

DOM

afsagt den 2. juli 2010 af Vestre Landsrets 6. afdeling (dommerne Kristian Petersen, Henrik Estrup og Würtzen) i ankesag V.L. B-1358-09

Sparekassen Vendsyssel

(advokat Anette Brinkmann, Hjørring)

mod

Appelindstævnte (Tidl. Sagsøger)

(advokat Julia Jensen, Aalborg)

Retten i Hjørring har den 15. juni 2009 afsagt dom i 1. instans (BS 20-690/2008).

Påstande

For landsretten har appellanten, Sparekassen Vendsyssel, nedlagt påstand om frifindelse, subsidiært frifindelse for de rangførste 300.000 kr. af skadesløsbrevet (virksomhedspant) og mere subsidiært stadfæstelse.

Appelindstævnte har gentaget sin påstand for byretten.

Appelindstævnte har subsidiært 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 omstødes, bortset fra 6.946,33 kr., og at proventet fra salg af de pantsatte effekter, bortset fra 6.946,33 kr., frigives til Virksomhed ApS 1 under konkurs v/kuratorerne Advokat 1 Brønderslev, og advokat Vidne 1, Aalborg.

Appelindstævnte har mere subsidiært påstået stadfæstelse.

Appelindstævnte har endvidere nedlagt påstand om, at det provenu, som skal frigives til

Virksomhed ApS 1 under konkurs, forrentes fra de datoer, hvor de enkelte beløb er indgået til Sparekassen Vendsyssel.

Sparekassen Vendsyssel har over for rentepåstanden nedlagt påstand om, at forrentning i givet fald skal ske fra sagens anlæg.

Beløbet på 6.946,33 kr., der er nævnt i **Appelindstævntes** subsidiære påstand, fremkommer som forskellen mellem det laveste træk på **Virksomhed ApS 1's** konto i Sparekassen Vendsyssel på frisdagen den 4. december 2007 og det højeste træk, der kan have været på kontoen på pantsætningstidspunktet den 25. juni 2007.

Forklaringer

Vidne 5 (Tidl. Person 4)

Vidne 6 (Tidl. Person 1)

Vidne 7 (Tidl. Person 6)

Vidne 3 har supplerende forklaret, at han ikke havde med engagementet med **Virksomhed ApS 1** at gøre, mens **Person 3** og **Vidne 5** var på sagen. Hans forventning til mødet den 25. juni 2007 var, at han skulle have en rundvisning på virksomheden, og at han og **Vidne 6** skulle se hinanden an. Han havde ikke forud herfor haft egentlige møder med **Vidne 6**. Det var **Vidne 7**, og ikke som anført i gengivelsen af hans forklaring for byretten **Vidne 6**, der foreslog, at virksomhedspantet skulle være på 3 mio. kr. **Vidne 6** havde til brug for mødet fået lavet 3 forskellige budgetter, som blev gennemgået. Vidnet anså det ikke for urealistisk, at **Vidne 6** med sin erfaring kunne opnå det opsøgende salg, der er nævnt i et af budgetterne. Vidnet fik et godt indtryk af **Vidne 6** og af virksomheden. Han var derfor ikke betænkelig ved at udvide den kredit, som virksomheden havde i forvejen. Det var ham, der på mødet rejste spørgsmålet om, hvorfor det tidligere aftalte virksomhedspant ikke var blevet ekspederet. Det var i den forbindelse, at man på mødet blev enige om, at virksomhedspantet skulle være på 3 mio. kr. Han havde på det tidspunkt ikke hørt om retssagen mellem **Vidne 6** og **Appelindstævnte**. I december 2007 blev der afholdt et nyt møde mellem sparekassen og **Vidne 6**. Formålet med dette møde var at drøfte en forlængelse af virksomhedens kassekredit. Det gebyr for dokumentudfærdigelse på 500 kr., der fremgår af posteringsoversigten under datoen 30. november 2007, vedrørte denne kreditforlængelse. På mødet oplyste **Vidne 6**, at han havde indgivet konkursbegæring mod virksomheden. Det kom helt bag på sparekassen. Det er vidnet, der på et af de budgetter, der var fremme på mødet den 25. juni 2007, med håndskrift har skrevet ” **Vidne 8** ”. Det gjorde han, efter at han på forespørgsel havde fået oplyst, hvem der havde

Vidne 8 (Tidl. Person 2)

lavet budgetterne. Vidnet kendte ikke **Vidne 8** i forvejen. Det bevilgede overtræk på 300.000 kr. udløb i september 2007, og spørgsmålet om forlængelse heraf blev ikke på noget tidspunkt drøftet. Det, der faldt væk den 1. december 2007, var selve kassekreditten på 1,5 mio. kr. Der var ingen regnskaber til stede på mødet den 25. juni 2007. Vidnet bad om at se regnskabet, men det kunne ikke lade sig gøre. Det var ikke noget, der undrede vidnet. Han fik det indtryk, at regnskabet ikke var færdigt endnu. Vidnet bad om at få regnskabet tilsendt efterfølgende, men det skete aldrig. Sparekassen trak derfor selv regnskabet i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Vidnet kan ikke huske, hvornår det skete, idet det var en kollega, der gjorde det. Det er rigtigt, at virksomhedspantet forud for mødet den 25. juni 2007 aldrig var blevet oprettet, og at der aldrig var blevet sat beløb på. Det ejerpantebrev, som han har forklaret om i byretten, var blevet oprettet forud for mødet den 25. juni 2007. Han mener bestemt, at ejerpantebrevet var tinglyst. Foreholdt at det eneste ejerpantebrev i **Vidne 6's** ejendom, der ifølge tingbogsoplysningerne er tinglyst, stammer fra 1994, har vidnet forklaret, at det så må være dette ejerpantebrev, som sparekassen har fået til sikkerhed.

Appelindstævnte har supplerende forklaret, at han i juli 2007 kontaktede advokat **Vidne 1**, fordi han var bange for, at hans krav mod **Virksomhed** var ved at smuldre. Det var han, fordi han havde læst **Virksomhed ApS 1's** regnskab, som han havde skaffet i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen. Han spurgte advokat **Vidne 1**, om der var pant i varelageret. Efter at have undersøgt spørgsmålet oplyste advokat **Vidne 1**, at det ikke var tilfældet. Han blev derfor enig med advokat **Vidne 1** om at indgive konkursbegæring mod **Virksomhed ApS 1** for at sikre, at hans krav ikke smuldrede i de 5 måneder, der ville gå, indtil den sag, som han havde anlagt mod **Virksomhed ApS 1**, skulle hovedforhandles. Både skifteretten og landsretten afviste imidlertid konkursbegæringen. Efter at **Virksomhed ApS 1** var gået konkurs i december 2007, forsøgte han at overtage varelageret. Han rettede bl.a. henvendelse herom til direktør **Vidne 3** fra Sparekassen Vendsyssel, men han fik ikke lov til at overtage varelageret. Aktiviteterne blev i stedet overtaget af **Vidne 6's** bror **Person 7**. Det er rigtigt, at vidnet ikke var højestbydende, og at **Person 7's** bud nok var højere.

Vidne 5 (Tidl. Person 2)

Vidne 8 har forklaret, at han er cand. merc. aud. og ansat i BDO. Det var formelt set ikke ham, der var revisor for **Vidne 6** og **Virksomhed ApS 1**, idet han ikke har mandat til at påtegne regnskaber. Det var imidlertid ham, der udførte det praktiske arbejde. Det er formelt set ikke revisor, men virksomhedens ledelse, der udarbejder budgetter, men han har assisteret ved udarbejdelsen af de bilag, der i sagen er betegnet som budgetter. Ef-

Vidne 6 (Tidl. Person 4)

ter hans opfattelse er bilagene dog ikke budgetter, men kladdemateriale til budgetter. Der er således bl.a. ikke angivet forudsætninger, der er tale om en vilkårlig periode, og der er ingen balanceposter. Materialet er derfor ufuldstændigt. Et regnskab vil ikke indeholde oplysning om et aftalt virksomhedspant, hvis det ikke er tinglyst og derfor ikke har virkning over for tredjemand. Han har i november 2005 deltaget i et møde med Vidne 6. På mødet deltog endvidere Vidne 5 fra Sparekassen Jerslev og Vidne 6's bror Person 7. På mødet blev omkostningerne ved flytning af virksomheden drøftet. Han mener ikke, at der blev nævnt noget om virksomhedspant eller pant i øvrigt. Han modtog den 15. januar 2007 en engagementsoversigt fra sparekassen. Oversigten indeholdt ikke noget om pantesikkerheder. Han blev senere bekendt med, at sparekassen havde fået virksomhedspant, men han husker ikke hvornår, han fik denne oplysning, eller hvornår virksomhedspantet blev stillet.

Vidne 5 har forklaret, at han er erhvervskundechef i Sparekassen Vendsyssel. Han var som ansat i Sparekassen Jerslev erhvervskunderådgiver for Virksomhed ApS 1 i januar 2006. Det var hans kollega Person 3, der oprindeligt var rådgiver for Vidne 6 og Virksomhed ApS 1, men vidnet overtog sagen, da Person 3 fratrådte. Vidnet havde i den forbindelse været på besøg i virksomheden og indhentet forskelligt materiale. Der blev derefter på et eller andet tidspunkt i januar 2006 afholdt et møde med Vidne 6. I mødet deltog også den daværende direktør i sparekassen, Vidne 7 fra Landbonord og Vidne 6's bror Person 7. På mødet drøftede man blandt andet spørgsmålet om sikkerhedsstillelse. Det blev aftalt, at der skulle stilles virksomhedspant. Pantets størrelse kunne dog ikke fastsættes, før værdien af varelageret var blevet afklaret. Der blev ikke fremlagt lageroptællingslister på mødet. Afklaringen af varelagerets værdi skete imidlertid ikke, og virksomhedspantet blev derfor aldrig stiftet. Som han husker det, rykkede sparekassen flere gange forgæves for at få formalia på plads. Vidnet fratrådte sin stilling i Jerslev Sparekasse i sommeren 2006, og han havde derefter ikke mere med sagen at gøre. Han deltog ikke i mødet den 25. juni 2007. Vidne 6 fik aldrig det lån, der er nævnt i vidnets brev af 31. januar 2006. Vidnet modtog aldrig de kvartalsbalancer, der er nævnt i brevet. Han er sikker på, at han rykkede herfor. Han havde i hele forløbet et godt indtryk af Virksomhed ApS 1. Når det i brevet er anført, at sparekassen gerne havde set, at anpartskapitalen blev retableret, skyldtes det ikke, at hele anpartskapitalen var tabt, men at den var tabt delvis.

Vidne 7 (Tidl. Person 6)

Vidne 7 har forklaret, at han er chefrådgiver i Landbonord. Han har været rådgiver

for Vidne 6 og Virksomhed ApS 1. Han kom første gang i forbindelse med Vidne 6 et halvt års tid efter, at Vidne 6 havde overtaget Virksomhed ApS 1. Han kendte i forvejen Vidne 6's bror, Person 7, der har et landbrug, og det var Person 7, der formidlede kontakten til Vidne 6. Han er bekendt med brevet af 31. januar 2006 fra Jerslev Sparekasse til Virksomhed ApS 1 og han deltog i det møde, der blev afholdt forud herfor. På mødet gav Vidne 6 udtryk for tvivl om varelagerets størrelse. Efter hans opfattelse var Vidne 6's køb af Virksomhed ApS 1 en speciel handel, idet man reelt ikke kendte værdien af det, der blev solgt. Vidne 6 var meget i tvivl om, hvad det egentlig var, han havde købt. Vidnet deltog i mødet den 25. juni 2007. Han havde på det tidspunkt ikke set virksomhedens regnskab. På mødet drøftede man den fremtidige drift af virksomheden. Det var ikke et emne at lukke virksomheden. Spørgsmålet om konkurs blev ikke nævnt. På mødet blev det aftalt, at der skulle skaffes klarhed over virksomhedens likviditet, og han fik derfor til opgave at udarbejde et budget. Vidnet udarbejdede derfor det fremlagte budget for Virksomhed ApS 1 frem til regnskabsårets udløb den 30. september 2007. Vidnet anslog i den forbindelse efter drøftelse med Vidne 6 varelageret til 2,9 mio. kr. Tallet byggede på et skøn og ikke på en optælling af lageret. Hverken han eller Vidne 6 gjorde sparekassen opmærksom på, at opgørelsen af varelageret byggede på et skøn og ikke en optælling, og det var ikke noget, sparekassen spurgte om. Han var bekendt med, at retssagen mellem Virksomhed ApS 1 og Appellindstævnte om værdien af varelageret var under opsejling. Det er rigtigt, at tvisten om varelagerets størrelse ikke er nævnt i eller fremgår af det budget, som han udarbejdede. Efter hans opfattelse var sparekassen bekendt med tvisten. På mødet i januar 2006 blev der indgået en klar aftale om, at sparekassen skulle have virksomhedspant, og det var denne aftale, der blev fulgt op på i forbindelse med mødet den 25. juni 2007. Han kan ikke huske, hvem der foreslog, at virksomhedspantet skulle være på 3 mio. kr. Aktiverne i Virksomhed ApS 1 er overtaget af Vidne 6's bror Person 7. Virksomheden giver i dag overskud.

Vidne 6 har forklaret, at han var direktør i Virksomhed ApS 1 frem til virksomhedens konkurs. Han er uddannet som butiksassistent og har arbejdet i forskellige byggemarkeder og som kørende sælger. Det var som kørende sælger, at han kom i forbindelse med Appellindstævnte, der dengang ejede Virksomhed ApS 1. De talte om, at vidnet kunne købe virksomheden. Appellindstævnte anslog varelagerets værdi til 2,4 mio. kr., og det var dette beløb, som vidnet skulle betale for varelageret. De blev enige om, at vidnet skulle betale 1,25 mio. kr. kontant, mens den resterende del af beløbet skulle betales løbende, efterhånden som der skete salg af varer. Han og Appellindstævnte udarbejdede i den forbindelse

nogle konsignationslister, og da de ved optællingen var nået til 2,7 mio. kr., mente **Appelindstævnte** ikke, at der var grund til at tælle mere. Han gav i den forbindelse udtryk for, at en del af lageret blot "fulgte med". Det kom som et chok for ham, da **Appelindstævnte** efterfølgende rejste krav om yderligere betaling for varelageret. Sparekassen var bekendt med, at han og **Appelindstævnte** ikke var enige om opgørelsen af værdien af varelageret, men han kan ikke huske, om han fortalte sparekassen, at der verserede en retssag mellem ham og **Appelindstævnte**. Han fortalte ikke sparekassen om den konkursbegæring, som **Appelindstævnte** på et tidspunkt indgav. Han var vist på ferie på det tidspunkt, da konkursbegæringen blev indgivet. Han kan ikke svare på, om det på mødet i januar 2006 blev aftalt, at sparekassen skulle have virksomhedspant. Det gik godt med at få konsignationsvarelageret nedbragt. Der var imidlertid ikke nogen avance på salget, idet mange af varerne var ukurante og i dårlig stand. Mange af varerne måtte han sælge med tab. Det var på forslag fra hans bror **Person 7**, at **Vidne 7** blev inddraget som rådgiver. Det havde ikke noget at gøre med, at der var risiko for konkurs, at han ikke lod sig rådgive af sin sædvanlige revisor. Stemningen på mødet den 25. juni 2007 var positiv. Han husker ikke at have deltaget i andre møder, hvor sparekassen var repræsenteret, end møderne i januar 2006 og juni 2007. Han mener ikke, at **Virksomhed ApS 1** på noget tidspunkt har undladt at betale forfaldne regninger eller i øvrigt misligholdt sine forpligtelser. Han valgte at indgive konkursbegæring, da han ikke kunne opnå yderligere finansiering og derfor mistede troen på virksomhedens fremtid. Beslutningen om at indgive konkursbegæring blev truffet dagen før, den blev indgivet. Det var ikke noget, han drøftede med sparekassen. Det hele blev bare for meget, og det skulle have en ende. Hans bror **Person 7** har købt aktiverne af konkursboet, og virksomheden drives i dag med vidnet som daglig leder. Det er Sparekassen Vendsyssel, der er pengeinstitut for den nye virksomhed. Han har mødt **Vidne 3** flere gange, men han kan ikke huske, om han havde mødt ham forud for mødet den 25. juni 2007. Det er muligt, at han har **Vidne 3's** mobiltelefonnummer. Han kan ikke huske, at han, som forklaret af **Vidne 3**, på et tidspunkt skulle have ringet til **Vidne 3** lidt i kl. 7 om morgenen. Han kender **Vidne 3** som sin bankforbindelse. Han kender ham ikke personligt. Han kan ikke huske, hvor det beløb på 500.000 kr., der er nævnt i brev af 21. december 2006 fra **Advokat 3** til **Advokatfirma 1** til fuld og endelig afgørelse af mellemværendet med **Appelindstævnte**, skulle komme fra. Han kan ikke huske, om han har talt med sparekassen om at låne dette beløb. Det er rigtigt, at han ikke havde andre pengeinstitutter end sparekassen. Vedrørende brevene af 13. og 19. juli 2007 fra advokat **Vidne 2** til **Advokatfirma 1** mener vidnet ikke, at han har givet advokaten mandat til at forhandle med ban-

ken. Det var vidnet og ikke advokaten, der havde kontakten med banken. Vidnet mener ikke, at han har givet advokat **Vidne 2** et eksemplar af virksomhedens regnskab. Han kan ikke huske, hvorfor advokat **Vidne 2** udtrådte af retssagen mellem **Virksomhed ApS 1** og **Appelindstævnte**.

Procedure

Parterne har i det væsentlige gentaget deres anbringender for byretten.

Landsrettens begrundelse og resultat

Det fremgår af brevet af 31. januar 2006 fra Sparekassen Jerslev til **Virksomhed ApS 1**, at sparekassen under visse nærmere angivne forudsætninger var indstillet på at yde **Virksomhed ApS 1** et lån til investering i et varelager. En af de angivne forudsætninger var, at der skulle "etableres et virksomhedspant". De nærmere betingelser for dette virksomhedspant fremgik imidlertid ikke af brevet. Der var således hverken en angivelse af panterettens maksimumbeløb eller af de aktivtyper, som virksomhedspantet skulle omfatte, jf. herved tinglysningslovens § 47 c, stk. 3. Størrelsen af det lån, som virksomhedspantet skulle stilles til sikkerhed for, var endvidere ikke angivet, idet det blot var anført, at lånet kunne være på 1.000.000 kr. eller 1.900.000 kr. Endelig må det efter bevisførelsen lægges til grund, at flere af de øvrige forudsætninger for at yde lånet, der var opregnet i brevet, herunder at der skulle udstedes et ejerpantebrev i **Vidne 6's** privatbolig, og at der skulle indleveres kvartalsbalancer til sparekassen, aldrig blev opfyldt.

Uanset at **Vidne 6** underskrev brevet af 31. januar 2006 og returnerede det til sparekassen, må brevet på denne baggrund anses som en hensigtserklæring og ikke som en aftale, og det tiltrædes derfor, at aftalen om virksomhedspant først kan anses for indgået i forbindelse med mødet den 25. juni 2007.

Ifølge **Virksomhed ApS 1's** årsrapport for 2005-2006, der blev godkendt på selskabets ordinære generalforsamling den 16. marts 2007, havde selskabet i regnskabsåret haft et underskud på 1.876.774 kr. og tabt hele sin egenkapital. Det tiltrædes på denne baggrund og efter bevisførelsen i øvrigt, at det er lagt til grund, at selskabet på dispositionstidspunktet den 25. juni 2007 var insolvent.

Ifølge brevet af 31. januar 2006 fra Sparekassen Jerslev var sparekassen allerede på dette tidspunkt klar over, at **Virksomhed ApS 1** havde økonomiske vanskeligheder, idet det i brevet er anført, at sparekassen "gerne havde set, at anpartskapitalen blev reetableret". Sparekassen må endvidere antages at have været bekendt med det krav, som **Appelinstævnte** havde rejst over for **Virksomhed ApS 1**, bl.a. fordi det beløb på 500.000 kr., som selskabets daværende advokat, **Advokat 3** ved brev af 21. december 2006 på vegne af selskabet tilbød at betale til fuld og endelig afgørelse af **Appelinstævntes** krav, næppe har kunnet hidrøre fra andre end sparekassen. Under disse omstændigheder må det anses for usandsynligt, at sparekassen den 25. juni 2007 i forbindelse med drøftelserne om en midlertidig udvidelse af selskabets kredit ikke skulle have været bekendt med selskabets regnskab. Herefter, og da de "budgetter", der var til rådighed under mødet den 25. juni 2007, ifølge bevisførelsen, herunder **Vidne 8's** forklaring, var helt uegnede til at belyse selskabets økonomiske situation, tiltrædes det, at sparekassen den 25. juni 2007 vidste eller i hvert fald burde have vidst, at **Virksomhed ApS 1** var insolvent.

Den gæld, som **Virksomhed ApS 1** den 25. juni 2007 havde til sparekassen, var usikret. I hvert fald når kreditor som her ved eller bør vide, at debitor er insolvent, er sikkerhedsstillelse for usikret gæld som udgangspunkt utilbørlig, og da der ikke foreligger omstændigheder, der kan føre til at fravige dette udgangspunkt, tiltrædes det derfor, at det var en utilbørlig disposition, da sparekassen den 25. juni 2007 lod gælden sikre ved virksomhedspant, og at sparekassen indså eller burde have indset dette.

Det tiltrædes herefter, at betingelserne for at omstøde virksomhedspantet i medfør af konkurslovens § 74 er opfyldt, idet der dog ikke kan ske omstødelse i det omfang, der er tale om pant for ny gæld.

I forbindelse med aftalen om etablering af virksomhedspant på mødet den 25. juni 2007 blev selskabets kredit i sparekassen udvidet fra 1,5 mio. kr. til 1,8 mio. kr. Efter bevisførelsen, herunder redegørelsen af 18. januar 2008 fra sparekassens advokat, **Advokat 2** og indholdet af den fremlagte posteringsoversigt (bilag 4), må det imidlertid lægges til grund, at kreditudvidelsen var begrænset til nogle måneder, således at kreditmaksimum på fristdagen den 4. december 2007 igen var nede på 1,5 mio. kr. Under disse omstændigheder er der ikke grundlag for at undtage et beløb på 300.000 kr. svarende til den midlertidige, på fristdagen ophørte kreditudvidelse fra omstødelsen.

Det beløb, der var trukket på kontoen på frisdagen, var højere end det beløb, der var trukket på kontoen på dispositionstidspunktet. Der er enighed om, at dispositionstidspunktet var den 25. juni 2007. Forskelsbeløbet udgør pant for ny gæld, som ikke kan omstødes. Ved opgørelsen af forskelsbeløbet skal der tages udgangspunkt i slutsaldoen på dispositionsdagen og slutsaldoen på frisdagen, idet der ses bort fra de bevægelser på kontoen, der fandt sted de pågældende dage. Slutsaldoen på dispositionsdagen var 1.456.930,60 kr., mens slutsaldoen på frisdagen var 1.510.968,18 kr. Det beløb, der skal bortses fra ved frigivelsen til konkursboet af provenuet fra salget af de pantsatte effekter, udgør herefter 54.037,58 kr.

Der er ikke grundlag for under denne sag at bestemme, at det beløb, der skal frigives til konkursboet, skal forrentes fra et tidligere tidspunkt end sagens anlæg den 19. maj 2008.

Sparekassen Vendsyssel skal betale sagsomkostninger for landsretten til **Appelindstævnte** med i alt 62.324,40 kr. Beløbet omfatter 2.324,40 kr. til udgifter til vidnegodtgørelse og 60.000 kr. til udgifter til advokatbistand ekskl. moms. Landsretten har lagt vægt på sagens værdi, forløb og udfald.

Thi kendes for ret:

Byrettens dom stadfæstes med de ændringer, at det beløb, der skal bortses fra ved frigivelsen af provenuet fra salget af de pantsatte effekter til **Virksomhed ApS 1** under konkurs, udgør 54.037,58 kr., og at det provenu, som skal frigives til konkursboet, forrentes fra den 19. maj 2008.

Sparekassen Vendsyssel skal betale sagens omkostninger for landsretten til **Appelindstævnte** med 62.324,40 kr.

Sagsomkostningerne skal betales inden 14 dage og forrentes efter rentelovens § 8 a.

Kristian Petersen

Henrik Estrup

Würtzen

