

**Omstødelse af et løbende mellemværende sikret ved
virksomhedspant**

**Avoidance of a running account arrangement secured by a floating
charge over business assets**

Navn: Emil M. G. K. Hansen

Studienummer: 20196159

Universitet: Aalborg Universitet

Vejleder: Lasse Schwartz Jørgensen

Antal anslag: 143.699

Titelblad

Uddannelse: Erhvervsjura, Aalborg Universitet

Fagområde: Konkurs- og insolvensret

Afhandling: Kandidatspeciale

Titel på projekt: Omstødelse af et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant

Engelsk titel: Avoidance of a running account arrangement secured by a floating charge over business assets

Forfatter: Emil M. G. K. Hansen

Studienr.: 20196159

Vejleder: Lasse Schwartz Jørgensen

Antal anslag: 143.699

Indholdsfortegnelse

1. Indledning.....	7
1.1. Præsentation.....	7
1.2. Problemformulering.....	7
1.3. Afgrænsning.....	8
1.4. Metode.....	9
1.5. Begrebsafklaring.....	9
2. Omstødelse.....	10
2.1. Historisk.....	10
2.2. Generelt.....	10
3. Virksomhedspant.....	11
3.1. Grundlæggende.....	11
3.2. Virksomhedspantets flydende karakter.....	12
3.3. Identifikation, omfang og frysning.....	13
4. Betydningen af tiltrædelse i et løbende mellemværende.....	14
4.1. Retsvirkningen af tiltrædelse.....	14
4.2. Hvornår er pantet tiltrådt?	15
5. Betydningen af brutto- eller nettoopgørelse.....	16
6. Differencelæren.....	18
7. Når pantet er fuldgod.....	18
8. Anvendelse af omstødesreglerne.....	19
8.1. KL § 70.....	20
8.1.1. Indledende og det historiske perspektiv.....	20
8.1.2. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led – Omstødelse af pant for gammel gæld	20
8.1.2.1. Hvad indebærer nettometoden?	21
8.1.3. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 2. led – Sikring mod retsforfølgning uden unødigt ophold (smølereglen).....	22
8.2. KL § 70 a.....	23
8.2.1. Indledende og det historiske perspektiv.....	23
8.2.2. KL § 70 a, 1. pkt. – Forøgelse af virksomhedspantet.....	24
8.2.3. KL § 70 a, 2. pkt. – Sneboldeffekten.....	24
8.2.4. KL § 70 a, 3. pkt – Sradrag.....	25
8.2.5. Opsummering og lidt om den dobbelte nettometode.....	26
8.3. KL § 67.....	26
8.3.1. Indledende og det historiske perspektiv.....	26
8.3.2. KL § 67, stk. 1, 1. led – omstødelse af usædvanlige betalingsmidler.....	27
8.3.3. KL § 67, stk. 1, 2. led – omstødelse af betaling før normal betalingstid.....	28
8.3.4. KL § 67, stk. 1, 3. led – omstødelse af betalinger, der afgørende har forringet betalingsevnen.....	29
8.4. KL § 74.....	31
8.4.1. Indledende og historisk udvikling.....	31
8.4.2. Anvendelsen af KL § 74.....	32
8.4.2.1. Hvornår foreligger en disposition?	32
8.4.2.2. Insolvens og ond tro.....	32
8.4.2.3. Utilbørlighed og ond tro.....	33
8.5. Forholdet mellem KL §§ 67, 70, 70 a og 74.....	34
9. Domsanalyse.....	36
9.1. Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL 70?.....	37
9.1.1. U 2001.1625 Ø.....	37
9.1.2. BS-10120/2022-VLR.....	37

9.1.3.	Kommentarer til U 2001.1625 Ø og BS10120/2022-VLR og delkonklusion.....	40
9.2.	Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL § 67?.....	40
9.2.1.	U 2007.1240 H.....	41
9.2.2.	U 2010.3122 H.....	44
9.2.3.	Kommentarer til U 2007.1240 H og U 2010.3122 H.....	46
9.3.	Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL § 74?.....	48
9.3.1.	U 2013.249 H.....	49
9.3.2.	Kommentarer til U 2013.429 H.....	52
9.4.	Delkonklusion til KL §§ 67 og 74.....	55
9.5.	Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes, når pantet er fuldgod?.....	55
9.5.1.	U 2022.839 H.....	56
9.5.2.	Analyse.....	59
9.5.3.	Kommentarer til dommen.....	59
9.5.4.	U 2003.1955/2 Ø.....	60
9.5.5.	Kommentarer til dommen.....	62
9.6.	Betydningen af bevisførelse.....	62
9.6.1.	U 1999.1587 H.....	63
9.6.2.	U 2015.325 Ø.....	64
9.6.3.	Kommentarer til U 1999.1587 H og U 2015.325 Ø.....	65
9.6.4.	Bevisbyrdens betydning for differencelæren.....	65
9.6.5.	Sammenfatning af U 2022.839 H, U 2003.1955/2 Ø, U 1999.1587 H og U 2015-535 Ø.....	66
9.7.	Hvornår og under hvilke betingelser kan tiltrædelse gøres gældende?.....	67
9.7.1.	U 2017.651 H.....	67
9.7.2.	Kommentarer til dommen.....	71
9.7.3.	U 2017.651 H, U 2013.429 H og U 2022.839 H sammenholdt.....	71
10.	Diskussion af KL § 70 a.....	73
11.	Konklusion.....	76
12.	Litteraturliste.....	79

Abstract

This thesis concerns itself when, and under which conditions, reductions and/or increases in a running account arrangement secured by a floating charge over business assets may be subject to avoidance pursuant to sections 67, 70, 70a or 74 of the Danish Bankruptcy Act.

The thesis considers a broader insolvency law perspective, within which several underlying legal norms relevant to the rules on avoidance must be analyzed and assessed.

The study first distinguishes between objective and subjective avoidance rules, tracing their historical development of the rules of avoidance and the rationale of their existence. A similar approach and doctrinal treatment are subsequently applied to the treatment of the floating charge, with a detailed examination of its defining characteristics.

Subsequently, a more detailed elaboration follows, first concerning the underlying mechanisms relevant to the assessment of avoidance in relation to a running account arrangement. Thereafter, the specific listed legal rules in the thesis statement are to be explained and analyzed in depth through case law.

The thesis concludes that section 70 of the Danish Bankruptcy Act remains an effective tool for the bankruptcy estate when security is provided for pre-existing debt and granted less than three months prior to the bankruptcy reference date, hence the provision is not subject to a criterion of ordinariness.

Furthermore, the thesis conducts an analysis of sections 67 and 74 of the Danish Bankruptcy Act. It is to be concluded that an objective shift towards subjective elements, where the secured creditor's awareness of the pledgor's financial condition must be considered.

The Supreme Court's decision regarding section 74 has provided the bankruptcy estate with a powerful remedy. The Court affirmed that section 74 of the Danish Bankruptcy Act may annul the entire floating charge, as well as any subsequent reductions that thereby remain unsecured. Notably, the Court's application of the 'ordinariness' and 'impropriety' criteria was particularly illuminating

Where fully adequate security is provided for a bank overdraft, both the secured creditor and the pledgor share a mutual benefit. Any reduction on the overdraft balance deriving from assets subject to the floating charge does not prejudice other creditors or alter the order of priority scheme in the bankruptcy estate.

Finally, the thesis ultimately concludes that the practical circumstances under which section 70 (a) a is invoked in case law remain uncertain. This uncertainty stems from the provision's complex structure and the difficulties posed by concealed accessions to the charge, and its ordinary criteria.

1. Indledning

1.1. Præsentation

Når en virksomhed går konkurs, mister skyldneren retten til at råde over sin virksomhed, herunder at stifte forpligtelser eller på anden måde råde over formuemassen, jf. konkurslovens (herefter KL) § 29.

Op mod en konkurs har skyldner ofte forsøgt at føre virksomheden videre med henblik på overlevelse. Efter konkursdekretets afsigelse indsættes en kurator, der skal varetage boets interesser, jf. KL § 110, stk. 1, 1. pkt. Kurator skal på behørig vis forsøge at fordele boet ligeligt mellem de tilbageværende kreditorer i konkursordenen. De aftaler og dispositioner, som skyldner op mod konkursen har foretaget, kan have medført en uretmæssig reduktion af de øvrige kreditorers krav i konkursmassen i strid med det konkursretlige ligelighedsprincip¹. Motiverne bag de aftaler mv., som skyldner har foretaget, kan være mange². Det kan eksempelvis være, at ejeren må stille personlig sikkerhed for et løbende mellemværende med banken, hvor skyldner typisk hæfter med selvskyldnerkaution eller pantsætning af fast ejendom. Der kan også være tale om, at skyldner har en særlig tilknytning til én eller flere kreditorer, der gør, at han begunstiger den / dem³.

Der sondres mellem kreditorforrykkende dispositioner, der indebærer en begunstigelse på bekostning af øvrige kreditorer i konkursordenen, og kreditorforringende dispositioner, hvor aktiver forsvinder ud af skyldners formue. Uanset årsag er det netop kurators opgave på vegne af boet at omstøde dispositioner, der har været i strid med ligelighedsprincippet⁴.

1.2. Problemformulering

Omstødelsesreglerne kan være svære at navigere i, og det kan udefra set virke vanskeligt at få klarhed over, hvordan et løbende mellemværende, hvor kreditor har pant i skyldners aktiver, kan omstødes. Formålet med afhandlingen er at undersøge, hvornår og under hvilke betingelser de i

¹Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 189

²Ibid, s. 189 f.

³Ibid, s. 197

⁴Ibid, s. 197

projektet behandlede omstødelsesregler i konkurslovens kapitel 8 finder anvendelse på et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant. Afhandlingen forsøger at inddrage de væsentligste facetter til, hvorledes boet/kurator på behørig vis kan fordre disse dispositioner omstødt.

Foruden den udfordrende fortolkning og anvendelse af omstødelsesreglerne tages der højde for underliggende forhold som: tiltrædelse, at pantet er fuldgod, boets bevisbyrde og differencelæren ud fra en tabs-/berigelsesbetragtning. Boets muligheder for at gennemføre omstødelse fremstår således særdeles komplekst, hvor forbehold for underliggende mekanismer må inddrages i overvejelserne. Nærværende afhandling har til formål at klarlægge og konkretisere de aspekter, der indgår i kurators forsøg på at omstøde et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant. Afslutningsvist diskuteres KL § 70 a, og dens manglende anvendelse i praksis.

På baggrund heraf lyder følgende problemformulering:

“Hvornår og under hvilke betingelser kan nedbringelser og forøgelser af et løbende mellemværende, der er sikret ved virksomhedspant, omstødes efter konkurslovens §§ 67, 70, 70 a eller 74? Herunder diskuteres, hvorfor KL § 70 a endnu ikke er set anvendt i praksis.”

1.3. Afgrænsning

For at opnå en dybdegående analyse og en præcis besvarelse af problemformuleringen inden for afhandlingens begrænsede omfang, må der foretages en nærmere afgrænsning af emnet. Eftersom der fokuseres på, hvornår nedbringelser eller forøgelser i et løbende mellemværende, hvori virksomhedspant er stillet som sikkerhed, kan omstødes, behandler afhandlingen ikke øvrige konkursretlige aspekter foruden de sporadisk nævnte regler, der anvendes som supplement til forståelsen af generel konkursbehandling. Virksomhedspant stiftes ved underpantsætning ved skadesløsbrev eller ejerpantebrev, og reglerne herom reguleres i tinglysningslovens (herefter TL) kapitel 7. Foruden lovens regler om virksomhedspant, vil tinglysningsloven ikke blive yderligere inddraget. Da et virksomhedspant ikke kan stilles til fordel for skyldners nærtstående, jf. TL § 47 e, stk. 1, 1. pkt., behandles ikke KL §§ 67, stk. 2 og 70, stk. 2.

Omend ordlyden i KL § 72, stk. 2 principielt kan omfatte “senere forøgelser” efter fristdagen af et allerede etableret virksomhedspant, vil reglen ikke blive gennemgået nærmere, idet

konstellationen sjældent vil forekomme i praksis⁵. Derfor behandles alene KL § 74 i relation til de subjektive omstødelsesbestemmelser.

1.4. Metode

Til besvarelse af problemformuleringen anvendes den retsdogmatiske metode, der beskriver og fortolker gældende ret - *de lege lata*⁶ ⁷. Der inddrages love, forarbejder, herunder bemærkninger og betænkninger, retspraksis, retslitteratur og artikler. Den juridiske litteratur og artikler udgør ikke egentlige retskilder, men anvendes dog stadig som fortolkningsbidrag til at fastlægge gældende ret⁸.

1.5. Begrebsafklaring

Følgende afsnit indeholder en begrebsafklaring på begreber anvendt i afhandlingen.

1.5.1. Ordinærkriteriet

Er en handling ikke ordinær, vil den i afhandlingen omtales som *ekstraordinær*.

1.5.2. Utilbørighedskriteriet

Er en disposition ikke utilbørlig, vil den i afhandlingen omtales som *tilbørlig*.

1.5.3. Skyldner

Skyldner, også kaldt fallent(en). I afhandlingen omtales skyldner primært som *pantsætter* (herefter PS).

1.5.4. Kreditor

Kreditor, også kaldt fordringshaver, betalingsmodtager eller blot banken. I afhandlingen omtales kreditor primært som *panthaver* (herefter PH).

⁵ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 251

⁶ Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, 1. udgave, 2. oplag, s. 85

⁷ Ibid, s. 11

⁸ Ibid, s. 74

2. Omstødelse

2.1. Historisk

De første omstødelsesregler blev indført ved Lov nr. 51 af 25. marts 1872. Omstødelsesreglerne blev på daværende tidspunkt benævnt “afkræftelsesregler” og indeholdt kun subjektive omstødelsesregler, der imidlertid ikke blev anset tilstrækkelige til at regulere omstødelse i fornødent omfang⁹. Reglerne blev derfor ændret ved lov nr. 298 af 8. juni 1977, hvor de objektive omstødelsesregler blev indført. Formålet med objektivering fremgår af betænkning nr. 606 af 1971 (herefter bet. nr. 606):

“Udkastet gennemfører en vidtgående objektivering af reglerne, således at bevisførelse om skyldnerens insolvens på handlingens tidspunkt og navnlig om den begunstiges kendskab hertil i almindelighed afskæres”¹⁰.

Indførelsen af de objektive omstødelsesregler bidrog til, at forhenværende langvarige processer relateret til konkursboets subjektive bevisførelse mod den/de begunstigede blev simplificeret og effektiviseret, hvorved omstødelse også kunne rammes på baggrund af “ydre krav”¹¹.

Samtidig med omstødelsesreglernes ændring blev også de daværende frister på otte uger forlænget til tre måneder. Det stod klart, at PS’ forestående økonomiske kollaps oftest opstår en vis tid før konkursens indtræden, hvorfor forlængelsen forenkler boets bevisførelse¹².

Omstødelsesreglerne er sidenhen blevet revideret. I 2005 blev den selvstændige regel om virksomhedspant indført med KL § 70 a.

Det historiske perspektiv relateret til de i afhandlingen inddragede omstødelsesregler præsenteres særskilt som introduktion til behandlingen af de enkelte regler¹³.

2.2. Generelt

⁹ Bet. nr. 606 af 1971, s. 41

¹⁰ Ibid

¹¹ Ibid, s. 151

¹² Ibid, s. 141

¹³ Se afsnit 8

Forudsætningerne for omstødelse er, at PS er taget under påbegyndt konkursbehandling - dvs. PS er insolvent, jf. KL § 17, stk. 2, og at kreditorerne kan dokumentere, at de har lidt et tab¹⁴.

Omstødelsesreglerne skelner mellem kreditorforringende og -forrykkende dispositioner. De kreditorforringende dispositioner er navnlig ensidig gavegivning efter KL § 64 og arveafkald efter KL § 65, hvor PS' aktivmasse formindskes. Gavegivelser vil som udgangspunkt ikke kunne manifestere sig i betaling af gæld, eller som følge af at den virksomhedspantsatte aktivmasse forøges. Henset til afhandlingens formål fokuseres udelukkende på de kreditorforrykkende dispositioner, der enkelte kreditorer opnår en begunstigelse på bekostning af de øvrige i konkursordenen¹⁵.

Omstødelsesperioden i de objektive bestemmelser regnes fra dagen efter tremånedersdagen før frisdagen¹⁶. Der er i de subjektive omstødelsesregler ikke tilknyttet en nærmere fastsat tidsfrist, hvorfor generalklausulen i KL § 74 derfor kan blive særlig relevant i forsøget på at omstøde dispositioner, der ligger så langt bagud i tid, hvor omstødelse efter de objektive bestemmelser ikke kan finde sted¹⁷.

Retsvirkningerne af objektiv og subjektiv omstødelse reguleres i KL §§ 75 og 76. KL § 75 regulerer de objektive regler i KL §§ 64 - 71 og tilsiger, at berigelsen oppebåret af den begunstigede skal fralægges, dog ikke ud over boets tab. Kan der derimod omstødes efter de subjektive regler i KL §§ 72 og 74, skal den begunstigede svare erstatning efter almindelige erstatningsregler, jf. KL § 76. I praksis forekommer det ofte, at boet både påberåber sig en objektiv omstødelsesregel, f.eks. KL § 67, og subsidiært KL § 74, til støtte for deres påstand(e)¹⁸.

3. Virksomhedspant

3.1. Grundlæggende

Forslaget til virksomhedspant blev fremsat i betænkning nr. 2005 af 1459 (herefter bet nr. 1459) som et supplement til de i forvejen etablerede omstødelsesregler. Den særskilte

¹⁴ Møgelvang-Hansen, Peter, m.fl.: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret, 10. udgave, s. 327

¹⁵ Ibid, s. 334 f.

¹⁶ Rammeskov, Bang-Pedersen, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 188

¹⁷ Se afsnit 8.5. og 9.3.1.5.

¹⁸ Lindenkrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 757

virksomhedspanteregel i KL § 70 a blev indført ved lov. nr. 560 af 24/06/2005 i samspil med lov nr. 158 af 09/03/2006 (TL).

Virksomhedspant er et kontraktspant og udgør en særskilt panterettighed, der kan stiftes mellem indehaveren af en erhvervsvirksomhed (PS) og medkontrahenten (PH), der oftest er et finansielt institut. Indehaveren forstås som den juridiske eller fysiske person, der ejer den faktiske virksomhed¹⁹. Der er tale om en almindelig aftaleretlig konstellation, der udspringer af obligationsretlige principper. Pantsætningsaftalen er derfor deklaratorisk, mens der i TL findes præceptive regler, der ikke yderligere behandles²⁰.

Virksomhedspant stiftes ved skadesløsbreve eller ejerpantebrev (herefter blot pantebrev), hvori indehaveren kan underpantsætte, hvad virksomheden ejer og fremtidig erhverver, jf. TL § 47 c, stk. 1, 1. pkt. Pantebrevet er karakteriseret ved at stille sikkerhed for et *“ikke på forhånd nærmere opgjort skyldforhold”*, herunder et løbende mellemværende²¹. Sikringsakten er tinglysning i personbogen, jf. TL § 47 c, stk. 2, 1. pkt.

Hvad, der kan tages virksomhedspant i, er positivt afgrænset i TL § 47 c, stk. 3, nr. 1 - 8, som oplyster de aktivtyper, der *kan* omfattes af et virksomhedspant og ikke, hvad det *skal* omfatte. Aktivtyperne oplyst i nr. 1 - 8 kan pantsættes for sig (selvstændigt) og ikke nødvendigvis som helhed²². TL § 47 c, stk. 4, nr. 1 - 6 afgrænser negativt de aktivtyper, der *ikke* kan indgå i pantsætningsaftalen. Aktivtyperne er afgrænset henset til, at virksomhedspantet må vige for øvrige panteordninger, der potentielt kan opnå en højere belåningsværdi til fordel for PS²³. TL § 47 c, stk. 4 opnår derfor forrang til den generelle opregning i stk. 3.

3.2. Virksomhedspantets flydende karakter

Virksomhedspant er karakteriseret ved at være et “flydende” pant. Det betyder, at den/de pantsatte aktivmasse(r) løbende udskilles som led i den ordinære drift, jf. TL § 47 c, stk. 1, 2. pkt., uden det kræver samtykke fra PH²⁴. Når aktiver tilføres den pantsatte aktivmasse, “gribes” de og indgår i

¹⁹ Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 138

²⁰ Ibid, s. 127 ff.

²¹ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 106

²² Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 227

²³ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 118

²⁴ Bang-Pedersen Rammeskov, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. Udgave, s. 58

virksomhedspantet²⁵. Virksomhedspantet forøges dermed i takt af, at nye aktiver gribes og indgår i PS' ejendomsret²⁶. Principielt reduceres PH's fyldestgørelse, idet aktiver "slippes". PH har intet valg andet end at acceptere udskillelsen, når den er forretningsmæssigt begrundet²⁷. Grundet virksomhedspantets flydende karakter har værdien derfor konstante udsving. Ovenstående udgør et centralt element for afhandlingens emne i forhold til de forøgelser og nedbringelser, der finder sted tæt på fristdagen.

PH's fyldestgørelse i aktivmassens værdi kan aldrig overstige den nominelle værdi fastsat ved pantebrevets indgåelse, jf. U 1987.913 H. Det er således uden betydning, at den faktiske værdi af de pantsatte aktiver overstiger den pålydende nominelle værdi i pantebrevet, idet PH under alle omstændigheder alene kan fyldestgøres inden for den beløbsmæssige ramme sikret ved pantsætningen²⁸.

3.3. Identifikation, omfang og frysning

Bet. nr. 1459 afgrænser positivt, at pantsatte aktiver ikke kan falde under samme kategori i TL § 47 c, stk. 3, nr. 1 - 8:

"Forskellige aktivtyper er entydige, således at det enkelte aktiv alene kan være omfattet af én bestemmelse"²⁹.

En maskine vil således være afskåret fra at være omfattet af både driftsinventar og -materiel, og som en del af lagerets omfang samtidig. PH har alene mulighed for at søge sig fyldestgjort gennem det pantsatte aktiv, som reelt tilkom denne som individuel og rette PH. PH kan således ikke søge fyldestgørelse i goodwill, hvis denne har pant i driftsinventar og -materiel.

Når PH tiltræder pantet, eller der indledes konkursbehandling, "fryser" pantet. Virksomhedspantet ændrer karakter fra at være en flydende sikkerhedsret til en individuelt fikseret panteret³⁰. Aktiver, der indgår i PS' aktivmasse, efter pantet er frosset, vil derfor ikke omfattes af virksomhedspantet.

²⁵ Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 298

²⁶ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 116

²⁷ Ibid, s. 130 ff.

²⁸ FT 2004-05, tillæg A, s. 7399

²⁹ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 110

³⁰ Bang-Pedersen Rammeskov, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 132

Tiltrædelsen eller konkursbehandlingen vil dog ikke blokere for, at aktiver stadig kan tilføres virksomheden efterfølgende, som PH er afskåret i at søge sig fyldestgjort i³¹.

Pantsatte aktiver omfattet af virksomhedspantet og aktiver, som PS erhverver efter enten tiltrædelse eller dekret, medfører ofte adskillelsesproblematikker. Der gælder derfor et skærpet individualiserings- og identifikationskrav, der betyder, at PH efter tiltrædelse eller indledt konkursbehandling skal kunne føre tilstrækkeligt bevis for at vinde ret over sine pantsatte aktiver. PH kan tage forbehold ved at opliste en *stadeopgørelse* af pantet³². Det medfører, at PH ikke kan søge sig fyldestgjort i aktiver, der reelt ikke tilkom PH. Således afskæres PS og PH fra at kunne spekulere i kreditorforrykkende konstellationer³³.

Afslutningsvist er virksomhedspant kendetegnet ved, at PS oppebærer surrogaterne (provenuet) fra de virksomhedspantsatte aktiver. Ved konkurs subrogerer PH i PS' ret, og retten til provenuet tilkommer PH. Dog ikke forstået på den måde, at PH tilkendes frugterne fra pantet, men får i stedet de virksomhedspantsatte aktivers realisationsværdi. Ved frysning af pantet ændrer aftalen således karakter fra at være et traditionelt kreditengagement til at udgøre et inddrivelsesengagement, hvortil problematikken omkring skjulte tiltrædelser opstår, jf. straks nedenfor³⁴.

4. Betydningen af tiltrædelse i et løbende mellemværende

4.1. Retsvirkningen af tiltrædelse

Ved tiltrædelse opnår PH, som beskrevet i afsnit 3.3, fyldestgørelse gennem realisation af de virksomhedspantsatte aktiver. Retsvirkningen bliver at PS fratrækkes retten til at disponere over de virksomhedspantsatte aktiver samtidig med, at trækningsretten på kreditten afskæres. Panterammen nedskrives tilsvarende derefter, i det omfang provenuet (realisationsværdien) dækker fordringen³⁵. I obligationsretlig forstand betyder det, at panteretten først ophører, når PH har opnået fuld dækning i pantet³⁶.

³¹ Ibid, s. 130 f.

³² Bang-Pedersen Rammeskov, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 132

³³ Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 196

³⁴ Ibid, s. 571

³⁵ FT 2004-05, Tillæg A, s. 7399

³⁶ Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 563

Er de realiserede aktivers værdi ikke tilstrækkeligt til at dække det nominelle beløb af pantebrevet, vil PH lide et urealiseret tab svarende til den udækkede del af fordringen. Det usikrede krav kan efterfølgende anmeldes i boet som et simpelt § 97-krav, hvilket indebærer en lavere prioritetsstilling i konkursordenen med udsigt til lav dividende.

I forsøg på netop at omgå et urealiseret tab kan PH spekulere i at "skjule" tiltrædelsen som led i omgåelse af lighedsprincippet. Den skjulte tiltrædelse vil imidlertid alene være relevant i det tilfælde, hvor skyldforholdet forud for nedbringelsen overstiger værdien af de pantsatte aktiver. Sagt på en anden måde; når trækket er "løbet løbsk" smh. aktivernes værdi³⁷.

4.2. Hvornår er pantet tiltrådt?

Tiltrædelsestidspunktet har givet anledning til usikkerhed omkring, hvornår og på hvilket grundlag tiltrædelse kan konstateres. Bet. nr. 1459 opstiller en række eksempler på tiltrædelse, der kan statueres gennem retsplejeloven (RPL) eller ved PH's meddelelse i "det frie"³⁸.

Udvalget vurderede, at spørgsmålet om, hvornår PH må anses for at have tiltrådt sit pant, ikke egnede sig til at blive reguleret eksplicit i lovteksten. Det angives:

*"Pantavers tiltrædelse af pantet vil i praksis kunne have mange former"*³⁹.

Det efterlader således et rum for skjult tiltrædelse, hvor det er op til praksis at udfylde, hvornår PH kan anses for at have tiltrådt sit pant⁴⁰.

Bet. nr. 1459 oplister desuden en række eksempler, der "bør" kunne indikere skjult tiltrædelse, men ikke helt tydeligt statuerer tiltrædelse, men det beror på en konkret vurdering.

Som eksempler anføres 1) hvis PH hindrer træk på kreditten, hvor indbetalingerne fra fordringerne finder sted (tiltrædelse rettet mod kreditten) og 2) hvis PH fratager PS retten til at udskille aktiver med henblik på at realisere pantet (tiltrædelse rettet mod pantet)⁴¹.

³⁷ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 193

³⁸ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 160

³⁹ FT 2004-05, Tillæg A, s. 7399

⁴⁰ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro., 1. udgave, s. 261

⁴¹ Bet nr. 1459 af 2005, s. 161 f. og Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro., 1. udgave, s. 270

Det bliver positivt afgrænset, at rettes tiltrædelse mod kreditten i et løbende mellemværende skal indbetalingen bedømmes efter enten KL §§ 67 eller 70 a:

“Det afgørende for, om spørgsmålet om omstødelse af indbetalinger på den pantesikrede kassekredit i omstødelsesperioden skal bedømmes efter § 67 eller § 70 a vil være, om panthaveren må anses for at have tiltrådt sit pant i forbindelse med indbetalingen.”⁴²

Giver betalingen ikke udslag på tiltrædelse, skal spørgsmålet om omstødelse således vurderes efter KL § 67 om betaling af gæld.

Tiltrædelse udgør dermed en alternativ mulighed for boet til at påberåbe sig omstødelse af et løbende mellemværende. Det som udgangspunkt boet at løfte bevisbyrden for tiltrædelse⁴³. Bevisførelsen er ofte væsentlig og kompleks - navnlig som følge af de uregulerede og “kreative” måder, tiltrædelse kan komme til udtryk på. En udtrykkelig tilkendegivelse fra PH om ønsket nedbringelse af skyldforholdet vil som udgangspunkt ikke være tilstrækkelig til at udgøre tiltrædelse. Ej heller vil en trussel om opsigelse af engagementet i sig selv kunne anses som tilstrækkeligt. Der skal “mere til”, så at sige⁴⁴. Opsummerende kan det udledes, at tiltrædelse af virksomhedspantet og de underliggende mekanismer er komplekse, hvilket også medvirker til den begrænsede anvendelse af KL § 70 a⁴⁵.

5. Betydningen af brutto- eller nettoopgørelse

Som anført aktualiseres tiltrædelsestidspunktet for boet, når PH gør brug af panteretten i videre omfang, end skyldforholdet er nedbragt. Opgørelsen kan beregnes ud fra en brutto- eller nettoopgørelse.

Nettoopgørelsen svarer til den af retspraksis udviklede nettometode⁴⁶. Beregningen af PH's fyldestgørelse medregner fradrag for udbetalinger på kreditten - dvs. nettonedbringelsen af kreditten. Omvendt tager bruttometoden udgangspunkt i en nedskrivelse af panteretten krone for

⁴² Bet. Nr. 1459 af 2005, s. 343

⁴³ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 354

⁴⁴ Ibid, s. 358 f.

⁴⁵ Se nærmere herom i afsnit 10.

⁴⁶ Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 582

krone - dvs. i forholdet 1:1⁴⁷. Indbetalingerne på kreditten hidrørende fra de pantsatte aktiver medfører, at der ikke skal beregnes fradrag for udbetalinger på kreditten, som nettometoden tager hensyn til⁴⁸. Udgangspunktet efter almindelige panteretlige regler er, at fyldestgørelse gennem pantet skal beregnes efter bruttometoden.

Problematikken om, hvorvidt beregningen skal foretages gennem en enten brutto- eller nettoforøgelse, opstår derfor primært ved tiltrædelser rettet mod kreditten⁴⁹. Bruttometoden medfører, at pantets ramme opbruges hurtigere, når der ikke løbende sker fradrag i det underliggende gældsforhold. I relation til et løbende mellemværende, hvor trækket på kreditten konstant varierer, betyder det, at pantets værdi efter en bruttometode hypotetisk udnyttes tidligere, idet opgørelsen sker efter en 1:1-nedskrivning, og PS' trækningsret ikke afskæres.

En bruttoopgørelse vil medføre, at det pantsatte aktiv tidligere, frigives og tilfalder boet, selvom gælden til PH endnu ikke er fuldt nedbragt (netto). PH risikerer dermed et økonomisk tab, når sikkerheden bortfalder, til trods for at det oprindelige krav stadig består. Bruttometoden vil som incitament plausibelt fremrykke tiltrædelsestidspunktet⁵⁰.

Som følge kan PH som konsekvens ved en bruttoopgørelse have interesse i at begrænse PS' trækningsret, efter at der er foretaget indbetalinger fra de pantsatte aktiver, hvorved pantets økonomiske værdi i realiteten udlignes. Som følge heraf reduceres PH's risiko, men konsekvensen vil være, at PS efterfølgende afskæres at foretage nødvendige træk på kreditten. Det vil medføre, at PS ikke længere vil være i stand til at opfylde sine forpligtelser, der primært foretages fra driftskreditten, hvorved en konkurs vil være uundgåelig. Flindthardt fremfører at antagelsen af et bruttoprincip vil have store konsekvenser⁵¹.

Ud fra et insolvensretligt hensyn kan det anfægtes, at nettometoden fremstår mest hensigtsmæssig at benytte på kassekreditnedbringelser. En nærmere vurdering forudsætter dog en dybdegående analyse, som ligger uden for afhandlingens område.

⁴⁷ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave. s. 381

⁴⁸ Ibid, s. 380

⁴⁹ Se endvidere afsnit 9.7.1. og 9.7.2

⁵⁰ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave. s. 380 ff.

⁵¹ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro., 1. udgave, s. 286

6. Differencelæren

Domstolene har gennem tiden “nedtonet” differencelæren, og der findes beskeden retspraksis, hvor den kommenteres eller inddrages i afgørelser⁵².

Den sparsomme anvendelse af differencelæren skyldes en i sig selv hypotetisk afvejning, der giver anledning til usikkerhed ud fra et både materielt og bevisretligt synspunkt, og domstolene har sjældent interesse i at benytte så usikker en metode⁵³.

Anvendelsen af differencelæren tager udgangspunkt i den faktisk foretagne disposition på dispositionstidspunktet smh. et alternativt hypotetisk forløb, hvor dispositionen aldrig var foretaget. Formålet er at vurdere, hvorvidt og i hvilket omfang dispositionen har medført en økonomisk forskydning til skade for kreditorerne⁵⁴. Analysen tager udgangspunkt i en tabs- og berigelsesbetragtning, hvor læren supplerer retsvirkningerne i KL § 75 og 76⁵⁵. Uagtet de objektive omstødelhedsbetingelser reelt er til stede, kræver differencelæren en vurdering af den økonomiske virkning, der er nødvendig for at kvalificere dispositionens omstødelighed⁵⁶.

7. Når pantet er fuldgod

At sikkerhedsstillelsen er “fuldgod” kan behandles ud fra flere betragtninger. KL § 20, stk. 1, nr. 1 angiver, at skyldner (PS) ikke kan erklæres konkurs, hvis fordringen er sikret ved betryggende pant i fast ejendom. Tilsvarende giver det heller ikke anledning til konkurs, hvis der stilles “anden tilsvarende sikkerhed”, jf. KL § 20, stk. 2. Herunder falder selvskyldnerkaution⁵⁷. Betragtningen om fuldgod sikkerhed skal vurderes ud fra personlige, formueretlige forhold (betalingsevnen)⁵⁸. Afgørende bliver, om den personligt stillede sikkerhed er tilstrækkelig til at dække det samlede omstødelige krav, og bevisførelsen tilfalder som udgangspunkt boet, jf. **U 1994.297 H**, hvor problematikken om delvis sikkerhedsstillelse blev behandlet⁵⁹.

⁵² ET. 2016.254, s. 5

⁵³ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 274

⁵⁴ Ibid, s. 271 f.

⁵⁵ Ibid, s. 269

⁵⁶ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 193

⁵⁷ Paulsen, Jens: Insolvensret - konkurs, 1. udgave, s. 191

⁵⁸ Ibid

⁵⁹ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 167 f.

Derudover skal det ud fra en tabs/- berigelsesbetragtning⁶⁰ og differencelæren opgøres, om realisationsværdien af aktiverne ville dække pantets nominelle værdi ved dispositionens foretagelse. Er pantet fuldgod vil pantets frigivne værdi neutralisere den førtidige betaling⁶¹. Det understøttes i bet. nr. 606 af 1971, hvor det fremgår til § 73, at dispositionen skal have været til skade for kreditorerne. Gæld, hvor tilstrækkeligt og uomstødeligt pant er stillet medfører ikke et tab⁶². Hvornår værdien skal opgøres tilbage i tid, bliver et bevismæssigt spørgsmål mellem PH og PS⁶³. Som udgangspunkt skal realisationsværdien beregnes ved konkursen, men kan tiltrædelse statueres tilbage i tid, hvor pantet reelt blev “frigjort”, bliver dét den aktuelle realisationsværdi. Beregningen er essentiel, idet tiltrædelse – samtidig med fortsatte nedskrivinger på kreditten – indebærer, at PH’s risiko er blevet reduceret, eftersom pantet i realiteten har været udnyttet mere end én gang⁶⁴.

Kan det konstateres, at PH’s dækning var fuldgod vil nedbringelsen, ud fra differencelæren medføre, at PH alternativt kunne se sig fyldestgjort gennem aktivernes realisationsværdi, der som følge heraf ikke ville medføre et tab for boet. Nedbringelsen kræver dog, at indbetalingerne hidrører fra virksomhedspantsatte aktiver - og ikke PS’ usikret midler - der ellers så vil ske på bekostning af øvrige kreditorer⁶⁵.

Om pantet er fuldgod beror derfor på flere betragtninger. For det første, om kautionisten reelt er “økonomisk god” for sikkerhedsstillelsen. For det andet, om nedbringelsen af skyldforholdet hidrører fra PS sikrede midler, der ikke vil påvirke ligelighedsprincippet.

8. Anvendelse af omstødelsesreglerne

Kurator råder over en række omstødelsesregler, der hver især kan anvendes til at omstøde et løbende mellemværende. Der er til de enkelte regler knyttet forskellige, individuelle betingelser, som gennemgås straks nedenfor. Formålet med afhandlingen er netop at identificere, hvilke

⁶⁰ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 269 ff.

⁶¹ ET. 2016.254, s. 5

⁶² Bet. nr. 606 af 1971, s. 162

⁶³ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 278

⁶⁴ Ibid, s. 280

⁶⁵ Bet. nr. 606 af 1971, s. 162

hjemler der i den konkrete situation fremstår mest hensigtsmæssige at påberåbe sig med henblik på omstødelse af et løbende mellemværende. Afsnittet vil afslutningsvist sammenholde reglerne.

8.1. KL § 70

8.1.1. Indledende og det historiske perspektiv

KL § 70 (daværende § 21 i 1872-loven) blev objektiveret ved ændringen af KL i 1977. Reglen omfavner alle pantformer, herunder virksomhedspant, men blev med indførelsen af KL § 70 a revurderet, da udvalget fandt, at ordlyden i KL § 70 ikke var tilstrækkelig til at regulere virksomhedspantets flydende karakter. Som følge heraf blev stk. 1, 2. pkt. og stk. 3 tilskrevet KL § 70⁶⁶.

KL § 70, stk. 1 hjemler omstødelse af pant, der ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse (pant for gammel gæld), jf. stk. 1, 1. pkt., 1. led, og panterettigheder der ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold ved aftens indgåelse (smølereglen), jf. stk. 1, 1. pkt., 2. led. KL § 70 differentierer sig fra de øvrige objektive bestemmelser behandlet i nærværende afhandling, idet den ikke indeholder et ordinærkriterie, der kan hindre omstødelse.

Det tidsmæssige aspekt i KL § 70 medfører, at for at anvende KL § 70, skal tinglysning af pantet være sket senere end tre måneder før fristdagen. Stilles sikkerhed for en tidligere usikret aftale, og tinglyses denne senere end tre måneder før fristdagen, skyldes det som regel, at PH ønsker at reducere sin tabsrisiko grundet PS' økonomi⁶⁷. Aftalen vil medføre, at en usikret ret overgår til at være sikret.

8.1.2. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led – Omstødelse af pant for gammel gæld

Kassekreditter har historisk givet anledning til tvivl i fastlæggelsen af, hvornår gæld kan anses for opstået og stiftet. PS' jævnlige brug af trækingsretten på en kassekredit indebærer hyppige udsving, både positive og negative, og komplicerer vurderingen af, om der foreligger pant for

⁶⁶ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL med kommentarer, 16. udgave, s. 699

⁶⁷ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejder bygger bro..., 1. udgave, s. 316

gammel gæld. Højesteret (HJR) udviklede derfor nettometoden til at vurdere problematikkerne i et løbende mellemværende med henblik på at skelne mellem gammel og ny gæld⁶⁸.

8.1.2.1. Hvad indebærer nettometoden?

HJR udviklede i **U 1984.981 H** nettometoden til at adressere problematikken til de positive og negative udsving, der opstår på en kassekredit som følge af PS' trækningsret. Nettometoden tager ikke udgangspunkt i aftalens oprindelige indgåelse / hvornår aftalen var tilsigtet, men vurderes fra tidspunktet for sikringsaktens foretagelse, jf. **U 1993.268 H**⁶⁹. I praksis betyder det, at omstødelse efter KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led alene kan ske, når sikkerheden etableres, efter et løbende mellemværende *er* påbegyndt og dermed tjener som sikkerhed for et allerede eksisterende mellemværende. Var sikkerheden derimod stillet ved aftaleindgåelsen, ville der være tale om sikkerhed for fremtidig, ny gæld og som udgangspunkt en gyldig sikkerhedsstillelse⁷⁰.

Nettometoden tager ikke hensyn til de forøgelser og nedbringelser, der er opstået mellem sikkerhedens stiftelse og fristdagen. Det er ikke usædvanligt, at der sker et bevilget sikret overtræk på kreditten, hvilket nettometoden ikke inkluderer i beregningen. Nettometoden forholder sig udelukkende til det nettoresultat, der er opstået mellem gælden ved sikkerhedens stiftelse og gælden på fristdagen⁷¹. Kassekreditens ophør regnes fra fristdagen, jf. **U 2005.181 H**. Henset til at fristdagen og dekret dagen i den pågældende sag var sammenfaldende, kan der sættes spørgsmålstegn ved præjudikatværdien heraf, men ikke desto mindre må det konkluderes, at kassekreditens ophør skal regnes fra fristdagen⁷².

Er gælden til PH på fristdagen mindre eller lig med den indrømmede gæld, vil pant for gammel gæld foreligge, idet PH opnår en nettoforbedring som følge af, at pantet ikke modsvares af ny gæld. Overstiger gælden den maksimale trækningsret på fristdagen, betragtes forøgelsen som pant for ny gæld, når "mergælden" falder uden for det tilsagte gældsforhold⁷³. Foreligger både gammel og ny gæld, kan som udgangspunkt kun den gamle gæld omstødes, jf. **U 2001.1625 Ø**. PH og PS

⁶⁸ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 471

⁶⁹ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 142

⁷⁰ Møgelvang Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret, 10. udgave, s. 381

⁷¹ Ibid, s. 379 f.

⁷² Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 223

⁷³ Ibid

kan derfor forsøge at omgå pant for gammel gæld ved at etablere et nyt, sikret skyldforhold (camouflering af pant for ny gæld). Denne problematik behandles yderligere i afsnit 9.1.2.

8.1.3. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 2. led – Sikring mod retsforfølgning uden unødigt ophold (smølereglen)

Pant skal sikres mod retsforfølgning uden unødigt ophold samtidig med gældens stiftelse, jf. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 2. led. Tinglysningskravet er en forholdsregel mod spekulation i camouflering af pant for gammel gæld som pant for ny gæld ved benyttelse af antedatering.⁷⁴

Etablering af gæld er ud fra et aftaleretligt synspunkt samtidig med, at PS bliver retligt forpligtet til at stille sikkerhed ved kontraktens indgåelse efterfulgt af PH's pligt til at opfylde, hvorefter sikringsakten skal iagttages⁷⁵.

Samtidighedskravet må tolkes som værende strengt. Af bet. nr. 606 fremgår det:

“sikringsakten skal iagttages, så snart det efter den valgte ekspeditionsform er muligt.”⁷⁶

Samtidighedskravet belyses i U **2009.2320 H**. Der var i sagen tale om, at et pantebrev blev udstedt d. 8/2/05, og lånet stod til udbetaling fredag d. 11/02/05. Tinglysningsdokumentet skulle afsendes samme dag. Dokumentet blev i stedet afsendt d. 14/02/05, grundet sekretæren var gået hjem tidligt d. 11/02/05. HJR omstødte PH's krav, idet sikringsakten ikke var foretaget *uden unødigt ophold*⁷⁷. Tilsvarende blev et pantebrev tinglyst for sent i U **2008.333 V**, hvor et lån blev udbetalt d. 11/02/05 til køb af bil, hvor brevet blev sendt d. 14/02/05 og tinglyst d. 15/02/05. Det blev vurderet, at sikringsakten ikke var foretaget uden unødigt ophold⁷⁸.

Indførelsen af TL medførte en betydelig effektivisering af den tidligere, tidskrævende proces med fysisk tinglysning. Omend det ikke udspringer eksplicit af retspraksis, hvor stringent samtidighedskravet til den digitale tinglysning skal fortolkes, bør kravene til effektiviteten efter moderne teknologi, smh. U **2009.2320 H**, tages i betragtning. I U **2009.2320 H** blev der indrømmet

⁷⁴ Rammeskow Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 486

⁷⁵ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 138

⁷⁶ Bet. Nr. 606 af 1971, s. 156

⁷⁷ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 145

⁷⁸ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 706 f.

et tidsrum på op til ét døgn til afsendelse af den fysiske tinglysning med spedition. I forhold til den digitale tinglysning, bør den finde sted inden for et relativt kort "tidsvindue", efter lånet udbetales, for at samtidighedskravet overholdes. Flindhardt angiver, at tinglysning bør finde sted inden for en til to timer efter udbetaling af lånet⁷⁹.

Hvor rigtigt samtidighedskravet skal fortolkes i dag er fortsat uafklaret, men må anses for væsentligt tidsbegrænset.

8.2. KL § 70 a

8.2.1. Indledende og det historiske perspektiv

KL § 70 a blev indført i forbindelse med implementeringen af reglerne om virksomhedspant ved lov nr. 560 af 24. juni 2005 (Lov om digital tinglysning). Hensigten med reglen var at styrke virksomhedernes mulighed for kredit og finansieringsmuligheder som led i at fremme vækst og erhverv⁸⁰. Udvalget fandt, at KL § 70, stk. 1 ikke var tilstrækkelig til at regulere henholdsvis virksomhedspantets flydende karakter og til vurderingen af ordinære sikkerhedsforøgelser foretaget senere end tre måneder før fristdagen pga. KL § 70's manglende ordinærkriterie.

Udgangspunktet er, at ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70 a, skal fortolkes ens⁸¹. Om ordinærkriteriet anfører bet. nr. 606:

“Det beror på en samlet vurdering, om en forøgelse kan anses for ordinær. Såfremt virksomheden fortsætter sine vareindkøb og varesalg i nogenlunde samme omfang som hidtil, må de deraf følgende ændringer i pantets omfang som udgangspunkt anses for ordinære⁸².”

Hvad en “samlet vurdering” indebærer fremgår ikke eksplicit af bet. nr. 606. Litteraturen anfører følgende til KL § 70 a:

“Udgangspunktet må være en sammenligning med indkøbene i den 3-månedersperiode, der lå forud for 3-månedersperioden inden fristdagen⁸³.”

⁷⁹ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejder bygger bro..., 1. udgave, s. 317

⁸⁰ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 1

⁸¹ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 715

⁸² Bet. nr. 1459 af 2005, s. 341

⁸³ Bang-Pedersen Rammeskov, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 179

Ovenstående indebærer, at indkøb, der er blevet væsentligt intensiveret i de tre måneder forud for fristdagen, sammenholdt med tremånedersperioden, der lå forud for omstødelsesperiodens begyndelse, som udgangspunkt ikke vil være ordinære med undtagelse af, hvis virksomheden foretager sæsonbetingede indkøb, eller opnår særligt fordelagtige rabatter, der kan forsvares gennem ordinærkriteriet⁸⁴.

8.2.2. KL § 70 a, 1. pkt. – Forøgelser af virksomhedspantet

Forøges virksomhedspantet senere end tre måneder før fristdagen, vil det overvejende kunne indikere en mistænkelig disposition, medmindre den fremstod som forretningsmæssigt begrundet.

Et i forvejen pantsat aktiv grebet senest tre måneder før fristdagen, der opnår en værdistigning, medregnes ikke efter opgørelsen i KL § 70 a⁸⁵. Bestemmelsen retter sig derfor kun mod aktiver erhvervet senere end tre måneder før fristdagen, og øger virksomhedspantet, medmindre pantet modsvares af en tilsvarende værdiforringelse, eller hvor forøgelsen modsvares af en nettoforøgelse af den sikrede gæld, der udligner udskillelsen⁸⁶. I praksis ses ikke kun på den kvalitative værdiforøgelse af pantet, men også den kvantitative forøgelse⁸⁷.

Det kan ud fra den objektive tre månedersregel være afgørende for, hvornår et pantsat aktiv kan anses for grebet af. Aktiver må anses for omfattet ved aftalens indgåelse. Det tillægges derfor ikke betydning, at PS ikke har fået det i hænde eller har foretaget individualisering af aktivet, førend det gribes. PS og PH er således afskåret fra at spekulere i forøgelser af aktivmassen med antedatering⁸⁸.

Det er boet, der skal dokumentere en forøgelse, hvor bevisbyrden efterfølgende vælter over på PH, der skal dokumentere, at forøgelsen var ordinær⁸⁹.

8.2.3. KL § 70 a, 2. pkt. – sneboldeffekten

⁸⁴ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 138

⁸⁵ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 177

⁸⁶ Bet. Nr. 1459 af 2005, s. 342

⁸⁷ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 177

⁸⁸ Ibid s. 178

⁸⁹ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 716

Lykkes det ikke PH at løfte bevisbyrden for at kunne støtte ret på ordinærkriteriet, kan der omstødes efter KL § 70 a, 1. pkt., hvorved enhver efterfølgende forøgelse af pantet kan fordres omstødt, jf. KL § 70 a, 2. pkt. Det gælder, uanset om de efterfølgende enkelte forøgelser reelt er ordinære (sneboldeffekten). Reglen forholder sig ikke til enkelte aktivtyper, hvorfor den som konsekvens omfatter *alle* efterfølgende forøgelser af virksomhedspantet. En ekstraordinær disposition, der eksempelvis er relateret til varebeholdningen, jf. TL § 47 c, stk. 3, nr. 2, vil som resultat heraf tilsvarende smitte af på forøgelser af driftsinventar- og materiel, jf. stk. 3, nr. 4, såfremt pantet kan henføres samme reelle PH⁹⁰. Tidligere forøgelser opstået *før* en konstateret ekstraordinær forøgelse omfattes ikke af reglens 2. pkt.⁹¹

8.2.4. KL § 70 a, 3. pkt. – fradrag

Forøgelser efter 1. og 2. pkt., kan reduceres helt eller delvist af omstødelseskravet, jf. 3. pkt. Omstødelse kan, som ikke foretages, hvis forøgelserne modsvares af en tilsvarende værdiforringelse, eller hvis PS' gæld modsvares af en nettoforøgelse af den sikrede fordring⁹². Det betyder i praksis, at både panteforringelser og nettokreditudvidelser indgår i den samlede beregning⁹³. Panteforringelser, hvortil fradrag kan foretages efter 3. pkt., opdeles i tre typer: 1) forringelser, der skyldes, at et aktiv slippes som følge af, at et nyt gribes af regelmæssig drift, 2) aktivet ophører med at eksistere, eksempelvis ved at det går til grunde og 3) forringelser, der skyldes, at et pantsat aktiv falder i værdi grundet almindelig brug og slitage⁹⁴. Forringelsen skal være indtrådt, inden PH tiltrådte sit pant, hvilket begrundes i, at pant, der forringes, *efter* PH er tiltrådt, er udtryk for en hel eller delvis realisering. Ellers kunne PH spekulere i at undgå omstødelse som følge af, at den virksomhedspantsatte værdi ikke var fratrasket forringelser med højere realisationsværdi til følge, og PH ville plausibelt kunne støtte ret på, at pantet udlignede skyldforholdet og på denne måde opnå fuld dækning. Værdiforringelser skal betragtes som en reduktion af berigelsesopgørelsen i KL § 75, og fradrag skal foretages ud fra omstødelseskravet opstået i samme periode⁹⁵.

⁹⁰ Rammeskow Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 182

⁹¹ Ibid, s. 177

⁹² Ibid, s. 186

⁹³ Ibid, s. 183

⁹⁴ Ibid

⁹⁵ Ibid, s. 186

8.2.5. Opsummering og lidt om den dobbelte nettometode

KL § 70 a er systematisk konstrueret og adskiller sig fra KL § 70 ved, at der først skal konstateres, om der foreligger en omstødelig *bruttoforøgelse* af pantet, jf. 1. og 2. pkt., før fradrag af en evt. bruttoreduktion efter 3. pkt. modregnes pantet, og et samlet omstødelsesbeløb afslutningsvis kan konstateres⁹⁶. Omstødelsesperioden følger principperne af nettometoden, hvilket vil sige, at forøgelsen regnes fra dagen, hvor den første konstaterede ekstraordinære forøgelse, fandt sted. Den dobbelte nettometode i KL § 70 a differentierer sig fra den traditionelle nettometode ved, at den tager forbehold for hver *enkelt* foretagne forøgelse fratrullet evt. fradrag, hvorefter en samlet bruttoforøgelse kan konstateres at have reduceret PH's risiko eller ikke⁹⁷.

8.3. KL § 67

8.3.1. Indledende og det historiske perspektiv

Den daværende KL § 20 af 1872-loven, blev foreslået ændret i bet. nr. 606 og vedtaget med KL af 1977. Som et nyt tiltag blev reglens 3. led indført og desuden blev reglen tillagt et ordinærkriterie, der var den mest væsentlige ændring. Den daværende ordlyd i KL § 66 af 1977, minder tilnærmelsesvis om nuværende KL § 67, hvor kun fremstillingen er ændret.

Betalinger foretaget senere end tre måneder før fristdagen kan omstødes, medmindre betalingen var ordinær. Bestemmelsen indeholder tre led: 1) "*Betaling med usædvanlige betalingsmidler*", jf. stk. 1, 1. led, 2) "*Betaling før normal betalingstid*", jf. stk. 1, 2. led, og 3) "*Betalinger, der afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne*", jf. stk. 1, 3. led. Afslutningsvist kan nedbringelsen ikke omstødes, hvis betalingen stammer fra virksomhedspantsatte aktiver, og PH har fuldgod sikkerhed, da det utvivlsomt ikke vil medføre et tab for boet, jf. KL § 75⁹⁸.

Bevisbyrden i relation til KL § 67, stk. 1, er ikke anderledes end til KL § 70 a. Det er boet, der bærer bevisbyrden for, at betalingen fremstår som objektivt mistænkelig. Derefter påhviler det PH at afkræfte ovenstående og bevise, at betalingen fremstod som ordinær⁹⁹.

⁹⁶ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl.: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 176 f.

⁹⁷ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 225

⁹⁸ Se endvidere domsbehandling til afsnit 9.5.

⁹⁹ Møgelvang Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning - materiel faged- og konkursret, 10. udgave, s. 350 og Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 683

Som beskrevet i afsnit 8.2.1 skal ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70 a tolkes ens. Fortolkningen kræver en objektiv helhedsbedømmelse, og regulære retningslinjer kan ikke opstilles¹⁰⁰. Af Bet. nr. 606 fremgår det til KL § 67:

“Der skal altså lægges vægt ikke just på denne kreditors subjektive forhold, men på, om de ydre, for omverdenen kendelige faktorer pegede på, at betalingen ikke var af ekstraordinær karakter.”¹⁰¹

8.3.2. KL § 67, stk. 1, 1. led – Omstødelse af usædvanlige betalingsmidler

Omstødelse af usædvanlige betalingsmidler, jf. KL § 67, stk. 1, 1. led, afhænger af flere faktorer. Som hovedregel baserer vurderingen sig på, hvad der ud fra almindelig kontraktmæssig opfyldelse har været til hensigt mellem betaleren (PS) og betalingsmodtageren (PH). Skal opfyldelsen bære præg af at være usædvanlig, betyder det mere præciseret, at PH's krav er blevet opfyldt med en anden art, end den aftalen oprindeligt gik ud på, der som udgangspunkt er penge¹⁰². Betaling med penge kan endvidere aldrig anses for at have usædvanlig karakter, uanset om aftalen oprindeligt lød på andet end penge, jf. U 1992.852 H¹⁰³. Begrebet penge relaterer sig endvidere ikke udelukkende til kontant afregning, herunder digitalt indbetalingskort, hvorfor en check må sidestilles hermed¹⁰⁴. Et usædvanligt betalingsmiddel indbefatter derfor noget, der må betragtes som en modsætning til fordringens oprindelige indhold. Adgangen til at ændre kontrakten og gøre betalingsmidlet “sædvanligt” efterfølgende er ligeledes afskåret (forbud mod datio in solutum)¹⁰⁵.

Er en fortolkning af kontrakten ikke tilstrækkelig, ses i stedet på den generelle branchesædvane og adfærd parterne imellem¹⁰⁶. Betales der med andet end penge, og skal dette karakteriseres som et sædvanligt betalingsmiddel, kræver det, at parterne før har afviklet deres tilgodehavende med nærmere aftalte realydelser. Har parterne imidlertid kun handlet med penge, vil det derfor tale imod, at andre betalingsmidler pludselig kan være ordinære.

¹⁰⁰ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 437

¹⁰¹ Bet nr. 606 af 1971, s. 151

¹⁰² Møgelvang Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret, 10. udgave, s. 355

¹⁰³ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 116

¹⁰⁴ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 116 og Bet. nr. 606 af 1971, s. 151

¹⁰⁵ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 129 og Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 426

¹⁰⁶ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 117

8.3.3. KL § 67, stk. 1, 2. led – Omstødelse af betaling før normal betalingstid

Efter den daværende regel i KL § 20 udgjorde betaling før normal betalingstid, når betaling skete *før aftalens forfald*. Hvordan, forfald skulle fortolkes, var uigennemskueligt, idet der som oftest blev indrømmet “*en vis tids kredit*” mellem parterne¹⁰⁷. Reglen blev på baggrund af den svage udformning ændret¹⁰⁸. I Bet. nr. 606 lyder det:

“Betaling før det tidspunkt, som efter aftalens indhold og forudsætninger og parternes forhold og sædvaner ville have været det normale, hvis skyldneren ikke var kommet i økonomiske vanskeligheder”¹⁰⁹.

Den bredere og kryptiske ændring gav ikke umiddelbart en gennemgribende afklaring vedrørende betalingstiden¹¹⁰. Begrebet “Før normal betalingstid”, kan variere alt afhængigt af brancher, og desuden hvad der må anses for sædvanligt mellem de pågældende parter. Betalingstidspunktet kan derfor “skyde i begge retninger”¹¹¹. Der argumenteres for, at betalingstid som udgangspunkt ikke kan sidestilles med forfald efter de obligationsretlige principper, hvorfor det afgørende må være parternes forhold, og gældsforholdets indbyrdes historiske afvikling¹¹². Der argumenteres dog også for, at normal betalingstid netop må anses som forfaldstidspunktet eller sidste rettidige betalingsdag¹¹³. Sidstnævnte bakkes op i moderne retspraksis, jf. **U 2015.335 Ø**, hvor en revisors regning blev betalt straks ifølge mundtlig aftale, men efter aftalens ordlyd var forfaldstidspunktet først 8 dage efter. Betalingen blev omstødt. Se endvidere behandlingen af **U 2015.335 Ø** i afsnit 9.6.2. Hvornår, betalingen skal falde, må derfor primært afhænge af kontraktens ordlyd, alternativt hvad parterne har anset som sædvanligt efter obligationsretlige principper¹¹⁴.

Kassekreditter har historisk set givet anledning til tvivl vedrørende betaling før normal betalingstid. Et løbende mellemværende kan ikke betragtes som en traditionel fordring. I hvert fald ikke i obligationsretlig forstand med fastlagte afdrags- eller forfaldstidspunkter, medmindre andet

¹⁰⁷ Bet. nr. 606 af 1971, s. 151

¹⁰⁸ Ibid

¹⁰⁹ Ibid

¹¹⁰ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 131

¹¹¹ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 241

¹¹² Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 430 og Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 120

¹¹³ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 121

¹¹⁴ Bet nr. 606 af 1971, s. 151

er aftalt. Det udestående beløb ændres kontinuerligt, idet posterings på kreditten løbende forøges og nedbringes i takt med PS' likviditetsmæssige forhold. En kassekredit har derfor ikke karakter af at være en enkeltstående betaling, selvom der principielt er tale om betaling af uforfalden gæld¹¹⁵. Når trækket på kreditten sker inden for det sikrede maksimum og nedbringes under normale omstændigheder, er det som udgangspunkt ikke med det formål at fyldestgøre en enkeltstående kreditor og må derfor have ordinær karakter¹¹⁶. Der kan således argumenteres for, at indbetalinger i et løbende mellemværende før normal betalingstid vanskeligt lader sig henføre under KL § 67, stk. 1, 2. led, når løbende indbetalinger grundet kredittens flydende karakter vil være normalt¹¹⁷.

Det må derfor lægges til grund, at det afgørende vedrørende betaling før normal betalingstid i et løbende mellemværende er, hvornår der sker en ændring i betalingsmønstret. Påbegyndes en intensivering af nedbringelsen, eller nedbringes kreditten før, hvad der har været normalt, og i generelt misforhold til PS' økonomiske situation ved nedbringelsestidspunktet, vil det formentlig tale imod en ordinær forretningsmæssigt begrundet disposition og mere i retning af nedbringelse af et slavisk gældsforhold. Det gælder særligt, når banken (PH) blander sig i afviklingen og kreditten¹¹⁸.

Nedbringes kreditten endvidere med betydelige beløb, der har forringet PS' betalingsevne, kan der også omstødes, jf. KL § 67, stk. 1, 3. led. Adskillelsen af 2. og 3. led kan i praksis være kompliceret, idet betalinger, der afgørende forringer PS' betalingsevne, ofte også anskues, som værende sket før normal betalingstid. Havde betalingen ikke forringet PS' betalingsevne, havde den netop været ordinær, når der som beskrevet ikke foreligger aftalt forfald i et løbende mellemværende. Det er derfor ikke helt uden vanskeligheder at rubricere og adskille reglens 2. og 3. led, der ofte i praksis smelter sammen¹¹⁹.

8.3.4.KL § 67 stk. 1, 3. led – Omstødelse af betalinger, der afgørende har forringet betalingsevnen

¹¹⁵ Møgelvang Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret, 10. udgave, s. 360

¹¹⁶ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 441

¹¹⁷ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 248

¹¹⁸ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 123

¹¹⁹ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 248

Betalinger, der afgørende har forringet PS betalingsevne, kan omstødes, jf. KL § 67, stk. 1, 3. led. Reglen differentierer sig fra de øvrige led, idet betaling af gæld opfyldes til normal betalingstid og som et sædvanligt betalingsmiddel, hvorfor dispositionen ved første øjekast ikke fremstår mistænkelig¹²⁰.

Det afgørende i relation til KL § 67, stk. 1, 3. led er, om betalingen objektivt kan anses som mistænkelig baseret på beløbets størrelse, eller det samlede beløb, og skal i forlængelse heraf vurderes i forhold til PS' økonomiske situation¹²¹. Det kommer også til udtryk i Bet. nr. 606:

*“Det betalte beløb må have været af en sådan størrelse, at det er umiddelbart klart også for udenforstående, at skyldnerens muligheder for at føre virksomheden videre i afgørende grad er blevet forringet.”*¹²²

At en forringende betaling skal stå “umiddelbart klart” for udenforstående bør altovervejende indikere en mistænkelig disposition set fra PH's synspunkt. I litteraturen beskrives det også som, at betalingen skal “springe i øjnene”¹²³. Dog er det ikke et krav, at PH skulle eller burde have haft kendskab til PS' økonomi, eller at betalingen skal udgøre en bestemt andel af PS' samlede tilgængelige likviditet på betalingstidspunktet¹²⁴. PS' likviditet skal vurderes, ikke alene ud fra PS' frie midler, men sammenholdes med den bundne likviditet i ikke-letomsættelige aktiver¹²⁵. Omvendt angives det andetsteds i litteraturen, at vurderingen netop bør sættes i forhold til virksomhedens størrelse og den likvide kapital¹²⁶. Der er ikke generel konsensus om vurderingen, og det kan ikke udelukkes, at en sådan vurdering må give anledning til en vis form for subjektivitet.

Det er tidligere set, at PS har forsøgt at camouflere mindre delbetalinger relateret til samme gældsforhold som et omgåelseselement, idet betalingerne ikke ved første øjekast afgørende vil have forringet PS' økonomiske situation. I **2010.959 Ø** blev PS' foretagne debiteringer sammenlagt og behandlet som én betaling, der samlet afgørende havde forringet PS'

¹²⁰ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 133

¹²¹ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 244

¹²² Bet. nr. 606 af 1971, s. 151

¹²³ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 245, note 131

¹²⁴ Ibid, s. 244

¹²⁵ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 124

¹²⁶ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave, s. 681

betalingsevne¹²⁷. Omvendt kunne der ikke i U **2013.1146 H** ske sammenlægning af flere mindre posteringer til forskellige kreditorer. Det kan derfor udledes, at camoufleringen af mindre delposteringer, kun kan omstødes, når det vedrører samme gældsforhold¹²⁸. Endvidere taler det imod omstødelse, hvis gennemtrækket på kreditten består og driften kan føres sædvanligt videre¹²⁹. Er der fortsat store ind- og udbetalinger på PS' kredit, må det indikere en trækningsret, der ikke har forhindret PS i at afvikle gæld til andre kreditorer, jf. U **2005.154 H**¹³⁰. Omstødelse efter KL § 67, stk. 1, 3. led beror derfor på en konkret vurdering, hvor særligt ordinærkriteriet, men også KL § 17, stk. 2, må tages i betragtning.

8.4. KL § 74

8.4.1. Indledende og historisk udvikling

KL § 74 blev ændret og udvidet samtidig med objektiveringen i KL af 1977. Den daværende afkræftelsesregel i KL § 24 i 1872-loven havde begrænset anvendelse på kreditorbegunstigende dispositioner, hvorfor udvalget ønskede en bredere bestemmelse, der også kunne ramme de kreditorforringende dispositioner¹³¹.

Efter den daværende KL § 24 kunne omstødelse kun ske, hvis PS' konkurs var "nært forestående". Ordlyden fremstod svækket i forhold til formålet med reglen og tidsanvendelsen i praksis, der primært kun blev benyttet op til seks måneder forud for konkursen¹³².

Ordlyden blev ændret i nuværende KL § 74 til, om "*skyldneren var, eller blev insolvent ved dispositionens foretagelse*". Der er ikke til reglen knyttet en nærmere bestemt tidsfrist.

Grunden hertil er, at PS' insolvens kan have været længe undervejs, og at det ville være urimeligt for en utilbørlig begunstiget kreditor at støtte ret på et ældre krav. Ændringen medførte, at PH ikke på baggrund af forældelse kan oppebære begunstigelsen, jf. U **2022.3557 H**¹³³.

¹²⁷ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik: m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 436

¹²⁸ Ibid

¹²⁹ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave. s. 687

¹³⁰ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik: m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 434

¹³¹ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 141

¹³² Ibid

¹³³ Lindenchrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL m. kommentarer, 16. udgave. s. 636

KL § 74 kan således “samle de tilfælde op, der går gennem de objektive reglers grovere masker”¹³⁴.

8.4.2. Anvendelsen af KL § 74

Den subjektive omstødelsesregel i KL § 74 agerer generalklausul i KL kapitel 8. Påberåbelsen af KL § 74 kræver, at dispositionen har medført en utilbørlig begunstigelse på bekostning af øvrige kreditorer, men det er ikke et krav, at begunstigelsen har været på bekostning af *alle* kreditorer¹³⁵.

Bevisbyrden påhviler boet, og anvendelsen kræver, at alle betingelser er opfyldt, før der kan omstødes efter KL § 74. Betingelserne for at påberåbe sig KL § 74 er, at der er foretaget en disposition. Derefter kræver det, at dispositionen medførte 1) PS var eller blev insolvent, og 2) dispositionen skal være utilbørlig. PH skal have været i ond tro omkring omstændighederne i 1) og 2)¹³⁶. I henhold til at løfte bevisbyrden, er det tilstrækkeligt for boet at påvise PH's “burde kendskab” til PS' insolvens og omstændighederne i øvrigt¹³⁷.

8.4.2.1. Hvornår foreligger en disposition?

En disposition udgør enhver utilbørligt foretaget handling, der har været til skade for kreditorerne og kan forekomme ved de i KL § 74, 1. - 3. led, opremsede betingelser: 1) “*Begunstigelse af en fordringshaver på de øvriges bekostning*”, 2) “*unddragelse af ejendele*” og 3) “*forøgelse af gæld*”. Det er endvidere ikke et krav, at PS direkte eller indirekte har medvirket, hvorfor også PH's ensidige adfærd overfor PS tilsvarende kan udgøre en disposition¹³⁸.

For at en disposition kan omstødes, skal betalingen hidrøre fra skyldnerens usikrede midler, før en kreditorbegunstigelse foreligger, og begunstigelsen tilkommer PH uden at være retligt tilsagt¹³⁹.

8.4.2.2. Insolvens og ond tro

¹³⁴ Bet. Nr. 606 af 1971, s. 161

¹³⁵ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik: m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 506

¹³⁶ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 259

¹³⁷ Møgelvang Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning - materiel foged- og konkursret, 10. udgave, s. 396

¹³⁸ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 145

¹³⁹ Bet nr. 606 af 1971, s. 162

Uanset KL § 17, stk. 2's placering i KL, skal vurderingen af insolvens efter reglerne i kapitel 8 i almindelighed foretages efter principperne i KL § 17, stk. 2, jf. **U 1980.770 H**¹⁴⁰. Vurderingen af PS' illikviditet skal foretages på tidspunktet for dispositionens foretagelse¹⁴¹. I litteraturen diskuteres det, om insufficiens inddrages som led i vurderingen. Der synes at være konsensus om, at insufficiens ikke udgør det rette kriterie at vurdere ud fra, hvorfor den primære vurdering bliver PS' likviditet¹⁴². Det medfører, at en vurdering baseret på insufficiens som sådan er udelukket, men kan fungere som et indicium i den overordnede vurdering af insolvensen¹⁴³.

Endvidere skal der være tale om PS' *uafbrudte* insolvens ved dispositionens foretagelse, førend insolvenskriteriet er opfyldt. Beviser PS i mellemtiden, at betalingsudygtigheden blot har været forbigående, og kan PS afvikle sin gæld, efterhånden som den forfalder, er omstødelse efter KL § 74 udelukket¹⁴⁴.

Det fremgår af ordlyden i KL § 74, at PH skal være i ond tro om insolvensen, eller at PH "*burde kende skyldners insolvens*". I relation til et løbende mellemværende, er det som oftest et finansieringsinstitut, der er rette PH, og ud fra et forsigtighedsprincip må det antages, at banken typisk følger PS' økonomiske forhold tæt¹⁴⁵. En bevismæssig tvivl om bankens onde tro forekommer derfor sjældent, men i henseende til bevisbyrden kan den praktiske mulighed for boets dokumentation af PH's kendskab besværliggøres, når der er tale om forhold, der ligger langt bagud i tid¹⁴⁶.

8.4.2.3. Utilbørlighed og ond tro

Utilbørighedskriteriet er det elastiske element i KL § 74. Ørgaard beskriver den som en "sikkerhedsventil", således bestemmelsen ikke er uretmæssigt vidtgående¹⁴⁷.

¹⁴⁰ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL med kommentarer, 16. udgave, s. 743

¹⁴¹ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 507

¹⁴² Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 146 og Bet. Nr. 606 af 1971, s. 149

¹⁴³ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 507

¹⁴⁴ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL med kommentarer, 16. udgave, s. 744

¹⁴⁵ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 508 f.

¹⁴⁶ Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, s. 162

¹⁴⁷ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 148

Vurderingen af utilbørlighed beror på konkrete omstændigheder, tilsvarende ordinærkriteriet, og skal foretages ud fra, om der er tale om forhold, der afviger fra almindelige normer for rigtig og hæderlig opførsel i forretningslivet¹⁴⁸.

Det er svært at angive præcis, hvor grænsen for utilbørlighed ligger¹⁴⁹. Bet. nr. 606 henviser til motiverne i straffelovens § 300, stk. 1, nr. 1 og 2. Lindencrone og Ørgaard angiver, at henvisningen kan give en vis vejledning, men skal ikke nødvendigvis anvendes i praksis¹⁵⁰.

Vurderingen beror på, om PH burde indse, at dispositionen stod i generelt misforhold i forhold til betalingens størrelse. Herunder skal hensyn tages til PS' situation på tidspunktet for dispositionens foretagelse, manglen på fyldestgørelse af de øvrige kreditorer og at dispositionen ikke blev foretaget som en nødvendighed for at forhindre et økonomisk sammenbrud¹⁵¹.

Utilbørlighedskriteriet er vanskeligt at anvende på nedbringelser i et løbende mellemværende. Som løbende beskrevet i afhandlingen, vil kassekreditens natur medføre, at saldoen varierer over tid, hvorfor ind- og udbetalinger giver anledning til problematikker¹⁵². Har PH eksempelvis opsagt kreditten, hvorefter denne nedbringes, må utilbørlighedskravet anses for opfyldt, idet kreditens formål er ophørt, jf. **U 1991.646 H**¹⁵³.

Derudover vil en pludselig intensivering, der ikke følger et normalt forretningsmønster tale for utilbørlighed¹⁵⁴. Også totale indfrielse vil være utilbørlige, jf. **U 2017.1815 H**. Afviklingsplaner anses ikke altid for utilbørlige, hvis PS fortsat kan opretholde den daglige drift, selvom PH er i ond tro om PS' økonomiske forhold, jf. **U 2017.651 H**. Vurdering af utilbørlighed kan derfor tilnærmelsesvis siges at minde om de samme principper der gør sig gældende til ordinærkriteriet i KL §§ 67 og 70 a¹⁵⁵.

8.5. Forholdet mellem KL §§ 67, 70, 70 a og 74

¹⁴⁸ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL med kommentarer, 16. udgave. s. 738

¹⁴⁹ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 511

¹⁵⁰ Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: KL med kommentarer, 16. udgave, s. 738

¹⁵¹ Ibid, s. 738

¹⁵² Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 514

¹⁵³ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 122 f.

¹⁵⁴ Ibid, s. 152 f.

¹⁵⁵ ET 2016. 254, s. 4

Reglens tidsmæssige begrænsning i KL § 70, stk. 1 medfører, at omstødelse kun kan ske, når virksomhedspantet er tinglyst senere end tre måneder før fristdagen. Et virksomhedspant vil som oftest være aftalt og tinglyst i god tid forud for konkursen og almindeligvis senest tre måneder før fristdagen, hvorfor omstødelse efter KL § 70, stk. 1, er udelukket, jf. reglens stk. 3. Hvor KL § 70, stk. 1 hjemler omstødelse af virksomhedspantet i sin helhed, finder KL § 70 a kun anvendelse på forøgelser senere end tre måneder før fristdagen inden for et allerede uomstødeligt virksomhedspant¹⁵⁶. I tilfælde, hvor pantet forøges inden for de tre måneder, der går forud for fristdagen, medfører det ikke nødvendigvis omstødelse. Ordinærkriteriet i KL § 70 a indebærer, at en konkret vurdering skal foretages ud fra en bredere betragtning - tilsvarende ordinærkriteriet i KL § 67.

KL § 70 a retter sig derfor mod forøgelser af et i sig selv uomstødeligt virksomhedspant inden for omstødelsesperioden, hvorimod KL § 70 retter sig mod et utilsagt virksomhedspant, der ikke kan forsvares igennem en ordinærbetragtning. Tinglysningen vil sikre et usikret pant for gammel gæld, og omstødelsen vil rette sig mod nettoforbedringen af PH's risiko opstået i perioden mellem sikringsaktens foretagelse og fristdagen, jf. nettometoden. Hvor KL §§ 70 og 70 a omstøder fyldestgørelse opnået via pantet, retter KL § 67 sig mod betaling af gæld senere end tre måneder før fristdagen. Gældsnedbringelser skal derfor bedømmes efter KL § 67 med den undtagelse, at såfremt nedbringelsen hidrører fra virksomhedspantsatte aktiver, skal det stadig betragtes som fyldestgørelse via pantet¹⁵⁷.

Afgrænsningen mellem KL §§ 67 og 70 a i henhold til tiltrædelse kommer til udtryk, når PH har opnået en reducere af sin risiko op mod PS' konkurs. Hvordan, kurator skal gribe en sådan reducere an, vil konkret bero på, om den foretagne handling kan anses som en *tiltrædelse*. Kan indbetalingen anses som tiltrædelse, navnlig rettet mod kreditten, skal nedbringelsen bedømmes efter KL § 70 a. Retsvirkningen heraf bliver, at når tiltrædelse konstateres, er PH blevet fyldestgjort gennem sin panteret. Efterfølgende indbetalinger skal derfor anses som værende en fyldestgørelse via pantet, hvor indbetalingen ikke længere vil udgøre en traditionel betaling af gæld, jf. KL §

¹⁵⁶ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 213

¹⁵⁷ Ibid, s. 216

67¹⁵⁸. Kan tiltrædelse ikke konstateres, skal bedømmelsen foretages efter KL § 67 om betaling af gæld.

KL § 74 bliver relevant, hvor de objektive omstødelsesregler ikke er anvendelige grundet deres tidsmæssige begrænsning, eksempelvis hvis der tinglyses pant for gammel gæld tidligere end tre måneder før fristdagen.

Omvendt kan KL § 74 også anvendes på ellers objektive dispositioner, hvorved reglen bliver et effektivt redskab for boet. Tinglyses et pant senere end tre måneder før fristdagen, skal pantet som udgangspunkt omstødes efter KL § 70, stk. 1. Boet vil dog alligevel i nogle tilfælde forsøge at støtte ret på KL § 74, selvom betingelserne for at omstøde efter KL § 70 er opfyldt. Forklaringen herpå skal findes i, at retsvirkningerne i KL § 76 smh. KL § 75 plausibelt kan medføre en bedre dækning, når PH skal svare erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler.

KL § 74 bliver også relevant for KL § 70 a på aktiver, der ikke er ordinært erhvervet tidligere end tre måneder før fristdagen¹⁵⁹. Er aktiver derimod tilgået PS som led i dennes almindelige drift senere end tre måneder før fristdagen, vil KL § 74 blive illusorisk, idet en ordinær forøgelse af aktiver sjældent vil kunne kvalificeres som utilbørlig¹⁶⁰. Tilsvarende betragtninger gør sig gældende for så vidt angår nedbringelse af gæld, jf. KL § 67, hvis nedbringelsen er sket tidligere end tre måneder før fristdagen, og denne ikke var ordinær.

Boet skal dog være opmærksom på, at såfremt boet vælger at påberåbe sig KL § 74 på en disposition, der ellers ville være omfattet af en objektiv omstødelsesregel, er bevisbyrden i henhold til KL § 74 strengere end bevisbyrden i relation til de objektive regler, jf. afsnit 8.4.2.

9. Domsanalyse

Nedenstående afsnit vil behandle de centrale problemstillinger, der knytter sig til omstødelse af et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant efter KL §§ 67, 70 og 74. Analysen foretages med henblik på at klarlægge, hvornår og under hvilke betingelser et løbende mellemværende sikret

¹⁵⁸ Rammeskov Bang-Pedersen, Ulrik, m.fl: Virksomhedspant, 1. udgave, s. 195

¹⁵⁹ Ibid, s. 197

¹⁶⁰ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 264

ved virksomhedspant kan omstødes. Som følge af, at der endnu ikke foreligger retspraksis afsagt efter KL § 70 a, behandles denne bestemmelse særskilt i diskussionsafsnittet.

9.1. Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL § 70?

Som beskrevet kort i afsnit 8.1.2.1, kan PH og PS søge at omgå pant for gammel gæld ved at etablere et nyt, sikret skyldforhold (camouflering af pant for gammel gæld), hvor PH anvender fordringerne fra det nye skyldforhold til nedskrivning på det oprindelige usikrede skyldforhold.

I nedenstående domme fik PH transport i PS' udestående fordringer i et entrepriseforhold. Selvom sikkerheden ikke blev stillet som virksomhedspant i henhold til TL § 47 c, stk. 3, har afgørelserne fortsat relevans for nærværende afhandling, idet princippet heraf kan overføres til tilfælde, hvor sikkerhedsstillelsen netop sker i aktivtyperne oplistet i TL § 47 c, stk. 3, nr. 1 - 8.

9.1.1. U 2001.1625 Ø

I U 2001.1625 Ø havde PH fået sikkerhed i fordringer relateret til et entrepriseforhold, hvor PH blev indrømmet pant for ny gæld foruden et tidligere usikret skyldforhold. Retten vurderede, at fordringerne var anvendelige til afskrivning på senere leverancer (pant for ny gæld), men ved en ordlydsfortolkning af det nye etablerede gældsforhold kunne det udledes gennem betalingsplanen, at den etablerede gæld i stedet blev anvendt til at afskrive et tidligere usikret gældsforhold. Som følge heraf blev sikkerhedsstillelsen omstødt, jf. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led.

Domstolene tog stilling til samme problematik i **BS-46177/2020-ALB** og **BS-10120/2022-VLR** (herefter **BS-10120/2022-VLR**).

9.1.2. BS-10120/2022-VLR

Dommen er endvidere interessant, idet den tager stilling til, om anvendelsen af nettometoden omfavner *alle* former for et løbende mellemværende, eller om nettometoden alene indskrænkes til at finde anvendelse på nedbringelser af traditionelle kassekreditter. Behandlingen af dommen straks nedenfor har sit omdrejningspunkt i påstand 1 vedrørende omstødelsesadgangen af pant for ny gæld, mens de øvrige forhold i påstand 2, herunder transporten, betalingslegitimationen og karantænen, ikke behandles, da det er irrelevant for nærværende afhandling.

9.1.2.1. Sagens faktum

Selskab 2 (S2) havde et løbende mellemværende med Selskab 1 (S1). S2 blev taget under konkursbehandling med fristdag d. 02/01/19. S2 havde i 2018 oparbejdet en større gæld til S1. S1 modtog derfor transport i fordringer fra flere af S2's debitorer. Det fremgik af et leverandørkontokort (modificeret "kassekredit"), der bruges til at fakturere leverandører i entrepriseaftaler, at kontoen og gælden varierede i perioden fra 01/01/10 til 31/12/18. Gælden til S1 udgjorde 01/10/18. ca. kr. 6.9 mio., der i perioden indtil d. 20/12/18 blev nedbragt med ca. kr. 3.27 mio. til afslutningsvist at udgøre kr. 3.62 mio. Det oprindelige løbende mellemværende var usikret.

9.1.2.2. Sagens anbringender

Boet for S2 gjorde gældende, at selvom der ikke var tale om en kassekredit i traditionel forstand, var leverandørkontoen 1:1 sammenlignelig med en kassekredit og argumenterede for, at ethvert løbende mellemværende skal bedømmes analogt efter principperne i nettometoden, jf. **U 1984.981 H.**

Da gælden på fristdagen var mindre end gælden på tidspunktet for sikringsaktens foretagelse, var der ifølge boet utvivlsomt tale om pant for gammel gæld. At S1 udelukkende havde benyttet beløbene til afskrivning af gæld opstået efter sikringsakten ændrede ikke på, at det kunne forsvares som pant for ny gæld. I forlængelse heraf gjorde boet gældende ud fra en ordlydsfortolkning af korrespondancen mellem S2 og S1, at transporterne skulle dække det samlede skyldforhold, og at S1 i øvrigt selv konciperede aftalen.

S1 gjorde omvendt gældende, at nettometoden alene finder anvendelse på kassekreditter og ikke kan anvendes analogt på et løbende mellemværende, eftersom kassekredittens ramme fastlægges forud for etablering, hvilket ikke er tilfældet med en leverandørkonto. Det havde ikke været muligt for S1 at finde hverken retspraksis eller litteratur til støtte for anvendelsen af nettometoden i lignende sager.

S1 gjorde yderligere gældende, at der ikke kunne være tale om pant for gammel gæld, da S2 havde indrømmet S1 et nyt gældsforhold ved hver en etablering af en ny fordring.

Det kan heraf udledes, at havde S1 ikke modtaget transporterne, ville alternativet være, at S1 måtte indgive konkursbegæring mod S2.

9.1.2.3. Byretten

Byretten fremførte, at transporterklæringerne var affattet af direktøren i S1, der som vidne havde forklaret, at transporterne tjente som sikkerhed for igangsættelse af arbejde på *nye* projekter, og at det var på denne baggrund, at erklæringerne blev udfærdiget. S1 ville ikke indgå i yderligere samarbejde med S2, før der var sikkerhed.

Det fremgik af ordlyden i transporterklæringerne, at S2 havde givet S1 sikkerhed i S2's udestående fordringer hos egne debitorer som sikkerhed for S2's tilgodehavende hos S1 uden en nærmere angivet begrænsning.

Byretten mente derfor, at det løbende mellemværende mellem parterne om forskellige projekter skulle betragtes som ét samlet mellemværende.

Byretten foretog en samlet afvejning og fremførte, at: *"de meddelte transporter ikke kan anses at være stillet til sikkerhed for parternes løbende mellemværende, men alene til sikkerhed for betaling for sagsøgte arbejde i forbindelse med projekterne [...]."*

Byretten lagde vægt på, at betalingerne til S2 på baggrund af transporterne bortset fra en enkelt undtagelse var konteret på fakturaer angående det nye arbejde.

Sikkerhedsstillelsen var ifølge byretten tilsagt ved gældens stiftelse og derfor ikke omstødelig efter KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led.

9.1.2.4. Landsretten

Parterne gentog i det væsentligste deres anbringender for landsretten. Landsretten foretog en ordlydsfortolkning af en mailkorrespondance mellem S1 og S2, hvor det kunne udledes, at transporterne skulle dække parternes samlede tilgodehavende. (egen understregning)

Landsretten inddrog i vurderingen et tilsvarende tidligere engagement, S2 havde haft med et tredje selskab. Heraf fremgik det også, at S2 havde fået transport i S3's fordringer mod S3's debitorer.

Aftalen havde en tilsvarende ordlyd, hvor fordringerne også skulle dække det samlede tilgodehavende. Det var S2, der også havde konciperet denne aftale.

På baggrund af en samlet vurdering ændrede landsretten byrettens dom, idet formålet med det nye gældsforhold var at dække den ældre, usikrede gæld.

Det samlede krav kunne derfor omstødes, jf. KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led.

9.1.3. Kommentarer til U 2001.1625 Ø og BS-10120/2022-VLR og delkonklusion

Af afgørelserne kan det udledes, at etablering af pant for ny gæld kan være fuldstændig legitimt sideløbende med et tidligere usikret gældsforhold. I relation til afhandlingens fokusområde viser dommene, at boet skal være skarpe i deres bevisførelse, i og med ovenstående domme principielt kunne have resulteret i et andet udfald, hvis ikke retten ud fra en ordlyds- og formålsfortolkning havde lagt til grund, at ønsket var at nedskrive og sikre det samlede tilgodehavende.

Når PH i forbindelse med et nyt sideløbende gældsforhold implicit eller eksplicit udtrykker, at skyldforholdet har til formål at dække det “samlede tilgodehavende”, hvad enten det vedrører det *samlede nye* gældsforhold eller det samlede *både nye og gamle* gældsforhold, er der risiko for omstødelse. Når PH er koncipist, skal PH være opmærksom på fremstillingen af aftalen, når der efter almindelige obligations- og aftaleretlige regler skal tolkes imod koncipisten.

Opsummerende illustrerer dommene, at betingelserne for at omstøde et gammelt gældsforhold forklædt som nyt kræver en omfattende bevisførelse, men at PH sjældent vil kunne camouflere gammel gæld. Betingelserne for at omstøde er således favorable for boet, mens PS som konsekvens risikerer, at PH i stedet foretrækker at indgive konkursbegæring som følge af, at risikoen for omstødelse er forhøjet.

Derudover er **BS-10120/2022-VLR** interessant, idet landsretten konkluderede, at nettometoden finder anvendelse på ethvert løbende mellemværende, og altså ikke kun på traditionelle kassekreditter.

9.2. Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL § 67?

Formålet med også at indføre objektive omstødsregler var som tidligere nævnt at gøre omstødelse betydeligt lettere for boet. Bet. nr. 606 giver dog indikation på, at en vis grad af subjektivitet muligvis indgår i vurderingen af PS' økonomiske situation¹⁶¹.

Til illustration af problemstillingen behandles **U 2007.1240H** og **U 2010.3122 H** straks nedenfor.

9.2.1. U 2007.1240 H

9.2.1.1. Sagens faktum

Formard A/S (A) blev drevet af P. A havde en kredit hos Sydbank (S), der var A's primære bankforbindelse. A havde længe været i økonomiske problemer og igennem flere rekonstruktioner, hvilket A også var i nærværende dom. På baggrund af A's økonomiske problemer skulle et møde mellem A og S afholdes med henblik på at drøfte A's videre drift, men blev imidlertid aldrig afholdt af ukendte grunde. I mellemtiden havde A forhandlet med en tysk kunde (K) om en større levering, og at K kunne opnå ejerskab i A, hvor der efter aftale skulle falde 2x EUR 150.000 i ratebetalinger (ca. kr. 1.1 mio.). P orienterede erhvervschef T i S om, at en betaling ville falde medio januar 2004, og d. 16/01/04 overførte K kr. 1.1 mio. til A's driftskonto, hvorefter S efter et ledelsesmøde samme dag, nedskrev kredittens maksimum få timer senere til den aktuelle saldo, og kontoen blev lukket. A indgav konkursbegæring d. 23/01/04, idet de manglede likviditet til at fortsætte driften. Som følge af A's økonomiske vanskeligheder, var det en betingelse, at A skulle sende periodebalancer og budgetter til S, hvilket A aldrig overholdt.

9.2.1.2. Sagens anbringender

Sagen blev indbragt for landsretten som 1. instans. Boet for A gjorde gældende, at S var bekendt med likviditetsproblemerne i A, idet de som den primære bankforbindelse havde været igennem flere rekonstruktioner med A og løbende havde forhøjet kreditten som led i at afværge konkurser. Det kunne derfor ikke være et tilfælde, at S lukkede kreditten samme dag som betalingen på kr. 1.1 mio. faldt, idet T via et tidligere telefonmøde med A var blevet underrettet om betalingen.

¹⁶¹ Bet. Nr. 606 af 1971, s. 151 og afsnit 8.3.3

Boet mente, at nedskrivelsen på kreditten tre måneder før fristdagen afgørende havde forringet A's betalingsevne, jf. KL § 67, stk. 1, 3. led. Subsidiært påberåbte boet sig KL § 74, idet S var i ond tro om A's dårlige økonomi, eftersom det ikke var første gang, at A var under rekonstruktionsbehandling, og at S efter telefonmødet med T var bekendt med, at økonomien i A ikke gik "for godt". Nedskrivelsen af kreditten var endvidere utilbørlig, da driften ellers ikke kunne føres videre.

S gjorde gældende, at nedskrivelsen af engagementet forekom ordinært begrundet, idet A ikke havde reageret på de ønskede budgetter og regnskaber for perioden 13/11/03 til 15/01/04, hvorfor S heller ikke kunne være bekendt med A's økonomi. Derudover mente S, at T ikke havde kendskab til, at indbetalingen fra K ville falde samme dag som nedskrivelsen og ledelsesmødet.

9.2.1.3. Landsretten

Landsretten lagde indledningsvis til grund, at en nedskrivelse af kreditten måtte sidestilles med betaling af gæld, jf. KL § 67, stk. 1, og at nedskrivelsen fandt sted, før en revurdering af kreditten var blevet genforhandlet. På baggrund af uoverensstemmende forklaringer afgivet af P og T kunne det dog ikke godtgøres, hvad der var faktuel fra telefonmødet mellem parterne d. 15/01/04.

Landsretten fandt det ikke godtgjort, at S var blevet orienteret om, at en mulig kapitaltilførsel ville falde og lagde til grund, at P ikke havde givet nærmere oplysninger om den økonomiske situation i A eller fremlagt regnskaber, der kunne give indikation herpå. Landsretten tog derfor S' påstand til følge, om at ledelsens beslutning om at nedskrive engagementet i A var sket, før de var bekendt med betalingen, og nedskrivelsen var derfor ordinær, da A ikke havde fremsendt de aftalte budgetter eller regnskaber. S blev frifundet.

9.2.1.4. Højesteret

Sagen blev indbragt for Højesteret (HJR), hvor parterne i det væsentligste gentog deres anbringender. Der blev afgivet supplerende forklaringer i HJR.

9.2.1.4.1. Supplerende forklaringer

C var bogholder i A og stod for kontakten med S. C forklarede, at hun d. 15/01/04 modtog et opkald fra T, der rykkede for budgetterne og årsregnskabet. P overtog opkaldet, og P tilkendegav

“meget overraskende”, at økonomien i A var presset, men at man forventede en stor betaling fra K som led i opkøbet og leverancen af/fra A. Det var C’s klare indtryk, at T var bekendt med krisen i A, og at en betaling ville falde snarest.

T forklarede, at S på et tidligere møde i november 2003 blev lovet budgetter og årsregnskab, men trods utallige rykkere, modtog S aldrig regnskaberne. Under mødet nævnte P muligheden for kapitaltilførsel fra K, hvis en akkord med kreditorerne kunne indgås. T tilkendegav, han var nervøs for, om det kunne stå værre til i A, end P havde givet udtryk for. Dog var tingene på daværende tidspunkt stadig uklare, og T var ikke bekendt med, at tilførslen fra K gjaldt “liv eller død”. Derudover forklarede T, at beslutningen om at nedskrive kreditten d. 16/01/04 blev vedtaget på ledelsesmødet på initiativ fra erhvevsafdelingsdirektøren i S grundet de manglende budgetter og regnskaber, og at T selv og dermed S ikke var bekendt med, at betalingen fra K faldt samme dag.

P afgav yderligere forklaring. P forklarede, at han på mødet med S i november 2003 fortalte, at økonomien var presset, og at egenkapitalen muligvis var tabt. P oplyste T via opkaldet d. 15/01/04 om et forventet underskud på kr. 4-5 mio. og en negativ egenkapital på kr. 2,8 mio., men om muligheden for K som investor som led i rekonstruktion. Ifølge P tog T nyheden positivt. Derudover oplyste P til T, at budgetterne og årsregnskabet stadig ikke var klart, men at der dagen efter skulle afholdes bestyrelsesmøde i A, hvor økonomien og en rekapitaliseringsproces skulle drøftes. Efter bestyrelsesmødet blev P kontaktet af S, som uden forudgående varsel til P eller ledelsen i A havde besluttet at nedskrive kreditten svarende til K’s indbetaling. Hverken T eller S var blevet oplyst om detaljerne fra bestyrelsesmødet afholdt i A.

9.2.1.4.2. Højesterets resultat

HJR tiltrådte landsrettens vurdering i henhold til KL § 67, stk. 1. Nedskrivelsen havde afgørende forringet A’s betalingsevne og kunne sidestilles med betaling af gæld.

Til vurderingen af, om nedbringelsen var omstødelig, udtalte HJR:

“Sydbank, der gennem flere år havde været Formards eneste bankforbindelse, ved årsskiftet 2003-2004 må have haft kendskab til selskabets usikre økonomiske situation og dets likviditetsvanskeligheder.” (egen understregning)

Nedskrivelsen kunne ikke anses som en ordinær disposition, idet HJR på baggrund af de supplerende forklaringer mente, at T var bekendt med, at betalingen fra K ville falde. HJR tog boets påstand til følge og lagde derfor til grund, at der var tale om en omstødelig disposition, jf. KL § 67, stk. 1.

9.2.2. U 2010.3122 H

9.2.2.1. Sagens faktum

Panda Service (A) drev et bowlingcenter og havde en kredit hos Jyske Bank (B), der oprindeligt lød på kr. 200.000 og et erhvervslån på kr. 2.85 mio. Dommen behandler de to lån særskilt og af hensyn til afhandlingens formål fokuseres kun på kreditnedbringelsen primært.

I marts 2004 blev erhvervslånet nedbragt med kr. 450.000 fra kreditten. Erhvervslånet skulle efter aftale nedbringes månedligt med kr. 25.000 finansieret gennem kreditten, men blev ændret til at skulle nedbringes med kr. 50.500 månedligt. B bevilgede i august 2004 en forhøjelse af A's kredit til midlertidigt at udgøre kr. 1.8 mio. grundet likviditetsvanskeligheder. Kreditten maksimum var på daværende tidspunkt forhøjet til kr. 700.000. B indvilgede med den betingelse, at forhøjelsen skulle nedbringes til kr. 1.5 mio. fire måneder efter, dernæst til kr. 1.2 mio. ultimo 2004 og slutteligt til kr. 700.000 primo 2005. Der blev udarbejdet et likviditetsbudget og en afviklingsplan samtidig med forhøjelsen. Det kunne i primo 2005 konstateres, at trækket på kreditten udgjorde kr. 1.18 mio. som følge af et dårligt årsresultat i A. A nedbragte alligevel det skyldige beløb løbende i starten af 2005 til de aftalte kr. 700.000. B havde modtaget månedlige opgørelser frem til årsskiftet vedrørende indtjeningen og driften i A. Ved udgangen af marts, tre måneder senere, blev A erklæret konkurs med fristdag d. 15/03/05.

9.2.2.2. Sagens anbringender

Landsretten afsagde dom som 1. instans. Boet for A gjorde gældende, at B var bekendt med A's økonomiske situation, der gjorde, at nedbringelsen af det samlede engagement skete på bekostning af de øvrige kreditorer, jf. KL § 74. Subsidiært påberåbte boet sig KL § 67, stk. 1, idet nedbringelsen senere var foretaget inden for den objektive tremånedersfrist. Boet forklarede, at det var B, der havde stået for virksomhedsoverdragelsen, da A overtog bowlingcentret, der allerede forud for overtagelsen havde været underskudsgivende. B's opretholdelse af erhvervslånets

månedlige nedbringelse på kr. 50.500 i stedet for de oprindeligt aftalte kr. 25.000 var ifølge ledelsen i A med til, at der ikke kunne genereres et overskud. A havde haft et underskud på kr. 445.000, som B var bekendt med ved årsregnskabet's opgørelse, der tvang A til at udvide kreditten til kr. 1.8 mio. mod en efterfølgende nedbringelse, der kun kunne muliggøres mod en overskudsgivende forretning. B var derfor uden tvivl bekendt med på baggrund af budgetterne, at en overskudsgivende forretning var urealistisk, og det måtte stå B klart, at den aftalte nedbringelse derfor kun kunne ske på bekostning af øvrige kreditorer. Desuden kunne nedbringelsen fra d. 01/01/05 til d. 30/03/05 ikke karakteriseres som en ordinær nedbringelse, selvom den potentielt kunne forklares af højsæsonens indtjening.

B gjorde gældende, at der ikke kunne støttes ret på KL § 74, da der ikke var tale om en utilbørlig disposition foretaget i ond tro eller på bekostning af de øvrige kreditorer. Derudover var betingelserne for at omstøde efter KL § 67, stk. 1 ikke opfyldt, da nedbringelsen ordinært kunne forklares af afviklingsplanen, samtidig med at nedbringelsen fra oktober 2004 til januar 2005 skyldtes højsæsonens indtjening. B fremførte endvidere, at alle kreditorers tilgodehavender blev afviklet frem mod konkursen, og det faktum, at PH kræver efterfølgende nedbringelse af en bevilget forhøjelse, er hverken unormalt eller utilbørligt.

9.2.2.3. Landsretten

Landsretten fandt ikke, at der var tale om en omstødelig disposition, hverken efter KL §§ 74 eller 67, stk. 1.

Opkøbet af A blev foretaget lige inden højsæsonen, hvor A havde et positivt indestående og intet overtræk. Derudover var det under forklaringerne kommet frem, at revisionsarbejdet foretaget af den tidligere revisor i A ikke var tilstrækkeligt, hvorfor der blev indsat en ny revisor. På baggrund af det forelagte materiale kunne det ikke have stået B klart, at økonomien i A var dårlig. Landsretten mente, at kreditnedbringelsen var ordinær grundet højsæsonens indtjening.

9.2.2.4. Højesteret

Parterne gentog i det væsentlige deres påstande for HJR. HJR præsenterede et revideret budget for perioden 01/07/04 til 30/06/05. Heraf fremgik det, at foruden højsæsonens periode fra december til april 2004, genererede A månedlige underskud på kr. 1.1 mio. eller mere. Derudover, på

baggrund af den supplerende forklaring afgivet af revisor J, måtte det have stået B klart allerede i august 2004, at A var i økonomiske vanskeligheder, eftersom B tillod overtræk, der ellers ikke er normal kutyme og indikation af økonomiske problemer. B havde flere gange rykket J for at høre om A's tilstand, men grundet den tidligere revisors utilstrækkelige arbejde samt J's tavshedspligt kunne J ikke udtale sig yderligere.

Med hensyn til KL § 74, lagde HJR til grund, at boet ikke havde godtgjort, at A blev insolvent ved nedbringelsen foretaget i ultimo 2004, hvorfor omstødelse i medfør af KL § 74 var udelukket.

For så vidt angår KL § 67, stk. 1, lagde HJR vægt på, at der på mødet d. 04/08/04 mellem A og B blev præsenteret et budget med en negativ egenkapital på kr. 643.000 og et periodeunderskud på kr. 211.000, hvor også kreditten samme måned blev forhøjet fra kr. 700.000 til kr. 1.8 mio. HJR sammenholdt primotrækket i 2005 på kr. 1.18 mio. med de opgjorte månedsresultater og udtalte:

“Det må stå selskabet som banken klart, at en nedbringelse af kreditten, med henblik på at det aftalte nedsatte maksimum pr. 1. januar 2005 på 700.000 kr. [...] alene kunne ske ved, at selskabet undlod at betale andre kreditorens forfaldne fordringer”. (egen understregning)

På baggrund heraf fandt HJR, at nedbringelsen ikke var ordinær, jf. KL § 67, stk. 1.

9.2.3. Kommentarer til U 2007.1240 H og U 2010.3122 H

Kriterierne for omstødelse inden for den objektive tidsfrist i KL § 67, stk. 1 var opfyldt i begge sager, hvorfor vurderingen af, om der kunne ske omstødelse, beroede på, om der kunne støttes ret på ordinærkriteriet.

I U 2010.3122 H frifandt Landsretten lidt overraskende B på baggrund af dårligt revisionsarbejde, hvorfor nedbringelsen kunne ordinært forklares ved højsæsonens indtjening. Landsrettens bedømmelse fremstår dog noget svækket, da A genererede månedlige underskud, uagtet budgetterne ikke var fuldstændig korrekt revideret.

Omvendt kunne landsrettens frifindelse af sagsøgte i U 2007.1240 H forklares ved manglende dokumentation af økonomien i A, samt ud fra de modsigende forklaringer, der efter landsrettens opfattelse understøttede nedbringelsen som ordinær.

Det faktum, at HJR ændrede resultatet i begge sager, kan virke overraskende, idet HJR i begge afgørelser afveg fra den objektivering, som udvalget havde tilsigtet i bet. nr. 606. HJR's resultater kan forklares ud fra formuleringen i bet. nr. 606 vedrørende den nuværende KL § 67, stk. 1. Det angives på s. 151:

“[...] at det er umiddelbart klart også for udenforstående, at skyldnerens muligheder for at føre virksomheden videre i afgørende grad er blevet forringet”.

Ordlyden giver anledning til fortolkningsproblematikker. Der kan i hvert fald argumenteres for, at når bet. nr. 606 ikke yderligere konkretiserer, hvordan og hvornår en given betaling er *“umiddelbart klart for udenforstående”*, er der tale om en vag formulering. Praxis kan således munde ud i en begrundelse og et resultat, der står i misforhold til formålet med udvidelsen af KL § 67, der skulle lægge vægt på *“[...] de ydre, for omverdenen kendelige faktorer”*¹⁶².

Når HJR udtalte i **U 2010.3122 H**, at det måtte stå *“A såvel som B klart”*, at nedbringelsen skete på bekostning af øvrige kreditorer, og i **U 2007.1240 H**, hvor banken som eneste finansieringskilde *“må have haft kendskab”* til PS' økonomi, peger HJR's vurderinger i retning af, at subjektive forhold inddrages i vurderingen af KL § 67. Hermed indikeres, at betingelserne for omstødelse i KL § 67 læner sig opad kriterierne for at omstøde i KL § 74 og dermed væk fra meningen med objektivering i bet. nr. 606.

Kritikken af anvendelsen samt udformningen af KL § 67 er også kommenteret i litteraturen. Rammeskov fremfører: *“en objektiv bestemmelse havde [...] stået skarpere, idet det ikke havde været nødvendigt at forholde sig nærmere til bankens kendskab til selskabets økonomi”*¹⁶³. Tilsvarende fremfører Bangsgaard i **U 1997 B 245**: *“en ordinær betaling [...] afhænger imidlertid ofte af, om forholdet mellem betalingsmodtageren og betaleren (fallenten) var sædvanligt på betalingstidspunktet, og her kommer det subjektive element ind i billedet.”*¹⁶⁴

I **ET 2016.105** angives det, at banken kan få betydelige vanskeligheder ved at holde sig ude af ond tro. Pengeinstitutter er underlagt minimumskriterier, der gør dem forpligtet til at overvåge PS' økonomiske forhold, eksempelvis ved Lov om Finansiell Virksomhed. Det særlige, der gør sig

¹⁶² Bet. nr. 606 af 1971, s. 151

¹⁶³ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 445

¹⁶⁴ Ibid, s. 422

gældende, er reglerne om “god skik”, der ikke nærmere angiver, hvad der ligger heri. Som udgangspunkt er banken forpligtet til at indhente oplysninger om personen eller virksomhedens forhold, men hvor vidtgående kravene er beror på en konkret vurdering. Vurderingen må foretages ud fra, hvad et andet almindeligt pengeinstitut ville have gjort, eller ikke gjort, for at undgå at komme i ond tro¹⁶⁵.

Spørgsmålet om fortolkningen af god skik blev stillet for Finansrådet, men deres udtalelser gav ikke bedre indikation. Det må således være op til domstolene at vurdere, hvor stringent fortolkningen skal være¹⁶⁶.

Opsummerende kan afgørelserne i **U 2007.1240 H** og **U 2010.3122 H** betragtes ud fra forskellige synsvinkler.

For det første kan PH risikere at imødegå en lavere chance for at oppebære reelt ordinære betalinger eller nedbringelser. Når PH er lovligt forpligtet til at følge med i PS’ økonomiske situation, bringer det umiddelbart PH i ond tro.

For det andet indikerer resultaterne, at når kriterierne i KL § 67 bevæger sig i retning af kriterierne i KL § 74, vil boet grundet subjektiviteten få sværere ved at støtte ret på KL § 67, når PH’s subjektive kendskab skal iagttages.

9.3. Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes efter KL § 74?

KL § 74 vil som beskrevet i afsnit 9 typisk anvendes, når en disposition ligger bagud i tid, hvorfor den ikke kan rammes af de objektive omstødelsesregler grundet den tidsmæssige begrænsning.

Analysen til KL § 74 tager sit afsæt i **U 2013.429 H**, der indeholder flere interessante betragtninger i relation til afhandlingens fokus. Dommen var den første, hvor lands- og Højesteret behandlede, om en disposition kan være ekstraordinær, samtidig med at den er utilbørlig. En fuldstændig og gennemgribende analyse af de to kriterier vil dog blive holdt udenfor nærværende afhandling, idet en analyse af sådan en karakter kræver en mere omfattende behandling. Dommen er dog stadig af

¹⁶⁵ ET 2016.105, s. 3

¹⁶⁶ Ibid, s. 5 f.

væsentlig relevans i henhold til at udlede, hvilke betingelser der kræves for at omstøde et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant.

I dommen blev anvendelsen af KL § 74 udskilt til særskilt behandling, jf. RPL § 253, hvor der blev rejst spørgsmål om, hvorvidt KL § 74 kan omstøde virksomhedspantet i sin helhed og derefter den efterfølgende nedbringelse, der som konsekvens står tilbage usikret, når selve pantet er fjernet.

Der ses bort fra spørgsmålet om ugyldigheden af transporten i momstilgodehavendet, der for afhandlingen er irrelevant.

9.3.1. U 2013.429 H

9.3.1.1. Sagens faktum

Bridema (B) indgik d. 26/01/05 en fornyet finansieringsaftale på kr. 22 mio. med Nordea (N), der længe havde været B's primære bankforbindelse. N fik sikkerhed i B's til enhver til værende momstilgodehavende. Kreditten blev d. 26/08/05 forhøjet til kr. 30 mio. med uændret sikkerheds- og genforhandlingsdato. Omsætningen i B faldt løbende i 2006, hvorfor N efter møde med B d. 15/01/06 krævede virksomhedspant i B som sikkerhedsstillelse for kredittens forhøjelse på kr. 30 mio. Alternativt kr. 20 mio., hvis trækingsretten blev nedskrevet til samme niveau gældende pr. d. 01/10/06. D. 05/09/06 fremsendte N et virksomhedspantebrev på kr. 30 mio., hvor kredittens maksimum fremover ville blive udmålt i forhold til lagerbeholdning og debitorer, der kunne belånes med henholdsvis 60 og 40 procent. B havde på et genforhandlingsmøde d. 13/06/06 tilkendegivet N, at de var nødsaget til at foretage en ekstraordinær nedskrivning af lagerbeholdningen. Pantebrevet blev underskrevet d. 29/09/06 og tinglyst d. 04/10/06. Økonomien blev ikke bedre i B, der gik konkurs i 2007 med fristdag d. 13/04/07. Nedbringelsen af kreditten var foretaget fra stiftelsestidspunktet og fortsatte indtil dekret d. 27/04/07 og udgjorde netto kr. 9.7 mio. Derudover fremgik det, at B havde et momslån på kr. 19.9 mio. til SKAT med forfald i 2007, som N var bekendt med. Det var revisoren i B's opfattelse, at kunne lånet indfries, ville de have likviditet til at fortsætte driften.

Der blev afgivet forklaring af personale i både N og B, hvor der var konsensus fra begge parter om, at økonomien i B var nedadgående. Medarbejder I i N udtalte:

“Nordea betragtede virksomheden som en virksomhed i krise. Han sagde endvidere, at det var nødvendigt at etablere et virksomhedspant, og at banken ønskede en tættere og hyppigere økonomisk afrapportering om udviklingen”.

9.3.1.2. Sagens anbringender

9.3.1.2.1. Virksomhedspantet

Boet for B gjorde gældende, at virksomhedspantet var omstødeligt, jf. KL § 74. Sikkerheden blev stillet for gammel gæld, og N vidste eller burde vide, at B reelt var insolvent. Egenkapitalen var reduceret fra kr. 17 mio. til kr. 2 mio., som N var bekendt med grundet den hyppige afrapportering. Pantsætningen medførte, at B ikke kunne betale moms-lånet hos SKAT eller andre kreditorer, hvilket gjorde dispositionen utilbørlig.

N mente, at etablering af et virksomhedspant ikke kunne anses som en disposition, og at et virksomhedspant i sin helhed ikke kunne omstødes efter KL § 74, men hvis det var tilfældet, ville bevisbyrden påhvile boet, der ifølge N ikke var løftet. B's eksistens var ikke truet på stiftelsestidspunktet ved tinglysning, hvorfor N ikke kunne være i ond tro, og hvorfor dispositionen heller ikke var utilbørlig.

9.3.1.2.2. Nedbringelsen

B gjorde gældende, at grundet omstødelsen af selve virksomhedspantet skulle N tilbagebetale også nedbringelsen, jf. KL § 74, subsidiært KL § 67, stk. 1.

Nedbringelsen på kr. 9.7 mio. skulle ses som en nedbringelse af et usikret engagement som følge af, at pantet var bortfaldet. Nedbringelsen var i henhold til KL § 74 sket på et tidspunkt, hvor B var insolvent, og nedskrivelsen af trækningsretten fratog de øvrige kreditorer retten til fyldestgørelse, hvorfor dispositionen var utilbørlig og alene havde begunstiget N.

I henhold til KL § 67, stk. 1, gjorde B gældende, at nedbringelsen ikke var ordinær, da nedbringelsen skete før normal betalingstid og afgørende havde forringet B's betalingsevne.

For så vidt angår KL § 74, gjorde N gældende, at nedskrivelsen af kreditten ikke medførte, at driften var truet. Indkøb blev tilpasset efter den nye trækingsret, der gjorde, at B stadig kunne føre driften videre. B's insolvens kunne endvidere ikke betinges af kreditten, idet denne netop var til regelmæssig drift og ikke til refinansiering af moms. Slutteligt mente N, at nedbringelsen ikke kunne anses som utilbørlig, idet N var blevet gjort bekendt med, at B arbejdede på at søge kapitaltilførsel.

I forhold til KL § 67, stk. 1, gjorde N gældende, at nedbringelsen var ordinær i henhold til status og budgetter.

9.3.1.3. Landsretten

Sagen blev henvist til behandling i landsretten, jf. RPL § 226, stk. 1. Landsretten behandlede indledningsvist omstødelsesgrundlaget for virksomhedspantet i sin helhed, jf. KL § 74, og foretog efterfølgende en vurdering af, om nedbringelsen tilsvarende kunne omstødes, jf. KL § 74, eller skulle bedømmes efter KL § 67.

9.3.1.3.1. Virksomhedspantet

Landsretten sammenholdt perioden for virksomhedspantets tinglysning med regnskaberne i B. B havde realiseret et underskud i indeværende regnskabsår på kr. 15.6 mio., og egenkapitalen var svundet fra ca. kr. 17 mio. til kr. 2 mio. Samtidig var N bekendt med, at B havde et momsudestående, der ikke ville kunne betales som følge af den nedsatte trækingsret, der reelt var blevet reduceret til det halve.

Landsretten fandt, at B blev insolvent ved tinglysningen, og derfor var dispositionen utilbørlig. Landsretten udtalte:

“Ved etableringen af virksomhedspantet blev der ikke stillet nye kreditfaciliteter til rådighed for Bridema, men tværtimod skete der en fremtidig indskrænkning af den eksisterende kredit, som ville vanskeliggøre selskabets drift på et tidspunkt, hvor dette var insolvent.”

Endvidere udtalte landsretten:

“Under disse omstændigheder finder landsretten, at etableringen af virksomhedspantet ikke var en ordinær disposition, men alene betinget af den negative udvikling i Bridemas økonomi. Etableringen af virksomhedspantet indebar derved en utilbørlig begunstiggelse af Nordea på de øvrige kreditors bekostning.”

9.3.1.3.2. Nedbringelsen

Landsretten inddrog i vurderingen af nedbringelsen, at virksomhedspantet var fjernet, hvorfor nedbringelsen derfor stod tilbage usikret. Landsretten udtalte:

“Under disse omstændigheder var de foretagne nedbringelser ikke ordinære dispositioner og indebar en utilbørlig begunstiggelse af Nordea på de øvrige kreditors bekostning, hvilket Nordea vidste eller burde vide.”

Nedbringelsen af kreditten fra tinglysningstidspunktet indtil dekret var derfor omstødelig, jf. KL § 74, som følge af, at virksomhedspantet var bortfaldet.

9.3.1.4. Højesteret

HJR stadfæstede dommen med den i det væsentligste samme begrundelse som landsretten. HJR kommenterede således ikke yderligere på landsrettens vurdering af, at en disposition kan anses for at være såvel ekstraordinær som utilbørlig.

9.3.2. Kommentarer til U 2013.429 H

Behandlingen af **U 2013.429 H** bidrager til en nærmere forståelse af KL § 74, der illustrerer brugen af reglens betingelser, der har betydning for afhandlingens problemstilling.

I dommen blev der stillet pant for gammel gæld på et tidspunkt, hvor PS var eller blev insolvent, samtidig med at trækingsretten blev nedskrevet til et niveau, der gjorde, at PS ikke kunne fortsætte driften eller afvikle øvrige kreditorer, hvilket dermed gjorde dispositionen utilbørlig. Sikkerheden blev stillet ca. et halvt år før PS' konkurs, hvorfor KL § 70, stk. 1, 1. pkt., 1. led ikke var anvendelig.

Bedømmelsen skulle derfor foretages efter kriterierne i KL § 74, jf. straks nedenfor.

9.3.2.1. Insolvens og ond tro

På baggrund af I's udtalelse og den generelle konsensus om B's økonomi, må det lægges til grund, at N var bekendt med, at B befandt sig i alvorlige økonomiske vanskeligheder. N's viden herom blev bestyrket af den hyppige afrapportering, hvilket må anses som et indicium for, at N som professionelt kreditinstitut nærrede skepsis over for B's økonomiske situation, som også kom til udtryk ved det pludseligt opstået behov for at tinglyse virksomhedspantet. De fremførte oplysninger understøtter antagelsen om, at N var i ond tro om insolvensen på tidspunktet for dispositionens foretagelse.

Endvidere bevirkede nedskrivelsen af kreditten, at B havde mulighed for at føre driften videre. N var bekendt med, at et udestående momslån skulle realiseres, og at dette ikke kunne indfries, hvis kreditten blev nedskevet, hvorfor N var i ond tro om, at kreditnedskrivelsen ville medføre B's insolvens.

9.3.2.2. Utilbørlighed og ond tro

Som beskrevet, indebærer kravet til utilbørlighed, at den pågældende handling skal anses for at stride imod almindelige normer for redelig og hæderlig adfærd i erhvervslivet¹⁶⁷. I en situation, hvor N som primære finansieringskilde udnyttede B's økonomiske vanskeligheder ved som betingelse for fortsat kreditgivning at kræve sikkerhedsstillelse og tinglysning på et tidspunkt, hvor B var/blev insolvent, udgør en utilbørlig handling udvist i ond tro.

En kreditreduktion vil udgøre utilbørlig adfærd udvist i ond tro, hvis reduktionen er motiveret af ønsket om "at sikre, hvad sikres kan". Det må derfor lægges til grund, at nedskrivelsen i realiteten hvilede på hensynet til N's egen risiko og dermed skete på bekostning af øvrige kreditorer, hvorfor handlingen var utilbørlig. I vurderingen lagde landsretten vægt på, at der ikke blev stillet nye kreditfaciliteter til rådighed, men at der tværtimod skete en indskrænkning af B's kredit.

At domstolene inddrager insolvensretlige hensyn i vurderingen af utilbørlighed fremgår også af U **2013.277 V**, hvor betingelserne efter både KL §§ 67 og 74 reelt var opfyldt. PH var bekendt med PS' økonomiske vanskeligheder, og selvom betalingen til PH reelt skete til skade for øvrige

¹⁶⁷ Se afsnit 8.4.2.3

kreditorer, blev der taget hensyn til, at betalingen var en nødvendighed for virksomhedens overlevelse, hvorfor den ikke var hverken ekstraordinær eller utilbørlig¹⁶⁸.

Som opsummering til vurderingen af utilbørlighed, kan det med **U 2013.429 H** og **U 2013.277 V** udledes, at domstolene inddrager insolvensretlige hensyn i en samlet vurdering af ordinær- og utilbørlighedskriteriet.

9.3.2.3. Bedømmelsestidspunktet

Lands- og Højesteret foretog forskellige vurderinger af, på hvilket tidspunkt kriterierne for at omstøde virksomhedspantet skulle bedømmes. Landsretten fremførte, at vurderingen måtte foretages på tinglysningstidspunktet. Modsat lagde HJR til grund, at bedømmelsen skulle foretages på aftaleindgåelsestidspunktet. Der blev ikke yderligere fra parterne procederet på betragtningerne¹⁶⁹, hvorfor bedømmelsestidspunktet på daværende tidspunkt ikke var helt klarlagt. Tvivlen blev aktualiseret i **U 2017.2838 H**, hvor fem ud af syv dommere afgjorde, at tinglysningstidspunktet var det afgørende tidspunkt¹⁷⁰. Med **U 2017.2838 H** har HJR således fastslået, at betingelserne for insolvens og utilbørlighed skal foretages på tinglysningstidspunktet, hvilket kan få relevans i den samlede bedømmelse, når KL § 74 påberåbes.

9.3.2.4. Ordinær- og utilbørlighedskriteriet

At landsretten valgte at træffe afgørelse baseret på både en ordinær- og utilbørlighedsbetragtning i **U 2013.429 H** fremstår overraskende - især når HJR ikke knyttede yderligere kommentarer. Omend en betragtning af de to kriterier, som beskrevet, kan synes at falde uden for nærværende afhandlings fokusområde, er anvendelsen af kriterierne vigtig i den forstand, at selvom en ekstraordinær nedbringelse falder under den tidsmæssige ramme i KL § 67 og derfor principielt skal betragtes efter reglerne om objektiv omstødelse, kan KL § 74 fortsat anvendes.

9.3.2.5. Opsummerende

U 2013.429 H illustrerer brugen af KL § 74, der i bet. nr. 606 havde til hensigt at:

¹⁶⁸ Rammeskov Bang-Pedersen, m.fl.: Konkurs, 3. udgave, s. 513

¹⁶⁹ ET 2016.154, s. 4

¹⁷⁰ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensret belysning, 1. udgave, s. 267

*“Samle de tilfælde op, der går gennem de objektive reglers grovere masker”*¹⁷¹.

Det kan udledes, at da KL § 74 kan omstøde virksomhedspantet i sin helhed og den efterfølgende nedbringelse, der står tilbage usikret, er brugen af KL § 74 et effektivt våben for boet. Dog forudsat, at bevisbyrden, der er vanskeligere end i henhold til objektive bestemmelser, kan løftes, herunder på baggrund af part- og vidneforklaringer og regnskabsmæssig dokumentation¹⁷².

Sammenholdt med retsvirkningerne i henholdsvis KL §§ 75 og 76, kan anvendelsen af KL § 74 derfor vise sig som en vigtig faktor for boet. Følger man Flindhardts betragtning om, at pantet i tilfælde af konkurs sjældent indbringer ret meget, taler det for, at boet fremover i stedet foretrækker at benytte KL § 74, således at både de virksomhedspantsatte aktiver og kreditnedbringelsen, jf. U **2013.429 H**, tilkommer boet¹⁷³.

9.4. Delkonklusion til KL §§ 67 og 74

At domstolene valgte at træffe afgørelse med hjemmel i KL § 74 i U **2013.429 H** kan have den konsekvens, at boet fremover afholder sig fra at påberåbe sig omstødelse efter KL § 67, da totrinssystemet¹⁷⁴ i KL § 74 giver adgang til provenuet for de virksomhedspantsatte aktiver samtidig med nedbringelsen. Herudover skal den begunstigede desuden svare erstatning, jf. KL § 76, frem for at fralægge sig berigelsen, og erstatningen kan potentielt give udsigt til større dækning. KL § 74 er således blevet et effektivt våben for boet med den konsekvens, at KL § 67 og dens funktion som et mere grovmasket redskab til at omstøde objektive nedbringelser udvandes. Dette forstærkes også af reglernes overlap i retspraksis, også hvor ordinær- og utilbørlighedskriteriet smelter sammen, og at anvendelsen, med KL § 67 i U **2007.1240 H** og U **2010.3122 H** in mente, ikke adskiller sig væsentligt fra de subjektive kriterier i KL § 74.

9.5. Hvornår og under hvilke betingelser kan der omstødes, når pantet er fuldgod?

Som det indledningsvist i afhandlingen blev beskrevet, kan der forekomme tilfælde, hvor sikkerhedsstillelse gennem virksomhedspantet ikke alene er tilstrækkeligt. Oftest ses det, at

¹⁷¹ Bet. Nr. 606 af 1971, s. 161

¹⁷² Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 266

¹⁷³ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro..., 1. udgave, s. 260

¹⁷⁴ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 262

tredjemand stiller kaution, og indtil **U 2022.839 H** sås spørgsmålet om, hvorvidt personlig sikkerhedsstillelse for egen virksomhed medfører en forskubning i konkursordenen, ikke behandlet.

9.5.1. U 2022.839 H

I sagen blev der taget stilling til, om en nedbringelse på en kassekredit, der var sikret ved virksomhedspant, som PS havde stillet personlig sikkerhed for, kunne omstødes. Nedbringelsen af kassekreditte var blevet finansieret med midler, der stammede fra virksomhedspantsatte aktiver, før pantet var tiltrådt.

9.5.1.1. Sagens faktum

Sagen omhandler, hvorvidt en nedbringelse, der var sket på X's kassekredit, kunne omstødes efter KL §§ 67 eller 74. Der var d. 06/04/10 tinglyst et pantebrev mod virksomhedspant i X med en ramme på kr. 1 mio. hos Vestjyske Bank (VB). De virksomhedspantsatte aktiver var omfattet af TL § 47 c, stk. 3, nr. 1, 2 og 7. Kreditten var sikret med ubegrænset selvskyldnerkautioner fra ægteparret, der ejede X, og ligeledes ved pant i deres faste ejendom. SKAT indgav konkursbegæring med fristdag d. 03/02/16, og X blev erklæret konkurs d. 22/02/16. X og VB havde aftalt, at VB stod for afviklingen af X's gæld, så længe der var likviditet til rådighed på kontoen. Som følge af en dårlig udvikling i X's økonomi lukkede VB kreditten. Det blev konstateret, at nedbringelsen af kreditten forinden var sket gennem annullerede indbetalinger til bl.a. husleje og lønudgifter, der blev tilbageført til kontoen. Derudover var der indgået indbetalinger, der hidrørte fra brødudsalg i bageriet. Til sidst var en goodwill-indbetaling indgået. Trækket på kreditten udgjorde ultimo d. 30/12/15 ca. kr. 912.000. D. 27/01/16 var kreditten nedbragt til ca. kr. 480.000. Det nedbragte beløb udgjorde netto kr. 431.570,67, som faren til A i X deponerede d. 17/07/17 efter overtalelse fra VB.

VB anmeldte d. 13/04/16 et krav mod boet på ca. kr. 521.000. Det fremgik af panthaverregnskabet, at VB var blevet fyldestgjort af to krav, der tilsammen udgjorde ca. kr. 308.000 som provenu. VB's usikrede tab udgjorde derfor kr. 213.000 efter realisering af pantet et KL § 97-krav mod boet. Parterne var enige om, at VB tiltrådte pantet d. 28/01/16, efter kreditten var blevet nedbragt. Boet mente, at nettonedbringelsen på kr. 431.570 var omstødelig efter KL §§ 67 eller 74.

Den fremlagte årsrapport for 2014 viste en negativ egenkapital på kr. 827.000 og et underskud på kr. 627.000.

9.5.1.2. Sagens anbringender

Boet for X gjorde gældende, at kriterierne for omstødelse efter KL § 67, stk. 1, 2. og 3. led var opfyldt. Kreditten skulle ses som en slavisk nedbringelse, hvorfor den ikke kunne være ordinær.

Desuden havde VB kendskab til økonomien i X, jf. årsrapporten for 2014. Derfor var betingelserne for at omstøde efter KL § 74 opfyldt, idet X var insolvent, og nedskrivelsen gjorde dispositionen utilbørlig.

VB henviste til forarbejderne og reglerne omkring virksomhedspant, hvoraf følger, at indbetalinger, uden der er statueret tiltrædelse, skal bedømmes efter KL § 67. Kan tiltrædelse statueres, skal pantet bedømmes efter KL § 70 a. VB lagde i forklaringen hovedsageligt vægt på tiltrædelsesmomentet, hvor de udtalte:

“Hvis pengeinstituttet ikke anses for at være tiltrådt, må pengeinstituttet have været i god tro om skyldnerens solvens, hvorfor omstødelse efter konkurslovens § 74 også er udelukket.”

VB udelukkede derfor omstødelse efter KL § 74 på baggrund af en tiltrædelsesbetragtning. VB gjorde endvidere gældende, at boet ikke havde godtgjort en ekstraordinær forøgelse af pantet, jf. KL § 70 a, hvorfor nedbringelsen skulle betragtes efter KL § 67.

Imidlertid mente VB, at såfremt betryggende sikkerhed er stillet, er omstødelse efter KL § 67 udelukket. VB henviste til Ørgaards forklaring i Konkursret (2014), s. 113 og **U 2003.1955/2 Ø**.

9.5.1.3. Byretten

Byretten lagde ikke vægt på tiltrædelsesmomentet. I stedet lagde byretten vægt på, om VB havde løftet bevisbyrden for VB's fuldgode sikkerhed. Denne bevisbyrde fandt retten ikke løftet. Faren til A havde deponeret et beløb svarende til nettonedbringelsen på en spærret konto, hvilket talte imod, at VB havde ført tilstrækkeligt bevis for sikkerhedsstillelsen.

Derfor fandt byretten, at nedbringelsen ikke var ordinær, da nedbringelsen var sket fra X's usikrede midler og deraf på bekostning af øvrige kreditorer. Kravet blev omstødt, jf. KL § 67, stk. 1.

9.5.1.4. Landsretten

Parterne gentog i det væsentlige deres påstande og anbringender for landsretten.

Landsretten ændrede byrettens dom med en noget kortfattet begrundelse. Landsretten forholdt sig primært til boet bevisførelse og konkluderede, at boet ikke havde ført tilstrækkeligt bevis for, at kreditten var nedbragt med et større beløb, end hvad VB havde uomstødelig sikkerhed for. Nettonedbringelsen kunne derfor ikke omstødes.

9.5.1.5. Højesteret

Parterne gentog i det væsentlige deres påstande og anbringender for HJR.

HJR anlagde nogle anderledes betragtninger end landsretten omfattende: 1) retsvirkningerne ud fra en tabs-/berigelsesbetragtning efter KL § 75, 2) om indbetalingerne hidrørte fra salg gennem de omfattede, virksomhedspantsatte aktiver og 3) bevisførelsen for betragtning 1) og 2).

Indledningsvist slog HJR fast, at det var ubestridt, VB havde fuldgod sikkerhed for kr. 1 mio. og at VB først havde tiltrådt sit pant efter nedbringelsen.

Boet fremlagde en indbetalingsoversigt fra kreditten på kr. 720.000. Indbetalingerne hidrørte fra dankortbetalinger, afståelse af lejemål, indbetalinger på fordringer omfattet af virksomhedspantet og indbetalinger via døgnboks. HJR foretog en samlet vurdering af indbetalingerne, der:

“[...] i væsentligt omfang udgjorde enten betalinger af fordringer omfattet af bankens virksomhedspant eller betalinger i forbindelse med salg af varer og andre aktiver, der forinden havde været omfattet af virksomhedspantet.”

HJR fandt tilsvarende landsretten, at boets bevisbyrde ikke var løftet. Boet havde ikke fremlagt regnskabsmæssige oplysninger eller lignende, der kunne dokumentere, at indbetalingerne ikke stammede fra virksomhedspantsatte aktiver, hvorfor nedbringelsen ikke medførte kreditorerne et tab, jf. KL § 75.

HJR stadfæstede landsrettens dom på baggrund af en tilsvarende, omend lidt anderledes, tabs-/berigelsesbetragtning og boets utilstrækkelige bevisførelse.

9.5.2. Analyse

Med dommen har HJR taget stilling til, hvornår indbetalinger kan anses for at hidrøre fra virksomhedspantsatte aktiver. Dommen skal dog ses i sammenhæng med boets relativt vage bevisførelse. Boet havde ikke ført tilstrækkeligt bevis for, at indbetalingerne stammede fra X's usikrede midler. Derfor konkluderede HJR, at indbetalingerne "i væsentligt omfang" hidrørte fra virksomhedspantsatte aktiver. Hvorvidt, HJR's tilgang skal accepteres uden videre, kan diskuteres. Der kan i hvert fald argumenteres for, at HJR har anvendt en relativt bred tilgang i deres betragtning, når samtlige dankort- og kontantindbetalinger blev vurderet til "i væsentligt omfang" hidrørte fra virksomhedspantsatte aktiver. Grundet, at boet ikke havde løftet bevisbyrden, fandt HJR ikke anledning til at foretage en dybere vurdering af, hvorfra indbetalingerne stammede.

Med **U 2022.839 H** har HJR fastslået, at der stilles betydelige krav til boets bevisførelse, når de forsøger at omstøde et løbende mellemværende, hvor PH har fuldgod sikkerhed. Endvidere følger det, at hvis boet ikke er i stand til at godtgøre, at indbetalingerne hidrører fra PS' usikrede midler, er betingelserne for omstødelse efter KL § 67, stk. 1 ikke opfyldt. Det kan ikke udelukkes, at sagen havde fået et andet udfald, hvis boet havde formået at føre tilstrækkeligt bevis.

Anvendelsen af differencelæren fremgår ikke tydeligt, men det kan udledes, at HJR implicit inddrog principperne heraf i deres stillingtagen til pantets fuldgode sikkerhed, hvor et alternativ havde været PH's fyldestgørelse gennem pantet, jf. også afsnit 7.

9.5.3. Kommentarer til dommen

Det kan lægges til grund, at omend bevisførelsen i den konkrete sag ikke var tilstrækkelig, er det ikke usandsynligt, at hvis et bo fremover bærer sig mere pragmatisk an og kan dokumentere et tab, der understøttes af regnskaber, kan boet få medhold. Når boet ikke havde ført bevis for, at fordringerne hidrørte fra PS' usikrede midler, må det – i overensstemmelse med HJR's vurdering – lægges til grund, at indbetalingerne i det væsentlige måtte antages at stamme fra virksomhedspantsatte aktiver. HJR's anlagte dog som beskrevet en bred vurdering, og hvad, bevisførelsen konkret kræver, står fortsat i det uvisse.

Det kan med dommen udledes, at der ved personlig sikkerhedsstillelse i et løbende mellemværende kan opnås en bedre dækning, når kreditten nedbringes med fordringer eller indbetalinger, der hidrører fra virksomhedspantets frugter. I og med sikkerhedsstillelsen primært er stillet af virksomheden og virksomhedens ejer(e) opnås derved en bedre prioritetsstilling i konkursordenen. Dette er dog betinget af, at der stilles fuldgod sikkerhed, og at kautionisten er god for beløbet. En nedbringelse vil i så fald ikke ske på bekostning af øvrige kreditorer. Med afsæt i **U 2022.839 H** kan det fremover fra bankens side være hensigtsmæssigt at kræve, at PS skal stille personlig sikkerhed, da det som udgangspunkt ikke medfører en forskubning i konkursordenen, hvis nedbringelsen stammer fra virksomhedspantssatte aktiver.

9.5.4. U 2003.1955/2 Ø

En tilsvarende tabs-/berigelsesbetragtning blev behandlet i **U 2003.1955/2 Ø**, hvor banken havde i nærværende sag personlig stillet sikkerhed for kreditten, jf. KL § 80.

Til behandlingen af dommen ses bort fra nærtståendeelementet og tredjemandskautionen efter KL § 80. Det relevante i sagen er behandlingen af fuldgod sikkerhed.

9.5.4.1. Sagens faktum

Sagsøger Erik Paludan Boghandel A/S (EP) drev boghandel og havde en driftskonto hos sagsøgte 2, Unibank A/S (UB). EP's økonomi var i 1999 katastrofal, og en kapitalindsprøjtning var nødvendig, hvis kreditten skulle forhøjes. Sagsøgte 1, JP, der var direktør i EP, stillede som kautionist personlig sikkerhed for kreditten i UB. Kreditten ændrede betalingsmønster fra ultimo 1997 til primo 1998, hvor den steg med kr. 380.000. EP fortsatte løbende med at være i økonomiske vanskeligheder, men betalte fortsat kreditorer. Fra november 1998 til februar 1999 blev kreditten nedbragt med kr. 1 mio. Det fremgik, at EP ophørte med at betale den største kreditor, der havde givet henstand. EP gik konkurs i starten af 1999, med fristdag d. 18/02/99.

Der var mellem parterne enighed om, at kreditten blev nedbragt til at have et på fristdagen positivt indestående. Boet gjorde gældende, at der var tale om en "slavisk nedbringelse", og at banken ikke kunne frigive JP's kaution, som tilkom boet.

9.5.4.2. Sagens anbringender

9.5.4.3. Sikkerhedsstillelsen

Boet gjorde i henhold til sagsøgte 2 gældende, at risikoen for kautionistens insolvens påhvilede UB. Da UB ikke havde bevist, at sagsøgte 1 reelt var økonomisk god for sikkerhedsstillelsen, havde kreditorerne lidt et tab.

JP gjorde gældende, at fordi han ikke havde fået frigivet sikkerheden, kunne han ikke blive mødt af et højere krav, end han havde stillet sikkerhed for.

UB gjorde gældende, at da det var ubestridt, at JP's sikkerhedsstillelse oversteg boets krav, havde boet ikke lidt et tab.

9.5.4.4. Nedbringelsen

Boet gjorde i henhold til sagsøgte 1 (JP) gældende, at det ændrede betalingsmønster på kreditten kun kunne muliggøres grundet henstand fra EP's største kreditor. JP var derfor blevet uberettiget beriget, jf. KL §§ 67 eller 74.

JP gjorde i henhold til nedbringelsen gældende, at kassekreditten blev udnyttet på sædvanlig måde med ordinær afvikling af kreditorerne. Det var således ikke godtgjort, at en ekstraordinær nedbringelse havde fundet sted, at EP blev insolvent, eller at JP var blevet utilbørligt begunstiget.

UB gjorde i forhold til nedbringelsen i det væsentligste det samme gældende som JP. Desuden var indbetalingerne på kreditten ordinære, da de hidrørte fra julesalget.

9.5.4.5. Byretten

9.5.4.6. Sikkerhedsstillelsen

Byretten vurderede, at uanset, JP havde stillet sikkerhed over for UB, som fuldt ud dækkede omstødelseskravet, og at der ikke var sket en berigelse, jf. KL § 75, fandt retten alligevel, at de sagsøgte hæftede solidarisk for kravet.

9.5.4.2.5. Nedbringelsen

Retten omstødte nedbringelsen af kreditten, idet der måtte være tale om en “slavisk nedbringelse”, der afgørende havde forringet betalingsevnen, jf. KL § 67, stk. 1, hvorfor nedbringelsen ikke var ordinær.

9.5.4.7.Landsretten

Landsretten omgjorde byrettens dom om solidarisk hæftelse og anlagde i stedet en tabs-/berigelsesbetragtning. Landsretten udtalte:

“Der er enighed om, at Nordea Bank Danmark A/S (moderselskab til UB) havde fuld, uomstødelig sikkerhed for sit krav mod Erik Paludan Boghandel. Allerede af den grund er betingelserne for omstødelse af nedbringelsen af kassekreditten efter KL § 67, jf. § 75, ikke opfyldt i forhold til banken.”

Endvidere udtalte landsretten, at der ikke var:

“[...] tilstrækkeligt grundlag, for at lægge til grund, at nedbringelsen af kassekreditten skyldtes en bevidst undladelse af at betale de løbende regninger eller styring fra selskabets side af betalingerne fra kassekreditten [...] på bekostning af selskabets øvrige kreditorer.”

Nedbringelsen var dermed ordinær.

9.5.5. Kommentarer til dommen

Ligesom i **U 2022.839 H** var det ubestridt mellem parterne, at kreditten var fuldt sikret. PH opnåede derfor ikke en berigelse, og konkursboet led ikke et tab. I overensstemmelse med principperne bag differencelæren må det lægges til grund, at var nedbringelsen ikke foretaget, ville UB stadig have været fuldt dækket ved konkursens indtræden, da alternativet havde været, at UB kunne se sig fyldestgjort af aktivernes realisationsværdi.

9.6. Betydningen af bevisførelse

Som beskrevet kort i afsnit 1.2, og som udledt med analysen i **U 2022.839 H** i afsnit 10.4.2, er også bevisbyrden af væsentlig betydning i henhold til besvarelse af afhandlingens

problemformulering. Bevisførelsens betydning illustreres også ved U 1999.1587 H og U 2015.335 Ø straks nedenfor.

9.6.1. U 1999.1587 H

Burmeister og Wain (BW) gik i betalingsstandsning d. 27/07/95, der også var fristdagen. I tremånedersperioden op til konkursen var der betalt gæld til leverandører på kr. 323 mio. En betaling fandt sted 11 dage før normalt forfald til (NAF) som følge af et tilbud på “förtidsindfrielse” mod 1% rabat. Omstødelseskriterierne var objektivt set opfyldt efter KL § 67, stk. 1, 2. led, og betalingen kunne ikke ordinært forsvares, hvilket HJR også anerkendte. Betalingsmønsteret til øvrige kreditorer havde i perioden op til betalingen været stabil. Landsretten fandt, at det kunne godtgøres, at betalingen ville have fundet sted uanset, at denne var betalt før forfald.

9.6.1.1. Højesteret

HJR tiltrådte landsrettens resultat, og dommen udgør en af de få afgørelser, hvor anvendelsen af differencelæren anerkendes af domstolene. HJR fandt med henvisning til de principielle betragtninger i differencelæren, at der ikke forelå en berigelse, jf. KL § 75, idet betalingen sandsynligvis ville være faldet rettidigt, uanset den var sket før normal betalingstid, jf. KL § 67, stk. 1, 2. led, og ikke var ordinær.

HJR lagde ved anvendelsen af differencelærens principper vægt på, at BW ikke befandt sig i en decideret økonomisk krise. BW havde tilstrækkeligt med midler og havde desuden ikke ændret deres betalingsmønster. Derudover kunne kontantrabatten på 1 % ved 14 dages førtidig betaling konverteres til en årlig besparelse på ca. 30 % p.a. Under de omstændigheder fandt HJR, at der var tale om en forretningsmæssigt forsvarlig disposition.

2/5 dommere stemte imod en afsigelse baseret på differencelæren, idet de ud fra de objektive reglers hensigt mente, at der var tale om en omstødelig betaling. Eksempelvis udtalte dommer W:

“Jeg finder det bedst stemmende med de hensyn, der lå bag indførelsen af bl.a. den objektive omstødelsesadgang i § 67 [...], at der ikke åbnes mulighed for bevisførelse med hensyn til, om betaling under alle omstændigheder ville være sket til normal betalingstid.”

Flertallet fandt, at betalingen ikke var omstødelig på baggrund af en tabs/-berigelsebetragtning, hvilket illustrerer differencelærens ellers sparsomme anvendelse i retspraksis. I vurderingen lagde HJR primært vægt på likviditeten i BW, hvortil HJR udtalte:

“Ifølge det oplyste savnede Burmeister & Wain Skibsværft A/S i perioden frem til frisdagen ikke midler til at betale leverandører med, og selskabet ændrede ikke sit betalingsmønster.”

På baggrund af økonomien i BW, udtalte HJR supplerende, at:

“Fordringen med en betydelig grad af sikkerhed ville være blevet betalt til den normale betalingstid.”

9.6.2. U 2015.335 Ø

En tilsvarende betragtning - dog uden samme resultat - kan findes i **U 2015.335 Ø**.

Sagsøgte (C) fik i byretten medhold i, at en førtidig betaling ikke var omstødelig efter KL § 67, stk. 1, 2. led. En faktura fra C blev sendt til G d. 10/11/11 og betalt d. 11/11/11. Af den skriftlige faktura fremgik det, at betalingen stod til forfald d. 18/11/11.

I byretten havde G forklaret, at det mundtligt med økonomidirektøren i C blev aftalt, at betalingen skulle falde straks.

9.6.2.1. Byretten

Ifølge byretten havde G ikke fremlagt tilstrækkelig dokumentation (faktura), hvoraf betalingstiden fremgik. Derudover fremgik det af G's kontoudtog, at de havde et positivt indestående.

9.6.2.2. Landsretten

Modsat byretten nåede landsretten frem til, at der var tale om en betaling før normal betalingstid, jf. KL § 67, stk. 1, 2. led. Landsretten fandt ikke, at der var godtgjort omstændigheder, der kunne forsvare en betaling før tid som ordinær. Derudover var det ikke kutyme i branchen at indfri betalinger før tid. Sidst, men ikke mindst, var det kommet frem, at der var usikkerhed om økonomien i G A/S og dets moderselskab.

9.6.3. Kommentarer til U 1999.1587 H og U 2015.535 Ø

U 1999.1587 H og U 2015.535 Ø illustrerer, at førend domstolene vil anvende differencelæren på økonomiske forhold af en ellers omstødelig disposition, skal PS med sikkerhed have tilstrækkelige midler.

I U 1999.1587 H fandt differencelæren anvendelse, idet:

“Fordringen med en betydelig grad af sikkerhed ville være blevet betalt til den normale betalingstid.”

Omvendt blev differencelæren nedtonet i U 2015.535 Ø, hvor landsretten udtalte:

“Efter bevisførelsen kan det fastslås, at der ikke var driftsøkonomiske eller andre omstændigheder, som kunne begrunde kontantbetaling [...].”

Opsummerende kan det lægges til grund, at der stilles strenge krav til beviset ved anvendelsen af differencelæren. Der skal tages hensyn til PS' økonomiske forhold. Kan det godtgøres, at PS' økonomiske forhold ikke med tilstrækkelig grad af sikkerhed ville kunne understøtte en førtidig betaling, vil anvendelsen af differencelæren nedtones og/eller helt bortfalde. Hvad bevisbyrden kræver, og hvordan domstolene fordeler bevisbyrden, behandles straks nedenfor.

9.6.4. Bevisbyrdens betydning for differencelæren

Selvom omstødelseskrauet, jf. KL § 67, stk. 1, reelt var opfyldt i U 1999.1587 H blev kravet ikke omstødt, da boet ikke havde løftet byrden for, at den førtidige betaling havde medført et tab¹⁷⁵. En tilsvarende betragtning kunne ses i U 2022.839 H.

Efter almindelige civilretlige principper¹⁷⁶, er boet der skal løfte bevisbyrden og dokumentere, at der foreligger et tab. Domstolene kan dog efter RPL § 344, stk. 1 i vid udstrækning fordele bevisbyrden, som de efter omstændighederne finder mest passende. Kan det godtgøres, at betingelserne for objektiv omstødelse efter KL § 67 er opfyldt, har boet løftet beviset, hvorfor det efterfølgende påhviler PH at godtgøre, at betaling ikke har medført et tab eller en berigelse. En

¹⁷⁵ Se endvidere afsnit 6.

¹⁷⁶ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 296

sådan bevisførelse tjener det overordnede formål med objektiveringen af konkursreglerne - nemlig at undgå en unødvendig og byrdefuld procesførelse for boet¹⁷⁷.

Retspraksis illustrerer, at bevisbyrden veksler mellem boet og PH afhængigt af de konkrete omstændigheder. Formår boet ikke at godtgøre, at den pågældende disposition har påført kreditorerne et tab, og har PH løftet bevisbyrden i form af dokumentation og regnskabsmæssige oplysninger, ved som eksempelvis i **U 1999.1587 H**, hvor der forelå en reel betalingsevne, eller i **U 2022.839 H** og **U 2003.1955 2 Ø**, hvor fuldgod sikkerhed var stillet, skærpes kravet til boets bevisførelse.

9.6.5. Sammenfatning af U 2022.839 H, U 2003.1955/2 Ø, U 1999.1587 H og U 2015.335 Ø

Retspraksis viser, at domstolene udviser tilbageholdenhed ved differencelærens anvendelse og i det meste nedtoner de usikkerheder, læren medfører, hvorfor den kun i begrænset omfang har fundet anvendelse.

Selvom betingelserne for omstødelse efter KL § 67, stk. 1 i **U 1999.1587 H** reelt var opfyldt, lagde domstolene fokus på, at PS havde tilstrækkeligt med midler, hvorfor fordringen med en betydelig grad af sikkerhed ville være blevet betalt. Omvendt gjorde sig gældende i **U 2015.535 Ø**, hvor differencelæren blev nedtaget, og medførte, at PH ikke kunne opretholde betalingen. Det kan udledes, at den forsigtige anvendelse af differencelæren kun undtagelsesvist tillægges betydning i konkrete tilfælde, der forudsætter en ganske betydelig grad af bevismæssig og økonomisk sikkerhed¹⁷⁸.

Er der for pantet stillet fuldgod sikkerhed, som sås i **U 2022.839 H** og **U 2003.1955/2 Ø**, nedtones differencelæren. Læren finder kun anvendelse i den forstand, at da pantet er fuldgod medfører nedbringelse ikke forrykning i konkursordenen. Som beskrevet i afsnit 6 er alternativet, ud fra en tabs-/berigelsesbetragtning, at PH i stedet kunne se sig fyldestgjort gennem de virksomhedspantsatte aktiver. Det medfører, at hvis det godtgøres, at kautionisten reelt er god for

¹⁷⁷ Ibid

¹⁷⁸ Ibid, s. 296

beløbet¹⁷⁹, opnår PH ikke en berigelse og boet ikke et tab, hvorfor kravet mod PH bliver illusorisk¹⁸⁰.

9.7. Hvornår og under hvilke betingelser kan tiltrædelse gøres gældende?

9.7.1. U 2017.651 H

Til behandling af tiltrædelse er **U 2017.651 H** af særlig betydning. Dommen var den første, der dybdegående behandlede stillingtagen til, hvornår skjult tiltrædelse kan statueres. I dommen blev også flydelenes omfattelse af virksomhedspantet behandlet. Af hensyn til afhandlingens formål behandles kun tiltrædelsesbetragtningen.

9.7.1.1. Sagens faktum

Cimber Sterling A/S (C) drev luftfartsselskab og havde med søsterselskabet Cimber Air Maintenance A/S (CA) stillet virksomhedspant mod en kredit hos selskabernes bankforbindelse, Danske Bank (DB), ved fælles pantebrev d. 09/07/09. Virksomhedspantet sikrede dels et flylån på kr. 34 mio. og en driftskredit på kr. 50 mio. Engagementet blev forhøjet d. 28/08/09 til kr. 75 mio.

C fik likviditetsmæssige problemer i 2011. DB stillede derfor yderligere finansiering til rådighed på samlet kr. 40 mio. I forbindelse med kreditudvidelsen meddelte DB samtidig, at de ønskede at opsig engagementet, men ønskede at hjælpe med C's rekapitaliseringsproces.

I juli 2011 blev aktiemajoriteten i C opkøbt af Mansvell (M), der lavede en likviditetsindsprøjtning i C på kr. 165 mio. Som følge heraf indfrie C kr. 10 mio. af den yderligere stillede kreditudvidelse, DB havde stillet.

DB krævede i efteråret 2011 en afviklingsplan fra C, der skulle være færdiggjort ultimo 2011, så engagementet kunne afvikles i 2012. DB meddelte endvidere, at de forbeholdt sig retten til at opsig kreditten når som helst. DB modtog imidlertid ikke en afviklingsplan og meddelte derfor C primo 2012, at hvis ikke en afviklingsplan forelå inden 14 dage, blev kreditten opsagt. C afsendte

¹⁷⁹ Se endvidere afsnit 7

¹⁸⁰ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 166

inden tidsfristen en afviklingsplan, som DB accepterede, på nær nogle betingelser DB ønskede ændret.

C gik på kompromis med de fremsendte betingelser. C indkaldte efterfølgende til bestyrelsesmøde, hvor afviklingsplanen blev accepteret på de præmisser, DB krævede. Aftalen udgjorde: 1) C kunne ikke afvikle C's øvrige kreditorer, før en total nedskrivelse af engagementet hos DB forelå, 2) der skulle senest d. 15/02/12 være sket en nedtrapning af engagementet på kr. 5 mio., 3) C kunne ikke uden DB's samtykke foretage træk på kreditten, der stod i modsætning til den sædvanlige drift og 4) C skulle fortsat kunne afholde lønninger. Planen blev godkendt, og første kreditnedbringelse fandt som planlagt sted d. 15/02/12.

D. 20/02/12 sendte CA et lånetilsagn til M. Det var blevet vurderet, at en yderligere likviditetsindsprøjtning i tre trancher på hver kr. 50 mio. var nødvendigt for at overleve.

Dagen efter blev et møde afviklet mellem DB og C. Her skulle rekapitaliseringen i C og den fremadrettede afvikling af engagementet hos DB drøftes, hvor det blev vurderet, at tilsagnet fra M ikke levede op til forventningerne i DB. DB gav d. 22/02/12, jf. mødet d. 21/02/12, meddelelse om, at DB ønskede engagementet ophørt. På et nyt møde d. 23/02/12 anmodede C igen om en ny chance for fortsat drift, hvis der kunne etableres en bedre forpligtelse. C mislykkedes med at overbevise DB, og d. 24/02/12 ophævede DB endelig engagementet. Det stod klart, at C ikke kunne indfri engagementet til fuld indfrielse, som var præmissen. DB tilsendte en nedtrapningsplan som en sidste "gestus" til C med fastlagte datoer. Engagementet skulle stå til fuld indfrielse d. 27/07/12. Der var pr. 16/04/12 nedbragt kr. 25 mio., så rammen samme dato lød på kr. 20 mio. i restgæld, hvorefter M indsendte konkursbegæring d. 03/05/12.

9.7.1.2. Sagens anbringender

Boet gjorde gældende, at opsigelsen var udtryk for, at pantet var tiltrådt. Derudover medførte DB's nedtrapning af engagementet en rådighedsindskrænkning af C's daglige drift som følge af, at træk på kreditten overordnet krævede samtykke fra DB, hvilket kunne sidestilles med en stiltiende tiltrædelse.

Supplerende fremførte boet, at selvom kreditten var blevet afviklet som en "løbende nedtrapning" i stedet for en total afvikling, var der stadig tale om tiltrædelse. Sådan en adfærd måtte ifølge boet

være i overensstemmelse med de eksempler, bet. nr. 1459 oplister, der bør kunne udgøre tiltrædelse.

Boet foretog en formålsfortolkning på baggrund af bet. nr. 1459 og dens regulering af tiltrædelser, der kan ske i “det åbne” eller “det skjulte”, hvilket ifølge boet gav anledning til flere problematikker.

Derudover gjorde boet gældende, at tiltrædelse medfører, opgjort efter nettometoden, at PH misbruger de virksomhedspantsatte aktiver, da PH på denne måde kan “reestablere” pantet.

Boet procederede derfor på, at nedbringelsen skulle vurderes ud fra et bruttoprincip, da indbetalinger hidrørende fra pantsatte aktiver, skal fratrækkes pantets værdi.

I henhold til nedbringelsesengagementet gjorde boet gældende, at nedbringelsen fra periodens start indtil ophør (dekret) medførte, at indbetalingerne fra nedtrappingsplanen opbrugte C’s frie midler, hvorfor nedbringelsen var omstødelig efter KL § 67 eller KL § 74.

For så vidt angår KL § 67, mente boet, at nedbringelsen på kr. 18 mio. var sket fra d. 28/02/12 indtil d. 03/05/12, hvorfor nedbringelsen var foretaget senere end tre måneder før fristdagen. Nedbringelsen var ikke ordinær, da DB havde opbrugt C’s frie likviditet.

I henhold til KL § 74, mente boet, at C blev insolvent ved DB’s opsigelse af engagementet. DB havde kendskab til C’s vanskelige økonomi, hvorfor DB var i ond tro. Nedskrivelsen af kreditten gjorde C insolvent og skete på bekostning af øvrige kreditorer. DB havde udnyttet C’s situation og nedbringelsen favoriserede DB, hvorfor dispositionen var utilbørlig. At M foretog en yderligere kapitalindsprøjtning, aflyste ikke konkursen.

DB gjorde i forhold til tiltrædelsen gældende, at tiltrædelse i det åbne kun kan ske ved tiltrædelse efter RPL eller ved entydig meddelelse. Ellers må der være tale om skjult tiltrædelse. DB gjorde gældende, at skjult tiltrædelse kræver, at PH har hindret PS i at råde over kreditten. Betalingsmønstret i C havde ikke ændret sig, kreditten kom ikke i overtræk, DB afviste ikke betalinger og DB havde ikke realiseret de løsøreomfattede aktiver, hvorfor tiltrædelse utvivlsomt ikke kunne gøres gældende.

I henhold til anvendelsen af et bruttoprincip bestred DB dette, eftersom domstolene konsekvent har afvejet metoden, og da DB mente, at bruttometoden fører til førtidige konkurser¹⁸¹.

For så vidt angår, om nedbringelsen kunne omstødes efter KL § 67, gjorde DB gældende, at nedbringelsen ikke forringede C's betalingsevne eller skete før normal betalingstid. Nedbringelsen var derfor ordinær.

I henhold til KL § 74, mente DB, at C ikke havde ført bevis for, at DB vidste eller burde vide, at C blev insolvent. M indgav først konkursbegæring d. 03/05/12, hvorfor DB havde været i god tro indtil da. DB var endvidere af den tro, at M ville holde hånden over C, indtil DB endeligt havde trukket sig fra engagementet.

9.7.1.3. Landsretten

Sagen blev henvist til behandling i landsretten, jf. RPL § 226, stk. 1.

Landsretten tog boets påstand til følge og vurderede, at der ikke var tale om tiltrædelse i traditionel forstand, dvs. som det udspringer af bet. nr. 1459 igennem enten 1) tvangsrealisering efter RPL eller 2) ved meddelt tiltrædelse i "det åbne".

Spørgsmålet var, hvorvidt DB's adfærd kunne anses som en skjult tiltrædelse, der skal bedømmes efter en adfærdsbaseret vurdering, jf. afsnit 4.1.2.

Landsretten fandt ikke, at der var tale om skjult tiltrædelse.

Eftersom der ikke var tale om skjult tiltrædelse, fandt landsretten ikke anledning til at behandle spørgsmålet om nedbringelsen.

9.7.1.4. Højesteret

Parterne gentog i det væsentlige deres anbringender for HJR.

HJR stadfæstede landsrettens dom og lagde ligeledes vægt på følgende:

- 1) DB havde ikke givet udtryk for, at de tiltrådte pantet eller agtede at tiltræde.

¹⁸¹ Se endvidere afsnit 5

- 2) DB havde ikke forhindret selskaberne i at råde over det løsøre, der var omfattet af virksomhedspantet.
- 3) DB hindrede ikke C i løbende at trække på kassekreditten til brug for selskabets sædvanlige drift.

9.7.2. Kommentarer til dommen

Lands- og Højesterets begrundelser må karakteriseres som forholdsvis kortfattede, hvorfor dommen ikke bidrager til en klar forståelse af, hvornår skjult tiltrædelse foreligger.

Til trods for den i sagen snævre kvalitative og kvantitative rådighedsindskrænkning af PS' kredit, der i lyset af eksemplerne i bet. nr. 1459¹⁸², giver indikation på skjult tiltrædelse, er det opsigtsvækkende, at HJR ikke kom frem til et resultat på baggrund heraf. Det må dog ses i sammenhæng med de fortolkningsproblemer, bet. nr. 1459, giver anledning til – navnlig når gradvis nedtrapning af et engagement efter bet. nr. 1459 "*bør kunne udgøre*" tiltrædelse.

Formuleringen i bet. nr. 1459 giver anledning til usikkerhed om, hvorvidt en nedsat trækingsret i sig selv er tilstrækkelig til at udgøre tiltrædelse. I lyset af HJR's præmisser må det dog indtil videre konkluderes, at dette i udgangspunktet ikke er tilfældet. HJR kom således frem til, at når der ikke foreligger en konkret, ensidig tilkendegivelse om tiltrædelse, vil tiltrædelsesmomentet ikke være opfyldt. I forlængelse heraf lagde HJR vægt på, at DB "ikke agtede" at tilkendegive tiltrædelsen samt C's fortsatte trækingsret på kreditten. Det kan dermed udledes, at HJR anlagde en helhedsvurdering af skjult tiltrædelse.

Det kan dog næppe udelukkes, uanset HJR's resultat, at såfremt DB havde nedtrappet kreditten, uden at C kunne opretholde trækingsretten, eller selv kontrollerede den, ville det kunne udgøre tiltrædelse og dermed omstødelse¹⁸³. Omvendt taler det imod tiltrædelse, hvis trækingsretten fortsat består, hvorfor det formentlig sjældent vil ses, at kreditten lukkes med øjeblikkelig virkning, og en gradvis nedtrapning vil være at foretrække ligesom i indeværende dom. Der vil i så fald være tale om en form for omgåelse af tiltrædelse.

¹⁸² Bet. nr. 1459 af 2005, s. 160

¹⁸³ Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 123

Domstolene har dog lagt sig fast på, at tiltrædelse kræver “noget mere”¹⁸⁴. Når der i nærværende sag blev indgået en frivillig aftale, foreligger der ikke tiltrædelse, hvis PS fortsat har mulighed for at foretage hævninger inden for kreditrammen til brug for selskabets sædvanlige drift¹⁸⁵.

HJR’s tilbageholdenhed med at statuere tiltrædelse, jf. også bet. 1459’s formulering, efterlader således fortsat retstilstanden på området relativt åbent.

9.7.3. U 2017.651 H, U 2013.429 H og U 2022.839 H sammenholdt

Som beskrevet i afsnit 4.1.1, og med resultatet i **U 2017.651 H**, ses det, at problemstillingen vedrørende skjult tiltrædelse kommer til udtryk, når tiltrædelse rettes mod kreditten.

Sammenlignes **U 2017.651 H** med **U 2013.429 H** og **U 2022.839 H**, forekommer der ligheder. Dog procederede boerne i henholdsvis **U 2013.429 H** og **U 2022.839 H** aldrig på tiltrædelse. Grunden hertil skal i **U 2013.429 H** findes i aftaleforholdet og i **U 2022.839 H** i de økonomiske motiver bag tiltrædelse.

I henhold til **U 2013.429 H**, indgik B frivilligt aftale med N om, at kreditten løbende ville blive nedskrevet og udmålt i forhold til B’s debitorer og varelager på 60 og 40 procent. En adfærd, der bør kunne udgøre skjult tiltrædelse rettet mod kreditten, jf. eksemplerne angivet i bet. Nr. 1459¹⁸⁶. B beholdt dog, tilsvarende C i **U 2017.651 H**, trækningsretten på kreditten, selvom kreditten reelt blev reduceret til det halve¹⁸⁷. Derudover foretog N ikke nogle kvalitative begrænsninger. Med resultatet i **U 2017.651 H**, in mente, er det derfor usandsynligt, at HJR ville være kommet frem til et andet resultat i **U 2013.429 H**, selvom en nedsat trækningsret, som beskrevet i afsnit 15.1.5, bør kunne give sig udslag i tiltrædelse¹⁸⁸.

I henhold til **U 2022.839 H** var det mellem parterne ubestridt, at VB først tiltrådte pantet efter nedbringelsen af kreditten. Sammenholdes dommen imidlertid med **U 2017.651** og **U 2013.429 H**,

¹⁸⁴ Se afsnit 4.1.2

¹⁸⁵ ET 2017.75, s. 3

¹⁸⁶ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 160

¹⁸⁷ Se afsnit 10.3.1.2.1

¹⁸⁸ Se også Ørgaard, Anders: Konkursret, 13. udgave, s. 123, ET 2017.75, s. 2 og ET. 2016.254, s. 6 f

hvor B og C fortsat bevarede trækingsretten på kreditten uden bankens (delvise) indblanding, kunne resultatet i **U 2022.839 H** måske have været anderledes.

VB stod for at afholde X's driftsudgifter fra kreditten, så længe der var midler nok. VB foretog inden konkursen en annullering/blokering af X's løn- og huslejeudgifter på et tidspunkt, hvor rammen kun var trukket op til kr. 480.000. Der var altså tilstrækkeligt med midler til rådighed på kr. ca. 520.000¹⁸⁹.

Sammenholdes VB's adfærd med resultaterne i **U 2017.651 H** og **U 2013.429**, hvor tiltrædelse ikke kunne statueres, *netop* da PS i begge sager fortsat bevarede trækingsretten uden bankernes indblanding, er det overraskende, at boet ikke procederede på tiltrædelse i **U 2022.839 H**. VB's adfærd burde øjensynligt netop give sig udslag i skjult tiltrædelse rettet mod kreditten. Hvorfor, boet dog ingen interesse havde i at gøre tiltrædelse gældende, behandles i diskussionsafsnittet straks nedenfor.

10. Diskussion af KL § 70 a

Anvendelsen af KL § 70 a giver anledning til en række problemstillinger, der navnlig udspringer af virksomhedspantets flydende karakter, den byrdefulde bevisførelse og fraværet af klare retningslinjer på skjulte tiltrædelser, hvor også bruttometoden skal tillægges betydning.

Ordlyden af TL § 47 c, stk. 1, 1. pkt: "*hvad virksomheden ejer og fremtidig erhverver*", giver anledning til en række problemer. PS' ret til at udskille aktiver løbende som led i regelmæssig drift indebærer, at store aktivmasser flyder ind og ud af virksomheden, uden der sker opgørelse eller offentliggørelse af pantets omfang¹⁹⁰. Som følge heraf bliver det svært gennemskueligt, hvornår en ekstraordinær konstatering af pantets forøgelse kan bevises. Alene ved årsskiftet i 2011/12 var der tinglyst virksomhedspant for kr. 55 mia., svarende til 9% af værdien af danske virksomheder¹⁹¹. De komplekse bevismæssige krav til KL § 70 a bevirker en byrdefuld bevisførelse for boet. Boet må først gå tilbage og konstatere, hvornår en forøgelse forelå, uden den skete som led i regelmæssig drift, for efterfølgende at vurdere om forøgelsen overhovedet var

¹⁸⁹ Se afsnit 10.4.1

¹⁹⁰ Ibid, s. 196

¹⁹¹ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro., 1. udgave, s. 13

ekstraordinær, og afslutningsvis, hvis forøgelsen var ekstraordinær, fratrække eventuelle værdiforringelser, jf. reglens 3. led. Derefter bliver det op til PH at bevise, at aktivet/aktiverne blev ordinært erhvervet - f.eks. grundet sæsonbetonet indkøb. Processen må siges at være relativt kompliceret og står i generelt misforhold til de objektive reglers hensyn. Boet leder så at sige efter en “nål i en høstak”.

Efter almindelige panteretlige principper stilles der krav om klar og entydig identifikation af de aktiver, der er omfattet af pantsætningen¹⁹². Virksomhedspantet står dog i væsentlig modsætning til de almindelige panteretlige princippers identifikationskrav, idet det netop er karakteriseret ved at være en flydende panteret, som afviger fra de traditionelle panteretlige krav. Selvom forbehold for identifikationskravet kan gennemføres gennem en stadeopgørelse, må det anses for ikke at være tilstrækkeligt. Som følge heraf opstår betydelige afgrænsningsproblemer, idet aktiver løbende flyder gennem virksomheden, hvilket kan vanskeliggøre vurderingen af, om et konkret aktiv på et givent tidspunkt var omfattet af virksomhedspantet¹⁹³.

Rettes fokus mod ordinærkriteriet, betyder det i praksis, at dette ud fra eksemplerne i bet. nr. 1459¹⁹⁴ kan “spænde ben” for sig selv. Eftersom KL § 70 a ikke tager hensyn til PS’ økonomiske situation, kan der tænkes at forekomme tilfælde, hvor PH og PS kan spekulere i “planlagte konkurser”¹⁹⁵. Tages udgangspunkt eksplicit i bet. nr. 1459, hvor forøgelser inden for tremånederfristen kan ordinært forsvares af sæsonbetonede udsving, medfører det, at ordinærkriteriet kan blive illusorisk¹⁹⁶. Søholm fremfører følgende eksempel:

“Hvis pantsætter således - f.eks. frem mod et forestående julesalg eller lignende - opbygger sit varelager med finansiering fra leverandørkreditter mv., forøges virksomhedspantets værdi tilsvarende, uden at disse forøgelser vil fremstå som ikke-ordinære og dermed omstødelige efter KL § 70 a. Hvis pantsætter tilmed i et sådant tilfælde ændrer sit sædvanlige finansieringsmønster ved - med eller uden panthavers eksplicitte medvirken - at lade driftsmæssige omk. som

¹⁹² Gam Madsen, Lars Henrik: Virksomhedspant, fordringspant og pantsætningsforbud, 1. udgave, s. 195

¹⁹³ ET 2006.202, s. 5

¹⁹⁴ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 341

¹⁹⁵ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 237

¹⁹⁶ Bet. nr. 1459 af 2005, s. 341

sædvanligvis ville blive finansieret via det pantesikrede skyldforhold overgå til at blive finansieret af tredjemand, vil dette yderligere forøge forskydningen til fordel for panthaver.¹⁹⁷ ”

Ordinærkriteriet svækker derfor bestemmelsens funktionalitet, der giver anledning til planlagte konkurser. I og med at bevisbyrden påhviler boet efter KL § 70 a, giver det imidlertid anledning til praktiske vanskeligheder, idet boet ikke har været part i det underliggende panteforhold. Derfor har boet sjældent adgang til dokumentation for, at PH har tilkendegivet en egentlig afvikling af engagementet – eller at en gensidig aftale mellem PH og PS om en afvikling af engagementet har foreligget¹⁹⁸.

Har PS og PH netop sammenfaldende interesser i afviklingen af engagementet, hovedsageligt når PS er selvskyldner, tydeliggøres problematikken yderligere. Danske Advokater behandlede problemstillingen i deres høringssvar af 03/10/11:

“I praksis ses en række tilfælde hvor skyldner som selvskyldnerkautionist overfor et engagement sikret ved virksomhedspant, blot afvikler virksomheden som en stille betalingsstandsning for at afdække engagementet og kautionen. I en række tilfælde formentlig med panthavers fulde forståelse og måske tilskyndelse, men uden en egentlig tiltrædelse fra dennes side”¹⁹⁹.

Den manglende anvendelse af KL § 70 a i retspraksis kan til en vis grad dermed forklares i bestemmelsens ordlyd, der alene omstøder ekstraordinære forøgelser, inden for et i sig selv, uomstødeligt virksomhedspant. Inddrages også Flindhardts betragtning om, at nedbringelser ofte giver bedre dækning end pantet²⁰⁰, smh. med den vanskelige bevisbyrde, KL § 70 a kræver, bidrager det til forklaringen på manglen.

I henhold til, at betingelserne for tiltrædelse formelt kan være opfyldt og derfor bringe KL § 70 a i spil, er det dog ikke nødvendigvis altid i boets interesse at påberåbe tiltrædelse, jf. også U 2022.839 H og U 2017.651 H.

¹⁹⁷ Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, s. 237

¹⁹⁸ Ibid, s. 354 f.

¹⁹⁹ Ibid, s. 355

²⁰⁰ Flindhardt, Michael: Virksomhedspant - samarbejde bygger bro..., 1. udgave, s. 260

I U 2022.839 H havde PH allerede accepteret et urealiseret tab, og boet stod over for den problematik, at tiltrædelse reelt ville medføre boet et større tab. PH havde ikke brugt pantet i videre omfang, end PH havde fuldgod sikkerhed for. PH's dækning i panthaverregnskabet var opgjort til kr. 307.000, mens nettoindbringelsen hidrørende fra de virksomhedspantsatte aktiver udgjorde ca. kr. 432.000. Såfremt boet havde gjort tiltrædelse gældende, som reelt var antageligt, jf. afsnit 9.5.1.1, ville konsekvensen have været, at PH, med et pantebrev pålydende på kr. 1 mio., kunne have set sig fyldestgjort for et beløb på kr. ca. 721.000. I ovenstående dom var tiltrædelse således reelt mere relevant for PS end PH, der også bidrager til forklaringen af KL § 70 a's manglende anvendelse i retspraksis.

U 2017.651 H illustrerer ligeledes KL § 70 a's manglende anvendelse i praksis. Boet procederede på, at en bruttometode skulle anvendes, men da boet ikke fik medhold i tiltrædelse, blev metoden ikke relevant for domstolene at tage stilling til. Det kan tænkes, at hvis en bruttometode fandt anvendelse, og PS bevarede trækningsretten, efter skyldforholdet blev nedbragt, ville netop opstå en situation, der kunne gøre tiltrædelse lettere beviseligt. Som beskrevet vil en bruttometode føre til, at PH's sikkerhed skal nedskrives 1:1, hvorved panteforholdets ophør vil blive skubbet frem i tid. Bevarer PS efter en bruttometode fortsat sin trækningsret, ville da opstå en situation, hvor PH kunne se sig fyldestgjort i et videre omfang end aktiverens værdi. Indtil videre bevirker bruttometodens manglende anvendelse i retspraksis, at tiltrædelse og anvendelsen af KL § 70 a begrænses.

Det kan udledes, at anvendelsen af KL § 70 a er kompleks og kan forklares på baggrund af forskellige betragtninger. Hvorvidt der bør foretages en ændring af reglens opbygning, er en interessant diskussion, der imidlertid forudsætter en bredere og mere dybdegående analyse – særligt ud fra et retspolitisk perspektiv, hvor især ordinærkriteriet giver anledning til væsentlige problemstillinger. Debatten ligger dog uden for nærværende afhandlings rammer, omend betragtningen er interessant.

11. Konklusion

Der findes flere tilgange til, hvordan et virksomhedspant kan bestrides og omstødes. Formålet med nærværende afhandling har været at undersøge, hvornår og under hvilke betingelser et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant kan omstødes.

Har PS eller PH's handling medført, at en disposition skal bedømmes efter enten KL §§ 67, 70 eller 74, må der ikke alene tages hensyn til omstødelsesreglerne, men også de hertil hørende underliggende mekanismer. Dvs. at der også skal tages hensyn til, om pantet var fuldgod, om dispositionen har medført et tab/en berigelse ud fra differencelærens betragtninger, boets bevisbyrde og insolvensretlige hensyn.

KL § 70 udgør et effektivt redskab for boet, når sikkerhed stilles senere end tre måneder før fristdagen, da bestemmelsen ikke er underlagt et ordinærkriterie. Boet skal dog være opmærksom på, jf. også **U 2001.1625 Ø** og **BS-10120/2022-VLR**, at såfremt der stilles sikkerhed for et nyt gældsforhold, kan det give anledning til problemer, hvis det ældre, usikrede gældsforhold søges camoufleret gennem det nye gældsforhold.

Med afgørelserne i **U 2007.1240 H** og **U 2010.3122 H** virker det til, at anvendelsen af KL § 67 har flyttet sig væk fra en fuldstændig objektiv bedømmelse. HJR's vurdering kan imidlertid anskues fra forskellige vinkler. Når vurderingen i henhold til KL § 67 bevæger sig i retning af vurderingen i henhold til KL § 74, kan det som konsekvens for boet medføre, at adgangen til omstødelse efter KL § 67 besværliggøres, når PH's kendskab skal bevises.

Omvendt viser betragtningerne i ET.2016.105, at PH, oftest banken, er underlagt skærpede krav i forhold til PS' økonomi, hvorfor PH sjældent kan holdes ude af ond tro. Det bevirker, at der også kan argumenteres for, at adgangen til omstødelse på baggrund af HJR's bedømmelseskriterier i henhold til KL § 67, gøres lettere for boet.

KL § 74 var i **U 2013.429 H** også et effektivt redskab for boet, hvorved der skete omstødelse af gammel gæld på et tidspunkt, hvor PS var insolvent, og KL § 70 ikke var anvendelig. Domstolenes brug af KL § 74 i **U 2013.429 H** åbnede op for adgangen til at omstøde pantet i sin helhed og den efterfølgende nedbringelse, der som konsekvens stod tilbage usikret. Anvendelsen af KL § 74 giver incitament til, at boet fremover foretrækker netop KL § 74 til at omstøde et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant. Når kriterierne mellem KL §§ 67 og 74, som beskrevet i afsnit 9.4, smelter sammen, og der reelt ikke er forskel på ordinær- og utilbørlighedskriteriet, bevirker det, at KL § 67 som objektiv omstødelsesregel risikerer at udvandes, når omstødelsesadgangen med KL § 74 utvivlsomt giver højere dækning, samtidig med at den begunstigede skal svare erstatning efter KL § 76. Omvendt giver **U 2013.277 V** indikation

på, at ikke alle ekstraordinære og utilbørlige betalinger pr. definition omstødes. Retten forsøger at inddrage insolvensretlige hensyn i deres samlede bedømmelse, hvorfor betingelserne for at omstøde på netop dette grundlag besværliggøres for boet.

Er der for pantet stillet fuldgod sikkerhed, jf. bl.a. **U 2022.839 H** og **U 2003.1955/2 Ø**, kan omstødelseskravet, såfremt PS er økonomisk god for kautionen, ikke gøres gældende. Når PS som i **U 2022.839 H** endvidere er selvskyldnerkautionist, opnår PH en fordel, da nedbringelser hidrørende fra pantsatte aktiver tilgodeser begge parter, der således opnår en bedre dækning i konkursordenen.

Skal differencelæren finde eksplicit anvendelse, stilles skærpede krav til PH's bevisbyrde, hvor PH skal kunne dokumentere, at PS var økonomisk god for beløbet, og at betalingen med "*en betydelig grad af sikkerhed*" ville have fundet sted, jf. **U 1999.1587 H**. Kan bevisbyrden imidlertid ikke løftes, vil domstolenes anvendelse af læren nedtones og/eller helt bortfalde, jf. **U 2015.535 Ø**.

Hvornår KL § 70 a finder anvendelse i praksis står fortsat i det uvisse. Forklaringen skal findes i virksomhedspantets flydende karakter, bestemmelsens tekniske og noget komplekse opbygning samt ordlyd, hvor især ordinærkriteriet giver anledning til vanskeligheder. Samtidig må problematikken vedrørende skjulte tiltrædelser, og det faktum, at bruttometoden endnu ikke er anvendt, også tilskrives forklaringen. Desuden vil boet sjældent have interesse i at gøre tiltrædelse og deraf KL § 70 a gældende, hvis nettonedbringelsen er lavere end PH's ret til fyldestgørelse gennem pantet. Tages også Flindthardts påstand in mente om, at en nedbringelse ofte medfører bedre dækning end selve pantet, giver det endvidere incitament for boet til at gå efter nedbringelsen frem for panteforøgelsen.

Det kan konkluderes, at hvornår og under hvilke betingelser et løbende mellemværende sikret ved virksomhedspant kan omstødes efter KL §§ 67, 70, 70 a og 74 afhænger af en konkret vurdering, hvori flere forskellige faktorer, som beskrevet ovenfor og analyseret løbende igennem i afhandlingen, indgår. Visse af de gennemgåede betingelser og hensyn er favorable for boet, mens andre tilgodeser PH.

12. Litteraturliste

Domsregister

Højesterets afgørelser - trykte

U 1978.509 H

U 1980.770 H

U 1984.981 H

U 1987.913 H

U 1991.646 H

U 1992.852 H

U 1993.268 H

U 1994.297 H

U 1999.1587 H

U 2005.181 H

U 2005.154 H

U 2007.1240 H

U 2009.2320 H

U 2010.3122 H

U 2013.429 H

U 2013.1146 H

U 2017.651 H

U 2017.1815 H

U 2017.2838 H

U 2022.839 H

U 2022.3557 H

Landsretsafgørelser - trykte

U 1981.548 V

U 2001.1625 Ø

U 2003.1955/2 Ø

U 2008.333 V

U 2010.959 Ø

U 2013.277 V

U 2015.335 Ø

Utrykt retspraksis

Byretten i Aalborg

BS-46177/2020-ALB

Vestre Landsret

BS-10120/2022-VLR

Litteraturliste

Bøger

Flindhardt, Michael: Virksomhedspant – Samarbejde bygger bro mellem sikkerhedsrettigheder, 1. udgave, 2014, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Henrik Gam Madsen, Lars: Virksomhedspant, Fordringspant og Pantsætningsforbud, 1. udgave, 2020, Karnov Group Denmark A/S

Lindencrone Petersen, Lars og Ørgaard, Anders: Konkursloven med kommentarer, 16. udgave, 2024, Karnov Group Denmark A/S - KL

Møgelvang-Hansen, Peter og Juul-Sandberg, Jakob: Kreditorforfølgning – materiel foged- og konkursret, 10. udgave, 2023, Karnov Group Denmark A/S

Munk-Hansen, Carsten: Den juridiske løsning, 1. udgave, 2. oplag, 2017, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Paulsen, Jens: Insolvensret – konkurs, 1. udgave, 2010, Thomson Reuters Professional A/S

Rammeskov Bang-Pedersen, Lindencrone Petersen, Lars og Spanggaard, Thorvald: Virksomhedspant, 1. udgave, 2008, Forlaget Thomson

Søholm Lindekilde, Lasse: Virksomhedspant i en insolvensretlig belysning, 1. udgave, 2022, Djøf Forlag

Sommer Jensen, Kim: Konkursretten, 1. udgave, 2016, Universitetsforlaget Pejsus

Ørgaard, Anders: Konkursret. 13. udgave, 2022, Djøf Forlag

Litterære artikler

Højlund Christensen, Lasse: En dom om virksomhedspanthavers tiltrædelse, Karnov Group Denmark (ET 2016.254)

Højlund Christensen, Lasse: Højesteret om virksomhedspanthavers tiltrædelse, Karnov Group Denmark (ET 2017.75)

Højlund Christensen, Lasse og Jul Madsen, Christian: Virksomhedspant – nogle problemer, Karnov Group Denmark (ET 2006.202)

Møller Toftegård, Patrick: Hvad bør et pengeinstitut vide?, Karnov Group Denmark (ET 2016.105)

Love

LBK nr. 1162 af 09/11/2024 (Konkursloven) - KL

LBK nr. 1075 af 30/09/2024 (Tinglysningsloven) - TL

LBK nr. 1160 af 05/11/2024 (Retsplejeloven) - RPL

LBK nr. 1013 af 21/08/2024 (Lov om Finansiell Virksomhed)

Forarbejder

Betænkning II nr. 606 af 1971: Konkurs og Tvangsakkord – Bet. nr. 606

Betænkning nr. 1459 af 2005: Betænkning om virksomhedspant – Bet. nr. 1459

Folketingstidende 2004-05 (2. samling) Tillæg A

Bilag

BS-46177/2020-ALB (vedhæftet som pdf)

BS-10120/2022-VLR (vedhæftet som pdf)

Anslag

Ordoptælling

Statistik:

Sider	72
Ord	21.834
Tegn (uden mellemrum)	122.439
Tegn (med mellemrum)	143.699
Afsnit	502
Linjer	1.766

☐ Medtag fodnoter og slutnoter

Luk

