

**Udskrift af dombogen**

DOM

Afsagt den 15. juni 2009 i sag nr. BS 20-690/2008:

**Sagsøger****Adresse 1**

9700 Brønderslev  
mod  
Sparekassen Vendsyssel  
Jerslev Afdeling  
Voldgade 11  
9740 Jerslev J

**Indledning.**

Denne sag, der er anlagt den 19. maj 2008, drejer sig om, hvorvidt skadesløsbrev (virksomhedspant) på 3.000.000 kr. oprettet den 26. juni 2007 mellem **Virksomhed ApS 1** og sagsogte, Sparekassen Vendsyssel, og tinglyst den 27. juni 2007 er omstodeligt i medfør af konkurslovens § 74.

Sagen er i henhold til konkurslovens § 137 anlagt af **Sagsøger**, der er kreditor i **Virksomhed ApS 1** under konkurs.

**Pastande.**

**Sagsøger** har nedlagt påstand om, at skadesløsbrev (virksomhedspant) stort 3.000.000 kr. underskrevet af **Virksomhed ApS 1** den 26. juni 2007 og tinglyst den 27. juni 2007 omstodes, og provenuet fra salg af de pantsatte effekter frigives til **Virksomhed ApS 1** under konkurs ved kuratorerne **Advokat 1**, Brønderslev og advokat **Vidne 1**, Aalborg.

Sagsogte har nedlagt påstand om frifindelse, subsidært frifindelse mod omstodelse af et mindre beløb, mere subsidært frifindelse for de rangførste 300.000 kr. af skadesløsbrevet (virksomhedspantet).

**Sagsfremstilling**

Ved brev af 31. januar 2006 tilbød sagsogte **Virksomhed ApS 1** en kreditudvidelse blandt andet under forudsætning af, at "Der etableres et virksomhedspant". Dette blev accepteret af **Virksomhed ApS 1** ved **Person 1's** underskrift på brevet. Der blev ikke oprettet pantebrev i forbindelse hermed.

Der er fremlagt posteringsoversigt over selskabets erhvervskredit for en længere periode, hvoraf blandt andet fremgår, at kreditten den 26. juni 2007

var trukket med 1.464.731,60 kr., og at kreditten ved frisdagen den 4. december 2007 var trukket med 1.510.968,18 kr. Erhvervskreditten havde en trækingsret på 1.500.000 kr.

Den 16. marts 2007 indleverede **Virksomhed ApS 1** regnskab, hvoraf fremgår, at selskabet det første regnskabsår (perioden 31. maj 2005 - 30. september 2006) havde et underskud på 1.876.774 kr., at anpartskapitalen var tabt, og at der ved regnskabsafleggelsen ikke var fremskaffet den nødvendige finansiering af det kommende års aktiviteter. Det fremgår endvidere, at der ikke har kunnet opnås enighed med sælger af virksomheden, og at der er indledt retssag herom. Kravet fra sælger er i regnskabet, note 5, opgjort under eventualforpligtelser til 1.289 tkr. med tillæg af renter.

På et møde den 25. juni 2007 mellem **Virksomhed ApS 1** og sagsogte udleverede selskabet 3 alternative budgetter.

Den 26. juni 2007 blev der mellem **Virksomhed ApS 1** og sagsogte oprettet et skadesløsbrev på 3.000.000 kr. Skadesløsbrevet blev ved pattegning af 11. juli 2007 tinglyst den 27. juni 2007.

Af engagementsoversigt af 26. juni 2007 for **Virksomhed ApS 1** hos sagsogte fremgår, at der var bevilliget et overtræk på 300.000 kr.

En af sagsøgeren mod **Virksomhed ApS 1** den 11. juli 2007 indgivet konkursbegæring blev den 20. juli 2007 afvist af skifteretten, hvilket blev stadfæstet af landsretten den 19. september 2007.

Sagsøgeren havde ved stævning af 7. december 2006 stævnet **Virksomhed ApS 1** for betaling af 1.289.102,47 kr. med tillæg af renter. Kravet var bestridt fra **Virksomhed ApS 1**, og sagen havde været under forberedelse ved Retten i Hjørring. Sagen var berammet til hovedforhandling den 28. og 29. november 2007. **Virksomhed ApS 1** blev dømt som udebleven den 22. november 2007, da påstandsdokument ikke var indleveret.

**Virksomhed ApS 1** indgav efterfølgende konkursbegæring og blev erklæret konkurs med frisdag den 4. december 2007.

### Forklaringer.

**Sagsøgeren** har forklaret, at han tidligere personligt ejede virksomheden **Virksomhed 1**. Han solgte en del af virksomheden til **Person 1**, der oprettede **Virksomhed ApS 1**, hvori virksomheden blev drevet. Sagsøgeren blev i forbindelse med salget ansat i **Virksomhed ApS 1**. Han forlod selskabet omkring den 1. maj 2006, hvor han blev fyret. Han er ikke bekendt med virksomhedens økonomi på dette tidspunkt. Der var utilfredshed fra kunder, men der var stadig en del kunder tilbage. I følge aftalen mellem sagsøgeren og **Person 1** forfaldt betalingen for konsignationslageret den 1. september 2006. Køber kunne også levere lageret tilbage, men **Person 1** ville hverken den ene eller det andet. Sagsøgeren forsøgte gennem fogedret-

ten at få lageret udleveret, men en del af lageret var ikke identificerbar. Den del af lageret, der var identificerbar, modtog han en check på ca. 200.000 kr. for. **Person 1** kunne eller ville ikke betale for resten. Sagsøgeren modtog den 21. december 2006 et forligstilbud på 500.000 kr., som han efter drøftelse med advokaten afviste. Sagsøgeren kendte ikke **Virksomhed ApS 1's** økonomi, og han troede ikke, at han risikerede at miste pengene. Tilbuddet var 800.000 kr. lavere end lagerets opgjorte værdi. Den opgjorte pris for lageret svarede til det sagsøgeren havde betalt til leverandorerne, da lageret skulle overtages til kostpris. I forbindelse med at sagsøgeren indgav konkursbegæring mod **Virksomhed ApS 1** blev han bekendt med selskabets økonomi. Han havde hos Erhvervs- og selskabsstyrelsen rekvireret det fulde regnskab for selskabet. Regnskabet viste et underskud på 1,9 mio kroner. Han havde ikke troet, at det stod så dårligt til. I forbindelse med hans salg af virksomheden var de sidste 3 års regnskaber udleveret til **Person 2** fra revisionsfirmaet BDO og **Person 1's** pengeinstitut Sparekassen Vendsyssel. Der var hvert år ca. 1.000.000 kr. i overskud. Sagsøgeren havde sideløbende med konkursbegæringen indgivet stævning vedrørende sit krav. Sagen var fortsat under forberedelse. Han ved ikke, om der på telefonmodet den 4. juni 2007 blev fremsat et forligstilbud, men han tror det ikke. Den 19. juli 2007 blev fremsat et forligstilbud på ca. 797.000 kr., men dette blev ikke accepteret, da effektiv betaling ikke kunne sikres.

**Vidne 1** har forklaret, at han var advokat for **Sagsøger** forud for, at han blev udpeget som kurator i **Virksomhed ApS 1** under konkurs. Det første forligstilbud på 500.000 kr. blev afslæet. Han husker ikke om sikring af effektiv betaling blev drøftet ved dette forligstilbud. Omkring årsskiftet 2006/2007 blev der indgivet stævning. Det blev ligeledes løbende drøftet om der skulle indgives konkursbegæring, da de var klar over, at **Virksomhed ApS 1** ikke havde støtte fra pengeinstituttet til betaling for restvarelaget. Forberedelsen af den civile sag var meget frustrerende. Svarkriftet var ufuldstændigt, og en begæring om syn og skon blev først fremsat i forbindelse med et forberedende retsmøde i sommeren 2007. Under telefonmodet den 4. juni 2007 blev en forligsmæssig løsning af sagen drøftet, og advokat **Vidne 2**, der repræsenterede **Virksomhed ApS 1**, skulle hurtigt tage kontakt til selskabets pengeinstitut. Under telefonmodet den 25. juni 2007 blev forligsmuligheden igen drøftet. Vidnet mener, at det blev oplyst, at der var møde med pengeinstituttet dagen efter. Vidnet modtog den 13. juli 2007 brev fra advokat **Vidne 2**. Vidnet tror ikke, at han talte med advokat **Vidne 2**, **Advokatfuldmægtig 1** havde kontakt med **Sagsøger** efter forligstilbud af 19. juli 2007. Efter henvendelse til advokat **Vidne 2** stod det klart, at der ikke kunne stilles garanti for betaling af beløbet. Herefter udtrådte advokat **Vidne 2** af den civile sag, og han besvarede ikke vidnets forespørgsel om, om han udtrådte på grund af selskabets økonomi. Vidnet mener ikke, at han har talt med Sparekassen Vendsyssel ikke under forløbet.

**Advokat Vidne 2** har forklaret, at han alene drøftede en mulig

forligsmæssig løsning af sagen med Person 1. Vidnet skulle ikke kontakte Sparekassen Vendsyssel. Person 1 drøftede selv en eventuel kapitalfremskaffelse med Sparekassen Vendsyssel. Vidnet var af den opfattelse, at sagen muligvis kunne forliges - også under hensyn til de betragtede omkostninger ved et syn og skon. Et syns- og skonestema var uhyre komplekst, og en gennemførelse af et syn og skon ville være tidskrævende og dyrt. Så vidt han husker fremsatte Virksomhed ApS 1 også forligstilbud inden indgivelse af stævning, men det har han ikke selv haft med at gøre. Han ved ikke, om dette blev drøftet med Sparekassen Vendsyssel. Vidnet husker ikke, om der blev drøftet forlig under telefonmødet den 25. juni 2007. Vidnet drøftede ikke selskabets økonomi med Person 1. Vidnet har ikke drøftet forligstilbuddet af 19. juli 2007 med Sparekassen Vendsyssel. Dette tog Person 1 og revisor sig af. I forbindelse med vidnets brev af 13. juli 2007 forventede vidnet at høre fra Sparekassen Vendsyssel. Vidnet ringede senere på dagen den 19. juli 2007 til bankdirektor i Sparekassen Vendsyssel Vidne 3. Vidnet talte generelt med ham, og spurgte om han havde hørt fra Person 1, og om finansieringen var på plads. Det lod som om Vidne 3 godt kendte til sagen, og at han var bekendt med drøftelse om en finansiering. Vidnet var dog meget påpasselig med, hvad han sagde. Det stod dog klart, at forligstilbuddet ikke var godkendt af Sparekassen Vendsyssel. Vidnet husker ikke om Person 1 har sagt, at han havde drøftet forlig med Sparekassen Vendsyssel før den 4. juni 2007. Person 1 var meget optimistisk, og vidnet husker ikke om, vidnet fik oplysninger om, at Virksomhed ApS 1 havde dårlig økonomi. Vidnet udtrådte af sagen den 9. november 2007. Han husker ikke hvorfor. I forbindelse med skifterettens behandling af konkursbegæring den 20. juli 2007 var det vidnets opfattelse, at Virksomhed ApS 1 ikke var insolvent, da pengeinstituttet ikke havde opsagt engagementet. Selskabet kunne efter vidnets oplysninger løbende opfylde sine forpligtelser. Han tror ikke, at der var inkassosager mod selskabet. Vidnet husker ikke, om han havde medbragt selskabets regnskab til mødet i skifteretten.

**Vidnet afdelingsdirektor i Sparekassen Vendsyssel Vidne 3** har forklaret, at han blev ansat i Sparekassen Vendsyssel i 1979. Den 19. januar 2007 kom han til Jerslev afdelingen. I forbindelse med Person 1's overtagelse af Virksomhed ApS 1 havde Sparekassen Jerslev modtaget et CV fra Person 1. Det var et godt CV, der viste, at Person 1 havde de fornødne kvalifikationer. Person 1's bror og far var også kunder i Sparekassen Jerslev, og familien var solid. Engagementet med Virksomhed ApS 1 blev varetaget af først Person 3, derefter af Person 4 og derefter af Person 5 indtil denne gik på pension. Fra april/maj 2007 varetog vidnet og Vidne 4 engagementet. Vidnets første møde med Virksomhed ApS 1 var den 25. juni 2007. Mødet var foranlediget af Person 1, der ønskede at vise virksomheden frem. Forinden mødet gennemgik vidnet kontoudtogene. Erhvervskreditten gav ikke anledning til særlig opmærksomhed. Vidnet opdagede ved gennemgang af engagementet, at det tidligere aftalte virksomhedspant aldrig var oprettet -

heller ikke i forbindelse med en udvidelse af kreditten med 900.000 kr. i oktober 2006. Vidnet tror, at det skyldtes en forglemmelse - sikkert fordi der i sagsogte havde været en stor personaleudskifning. Ejerpantebrevet var blevet udarbejdet. Vidnet har ikke set kvartalsbalancer fra selskabet. Vidnet undrede sig ikke over, at Sparekassen Vendsyssel ikke havde et regnskab fra selskabet. Han var ikke klar over, at selskabet havde forskudt regnskabsår. Vidnet var rolig så længe, at der ikke var overtræk på erhvervskreditten. De kunne endnu ikke hos sagsogte trække regnskaberne fra Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Regnskaberne blev endvidere sædvanligvis indleveret af kunden eller af revisor. På mødet hos **Virksomhed ApS 1** var de rundt og se virksomheden, og de hørte om udvidelse af udstillingslokaler. Der blev på mødet udleveret 3 budgetter, hvor løsning 3 indbefattede et opsøgende salg. Det blev oplyst, at budgetterne var udarbejdet med hjælp fra **Person 2** fra BDO. **Vidne 4** fik efterfølgende bekræftet dette af **Person 2**. På mødet blev størrelsen af det aftalte virksomhedspant drøftet, og **Person 1** oplyste, at pantet skulle være 3.000.000 kr. På samme møde blev **Virksomhed ApS 1** bevilliget et overtræk på 300.000 kr. til betaling af blandt andet en regning fra Texas, som selskabet ikke havde likviditet til at honorere. Overtrækket blev bevilliget til vistnok 1. august 2007, og senere forlænget til den 1. oktober 2007. Vidnet fik på mødet ikke indtryk af, at selskabet havde økonomiske problemer. Vidnet var klar over, at der med sagsøgeren var en uafklaret tvist vedrørende varelagret, da man var uenige om opgørelsen af varelagret. Han mener ikke, at det blev nævnt, at der verserede en retssag, eller at en konkursbegæring truede. **Person 1** blev på mødet bedt om at lave et likviditetsbudget for selskabet for at se, hvordan det forventedes at gå indtil næste regnskabsårsafslutning. Vidnet hæftede sig ikke ved, at revisor **Person 6**, der ligeledes er revisor for **Person 1's** bror, var med til mødet og ikke revisor fra BDO. På mødet fortalte **Person 1** om flere projekter - salg af CO2 til landmændene, salg af havetraktorer og Sindal og Brønderslev markeder. Vidnet blev den 16. maj 2007 lidt i 7 ringet op af **Person 1**, der fortalte, at han var ved at indrette på Sindal marked, og at vidnet skulle komme forbi. Vidnet var senere henne og se på det. Vidnet modtog ingen oplysninger om dårlig økonomi før end selskabet indgav egen konkursbegæring den 3. december 2007. Vidnet har ikke modtaget oplysninger om den tidligere konkursbegæring. Vidnet talte med advokat **Vidne 2** den 19. juli 2007. Advokaten oplyste, at selskabet var stævnet for 1,3 mio. kr., og at selskabet ønskede at tilbyde 797.000 kr. De drøftede omkostningerne ved et syn og skon. Det var første gang vidnet hørte om, at der var en retssag, og han kunne ikke på stedet tage stilling til, om sagsogte ville garantere for betaling af forligsbeløbet. Vidnet ville første se budgetter. Af noter hos vidnet fremgår, at **Person 5** på et tidspunkt skønnede betalingen for konsignationslagret til 500-700.000 kr. Vidnet modtog efterfølgende selskabets første regnskab. Sparekassen Vendsyssel ville uanset regnskabet have fortsat engagementet med **Virksomhed ApS 1**, da Sparekassen Vendsyssel som udgangspunkt ønskede at fortsætte de engagementer, som Sparekassen Jerslev havde. Sparekassen Vendsyssel ville derfor lægge mere vægt på budgetterne. Ved udskrifter af

engagementsoversigter kan vidnet vælge en dato. Vidnet ved ikke, hvad en postering på 500 kr. den 30. november 2007 for dokumentudfærdigelse vedrører. I følge de tidligere regnskaber inden salget var virksomheden sund med et resultat på mellem 800.000 kr. og 1.000.000 kr. om året.

**Vidne 4** har forklaret, at han efter handelsskolen var ansat hos BDO Scanrevision i 1 år, hvorefter han kom til Jerslev Sparekasse. **Virksomhed ApS 1** var **Vidne 3's** kunde, men vidnet havde den daglige kontakt fra den 10./11. juni 2007. Vidnet deltog i mødet den 25. juni 2007. På mødet var stemningen positiv, og der var ikke tale om dårlig økonomi. Der blev ikke på mødet talt om retssag eller om konkurs. De havde ikke selskabets regnskab på mødet. Vidnet havde inden mødet måske talt med **Person 1** 5 gange vedrørende den daglige drift. **Person 1** ønskede mødet for at vise virksomheden frem - ellers var der ikke noget konkret formål med mødet. Der blev ikke talt om penge til finansiering af forlig. Vidnet, der var meget ny, forberedte sig ikke videre til mødet. Vidnet og **Vidne 3** droftede inden mødet, hvad dagsordenen skulle være. Vidnet tror også, at han så posteringsoversigten. Vidnet kan ikke huske, om han efterfølgende lavede skadesløsbrevet. Efter mødet kontaktede vidnet **Person 2**, der bekræftede, at han havde hjulpet med at lave budgetterne i sin fritid.

#### **Parternes synspunkter.**

**Sagsøgeren** har gjort gældende, at de fire betingelser for omstødelse i medfør af konkurslovens § 74 er opfyldt:

1. Der foreligger en disposition som begunstiger en fordringshaver på de øvrige bekostning.
2. Begunstigelsen sker på en utilbørlig måde
3. Skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent
4. Den begunstigede kendte eller burde kende skyldnerens insolvens og de omstændigheder som gjorde dispositionen utilbørlig

#### **Vedr. betingelse nr. 1, en begunstigende disposition.**

Virksomhedspantstætningen begunstiger uomtvisteligt Sparekassen Vendsyssel-Jerslev på de øvrige kreditorers bekostning.

#### **Vedr. betingelse nr. 3, insolvensbetingelsen.**

Af selskabets årsrapport 2005/06, 1. regnskabsår fremgår det på side 12 at egenkapitalen er negativ med 1.376.774 kr. Allerede heraf fremgår det at insolvensbetingelsen var opfyldt.

Dertil kan lægges følgende omstændigheder:

Selskabet indgav efterfølgende selv konkursbegæring som sket.

Selskabets underbalance må antages i virkeligheden at have været væsentlig større end angivet i årsrapporten. Det fremgår nemlig af ledelsesberetning på

side 6 i årsrapporten:

*"Desuden er der pålobet flere omkostninger i forbindelse med selskabets etablering, tilvejebringelse af finansiering samt overtagelse af aktivitet end forudsat; dette skyldes blandt andet at der ikke har kunnet opnås enighed med sælger om afslutning af handlen vedrørende virksomheden. Der er således efter regnskabsårets udlob indledt retssag i samme forbindelse; det er ledelsens vurdering at der i årsrapporten er taget højde for sagens fulde økonomiske konsekvenser."*

Det fremgår endvidere af ledelsesberetningen på side 6 at *"Årets resultat, som har betydet at selskabet har tabt hele sin indskudskapital, anses for stærkt utilfredsstillende. ... Det er ... ledelsens vurdering at selskabet inden for en kortere årrække (fremhævet af undertegnede) vil kunne retablere selskabskapitalen via egen indtjening.*

**Vedr. betingelse 2- utilborlighed - og betingelse 4 ond tro.**

Det er almindelig pengeinstitutpraksis, at et pengeinstitut følger sine kunders økonomiske forhold nøje, ikke mindst hvor pengeinstituttet står for en betydelig finansiering, og hvor kunden samtidig er på økonomisk svage fødder, sådan som det var tilfældet med **Virksomhed ApS 1**. Det forekommer derfor utænkeligt at Sparekassen Vendsyssel-Jerslev ikke skulle have haft et lobende intenst kendskab til **Virk. ApS 1's** økonomiske forhold.

Dette understreges yderligere af at det i ledelsesberetningen i selskabets årsrapport på side 5 er anført: *"Der er ikke på tidspunktet for regnskabs-aflæggelsen fremskaffet den nødvendige finansiering af det kommende års aktiviteter; men der pagar forhandlinger herom. Det er ledelsens vurdering at disse forhandlinger vil blive afsluttet positivt, hvorfor regnskabet er aflagt med fortsat drift for øje."* Ledelsesberetningen er underskrevet af **Person 1** den 16. marts 2007 på selskabets ordinære generalforsamling, og årsrapporten er modtaget samme dag i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Der var altså konkret anledning til drøftelser mellem selskabet og sparekassen om selskabets fremtidige finansiering. Det må anses for helt utvivlsomt at Sparekassen Vendsyssel-Jerslev senest samtidig har modtaget årsrapporten, og at sparekassen derfor kendte dens indhold da virksomhedspantet blev oprettet.

Desuden har Sparekassen Vendsyssel-Jerslev haft mulighed for med lethed at abonnere på selskabet hos Erhvervs og Selskabsstyrelsen, hvor de straks ville have modtaget besked om, at den seneste årsrapport var offentliggjort.

Intet tyder imidlertid på at selskabets indtjening efter udlobet af første regnskabsår var forbedret, så det kunne danne grundlag for fremtidig reetablering af den tabte kapital, eller blot grundlag for at hindre fortsat underskud. Der foreligger derfor ikke objektive kriterier der kunne begrunde en beslutning om fremtidig finansiering af selskabets drift fra sparekassens side. Omvendt ville en opsigelse af engagementet fra sparekassens side efter alt at domme

blot indebære at sparekassen ville komme til at lide et betydeligt tab. Dette tab kunne minimeres, hvis sparekassen kunne få et uomstodeligt virksomhedspant. En fortsat drift med underskud ville udhule værdien af et sådant virksomhedspant. Kunne driften - virksomheden som going concern - derimod overdrages til en ny ejer med bedre styr på driften, ville meget være vundet for sparekassen. Kunne overdragelse ske efter en konkurs hvor simple kreditorer - på grund af at virksomhedspantet greb alle aktiver - ikke skulle have dividende, var grunden lagt til en frisk start - med sparekassen dækket ind bedst muligt og med virksomheden intakt og rensset for kreditorer.

Da **Sagsøgers** retssag mod **Virksomhed ApS 1** med påstand om betaling af 1.372.329,46 kr. (eksklusiv renter og sagsomkostninger) var en væsentlig faktor for **Virksomhed ApS 1's** økonomi, således som det også fremgår af ledelsesberetningen, må Sparekassen antages at have holdt sig nøje underrettet om sagen.

Det understreges yderligere af, at sagen som nævnt ovenfor omtales i ledelsens årsberetning. Det er utænkeligt at sparekassen ikke senest samtidig med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen har fået kopi af årsrapporten.

Den 4. juni 2007 blev der holdt telefonisk retsmøde i sagen. I mødet deltog advokat **Vidne 2** for **Virksomhed ApS 1**. Af retsbogsudskriften fremgår blandt andet: "*Muligvis kan der være grundlag for en forligsmæssig løsning af sagen*". Denne sætning dækker over at advokat **Vidne 2** tilkendegav at han i løbet af samme uge ville kontakte sparekassen om sagen for at få sparekassens tilsagn om at ville finansiere et tilbud om forlig, som advokat **Vidne 2** meget hurtigt ville fremsætte på vegne af **Virksomhed ApS 1**.

Advokat **Vidne 2** må således antages at have kontaktet sparekassen umiddelbart efter retsmødet.

Der kom imidlertid ikke noget forligstilbud, endsige noget finansieret forligstilbud. Derimod skete følgende:

I et nyt telefonisk retsmøde den 25. juni 2007 blev hovedforhandlingen i retssagen mellem **Sagsøger** og **Virksomhed ApS 1** berammet til den 28. og 29. november 2007.

Dagen efter, altså den 26. juni 2007, oprettede Sparekassen Vendsyssel-Jerslev det omhandlede virksomhedspant på 3.000.000 kr. som blev tinglyst den 27. juni 2007.

Sparekassen, der havde kontakt med selskabet og dets advokat, må antages at have vidst - eller har i hvert fald burdet vide - at sagen nu var berammet til hovedforhandling, og at hovedforhandlingen lå så langt fremme i tiden, at sparekassen nu kunne oprette og tinglyse virksomhedspantet uden at blive

ramt af omstodelsesreglen i konkurslovens § 70, stk. 1, 1. punktum, hvis selskabets konkurs kunne holdes fra døren frem til hovedforhandlingen i retssagen.

Den 13. juli 2007 skrev advokat [Vidne 2] til advokat [Vidne 1] sådan: "*Med henblik på et forligsudspil håber jeg på at høre fra banken forstkommende mandag.*"

Den 19. juli tilbød advokat [Vidne 2] sagen forligt med betaling af 797.329,41 kr. – renter og sagsomkostninger overfor advokat [Vidne 1]. På forespørgsel oplyste [Vidne 2] at tilbuddet ikke indeholdt tilbud om bankgaranti for forligets opfyldelse. [Vidne 2] ville forsøge at skaffe en hensigtserklæring fra sparekassen om at denne ville finansiere forliget. En sådan erklæring kom aldrig.

Den 9. november trådte advokat [Vidne 2] ud af retssagen. [Virksomhed ApS 1] lod sig ikke repræsentere af nogen anden advokat.

Den 22. november afsagde Retten i Hjørring udeblivelsesdom over [Virksomhed ApS 1].

Den 28. november opgjorde jeg [Sagsøgers] tilgodehavende over for [Virksomhed ApS 1].

Derefter indgav [Virksomhed ApS 1] sin egen konkursbegæring.

Da der ikke kan påvises nogen loyal begrundelse for oprettelsen af virksomhedspantet, vurderes oprettelsen at være *utilbørlig* i konkurslovens forstand.

Da Sparekassen Vendsyssel var eller burde være bekendt med insolvensen, er også denne betingelse opfyldt.

*Vedrørende dispositionstidspunktet i konkursretlig forstand:*

Det bestrides, at der allerede i januar 2006 skulle være indgået aftale mellem sagsogte og [Person 1] om etablering af det omstridte virksomhedspant, og det har formodningen imod sig at en professionel aktor som sagsogte, skulle lade gå så lang tid mellem henholdsvis aftalen og selve etableringen af virksomhedspantet.

Det gøres gældende, at den aftale der førte til oprettelse af virksomhedspantet, først blev indgået på budgetmødet den 25. juni 2007 som omtales i svarskriftet.

Det gøres gældende at en aftale i januar 2006 ikke har betydning for den retlige bedømmelse af oprettelse og tinglysning af virksomhedspantet den 26. og 27. juni 2007, af en eller flere af følgende grunde:

a) Det er ikke på tidspunktet for indgåelse af aftale om virksomhedspantet,

- men på datoen for sikringsakten, det skal afgøres om betingelserne for omstodelse efter konkurslovens § 74 var opfyldt.
- b) Udtrykket "dispositioner" i konkurslovens § 74 skal forstås som gennemførte dispositioner eller gennemførte aftaler.
  - c) Udtrykket "ved dispositionen" i konkurslovens § 74 skal forstås som ved dispositionens gennemførelse.
  - d) En aftale i januar 2006 om oprettelse af virksomhedspant og den faktiske oprettelse og tinglysning af virksomhedspantet den 26. og 27. juni 2006 - er som følge af den lange tid der gik ind imellem - ikke i retlig forstand den samme disposition.
  - e) En eventuel aftale i januar 2006 må, i hvert fald når den ikke på nogen måde blev formaliseret, anses for bortfaldet inden den 25. juni 2006 på grund af manglende praktiske tiltag for at gennemføre aftalen.

Subsidiært goes det gældende at betingelserne i konkurslovens § 74 for omstodelse af dispositionen allerede var til stede i januar 2007.

**Over for sagsogtes subsidiære påstand goes det gældende:**

Det bestrides at der skulle være givet tilsagn om forøgelse af kreditten med 300.000 kr. i forbindelse med oprettelse af virksomhedspantet. Subsidiært bestrides det, at tilsagnet oversteg et yderligere træk på 200.000 kr. Der henvises til, at der rent faktisk blev trukket yderligere nøjagtig 200.000 kr. - og ikke 300.000 kr. - på kassekreditten den 26. juni 2007, nemlig sådan at gælden ogedes fra 1.500.058,04 kr. til 1.700.058,04 kr.

Subsidiært goes det gældende at tilsagnet - uanset det måtte have været givet til yderligere at trække 200.000 eller 300.000 kr. - er ophørt med nedbringelse af trækket på kassekreditten til niveauet for oprettelsen af virksomhedspantet og med udløbet af tilsagnet om forøgelse, jf. herom nedenfor. Der henvises derudover til at tilsagnet derudover efter sagsogtes advokats oplysning, jf. nedenfor, udløb 10. september 2007.

Det bestrides at den del af virksomhedspantet der eventuelt skulle være fritaget for omstodelse som følge af samtidigt tilsagn om yderligere kredit, skulle kunne gribe allerede bestående gæld og på den måde blive fritaget for omstodelse. Der henvises i den forbindelse til: På frisdagen den 4. december 2007 var trækket på kassekreditten nedbragt til 1.510.968,18. Allerede fra medio oktober 2007 var trækket bragt ned til omkring 1½ mio. kr. Trækket oversteg ikke dette niveau frem til frisdagen.

Det goes gældende at den konkursretlige betydning af et tilsagn om yderligere træk på kassekreditten er bortfaldet med nedbringelse af kreditten til niveauet for tilsagnet.

Der henvises i øvrigt til det, der er anført i bilag 3, side 2 vedrørende pkt. 2., nemlig:

*Det bevilgede overtræk på erhvervskreditten på 300.000 kr. kan under ingen*

omstændigheder begrundede oprettelse af virksomhedspantet på 3.000.000 kr.

Der foreligger intet skriftligt om det bevilgede overtræk, der således fx ikke kan antages at være bevilget permanent, idet det på den side af kontoudtoget der dækker bevægelse i tidsrummet 25. maj 2007 - 1. juni 2007 og på kontoudtogets sidste side er det anført at der er aftalt et kreditmaksimum på DKK 1.500.000 kr. på kontoen. Kontoudtoget bærer ikke andre steder oplysninger om kreditmaksimum ... .. I **Advokat 2's** redegørelse angives at overtrækket blev bevilget fra 26. juni til 1. august, og at det den 8. august blev forlænget til 10. september. Det må konkluderes at kreditmaksimum herefter igen var 1,5 mio. kr.

Da der den 26. juni 2007 blev trukket 200.000 kr. på kontoen, blev saldoen negativ med 1.700.058,04 kr. Saldoen holdt sig på et niveau omkring 1,7 mio. kr. til midt i september, hvor den blev nedbragt til et niveau på omkring 1,5 - 1,6 mio., og fra en uge ind i november blev saldoen nedbragt til ca. 1,5 mio. hvor saldoen holdt sig indtil konkursen.

Argumentationen og henvisningen til bilag 3, side 2 vedrørende pkt.2.. gælder både omstodelse af virksomhedspantet i sin helhed og sagsogtes subsidiære pastand

Sagsogte har til støtte for samtlige de nedlagte pastande, gjort gældende:

- at panteretten er tilsagt allerede ved etablering af lanene i januar 2006. Der henvises til bilag F.
- at det i denne forbindelse er ligegyldigt, at tinglysning først finder sted senere, idet KL § 74 ikke indeholder tidsmæssige betingelser herfor, hvorfor tidspunktet for panterettens tilsigelse er afgørende for bedømmelse af omstodelse efter bestemmelsen.
- at tinglysning af panteretten ikke er en gyldighedsbetingelse.
- at tinglysning kan ske på et senere tidspunkt jf. domspraksis.
- at der således ikke stilles pant for ældre gæld på utilborlig vis, jfr. KL § 74, idet der blot følges op på en allerede indgået aftale på modet den 25.06.2007.
- at betingelsen i KL § 74 om utilborlighed ikke er opfyldt.
- at de subjektive betingelser for omstodelse ikke er til stede – der må i denne forbindelse lægges vægt på, at Sparekassen Vendsyssel på modet den 26. juni 2007 ikke var oplyst om retssagen anlagt af **Sagsøger**, konkursbegæring fra samme og henholdt sig til de budgetter og øvrige materialer, der var udarbejdet af revisor, idet regnskabet ikke var medbragt.
- at sagsogte i forbindelse med budgetmodet 25. juni 2007 fik fremlagt 3 budgetter (bilag A) udarbejdet af BDO ScanRevision, **Person 2**, hvoraf fremgik, at forretningen ville hænge sammen i fremtiden.
- at dispositionen i henhold til konkurslovens § 74 er tidspunktet for panterettens stiftelse.
- at bedømmelsen af god eller ond tro relaterer sig til dette tidspunkt.

- at sagsogte pr. 31. januar 2006 var i god tro allerede fordi det i sagen omhandlede selskab var solvent på daværende tidspunkt.
- at betingelserne for omstodelse efter konkurslovens § 74 ikke var opfyldt i forbindelse med mødet d. 25 juni 2007. idet sagsogte på daværende tidspunkt var i god tro, ligesom de øvrige betingelser heller ikke var opfyldt.
- at betingelserne for omstodelse efter konkurslovens § 74 ikke var opfyldt i forbindelse med tinglysningen af virksomhedspantet. idet sagsogte på daværende tidspunkt var i god tro, ligesom de øvrige betingelser heller ikke var opfyldt.
- at **Sagsøgers** krav på tidspunktet for pantets tilsigelse den 31. januar 2006 og i forbindelse med udvidelsen af kreditten af 25. juni 2007, ikke var forfaldent og således ikke kan indgå i en eventuel solvensbedømmelse.
- at sagsøgers krav først blev endeligt fastslået ved udeblivelsesdom af 22. november 2007, jf. bilag K.
- at sagsøger fakturerede for sit pastaede tilgodehavende pr. 1. september 2006, hvorfor dette tidspunkt under alle omstændigheder må være det absolut tidligste tidspunkt for et eventuelt kravs opståen.
- at sagsøgers eventuelle krav således ikke skal indgå i en solvensbedømmelse efter konkurslovens § 74.
- at solvensbedømmelsen skal foretages pr. 31. januar 2006, idet dette er tidspunktet for virksomhedspantets tilsigelse.
- at sagsogte på tidspunktet for virksomhedspantets tilsigelse hverken var eller blev insolvent.
- at Skifteretten i Hjørring ved kendelse af 20. juli 2007 afviste konkursbegæring. Kendelsens begrundelse var "rekvirentens fordring udspringer af salget af en igangværende virksomhed, hvorom der verserer en civil sag mellem parterne, og hvorunder der bla. skal afholdes syn og skon, samt ske bevisførelse i øvrigt. Sagen er berammet til domsforhandling den 28-29. november 2007. Spørgsmålet om hvorvidt rekvirentens fordring består, forudsætter stillingtagen til skyldnerens indsigelser, hvilket bør ske under den civile sag. Rekvirentens fordring findes herefter ikke at have den fornødne klarhed til at kunne danne grund for konkursdekretet". Skifterettens kendelse blev kæret til Vestre Landsret, som 19. september 2007 stadfæstede kendelsen.
- at advokat **Vidne 2** i forbindelse med konkursbegæringen den 20. juli 2007 meddelte, at virksomheden ikke var insolvent (bilag C).
- at sagsogtes tinglysning af virksomhedspantet den 27. juni 2007 ikke var informeret om den verserende retssag.
- at revisor **Person 6's** budget af 10. juli 2007 viste en positiv udvikling i firmaet.
- at sagsogte først den 19. juli 2007 bliver kontaktet af advokat **Vidne 2** med en forespørgelse om finansiering af et forlig i retssagen. På dette tidspunkt bliver sagsogte ikke oplyst om, den af **Sagsøger** indgivne konkursbegæring.

I relation til kreditudvidelsen pr. 25. juni 2007 har sagsogte gjort gældende:

- at kreditudvidelsen netop tilførte selskabet likviditet til bl.a. betaling af varekøb.
- at kreditretten på 1.800.000 kr. ikke blev belastet maksimalt og at der under alle omstændigheder var likviditet i selskabet.

Sagsogte har bestridt.

- at sikringsakten skulle have nogen relevans i nærværende sag, idet det gøres gældende, at det er tidspunktet for pantets tilsigelse, der er afgørende.
- at sikringsakten skulle være en del af panterettens stiftelse.
- at negativ egenkapital i årsrapport 2005/2006 er ensbetydende med at selskabet var insolvent den 25. juni 2007
- at sagsogte kendte årsrapporten 2005/2006 på tidspunktet for pantsætningen.

Til støtte for den subsidiære påstand har sagsogte gjort gældende.

- at det bevilgede overtræk på 300.000 kr. blev tilsagt i forbindelse med selve oprettelsen af virksomhedspantebrevet. I denne situation er der således tale om pant for en ny gæld, hvorfor pantet for de rangførste 300.000 kr. ikke skal omstodes, uagtet at retten måtte finde, at den øvrige del af pantet er omstodeligt efter bestemmelsen i KL § 74.
- at pantet for det bevilgede overtræk subsidiært skal opretholdes med et beløb, der udgør den del af den nye gæld, hvormed kassekrediten ikke inden konkursen er blevet nedbragt

#### Retten begrundelse og resultat

I forbindelse med **Virksomhed ApS 1's** opstart og køb af dele af **Sagsøgers** personligt drevne virksomhed, blev Sparekassen Vendsyssel - dengang Sparekassen Jerslev - i maj 2005 pengeinstitut for **Virksomhed ApS 1**. Sparekassen godkendte i januar 2006 en kreditudvidelse under flere forudsætninger, blandt andet at der skulle etableres et virksomhedspant. Denne forudsætning blev ved **Person 1**, der var direktør i **Virksomhed ApS 1**, godkendt ved underskrift af brev af 31. januar 2006 fra Jerslev Sparekasse. Af brevet fremgår ikke størrelsen af et virksomhedspant, og der blev ikke i forbindelse hermed oprettet pantebrev.

Retten finder under disse omstændigheder ikke, at der ved **Virksomhed ApS 1's** underskrift på brev af 31. januar 2006 blev indgået en endelig aftale om pant.

Den 16. marts 2007 blev det første regnskab for **Virksomhed ApS 1** for 31. maj 2005 til 30. september 2006 indleveret. Af regnskabet fremgår, at anpartskapitalen var tabt, og at der for tidspunktet for regnskabsaflægningen ikke var fremskaffet den nødvendige finansiering af det kommende års aktiviteter. Det fremgår endvidere, at der var indledt retssag med sælger vedrørende afslutning af handlen vedrørende virksomheden. Af note 5 til posten eventualforpligtelser i regnskabet fremgår, at sælger havde stævnet **Virksomhed ApS 1**

for 1.289 tkr.

Den 25. juni 2007 blev der afholdt et møde, hvor afdelingsdirektør i Sparekassen Vendsyssel **Vidne 3**, kundemedarbejder **Vidne 4**, **Person 1**, og revisor **Person 6** deltog. Under mødet blev der for **Virksomhed ApS 1** udleveret 3 alternative budgetter, der efter det oplyste var udarbejdet af revisor **Person 2** fra BDO Scanrevision i dennes fritid. I forlængelse af mødet blev der den 26. juni 2007 oprettet et skadesløsbrev (virksomhedspant) stort 3.000.000,00 kr. Skadesløsbrevet blev tinglyst den 27. juni 2007.

Efter afdelingsdirektør **Vidne 3's** forklaring var Sparekassen Vendsyssel på det tidspunkt informeret om, at **Sagsøger** havde rejst et krav mod **Virksomhed ApS 1**, og den tidligere sagsbehandler **Person 5** hos Sparekassen Vendsyssel havde skønnet, at kravet var ca. 500-700.000 kr.

**Virksomhed ApS 1** blev i forbindelse med mødet den 25. juni 2007 bevilliget et midlertidigt overtræk på 300.000,00 kr. på kreditten blandt andet med henblik på betaling af Texas. Kreditten var på tidspunktet for mødet trukket med ca. 1.450.000 kr.

Efter en vurdering af sagens samlede omstændigheder burde Sparekassen Vendsyssel vide, at **Virksomhed ApS 1** ved pantsætningen i juni 2007 var insolvent. Det bemærkes, at **Sagsøgers** krav, der er stiftet i forbindelse med indgåelsen af aftalen mellem **Sagsøger** og **Virksomhed ApS 1**, skal indgå i solvensvurderingen af **Virksomhed ApS 1**, uanset at **Sagsøger** først opnår dom for sit krav den 22. november 2007. Sparekassen burde ligeledes have indset, at pantsætningen på utilborlig måde begunstigede Sparekassen Vendsyssel på de øvrige kreditorens bekostning. Pantsætningen er således omstodelig i medfør af konkurslovens § 74 for så vidt angår allerede stiftet gæld.

Ved pantsætningen den 25. juni 2007 var erhvervskreditten trukket med 1.464.731,60 kr. I forbindelse med pantsætningen blev erhvervskreditten midlertidigt udvidet med 300.000,00 kr. Erhvervskreditten var ved fristdagen den 4. december 2007 trukket med 1.510.968,18 kr. Pantsætningen kan således for så vidt angår 46.236,58 kr. ikke omstodes i medfør af konkurslovens § 74.

Sagsøgerens påstand om omstodelse af pantsætningen ved det udstedte skadesløsbrev af 26. juni 2007 stor 3.000.000,00 kr. og om frigivelse af provenu af solgte aktiver tages således til følge i medfør af konkurslovens § 74 som nedenfor bestemt, bortset fra del af pantsætningen - i alt 46.236,58 kr. - der er til sikkerhed for den meddelte kreditudvidelse.

Under hensyn til sagens udfald - herunder til størrelsen af den vundne beløb

- karakter og forløb, skal sagsogte til sagsøgeren betale sagens omkostninger med 91.380 kr.

Beløbet skal dække sagsøgerens udgifter til retsafgift af det vundne beløb med 28.480 kr., til vidnegodtgørelse med 2.900 kr. samt til advokatbistand med 60.000 kr.

**Thi kendes for ret:**

Pantsætningen ved det udstedte skadesløsbrev af 26. juni 2007 stor 3.000.000,00 kr. omstødes, og provenuet - bortset fra 46.236,58 kr. - fra salg af de pantsatte effekter frigives til **Virksomhed ApS 1** under konkurs.

Sagsogte, Sparekassen Vendsyssel, skal i sagsomkostninger til **Sagsøger**, inden 14 dage betale 91.380 kr.

Sagsomkostningerne forrentes i medfør af rentelovens § 8a.

**Dommer**