

ET.2022.75

Konkursbegæringer, tredjemandsbetalinger og omstødelse efter konkursloven

♦ På baggrund af trykt og utrykt retspraksis om omstødelse i medfør af konkurslovens § 74 af betalinger eller dispositioner foretaget for at afværge konkurs, redegøres for kurators muligheder for at foretage omstødelse heraf.

Af advokat Per Astrup Madsen, advokat Martin Bolund-Bach og advokat Kristoffer Bjarkov Andersen, DLA Piper Denmark Advokatpartnerselskab.

1. Indledning

En af kurators væsentligste opgaver består i undersøgelser af omstødelige forhold. Ofte vil der – særligt i perioden op til et konkursdekret – være kreditorer, der har mistet tålmodigheden med en skyldner, der ikke har betalt sin gæld til tiden. Kreditorer kan have haft held med at presse sig foran i kreditorrøen ved at fremtvinge betaling eller sikkerhed fra enten skyldner selv eller fra en tredjemand ved trussel om foretagelse af universalforfølgning overfor skyldner – enten ved at varsle indlevering af en konkursbegæring mod skyldner eller ved rent faktisk at indlevere en konkursbegæring til skifteretten.¹

Vurdering af omstødeligheden af en disposition – herunder betaling fra tredjemand - foretaget i lyset af en konkursbegæring eller trussel herom har stor betydning for praktikere indenfor insolvensret. Omstødelse rammer ned i kerneområdet for universalforfølgning, nemlig sikring af lighedsprincippet. Omstødelingskrav vil tillige ofte udgøre en betydelig andel af aktiverne i et konkursbo.

Formålet med nærværende artikel er derfor at udlede nogle vejledende retningslinjer på grundlag af såvel trykt som utrykt retspraksis i håbet om, at det kan have en procesbesparende effekt ved at øge forligsviljen og bidrage til, at konkursboer kan minimere behovet for anlæg af omkostningstunge omstødelingssager.

2. Konkursbegæringer som inkassomiddel

Det fremgår af Lars Lindencrone Pedersen og Torben Kuld Hansen: Insolvensprocesret, 4. udgave, 2020, side 121, at:

“Det er derimod klart i strid med konkurslovens intentioner at benytte konkursbegæringer som et hurtigt inkassomiddel for at få uvillige, men i øvrigt betalingsdygtige skyldnere til at betale [...]. Rekvirentens formål med indgivelse af en konkursbegæring bør være at opnå et konkursdekret over skyldneren, således at dennes aktiver kan fordeles ligeligt mellem kreditorerne [...].”²

Varetagelse af det af Lindencrone og Kuld beskrevne formål indebærer, at udgangspunktet må være, at betalinger som en konkursrekvirent har modtaget efter indgivelse af en konkursbegæring eller trussel herom, skal tilbageføres til en insolvent skyldners senere konkursbo, således at “[...] dennes aktiver kan fordeles ligeligt mellem kreditorerne [...].”

Dette kræver imidlertid aktivering af konkurslovens omstødelingsregler, hvor det særligt er § 74, der er relevant. Efter konkurslovens § 74 kan betaling af gæld bl.a. omstødes, hvis betalingen på utilbørlig måde har begunstiget en fordringshaver på de øvrige fordrings-

haveres bekostning, og skyldneren ved betalingen var eller blev insolvent. Der er indlagt en subjektiv betingelse for anvendelsen af bestemmelsen, idet den begunstigede skal kende eller burde kende skyldnerens insolvens og de omstændigheder, som gjorde betalingen utilbørlig.

I forhold til utilbørlighed er udgangspunktet, jf. U 2013.429 H, U 2017.2838 H og U 2010.2743 V, at en disposition er utilbørlig - også uden trussel om konkurs eller indgivelse af konkursbegæring - såfremt dispositionen indebærer, at der stilles sikkerhed for ældre usikret gæld (det samme må gælde for betalinger), således at der kan ske omstødelse heraf, hvis de øvrige betingelser i konkurslovens § 74, herunder ond tro om insolvens og de omstændigheder, der gjorde dispositionen utilbørlig, er opfyldt.

Anvendelse af konkurslovens § 74 fordrer endvidere, at dispositionen sker til skade for mindst en kreditor.³

3. Retsspraksis om anvendelse af konkurslovens § 74 ved konkurstrussel/konkursbegæring

Det er i udgangspunktet konkursboet, der har bevisbyrden for, at betingelserne for at omstøde efter konkurslovens subjektive omstødelingsbestemmelser, herunder § 74, er opfyldt.

Retsspraksis nedenfor viser imidlertid, at domstolene har lagt en klar linje, således at denne bevisbyrde reelt vendes om i tilfælde, hvor kreditor har anvendt en konkurstrussel eller har indgivet konkursbegæring og derved opnået fyldestgørelse. I disse tilfælde er det således den begunstigede, der må afkræfte, at denne og dennes eventuelle advokat ikke kendte til skyldners insolvens og dispositionens utilbørlighed. Denne bevisbyrde ses sjældent løftet i trykt eller utrykt retspraksis.

3.1. Trykt retspraksis

En af de første trykte domme om anvendelsen af konkurslovens § 74 i forhold til en konkursbegæring er U 1982.192 V. I sagen havde kreditor indleveret konkursbegæring mod skyldner og modtog herefter transport i et tilgodehavende i umiddelbar forlængelse af et skifteretsmøde den 23. marts 1979 (transporten blev etableret i et sideværelse til skifteretten), hvorefter konkursbegæringen blev tilbagekaldt.

Efter begæring fra en anden kreditor blev skyldner erklæret konkurs med den 3. juli 1979 som fristdag. Kreditors (den oprindelig konkursrekvirent) krav var blevet indfriet ved betaling i henhold til transporten, og konkursboet påstod omstødelse af betalingen efter konkurslovens § 74. I sagen fandt landsretten det, under hen-

1 Artiklen har også relevans for bedømmelsen af kreditors trussel om indgivelse af rekonstruktionsbegæring i medfør af konkurslovens § 11, stk. 1.

2 Rekvirentadvokatens overholdelse af god advokatskik i forbindelse med konkursbegæring er ikke et tema for nærværende artikel. Der henvises herom til “De advokatetiske regler – kommenteret” af Jørgensen og Lavesen, 2. udgave, 2017, side 240 ff

3 Der kræves således mindst en ufyldstgjort ikke samtykkende kreditor på dispositionstidspunktet for at et senere konkursbo kan anvende konkurslovens § 74

visning til skyldners forklaring og regnskabet udvisende, godtgjort, at skyldner var insolvent den 23. marts 1979. Af landsrettens præmisser fremgik i øvrigt: *“Under hensyn til de nærmere omstændigheder i forbindelse med transportens udstedelse - herunder at denne fandt sted i umiddelbar fortsættelse af skifteretsmødet - findes det at burde have stået indstævnte klart, at skyldner befandt sig i alvorlige betalingsvanskeligheder og indstævnte, der ikke foretog nærmere undersøgelser af hans økonomiske forhold, findes herefter at have udvist en sådan uagtsomhed i relation til såvel skyldnerens insolvens som de omstændigheder, der gjorde dispositionen utilbørlig, at betingelserne for omstødelse efter konkurslovens § 74 er opfyldt.”*

Landsretten tillagde det således væsentlig betydning, at transporten blev udstedt efter indgivelse af konkursbegæringen (endda i tilknytning til retsmøde om konkursbegæringen i skifteretten), herunder synes landsretten at indlægge en form for undersøgelsespligt for konkursrekvirenten.

Af væsentlig betydning er selvsagt Højesterets domme om emnet. Der er særlig to domme fra Højesteret, som indeholder meget væsentligt fortolkningsbidrag til artiklens emne.

Den første dom er U 2014.390 H (Bristen-sagen). Sagen angik Bristen Gruppen, der bestod af et betydeligt antal selskaber, der alle ultimativt var ejet af personerne A og B. Omstødsessagen vedrørte hovedsageligt to selskaber i Bristen Gruppen; Bristen Gruppen A/S og Bristen Facility Management ApS, hvilke selskaber blev erklæret konkurs henholdsvis 14. november 2008 og 8. december 2008.

I foråret 2008 ønskede selskabernes bankforbindelse bankengagementet afviklet, og havde således opsagt dette. Selskaberne afviklede ikke bankengagementet, der derfor blev taget til inkasso. Selskaberne afholdt møde med banken den 7. april 2008, hvor banken blev oplyst om, at den manglende opfyldelse ikke skyldtes manglende vilje, men at det var umuligt at opnå ny finansiering. Den 25. april 2008 krævede bankens advokat nedbringelse af kreditfaciliteterne med 10 mio. kr. inden medio maj samt en række yderligere sikkerheder, idet advokaten oplyste at være instrueret i at indlevere konkursbegæring, hvis disse krav ikke blev imødekommet. I perioden fra den 30. april 2008 til den 14. oktober 2008 modtog banken ti betalinger på i alt ca. 25 mio. kr. til nedbringelse af selskabernes engagement med banken. Den 15. august 2008 indleverede bankens advokat konkursbegæring, men begæringerne blev tilbagekaldt den 18. august 2008 i forbindelse med betaling af yderligere 3 mio. kr. til banken. Den 14. november 2008 blev Bristen Gruppen A/S erklæret konkurs på baggrund af en konkursbegæring modtaget i skifteretten den 30. oktober 2008. Den 8. december 2008 blev Bristen Facility Management ApS erklæret konkurs på baggrund af en konkursbegæring modtaget den 13. november 2008.

Konkursboerne anlagde sag mod banken med henblik på omstødelse af betalingerne.

Landsretten udtalte bl.a. i sin begrundelse *“Samtlige indbetalinger til banken fandt sted efter opsigelse af engagementerne og som følge af et betydeligt pres fra bankens side, herunder ved trussel om og indgivelse af konkursbegæring. Betalingerne må derfor anses for på utilbørlig måde at have begunstiget banken på de øvrige kreditørers bekostning [...]”*

For Højesteret bestred banken ikke, at Bristen Gruppen A/S og Bristen Facility Management ApS var eller blev insolvente på betalingstidspunkterne, men banken bestred at have været i ond tro herom. Højesteret fandt dog, at banken var i ond tro om insolvensen, og lagde i vurderingen navnlig vægt på opsigelsen af bankengage-

ment, mødet den 7. april, den afgivne trussel om indlevering af konkursbegæring og selve indgivelsen af konkursbegæring. Højesteret fandt endvidere, at banken var bekendt med eller burde være bekendt med de ovenfor anførte omstændigheder, der bevirkede, at betalingerne var utilbørlige dispositioner.⁴

Den anden Højesterets dom er U 2017.1815 H, hvor Højesteret i en sag om omstødelse af betalinger sket under trussel om konkurs også udtalte sig om spørgsmålet om betydningen af indlevering af konkursbegæring samt trussel herom.

Skyldners bank havde indleveret konkursbegæring mod skyldner i henholdsvis august og september 2009. Konkursbegæringerne blev tilbagekaldt efter indgåelse af en aftale med skyldner om, at skyldner skulle betale 3 mio. kr. til banken i november 2009, 1 mio. kr. til banken i november 2010 og 1 mio. kr. i november 2011. Da skyldneren ikke kunne betale den tredje rate i november 2011, begærede banken skyldner konkurs, og der blev efterfølgende afsagt konkursdekret over skyldner. Parterne i sagen var enige om, at skyldner var insolvent i august og september 2009, hvor konkursbegæring blev indleveret, ligesom der var enighed om, at skyldner var insolvent i november 2011, hvor den tredje konkursbegæring blev indleveret af banken.

Landsretten frifandt banken, idet landsretten bemærkede, at det under sagen ikke fandtes godtgjort, at skyldner *“var eller blev insolvent ved betalingen på 3 mio. kr. eller ved betalingen på 900.000 kr., og i hvert fald findes det ikke godtgjort, at den insolvens, som parterne er enige om forelå forud for den første betaling den 4. november 2009, havde en sammenhæng med den insolvens, der mere end to år senere førte til [skyldners] konkurs.”*

Højesteret omgjorde imidlertid landsrettens afgørelse og omstødte de to betalinger i medfør af konkurslovens § 74.

I forhold til spørgsmålet om bankens onde tro om insolvensen anførte Højesteret følgende:

“Inden indgåelsen af betalingsaftalen af 3. november 2009 havde Finansbanken bl.a. modtaget den modregnede balance og væsentligt regnskabsmateriale til belysning af A's økonomi og likviditet. Herefter og efter det anførte om bankens konkursbegæring og trussel om indgivelse af konkursbegæring ved manglende betaling finder Højesteret, at banken må have haft kendskab til hendes insolvens.”

Der var i sagen tale om en samlet ond tros-vurdering hos den begunstigede, men Højesteret har efter vores opfattelse lagt betydelig vægt på den varslede konkursbegæring i forhold til at statuere ond tro.

Højesteret lagde desuden afgørende vægt på truslen om konkurs ved utilbørlighedsvurderingen, idet Højesteret anførte: *“Aftalen blev som nævnt indgået, efter at Finansbanken havde indgivet konkursbegæring mod A (navn udeladt) og på vilkår om, at banken tilbagekaldte konkursbegæringen. Ved betalingen af 900.000 kr. i 2010 havde banken som nævnt også truet med konkurs, umiddelbart før betalingen fandt sted. Begge betalinger havde således ekstraordinær karakter og var resultatet af pres fra bankens side, idet konkurs efter begæring fra banken ville have været alternativet til betaling i begge tilfælde. På den anførte baggrund finder Højesteret, at der ved betalingerne er sket en utilbørlig begunstiggelse af banken på bekostning af A's øvrige kreditorer.*

3.2. Utrykt retspraksis

Foruden den trykte retspraksis foreligger der en omfattende utrykt retspraksis, hvor by- og landsret ligeledes har lagt en klar linje i

⁴ Et andet hovedtema i sagen var, at hovedparten af betalingerne til banken ikke stammede fra skyldnerselskabet. Forholdet er behandlet nedenfor under afsnit 5 om tredjemandsbetalinger.

forhold til vurdering af ond tro om insolvens og utilbørighed ved konkursbegæring eller trusler herom.

I en utrykt dom fra Østre Landsret (Ø.L. B-326-13) afsagt den 27. september 2013 havde konkursboet påstået en betaling af 80.000 kr. til en underentreprenør (vognmand) omstødt i medfør af konkurslovens § 67 eller § 74. Selskabet blev taget under konkurs den 28. april 2011 med den 8. april 2011 som frisdag. Forinden havde vognmanden sendt et større krav mod selskabet til inkasso, og da der stadigvæk ikke skete betaling, indgav vognmanden konkursbegæring, der blev behandlet i skifteretten den 16. februar 2011. På mødet var et beløb på kr. 80.000 uomtvistet, og skyldner skrev på mødet en check på beløbet. Først da checken var honoreret, blev konkursbegæringen tilbagekaldt. Landsretten fandt efter fremlæggelse af årsrapport samt kontoudskrifter det ikke godtgjort, at betalingen afgørende havde forringet selskabets betalingsevne. Derimod fandt landsretten, at betingelserne for omstødelse efter konkurslovens § 74 var opfyldt, og omstødte betalingen efter denne bestemmelse. Det fremgår af byrettens præmisser, som landsretten henviste til, at *“Sagsøgte antages ved at indgive konkursbegæring, at have haft en formodning om at selskabet var insolvent, og oplysninger om, at selskabets aktiver bestod af varelager [100.000 kr.] og et tilgodehavende [400.000 kr.], men ingen likvider, kan ikke have afsvækket denne formodning.”*

Vestre Landsret omstødte ved dom af den 10. august 2017 (V.L. B-1812-16) to betalinger til en kreditor i medfør af konkurslovens § 74. Det fremgår af forklaringerne, at kreditors advokat var blevet oplyst, at skyldneren ikke kunne betale enhver sit. Der blev også under sagen fremlagt e-mailkorrespondance mellem skyldnerens og kreditors advokater for perioden 25-26. august 2015, hvorfra det bl.a. fremgik, at K ville indlevere konkursbegæring mod skyldner, hvis ikke K modtog oplysninger om virksomhedens økonomi. Den 28. august 2015 modtog kreditor 30.000 kr. fra skyldneren. Den 10. september 2015 indleverede kreditor konkursbegæring, hvorefter kreditor modtog betaling af 200.000 kr. fra skyldneren. Landsretten lagde til grund, at betalingerne kun skete som følge af truslen om indlevering af konkursbegæring og den faktisk indleverede konkursbegæring, og fandt endvidere, at kreditor under hensyntagen til indholdet af e-mailkorrespondancen var bekendt med eller burde kende til insolvensen.

Retten i Randers omstødte ved dom af den 21. juni 2019 (BS-29520/2018-RAN) to betalinger til en kreditor i medfør af konkurslovens § 74. Betalingerne var foretaget henholdsvis den 11. april 2016 med DKK 579.605 og den 26. april 2016 med DKK 65.500. Selskabet blev – noget tid efter – den 17. oktober 2017 taget under konkursbehandling med frisdag den 4. oktober 2017. Under konkursbehandlingen kom det frem, at selskabets virksomhed var opbygget efter en pyramidelignende struktur, hvorfor selskabet havde været insolvent i en lang periode, herunder på tidspunktet for betalingerne. Kreditor havde intet kendskab til den pyramidelignende struktur, men kreditor havde i perioden op til betalingerne i april 2016 trods flere rykkere ikke modtaget betaling, hvorfor kreditor til sidst indgav konkursbegæring den 8. april 2016. Kreditor tilbagekaldte konkursbegæringen efter modtagelse af betaling af DKK 579.605, og kreditor modtog efterfølgende den 26. april 2016 betaling af yderligere DKK 65.500 under trussel om på ny at indgive konkursbegæring. I rettens præmisser fremgår følgende om ond-tros og utilbørighedsvurderingen: *“Betalingen den 11. april 2016 skete, efter at [kreditor] havde indgivet konkursbegæring mod [skyldner] og på vilkår om, at konkursbegæringen blev tilbagekaldt. Aftalen om betalingen den 26. april 2016 kom ligeledes i stand efter [kreditors] trussel om på ny at indgive konkursbegæring. Betalingerne havde endvidere ikke karakter af en fælles ordning med [skyldners] kreditorer. Begge betalinger havde således karakter*

af ekstraordinære betalinger og var et resultat af pres fra [kreditors] side, idet alternativet ville have været fastholdelse af konkursbegæringen. Retten finder på den baggrund, at der ved betalingerne skete utilbørlig begunstiggelse af [kreditor] på bekostning af [skyldners] øvrige kreditorer. Af konkursbegæringen af 8. april 2016, som [kreditor] indleverede mod [skyldner], fremgår blandt andet, at baggrunden for konkursbegæringen var, at [skyldner] gennem længere tid ikke havde været i stand til at afregne de betroede midler, som selskabet havde oppebåret på rekvirentens vegne, ligesom selskabet ikke havde været i stand til at dokumentere, hvordan selskabet havde håndteret købesummerne, herunder om de var til stede på nuværende tidspunkt. Det fremgår videre, at direktør [A] havde meddelt, at selskabets bankforbindelse ikke tillod flere overførsler, og at selskabet ikke – trods aftaler om det modsatte – havde kunnet redegøre nærmere herfor, herunder at forhindringen var forbigående. Retten finder det på den baggrund godtgjort, at [kreditor] den 11. og 26. april 2016 var eller burde være bekendt med, at [skyldner] var insolvent, og at betalingerne på i alt 645.105 kr., som [kreditor] opnåede efter indgivelse af konkursbegæring og senere trussel om på ny at indgive konkursbegæring, på utilbørlig måde begunstigede [kreditor] på de øvrige kreditors bekostning.”

3.3. Forskellen på universalforfølgning og individualforfølgning

I et konkursbo efter en speditivsvirksomhed havde konkursboet ved to søgsmål krævet omstødelse af betalinger til to forskellige kreditorer i medfør af konkurslovens § 74, hvor der fra kreditors side i den ene sag var indledt fogedsag og i den anden sag var truet med konkursbegæring.

De to domme illustrerer forskellen i bevisvurderingen af betalinger, der er sket for at afværge individualforfølgning og for at afværge universalforfølgning. Samtlige betalinger blev foretaget i en periode, hvor selskabet, ifølge den tidligere direktør, var insolvent. Dette understøttes af oplysningerne om, at der i alt blev indgivet 10 konkursbegæring mod selskabet fra den 13. oktober 2011 til den 14. januar 2013, og herudover blev der foretaget en række RKI-registreringer af selskabet. Fristdagen i boet var den 7. november 2012 og dekret dagen var den 14. januar 2013.

Den første dom fra 13. marts 2015 (Ø.L. B-2989-14) vedrørte omstødelse af betaling af 35.251,76 kr. i medfør af konkurslovens § 72, subsidiært § 67 og mere subsidiært § 74 til en kreditor. Betalingen blev foretaget den 11. december 2012, hvilket var efter frisdagen den 7. november 2012. Det var konkursboets synspunkt, at betalingen alene blev foretaget, fordi fogeden indfandt sig på virksomhedens adresse med henblik på at foretage udlæg. Sagen blev behandlet efter regler om småsagsprocessen, og sagen indeholder derfor ikke en fuldstændig sagsfremstilling. Kreditor var ikke bekendt med den tidligere indleverede konkursbegæring. Byretten omstødte betalingen. Østre Landsret bemærkede, at *“[...] hverken det forhold, at [skyldners] nye bogholder den 28. november 2012 rettede henvendelse til kreditor i forbindelse med udarbejdelsen af årsregnskab, eller at det ved opslag i RKI Kreditrapport kunne være konstateret, at [skyldner] den 15. juni 2012 og den 9. november 2012 var indberettet til registeret af henholdsvis [kreditor X] og af [Kreditor Y], findes at kunne medføre, at kreditor burde kende “de omstændigheder, der dannede grundlag for fastlæggelse af frisdagen”, jf. konkurslovens § 72, stk. 1. Oplysningen om selskabets underskud og tab af selskabskapital i årsrapporten for 2010/2011 findes heller ikke at kunne begrunde, at kreditor burde kende til sådanne omstændigheder. Betingelserne for omstødelse efter konkurslovens § 72 findes herefter ikke opfyldt. [...] Det forhold, at betalingen skete i forbindelse med en udkørende fogedfor-*

retning, kan ikke i sig selv medføre, at man hos kreditor skulle være i ond tro om [skyldners] insolvens, eller at betalingen var utilbørlig i forhold til [skyldners] øvrige kreditorer. Der kan herefter ikke ske omstødelse efter konkurslovens § 74.”

Den anden dom blev afsagt den 12. maj 2015 af Østre Landsret (sagsnr. B-1478-14), og vedrørte omstødelse over for en kreditor i henhold til konkurslovens § 74 af i alt 13 betalinger foretaget fra den 19. januar 2012 til og med den 9. november 2012, dvs. 2 dage før fristdagen, i alt 1.050.000 kr. I sagen tog kreditor advokat et tilgodehavende på over 2 mio. kr. til inkasso, men da inkassobrevet ikke blev besvaret, sendte advokaten et brev til skyldneren, hvori advokaten anførte, at den manglende betaling måtte skyldes manglende betalingsevne. Herefter truede advokaten med at indgive konkursbegæring mod skyldner. Da skyldner heller ikke reagerede herpå, indleverede advokaten, på vegne af kreditor, konkursbegæring mod skyldner den 9. januar 2012. Efter indgivelse af konkursbegæring indgik parterne en afdragsordning, hvor skyldner skulle betale 50.000 kr. hver 14. dag, dog 100.000 kr. ved første betaling. Skyldner kunne flere gange ikke overholde de aftalte betalingsbetingelser, og kreditor sendte under hele forløbet 9 rykkerbreve, hvori der blev truet med konkursbegæring i 4 af disse. Landsretten henviste i sagen til byrettens begrundelse, hvorefter skyldner var insolvent fra slutningen af 2011, og at kreditor under hensyntagen til hændelsesforløbet måtte være bekendt hermed. Dommens præmisser lagde bl.a. vægt på, at sagsøgte i sin konkursbegæring anførte, at skyldner var insolvent. Hertil kom, at sagsøgte let kunne gøre sig bekendt med årsrapporten 2010/2011, hvoraf fremgik, at egenkapitalen var tabt. Det blev også fremhævet af byretten, at der under afviklingsforløbet yderligere blev truet med konkursbegæring ad flere omgange, ligesom skyldner adskillige gange ikke var i stand til at overholde betalingsaftalerne. Det fremgår af byrettens præmisser, som landsretten henviste til, at *“Under disse omstændigheder må det påhvile sagsøgte at afkræfte, at man ikke var bekendt med insolvensen, eller at sandsynliggøre, at insolvensen alene var midlertidig. Et sådant bevis er ikke ført.”*

Sagerne illustrerer, hvor stor vægt trussel om universalforfølgning faktisk tillægges, når landsretten ikke fandt, at den individualforfølgende kreditor burde kende til insolvensen, mens den universalforfølgende kreditor burde. En kreditor bør derfor altid overveje, om kreditor ønsker at presse sig helt frem i køen af kreditorer med en konkursbegæring og risiko for omstødelse eller om kreditor kan henholde sig til individualforfølgning med deraf følgende lavere omstødelserisiko.⁵

3.4. Særligt om offentlig gæld der inddrives af Gældsstyrelsen

Når et konkursbo rejser omstødelserkrav mod Gældsstyrelsen, mødes konkursboet ikke sjældent af et argument om, at omstødelse ikke kan ske, idet Gældsstyrelsen indtager en særlig kreditorposition, herunder at en konkursbegæring fra Gældsstyrelsens side kan have været begrundet i et ønske om at stoppe yderligere restancetilvækst, idet Gældsstyrelsen er tvangskreditor.

Det bemærkes indledningsvist herom, at Gældsstyrelsen siden den 1. juli 2006 efter opkrævningslovens § 11, stk. 9 har haft mulighed for at inddrage en virksomheds registrering, hvis virksomheden ikke opfylder et pålæg om sikkerhedsstillelse. Det er som følge heraf forfatterens opfattelse, at Gældsstyrelsen bør have vanskeligt ved at argumentere for, at den eneste årsag (den retlige interesse) i indgivelse af en konkursbegæring har været at stoppe restancetilvækst, da dette formål som udgangspunkt kan varetages efter opkrævningslovens § 11, stk. 9.

Såfremt der er tale om betalinger af sædvanlig løbende udgifter ved driften af virksomheden, herunder A-skat for løbende lønudbetaling eller sædvanlig rettidig momsindbetaling, vil betalingerne som udgangspunkt ikke være utilbørlige, og dermed ikke være omstødelige. Når der derimod foreligger en restance på offentlig gæld, der derfor overgår til inddrivelse hos Gældsstyrelsen, og Gældsstyrelsen som led i sin inddrivelsesvirksomhed vurderer, at konkursbetingelserne er opfyldte, herunder kravet om insolvens, er situationen efter forfatterens opfattelse derimod en anden. I disse tilfælde bør det – som ved øvrige kreditorer – i almindelighed kunne lægges til grund, at Gældsstyrelsen er af den opfattelse, at skyldneren er insolvent.⁶

I disse tilfælde bør Gældsstyrelsen derfor vurderes som enhver anden kreditor, således at bevisbyrden (trods konkursbegæring eller trussel herom) for god tro om insolvens påhviler Gældsstyrelsen, ligesom at en betaling af forfalden gæld til Gældsstyrelsen opnået ved en konkursbegæring eller trussel herom er utilbørlig, jf. den i afsnittene ovenfor beskrevne retspraksis.

Således er det forfatterens opfattelse, at Gældsstyrelsen – når der er tale om restancer og Gældsstyrelsen har indgivet konkursbegæring eller fremsat trussel herom – ikke har nogen særlig “beskyttet” kreditorposition, hvorfor udgangspunktet også i disse tilfælde er omstødelse af den skete betaling.⁷

3.5 Sammenfatning

På baggrund af ovenstående retspraksis kan det konkluderes, at en usikret kreditors trussel om eller faktiske indgivelse af konkursbegæring som det helt klare udgangspunkt vil medføre, at domstolene i en omstødelingssag vil betragte en betaling/sikkerhedsstillelse som værende utilbørlig og kreditor som værende i ond tro om de faktiske

⁵ Der gælder særlige regler om omstødelse af udlæg i konkurslovens § 71. Omstødelse af udlæg, der er foretaget hos skyldneren senere end tre måneder før fristdagen, sker automatisk, idet sådanne ingen retsvirkning har over for boet. Bestemmelsen har et udvidet anvendelsesområde over for nærstående, jf. § 71, stk. 2. Hvis udlægget ligger inden for den tidsmæssige grænse i konkurslovens § 71, er bestemmelsen er også anvendelig, såfremt skyldneren foretager betaling til udlægshaveren med henblik på at afværge realisation af det udlagte aktiv, jf. U.1994.323 Ø. Det er uafklaret, om betaling under en fogedforretning for at afværge foretagelse af udlæg er omfattet af bestemmelsen.

⁶ Det må generelt kunne lægges til grund, at Gældsstyrelsen som offentlig myndighed ikke “misbruger” konkursinstituttet ved anvendelse af “skræmmebegæring” som inkassationsmiddel, således at Gældsstyrelsen alene indgiver konkursbegæring, når Gældsstyrelsen har vurderet, at konkursbetingelserne er opfyldt, herunder at skyldneren er insolvent.

⁷ I samme retning: Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen i Kreditorerne, 3. udgave, side 269. Der kan endvidere henvises til Østre Landsrets dom af 5. januar 2016 i sagen B-2960-14 (der omgjorde byrettens frifindelse). I sagen havde SKAT meddelt samtykke til en kreditorordning, og havde i den forbindelse meddelt, at SKATs tilsagn om tiltrædelse af kreditorordningen var betinget af, at fremtidig A-skat og arbejdsmarkedsbidrag skulle angives og betales rettidigt, ligesom SKAT meddelte, at misligholdelse af betingelserne ville indebære, at SKATs tiltræden af kreditorordningen blev trukket tilbage, og at der straks herefter ville blive indgivet konkursbegæring. Landsretten fandt som følge heraf, at en betaling til SKAT skete og også fremstod som sket for at afværge den konkursbegæring, som SKAT havde meddelt, ville være konsekvensen af misligholdelse. Landsretten omstødte herefter betalingen (dog efter konkurslovens § 67 som en ikke-ordinær betaling der afgørende havde forringet betalingsevnen).

forhold, der gør dispositionen utilbørlig, ligesom domstolene – medmindre den begunstigede kan føre bevis for det modsatte – vil anse skyldneren som værende insolvent og den begunstigede i ond tro herom, således at betingelserne for omstødelse efter konkurslovens § 74 er opfyldt på såvel tidspunktet for konkurstruslen/indgivelsen af konkursbegæringen som på tidspunktet for foretagelsen af den omstødelige disposition.

4. Tidsmæssig udstrækning for anvendelse af konkurslovens § 74

Konkurslovens § 74 indeholder, i modsætning til de øvrige omstødelsesregler, ingen angivelse af en tidsperiode, hvori der kan ske omstødelse, hvorfor bestemmelsen kan anvendes uden tidsbegrænsning.

Tidsperioden er heller ikke begrænset af forældelseslovens regler, da omstødelseskrav i henhold til konkurslovens § 74 først stiftes på konkursdekrettidspunktet og forældelsen dermed først begynder at løbe fra dette tidspunkt, jf. U 2021.1208 V. Det bemærkes, at dommen er anket til Højesteret.

Dette medfører, at der potentielt kan være situationer, hvor dispositioner fremtvunget på baggrund af trussel om universalforfølgning, der ligger mange år forud for konkursdekretet, kan omstødes af konkursboet. Kuratorer bør derfor afhængig af det konkrete konkursbos forhold overveje længden af den tidsperiode, hvori der ønskes oplysninger om indgivne konkursbegæring.

I U 2017.1815 H gik der 2 år fra den første betaling til endeligt afsagt konkursdekret. Da der ikke var fremkommet oplysninger, der gav grundlag for at antage, at skyldners økonomi var blevet forbedret i mellemprioriteten, fandt Højesteret det godtgjort, at skyldner havde været insolvent i hele perioden fra den begunstigende disposition til konkursdekretet. Højesteret anfører endvidere, at det ikke kan føre til andet resultat, at kreditorerne trods skyldners klare insolvens i lang tid undlod at indgive konkursbegæring.

Det er dog en forudsætning for at kunne anvende konkurslovens § 74 på ældre dispositioner, at skyldneren ikke i perioden mellem den begunstigende disposition og konkursdekretet har været solvent, såkaldt mellemliggende solvens, jf. U 2010.149 H.⁸

Bevisbyrden for at dokumentere eller sandsynliggøre den mellemliggende solvens påhviler efter forfatterens opfattelse den begunstigede, hvilket bl.a. understøttes af U 2017.1815 H og Østre Landsrets dom af 12. maj 2015 (sagsnr. B-1478-14). Konkursboet vil dog være nødsaget til at medvirke til rimelig oplysning af sagen (gældbogsoplysninger, udskrifter fra bankkonti og økonomisystem) i forhold til boets forhold i mellemprioriteten, idet boet ellers vil kunne rammes af processuel skadesvirkning.

5. Kreditors mulighed for at afkræfte formodningen for insolvens

Med henvisning til bemærkningerne ovenfor ses der ikke at være nævneværdig tvivl om, at det er den kreditor, der fremtvinger betaling fra skyldner under trussel om konkurs, der skal bevise, at

denne efter konkurstruslen eller konkursbegæringen og inden betalingstidspunktet er blevet bragt i god tro om skyldners insolvens på betalingstidspunktet.

Det er forfatterens opfattelse, at en kreditor - for at kunne løfte sin bevisbyrde i forhold til, at kreditor trods konkurstrussel eller konkursbegæring ikke var i ond tro om insolvens - i realiteten skal dokumentere, at skyldner ikke var insolvent på tidspunktet for den begunstigende disposition. Denne bevisbyrde vil f.eks. kunne tænkes løftet, hvis det kan dokumenteres, at der er gennemført en kapitalforhøjelse, der muliggør betaling, et mellemliggende ikke offentliggjort regnskab udviser solvens, revisorerklæring om selskabets økonomiske situation eller fremlæggelse af troværdigt budget, der viser dokumenterbare indtægter.⁹

Der ses dog ikke at være trykt retspraksis, hvor en kreditor har formået at løfte bevisbyrden for god tro om skyldners insolvens i sådanne situationer.

6. Tredjemandsbetalinger

Når kreditor er opmærksom på risikoen for konkurs, vil kreditor ofte betinge sig, at betaling sker fra tredjemand.¹⁰ Dette giver god mening, da konkurslovens § 74 ikke kan anvendes af skyldnerens konkursbo i forhold til omstødelse af betalinger sket med midler, der med sikkerhed ikke tilhører skyldner. Dette følger af betænkning nr. 606 fra 1971 om konkurs og tvangsakkord, hvor det på side 162 anføres, at “[...] dispositionen skal have været til skade for kreditorerne [...] Udenfor falder [...] betaling fra en tredjemand, medmindre dette beløb ellers ville være tilfaldet skyldneren.” En betaling fra tredjemand har således ikke medført et tab for konkursboet, jf. U 1988.1001 H, hvilket er et krav efter konkurslovens § 76, hvorefter “den begunstigede svare erstatning efter almindelige regler” Således er der i forhold til konkursboet i disse tilfælde “blot” tale om et kreditorskifte eller en gave.¹¹

Tredjemandsbetaling¹² vil derfor ofte være den eneste mulige løsning for kreditor for at opnå helt eller delvis fyldestgørelse i den situation, hvor der er truet med konkurs eller indgivet konkursbegæring mod en insolvent skyldner.¹³

Udfordringen er at sikre, at tredjemandsbetalingen reelt afholdes af tredjemand. Det må på baggrund af retspraksis konstateres, at betaling fra tredjemand – særligt i situationen, hvor betalingen sker i koncernforhold – langt fra altid vil sikre kreditor mod efterfølgende omstødelse fra enten skyldners konkursbo, jf. nærmere nedenfor,

⁸ Anders Ørgaard og Lars Lindencrone Petersen: Konkursloven med kommentarer, 14. udgave, 2018, side 648. “Konkursen skal være indtruffet i continuation af den insolvens, som forelå på dispositionstidspunktet.”

⁹ En løsning kan også være, at skyldner indhenter samtykke til betalingen fra samtlige øvrige kreditorer eller måske hovedparten heraf, jf. U2017.1815 H.

¹⁰ Et alternativt til tredjemandsbetaling er betaling med midler tilhørende skyldner, der ikke ville indgå i bomassen, f.eks. en skyldners ophævelse af en kreditorbeskyttet pensionsopsparing. En sådan betaling vil ikke kunne omstødes, da kreditorfællesskabet ikke lider skade.

¹¹ Der er tale om en gave, såfremt tredjemand ikke indtræder i kravet mod skyldneren ved betalingen. Se noten nedenfor om risikoen for omstødelse, såfremt det er tredjemand - og ikke skyldneren - der tages under konkursbehandling.

¹² Se mere udførligt om tredjemandsbetalinger og omstødelse, Konkurs, 2. udgave, side 525ff og Lasse Højlund Christensen, ET 2012.265 ff.

¹³ Krav om tredjemandsbetaling vil dog ret åbenbart bestyrke, at kreditor er klar over utilbørligheden i forhold til skyldners betaling.

eller omstødelse¹⁴ eller ugyldighedsindsigelser¹⁵ fra tredjemands senere konkursbo.

Der vil derfor i det følgende blive sondret mellem "egentlige" tredjemandsbetalinger, hvor betalingen i realiteten tilvejebringes via tredjemand, hvilket ikke vurderes at være omstødeligt, og "uegentlige" tredjemandsbetalinger, der i henhold til retspraksis kan være omstødelige, selvom betalingerne umiddelbart fremstår som tredjemandsbetalinger, men hvor betalingen i realiteten hidrører fra skyldners midler.

Den egentlige tredjemandsbetaling er efter forfatternes opfattelse ikke omstødelig, selvom der gennemføres et kreditorskifte, der medfører, at tredjemand indtræder i kravet overfor skyldner. En egentlig tredjemandsbetaling kan dog alene foreligge, hvor betalingen sker ved etablering af et nyt låneforhold og således ikke blot ved udnyttelse af en eksisterende trækningsret, idet disse midler efter retspraksis er sidestillet med likvide midler i skyldners besiddelse, der kunne være kommet øvrige kreditorer til gode, jf. U 1987.703 V og U 1985.91 Ø Resultatet kan også – formentligt mere korrekt¹⁶ – begrundes med, at betaling ved træk på eksisterende lån, f.eks. en kassekredit, ikke udgør en egentlig tredjemandsbetaling, idet tredjemand ikke aktivt medvirker/øremærker lånet til betalingen af pågældende kreditor

For så vidt angår bevisbyrden for, at der foreligger en egentlig tredjemandsbetaling, påhviler byrden den begunstigede, jf. U 2017.1815 H, hvor Højesteret pålagde den begunstigede bank at godtgøre, at der forelå tredjemandsbetalinger. I sagen fandt både landsret og Højesteret efter gennemgang af pengestrømme, at betalingerne hidrørte direkte fra skyldner. Kreditor bør derfor gennemføre nærmere undersøgelser, jf. nedenfor.

Professor Lasse Højlund Christensen har i Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2012, side 265, "Når koncernen betaler" med henvisning til en norsk Højesteretsafgørelse og den på tidspunktet for artiklen sparsomme danske retspraksis formuleret en retningslinje for, hvornår der formentlig foreligger en omstødelig tredjemandsbetaling i koncernforhold, eller det som forfatterne i denne artikel betegner som en uegentlig tredjemandsbetaling: "Der foreligger en betaling fra skyldneren, der har påført boet et tab, hvis et andet selskab i forbindelse med en eller flere personers råden over begge selskaber, har betalt skyldnerens gæld, når skyldneren i forholdet mellem de to selskaber skal bære gælden – og der kan måske med henvisning til U 1988.484 H opstilles en formodning for det sidstnævnte."

Det anførte ses at være i overensstemmelse med Højesterets dom i Bristen-sagen omtalt ovenfor, U 2014.390 H. I sagen var en betydelig del af de omtvistede betalinger sket til banken fra andre selskaber end de konkursramte. For de betalinger, der skete med midler fra andre selskaber end datterselskaber i koncernen, udtalte Højesteret: "Højesteret lægger efter bevisførelsen til grund, at (personerne A og B) reelt var enerådende i Stratos-koncernen, Bryde-koncernen og Bristen-koncernen, og at de benyttede dette bl.a. til at anvende ledig likviditet i de to førstnævnte koncerners enkelte selskaber til betalinger på Bristen Gruppens og Bristen Facility Managements mellemværende med Jyske Bank. Højesteret lægger endvidere til grund, at der ved disse betalinger blev etableret

en pligt for de senere konkursramte selskaber til tilbagebetaling. Højesteret finder, at de beløb, der i kraft af denne råden blev overført fra selskaberne i Stratos-koncernen og Bryde-koncernen til banken, må sidestilles med likvide midler i de senere konkursramte selskaber opnået gennem lån i Stratos- og Brydekoncernen. Beløbene kunne være kommet også de øvrige kreditorer i disse selskaber til gode, hvis de var blevet anvendt på anden måde. Også disse betalinger har derfor på utilbørlig måde begunstiget Jyske Bank på bekostning af de øvrige kreditorer i de senere konkursramte selskaber [...]". En del af betalingerne til banken kom tillige fra datterselskaber i Bristen-koncernen. Om disse betalinger udtalte Højesteret: "Højesteret lægger til grund, at disse betalinger blev bogført over mellemregningskonti med Bristen Gruppen og i et vist omfang senere udlignet ved tilbageførsel af midler. I det omfang datterselskaberne ikke fik tilført værdi svarende til disse betalinger, medførte betalingerne en forringelse af deres egenkapital, hvilket medførte et indirekte tab af tilsvarende størrelse for de senere konkursramte selskaber som indehavere af datterselskaberne. I øvrigt må betalingerne sidestilles med likvide midler i de senere konkursramte selskaber, jf. det ovenfor anførte om midler overført fra Stratos-koncernen og Bryde-koncernen."

På baggrund af Højesteretsdommen må udgangspunktet derfor være, at betalinger/sikkerhedsstillelser fra datterselskaber eller andre forbundne selskaber udgør et tab for konkursboet (og dermed ikke udgør en egentlig tredjemandsbetaling), såfremt selskabernes ultimative ejere har udøvet en enerådende kontrol med selskabernes midler.

Retningslinjen synes også at være anvendelig udenfor koncernforhold til at fastlægge, hvornår der foreligger en uegentlig tredjemandsbetaling, f.eks. i tilfælde, hvor en personlig skyldner er nærstående til et selskab eller som direktør har rådighed over et selskabs midler.

Dette var tilfældet i U 1988.484 H, hvor en bank havde indgivet konkursbegæring mod en revisor. Banken trak konkursbegæringen tilbage efter delvis betaling og indgåelse af en afdragsordning. Revisor gik senere konkurs efter begæring fra 3 andre kreditorer. Konkursboet påstod betalingerne til banken omstødt. Banken påstod frifindelse under henvisning til, at betalingerne ikke var foretaget af revisor, men af et anpartsselskab, som revisor var direktør i. Revisors svoger var eneanpartshaver i selskabet, hvori revisor synes at have været enerådig. Landsretten fandt, at det ikke var godtgjort, at banken havde føje til at regne med, at betalingerne hidrørte fra tredjemand og omstødte derfor betalingerne efter konkurslovens § 74. Højesteret omstødte tillige betalingerne og henviste til landsrettens begrundelse samt det forhold, at der ikke af anpartsselskabet var rejst noget krav mod skyldner i anledning af betalingerne, hvorfor det ikke fandtes godtgjort, at revisor ikke havde en fordring på selskabet svarende til betalingerne.

Afgørelsen ses båret af, at betalingen skete i revisors interesse, at der var sammenfald mellem skyldner og den person, der styrede selskabets likviditet, og at der via en modregning i form af revisors fordring på selskabet reelt blev betalt med selskabets aktiv. Det bemærkes, at Højesteret vendte bevisbyrden om, således at den

14 I U 2022.907 H blev et konkursramt selskabs afdrag på ejerens private gæld til en tredjemand omstødt i medfør af konkurslovens § 64. Højesteret anførte, at for at betaling af andres gæld - som i den foreliggende sag — må anses for en gave efter konkurslovens § 64, stk. 1, må der i almindelighed kræves, at betalingen udgjorde en vederlagsfri overførsel af et formuegode, at betalingen ikke var forretningsmæssigt begrundet, og at modtageren vidste eller burde vide, at overførslen var vederlagsfri.

Se nærmere omkring konflikten mellem tredjemands konkursbo og skyldnerens konkursbo i forhold til retten til at gøre omstødelighedskrav gældende mod den begunstigede i Erhvervsjuridisk tidsskrift 2012.265, pkt. 5 og U 2014.390 H.

15 Se U 2017B.29 "Nybrud i koncernretten" om selskabsretlig ugyldighed for dispositioner i koncernforhold, der ikke er koncernselskabets egen interesse.

16 Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Kreditorerne, 3. udgave, side 225.

begunstigede bank i sagen skulle godtgøre, at der ikke eksisterede en fordring.¹⁷

Vestre Landsret har behandlet spørgsmålet om tredjemandsbetalinger i en utrykt dom af 28. februar 2017 (V.L. B-1413-16), hvor landsretten omstødte to betalinger i medfør af konkurslovens § 74, der blev foretaget med det formål, at kreditor (et advokatfirma med fakturakrav) tilbagekaldte den indleverede konkursbegæring mod et selskab. Den ene betaling, 50.000 kr., kom fra direktørens egen konto, mens den anden betaling, 100.000 kr., kom fra hustruens konto. Kreditor havde tidligere modtaget betalinger vedrørende selskabet fra direktøren og hustruens konti. Den begunstigede kreditor gjorde gældende, at betalingerne ikke var foretaget af skyldner, men af tredjemand. Af kontoudskrifterne tilhørende direktøren, hustruen og skyldner, kunne det konstateres, at deres økonomi var betydeligt sammenblandet, bl.a. fordi selskabet i en periode ikke havde en bankkonto. Det kunne endvidere konstateres, at betalingen fra direktøren stammede fra salg af en bil, der indgik i skyldners bogføring. Det kunne ligeledes konstateres, at betalingen på 100.000 kr. fra hustruen stammede fra et lån til skyldner på 45.000 kr. fra en tredjemand og et lån til skyldner på 55.000 kr. ligeledes fra en anden tredjemand (selskab), hvor lånet på 55.000 kr. medførte ændring i saldoen for selskabernes mellemværende.

Byretten fandt det godtgjort, at kreditor *“på utilbørlig måde er blevet utilbørligt begunstiget på de øvrige kreditors bekostning. Retten har i den forbindelse også lagt vægt på, at advokatfirmaet ved betingelsen om, at betalingen af de 100.000 kr. skulle ske fra tredjemand, var opmærksom på risikoen for omstødelse og derfor havde en særlig grund til at sikre sig, at pengene ikke reelt stammede fra X.”* Landsretten stadfæstede byrettens dom med henvisning til byrettens begrundelse.

Advokatfirmaet havde i sagen et indgående kendskab til selskabets, direktørens og dennes ægtefælles indbyrdes forhold, hvorfor det var ubetænkeligt at lægge til grund, at advokatfirmaet kendte eller burde kende de omstændigheder, der medførte, at der forelå en uegentlig tredjemandsbetaling, der gjorde dispositionen utilbørlig.

På samme måde kan der argumenteres med, at bankerne¹⁸ i U 1988.484 H og U 2014.390 H som professionelle kreditorer havde eller burde have indgående kendskab til de omstændigheder i sagerne, der gjorde, at der forelå uegentlige tredjemandsbetalinger og dermed utilbørlige dispositioner.

Østre Landsret har i en nylig dom fra 24. november 2021 (U 2022.457 Ø) også haft lejlighed til at behandle spørgsmålet om omstødelse af en tredjemandsbetaling i et koncernforhold.

I sagen havde B Entreprise A/S under konkurs lagt sag an mod C A/S. Spørgsmålet var, om en betaling den 23. maj 2019 på 125.000 kr. fra A Elements A/S til C A/S, som betaling for B Entreprise A/S' gæld til sidstnævnte, kunne omstødes i medfør af konkurslovens § 74. A Elements A/S og B Entreprise A/S var koncernforbundne, og A var reelt enerådende i koncernens selskaber. Betalingen fandt sted efter drøftelser mellem A og F (direktør hos C A/S), og efter C A/S havde indgivet konkursbegæring mod B Entreprise A/S.

Byretten fandt, at betalingen fra A Elements A/S måtte sidestilles med B Entreprises A/S' egne midler, og at betalingen kunne omstødes i medfør af konkurslovens § 74.

For landsretten var spørgsmålet alene¹⁹, om dispositionen var utilbørlig, og hvorvidt C A/S på betalingstidspunktet kendte eller burde have kendt de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig.

To dommere lagde til grund, at A reelt var enerådende i koncernens selskaber, herunder A Elements A/S og B Entreprise A/S, og at det i mangel af sikre oplysninger om det modsatte, måtte det antages, at der opstod en forpligtelse for B Entreprise A/S til at tilbagebetale disse midler til A Elements A/S, hvorfor betalingen måtte sidestilles med den situation, at den havde fundet sted med B Entreprise A/S' egne midler.²⁰ Betalingen havde derfor på utilbørlig vis tilgodeset C A/S på bekostning af de øvrige kreditorer i konkursboet. Det afgørende for flertallet var herefter om C A/S kendte eller burde have kendt de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig. Flertallet fandt, at konkursboet havde bevisbyrden herfor. Flertallet fandt det ikke bevist, at C A/S, der i forhold til B Entreprise A/S og A Elements A/S indtog en rolle som almindelig underleverandør, var i besiddelse af nærmere oplysninger om koncernstrukturen eller pengestrømmene i koncernen. Flertallet fandt endvidere, at det ikke kunne bebrejdes C A/S, at denne aftalte og modtog betaling uden at foranstalte nærmere undersøgelser med henblik på at afdække eventuelle utilbørlige forhold. Konkursboet havde derfor ikke godtgjort, at C A/S kendte eller burde have kendt de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig. Den omstændighed, at C A/S netop betingede sig »3. mandsbetaling«, hvilket C A/S måtte antages at have gjort, fordi der ville være en risiko for, at betaling fra B Entreprise A/S efterfølgende ville kunne omstødes, kunne ikke føre til et andet resultat. C A/S blev derfor i frifundet.²¹

Landsrettens flertals frifindende dom synes i forhold til kreditors viden eller burde viden om de utilbørlige omstændigheder ved betalingen at være båret af, at betalingen blev gennemført af et selskab, der havde en åbenbar egen forretningsmæssig interesse i betalingen, nemlig at sikre, at koncernen fortsat havde adgang til den software, som C A/S leverede, samt det forhold, at kreditor var en almindelig underleverandør og derfor i modsætning til en bankforbindelse eller mangeårig advokatforbindelse ikke konkret kunne forventes at have mere omfattende viden om koncernstrukturen eller pengestrømmene.

Landsrettens dom åbner op for, at den udenforstående/mindre professionelle kreditor trods indgivet konkursbegæring konkret kan undgå omstødelse efter konkurslovens § 74 trods det forhold, at der foreligger en koncernintern utilbørlig uegentlig ”tredjemandsbetaling”.

For at være på nogenlunde sikker grund i forhold til at sikre en uomstødelig betaling fra tredjemand, vil kreditor skulle sikre, at der foreligger en egentlig tredjemandsbetaling, hvilket kreditor kan sandsynliggøre ved at sikre, at tredjemandsbetalingen foretages fra en ikke koncernforbunden og/eller ikke nærstående tredjemand,

¹⁷ I samme retning kan henvises til en utrykt dom fra Københavns Byret af den 29. maj 2015 (BS 43C-363/2013). I sagen fandt retten, at betalinger foretaget fra en advokats klientkonto ikke kunne anses som en egentlig tredjemandsbetaling, idet skyldneren i realiteten havde fuld råderet over midlerne på klientkontoen. Bevisbyrden for, at der var tale om en reel (en egentlig) tredjemandsbetaling, blev også i dette tilfælde pålagt den begunstigede.

¹⁸ Se nærmere om pengeinstitutters burde viden, Patrick Møller Toftengård, Erhvervsjuridisk Tidsskrift nr. 2, 2016 “Hvad bør et pengeinstitut vide?”

¹⁹ Der var for landsretten enighed om, at B Entreprise A/S var insolvent den 23. maj 2019, og at C A/S var bekendt med dette.

²⁰ Flertallet fulgte således linjen fra Højesterets dom U 2014.390 H. Flertallet lagde navnlig vægt på, at A benyttede sin rådighed over koncernens selskaber til bl.a. talrige og betydelige pengeoverførsler mellem selskaberne, ligesom der i en række tilfælde skete udbetaling af negativ moms i B Entreprise A/S til A Elements A/S, hvis likvide midler omvendt blev anvendt til betaling af B Entreprise A/S' gæld til appellanten.

²¹ Dommen er afsagt med dissens, og kurator har efter det oplyste ansøgt om tilladelse til at anke dommen til Højesteret.

hvor det i øvrigt ikke fremstår nærliggende, at skyldner eller ledelsen i skyldner kan udøve rådhed over tredjemands midler eller at disse er sammenblandet.

Såfremt der ikke er konstaterbare indikationer på, at der foreligger en egentlig tredjemandsbetaling, kan kreditor gå skridtet videre i opfyldelsen af sin undersøgelsespligt og kræve, at det skal dokumenteres, at tredjemand ikke har nogen gæld til skyldner og at tredjemandsbetalingen er ydet alene til betaling af kreditors krav. Dette kan ske ved erklæringer fra skyldner og tredjemand.

7. Skifterettens afvisning af fremme af konkursbegæring ved betaling

Som konkursrevirent vil man kunne opleve, at skifteretten, ved skyldners tilbud om betaling enten fra skyldner selv eller fra tredjemand, tilkendegiver, at betingelserne for konkursdekret herefter ikke er til stede.

Efter forfatterens opfattelse bør en revirent med en forfalden fordring være berettiget til at afslå betaling fra skyldner i perioden mellem indgivelse af konkursbegæring og afsigelsen af dekretet, da der her er etableret en fristdag, og betalingen vil kunne omstødes i medfør af konkurslovens §§ 72 og/eller § 74 ved efterfølgende begæring fra andre kreditorer, jf. utrykt dom fra Sø- og Handelsretten af 8. november 2005 (P-26-04).

Enhver rimelig usikkerhed omkring omstødeligheden af en tilbudt betaling fra skyldner eller tredjemandsbetaling, jf. ovenfor, bør

tillige berettige en kreditor, der har indleveret en konkursbegæring²², til at kunne nægte tilbagekaldelse af konkursbegæringen trods skyldners tilbud om tredjemandsbetaling. Skifteretten må herefter tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for konkurs er opfyldt, jf. eksempelvis U 1970.756 H, hvor dekret blev afvist grundet tredjemands tilbud om betaling.²³

8. Konklusion

Ovenstående gennemgang viser, at en kreditor, der modtager betaling/sikkerhed fra en skyldner efter indgivelse af konkursbegæring eller trussel herom, som det klare udgangspunkt må skulle indrette sig på at tilbagelevere den opnåede fyldestgørelse til et senere konkursbo i medfør af konkurslovens § 74. Det kan også konstateres, at der ikke er nogen tidsmæssig begrænsning for denne tilbageleveringsrisiko, såfremt skyldner har været insolvent i hele perioden mellem dispositionen og dekretet.

Tredjemandsbetalinger har traditionelt været betragtet som den sikre vej til uomstødelig fyldestgørelse efter indgivelse af konkursbegæring eller trussel herom, og den egentlige tredjemandsbetaling vurderes fortsat at kunne sikre kreditor en uomstødelig fyldestgørelse, mens retspraksis viser, at uegentlige tredjemandsbetalinger, særligt i koncernforhold, af domstolene vil blive omstødt overfor den professionelle kreditor, mens den mindre professionelle kreditor i visse situationer kan undgå omstødelse af en uegentlig tredjemandsbetaling.

²² Selvsagt under forudsætning af, at begæringen ikke indeholder et tilbud om afværgelse mod betaling og dermed accept af risikoen heraf.

²³ et ligger fast, at kreditor efter afsigelsen af konkursdekret ikke er forpligtet til at tilbagekalde konkursbegæringen trods tilbud om tredjemandsbetaling, jf. U 1968.199 H og FM 2000.105/3 og Insolvensprocesret, 4. udgave, side 119.