



Udskrift af dombogen

DOM

Afsagt den 4. januar 2011 i sag nr. BS 1A-3773/2009:

Virksomhed 1 A/S under konkurs
v/kurator advokat Michael Serring
Langelinie Allé 35
2100 København Ø
og

Virksomhed 1 ApS under konkurs
v/kurator advokat Michael Serring
Langelinie Allé 35
2100 København Ø
mod
Roskilde Bank A/S
Algade 16
4000 Roskilde

Sagens baggrund og parternes påstande

Denne sag, der er anlagt den 21. december 2009, vedrører krav om omstødelse i medfør af konkurslovens § 64, hhv. § 74, og/eller § 72, som følge af en betaling, som blev foretaget af **Virksomhed 1 ApS** til sagsøgte forholdsvis kort før konkursen.

Virksomhed 1 A/S under konkurs har nedlagt påstand om, at sagsøgte tilpligtes at betale til sagsøger 1) 240.000 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Alternativt, at sagsøgte tilpligtes at betale til sagsøger 2) **Virksomhed 1 ApS** under konkurs 240.000 kr. med tillæg af sædvanlig procesrente fra sagens anlæg til betaling sker.

Sagsøgte har nedlagt påstand om frifindelse.

Oplysningerne i sagen

Virksomhed 1 A/S blev stiftet 24. november 2004, dengang kaldet **Virksomhed 1A A/S**. Selskabets bestyrelse bestod blandt andet af **Person 1** og **Person 2 (P2)**. **Person 1** var direktør for selskabet indtil selskabets konkurs. Sagsøger 1, **Virksomhed 1 A/S**, var kunde i Roskilde Bank, men benyttede også andre pengeinstitutter.

Sagsøger 2, **Virksomhed 1 ApS** under konkurs, var 100 % ejet af

sagsøger 1, [Virksomhed 1 A/S]. Sagsøger 2, [Virksomhed 1 ApS], havde ikke noget engagement med Roskilde Bank.

Den 14. november 2008 blev sagsøger 1, [Virksomhed 1 A/S], taget under konkursbehandling. Konkursbegæringen var modtaget den 30. oktober 2008. (Bilag 3)

Sagsøger 2, [Virksomhed 1 ApS], blev taget under konkursbehandling ved Sø- og Handelsrettens skifteret den 21. november 2008 på baggrund af en konkursbegæring indgivet samme dag (bilag 21). Det fremgår, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen den 26. august 2008 anmodede skifteretten om at opløse [Virksomhed 1 ApS] på grund af manglende indlevering af årsrapport for 2007. Imidlertid blev begæringen tilbagekaldt, men som følge af den efterfølgende konkursbegæring er fristdagen for [Virksomhed 1 ApS] den 26. august 2008 (bilag 22).

[Virksomhed 1 A/S] var ejet for halvdelens vedkommende af [Person 1] - gennem [Virksomhed 2 ApS] - og for den anden halvdelens vedkommende af [P2] - gennem [Virksomhed 3 ApS]. Det fremgår af en skrivelse fra direktør [Person 1] fra [Virksomhed 2 ApS] af 9. maj 2008 (bilag 5), at [Virksomhed 2 ApS] meddelte [Virksomhed 2 A/S], at man besad aktier svarende til 6,26 % af aktie kapitalen, hvilket skulle offentliggøres via OMX København. Der kom herved en vis turbulens omkring selskaberne (bilag 6, 8, 9 og 10), hvoraf blandt andet fremgår, at Børsen den 30. juli 2008 i en artikel oplyste, at [Virksomhed 1 A/S] var kraftigt bagud med regnskab og risikerede at blive tvangsopløst. Af en senere artikel af 19. september 2008 på www.business.dk fremgik, at [Virksomhed 2 A/S] var [P2's] redningskrans, og at "[P2's] mål for kapringen af det børsnoterede rederi [Virksomhed 2 A/S] hele tiden havde været, at han og samarbejdspartneren [Person 1's] kriseramte [Virksomhed 1 A/S] skulle ind i rederiet".

Efter konkurs var indtrådt anmeldte sagsøgte ved skrivelse af 10. december 2008 (bilag 11) sit krav i sagsøger 1's konkursbo ved kurator advokat Michael Serring. Det fremgår af anmeldelsen, at sagsøgte havde et samlet tilgodehavende på 18.692.245,79 kr., og at banken havde modregnet i konti, herunder i sikringskonto 61601187398, hvis saldo pr. 14. november 2008 var 267.888,88 kr. Beløbet på denne konto fremkommer blandt andet ved, at sagsøger 2 den 8. september 2008 overførte 240.000 kr. til kontoen hos sagsøgte. (Bilag 15). Posteringsteksten lyder "fra 7681 709204".

Sagsøger 2 havde en kassekredit på max. 4.500.000 kr. i Alm. Brand Bank. Det fremgår af kontoudskrift (bilag 16), at det nævnte beløb blev hævet og overført til sagsøgte, hvorved saldoen på sagsøger 2's kassekredit androg 4.495.957,46 kr.

Sagsøger 1 havde sit engagement hos sagsøgte i dennes Tåstrup afdeling. Det fremgår af en korrespondance med afdelingens filialdirektør [Vidne 1]

blandt andet, at sagsøger 1 fremsendte årsrapport og specifikationshæfte for sagsøger 1 for 2007 på begæring af filialdirektøren. Det fremgår af årsrapporten (bilag 26) blandt andet, at revisionspåtegningen var uden forbehold, at resultat før skat var på ca. - 3.800.000 kr. mod - 20.800.000 kr. forrige år, at likvide beholdninger i koncernen androg ca. 21.000.000 kr. mod 61.000.000 kr. forrige år og i modervirksomheden 6.700.000 kr. mod 12.800.000 kr. forrige år. Endvidere fremgår under kapitalandele i dattervirksomhed, at ejerandelen var 100 % af sagsøgte 2 [Virksomhed 1 ApS].

I specifikationshæftet til årsrapporten 2007 (bilag 27) fremgår under noten "tilgodehavender hos tilknyttede virksomheder, at der ikke var noget tilgodehavende hos sagsøger 2, [Virksomhed 1 ApS]. Derimod fremgår under note 12 "gæld til tilknyttede virksomheder", at der var en mellemregning med [Virksomhed 1 ApS] på ca. 300.000 kr.

Der var en korrespondance mellem [Person 1] og [Vidne 1] fra sagsøgte omkring sagsøger 1's relaterede selskaber og deres engagementer med sagsøgte, herunder [Virksomhed 2 ApS], [Virksomhed 1 A/S] og [Virksomhed 4 ApS]. Det fremgår blandt andet, at sagsøgte ønskede at opsige [Virksomheds] engagement, da en afviklingsordning ikke var overholdt, ligesom det fremgår af et brev af 9. september 2008 (bilag 19), at sagsøgte opsagde engagementerne med [Virksomhed 2 ApS], [Virksomhed 1 A/S] og [Person 1's] eget engagement. [Virks. 4 ApS] og [Virksomhed 2 ApS] blev i øvrigt erklæret konkurs den 17. november 2008.

Forklaringer

Under sagen er der afgivet vidneforklaringer af tidligere filialdirektør [Vidne 1] og af [Vidne 2], medarbejder i Roskilde Banks kreditafdeling.

[Vidne 1] har forklaret, at sagsøger 1's engagement lå uden for hendes be-
føjelser, da engagementet var så stort. Den afdeling, som hun var filialdirektør for, foretog sig således alene den administrative del. Der skete ufatteligt mange ting i løbet af kort tid hen over sommeren 2008 hos sagsøgte. Nogen kunder skulle videre, mens andre blev i banken. Hun havde begrænset kendskab til [Virksomhed 1 A/S]. Der var mange selskaber, og det var ikke hendes kompetence. Hun vidste ikke, hvem der ejede selskaberne i sidste ende. Hun kendte både [Person 1] og [P2].

På det tidspunkt havde hun tilstrækkeligt at tænke på med sine medarbejdere og bankens situation, så derfor havde hun ikke så meget fokus på det. Hun ved ikke, om aftalerne var overholdt. Brevene har hun skrevet efter instruks fra oven. Det har nok været fordi, regnskaberne har haltet. Hun husker ikke nærmere, hvorfor man ønskede nedbringelse af kreditten. Der var dog en årlig gennemgang af engagementer, så det var helt naturligt at bede om regnskabsmateriale. Hun har givetvis kigget det igennem, men det var ikke inden for hendes kompetence at tage stilling til det, og hun husker ikke regnskabet.

Analysen skete "længere oppe". Hun husker ikke, om engagementet var opsagt. Hun kan ikke engang huske, at hun opsagde engagementet eller om sagsøger 1's engagement med sagsøgte var stort. Hun har ikke interesseret sig for sagsøger 2, og hun har ikke kendskab til selskabet.

Vidne 2 har forklaret, at han er ansat som kreditchef i sagsøgte. **Vidne 1** var chef for filialen, som havde engagementet. Vidnet var chef for kreditkontoret. **Vidne 1** skulle følge sine generelle instrukser. Sagsøgers engagement var "rødt". Man havde kendskab til selskabet gennem regnskaberne. **P2** havde også et engagement, og han var kautionist. Man fulgte med i, hvad der skete i medierne.

I foråret 2008 var der en diskussion om overtræk. Vilkårene blev i det store hele overholdt. Baggrunden for bekymringerne var, at regnskaberne viste driftsunderskud. Ejendomsmarkedet var vigende, og man var bange for, at sikkerheden var for ringe. Han så den summariske koncernoversigt. De havde også sikkerhed fra andre selskaber i koncernen. Han har ikke hæftet sig ved alle navnene. I princippet har han set, at sagsøger 2 var der, men det er ikke noget, han har hæftet sig nærmere ved. De likvide beholdninger var mindre i 2007, men der var dog stadig 21.000.000 kr. at gøre godt med. Han har nok ikke hæftet sig så meget ved pengestrømmene. De foregående år var ejendommene vokset i værdi.

Han spurgte ikke, hvor pengene 240.000 kr. kom fra, for han fulgte ikke med i den daglige kontoførelse. Han lagde naturligvis også vægt på, hvad der stod i ledelsesberetningen. De havde en forventning om, at **P2** i sit bagland eller gennem de større banker kunne løfte engagementerne ud af sagsøgte. Det var ikke deres forventning, at tingene fik det forløb, som det reelt fik. Han opfattede sagsøgte som en lille brik, og at engagementet kunne være løftet ud, hvis de pressede hårdt nok. Det er rigtigt, at man på kontoudskriften kan se, fra hvilket registreringsnummer pengene kommer fra, og man kan også se kontonummer, men ellers kan man ikke se andre oplysninger, og han holdt ikke øje med det.

Parternes synspunkter

Sagsøger har i påstandsdokument af 14. oktober 2010 til støtte for sin påstand gjort gældende:

"...

Virksomhed 1 A/S under konkurs

Fristdagen for konkursboet er 30. oktober 2008.

Ved brev af 6. august 2008 til **Person 1** angående **Person 1's** personlige engagement og engagementet med selskaberne, som **Person 1** kautionerede for, herunder **Virksomhed 1 A/S**, blev stillet krav om supplerende sikkerheder for kr. 3 mio. som betingelse for en

forlængelse af engagementet. Ved brev af 29. august 2008 blev det meddelt, at engagementerne, herunder engagementet med **Virksomhed 1 A/S**, ikke kunne forlænges, da der ikke var stillet de ønskede sikkerheder. Engagementerne blev krævet indfriet i løbet af otte dage, senest 8. september 2008. Ved brev af 9. september 2008 blev det meddelt, at engagementerne var overgivet til inkasso.

Det gøres gældende, at betalingen er omstødelig i medfør af konkurslovens § 74, idet betalingen - henset til opsigelsen af engagementet 29. august 2008 og sagsøgte øvrige kendskab til selskabets forhold - har udgjort en utilbørlig begunstiggelse af sagsøgte på de øvrige kreditorers bekostning på et tidspunkt, hvor **Virksomhed 1 A/S** var insolvent, og hvor sagsøgte var eller burde have været bekendt med insolvensen og med omstændighederne, som gjorde betalingen utilbørlig.

Der blev 15. august 2008 fra Jyske Bank indgivet konkursbegæring mod **Virksomhed 1 A/S** for en ubetalt gæld på ca. kr. 40,5 mio.

Insolvensen for **Virksomhed 1 A/S** har endvidere fremgået af den manglende evne til at opfylde de stillede krav fra Roskilde Bank, af de offentligt tilgængelige oplysninger om vanskelighederne for **Virksomhed 1 A/S** og selskaberne forbundet direkte eller indirekte med **Virksomhed 1 A/S**, og af oplysningerne tilgængelige for Roskilde Bank gennem selskabets årsrapport med tilhørende specifikationer. Sagsøgte havde (eller burde have haft) gennem disse forhold kendskab til insolvensen og til de forhold, der gjorde betalingen utilbørlig.

Det gøres tillige gældende, at betalingen ved overførsel fra bankkontoen tilhørende **Virksomhed 1 ApS** skete i mellemregning på vegne **Virksomhed 1 A/S**, og at betalingen - på samme måde som træk på en bankkonto i et andet pengeinstitut - er sket med midler til rådighed for **Virksomhed 1 A/S**.

Sagsøgte er forpligtet til at erstatte konkursboets tab, jf. konkurslovens § 76. Konkursboets tab svarer til beløbet betalt til sagsøgte. Beløbet kunne have været anvendt til andre formål, hvorved **Virksomhed 1 A/S'** øvrige kreditorer indirekte er blevet unddraget et aktiv. **Virksomhed 1 A/S** har allerede som følge heraf lidt et tab ved betalingen, ligesom betalingen har været til skade for i hvert fald én kreditor hos **Virksomhed 1 A/S** - **Virksomhed 1 ApS**.

Overfor det anførte i sagsøgte Processkrift B af 12. oktober 2010 om, at der ikke er lidt noget tab som følge af at betalingen til sagsøgte udgjorde en "tredjemandsbetaling" (idet midlerne ubestrideligt hidrørte fra **Virksomhed 1 ApS**), gøres det gældende at en "tredjemandsbetaling" - i den af sagsøgte påberåbte form - alene foreligger, hvis betalingen eksplicit sker fra

en part, som tilkendegiver overfor kreditor at ville foretage hel eller delvis betaling af skyldnerens gæld, således at kreditor på forhånd er bekendt med (og forventer) at der sker en sådan betaling fra en tredjemand med dette formål. Dette er ikke tilfældet.

Virksomhed 1 ApS

Virksomhed 1 ApS havde ikke noget engagement med Roskilde Bank, og havde ikke nogen gæld til Roskilde Bank, heller ikke som følge af kaution.

Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede 26. august 2008 om, at

Virksomhed 1 ApS blev tvangsopløst. Som følge af konkursbegæringen indgivet 21. november 2008 er fristdagen for Virksomhed 1 ApS 26. august 2008, jf. konkurslovens § 1, stk. 1, nr. 3.

Betalingen til sagsøgte er sket efter fristdagen.

Det gøres gældende, at sagsøgte var eller burde have været bekendt med, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen anmodede om tvangsopløsning af

Virksomhed 1 ApS, og dermed etableringen af fristdag, da dette fremgik som en offentligt tilgængelig oplysning.

Det gøres gældende,

at betalingen af kr. 240.000 til sagsøgte må betragtes som og ligestilles med en fejlindbetaling, og at sagsøgte som følge heraf er forpligtet til at tilbagebetale beløbet, som sagsøgte har modtaget med urette,

at betalingen til sagsøgte er omstødelig i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1 (eller dennes analogi), idet betalingen til sagsøgte har indebåret - eller ganske må sidestilles med - en gave, som er ydet senere end seks måneder før fristdagen,

at betalingen til sagsøgte er omstødelig i medfør af konkurslovens § 72, stk. 2 (eller dennes analogi), idet betalingen er sket efter fristdagen, som sagsøgte var eller burde have været bekendt med, uden at betalingen er omfattet af undtagelsesbetingelserne i konkurslovens § 72, stk. 2.

Som følge af omstødelse i henhold til konkurslovens § 64 er sagsøgte forpligtet til at fralægge sig den opnåede berigelse, jf. konkurslovens § 75, og som følge af omstødelse i henhold til konkurslovens § 72, stk. 2 er sagsøgte forpligtet til at erstatte konkursboets tab, jf. konkurslovens § 76.

..."

Sagsøgte har i påstandsdokument af 15. oktober 2010 til støtte for sin påstand gjort gældende:

" ...

Ad sagsøgers påstand 1

Det gøres til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand overordnet gældende, at sagsøger 1 ikke har lidt noget tab, idet der er tale om en tredjemandsbetaling, jf. konkurslovens § 76 modsætningsvist.

De omtvistede 240.000 kr. hidrører ubestridt fra **Virksomhed 1 ApS**

Virksomhed 1 ApS havde intet engagement med Roskilde Bank A/S.

Det er ubestridt, at betalingen ikke skete til udligning af et mellemværende mellem **Virksomhed 1 A/S** og **Virksomhed 1 ApS**. Der var således ikke tale om en fordring tilhørende **Virksomhed 1 A/S**.

Advokat Michael Serring har oplyst, at **Virksomhed 1 ApS** var insolvent på tidspunktet for betalingen, og at der ikke var grundlag for udbetaling af udbytte til moderselskabet **Virksomhed 1 A/S**. **Virksomhed 1 ApS** repræsenterede således reelt ikke noget aktiv for **Virksomhed 1 A/S**.

Det er udokumenteret, på hvilket grundlag **Virksomhed 1 A/S** kunne disponere over midler tilhørende **Virksomhed 1 ApS**.

Det gøres på den baggrund gældende, at de omtvistede 240.000 kr. ikke var omfattet af **Virksomhed 1 A/S'** formuesfære, og at **Virksomhed 1 A/S** eller dets kreditorer derfor ikke har lidt et tab, hvorfor sagsøgte skal frifindes, jf. konkurslovens § 76 modsætningsvist.

Det bestrides endvidere, at betingelserne i konkurslovens § 74 er opfyldt.

Virksomhed 1 A/S havde den 6. august 2008 offentliggjort et regnskab med en positiv egenkapital på 64.000.000 kr. Det er udokumenteret, at **Virksomhed 1 A/S** var insolvent, og at Roskilde Bank A/S vidste eller burde have vidst dette. Det forhold, at det er fremgået af pressen, at andre dele af koncernen var i vanskeligheder, er ikke tilstrækkeligt til at statuere ond tro om **Virksomhed 1 A/S**. Der er ikke godtgjort omstændigheder, der gør, at indbetalingen fra **Virksomhed 1 ApS** er utilbørlig, eller at Roskilde Bank A/S kendte eller burde have kendt omstændighederne, der gjorde indbetalingen utilbørlig.

Ad sagsøgers påstand 2

Det gøres til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand overordnet gældende, at det hverken er dokumenteret eller sandsynliggjort, at der skulle være tale om en fejlindbetaling, hvorfor det bestrides, at dette skulle være tilfældet.

Det gøres endvidere gældende, at det hverken er dokumenteret eller sandsynliggjort, at der skulle være tale om en gavedisposition, jf. konkurslovens § 64. Tværtimod må det have formodningen mod sig, at et selskab under tvangsopløsning og med økonomiske vanskeligheder vil give en gave på 240.000 kr. til en fremmed bank. Det bestrides derfor tillige, at der skulle være tale om en gavedisposition, jf. konkurslovens § 64.

Det gøres derudover gældende, at sagsøgte ikke vidste, at indbetalingen den 8. september 2008 kom fra [Virksomhed 1 ApS], der foreligger ingen oplysninger herom i sagen.

Det gøres yderligere gældende, at det er udokumenteret, at [Virksomhed 1 ApS] var insolvent den 5. september - endsige, at sagsøgte vidste eller burde have vidst dette. Endvidere vidste sagsøgte ikke - og burde ikke have vidst - at der var truffet beslutning om at tvangsopløse [Virksomhed 1 ApS]. Roskilde Bank A/S kendte således ikke til, at der var etableret en fristdag i [Virksomhed 1 ApS], jf. konkurslovens § 72.

Det bestrides derfor, at betingelserne for omstødelse efter konkurslovens §§ 64 og 72 er til stede.
..."

Retten's begrundelse og afgørelse

Ad sagsøger 2) [Virksomhed 1 ApS]

Der er intet grundlag for at antage, at indbetalingen på 240.000 kr. til sagsøgte skete ved en fejl, og sagsøger 2) har ihvertfald ikke dokumenteret dette.

Retten lægger til grund, at sagsøger 2) intet engagement havde med sagsøgte, ligesom retten lægger til grund, at sagsøger 1), [Virksomhed 1 A/S], intet tilgodehavende havde hos sagsøger 2), [Virksomhed 1 ApS], tværtimod havde sagsøger 1) en gæld hertil på ca. 300.000 kr. jf. specifikationerne til årsrapporten fra 2007. (bilag 27).

Det lægges videre til grund, at sagsøger 2) ingen interesse havde i den skete disposition, henset til, at selskabets kassekredit ved dispositionen blev trukket helt op til maximum, og selskabet nærmede sig økonomisk sammenbrud. Der ses derfor ingen forretningsmæssig begrundelse for, at beløbet på 240.000 kr. blev indbetalt til sagsøgte af sagsøger 2).

Sagsøgte har gjort gældende, at sagsøgerne ikke nærmere har redegjort for, hvorfor dispositionen blev foretaget. Der er ikke i sagen fremlagt regnskabsmateriale, som viser, hvorledes beløbet er posteret. Da der som nævnt ikke ses at have foreligget en forretningsmæssig disposition, må indbetalingen enten betragtes som et lån til sagsøger 1), hvilket må være i strid med selskabslovgivningen, da sagsøgte 2) er 100 % ejet af sagsøgte 1), eller en ga-

ve.

Retten finder, at der i forhold til kreditorerne i sagsøger 2) har foreligget en gavedisposition, som havde til formål at nedbringe sagsøger 1) Virksomhed 1 A/S' engagement med sagsøgte, som pressede sagsøger 1)'s beslægtede selskaber mv. for yderligere sikkerheder og - ifølge Vidne 2's forklaring - ønskede engagementet med V 1 A/S koncernen afviklet.

Virksomhed 1 A/S (V 1 A/S)

Det kan undre, at betalingen på 240.000 kr. blev indsat på en kredit, som var i plus og ikke på en af kreditterne, der var i minus, men retten finder ikke, at det har betydning for sagens afgørelse, da kontoen af sagsøgte blev bragt i modregning.

Der er ingen grund til at antage, at sagsøgte vidste eller burde vide, at indbetalingen på 240.000 kr. stammede fra et af Virksomhed 1 A/S datterselskaber, eller at betalingen skete under de ovenfor nævnte omstændigheder. Der kan for omstødelse efter konkurslovens § 64, stk. 1 ikke opstilles noget krav om, at gavemodtager er i ond tro.

Retten finder samlet, og da det er ubestridt, at indbetalingen er sket senere end 6 måneder før fristdagen, at indbetalingen skal omstødes i medfør af konkurslovens § 64, stk. 1 eller af en analogi af samme, idet der ikke var nogen forretningsmæssig begrundelse for - hverken i forhold til Virksomhed 1 A/S eller i forhold til sagsøgte - at beløbet blev indbetalt til sagsøgte.

Da påstandene er nedlagt alternativt, findes der herefter ikke anledning til at tage stilling til, om betalingen tillige ville kunne omstødes i forhold til sagsøger 1).

Sagsøger har betalt 6.060 kr. i retsafgift, hvilket beløb skal godtgøres sagsøger 2 af sagsøgte. Herudover skal sagsøger 2 tilkendes et passende beløb til advokatudgifter. Retten finder, at dette kan fastsættes til 32.000 kr. Retten har taget udgangspunkt i de vejledende takster. Sagsøger 2 er ikke momsregistreret.

Thi kendes for ret:

Sagsøgte, Roskilde Bank A/S, skal inden 14 dage betale 240.000 kr. til Virksomhed 1 ApS, under konkurs, med tillæg af procesrente fra sagens anlæg den 21. december 2009 samt i sagsomkostninger 38.060 kr.

Dommer