



**KØBENHAVNS BYRET
DOM**

afsagt den 11. juli 2019

Sag BS-30794/2018-KBH

Sydbank A/S
(advokat Bo Christensen)

mod

A
(advokat Peter Honoré)

Denne afgørelse er truffet af dommer ...

Sagens baggrund og parternes påstande

Sagen er anlagt den 23. august 2018.

Sagen vedrører spørgsmålet, om A er bundet af sin kautionserklæring overfor Sydbank A/S, om forpligtelsen er bortfaldet og om renteberegning og -grundlag.

Sagsøgeren, Sydbank A/S, har nedlagt påstand om, at sagsøgte A til Sydbank A/S skal betale 1.185.902,74 kr. med rente 16,25% pr. år, subsidiært sædvanlig procesrente, fra den 23. august 2018 til betaling sker.

Sagsøgte, A, har påstået frifindelse og nedlagt selvstændig frifindelsespåstand for så vidt angår sagsøgers principale rentepåstand.

Dommen indeholder ikke en fuldstændig sagsfremstilling, jf. retsplejelovens § 218

a.

Forklaringer

Der er afgivet forklaring af A og B.

A har forklaret, at han var direktør i X ApS, som var en distributions- og agentvirksomhed. I sommeren 2014 kørte virksomheden en voldgiftssag mod Y ApS om uberettiget opsigelse af en agentaftale. I 2011 havde han også fået opsagt et andet agentur. Efter aftale med B Sydbank, fortsatte hans virksomhed under voldgiftssagen. En afvikling af virksomheden var ikke på tale. Kunderne tilhører agenten, så han fortsatte virksomheden med samme kundekreds, men solgte bare ikke længere Y ApS' varer. Y ApS kunne selv fortsætte salget til de kunder, X ApS havde skaffet. Sagsøgte og banken var enige om, at provenuet fra voldgiftssagen ville være omfattet af pantet. Senere spurgte B, om sagsøgte var helt sikker på, at provenuet var omfattet af pantet. Sagsøgte svarede, at han mente, at provenuet var omfattet, men henviste B til selv at undersøge spørgsmålet, da sagsøgte ikke var jurist. Det største aktiv i virksomheden var agentaftalerne, så virksomheden gik konkurs efter voldgiftssagen. Banken nedskrev mellemværendet med virksomheden med provenuet på 750.000 kr. og "lukkede kassen". Efter aftale med B blev virksomhedens aktiver solgt til et firma ejet af sagsøgtes far. Sagsøgte havde sit sidste møde med B den 27. juli 2015.

Det var ikke meningen, at X ApS skulle gå konkurs og sagsøgte prøvede at finde ud af, hvordan virksomheden kunne driftes. B vidste, at der var debitorer for ca. 133.000 kr. og et lønkrav, som banken tilbød at finansiere. B var nervøs for de 750.000 kr. og ønskede virksomheden fortsat, så man undgik omstødelse. Banken havde ikke opsagt virksomhedens engagement og sagsøgte troede, at samarbejdet fortsatte som hidtil. Han undrede sig over bankens brev til ham af 8. marts 2017, hvoraf fremgik et forligsbeløb på 750.000 kr. og renter på 401.089,08 kr. Han forstod ikke forøgelsen med de 750.000 kr. og syntes, at rentebeløbet var for højt. Han skrev derfor en mail til banken den 16. maj 2017. Det skyldige beløb på 330.000 kr. var rettelig pr. 3. september 2015. Han vidste ikke, at banken tog 16,25 % i rente. Han havde haft travlt med at drifte sin virksomhed og var ikke "dykket ned" i specifikke renteberegninger, men gik ud fra, at banken opgjorde gælden korrekt. Ingen i banken har udtrykkeligt gjort ham opmærksom på rentesatsen. Han havde kigget på udskrifterne fra banken og talt rentegælden sammen til ca. 240.000 kr. Bemærkningen om de 16,25 % i rente stammer nok fra bankens brev af 8. marts 2017. Sagsøgte og B havde en "god kemi" og fik altid løst eventuelle udfordringer sammen. Sagsøgte har aldrig gjort indsigelse overfor banken før brevet vedrørende de 750.000 kr. Han regnede med, at B ville kontakte ham efter de to første påkrav for at aftale nærmere omkring en løsning af problemet. Han kontaktede derfor ikke selv banken. Det var hans opfattelse,

at påkravene blot var "fast procedure" i banken og ikke noget, som han skulle forholde sig til. Han reagerede dog på den tredje rykker, da han intet havde hørt om en forligsaftale. Han har ikke talt med B efter, at X ApS gik konkurs.

Ved udgangen af august 2014 gik virksomheden godt. Han havde et positivt salg, men manglede likviditet til at indkøbe de solgte varer. Han aftalte med B, at kreditten skulle nedbringes, når varerne var solgt og betalt. Virksomheden havde en kreditaftale med banken på 1.5 mio. kr., der i forbindelse med voldgiftssagen skulle nedbringes med 1 mio. kr. den 15. juni 2015. Det var meningen, at virksomheden skulle kunne klare sig uden kredit. Voldgiftskendelsen blev afsagt den 4. juni 2015, men virksomheden havde den 15. juni 2015 endnu ikke modtaget de 750.000 kr. Han havde en mailkorrespondance med B, der spurgte ind til virksomhedspantet og pressede på for indbetalingen, da banken ellers ville trække kautionen. Virksomheden havde tabt ca. 1 mio. kr. på provision fra Y ApS, men økonomien så fin ud, efter at man havde modtaget de 750.000 kr. I juni 2015 havde SKAT et krav mod virksomheden på 200.000 – 250.000 kr., som man drøftede afviklingen af. Virksomheden havde haft en indtægt på ca. 1 mio. kr. og omsætningen for efteråret var sikret. B vidste godt, at virksomheden havde mistet ca. 1 mio. kr. i provision fra Y ApS. I 2015 prøvede sagsøgte at skaffe nye agenturer og havde løbende drøftelser med eventuelle samarbejdspartnere. Det lykkedes at få ét nyt agentur.

B har forklaret, at han har været ansat som erhvervsrådgiver i Sydbank siden 2007. Han beskæftiger sig med "mellemstore erhverv". X ApS blev kunde i banken i 2012/2013. Virksomheden havde oprindeligt en kredit på 500.000 kr., men fik ultimo august 2014 forhøjet kreditten med 1 mio. kr. grundet likviditetsbehov. Banken havde også i 2013 bevilget et overtræk af samme grund. Der havde været drøftelser om en fusion af virksomheden med Y ApS, men forhandlingerne faldt til jorden i juli 2014. Virksomheden fik den midlertidige kreditforhøjelse, da man havde solgt varer for ca. 2.4 mio. kr. og manglede ca. 900.000 kr. for at kunne hjemtage varerne. Kreditaftalen skulle pr. 1. februar 2015 igen nedskrives til 500.000 kr. Kreditforhøjelsen skulle oprindeligt være dækket af indbetalinger fra kunder med de ca. 2.4 mio. kr., men det skete ikke, da der i mellemtiden var opstået en tvist mellem virksomheden og Y ApS., som A oplyste, ville overtage virksomhedens kunder. Den 26. januar 2015 skrev vidnet derfor en indstilling om en forhøjelse af kreditten til 2 mio. kr. med nedskrivning til 500.000 kr. pr. 1. maj 2015. Nedjusteringsdatoen blev senere rykket til den 15. juni 2015 på udfaldet af voldgiftskendelsen og nogle forhandlinger med en investor, som måske ville købe 30 % af virksomheden for 2 – 3 mio. kr. Der var også to andre interesserede investorer. A havde stillet banken i udsigt, at kreditten ville blive nedbragt som aftalt, men det skete ikke. Vidnet havde den 21. maj 2015 ringet til As far om overtrækket på kontoen og skrev herom den 22. maj 2015 til både As far og til virksomheden.

Vidnet opsagde den 15. juni 2015 virksomhedens engagement med banken, da der var et overtræk på mere end 1 mio. kr. Der forelå endvidere ikke regnskab for virksomheden, som kun havde oplyst debitorsaldoen, så banken ikke længere havde indsigt i virksomhedens økonomi. Vidnet vidste, at SKAT havde forsøgt at gøre udlæg i indeståendet på virksomhedens bankkonto, men der var intet indestående. Den 23. juni 2015 skrev A til ham, at der var kommet penge på voldgiftssagen. Han svarede, at hvis pengene blev indsat på erhvervskontoen, ville banken ikke kalde kautionen overfor As far. Den 24. juni 2015 indgik der 1.056.000 kr. fra voldgiftssagen og kreditten blev nedskrevet. Vidnet bad i mail af 9. juli 2015 virksomheden om en redegørelse for de forventede indbetalinger fra debitorerne. Han nævnte ikke i mailen at virksomhedens engagement med banken var opsagt. Det var der ingen grund til, da der jo allerede var sket opsigelse og engagementet var overdraget til "nødlidende" afdelingen. Han havde herefter intet at gøre med virksomheden, herunder omstødelsen.

Parternes synspunkter

Sydbank A/S har i påstandsdokument af 6. juni 2019 anført følgende:

"...

OPGØRELSE AF PÅSTANDSBELOBET

Idet sagsøger ønsker at skære sagen til, tilpasser sagsøger herved påstandsbetøbet således:

Kassekreditsaldo pr. 22. september 2015 fratrukket returneret lovpligtig sikkerhedsstillelse (50.000 kr.)	kr.	344.589,17
Tilbageførsel af omstødelig betaling	kr.	750.000,00
Dividende modtaget fra X A/S under konkurs Renter af 344.589,17 kr. (16,25%) fra den 22. september 2015 til den 21. august 2018	kr.	-201.445,08
Renter af 548.554,92 kr. (16,25%) fra den 8. marts 2017 til den 21. august 2018.	kr.	163.078,01
	kr.	129.680,64
I alt	kr.	1.185.902,74

Beløbet på 548.554,92 kr. udgør den omstødelige betaling fratrukket den modtagne dividende.

AFVIKLINGEN AF X APS

Sagsøger bestrider, at sagsøgers ageren i forløbet efter konkursen strider mod nogen af de forudsætninger og intentioner, parterne arbejdede ud fra i perioden op til konkursen. Sagsøgtes anbringender herom er både udokumenterede og uden rele-

vans for nærværende sag.

Det forhold, at sagsøgte i sin egenskab af direktør hos X ApS medvirkede til, at X ApS nedbragte sin kredit hos sagsøger, medfører ikke, at sagsøger af den grund ikke var berettiget til at opsigte kreditten overfor X ApS.

Det følger af sagsøgtes e-mail til sagsøger (bilag 15), at X ApS befandt sig i økonomiske vanskeligheder og skyldte penge til skattevæsenet, hvorfor kreditten måtte betragtes som misligholdt, jf. kreditaftalens (bilag 25) pkt. 3.

KAUTIONENS GYLDIGHED OG OMFANG

Kautionens gyldighed og vedtagelse

Det gøres gældende, at sagsøgte har påtaget sig en selvskyldner kaution, som er bindende for sagsøgte.

Der er tale om en erhvervskaution, idet kautionen sikrer erhvervsgæld, og idet sagsøger som kautionist var kapitalejer med bestemmende indflydelse i debitorselskabet, X ApS. Der er således ikke grundlag for at foretage indskrænkende fortolkning af kautionen og dens rækkevidde.

Det gøres på den baggrund gældende, at kautionserklæringens vilkår skal anses som vedtaget mellem parterne, og kautionserklæringen skal følgelig tillægges virkning efter dens indhold.

Kautionens omfang, herunder i relation til renter

Det gøres gældende, at kautionen omfatter ethvert mellemværende mellem sagsøger og X ApS, herunder en forøgelse af kautionsforpligtelsen som følge af konkursretlig omstødelse af en nedbringelse af hovedfordringen, samt forlig af et sådant omstødelleskrav.

Der er tale om en selvskyldnerkaution, jf. bilag 3, der er formuleret således:

"Til sikkerhed for opfyldelse af enhver forpligtelse som [X ApS] har eller måtte få over for [sagsøgers] afdelinger og datterselskaber i Danmark og udlandet [...] indestår [sagsøgte] som selvskyldnerkautionist." [min kursivering]

Det fremgår videre af kautionserklæringens vilkår om hæftelsens omfang, at denne omfatter alle krav, herunder blandt andet, men ikke begrænset til, hovedstol, renter, misligholdelsesrenter og provision. Det fremgår videre, at misligholdelsesrenter kan beregnes af hele det skyldige beløb fra det tidspunkt, hvor kautionsforpligtelsen gøres gældende. Kautionfordringen er følgelig selvstændigt genstand for for-

rentning med en rente svarende til misligholdelsesrenten/inkassorenten.

Endelig fremgår det af kautionserklæringens vilkår, at såfremt en indbetaling på hovedfordringen efterfølgende omstødes, opretholdes kautionistens hæftelse for den omstødelige del af hovedfordringen.

Eftersom kautionsfordring dækker en kassekredit, hæfter sagsøgte som kautionist for renters renter, hvilket fremgår af Hans Helge Beck Thomsen et al., "Kaution og tredjemands pant", 4. udgave (2017), s. 99-100:

"Hvor hovedforholdet er en kassekredit, der f.eks. tilskrives rente hver den 1. i kvartalet, vil hovedmanden og derfor også kautionisten hæfte for renters rente."

Det fremgår samme sted (s. 100), at *"Hvor kautionisten hæfter for kreditrenter, hæfter han selvsagt også for de renter, der påløber efter misligholdelsen af hovedforholdet"*.

Det gøres på denne baggrund gældende, at sagsøgtes kautionsforpligtelse omfatter påstandsbeløbet, herunder såvel rentekravet som forligsbeløbet på de 750.000 kr., som sagsøger betalte til forlig af et omstødelseskrav, som konkursboet efter X ApS rettede mod sagsøger.

Det gøres endvidere gældende, at sagsøgte i kraft af sin stilling som direktør hos X ApS og i kraft af sit ejerskab, i vidt omfang må identificeres med X ApS, således at kautionsaftalen, også under hensyntagen til at der foreligger en erhvervskaution, må fortolkes udvidende. Det bemærkes i den forbindelse, at sagsøgte har haft fuldt ud indblik i kreditaftalen og aftalebetingelserne.

Sagsøger har ikke opgivet retten til at kræve kautionsforpligtelsen genetableret

Det gøres gældende, at sagsøger ikke ved det som bilag 6 fremlagte påkrav af 7. september 2015 har fortabt retten til at kræve kautionsforpligtelsen genetableret som følge af en eventuel omstødelse af indbetalingen den 24. juni 2015.

Det altovervejende udgangspunkt i dansk ret er, at kreditor kan rette et krav mod kautionisten, såfremt en indbetaling til kreditor omstødes, selv hvis der ikke foreligger aftale herom. Det følger af den juridiske litteratur, at kreditor kan rette kravet mod kautionisten selv i en situation, hvor kreditor uden forbehold har meddelt kautionisten, at han er *fyldestgjort*, jf. herved Hans Helge Beck Thomsen et al., "Kaution og tredjemands pant", 4. udgave (2017), s. 229:

"Hovedreglen er formentlig, at hvor hovedfordringen genopstår som følge af omstødelse, genopstår også kautionsfordringen, selv om kreditor uden forbehold har meddelt kautionisten, at kautionen er frigivet"

Det er alene i helt særlige situationer, at en kreditor, som uforbeholdent har meddelt kautionisten, at forpligtelsen er indfriet, fortaber retten til at genetablere kautionforpligtelsen, og i sådanne situationer udgør indretningshensyn typisk et væsentligt moment.

I nærværende sag er der end ikke tale om, at sagsøger har meddelt sagsøgte, at sagsøger er fyldestgjort eller at kautionforpligtelsen er indfriet. Det som bilag 6 fremlagte påkrav er ikke andet end en anmodning om indbetaling af det beløb, som på tidspunktet for skrivelsen var og kunne opgøres.

Herudover bemærkes, at sagsøgte da hellere ikke har indrettet sig efter påkravsskrivelsen fremlagt som bilag 6, da sagsøgte ikke indbetalte det opkrævede beløb i henhold til denne skrivelse (eller noget andet beløb for den sags skyld).

Derudover er det også udtrykkelig aftalt mellem parterne, at frigivelse af kautionisten først får virkning, når denne har modtaget skriftlig meddelelse fra banken om, at kautionisten er frigivet, jf. kautionserklæringen fremlagt som bilag 3. Samme sted er aftalt, at såfremt en indbetaling bliver omstødt, opretholdes kautionistens hæftelse uanset eventuel meddelelse om, at kautionisten er frigivet.

OMSTØDELSESKRAVET

Sagsøger gør overordnet gældende, at forhøjelsen af kautionsfordring med kr. 750.000 var berettiget.

Beløbet var ikke omfattet af Sydbanks virksomhedspant

Sagsøger gør gældende, at X ApS' indbetaling til nedbringelse af kreditten den 24. juni 2015 ikke var omfattet af sagsøgers virksomhedspant for så vidt angår kr. 750.000, hvorfor sagsøger var berettiget – og forpligtet – til at tilbagebetale beløbet til konkursboet efter X ApS.

Det er et grundlæggende panteretligt princip, at man kun kan pantsætte aktiver, som man selv ejer. Dette gælder tillige i forhold til virksomhedspant efter tinglysningens § 47c, der omfatter *pantsætters*, X ApS', aktiver.

I relation til sagsøgers virksomhedspant hos X ApS, så omfattede dette virksomhedspant således alene den goodwill, som udgjorde X ApS' goodwill, og som X ApS følgelig kunne råde over. Derimod omfattede virksomhedspantet ikke den goodwill, som X ApS opbyggede for agenturgiveren, idet dette af indlysende årsager tilhørte agenturgiveren.

Det afgørende i forhold til vurderingen af, hvorvidt beløbet på kr. 750.000 var omfattet af sagsøgers virksomhedspant, er derfor, om dette beløb udgjorde en erstatningssum,

"der træder i stedet for det pantsatte" (dvs. "i stedet for X ApS' goodwill"), jf. nr. 2, 1. pkt. i de almindelige betingelser (virksomhedspant) i skadesløsbrevet (bilag 4, s. 3), idet det tillige bemærkes, at pantet ikke omfatter andre surrogater end erstatnings- og forsikringssummer.

Denne vurdering må ske med udgangspunkt i voldgiftskendelsen fremlagt som bilag 5, hvoraf fremgår voldgiftsrettens begrundelse for at tildele X ApS beløbet på kr. 750.0000 (s. 30):

"147. Voldgiftsretten finder herefter, at X ApS er berettiget til godtgørelse. Voldgiftsretten har ved udmålingen af beløbet lagt til grund, at der har bestået et handelsagentsamarbejde mellem Parterne siden 2011. Voldgiftsretten har endvidere lagt til grund, at X ApS har bidraget betydeligt til opbygningen af Y ApS' kundekreds og markedet for Y ApS' produkter. Der består fortsat værdi for Y ApS af X ApS' agentarbejde både på GoPro-produkter frem til ophøret af distributionen og også på andre produkter, herunder i forhold til nye brands, som Y ApS måtte påbegynde distributionen af som erstatning for GoPro. Voldgiftsretten har ydermere lagt vægt på, at Handelsagentaftalen, herunder X ApS' indtægtsgrundlag, ophørte med omgående virkning.

148. Under hensyntagen til Handelsagentlovens § 26 finder Voldgiftsretten, at Y ApS skal betale et skønsmæssigt fastsat beløb på 750.000 kr. (ex. moms) til X ApS." [min kursivering og understregning]

Det tildelte beløb efter handelsagentlovens § 25 udgjorde ifølge voldgiftskendelsen en *godtgørelse* for X ApS' opbygning af Y ApS' kundekreds og markedet for Y ApS' produkter, ligesom X ApS' agentarbejde havde givet Y ApS en fremadrettet værdi, både i forhold til produktet GoPro, men også i forhold til andre produkter og Y ApS' nye brands.

Eftersom kundekredsen og de forskellige brands ikke tilhørte X ApS', har selskabet aldrig haft mulighed for at råde herover. Den ydede godtgørelse udgør derfor ikke en betaling for X ApS' afståelse af goodwill, men derimod en betaling for arbejdet forbundet med at opbygge *agentur giverens goodwill*.

Det anførte understøttes af Betænkning af 1988, nr. 1151 om handelsagenter og handelsrejsende ("betænkningen"), hvor bl.a. følgende er anført om godtgørelsen efter handelsagentlovens § 125 (s. 121-122):

"Udtrykket »goodwill-godtgørelse« anvendes hyppigt om godtgørelse til handelsagenten som nævnt i udkastets § 25. I formueretlig og i skatteretlig henseende defineres goodwill sædvanligvis dels som værdien af kundekreds, forretningsforbindelser og lignende, dels som en virk-

somheds merværdi i forhold til den bogførte værdi. Overdrager indehaveren af en virksomhed dette aktiv til en køber, kan der opstå et krav på betaling for goodwill.

Ved godtgørelse til en handelsagent i forbindelse med agenturforholdets ophør er der ikke tale om, at agenten i traditionel juridisk forstand overdrager en kundekreds eller lignende til agenturgiveren. Arbejdsgruppen har derfor - i overensstemmelse med direktivets terminologi - anvendt udtrykket »godtgørelse ved ophør« om den ydelse, agenturgiveren skal betale ved agenturforholdets ophør, jf. også den svenske betegnelse »avgångsvederlag«. [min kursivering og understregning]

Det følger således eksplicit af betænkningen, at arbejdsgruppen ikke anså godtgørelsen efter handelsagentlovens § 25 for *afståelse af goodwill*, da kundekredsen, som også anført ovenover, selvsagt ikke tilhører agenten, men derimod agenturgiveren.

At kundekredsen er agenturgiverens følger ligeledes forudsætningsvist af handelsagentlovens § 2.

Endvidere følger det af handelsagentaftalens pkt. 19ff, der er refereret på s. 11 i voldgiftskendelsen (bilag 5), at agentaftalen og agentens forretningsaktiviteter ikke kan overdrages uden samtykke fra agenturgiveren.

Det anførte understøttes tillige af Skattedepartementets udtalelse i betænkningen om den skatteretlige rubricering af godtgørelsen efter handelsagentlovens § 25 (s. 120):

"Skattedepartementet har endvidere oplyst, at i de tilfælde, hvor agenten efter agenturaftalen ikke kan overdrage agenturet til tredjemand uden samtykke fra agenturgiveren, vil ingen del af den ydede godtgørelse efter Skattedepartementets opfattelse kunne anses som vederlag for afståelse af goodwill, idet den værdi, der måtte være knyttet til agenturet, rettelig tilhører agenturgiveren og ikke agenten." [min kursivering og understregning]

Det kan på denne baggrund slås fast, at den ydede godtgørelse efter handelsagentlovens § 25 ikke udgjorde betaling for X ApS' afståelse af goodwill til agenturgiveren, men derimod betaling for de fordele, som agenturgiveren fremadrettet måtte nyde som følge af X ApS' arbejde forbundet med opbygningen af *agenturgiverens goodwill*. Godtgørelsen udgjorde således ikke en erstatning for X ApS' mistede kundekreds og brands m.v. (goodwill), hvorfor den ydede godtgørelse ikke var omfattet af sagsøgers virksomhedspant.

Det understøttes også af det forhold, at handelsagentlovens § 25 ifølge sin ordlyd netop er en 'godtgørelse' og ikke en erstatning for tab af goodwill, hvilket tillige fremgår af de specielle bemærkninger til handelsagentlovens § 25 (LFF 1989-12-08 nr .106):

"Arbejdsgruppen foretrak i sit lovdokument at benytte godtgørelsesmodellen (direktivets artikel 17, stk. 2), og lovforslagets § 25 er identisk med arbejdsgruppens udkast." [min kursivering]

Sagsøgte har i sit processkrift B af 31. maj 2019 fremhævet afgørelsen U 1993.857/1 H og anført, at den tingsretlige definition af goodwill ikke er afhængig af, om en tilknyttet kontrakt er overdragelig eller ej. Det bemærkes, at afgørelsen ikke udtaler sig om den 'tingsretlige definition af goodwill', idet afgørelsen blot fastslår, at goodwill kan pantsættes, selv om det ikke sker i forbindelse med pantsætning af en overdragelig lejekontrakt. Hvorvidt agenturaftalen og forretningsaktiviteterne er overdragelige eller ej er, i denne sag, derimod et relevant moment i vurderingen af, om den værdi, der måtte være knyttet til agenturet, tilhører agenten eller agenturgiveren, jf. også ovenfor de citerede passager fra betænkningen s. 120-122.

Herudover bemærkes, at sagsøger anerkender, at der i visse tilfælde kan være goodwill knyttet til agentens, *in casu* X ApS', virksomhed, som kan virksomhedspantsættes. Denne goodwill kan derimod alene i bestå i den kundekreds og det 'brand value' m.v., som tilhørte X ApS, hvilket i sagens natur var 0 kr., idet selskabet gik konkurs.

Sagsøger havde ikke fuldgod sikkerhed

Det gøres gældende, at sagsøger ikke kunne have afvist omstødelseskravet på andet grundlag, idet det bestrides, at sagsøger havde fuldgod sikkerhed i kraft af sagsøgte og/eller sagsøgte fars kaution.

I forhold til sagsøgte far, C, fremgår det af bilag A, at kautionen kun var gældende for det til enhver tid skyldige beløb, der måtte overstige kr. 1.250.000. Henset til, at sagsøgte gæld var under dette beløb såvel på tidspunktet for X ApS' konkurs som på tidspunktet for forliget mellem sagsøger og konkursboet, har sagsøger ikke kunnet afvise omstødelseskravet med henvisning til nogen fuldgod sikkerhed.

Sagsøgte synspunkt om, at kautionen i forhold til sagsøgte selv udgjorde en 'fuldgod sikkerhed' er ikke i overensstemmelse med dansk ret. Beløbet på kr. 750.000, der blev indbetalt til sagsøger, udgjorde en omstødelig betaling, hvorved den kautionssikrede fordring blev nedbragt og dermed kautionistens (sagsøgte) hæftelse tilsvarende. Havde sagsøger beholdt beløbet, ville kautionisten således have været begunstiget på bekostning af de øvrige kreditorer i konkursboet, og konkursboet kunne derfor tillige have rettet et krav mod kautionisten på betaling af kr. 750.000. Sagsøgte kan derfor ikke frigøres fra kautionsforpligtelsen med henvisning til sagsøgte egen kaution over for sagsøger.

Under alle omstændigheder gøres det gældende, at sagsøgte kautionsforpligtelse

ikke udgjorde fuldgod sikkerhed, dels fordi sagsøgte ikke har dokumenteret dette, dels fordi sagsøgte trods flere påkrav (bilag 6, 7 og 10) ikke indbetalte noget beløb overhovedet i henhold til kautionen. Selv hvis sagsøgte måtte have været uenig i kravets størrelse, var sagsøgte forpligtet til at indbetale det beløb, som sagsøgte kunne godkende. Sagsøgtes manglende betaling af noget beløb overhovedet må *i sig selv* medføre, at sagsøgtes kautionsfordring ikke kunne anses for en 'sikker kaution'.

Det er endvidere helt åbenbart, at sagsøger ikke over for konkursboet kunne afvise omstødelseskravet med henvisning til, at sagsøgtes kaution udgjorde 'sikker kaution', når sagsøgte på det tidspunkt, hvor omstødelseskravet blev rejst mod sagsøger, var i misligholdelse med betaling af kautionskravet.

Sagsøger var i god tro med hensyn til forliget

Selv for det tilfælde at retten måtte finde, at indbetalingen fra X ApS til sagsøger den 24. juni 2015 ikke var omstødelig, gøres det gældende, at sagsøger desuagtet har været berettiget til at forhøje kautionsforpligtelsen med kr. 750.000.

Sagsøger har således handlet i tillid til ikke blot sin egen interne juridiske vurdering, men også kurators vurdering, jf. bilag 8, ligesom der mellem sagsøger og sagsøgte tilsyneladende var tvivl om, hvorvidt det indbetalte beløb var omstødeligt. Det følger således af sagsøgtes egen redegørelse over forløbet, jf. sagsøgtes e-mail af 9. januar 2018 (bilag 15), at Sydbank "*har været fuld ud bevidst omkring risikoen for omstødelse af den pågældende voldgiftssag*", og at sagsøgte tolkede beløbet fra voldgiftssagen "*som en simpel fordring idet det vedrørende den manglende provision/lydelse fra Y ApS Til det spurgte B om jeg var 100% sikker. Jeg ringede ham op og anbefalede han talte med en af bankens advokater der kunne rådgive ham i den pågældende situation*".

Sagsøgte har altså været fuldt ud bevidst om, at der var en risiko for, at indbetalingen kunne blive omstødt, hvilket sagsøgte ifølge det citerede forinden indbetalingen til sagsøger havde drøftet med sagsøger.

Når der endvidere henses til, at det klart og tydeligt er aftalt i kautionserklæringen (bilag 3), at sagsøger "*uden kautionistens samtykke [kan] opgive eller forringe alle for engagementet stillede sikkerheder, uden at bankens krav mod kautionisten efter denne kautionserklæring derved nedsættes eller bortfalder*", er der intet hensyn der tilsiger, at den aftalte bestemmelse ikke skal finde anvendelse fuldt ud i forhold til sagsøgte.

RENTEKRAVET

Det gøres gældende, at sagsøgte hæfter for misligholdelsesrente/inkassorente for kautionsfordringen med 16,25 % p.a.

Misligholdelses-/inkassorente er gyldigt vedtaget

Det fremgår klart og tydeligt af kautionserklæringen fremlagt som bilag 3, at sagsøgte hæfter for alle krav i hovedforholdet, herunder

"Lån/kreditter med tillæg af renter, provision og lignende. Hertil kommer overtræk, ubetalte afdrag og renter, fx misligholdelsesrenter, provision og lignende heraf. Misligholdelsesrente beregnes af hele det skyldige beløb" [min kursivering og understregning]

Det gøres på den baggrund gældende, at sagsøgte hæfter for alle krav, der er påløbet i hovedforholdet med X ApS, og at misligholdelsesrente beregnes af hele det skyldige beløb.

I relation til forrentningen af kautionssfordringen følger det af kautionserklæringen (s. 2), at:

"6. Kravet, opgjort under pkt. 1-5, tillægges løbende misligholdelsesrente fra det tidspunkt, kravet rettes mod den pågældende kautionist. Herved kan kravet mod kautionisten ved dennes manglende betaling blive højere end en eventuelt aftalt beløbsbegrænsning. Satsen for misligholdelsesrente oplyses på forlangende og fremgår desuden af bankens prisbog." [min kursivering og understregning]

Det gøres på den baggrund gældende, at der er særskilt hjemmel i kautionsaftalen til at beregne misligholdelsesrente/inkassorente af kautionssfordringen med rentesatsen i henhold til sagsøgers prisbog af hele det skyldige beløb.

Sagsøgte har gjort gældende, at kautionserklæringen skal fortolkes indskrænkende og derfor ikke omfatte den pågældende misligholdelses/inkassorente.

Dette bestrides. Der er intet grundlag for at fortolke kautionserklæringen indskrænkende, idet der er tale om en erhvervskaution, og idet der ikke består nogen fortolkningstvív. Der er således åbenbart, at bestemmelsen om "misligholdelsesrente" i kautionsdokumentet sigter til en morarente, der pålægges kautionisten i tilfælde af misligholdelse. At sagsøger betegner misligholdelsesrenten som en 'inkassorente' er der intet odiøst i, idet inkassorente netop er en rente pålagt som følge af misligholdelse, altså misligholdelsesrente. Begrebet 'misligholdelsesrente' og 'inkassorente' dækker således over det samme, idet der i begge tilfælde er tale om en morarente. Sagsøgte har derfor været fuldt ud bekendt med, at sagsøgte ville blive pålagt at betale en højere rente, såfremt sagsøgte misligholdte sin kautionssforpligtelse. Dette understøttes også af det forhold, at der i vidt omfang må ske identifikation mellem sagsøgte og X ApS, således at kautionserklæringen også af denne grund må fortolkes udvidende. Der er derfor intet grundlag for at sagsøgte skulle kunne frigøre sig fra de aftalte betingelser for beregning af misligholdelsesrente.

Det gøres endvidere gældende, at sagsøgers almindelige forretningsbetingelser (bilag 26) er vedtaget mellem sagsøger og sagsøgte i relation til kautionen, idet sagsøgte ved sin underskrift af kautionserklæringens (bilag 3, s. 4) har godkendt følgende:

"Sydbanks Almindelige forretningsbetingelser – som jeg bekræfter at have modtaget – gælder mellem banken og mig, i det omfang betingelserne kan anvendes af banken over for mig som kautionist, med respekt af gældende lovgivning og retspraksis"

Det gøres gældende, at der i sagsøgers almindelige forretningsbetingelser (bilag 26) er hjemmel til at beregne inkassorente af kautionsfordringen, idet sagsøgers almindelige forretningsbestemmelser indeholder følgende bestemmelse:

"12. Overtræksrente, rykkergebyr m.v.

Hvis en konto misligholdes ved overtræk, ved restance eller ved udnyttelse i strid med aftalen, kan banken kræve en overtræksrente. Hvis kontoen ophæves som følge af misligholdelse, kan banken kræve en inkassorente.

(...)

Du kan se størrelsen af rykkergebyret i bankens rykkerbrev og prisliste. Du kan kontakte os, hvis du vil høre nærmere om øvrige gebyrer, overtræksrenten og inkassorenten" [min kursivering]

Som det fremgår af det citerede, præciserer sagsøgers almindelige betingelser, der således gælder mellem parterne, at *inkassorente* er en rente der pålægges som følge af misligholdelse.

Rentesatsen

Det gøres gældende, at den i sagsøgers prisbog (bilag 26) angivne inkassorente på 23,882% p.a. er vedtaget mellem parterne, og at sagsøger således har været berettiget til at kræve kautionsfordringen forrentet med det lavere beløb på 16,25% p.a.

Det gøres endvidere gældende, at rentesatsen ikke er urimelig og derfor ikke kan tilsidesættes.

Særligt i forhold til renter beregnet i hovedforholdet

Sagsøgte har gjort gældende, at der i hovedforholdet er beregnet misligholdelsesrenter forud for X ApS' konkurs, idet sagsøgte også har anført, at en betydelig del af kreditsaldoen pr. 22 september 2015 udgjorde misligholdelsesrenter. Sagsøgte har endvidere gjort gældende, at det må komme sagsøger processuelt til skade, at sagsøger ikke har opfyldt opfordring (V).

Dette bestrides. Som sagsøger tidligere har forklaret, blev der ikke forud for selskabet X ApS' konkurs beregnet misligholdelsesrente.

Renten tilskrives hvert kvartal i månederne marts, juni, september og december, og som det også fremgår af periodeopgørelserne (bilag 28), er de pågældende renter i et størrelsesomfang, der svarer til en rente på 8 %.

Det er imidlertid ikke muligt at fremlægge en mere specificeret redegørelse og angivelse af, hvordan renterne, der fremgår af bilag 28, konkret er beregnet, idet renterne beregnes maskinelt.

Sagsøgte har imidlertid haft rig lejlighed til selv at efterregne de beløb, som sagsøgte måtte være uenig i eller være i tvivl om. Det er trods alt sagsøgte der uden dokumentation herfor har hævdet, at creditsaldoen den 22 september 2015 i væsentligt omfang udgør misligholdelsesrente. Sagsøgte har imidlertid afstået fra selv at foretage en sådan efterregning.

Sagsøgte har endvidere hellere ikke tidligere og før konkursen bestridt de i perioden før konkursen tilskrevne renter, selvom sagsøgte var direktør og eneanpartshaver hos X ApS, og selvom sagsøgte havde kautioneret for kreditten.

Sagsøgtes anbringender herom og om processuel skadevirkning i forhold til sagsøger bør derfor ikke tillægges nogen vægt.

Særligt om renters rente

Sagsøgte har gjort gældende, at der i forhold til sagsøgtes rentekrav er beregnet renters rente i hovedforholdet, og at sagsøger derfor ikke kan kræve betaling for rente.

Sagsøgtes synspunkt er svært gennemskueligt. En kassekredit med trækingsret medfører i sagens natur, at renter tilskrives hovedstolen i det omfang, låntager ikke nedbringer kreditten. Derved udgør rentetilskrivningen et yderligere træk på kreditten og rente beregnes med udgangspunkt i hele det trukne kreditbeløb. Dette er i sagens natur en elementær del i den type kreditfaciliteter.

Det bemærkes i den forbindelse, at det opgjorte påstandsbeløb ikke udgør renters renter, men at sagsøgte, der har kautioneret for en kassekredit, som angivet ovenover vil hæfte for renters rente.

Der er ikke indtrådt forældelse

Sagsøgte har gjort gældende, at sagsøgtes rentekrav er forældet.

Dette bestrides. Henset til, at rentebeløbet ifølge de fremlagte periodeopgørelser op

til selskabet X ApS' konkurs blev tilskrevet inden for kredittens maksimum, er kravet på betaling af rente tilskrevet før X ApS' konkurs den 27. august 2015 undergivet en 10-årig forældelsesfrist, jf. rentelovens § 6, stk. 3, 2. pkt., jf. stk. 1.

Det gøres derfor gældende, at sagsøgers krav ikke er forældet ..."

A har i påstandsdokument af 6. juni 2019 anført følgende:

" ...

ANBRINGENDER - OVERORDNET

...

Det er overordnet Sagsøgtes synspunkt, at nedbringelsen af det kautionssikrede engagement, den 24. juni 2015, ikke var omstødelig, bl.a. fordi den skete med midler, som var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant, jf. tinglysningslovens § 47c.

Sagsøgers betaling af omstødelseskravet beror således på Sagsøgers egen fejlbedømmelse, hvorfor betalingen ikke kan kræves dækket under Sagsøgtes kautionsforpligtelse.

Størstedelen af det resterende kautionssikrede engagement består af tilskrevne "misligholdelsesrenter" på 16,25%, som Sagsøger hverken har haft hjemmel til at beregne i hovedforholdet (X ApS' kredit) eller i relation til den omtvistede kautionsforpligtelse, og som derfor heller ikke kan kræves dækket under Sagsøgtes kautionsforpligtelse.

Den resterende del af Sagsøgers krav, kassekreditsaldoen på kr. 330.227.53, er på det foreliggende grundlag umuligt at forholde sig til.

Dokumentationen, som Sagsøger har fremlagt under sagen, belyser ikke, hvad det er for et krav, eller hvordan kravet er sammensat i henholdsvis reelle kredittræk (hovedstol), kreditrenter, morarenter, omkostninger og "misligholdelsesrenter", og Sagsøger har nægtet at oplyse dette samt medvirke yderligere til sagens oplysning.

Det kan dog konstateres, at kassekreditsaldoen både består af "misligholdelsesrenter" og dels af renters rente.

Den foreliggende bevistvivl, og Sagsøgers ageren i øvrigt, skal nødvendigvis tillægges processuel skadevirkning over for Sagsøger.

På det foreliggende grundlag, hvor det ganske enkelt ikke er muligt at med sikkerhed at opgøre, hvad Sagsøgers krav rettelig skulle kunne opgøres til, og hvor kreditsaldoen består af poster,

som Sagsøgte aldrig bør kunne blive dømt for, bør der ske frifindelse i det hele.

Subsidiært, hvis retten føler sig kompetent til at foretage en skønsmæssig ansættelse, må der ske en ikke-uvæsentlig nedsættelse af kassekreditsaldoen, da bevistvivlen, som udelukkende beror på Sagsøgers forhold, ganske enkelt ikke bør komme Sagsøgte til skade.

SAGENS OPLYSNING

Som redegjort for i duplikken og processkrift A, har Sagsøger afvist at medvirke til sagens oplysning og nægtet at opfylde Sagsøgtes opfordringer II, III, IV og V.

Dette på trods af tidligere tilkendegivelser om, at opfordringerne ville blive opfyldt, og på trods af, at den adspurgte dokumentation har betydning i forhold til at kunne vurdere

- kautionsforpligtelsen og dens omfang,
- gælden i det sikrede hovedforhold,
- omfanget af renter i det sikrede hovedforhold,
- omfanget af renters rente (hvad det imidlertid nu er klart, der er beregnet),
- Sagsøgers vurdering af engagementet og de stillede sikkerheder, og
- forholdene omkring det omstødelseskra, Sagsøger (uberettiget) anerkendte over for konkursboet efter X ApS.

Det gøres gældende, at Sagsøgers ageren, uanset sagens resultat i øvrigt, skal tillægges omkostningsmæssig betydning.

OMSTØDELSESKRAVET

Til støtte for den nedlagte frifindelsepåstand gøres det gældende, at kravet efter handelsagentlovens § 25, jf. § 26, på kr. 750.000, som X ApS blev tilkendt ved den som bilag 5 fremlagte voldgiftskendelse, var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant, jf. tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Der er enighed mellem parterne om, at de ved voldgiftskendelsen tilkendte provisioner omfattes af tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 1, som værende simple fordringer fra salg af varer og tjenesteydelser.

Sagsøger har imidlertid overset, at det ved voldgiftskendelsen tilkendte krav efter handelsagentlovens § 25 udgør betaling for "goodwill", som omfattes af tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Der henvises til den betydelige retspraksis på handelsagentlovens § 25 samt bestemmelsens forarbejder,

herunder f.eks. lovforslag nr. 106, fremsat den 8. december 1989 pkt. 6.5.2, hvor det udtrykkeligt anføres (fremhævning foretaget her):

"6.5.2. Efter § 25 har agenten ved aftalens ophør krav på, at agenturgiveren betaler ham en godtgørelse - i praksis ofte kaldet goodwill-erstatning eller godtgørelse for kundekreds."

Betaling efter handelsagentlovens § 25 betegnes i almindelighed som "goodwill-godtgørelse" eller "goodwill-erstatning", hvilket er gentaget adskillige steder i forarbejderne til handelsagentlovens § 25, herunder både i selve lovforslaget, jf. ovenfor, samt i betænkning nr. 1151 fra 1988 ("Handelsagentbetænkningen").

Det er dog uden relevans for den foreliggende sag, om betalingen betegnes som en "godtgørelse" eller "erstatning".

Det afgørende er, om betalingen udgjorde et "goodwill-aktiv", henholdsvis et surrogat for et sådan aktiv, i X ApS' formuesfære, idet betalingen da var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant, jf. tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Sagens skriftlige forberedelse har belyst, at Sagsøgers retlige vildfarelse kan spores derhen, at Sagsøger vedholdende og udelukkende fokuserer på, hvem kundekredsen juridisk tilhører. Dette er imidlertid ikke afgørende i forhold til, hvorvidt betalingen i henhold til den som bilag 5 fremlagte voldgiftskendelse udgjorde goodwill, som var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant.

Goodwill er regnskabsteknisk et aktiv, som udgøres af den merværdi, som knytter sig til en erhvervsvirksomheds kundekreds, forretningsforbindelser eller lignende, og som ligger udover summen af virksomhedens øvrige aktiver og passivers nettoværdi. Det er således klart, og i øvrigt også fastslået i praksis, at goodwill ikke afgøres efter, hvem der formelt er indehaver af kundekredsen, i hvert fald ikke i formueretlig henseende.

For handelsagenten udgøres goodwill af handelsagentaftalens økonomiske værdi, herunder den til aftalen tilknyttede omsætning med den kundekreds, som handelsagenten har opbygget, og tillige den økonomiske kompensation ("goodwill-erstatning"), der skal betales, hvis handelsagentaftalen bringes til ophør, jf. handelsagentlovens § 25.

Til illustration kan der bl.a. henvises til U 2001.325 H samt U 1996.316 V, og særligt landsrettens henvisning til, at kontrakterne udgjorde virksomhedens væsentligste aktiv. For en handelsagent udgør handelsagentaftalen selvsagt virksomhedens væsentligste aktiv.

Sagsøger overser således, at "goodwill" også kan bestå i kontraktrettigheder, beliggenhed, brand value m.m.

Sagsøger overser imidlertid også, at kundekredsen i agenturforholdet mellem X ApS og Y ApS ikke udelukkende var agenturgivers, jf. bl.a. handelsagentaftalens pkt. 3.3 (gengivet på side 7 i voldgiftskendelsen, sagens bilag 5).

Det er endvidere væsentligt at notere, at pengebeløbet efter handelsagentlovens § 25 er noget, der skal betales til handelsagenten.

Når der betales noget til handelsagenten, er det fordi, denne ved ophøret af agentaftalen fortaber den goodwill, der var oparbejdet i agenturforholdet. Agentens fortabelse er direkte modsvaret af den potentielle gevinst, agenturgiveren har ved nemt at kunne "samle" handelsagentens forretning op efter ophøret. Dette er også årsagen til, at man har valgt at lovfæste agentens ret til godtgørelse/erstatning.

Betalingsstrømmen – til handelsagenten – understreger således i sig selv, at der er tale om betaling for goodwill.

Skatteretlig ctr. formueretlig definition af goodwill

Sagsøger har i processkrift 1 gjort gældende, at goodwill forudsætter, at kontrakten, som goodwillen knytter sig til, er overdragelig. Til støtte herfor har Sagsøger henvist til en udtalelse fra Skattedepartementet i Handelsagentbetænkningen, side 120.

Sagsøger overser dog i den forbindelse, at den skatteretlige definition af goodwill er forskellig fra den formueretlige definition, og herunder definitionen i tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Den formueretlige definition er ifølge den almindelige juridiske opfattelse bredere, og er ikke afhængig af, om en tilknyttet kontrakt er overdragelig eller ej.

Dette fremgår bl.a. af en med Handelsagentbetænkningen samtidig afsagt kendelse fra Højesteret, U 1993.857/1, hvor Højesteret udtrykkeligt fastslår, at den tingsretlige definition af goodwill ikke er afhængig af, om en tilknyttet kontrakt er overdragelig eller ej (som påstået af Sagsøger):

"Uanset at pantsætters lejekontrakt ikke hjemler lejeren nogen fremleje- eller afståelsesret, findes pantsætningsaftalen, ved hvilken der må anses at være sket en tilstrækkelig specificering af den pantsatte good-will, at kunne tinglyses efter tinglysningslovens § 47, og kærendes påstand tages derfor til følge."

Henvisningen til Skattedepartementets udtalelse i Handelsagentbetænkningen er således misvisende, og som et kuriosum kan nævnes, at Sagsøger, ved sin henvisning, netop gør sig skyldig i samme forseelse, som gav betækningsarbejdsgruppens faglige medlemmer grund til at fremkomme med en korrigerende udtalelse til

Skattedepartementets udtalelse, jf. betænkningens side 121 (understregning foretaget her):

”Det ligger uden for udvalgets kommissorium at behandle den skattemæssige problemstilling, som måtte blive affødt af de nye lovbestemmelser”

Tre af udvalgets medlemmer, Karin Jacobsen, Det danske Handelskammer, Michael H. Svendsen, Danmarks Agentforening og Per Hector, Danmarks Aktive Handelsrejsende, udtrykker dog tvivl om rigtigheden af Skattedepartementets vurdering af den skattemæssige behandling af godtgørelsesbeløb efter lovudkastets § 25, idet godtgørelsen, efter disse medlemmers mening, skal opfattes som en pligtmæssig betaling for den goodwill, som handelsagenten har tilført agenturgiveren i kontraktperioden. I en agenturforretning kan og vil der normalt blive oparbejdet en goodwill. Denne antagelse støttes af direktivets artikel 18, litra c, hvorefter agenturgiveren ikke skal betale godtgørelse til den fratrådte handelsagent, når agenturforretningen (mod betaling af vederlag) overdrages til en ny handelsagent, hvilken overdragelse i praksis uden undtagelse vil kræve et samtykke fra agenturgiveren. At der kan etableres en goodwill i agenturforhold underbygges yderligere af bestemmelsen i artikel 17, stk. 4, hvorefter kravet om godtgørelse tillige består, når agenturforholdet afbrydes som følge af handelsagentens død, og af bestemmelsen i artikel 18, litra b, om ophør på grund af høj alder, svagelighed eller sygdom.”

Nærværende sag vedrører den formueretlige definition af goodwill, ikke den skatteretlige.

Af forarbejderne til reglerne om virksomhedspant, fremgår det klart, at pantsætning af goodwill efter tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7, materielt blot var en videreførelse af hidtidig praksis efter tinglysningslovens § 47, jf. bl.a. betænkning nr. 1459 fra 2005, side 40 og 126.

Den korrigerende udtalelse fra arbejdsgruppen, jf. ovenfor, er således både illustrativ og korrekt, i hvert fald formueretligt, og i overensstemmelse med såvel senere retspraksis som forarbejderne til tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Goodwill omfattet af virksomhedspantet

Når begrebet ”goodwill-erstatning” anvendes både i lovens forarbejder, i retspraksis og i den juridiske teori, er det selvsagt fordi, betalingen efter lovens § 25 er en økonomisk kompensation for den goodwill, handelsagenten mister ved handelsagentaftalens ophør. Ellers ville ordet ”erstatning” heller ikke give nogen som helst mening.

Dette illustreres også klart af udtalelsen i Handelsagentbetænkningens side 121, jf. ovenfor.

”Goodwill-erstatningen” efter § 25 er et surrogat for den tabte goodwill, som var oparbejdet i agenturforretningen, og som ifølge dansk formuerets almindelige regler træder i stedet for pantet med den virkning, at panthaver nu har pant i kravet/pengebeløbet.

Såvel handelsagentloven, dennes forarbejder, praksis på lovens § 25 og forholdets natur støtter således ensidigt, at godtgørelsen udgjorde en betaling for goodwill (”goodwill-erstatning”), som derfor også var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant, jf. tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Det forhold, at der ved konkursen ikke var noget goodwill i selskabet, er i den forbindelse ikke overraskende, da aftalen med Y ApS på dette tidspunkt var bragt til ophør (og godtgørelse herfor var betalt).

Det er også klart, at Sagsøger ikke kan påberåbe sig ”god tro” over for Sagsøgte med hensyn til forliget (replikkens side 7).

Sagsøger er en større finansiel institution, med adgang til betydelige interne og eksterne juridiske ressourcer, hvorfor Sagsøger er langt bedre i stand til at kunne vurdere de juridiske forhold vedrørende virksomhedspantet, end Sagsøgte. Et synspunkt om, at Sagsøger skulle kunne påberåbe sig ”god tro” over for Sagsøgte, forekommer således absurd.

Sagsøgte var desuden ikke involveret i omstødelsesdrøftelserne eller forligets indgåelse.

Sagsøgte blev først bekendt med omstødelsessagen lang tid efter, i forbindelse med modtagelsen af en årsopgørelse i foråret 2017, hvor gælden til Sagsøger tilsyneladende var blevet forhøjet med betalingen til konkursboet. På dette tidspunkt var omstødelsesbetalingen imidlertid foretaget (uigenkaldeligt).

Og selv da var det ikke muligt for Sagsøgte at få oplyst, hvad der lå til grund for, at Sagsøger havde erkendt et omstødelseskrav.

Endelig bemærkes, at det i sig selv kan undre, at Sydbank A/S har anerkendt et omstødelseskrav på baggrund af det notat, der er fremlagt som bilag 8, der (mildest talt) må betegnes som lakonisk. Det er nærliggende at antage, at anerkendelsen, på et så lakonisk grundlag, kunne bero på en opfattelse af, at man rent faktisk var fuldgodt sikret via Sagsøgtes kaution.

Uanset hvad anerkendelsen beror på, skete nedbringelsen dog med midler, som var omfattet af Sagsøgers virksomhedspant, hvorfor nedbringelsen ikke var omstødelig. Kravet kan følgelig ikke dækkes ind ved at rette det mod Sagsøgte, hvorfor Sagsøgte skal frifindes for såvel forhøjelsen på de 750.000 kr. og af de beregnede renter

heraf.

Sagsøgers argumentation forekommer i det hele konstrueret, som en efterrationisering baseret på det faktum, at Sagsøger begik en fejl ved at erkende omstødelseskravet. Denne fejl skal imidlertid ikke komme Sagsøgte til skade, hvorfor det ukorrekt anerkendte omstødelseskrav heller ikke kan videreføres til Sagsøgte.

Såfremt Sagsøger ønsker dækning for det udbetalte krav, må Sagsøger henvises til at rette et tilbagesøgningskrav mod konkursboet/kurator.

Øvrigt grundlag

Sagsøger kunne tillige have afvist omstødelseskravet på andet grundlag, det vil sige også selvom godtgørelsen ikke skulle have været omfattet af tinglysningslovens § 47c, stk. 3, nr. 7.

Det skyldes dels den i sagen omhandlede kautionsforpligtelse og dels, at Sagsøger tillige havde andre sikkerheder.

Det er Sagsøgte opfattelse, at Sagsøger betragtede sig fuldt sikret på engagementet som følge resultatet af voldgiftskendelsen, bilag 5, og værdien af de øvrige virksomhedspantsatte aktiver, herunder særligt udestående debitorer.

Sagsøger har bekræftet denne opfattelse, jf. retsplejelovens § 344.

Sagsøger kunne således (også) have afvist omstødelseskravet med henvisning til, at Sagsøger hverken blev "utilbørligt begunstiget" (konkurslovens § 74) eller "beriget" (konkurslovens § 75) ved betalingen, den 24. juni 2015.

Det bemærkes endvidere, at såvel erkendelsen af et omstødelseskrav som inddrivelsen over for Sagsøgte forekommer at være i strid med de forudsætninger, der blev lagt til grund af parterne i forbindelse med den fælles afvikling af virksomheden.

Frafald

Endelig gøres det gældende, at Sagsøger, ved den som bilag 6 fremlagte restgældsopgørelse, som er afgivet uden forbehold af nogen art, under alle omstændigheder har fortabt retten til at kræve kautionsforpligtelsen genetableret som følge af eventuel omstødelse af indbetalingen, den 24. juni 2015.

Bilag 6 fremstår tydeligvis som en restgældsopgørelse ("*det skyldige beløb*", "*saldoen er pr. dags dato*"), som er afgivet uden forbehold af nogen art.

Dette understreges ydermere af, at Sagsøger efterfølgende forsøgte at "berigtige"

den allerede afgivne frigivelseserklæring, ved det som bilag 7 fremlagte "reviderede påkrav".

Selv for det tilfælde, at retten (mod forventning) måtte finde, at Sagsøger har betalt i henhold til et berettiget omstødelseskrav, skal Sagsøgte således fortsat frifindes for omstødelsesdelen af Sagsøgers krav (samt renter heraf), idet Sagsøger ved egen drift har frafaldet retten til at kræve kautionen genetableret for den omstødte del.

"MISLIGHOLDELSERENTE"

Til støtte for den nedlagte frifindelsespåstand gøres det desuden gældende, at der ikke er hjemmel i parternes aftale til at beregne en misligholdelsesrente på 16,25%, hverken i forhold til det kautionssikrede engagement eller i forhold til den omtvistede kautionsforpligtelse, hvorfor Sagsøgte skal frifindes for såvel

- kravet på kr. 429.323,41,
- saldoen på den kautionssikrede kassekredit pr. august 2015 i det omfang, denne består af "misligholdelsesrenter", og
- Sagsøgers principalt nedlagte rentepåstand.

Det er på baggrund af sagens skriftlige forberedelse klart, at der ikke foreligger aftalemæssig hjemmel til at beregne den omtvistede "misligholdelsesrente".

Årsagen hertil er den simple, at der ikke foreligger *nogen* aftaler, dokumenter eller oplysninger, som giver Sagsøger hjemmel til at beregne en "misligholdelsesrente" på 16,25% over for Sagsøgte.

Sagsøgte er aldrig blevet oplyst af Sagsøger, at kautionshæftelsen kunne omfatte misligholdelsesrenter på 16,25%. Dette er ubestridt mellem parterne.

I relation til det kautionssikrede engagement, har Sagsøger fremlagt bilag 25 til støtte for, at der skulle foreligge aftalemæssig hjemmel i forhold til hovedforholdet.

Der fremgår imidlertid **intet** i bilag 25 om, at der skulle kunne beregnes en rente i hovedforholdet på 16,25%, ligesom ordet "misligholdelsesrente" ikke fremgår nogen steder i bilag 25.

Det nærmeste, der fremgår af dokumentet, er, at der kan beregnes en "*overtræksrente*" på "*0,0000 % p.a.*".

Det bemærkes for god ordens skyld, at Sagsøgte ikke bestrider, at der i hovedforholdet kan beregnes overtræksrente med 0%.

Bilag 25 udgør utvivlsomt ikke bevis for, at Sagsøger skulle have ret til at beregne

en misligholdelsesrente på 16,25%, hverken i hovedforholdet eller i kautionsforholdet.

Sagsøger har desuden henvist til afgørelsen 527/2010 fra Pengeinstitutankenævnet og anført, at afgørelsen vedrører en "*lignende formulering*". Dette er misvisende. I den nævnte afgørelse var den pågældende rente specificeret i aftaledokumentet (nævnets præmisser henviser udtrykkeligt hertil) – hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

Ordet "*misligholdelsesrente*" fremgår alene som et ikke nærmere afgrænset eller defineret begreb i de generelle vilkår, der var vedhæftet den som bilag 3 fremlagte kautionserklæring. Ordet fremgår ingen steder i selve aftaledokumenterne.

Endvidere – og mere væsentligt – kan det lægges til grund for sagens afgørelse, at det slet ikke er muligt, i nogen af sagens dokumenter, at udfinde rentesatsen for "*misligholdelsesrenter*".

Rettens opmærksomhed henledes således på, at der i prisbogen, sagens bilag 27, **intet** fremgår om "*misligholdelsesrenter*".

Faktum er således, at det ikke i nogen af sagens dokumenter – hverken i aftaledokumenterne eller i bankens generelle betingelser eller informationsdokumenter – fremgår, at Sagsøger skulle have ret til at beregne en misligholdelsesrente på 16,25%.

Punkt 6 i de generelle betingelser i kautionserklæringen, bilag 3, er dermed i realiteten indholdsløst, da den pågældende rentesats slet ikke eksisterer.

Det fastholdes således, at der ikke er hjemmel i parternes aftale til at beregne en misligholdelsesrente på 16,25%, hverken i hoved- eller kautionsforholdet.

Det gøres ydermere gældende, at den omtvistede kaution og dens rækkevidde nødvendigvis skal fortolkes indskrænkende og imod affatteren (Sagsøger), og at de generisk formulerede standardbetingelser, der er vedhæftet kautionen, ikke udgør hjemmel for at beregne en "*misligholdelsesrente*" på 16,25% over for Sagsøgte, bl.a. fordi renten ikke er oplyst *nogen steder* i disse standardvilkår. Dette må gælde i særlig grad i den foreliggende sag, hvor affatteren er en finansiel institution.

Det bestrides således, at Sagsøger skulle have ret til at applikere en misligholdelsesrente i kautionsforholdet ud fra, hvad der lader til at være en (egen)fortolkning af bankens generelle forretningsbetingelser og informationsdokumenter.

Ved denne fortolkning har Sagsøger i replikken henvist til en "*inkassorente*", hvilket forekommer fuldstændig uforstående al den stund, at ordet "*inkassorente*" ikke

fremgår af den som bilag 3 fremlagte kautionserklæring (hverken i aftalen eller de vedhæftede generelle betingelser), og idet nærværende sag ikke er en inkassosag – hvilket er ubestridt mellem parterne og årsagen til, at Sagsøger har set sig nødsaget til at revidere sin påstand.

Sagsøgte fastholder derfor, at også denne del af Sagsøgers krav må afvises, idet det ikke er dokumenteret, at Sagsøger – hverken generelt eller konkret – skulle være berettiget til at beregne en "misligholdelsesrente" over for Sagsøgte på 16,25%.

Det er ligeledes fortsat Sagsøgtes opfattelse, at tilskrivningen af "misligholdelsesrenter", strider mod de forudsætninger og intentioner, der lå til grund for den fælles afvikling af X ApS og de pantsatte aktiver i perioden op til konkursen.

Endelig bemærkes, at beløbet på kr. 429.323,41 under alle omstændigheder er opgjort forkert, da rentegrundlaget på "kr. 893.144,09", jf. replikken, bl.a. er baseret på kassekreditsaldoen, som til dels bestod af rentetilskrivninger. Kravet på misligholdelsesrenter udgøres således renters rente, hvad der utvivlsomt ikke er hjemmel til at opkræve over for Sagsøgte.

KREDITSALDOEN

Det efterlader den del af Sagsøgers krav, der er opgjort som kreditsaldoen pr. 22. september 2015, kr. 394.589,17.

Fra dette krav skal i første række trækkes sikkerhedsstillelsen på kr. 50.000, som er modtaget retur fra konkursboet samt renter heraf, idet der hverken er hjemmel i parternes aftale eller i dansk ret til, at forpligtede Sagsøgte til at betale renter (det være sig morarenter eller "misligholdelsesrenter") af en sikkerhedsstillelse efter konkurslovens § 27, stk. 4.

Udgangspunktet må således nødvendigvis tages i kreditsaldoen før hævning af sikkerhedsstillelsen. Af bilag 29 kan konstateres, at denne saldo udgjorde kr. 330.227,53.

Retten bedes dog bemærke, at en betydelig del af denne saldo udgøres af "misligholdelsesrenter", som Sagsøger har tilskrevet på engagementet forud for konkursen,

1. uden at der er hjemmel hertil, og
2. på et tidspunkt, hvor det kautionssikrede engagement hverken var misligholdt eller forfaldent.

hvilket er bekræftet under sagens skriftlige forberedelse.

Allerede af den grund kan kreditsaldoen ikke danne grundlag for domsafsigelse over for Sagsøgte.

Som sagen er forelagt, er det ligeledes bekræftet, at en betydelig del af kreditsaldoen består i renters rente, herunder renter af "misligholdelsesrenter" og vise versa, på trods af, at der ikke er hjemmel i parternes aftale til at beregne renters rente.

Også af den grund kan kreditsaldoen ikke bare blindt danne grundlag for domsafsigelse over for Sagsøgte.

På det foreliggende grundlag er enkelt ikke muligt at opgøre, hvad det reelle engagement udgjorde pr. konkurstidspunktet (reelt kredittræk med eventuelt pålignet kreditrente, dog uden renters rente og "misligholdelsesrente").

I sådan et tilfælde, hvor det ikke er muligt at med sikkerhed at opgøre, hvad Sagsøgers krav rettelig skulle kunne opgøres til, om noget, bør der ske frifindelse i det hele.

Subsidiært, hvis retten føler sig kompetent til at foretage en skønsmæssig ansættelse, må der ske en ikke uvæsentlig nedsættelse af kassekreditsaldoen pr. konkursens indtræden i august 2015, og kravet må nødvendigvis opgøres betydeligt lavere end kr. 330.227.53.

Bevisusikkerheden bør ganske enkelt ikke komme Sagsøgte til skade, heller ikke i en eventuel skønsmæssig ansættelse.

SAGSØGERS RENTEOPGØRELSE

Uanset sagens resultat i øvrigt, fastholdes det, at Sagsøgers renteopgørelse er forkert, og at den ikke kan danne grundlag for domsafsigelse over for Sagsøgte.

Hovedstolen, der er anvendt som rentegrundlag er således forkert, idet der i hovedstolen indgår en betaling til konkursboet på kr. 750.000, som Sagsøger ikke er berettiget til at opkræve over for Sagsøgte. Sagsøgte fastholder ligeledes, at Sagsøger ikke er berettiget til at lade sikkerhedsstillingen efter konkurslovens § 27, stk. 4, indgå i et rentegrundlag over for Sagsøgte.

Sagsøgers renteopgørelse skal desuden periodiseres.

Selv hvis retten (mod forventning) måtte finde, at Sagsøgte er forpligtet til at anerkende den med omstødelseskrauet forhøjede kautionsforpligtelse, er Sagsøgers betaling til konkursboet først sket den 30. november 2016, jf. bilag 29. Sagsøger har dog beregnet rente af beløbet siden den 22. september 2015, jf. stævningens pkt. 4, hvilket indiskutabelt er forkert.

Endelig kan det, på baggrund af bilag 29, med sikkerhed konstateres, at der i Sagsøgers renteopgørelse er beregnet renters rente – i det mindste i relation til rentetilskrivningen, foretaget den 21. september 2015, hvilket Sagsøger ikke er berettiget til.

Ud fra bilag 28 er det uklart, hvad det er for en rente, der er beregnet i perioden 2014 – 2015. Af periodeopgørelsen kan det konstateres, at der i flere måneder er beregnet meget betydelige rentebeløb, som ikke harmonerer med, at renten i kreditaftalen, bilag 25, "kun" udgjorde 8% pa.

Sagsøger har imidlertid, uden nogen egentlig forklaring herpå, afvist at fremlægge en renteopgørelse eller nærmere at oplyse, hvordan renterne, der fremgår af bilag 28, konkret er beregnet, herunder den/de anvendte rentesats(er).

Det må således lægges til grund for sagens afgørelse, jf. retsplejelovens § 344, at en del af kreditsaldoen ved selskabets konkurs i august 2015, udgjordes af tilskrivninger af "misligholdelsesrenter". Sagsøgers renteopgørelse er således udtryk for "misligholdelsesrenters misligholdelsesrente", hvilket Sagsøger utvivlsomt ikke er berettiget til.

Sammenfattende i forhold til Sagsøgers rentekrav, fastholdes det således, at Sagsøger (højest) kan kræve morarenter efter renteloven af en hovedstol uden "misligholdelsesrenter", og først fra det tidspunkt, hvor engagementet var opsagt til forfald, dog ikke udover 3 år, jf. forældelseslovens § 3, jf. § 6, stk. 3.

Det er fortsat udokumenteret, hvornår Sagsøgers engagement med X ApS skulle anses for opsagt til forfald, hvorfor det relevante begyndelsestidspunkt for en renteberegning må være sammenfaldende med X ApS' konkurs, den 28. august 2015.

Det er dog også fortsat uklart, hvilket beløb der i så fald skal beregnes rente af, og det fastholdes derfor, at Sagsøgers eventuelle rentekrav er så uklart, at Sagsøgte ikke på det foreliggende grundlag kan tilpligtes at betale nogen del af kravet.

Henset til disse uklarheder fastholdes også anbringendet om, at Sagsøgers rentekrav må anses for helt eller delvist forældet, jf. forældelseslovens § 3, jf. § 6, stk. 3. ..."

Parterne har under hovedforhandlingen nærmere redegjort for deres opfattelse af sagen.

Rettens begrundelse og resultat

A er ved kautionserklæring af 21. august 2014 indtrådt som

selvskyldnerkautionist for enhver forpligtelse, som X ApS havde eller måtte få overfor Sydbank A/S. Vilkårene for kautionen fremgår af kautionserklæringen og A har endvidere ved sin underskrift bekræftet at have modtaget bankens almindelige forretningsbetingelser. Kautionserklæringen er senere afløst af en enslydende kautionserklæring af 29. januar 2015. A findes herefter at være bundet af kautionserklæringen og dennes vilkår samt af forretningsbetingelserne.

X ApS har den 23. juli 2012 udstedt skadesløsbrev til banken med pant i bl.a. virksomhedens goodwill. X ApS indbetalte den 24. juni 2015 efter en voldgiftssag 750.000 kr. på kassekreditten. Det fremgår af voldgiftsrettens kendelse, at beløbet var en godtgørelse for X ApS' oparbejdelse af en kundekreds for Y ApS, som denne virksomhed også fremover kunne udnytte, ligesom der blev lagt vægt på parternes flerårige samarbejde og at samarbejdet - og dermed indtægtsgrundlaget for X ApS - ophørte med omgående virkning. Herefter findes de nævnte 750.000 kr. ikke at være omfattet af bankens virksomhedspant.

X ApS blev erklæret konkurs den 27. august 2015 og banken opgjorde i denne forbindelse i mail af 7. september 2015 bankens krav overfor A. Da kurator krævede kreditorbegünstigelsen på de 750.000 kr. omstødt, tilbagebetalte banken beløbet. Henset til kautionserklæringens vilkår om, at banken uden kautionistens samtykke kan opgive eller forringe alle for engagementet stillede sikkerheder, uden at kravet mod kautionisten nedsættes eller bortfalder, findes Sydbank A/S at have været berettiget til efter tilbagebetalingen til konkursboet at forhøje kautionsfordringen med 750.000 kr.

Da As hæftelse for renter og misligholdelsesrenter af hele det skyldige beløb - med henvisning til prisbogen for satsen - fremgår af kautionserklæringens vilkår, gives der Sydbank A/S medhold i rentepåstanden.

Herefter, og da bankens rentekrav ikke findes at være forældet, ligesom banken på intet tidspunkt har meddelt A skriftlig frigivelse for kautionsforpligtelsen, gives der Sydbank A/S medhold i den nedlagte påstand.

Sagsomkostningerne er efter sagens værdi, forløb og udfald fastsat til dækning af advokatudgift med 68.750 kr. og af retsafgift med 32.300 kr., i alt 101.050 kr. Det er oplyst, at Sydbank A/S ikke er momsregistreret.

THI KENDES FOR RET :

A skal til Sydbank A/S betale 1.185.902,74 kr. med rente 16,25% pr. år fra den 23. august 2018 til betaling sker.

A skal til Sydbank A/S betale sagsomkostninger med 101.050 kr. Beløbene skal betales inden 14 dage.

Sagsomkostningerne forrentes efter rentelovens § 8 a.

...