadly if considering an interpretation of the wording of the provision. However, if

considering an interpretation of the objective of the provision this is not the case. In Danish bankruptcy law there is no specific provision as in e.g. UK law, under which transactions defrauding creditors and transactions at an undervalue specifically fall. This means that the Danish provision of avoidance regarding gifts must be used for avoidance of these transactions as well, as the objective of avoidance will otherwise fail. If the provision was used solely according to its wording, debtors would be able to refrain from paying their debts if these originated from a transaction that was not a regular gift. This cannot be accepted by the judicial system, as consideration must be taken to the creditors as well.

14. Litteraturliste

Artikler:

- Bengtsson, B. (1962): Om gåvobegreppet i civilrätten. Svensk Juristtidning
- Børsen d. 7.3.2013, side 5-6, "Konefinten virkede i fire år" & Jyllandsposten Erhverv d. 24.3.2012, side 14-15, "Konefinten - ikke kun for ledelsen"
- Godsk Pedersen, H. V. (1985): Civilretlig identification i relation til kreditorer (U.1985B.352)
- Jul Clausen, N. (1987): Det selskabsretlige og konkursretlige koncernbegreb. (U.1987B.417)
- Jul Madsen, C. (2003): Konkurslovens § 2 – nærstående – "væsentlig del" (U.2003B.387)
- Jyllandsposten Erhverv d. 24.3.2012, side 14-15, "Konefinten - ikke kun for ledelsen"
- Nørgaard, J. (1973): Fm 1973.10
- Vinther, N. (2003): Lån, indskud og tilskud. (U.2003B.180)

Bekendtgørelser, betænkninger og andet:

- Forarbejder til konkursloven (KBET1971606)
- Ligningsvejledningen; erhvervsdrivende 2012-2 E.B.3.6

Bøger:

- Andenæs, M. H. (2009): Konkurs. Oslo: Calax A/S
- Blume, P. (2009): Juridisk metodelære. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Deuntzer, I. H. (1885): Den danske skifteret. København: GEC Gads Forlag
- Evald, J. (2009): At tænke juridisk. København Ø: Nyt juridisk forlag
- Godsk Pedersen, H. V. (1985): Kaution. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Gomard, B. (2010): Civilprocessen. København: Forlaget Thomson A/S
- Harbou, H. og Munch, M. (1962): Tvangsakkordloven. København: GEC Gads Forlag

- Huser, K. (1992): Gjeldsforhandling & konkurs. Bergen: Grafisk Hus A/S
- Krüger Andersen, P. (2010): Aktie og anpartsselskabsret. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Lassen, J. (1912): Obligationsrettens specielle del. København: GEC Gads Forlag
- Lassen, J. og Ussing, H. (1923): Håndbog i obligationsretten – speciel del. København: GEC Gads Forlag
- Lego, E. (1988): Gavebegrebet. Vojens: GEC Gads Forlag
- Lindencrone, L. og Ørgaard, A. (2010): Konkursloven med kommentarer. København: Forlaget Thomson Reuters A/S
- Michelsen, A. m.fl. (2011): Lærebog om indkomstskat. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Mortensen, P. (2007): Digital tinglysning – rettigheder over fast ejendom. København: Forlaget Thomson A/S
- Nørgaard, I. m.fl. (2009): Familieret. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Politikens Dansk Ordbog (2000): Politikens Forlag
- Porsfelt, H. (2008): Ejendomsbeskatning: Afskivning og afståelse i praksis. København: Forlaget Thomson Reuters A/S
- Saltorp, B. og Werlauff, E. (2009): Kontrakter. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Svenning Andersen, L. (2011): Funktionærret. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Von Eyben, B. (2004): Juridisk Ordbog. København: Forlaget Thomson Reuters A/S
- Von Eyben, B. og Møgelvang-Hansen, P. (2010): Kreditorforfølgning. København: Karnov Group
- Walton, P. og Keay, A. R. (2008): Insolvency law – Corporate and personal. Jordans
- Werlauff, E. (2011): Skyldforhold: Obligationsrettens grundbegreber. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag
- Ørgaard, A. (2010): Konkursret. København Ø: Jurist- og Økonomforbundets forlag

Domme:

- RT 1869.751
- U.1952.288.H
- U.1958.1164.H
- U.1977.526.H
- U.1979.275.SH
- U.1982.62.H
- U.1985.232.V
- U.1987.976.Ø
- U.1988.1001.H
- U.1993.898.H
- RT 1993.1474
- U.1994.312.V
- U.1997.1642.H
- U.2000.1791.H
- U.2001.1329.H
- U.2002.2479.H
- U.2005.330.H
- U.2005.407.V
- U.2007.551.H
- U.2007.1291/3H
- U.2007.2772.H
- U.2009.844.V
- U.2009.1796.H
- U.2010.316.Ø
- U.2010.1733.V
- U.2010.2288.V
- U.2011.963.H
- U.2011.2415.V
- U.2012.413.Ø
- Vestre Landsret V.L.B-2509-11 (Utrykt)
- Østre Landsret B033900C-SKJ (Utrykt)

- Østre Landsret B0267032-JO (Utrykt)

Love:

- Danske Lov
- Dekningsloven (LOV-1984-06-08-59 Lov om fordringshavernes dekningsrett)
- Gældsindrivelsesloven (L20081333)
- Konkursloven (LBKG2011217)
- Selskabsloven (LBKG2011322)
- UK Insolvency Act
- 1872-konkursloven

Websider:

- http://www.denstoredanske.dk/Samfund,_jura_og_politik/Jura/Retssammenligning,_komparativ_ret/common_law
- <http://www.law.berkeley.edu/library/robbins/CommonLawCivilLawTraditions.html>
- <http://www.legislation.gov.uk/>