

Factoringpantets stilling i konkurs: Særskilte problemer

Omstøtelse på objektivt grunnlag og grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet

Kandidatnr: 251

Veileder: Kjetil Larsen

Leveringsfrist: 25.11.2004

Til sammen 16040 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	TEMA OG AVGRENSNING	1
1.2	OPPBYGNING AV OPPGAVEN	3
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>OVERSIKT OVER FACTORINGPANTINSTITUTTET</u>	<u>5</u>
3.1	HISTORISK UTGANGSPUNKT	5
3.2	KORT OVERSIKT OVER PANTELOVEN § 4-10	5
<u>4</u>	<u>OMSTØTELSE PÅ OBJEKTIVT GRUNNLAG – DEKNINGSLOVENS § 5-5 ELLER § 5-7?</u>	<u>11</u>
4.1	INNLEDNING	11
4.2	PROBLEMSTILLINGEN	11
4.3	RETTSKILDENE: HVA KAN VI UTLEDE AV DEM?	12
4.3.1	FORARBEIDENE	12
4.3.2	TEORI	13
4.3.3	RETTSPRAKSIS	16
4.3.4	REELLE HENSYN	18
4.3.4.1	Gir det noen praktiske utslag om man anvender dekningslovens § 5-5 eller 5-7?	19
4.4	OPPSUMMERING OG KONKLUSJON	27
<u>4</u>	<u>GRENSEN MELLOM KRAV SOM OPPSTÅR I KONKURSDEBITORS OG KONKURSBOETS VIRKSOMHET</u>	<u>29</u>
4.1	INNLEDNING	29
4.2	HVORDAN KAN GRENSEN MELLOM KRAV SOM OPPSTÅR I KONKURSDEBITORS OG KONKURSBOETS VIRKSOMHET TREKKES?	30
4.2.1	INNLEDNING	30
4.2.2	KRAV SOM OPPSTÅR SOM FØLGE AV KONKURSBOETS SELVSTENDIGE VIRKSOMHET	32

4.2.3	KONKURSBOET TRER INN I KONTRAKTER INNGÅTT FØR KONKURSÅPNINGEN	33
4.2.4	KONKURSBOET TRER IKKE INN I DEN UOPPFYLTE KONTRAKTEN	43
4.2.5	TILBAKEBETALINGSKRAV OG ERSTATNING	43
4.3	HVORDAN SKAL GRENSEN TREKKES?	49
5	<u>REGISTER</u>	<u>52</u>
6	<u>LISTER OVER TABELLER, FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensning

Temaet for oppgaven tar utgangspunkt i en situasjon der en skyldner har pantsatt sine enkle pengekrav etter pantelovens (lov av 8. februar 1980 nr. 2 om pant) § 4-10¹ og så går konkurs. Mellom konkursboet og panthaver kan det da oppstå konflikt, de har begge interesse i det samme formuesgode. Panthaver på bakgrunn av sin panterett, konkursboet på bakgrunn av ønske om å skaffe kreditorfellesskapet flest mulig dekningsobjekter. Løsningen på eventuelle konflikter beror på factoringpantets stilling i konkurs. Med factoringpant menes her samlet pantsettelse av ”de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester” som pantsetter ”har eller får i sin virksomhet eller i en særlig del av denne” med hjemmel i pantelovens § 4-10. Dette er kanskje den av bestemmelsene i panteloven som har vært mest diskutert i teorien. Den har også ved flere anledninger blitt diskutert av lovgiverne, og spørsmål omkring factoringpant er stadig et tema for domsstolene.

Jeg vil ikke gi en generell redegjørelse for verken panteloven § 4-10 eller factoringpant som sådan.² Siktemålet er gi en redegjørelse for et par av de særskilte spørsmål som oppstår i konkurstilfellet. Med særskilte, mener jeg at det er problemstillinger som bare oppstår i konkurs.

Det er mange spørsmål knyttet til factoringpant generelt som også vil være av betydning for konkurstilfellet spesielt. For eksempel vil spørsmålet om omfanget av factoringpantet (hvilke krav som inngår i pantet) ha betydning i konkurs. Enkle pengekrav som faller utenfor hva § 4-10 gir hjemmel for å pantsette samlet, vil da kunne være gjenstand for konkursboets beslag. Men gjenstand for factoringpant er av like stor betydning også utenfor konkurs selvfølgelig. Hva panthaver kan ta beslag i når tiltredelse av pantet blir aktuelt har jo betydning for pantsetter, som kan disponere fritt³

¹ Heretter panteloven eller forkortelsen pantel.

² Dette er grundig behandlet i Skoghøys (Andreassen) doktoravhandling om factoringpant fra 1990.

³ Forutsetter at ingen andre har en særskilt rett i kravet.

over krav som ikke faller inn under pantet, og andre panthavere som kan ha panterett i det aktuelle kravet.⁴

Videre vil for eksempel spørsmål om rettsvern være av betydning ved konkurs, det er bare rettsvernedede factoringavtaler konkursboet trenger respektere. Men også utenfor konkurs vil rettsvern være av betydning, f.eks. der flere kreditorer har avtalt factoringpant med skyldner. Da vil i utgangspunktet rettsverntidspunktet regulere prioriteten panthaverne i mellom, jfr. tinglysingsloven (lov av 7. juni 1935 nr. 2 om tinglysing) § 20, jfr § 34.

Jeg avgrensner oppgaven mot disse problemstillinger og andre problemstillinger knyttet til factoringpant som sådan og som for så vidt har interesse ved en konkurs, men som ikke utelukkende er interessant først da.

Avhandlingen tar heller ikke sikte på å gi en fullstendig oversikt over alle de særskilte spørsmål vedrørende konkurstilfellet. Til det er temaet for stort og plassen for liten.

Det er særskilte spørsmål knyttet til tilfeller der pantsetter går konkurs som er siktemålet. Spørsmål/problemer vedrørende panthavers konkurs faller dermed utenfor. Hovedgrunnen til det er, foruten plassmangel, at panthavere etter avtale om factoringpant sjelden går konkurs. Det er som regel banker eller andre finansieringsinstitusjoner som sikrer sine krav med factoringpant, og disse går sjelden konkurs.

Avhandlingen vil bli konsentrert rundt følgende problemstillinger:

Omstøtelse på objektivt grunnlag. Omstøtelse vil si tilsidesettelse av disposisjoner som foretas før boåpningen og forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne.⁵ I forhold til omstøtelse av factoringpant er det et meget omstridt spørsmål hvilken lovbestemmelse som kommer til anvendelse, dekningsloven (Lov av 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett) § 5-5 om ekstraordinær betaling eller § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

⁴ Pantsettelsesadgangen etter panteloven § 4-4 er videre enn § 4-10 når det gjelder hvilke krav som kan pantsettes.

⁵ Se Andenæs, *Konkurs* 1999 side 215

Bakgrunnen for problemet er pantsettelse og annen sikkerhetstillelser omstøtes generelt etter dekl. § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Men etter dekl. § 5-5 (4) likestilles ”pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle pengekrav” med betaling. Denne regel fremstår da som et unntak fra dekl. § 5-7. Spørsmålet er hvor langt dekl. § 5-5(4) rekker. Ordlyden er tilsynelatende krystallklar, men forarbeidene er mer uklare. Dertil kommer at de reelle hensyn kan tale for en innskrenkende tolkning i tilfellet factoringpant.

Grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet. Etter panteloven § 4-10 (1) er det bare krav som oppstår i pantsetters virksomhet – ”...sin virksomhet” – som omfattes av factoringpantet. Det vil si at krav som oppstår i konkursboets virksomhet faller utenfor, og således kan være gjenstand for beslag. Spørsmålet er hvordan den nærmere grensdragningen skal foretas.

Grunnen til at jeg har valgt å konsentrere meg om disse to problemstillinger, er at de for det første er uavklarte. For de andre er det disse problemstillingene som er de mest fremtredende av de konkursspesifikke problemstillingene, konkursboet og factoringpanthaver står mot hverandre med forskjellige interesser.

1.2 Oppbygning av oppgaven

Jeg vil først gi en kort oversikt over rettkildene benyttet i denne avhandlingen, punkt 2. Deretter følger en kort oversikt over factoringpantinstituttet, punkt 3. Dette anser jeg som nødvendig bakgrunnskunnskap for forståelsen av oppgavens konkrete problemstillinger.

Så går jeg over til grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet, punkt 4, og omstøtelse, punkt 5.

2 Rettskilder

Jens Edwin Andreassen⁶, Factoringpant Oslo 1990, er en milepæl det ikke går an å komme utenom når man drøfter problemer knyttet til factoringpant. Den har vært sentral i mitt arbeid og det vil være en del henvisninger til den. Generelt er det mye teori omkring factoringpant, og ofte oppstilles det forskjellige synspunkter og løsninger. Rettspraksis er det mye av også, men her som ellers er til dels slik at avgjørelsene er konkrete og har ikke så stor betydning utover den aktuelle sak. I forhold til mine problemstillinger må jeg si at det var heller lite med relevant rettspraksis.

Sentralt i min oppgave er også forarbeidene.

Jeg vil forøvrig gjøre oppmerksom på at Skoghøy har to verker omhandlene factoringpant. Det er den nevnte boken over, som jeg vil referere til som Andreassen, og det er Kommentar til panteloven Oslo 2003. Den vil jeg vise til som Skoghøy.

⁶ Heretter vil jeg kalle denne forfatteren for Skoghøy.

3 Oversikt over factoringpantinstituttet

3.1 Historisk utgangspunkt

Etter panteloven av 1857 var det forbudt å pantsette enkle pengekrav. I teorien var det riktignok lagt til grunn at pantsettelse av enkle pengekrav var gyldig inter partes, men avtalen ville ikke ha rettsvern fordi hovedregel var håndpantsettelse. Pengekrav knyttet til negotiable dokumenter kunne derimot pantsettes.⁷

Dette ble forsøkt omgått ved såkalt sikringscesjon. Dette arrangementet besto i at man formelt overdro pengekravet og notifikerte/varslet skyldneren (debitor cessus). Utad fremsto det da som en vanlig overdragelse. Overdrager og kjøper (pantsetter og panthaver) hadde derimot en avtale seg i mellom om et etteroppgjør basert på skyldforholdet dem imellom og hva fordringene utbragte. Sikringscesjon ble etter hvert i rettspraksis også godtatt for fremtidige fordringer pantsetter (overdrager) ville få på en navngitt debitor.

Ved panteloven av 1980 ble pantsettelse av enkle pengekrav formelt akseptert av lovgiverne.

Panteloven kjenner i dag tre varianter av pant i enkle pengekrav:

- a) Almennelig adgang til å pantsette enkle pengekrav mot navngitt skyldner, kan også pantsette fremtidige krav, jfr. Panteloven § 4-4. Rettsvern oppnås ved notifikasjon av debitor cessus.
- b) Avhendelse i sikringsøyemed (sikringscesjon), jfr pl. § 4-9
- c) Factoring, jfr pl. § 4-10

3.2 Kort oversikt over panteloven § 4-10

Bestemmelsen hjemler tre typer suksessjoner: 1) avhendelse, 2) avhendelse i sikringsøyemed og 3) pantsettelse. Det er avtale om pant etter panteloven § 4-10 som er

⁷ Se nærmere om dette Andreassen side 34-35

grunnlaget for det som altså kalles factoringpant⁸ og som er gjenstand for behandling her.

Pantelovens § 4-10 skiller seg ut ved at pantsettelsen kan skje samlet i den form at pantsettelsen omfatter alle "de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som han [pantsetteren] *har eller får* i sin virksomhet", jfr. § 4-10 første ledd (min utheving). Ved samlet pantsettelse av alle eksisterende og fremtidige enkle pengekrav etter § 4-10, kan man tale om "generalpant".⁹ Hvis pantsetter i tillegg har kreditorbeføyelsene inntil videre (på sikringsstadiet), kalles dette gjerne "sovende" generalpant.¹⁰ Avtale etter den bestemmelsen kalles i loven for factoring. Dette er "noe misvisende idet factoring i egentlig, tradisjonell forstand omfatter noe langt mer enn overdragelse eller pantsettelse av fordringer".¹¹ Factoringinstituttet dreier seg kort fortalt om avtale mellom en factor og en klient om løpende diskontering av kundefordringer, dvs at klienten (normalt en næringsdrivende) overlater sine kundefordringer til factor (et finansieringsselskap) for administrasjon og inndrivelse, mot at factor utbetaler en større andel av de enkelte kravenes pålydene. Skyldnerne etter fordringene betaler til factor og så skjer det et etteroppgjør mellom factor og klient. Realiteten i ordningen er at factor yter driftskreditt til klienten mot sikkerhet i den utestående fordringsmasse. Ordningen ble tatt i bruk i Norge på 1960-tallet og sto til dels i tvilsomt forhold til håndpantregelen (se over). I dag er det ingen tvil om at egentlig factoring kan hjemles i § 4-10.¹² Men da bestemmelsen var ny, ble det i teorien¹³ til dels hevdet at det bare vare den tradisjonelle factoring lovgiverne tok sikte på å lovfeste. Dette innebar at det ikke gikk an å foreta en samlet pantsettelse av utestående fordringer uten at pantøver skulle overta alle kreditorbeføyelsene samtidig. Høyesterett avviste dette i Rt. 1987 s. 35 (Eltemasaken). Det var (og er fortsatt) full adgang til samlet pantsettelse av utestående pengekrav etter pantelovens § 4-10 uten at pantøver allerede fra pantsettelsen av trenger overta kreditorbeføyelsene. Dette følger også ganske klart av ordlyden i pl. § 4-10 tredje ledd, jfr. pl. § 4-6. Hovedregelen er at kreditorbeføyningene går over (eller som

⁸ Se nærmere Kjetil Krokeide i *Lov, dom, bok - festskrift til Sjur Brækhus* side 291 flg.

⁹ Krokeide side 293

¹⁰ Krokeide op. cit. side 293, jfr Rt. 1992 s. 1650

¹¹ Andreassen, *Factoringpant* side 35

¹² Jfr Skoghøy side 426.

bestemmelsen lyder: pantaveren har "samme rett i forhold til skyldneren og samme rett til å disponere rettslig over pantsatt enkelt krav som pantsetteren selv hadde") på pantsettelsestidspunktet, men dette kan fravikes ved avtale. I praksis gjøres det meget ofte.

Denne formen for pantsettelse var tidvis (og er vel fremdeles) sterkt omdiskutert. Det ble hevdet at ordningen med "sovende" pant som fikk rettsvern ved tinglysning på pantsetterens blad i Løsøreregisteret, var en meget enkel og komfortabel måte for banker og andre som yter driftskreditt til å skaffe seg enda bedre sikkerhet, mens de usikrede kreditorene fikk enda færre dekningsmuligheter. De enkle pengekravene var på mange måter siste rest av økonomiske midler som kunne komme kreditorfellesskapet til gode og nå hadde de også forsvunnet.

Ved lovendring av 20. juli 1991 nr. 68 ble pl. § 4-10 endret fra "...de enkle pengekrav som han [pantsetteren] har eller får i sin virksomhet.." til "...de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i sin virksomhet". (Min uthevelse)

Endringen ble begrunnet med hensynet til personalkreditten samt ønsket om å sikre at det ved eventuell konkurs finnes midler til bobehandling.¹⁴ Poenget med endringen var å begrense fordringsmassen som kan pantsettes. "Med det nye kriteriet "vederlag for varer eller tjenester" siktes som nevnt til de regulære kundefordringer (...), ofte også kalt fakturafordring".¹⁵

I NOU 1993: 16 ble panteloven § 4-10 foreslått opphevet. Bakgrunnen for forslaget var en kraftig økning i antall åpnete konkurser og innstilte bobehandlinger, sammenholdt med en kraftig økning i antall tinglyste factoringpant. Hovedbegrunnelsen var ønsket om å bedre boets økonomiske stilling, først og fremst slik at de usikrede kreditorene skulle kunne få mer. I Ot. prp. nr. 26 (1998-99) ble forslaget ikke fulgt opp.

Departementet mente spørsmålet hadde budt på adskillig tvil, men etter å ha veid ønsket om å styrke boets stilling mot næringslivets behov for å kunne reise kreditt på utestående fordringer og i hvilken grad opphevelse av factoringpant faktisk ville bidra

¹³ Se f.eks Brækhus, *Sjur Omsetning og kreditt 2* (1994) side 141 flg.

¹⁴ Ot. prp. nr. 53 (1990-91) side 18-19

¹⁵ Ot. prp. nr. 53 (1990-91) side 23

til å styrke stillingen for de uprioriterte kreditorene (noe som var høyst usikkert), fant departementet grunn til å legge avgjørende vekt på de to siste forhold.¹⁶

Pr dags dato lever altså factoringpant og panteloven § 4-10 i beste velgående. Men det er all grunn til å tro at det ikke er siste gang bestemmelsen er oppe til vurdering. Med tanke på at ordning faktisk er et særnorsk fenomen¹⁷, er det kanskje heller ikke så rart.

Det er bare ”næringsdrivende” som kan slutte gyldig avtale om factoringpant. Med næringsdrivende gjelder det som er sagt i panteloven § 3-5, jfr § 4-10 (3).

Avtalen får rettsvern ”ved tinglysing på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret”, jfr panteloven § 4-10 (2). I en kjennelse av Høyesteretts kjæremålsutvalg inntatt i Rt. 1993.1295 sluttet kjæremålsutvalget seg til lagmannsretten om at ”overdragelse¹⁸ av fordringer som ennå ikke er oppstått, men som overdrager fremtidig måtte erverve i sin virksomhet, bare kan få rettsvern ved tinglysing.(...) Rettsvern oppnås i disse tilfelle ikke ved forhåndsnotifikasjon til debitor etter [panteloven] § 4-5.” Dette er ikke Skoghøy enig i.¹⁹ Han mener at siden det ved enkeltvis pantsettelse etter panteloven § 4-4 oppnås rettsvern ved forhåndsnotifikasjon av debitor cessus, er det ingen grunn til at det samme ikke skal gjelde ved samlet pantesettelse etter panteloven § 4-10. Jeg må si meg enig med Skoghøy.²⁰ Poenget er at factoringpantavtalen som sådan, må tinglyses for å få rettsvern. Denne avtalen skiller seg jo vesentlig fra enkeltvis pantsettelse etter panteloven § 4-4 ved at den ikke gjelder spesifiserte krav, men en samlet pantsettelse av en fluktuerende masse. Hvilke krav som inngår i pantet til enhver tid varierer og er for panthaver kanskje uvisst. Notifisering av debitor cessus er ikke spesielt praktisk her. Men skulle enkelte skyldnere være notifisert om pantesettelsen mens factoringpantavtalen som sådan ikke er tinglyst, kan jeg vanskelig se at ikke panthaver har en beskyttet rett i forhold til de skyldnere som er notifisert. Krav mot andre skyldnere derimot vil ikke ha rettsvern. Denne løsningen stemmer også best med

¹⁶ Ot. prp. nr. 26 (1998-99) side 167-169

¹⁷ Jfr. Andreassen, *Factoringpant* side 43

¹⁸ Overdragelse og pantesettelse er likestilte suksessjoner i panteloven § 4-10. Det samme vil derfor gjelde for pantsettelse av fremtidige fordringer.

¹⁹ Se f.eks Skoghøy, *Kommentar til panteloven* 2003 side 439 med videre henvisninger.

²⁰ Annerledes Andenæs, Mads H, *Konkurs* Oslo 1999 side 180

panteloven § 4-10 (2) andre punktum. I forhold til godtroende omsetningsserververe får panthaver bare rettsvern ved notifisering av debitor cessus. Det vil være helt ulogisk om panthaver, der factoringpantavtalen ikke er tinglyst, bare skulle være beskyttet mot omsetningsserververe der skyldnerne (eller noen av dem) er notifisert. Det kan ikke være strengere regler for rettsvern i forhold til kreditorene. Se forøvrig Rt. 1989.1209 (Karmøy Montering) som så vidt jeg kan skjønne motsier Rt. 1993.1295.

Det er bare enkle pengekrav som kan pantsettes. Med enkle pengekrav menes det samme som i panteloven § 4-4 (2), jfr § 4-10 (3). Se nærmere Skoghøy, *Kommentar til panteloven* 2003 side 428-429.

Avtale om factoringpant kan begrenses til enten å gjelde eksisterende eller fremtidige krav, jfr. ”de enkle pengekrav (...) som han *har eller får*..” (min uthevelse). Utgangspunktet er selvfølgelig at avtalen kan gå ut på pant i både de krav pantsetter har og de han får.²¹ I tillegg kan avtalen begrenses til de krav pantsetter har eller får, evt har og får, i en ”særlig del” av pantsetters virksomhet. Med det menes tilfeller hvor virksomheten er oppdelt i flere avdelinger, som er driftsmessig adskilt, og som fremtrer som selvstendige økonomiske enheter, jfr Skoghøy, op. cit. side 438. Andre begrensninger kan neppe stilles opp. Derimot vil en avtale om factoringpant ikke kunne gå ut på pantsettelse av bare en del av de fordringer pantsetter har. Det følger av ordlyden ”...*de* enkle pengekrav....som han har eller får” (min uthevelse). Dette må forstås som *alle de* enkle pengekrav, se nærmere Kjelstrup, *Liten panterett* Oslo 1994 side 56-57 og Skoghøy, op. cit. side 433. Videre må de enkle pengekravene gå ut på ”vederlag for varer eller tjenester”. Dette tillegget kom inn ved lovendring av 20. juli 1991 nr. 68, se over, og det siktes i utgangspunktet til regulære kundefordringer – også kalt fakturafordringer. Det er ikke et vilkår at faktura faktisk er utstedt. I tillegg vil erstatningskrav ved irregulære oppgjør kunne omfattes.²² Antakelig må også tilbakebetalingskrav som oppstår ved heving eller annen form for irregulær kontraktsavvikling omfattes.²³

²¹ Se nærmere Skoghøy side 432-433

²² Jfr. Ot. prp. nr. 53 (1990-91) side 23

²³ Se Skoghøy, *Kommentar til panteloven* 2003 side 429 med videre henvisninger.

Med ”varer” siktes først og fremst til formuesgoder som har karakter av omsetningsaktiva. Med ”tjenester” siktes det til arbeidsinnsats og andre former for naturalytelser som ikke har karakter av fysiske gjenstander.²⁴

²⁴ Se nærmere Skoghøy, *Kommentar til panteloven 2003* side 430-431 med videre henvisninger.

4 Omstøtelse på objektivt grunnlag – dekningslovens § 5-5 eller § 5-7?

4.1 Innledning

Omstøtelse vil si å sette til side en disposisjon foretatt før boåpningen til fordel for konkursboet. Bakgrunnen for dette er den ellers store muligheten for kreditorsvik. Man søker å motvirke tømning av boet før en eventuell konkursåpning. Tanken bak det hele er enkel: En person med gjeld må ta hensyn til sine fordringshavere. Når en skyldner er insolvent bestyrer han i realiteten sine fordringshaverers anliggender.²⁵ Virksomheten drives for kreditorfellesskapets regning og skyldner skal da ikke forfordele verken enkeltkreditorer eller andre.

Omstøtelsesreglene har således både en gjenopprettende og preventiv funksjon. Gjenopprettende ved at foretatte disposisjoner omstøtes, det vil si at midlene kreves tilbakeført eller at disposisjonen ikke trenger respekteres av boet. Preventivt ved at ellers omstøtelige disposisjoner ikke blir foretatt.

4.2 Problemstillingen

Tradisjonelt trekkes det en grense mellom disposisjoner som må karakteriseres som betaling og disposisjoner som må karakteriseres som sikkerhetsstillelse. Skyldnerens sikkerhetsstillelse for egen gjeld er ikke det samme som å dekke gjelden, og kan derfor ikke anses som betaling. Betaling omstøtes etter deknl. § 5-5 om ekstraordinær betaling, mens sikkerhetsstillelser omstøtes etter deknl. § 5-7 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

På et punkt utvides området for omstøtelse av betaling av gjeld til også å omfatte sikkerhetsstillelse. Dekningsloven § 5-5 (4) likestiller ”pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed” med ”betaling”. Denne bestemmelsen fremstår således som et unntak fra hovedregelen om at sikkerhetsstillelser skal omstøtes etter deknl. § 5-7.

²⁵ Andenæs, side 215 med videre henvisning

Til tross for den tilsynelatende krystallklare ordlyden, er spørsmålet om deknl. § 5-5 (4) skal tas på ordet hva gjelder samlet underpantsettelse av fordringsmassen etter pantelovens § 4-10. Forarbeidene er til dels uklare, og i teorien finnes det flere vidt forskjellige meninger. Spørsmålet kan heller ikke sies å ha fått noen endelig avklaring i rettspraksis. Jeg vil se nærmere på rettskildene vedrørende problemet og hva man kan utlede av dem i punkt 2.3. I punkt 2.4 vil jeg foreta en oppsummering og konklusjon.

4.3 Rettskildene: Hva kan vi utlede av dem?

4.3.1 Forarbeidene

Bestemmelsen slik den nå lyder, ble opprinnelig foreslått av konkurslovutvalget.²⁶ Men fordi utvalgets forslag ikke fikk tilslutning av de øvrige nordiske land (det var et felles nordisk samarbeid), fant utvalget det riktigst å oppgi forslaget og falle tilbake på hovedregelen om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Det opprinnelige forslaget var begrunnet i ønsket om å begrense omstøtelsesadgangen ved det såkalte egentlig factoring, dvs. avtale om løpende diskontering med et finansieringsselskap av en bedrifts kundefordringer. "I den utstrekning senere diskonterte fordringer hefter til sikkerhet for utbetalinger til bedriften på tidligere diskonterte fordringer som ikke blir innfridd av debitor cessus, foreligger det sikkerhetsstillelse for eldre gjeld som rammes av nærværende paragraf."²⁷

Justisdepartementet så bort fra de øvrige nordiske land og gikk inn for konkurslovutvalgets opprinnelige forslag under henvisning til at "massen av kundefordringer ved factoring bør betraktes som et hele" og at "dette harmonerer best med reglene i den nye panteloven av 1980, som går ut på at reglene om overdragelse, herunder overdragelse i sikringsøyemed og pantsetting av enkle fordringer er parallelle slik at avgrensningsspørsmål unngås"²⁸

Den uttalte begrunnelsen er altså hensynet til det egentlige factoringinstituttet. Etter egentlig factoring overføres fordringene til factor, og debitor betaler med befriende

²⁶ NOU 1972:20 om gjeldsforhandling og konkurs, side 295

²⁷ NOU 1972:20 side 295.

²⁸ Ot.prp. nr. 50 1980-81 om b)lov om fordringshavernes dekningsrett side 168.

virkning til ham. Det samme er hovedregelen hva gjelder pantsettelse av enkle pengekrav, jfr. panteloven § 4-6. På den bakgrunn har det blitt stilt spørsmål om dekl. § 5-5 siste ledd bare er begrenset til de tilfelle hvor normalregelen er fulgt og rådigheten går over, eller om den også gjelder hvor partene avtaler etter panteloven § 4-6 (1) at pantsetteren skal beholde rådigheten inntil videre. Samlet pantsettelse av fordringsmassen etter panteloven § 4-10 etableres så og si alltid som et rent underpant. Forarbeidene er tause angående dette spørsmålet.

4.3.2 Teori

I juridisk teori er det motstridene oppfatninger om spørsmålet. Mens Skjerdal²⁹ og Andenæs³⁰ tar til orde for at lovens ordlyd må være avgjørende og at § 5-5 derfor kommer til anvendelse, argumenterer Skoghøy og Huser³¹ for at det må skilles mellom ulike situasjoner.

Både Andenæs og Skjerdal tar utgangspunkt i at lovkonsipistene har hatt det egentlige factoring og enkeltvis pantsettelse i tankene da de utformet dekl. § 5-5 (4). Men begge forfatterne fremhever at forarbeidene ikke sier at bestemmelsen skal være begrenset til disse tilfellene. Skjerdal trekker også spesielt frem at lovkonsipistene må ha visst om den vide adgangen til å pantsette enkle fordringer som panteloven gir, og at det er ”eiendommelig at dette ikke fikk sitt uttrykk i lovteksten, eller i alle fall ikke ble klarere understreket i motivene” hvis man mente å begrense ordlyden.³²

Ingen av forfatterne mener at de reelle hensyn kan begrunne innskrenkende fortolkning av ordlyden. Andenæs nøyer seg med en generell kommentar om han ikke ser noen ”avgjørende reelle grunner for en slik begrensning av regelen”.³³ Videre i fremstillingen gir han derimot en anvisning på hvordan dekl. § 5-5 (4) etter hans syn vil virke på factoringpant.³⁴ Etter mitt syn er det av stor betydning hvordan anvendelse av dekl. §

²⁹ Nicolai V. Skjerdal, Omstøtelsesgrunnlag for pant i enkle fordringer – betaling eller sikkerhetsstillelse? Lov og Rett 1995 side 262-276.

³⁰ Mads H. Andenæs, Konkurs Oslo 1999, side 243 flg.

³¹ Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 omstøtelse, side 251 flg.

³² Skjerdal side 268

³³ Andenæs side 244

³⁴ Andenæs side 238-258.

5-5 (4) vil slå ut på omstøtelsesspørsmålet kontra anvendelse av dekl. § 5-7. Et av de sterkeste ankepunktene mot anvendelse av dekl. § 5-5 (4) er at det kan vanskelig være tale om betaling når panthaver ikke har rådigheten over fordringene og at derfor blir litt krøkket å anvende bestemmelsen om ekstraordinær betaling på den rene underpantsettelsen.³⁵ Også Skjerdal går inn på dette. Hans argument er dette egentlig ikke er ”noe annet enn et terminologisk problem”.³⁶ Når man anvender dekl. § 5-5 (4) på factoringpantsettelse, så er selve pantsettelsen likestilt med betaling. Fellesnevneren for synspunktene til disse forfatterne er altså at ordlyden er så klar at verken de uklare forarbeidene eller de reelle hensyn kan begrunne en innskrenkende fortolkning.

Skoghøy og Huser legger et annet syn til grunn. De tar også utgangspunkt i at det var egentlig factoring og enkeltvis pantsettelse som var begrunnelsen for bestemmelsen i dekl. § 5-5 (4). Begge forfatterne viser til at forarbeidene forutsatte at anvendelse av dekl. § 5-7 på disse tilfeller ville føre til at krav som først oppstår innenfor omstøtelsesfristen, kan omstøtes. Avgjørende for begge er at denne forutsetning svikter når man står overfor en regulær pantsettelse av fordringsmassen som et hele og denne panteretten er tinglyst. Da må man nemlig legge et tingsinnbegreps synspunkt til grunn.³⁷ Et tingsinnbegrep er en fluktuerende masse, som må anses som et hele, for eksempel varelager. Kort fortalt innebærer tingsinnbegreps synspunktet at det avgjørende i forhold til omstøtelsesfristen ikke er når kravet oppstår (som var forarbeidenes forutsetning), men når panteretten ble etablert. Begge forfatterne mener da at siden hensynene bak dekl. § 5-5 (4) ikke gjør seg gjeldende for tinglyste factoringpantavtaler, så er det ingen grunn til ikke å anvende dekl. § 5-7 på disse avtaler. Eller som Skoghøy sier, fremstår det ”som mest rasjonelt”³⁸ og ”logisk mest korrekt”³⁹ å anvende dekl. § 5-7. Begge mener altså at ordlyden må tolkes innskrenkende, først og fremst fordi begrunnelsen for å anvende dekl. § 5-5 (4) ikke

³⁵ Se RG 1990 side 299 flg. som kommenteres nedenfor i punkt 2.3.3

³⁶ Skjerdal side 270 flg.

³⁷ Huser 3 side 253, Skoghøy side 446

³⁸ Skoghøy side 446.

³⁹ Andreassen side 426.

gjør seg gjeldende ved factoringpantavtaler og at de reelle hensyn taler for å anvende § 5-7. Hvis derimot avtalen ikke er tinglyst, må man anvende dekl. § 5-5.⁴⁰

Spesielt Skoghøys syn kan virke litt uklart og krever en nærmere kommentar. I doktorgradsavhandlingen sin (Andreassen, Factoringpant 1990) hevder han at ”hvordis det er tinglyst avtale etter pantelovens § 4-10 – enten tinglysing av avtalen er skjedd som ledd i en avtale om egentlig factoring eller som ren sikkerhetsstillelse” så må man legge an et tingsinnbegreppsynspunkt.⁴¹ Altså så lenge avtalen, enten det er en factoringavtale eller factoringpantavtale, er tinglyst skal man anvende dekl. § 5-7.

I siste utgave av Kommentar til panteloven (2003) begrenser han seg derimot til en innskrenking av ordlyden i dekl. § 5-5 (4) bare i de ”tilfeller hvor en factoringpantavtale ikke er inngått som et ledd i en avtale om egentlig factoring, og avtalen har fått rettsvern ved tinglysing”. (Skoghøy side 446) Her mener han altså at dekl. § 5-7 bare skal anvendes på avtaler om ren sikkerhetsstillelse som er tinglyst. Skoghøys synspunkter i Kommentar til panteloven er således sammenfallende med hva Huser mener. Synspunktene i Factoringpant derimot er som man ser ikke helt sammenfallende. Argumentasjonen går der ut på en enda sterkere innskrenking av ordlyden. Skoghøy selv kommenterer ikke forskjellene mellom hans to fremstillinger.

Etter min mening må det være riktig at en avtale om egentlig factoring ikke kan anses som en sikkerhet i et tingsinnbegrep. Dette må gjelde selv om den er tinglyst.

Det er en klar forskjell på tingsinnbegreppant og en factoringavtale: Ved et tingsinnbegreppant, f. eks. pant i varelageret etter pantel. § 3-11, vil pantsetteren normalt ha rådigheten over panteobjektet. Etter factoringavtalen går derimot rådigheten over.⁴² Selv om factoringavtalen har elementer av sikkerhetsstillelse ved seg, skiller den seg altså vesentlig fra det som ellers er å regne som et tingsinnbegreppant. Tinglysing av factoringavtalen endrer ikke på det.

En annen forskjell er dette: Når en panthaver yter kreditt mot sikkerhet i et tingsinnbegrep, så skjer det etter en vurdering av sikkerhetsobjektet som et hele på et gitt tidspunkt. Han er klar over at objektet vil variere i omfang og tar høyde for det. På dekningsstidspunktet kan dekningsobjektet være større eller mindre enn det var da

⁴⁰ Huser 3 side 253, Andreassen side 425-426 og Skoghøy side 446

⁴¹ Andreassen side 425 og 427).

⁴² Også Thor Falkanger peker på denne forskjellen, se Falkanger, *Kundefordringer som kredittgrunlag – faktoring og beslektede ordninger*, Jussens venner 1984 side 275 på side 284.

kredittilsagnet ble gitt. Det er en risiko pantøver må ta på egen kappe og kalkulere med.

Etter en avtale om factoring derimot ytes kreditten fortløpende etter hvert som fordringene overføres til faktor. Det skjer altså en kontinuerlig vurdering av kredittgrunnlaget.⁴³ Så vidt jeg kan skjønne er det dette Brækhus sikter til når han avviser factoring som sikkerhet i et tingsinnbegrep fordi ”kreditten blir ydet mot sikkerhet i helt konkrete og spesifiserte fordringer”.⁴⁴ Heller ikke her endrer tinglysning noe på forskjellene.

Hvis det derimot dreier seg om en regulær underpantsettelse av fordringsmassen, stiller det seg annerledes. Her vil ikke rådigheten gå over på pantøver, og kreditten vil bli ytet etter en vurdering av fordringsmassen som et hele, herunder hvor godt denne massen er egnet som sikkerhetsobjekt. En slik pantsettelse må regnes som et tingsinnbegrepsant på lik linje med pant i varelager, forutsatt at den er tinglyst. Jeg er således enig med Skoghøy og Huser her.

4.3.3 Rettspraksis

Det finnes en del dommer, både fra Høyesterett og særlig fra underrettene, som omhandler omstøtelse og factoringant. Men det konkrete spørsmålet vi her står overfor, er i mindre grad berørt. Det er først og fremst to dommer som står sentralt. Ingen av dem er Høyesterettsdommer. For ordens skyld vil jeg gi et kort sammendrag av de to dommene for å belyse synspunktene som der kommer frem.

Rettens Gang 1990 side 299 (Bygg & Bo) – Voldgiftsdom avsagt av Sjur Brækhus: Saksforholdet var i korthet følgende: Bygg & bo Flisa A/S pantsatte sine utestående fordringer samt varelager til fordel for Sparebanken Hedmark. Pantsettelsen var en sikkerhet for kassekreditten som samtidig ble tilsagt. Dette skjedde i august 1988. I september 1988 benyttet Bygg og Bo seg av kassekreditten for første gang. Pantobligasjonen ble derimot ikke tinglyst før i desember 1988.

⁴³ Se nærmere Falkanger op.cit. side 275-277 for en mer detaljert redegjørelse.

⁴⁴ Sjur Brækhus, *Factoring. Sikringscession i nytt perspektiv*, Nordisk Gjenklang – festskrift til Carl Jacob Arnholm Oslo 1969 side 331 på side 357.

Panteretten, både i varelageret og kundefordringene, ble omstøtt på grunnlag av deknsl. § 5-7 litra b.

Brækhus begrunner dette i det følgende: Dekningslovens § 5-5 siste ledd ble skrevet med tanke på det egentlige factoring, og hvordan deknsl. § 5-7 ville kunne virke på den type avtaler. Etter slike avtaler overføres fordringene til factor og innbetalingene fra debitor cessus skjer til denne. Overføring kan skje som ledd i en avtale om reell eiendomsoverføring eller som ledd i en sikringscession. I begge tilfeller mister pantsetter/overdrager beføyelsene og factor tar seg direkte betalt av det fordringene innbringer. Ordningen har her klare fellestrekk med betaling.

I forhold til den rene underpantsettelsen etter pantel. § 4-10, jfr. § 4-6(1), der altså pantsetter ikke mister beføyelsene over pantet, er det ”imidlertid vanskelig å se hvorledes en slik pantsettelse kan likestilles med en betaling og undergis omstøtelsesvilkårene i dekningslovens § 5-5”.⁴⁵ Videre hevder Brækhus at siden det ”ikke er mulig å gi omstøtelsesregelen i dekningsl. § 5-5 en rasjonell anvendelse på et en bloc underpant etter pantel. § 4-10, og når en slik anvendelse heller ikke synes å være tilsiktet av lovkonsipistene, må det (...) være riktig å gi dekningsl. § 5-5.4 en innskrenkende fortolkning”.⁴⁶ Han oppstiller da følgende løsning: ”Først fra det tidspunkt da panthaveren ”tiltrer” sitt pant, eller, mer nøyaktig, først fra det tidspunkt da de respektive debitorer er notifisert etter pantel. § 4-5, slik at rådigheten over vedkommende fordringer har gått over til panthaveren, ansees pantsettelsen å innebære en betaling undergitt omstøtelsesregelen i dekningsl. § 5-5. Før slik tiltredelse har funnet sted, må man falle tilbake på hovedregelen om omstøtelse av panterett, dekningsl. §5-7, jfr. § 5-10.”⁴⁷

Løsningen må kunne kalles en mellomløsning i forhold til hva Skoghøy og Huser på den ene siden og Andenæs og Skjerdal på den andre forfekter.

Rettens Gang 1997 side 1108 – Lagmannsrettsavgjørelse: Et boligkjøp ble finansiert med en avtale om månedlige avdrag til selger. Drøye 5 måneder etter salget overdro kjøper samtlige av sine fordringer i sikringsøyemed til selger, denne avtalen ble

⁴⁵ RG 1990 side 307.

⁴⁶ RG side 307.

⁴⁷ RG side 307.

tinglyst først et par måneder senere. Selger og kjøper ble enige om at heretter skulle fordringene betales direkte til selger. Kjøper ga beskjed om dette til debitor cessus, og i 5 måneder ble fordringene betalt som avtalt til selger. Etter 5 måneder ga kjøper kontrabeskjed til debitor og ba om at overføringene ikke lenger skulle gå til selger. Da factor oppdaget dette, tiltrådte han sitt pant, og underrettet debitor. Før 3 måneder hadde gått, ble imidlertid kjøper slått konkurs. Boet argumenterte med at omstøtelse måtte skje på grunnlag av deknl. § 5-5 for de innbetalinger som hadde skjedd etter tiltredelse av pantet. Dette fikk de ikke medhold i. Avgjørende etter rettens syn var at deknl. § 5-5 siste ledd bare tok sikte på tilfeller der det var avtalt at fordringen skulle gå over på panthavers hånd, først og fremst med egentlig factoring i tankene. Noe merkelig mente retten at man her hadde å gjøre med et rent underpant, og rådigheten hadde således ikke hadde gått over da avtalen ble inngått, og at det da var deknl. § 5-7 som var bestemmelsen som regulerte omstøtelse. Men i forhold til den bestemmelsen var man utenfor fristen. ”Hvor det etableres et regulært underpant som er uomstøtelig etter § 5-7, kan ikke senere tiltredelse av pantet betraktes som en ny disposisjon. Ved innfordring aktualiserer panthaveren den rett som er etablert gjennom stiftelsen av pantet. Det ville føre til støtende resultater om den panthaver som hadde tiltrådt pantet innenfor tremånedersfristen, måtte finne seg i omstøtelse etter § 5-7 [Opplagt trykkfeil, det må siktes til § 5-5], mens den som ikke har gjort det, kan gjøre separatistrett gjeldende i boet.”

Denne dommen aksepterer altså ikke Brækhus` mellomløsning.

Felles for begge dommene er at legger til grunn at deknl. § 5-5 ikke skal anvendes på factoringpantsettelse der det er avtalt at pantsetter skal beholde rådigheten inntil videre.

4.3.4 Reelle hensyn

Selv om en factoringpantavtale anses som et tingsinnbegrepspant, er utgangspunktet allikevel klart. ”Som betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer”, deknl. § 5-5 fjerde ledd. Ordlyden er klar og den tar ingen forbehold hva gjelder avtalt rådighetsmodell. Forarbeidene derimot er mer uklare. Ordlyden og forarbeidene peker til dels i hver sin retning. I rettskildelæren er

hovedregelen at lovteksten veier tyngst i et slikt tilfelle.⁴⁸ Det er ordlyden som er vedtatt av Stortinget og som folk flest har tilgang til. Etter min mening er forarbeidene for uklare til alene å kunne begrunne en innskrenkende tolkning. Riktignok legger de utrykkelig vekt på det egentlige factoringinstituttet som begrunnelse for deknl. § 5-5 fjerde ledd, men som Andenæs nevner, sier ikke forarbeidene at bestemmelsen er begrenset til slike tilfeller. I den forbindelse er det også er legitimt poeng som Skjerdal vektlegger at lovgiverne må ha hatt kjennskap til den vide pantsettelsesadgangen etter panteloven. Vedtagelsen av deknl. § 5-5 fjerde ledd kan ikke ha skjedd uten at de har tatt høyde for det. Motargumentet mot det siste er selvfølgelig at hvis lovgiverne var klar over problemene, hvorfor ble det da ikke nevnt med et eneste ord? Uansett fører ikke dette til mer eller mindre usikre spekulasjoner omkring hva hensikten med bestemmelsen er, og det er bare med på å svekke vekten til forarbeidene.

Etter min mening må en tredje rettskilde komme inn i bildet, de reelle hensyn. Hva vil reelt sett gi den beste løsningen?

Dette foranlediger en nærmere undersøkelse av om valget av lovhjemmel gir noen praktiske utslag. Kan man gi deknl. § 5-5 en praktisk anvendelse på en en bloc pantsettelse av fordringsmassen? Og vil i så fall utfallet av omstøtelse etter deknl. § 5-5 bli det samme som etter deknl. § 5-7?

4.3.4.1 Gir det noen praktiske utslag om man anvender dekningslovens § 5-5 eller 5-7?

Det er etter fremstillingen så langt bare i tilfelle hvor det er etablert en tinglyst factoringpantavtale det kan være aktuelt å anvende deknl. § 5-7 istedenfor deknl. § 5-5 (4). Drøftelsen her vil derfor begrenses til en sammenlikning av de to bestemmelsene anvendt på samlet pantsettelse av fordringsmassen etter pantel. § 4-10.

Deknl. § 5-5 og § 5-7 dreier seg om henholdsvis ekstraordinærbetaling av gjeld og sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Felles for dem begge er at gjelden må være pådratt før betalingen eller sikkerhetsstillelsen skjer. Det er dermed nødvendig med en nærmere undersøkelse av når gjelden kan anses oppstått og når betalingen eller

⁴⁸ Eckhoff side 82.

sikkerhetsstillelsen ble foretatt.

Når skal gjelden anses stiftet?

Av plasshensyn og fordi det ikke er av så stor betydning for å belyse de eventuelle forskjellene mellom bestemmelsene, vil jeg nøye meg med en kort oversikt. Hovedpoenget her er at tidspunktet for når gjelden skal anses stiftet er det samme for dekl. § 5-5 og § 5-7.⁴⁹

Gjelden anses stiftet når den reelt sett blir etablert, ikke når den blir avtalt. Dekl. § 5-7 bruker uttrykket ”pådratt” (litra a) nettopp for å få frem dette. Huser beskriver tidspunktet som ”i det øyeblikk debitor mottar kreditors ytelse, slik at hans plikt til å motyte blir effektiv”.⁵⁰

I konverteringstilfeller, for eksempel hvis det blir gitt et pantelån til innfrielse av et tidligere usikret lån, vil tidspunktet da det opprinnelige lånet ble pådratt legges til grunn. Mulige unntak kan tenkes der ”sammenhengen mellom det nye og det tidligere gjeldsforhold blir [for] fjern”, jfr. Andreassen side 429-430. Som eksempel nevner han tilfeller der debitor låner penger hos en kreditor mot sikkerhet for å så bruke disse pengene til å betale en annen kreditor.

Der sikkerheten blir stilt i forbindelse med innvilgelse av et nytt lån og sikkerheten skal gjelde både den nye og den eldre, usikrede gjelden, må man skille mellom den nye og den eldre gjelden. Ved pantesikring av fluktuerende gjeld, for eksempel en kassekreditt, vil som hovedregel bare det beløp som gjelden har økt med etter pantstillestidspunktet anses som ny gjeld.⁵¹

*Når skal pantsettelsen anses foretatt?*⁵²

Tidspunktet har betydning for flere forhold. Både etter dekl. § 5-5 og § 5-7 har

⁴⁹ Andreassen side 431.

⁵⁰ Huser side 379.

⁵¹ Skoghøy side 446-447.

⁵² Dekl. § 5-5 taler om ”betaling (...) som skyldneren har foretatt”. Men da fjerde ledd likestiller betaling med pantsettelse, må det ordlyden leses som ”pantsettelse (...) som skyldneren har foretatt”.

det betydning for spørsmålet om pantsettelsen faller utenfor eller innenfor omstøtelsesfristen, og det har betydning for om pantsettelsen har funnet sted senest samtidig med eller etter gjeldsstiftelsen.

I forhold til spørsmålet om pantsettelsen faller *innenfor eller utenfor omstøtelsesfristen*, er utgangspunktet å finne i dekl. § 5-10. Pantsettelsen anses ikke foretatt før den ”oppnår ordinært rettsvern ved tinglysing eller annen sikringsakt”. Jeg har ovenfor konkludert med at det for factoringpant vil være riktig å legge til grunn et tingsinnbegrepssynspunkt. Avgjørende for når pantsettelsen skal anses foretatt, må etter min mening da være tidspunktet for etablering av rettsvern og ikke når de enkelte krav oppstår. Dette må gjelde både etter dekl. § 5-5 og § 5-7. Andenæs har et annet syn. Han hevder at ”det synes ikke naturlig å si at betaling er foretatt i forhold til omstøtelsesfristen så lenge fordringen mot tredjemann overhodet ikke er oppstått. Omstøtelse vil dermed omfatte de fordringer som oppstår mens omstøtelsesfristen løper”.⁵³ Men han går også et skritt videre: ” Hvis pantsetteren beholder rådigheten over fordringene, omfatter omstøtelsen kanskje også fordringer som panthaver først krever dekning i mens omstøtelsesfristen løper.” Etter min mening kan dette føre til urimelige resultater. Sett at gjelden blir pådratt 1. februar og factoringpantet blir avtalt og tinglyst én måned senere. Det avtales at pantsetter skal beholde rådigheten inntil videre. Så går pantsetter konkurs *to år* senere. Mange av fordringene vil da antakeligvis ha oppstått i løpet av de siste tre månedene før boåpningen. Følger man Andenæs anvisninger vil alle de fordringer som oppsto i løpet av omstøtelsesfristen i utgangspunktet kunne være gjenstand for omstøtelse. Hvis man følger Andenæs helt ut vil faktisk alle fordringene, uansett når de oppsto, risikere omstøtelse fordi de ennå ikke er tiltrådt. Når pantsetter går konkurs vil selvfølgelig panthaver ønske å tiltre sitt pant, og det skjer i så fall innenfor fristen. Man kan selvfølgelig hevde at når pantsetter går konkurs, må panthaver kunne benytte seg av sin sikrede rett og at dette ikke skal innebære tiltredelse i normal forstand som bringer disposisjonen inn under omstøtelsesreglene. Dette vil i så fall føre til at den som tiltre sitt pant innenfor fristen risikerer omstøtelse, mens den som har evne til det og viten om det vil vente til pantsetter går konkurs for dermed å unngå omstøtelse (i hvert fall for de kravene som har oppstått utenfor fristen). Det er heller

⁵³ Andenæs side 257.

ingen rimelig løsning.

Avgjørende må altså være tinglysingstidspunktet, nærmere bestemt dagbokføringen, jfr. tinglysingslovens § 34 sammenholdt med §§ 20 og 23.

I forhold til spørsmålet om pantsettelsen har skjedd *senest samtidig med eller senere enn gjeldsstiftelsen* (samtidighetskravet), er utgangspunktet etter dekl. § 5-7 om gjelden ble pådratt ”før sikkerhetsretten ble avtalt” – altså er avtaletidspunktet avgjørende. Men dette gjelder bare der rettsvernet ble ”brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt”, jfr. dekl. § 5-7 litra b. Poenget med litra b er at hvis først sikkerheten ble avtalt samtidig med gjeldspådragelsen og således har virket motiverende for kreditten, så må pantøver ikke somle med å skaffe seg rettsvern. Hvis bare avtaletidspunktet skulle legges til grunn, ville det åpnet for muligheter for antedateringer. Regelen begrunnes derfor i notoritets- og publisitetshensyn.⁵⁴

Dekl. § 5-5 har ingen tilsvarende bestemmelser til § 5-7 litra a og b. Men like fullt er det bare pantsettelse til fordel for eldre gjeld som kan omstøtes.⁵⁵

Skoghøy hevder at det i forhold til samtidighetskravet alltid må være avtaletidspunktet som er avgjørende ved anvendelsen av dekl. § 5-5.⁵⁶ Huser synes derimot å hevde under henvisning til dekl. § 5-10 at tinglysingstidspunktet må legges til grunn.⁵⁷

Hvis avtaletidspunktet legges til grunn, vil muligheten for antedateringer være stor. Pantøver og pantsetter kan da på et gitt tidspunkt etter at gjelden er pådratt, inngå en pantsettelsesavtale som dateres tilbake i tid til tidspunktet da gjelden ble pådratt. Det er ingen god løsning.

Hvis derimot tinglysingstidspunktet legges til grunn, vil det, forutsatt at det går noe tid fra gjelden blir pådratt til pantøver får rettsvern for sitt pant, være slik at pantsettelsestidspunktet kommer senere i tid enn gjeldsstiftelsen og dermed vil det være pant for eldre gjeld. Dette gjelder selv om det ble avtalt factoringpant samtidig med gjeldsstiftelsen. La meg belyse med et eksempel: 1. februar blir gjelden pådratt. Samtidig avtales factoringpant. Avtalen blir derimot ikke tinglyst før 5. februar, på

⁵⁴ Andenæs side 269.

⁵⁵ Betaling av gjeld kan det først være når betalingen skjer senere i tid enn gjeldspådragelsen. Kontantoppgjør rammes således ikke. Se nærmere Huser side 222

⁵⁶ Andreassen side 435-436.

⁵⁷ Huser side 238.

grunn av mellomkommende helg. Legger man til grunn tinglysingstidspunktet her, vil altså gjelden være oppstått 1. februar, mens panteretten ikke anses etablert før 5. februar. Pantsettelsen skjedde som man ser senere i tid enn gjeldsstiftelsen hvis man bare sammenlikner disse to tidspunktene. Dette virker heller ikke rimelig. Spørsmålet her er om man står overfor en pantsettelse til fordel for *eldre* gjeld. Det er først da omstøtelse kan bli aktuelt. Etter min mening bør man da legge vekt på de samme vurderinger som etter deknl. § 5-7. Er pantsettelsen avtalt senest samtidig med tidspunktet da gjelden ble pådratt? Hvis det er tilfelle, vil det ikke dreie seg om pantsettelse til fordel for eldre gjeld og omstøtelse på objektivt grunnlag kan ikke skje. Men forutsetning for dette må være at tinglysing skjer uten unødig opphold. Da unngår man antedateringer, og retts teknisk blir det enklere å håndtere. Hvis tinglysing først skjer etter unødig opphold, må derimot tinglysingstidspunktet legges til grunn.

Også Skoghøy mener det kan anføres gode grunner for å trekke analogi til deknl. § 5-7 ved anvendelsen av deknl. § 5-5. Men avgjørende for ham er at deknl. § 5-5 ikke har noen uttrykkelig regel lik deknl. § 5-7 litra b og ”at lovgiverne for pantsettelse av enkle pengekrav (...) har overveid og foretatt et valg mellom § 5-5 og § 5-7 (...) Man kan da ikke bringe § 5-7 delvis til anvendelse pr. analogi”.⁵⁸ Mot dette kan anføres at deknl. § 5-5 ikke gir noen anvisning i det hele tatt på når pantsettelsen skal anses skjedd i forhold til gjeldspådragelsen. En bestemmelse lik deknl. § 5-7 litra a om avtaletidspunktet finner man dermed heller ikke i § 5-5. Etter mitt syn kan ikke lovgivers valg når det gjelder hvilken lovbestemmelse omstøtelse av factoringpant skal subsumeres under, stå i veien for at samtidighetskravet vurderes likt etter de bestemmelsene. Spesielt ikke når de reelle hensyn taler sterkt for det.

Konklusjonen etter dette må bli at avtaletidspunktet er avgjørende forutsatt at tinglysing skjer uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt. Hvis tinglysing skjer etter unødig opphold, må pantsettelsen anses å være til fordel for eldre gjeld og således omstøtelig. (Forutsatt at de andre vilkårene er oppfylt)

Så langt er det, som jeg har påvist, ingen forskjell mellom deknl. § 5-5 og § 5-7. Vi forutsetter nå at factoringpantsettelsen skjer til fordel for eldre gjeld og at rettsvernet først blir etablert innenfor omstøtelsesfristen. Omstøtelse beror da på om *de øvrige vilkårene* er oppfylt. Etter deknl. § 5-7 er regelen enkel. Dreier det seg om

⁵⁸ Andreassen side 435-436.

sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og er rettsvern først etablert innenfor fristen, så kan omstøtelse skje. Med andre ord er det ingen øvrige vilkår for omstøtelse.

Dekningsloven § 5-5 stiller opp tre alternative vilkår. Omstøtelse kan skje ”hvis betalingen⁵⁹ er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. I tillegg oppstiller bestemmelsen en reservasjon om at omstøtelse allikevel ikke kan skje der betalingen etter forholdene må anses som ordinær. Bestemmelsen er i utgangspunktet snillere og mer skjønnspreget enn dekl. § 5-7.

I forhold til vilkåret om *usedvanlig betalingsmiddel* legger Skoghøy til grunn at ”med den utbredelse som samlet pantsettelse av enkle pengekrav har fått, kan inngåelsen av en avtale om samlet pantesettelse etter pantelovens § 4-10, ikke anses som betaling med usedvanlige betalingsmidler”.⁶⁰ Skjerdal har et annet syn. ”Det er særlig den første regel i dl § 5-5 om usedvanlig betalingmiddel som er aktuell ved betaling med enkle pengekrav. Spørsmålet om betalingen med enkle pengekrav utgjør et usedvanlig betalingsmiddel, har på bakgrunn av rettspraksis vært gjenstand for ganske inngående behandling i teorien.”⁶¹ . Det er riktig at spørsmålet om betaling med pengekrav utgjør et usedvanlig betalingsmiddel har vært oppe for domstolene en rekke ganger. Problemet er at disse drøftelser har som utgangspunkt en situasjon der pantaver får overført fordringene til seg, enten overføringen skjer til eie eller sikkerhet. Vurderingene har da ofte gått på om fordringene er usikre, forfaller i fjern fremtid eller av andre grunner er mindre kurante.⁶² Etter min mening har disse vurderingene/momentene ingen praktisk nytte i forhold til en factoringpantavtale. Poenget er jo at det etter factoringpantavtalen ikke er noen spesifiserte fordringer som er betalingsmiddelet. Betalingsmiddelet er massen av kundefordringer slik den til enhver tid består. På ett tidspunkt er kanskje alle de utestående fordringene kurante, på et annet tidspunkt er kanskje noen av fordringene ukurante. Skulle man begi seg inn på en vurdering av fordringenes ”egnethet”, oppstår spørsmålet om hvilke fordringer man skal vurdere. Er det fordringsmassen slik den var på pantsettelsestidspunktet, eller mer presist fra det tidspunkt pantsettelsen kan anses foretatt, som skal vurderes? Det vil

⁵⁹ Må egentlig leses som ”hvis pantsettelsen...”, jfr. Andenæs side 245.

⁶⁰ Andreassen side 438, jfr. Skoghøy side 449-450.

⁶¹ Skjerdal side 265.

⁶² Se Andreassen side 437 med videre henvisninger til rettspraksis.

virke urimelig da mange av disse fordringene kanskje ikke lenger eksisterer. De kan for eksempel være gjort opp. Eller er det fordringsmassen slik den er på konkursåpningstidspunktet som er avgjørende? Da vil betalingsmidlene knytte seg til et annet tidspunkt enn når betalingen skal anses foretatt. Det virker heller ikke rimelig.

Avgjørende etter mitt skjønn må være, som Skoghøy er inne på⁶³, at for næringsdrivende må samlet pantsettelse – uansett bransje – anses som en helt normal foreteelse. Poenget er at med vedtakelsen av panteloven § 4-10 har det blitt så lett for en næringsdrivende å reise kreditt mot sikkerhet i fordringsmassen, og tilsvarende lett for kredittyster å sikre sine krav i denne massen, at det må anses for vanlig bransjepraksis å gjøre dette, og da altså uansett bransje. Om betydningen av bransjepraksis, se Huser side 276 flg. Han viser eksempelvis til fordringstransport i ”byggebransjen”. Der transporteres ofte entreprenørens krav på byggherren til en underleverandør som oppgjør eller sikkerhet for et mellomværende dem i mellom. Det må anses som ordinært.

Det andre alternativet er om pantet er etablert *før normal betalingstid*. Med normal betalingstid menes tidspunktet for ordinært forfall. Etter min mening virker dette vilkåret litt krøkket i forhold til factoringpant. Som oftest vil et factoringpant bli etablert før normal betalingstid. Poenget er jo at panthaver ønsker å sikre seg i tilfelle skyldner ikke betaler i tide. (Hvis betalingstiden er kommet, er jo kreditor bedre tjent med en avtale om overføring av fordringene. Da kan panthaver ta seg betalt av fordringene, og på den måten sikre seg betaling fra skyldner.⁶⁴) Dette betyr at i utgangspunktet vil de aller fleste factoringpantavtaler kunne omstøtes på dette grunnlag.

Omstøtelse kan reddes av ordinær-reservasjonen. Forarbeidene viser for eksempel til at skyldner betaler et par dager før forfall for å være ute i god tid.⁶⁵ Eller at skyldner har mottatt en større betaling, og bestemmer seg for å gjøre opp en gjeldspost som forfaller kort tid etterpå for å slippe bryet og omkostningene med å sette pengene i banken.⁶⁶ Ingen av disse momenter kan sies å redde factoringpanthaver fra omstøtelse.

⁶³ Andreassen side 437.

⁶⁴ Men det kan selvfølgelig tenkes at kreditor nøyer seg med et underpant inntil videre, selv om altså kravet er forfalt.

⁶⁵ NOU 1972:20 side 291

⁶⁶ NOU 1972:20 side 291

Tvert i mot viser dette at deknl. § 5-5 først og fremst er konstruert med tanke på at skyldner på en eller annen måte overfører verdier til kreditor.

Etter mitt syn illustrerer anvendelse av dette vilkåret på rene underpantsettelse av fordringsmassen, at regelen ikke er utformet med sikte på tinglyste factoringpantavtaler. Man kan selvfølgelig argumentere med at fordi vilkåret om betaling før forfall virker så veldig strengt på underpantsettelse av fordringsmassen, slik at omstøtelse nesten alltid kan skje på det grunnlag, vil utfallet stort sett bli det samme som etter deknl. § 5-7. Og siden utfallet stort sett vil være det samme, bør man holde seg til ordlyden i deknl. § 5-5 (4).

Det siste vilkåret er om pantsettelsen skjer med *beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*. Etter forarbeidene er det avgjørende ”beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlig likviditet”.⁶⁷ Etter mitt skjønn er også dette vilkåret lite anvendelig på en underpantsettelse av fordringsmassen. Poenget er jo at factoringpanthaver etter en avtale om factoringpant, ikke får overført fordringene til seg. Det vil at si at debitor cessus fortsatt skal betale til skyldner, og at skyldner i utgangspunktet kan disponere disse pengene som han vil. Således svekkes ikke hans betalingsevne ved etableringen av factoringpantet.

Analysen over viser at anvendelse av deknl. § 5-5 (4) på underpantsettelse av fordringsmassen, ikke er en kurant sak. For det første vil etter min mening omstøtelse ikke kunne skje på grunnlag av to av de tre vilkårene. Da står man bare tilbake med ett, nemlig om pantsettelsen skjedde før normal betalingstid. Som det har fremgått av teksten over, mener jeg at også det vilkåret ikke passer så godt på factoringpanttilfeller. Og selv om mange tilfeller av factoringpantsettelse skulle kunne omstøtes på det grunnlag, gjelder det slett ikke alle tilfeller. I slike tilfeller vil da omstøtelse ikke kunne skje på grunnlag av deknl. § 5-5 i det hele tatt. Spørsmålet da er om det kan gis noen rasjonell forklaring på at underpantsettelse av fordringsmassen skal behandles mildere enn andre former for underpantsettelse. Personlig kan jeg ikke se noen holdepunkter for at det skal være en slik forskjell.

⁶⁷ NOU 1972:20 side 291

4.4 Oppsummering og konklusjon

Som tidligere nevnt er ordlyden i deknl. § 5-5 (4) klar. Derfor må det i utgangspunktet vektige argumenter til for å fravike den.

Etter mitt skjønn kan det ikke være tvilsomt at lovkonsipistene først og fremst hadde de egenlige factoringavtaler i tankene ved utformelsen av bestemmelsen. Det fremgår jo også klart av hva som uttrykkelig sies i forarbeidene. For ordens skyld kan det nevnes at lovkonsipistene i ot.prp. nr 26 (1980-1981) om lov om endringer av i konkurs- og pantelovgivningen på side 155, fastholder den tradisjonelle factoringvirksomheten som den sentrale begrunnelse for regelen. Uttalelsen kom på bakgrunn av et forslag om å oppheve deknl. § 5-5 (4).

Over sa jeg at forarbeidene var for uklare til å alene kunne begrunne en innskrenkende tolkning av ordlyden blandt annet fordi lovkonsipistene måtte ha hatt kunnskap om den vide pantsettelsesadgangen panteloven § 4-10 åpner for. Poenget var der at lovgiverne ikke kunne ha vedtatt den ordlyden slik den nå lyder, uten å ha ment at alle slags pantsettelser av enkle pengekrav skal omstøtes etter deknl. § 5-5. Dette argumentet kan ikke lenger fremholdes etter analysen av hvordan deknl. § 5-5 skal anvendes på underpantsettelse av fordringsmassen. Denne bestemmelsen kan vanskeligis en rasjonell anvendelse på slike pantsettelser, først og fremst fordi den er utformet med tanke på betaling. Hvis lovkonsipistene var klar over disse problemer, men allikevel mente at omstøtelse av factoringpant skal skje på grunnlag av deknl. § 5-5, er det høyst påfallende at ikke forarbeidene inneholder en nærmere anvisning på hvordan bestemmelsen skal anvendes. I tillegg kommer at omstøtelse i en del tilfeller ikke kan bli aktuelt etter deknl. § 5-5. Det finnes ingen holdepunkter i forarbeidene for at man ønsket å begrense omstøtelsesadgangen for underpantsettelse av fordringsmassen. Tvert i mot forstår jeg forarbeidene dithen at ved å anvende deknl. § 5-5 på de egentlige factoringavtaler oppnår man at massen av kundefordringer blir betraktet som ”et hele”, i den forstand at utfallet av omstøtelse etter deknl. § 5-5 i slike tilfeller vil bli tilnærmet likt med utfallet av omstøtelse for underpantsettelser etter deknl. § 5-7 der man kan anlegge et tingsinnbegrepssynspunkt.

De rettsavgjørelsene man har som tar direkte stilling til problemet⁶⁸, konkluderer også med at underpantsettelse av fordringsmassen er underlagt omstøtelsesreglene i

⁶⁸ Se over i fremstillingen om disse avgjørelsene.

dekl. § 5-7. Ingen av dem er Høyesterettsdommer, men de bør allikevel tillegges en del vekt.

Etter min mening må *konklusjonen* etter dette bli at omstøtelse av underpantsettelse av fordringsmassen må skje på bakgrunn av dekningslovens § 5-7.

4 Grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet

4.1 Innledning

Etter panteloven § 4-10 kan en næringsdrivende pantsette ”de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som han har eller får i *sin* virksomhet.”

Når pantsetter går konkurs, vil de kravene som oppstår i konkursboets virksomhet ikke være omfattet av factoringpantet fordi kravene ikke oppstår i den næringsdrivendes (konkursdebitors) virksomhet. Gjenstand for drøftelsen her er således hvordan man skal trekke grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors virksomhet og krav som oppstår i konkursboets virksomhet.

Dette temaet er egentlig en del av det større temaet om hvilke krav som inngår i factoringpantet. Krav som faller utenfor factoringpantavtalen vil tilfalle konkursboet forutsatt at ingen andre har en rettsvernet rettighet i det aktuelle kravet. Hvilke krav som inngår i factoringpantet beror i første rekke på tolkning av factoringpantavtalen samt en tolkning av panteloven § 4-10 og de grenser den opererer med. Det faller utenfor oppgaven å gjøre rede for disse spørsmål i detalj her. Først og fremst på grunn av plasshensyn, men også fordi disse spørsmål er av mer generell interesse, og ikke bare av interesse hvis pantsetter går konkurs. Jeg viser forøvrig til punkt 3.2 der jeg har gitt en kort oversikt over dette.

4.2 Hvordan *kan* grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet trekkes?

4.2.1 Innledning

Problemstillingen er hvilke kriterier man skal legge til grunn for å trekke opp den nærmere grensen. I en høyesterettsdom inntatt i Rettstidene 1987 side 984 (Enok Hus) tok Høyesterett stilling til spørsmålet. Bakgrunnen for saken var følgende: Enok Hus og Hyttebygg A/S (Heretter Enok Hus) hadde en avtale med Lie Høvleri A/S om factoringpant i de enkle pengekrav Enok Hus ”har og i fremtiden får” i hele sin næringsvirksomhet. Da Enok Hus gikk konkurs ble det tvist mellom Lie Høvleri og konkursboet om omfanget av factoringpantavtalen. Konkursboet mente at factoringpantavtalen var begrenset til kundefordringer, mens Lie Høvleri mente den også omfattet blant annet krav på arealtilskudd og lærlingetilskudd fra staten. Konkursboet argumenterte prinsipalt på at panteobjektet etter pantel. § 4-10 ikke kunne være verken arealtilskudd eller lærlingetilskudd. Det førte ikke frem.⁶⁹ Sekundært ble det prosedert på at ”det for arealtilskuddenes vedkommende ikke forelå noen rettslig forpliktelse for staten til å betale disse da konkurs ble åpnet i boet”.⁷⁰ Dette argumentet førte heller ikke frem. Skifteretten hadde tatt utgangspunkt i at ”når klienten går konkurs antar retten at factors pant i hans krav bare omfatter krav som hadde oppstått og kunne omsettes på tidspunktet for konkursåpningen.(...) Med at kravet må være oppstått, forstår retten at debitor må ha en plikt til å betale, og at denne plikt ikke må være avhengig av omstendigheter eller rettsvirkninger som følger av konkursåpningen eller inntreffer etter denne”.⁷¹ For arealtilskuddets del hadde ikke debitor søkt om dette før konkursåpning. Allikevel kom skifteretten til at kravet gikk inn under factoringpantet, da debitor hadde gjort alt det som skulle til for å få støtte. At søknad ikke var sendt var her uten betydning, på lik linje med at det er uten betydning om faktura er sendt ved en vurdering av om kundefordringer har oppstått.

Høyesterett kom til samme resultat som underrettene og tiltrådte langt på vei ”den begrunnelse som er gitt av de to retter”.⁷² I forhold til konkursboets subsidiære

⁶⁹ I dag, etter lovendringen som kom i 1991, ville det nok vært annerledes.

⁷⁰ Rt. 1987 side 984 på side 985

⁷¹ Utdrag fra Skifteretten inntatt i høyesterettsdommen, se Rt. 1987 side 984 på side 993.

⁷² Rt. 1987 side 984 på side 986.

påstand om at det ikke forelå en rettslig forpliktelse for staten til å betale på konkursåpningstidspunktet, nøyde Høyesterett seg med å si at det ”reelt sett var fra Enok Hus` side før konkursåpningen utført det byggearbeid som var nødvendig for at bedriften skulle få arealtilskuddene. Det som gjenstod, var det rent formelle å sende søknad m.v. Vilkårene for støtte forelå. Behandlingen av søknaden var fra Husbankens side av rent kontrollerende natur og innebar ikke noen form for skjønnsutøvelse”.⁷³

På basis av disse uttalelser kan man si at det avgjørende er en sammenlikning av tidspunktet for når kravet oppsto og tidspunktet for konkursåpningen. Hvis kravet oppsto før konkursåpning, anses det å ha oppstått i konkursdebitors virksomhet og er således en del av den pantsatte kundefordringsmassen. Hvis kravet oppsto etter konkursåpning derimot, anses det oppstått i konkursboets virksomhet, og det faller det utenfor factoringpantet.

Mot dette synet har spesielt Skoghøy opponert. Han tar utgangspunkt i at det ikke kan opereres med en frist kravet må ha oppstått innenfor for å kunne omfattes av factoringpantsettelsen.⁷⁴ Dette utgangspunktet må også gjelde der pantsetteren går konkurs, ellers vil realiteten være at panteretten beskjæres ved åpning av konkurs, hvilket ikke er den normale regelen.⁷⁵

Skoghøy oppstiller derfor følgende tese hva angår grensen mellom krav som oppstår i konkursdebitors og konkursboets virksomhet: ”Så lenge grunnlaget for kravet ikke er disposisjoner som er foretatt av boet, må kravet anses oppstått i pantsetterens næringsvirksomhet, selv om det først etter konkursåpningen kommer til rettslig eksistens.”⁷⁶ Altså er det avgjørende for Skoghøy ikke når kravet oppsto, men om kravet oppsto på bakgrunn disposisjoner foretatt av konkursboet eller ikke.

Vi ser altså at det er to i utgangspunktet forskjellige innfallsvinkler til problemet. Derfor vil jeg i det følgende foreta en analyse av Skoghøys argumenter og de typetilfellene han drøfter, satt opp mot synspunktene i Enok Hus dommen. Jeg vil foreta fortløpende vurderinger underveis.

⁷³ Rt. 1987 side 984 på side 989

⁷⁴ Andreassen, side 173-176

⁷⁵ Andreassen side 178.

⁷⁶ Andreassen side 176, jfr. 179.

4.2.2 Krav som oppstår som følge av konkursboets selvstendige virksomhet

Når et selskap går konkurs, vil det kunne skje at konkursboet fortsetter driften inntil videre. Der kravet oppstår som følge av boets selvstendige produksjon, for eksempel der konkursboet fortsetter å produsere varer og selge disse, vil de kravene som da oppstår falle utenfor factoringpantet.⁷⁷ Det samme gjelder der boet selger varer som var produsert før konkursåpningen. Kravet oppstår som følge av boets disposisjon.⁷⁸ Det er selve salget som er disposisjonen som skaper kravet.

For begge disse tilfeller kommer man til samme resultat ved å legge avgjørende vekt på når kravet kom til rettslig eksistens, eller mer presist, når den endelige plikten til å betale oppstår.

⁷⁷ Andreassen side 181.

⁷⁸ Andreassen side 181.

4.2.3 Konkursboet trer inn i kontrakter inngått før konkursåpningen

Etter dekl. § 7-3 har konkursboet som hovedregel rett til å tre inn i konkursdebitors kontrakter.⁷⁹ Disse kontraktene kan enten være helt eller delvis uoppfylt fra konkursdebitors side. Spørsmålet er om kravet på vederlag skal falle inn under factoringpantavtalen.

Når boet trer inn i en kontrakt som er *helt uoppfylt*, legger Skoghøy til grunn at det er boets inntreden som gir grunnlaget for pengekravet og at det således ikke har oppstått i konkursdebitors virksomhet.⁸⁰

Legger man til grunn tidspunktet kravet oppsto, som i Enok Hus, kommer man til samme resultat. Kravet kan ikke ha oppstått i denne forbindelse før det foreligger en rettslig forpliktelse på debitor cessus til å betale. Denne forpliktelsen kan ikke ha oppstått før konkursdebitor har oppfylt, eventuelt delvis oppfylt, sine forpliktelser.

Er kontrakten *delvis oppfylt* når konkurs åpnes, må man skjelne mellom ulike kontraktstyper. I *regulære salgs- og kjøpsforhold* vil i utgangspunktet overlevering av varen danne grunnlaget for vederlagskravet.⁸¹ Levering vil normalt også være påkrevd for at kjøper skal ha rettsvern i selgers konkursbo. Er varen levert før konkursåpning, er fordringen oppstått på konkursdebitors hånd.

Hvis man følger anvisningene i Enok Hus dommen blir resultatet det samme: Den rettslige forpliktelsen til å betale har oppstått i og med leveringen. Når levering skjer før konkursåpning, har også fordringen oppstått før konkursåpningen.

I noen tilfeller vil overlevering ikke ha funnet sted før konkursåpning, men kjøper vil allikevel, på bakgrunn av interesselæren⁸², kunne ha fått rettsvern i forhold til selgerens kreditorer. Skoghøy legger til grunn at da vil gjennomføringen av avtalen ikke være avhengig av boets standpunkt til inntreden i kontrakten. Kjøper har krav på å få

⁷⁹ Se nærmere om boets rett til å tre inn i kontrakter, Andenæs side 149 flg.

⁸⁰ Andreassen side 183.

⁸¹ Andreassen side 183.

⁸² Se nærmere om interesselæren Falkanger, Tingsrett side 611-613. Hovedtanken bak interesselæren er at når der den kjøpte gjenstanden forblir hos selger og dette skjer kun i kjøpers interesse, kan ikke kjøper anses å ha gitt kreditt. Forutsetningen må være at leveringstidspunktet har kommet, selger er klar til å levere og at varen er tilstrekkelig identifisert.

varen utlevert. ”Som følge av dette må vederlagskravet i slike tilfeller anses oppnådd i konkursdebitors virksomhet.”⁸³

I dag vil nok interesselæren i utgangspunktet anses som alminnelige akseptert.⁸⁴ Mer usikkert er det hvor langt den rekker. Kan kjøper ha skaffet seg rettsvern uten å ha betalt? Poenget med interesselæren er at det kan virke urimelig å behandle en person som har kjøpt og betalt en vare, men ikke fått den overlevert til seg av hensyn til hans interesser, på lik linje med andre som har ytt kreditt. Regelen er først og fremst utformet for å beskytte den som har betalt, men ikke fått overlevert varen. Der kjøper ikke har betalt ennå, har han vel neppe like stort behov for beskyttelse mot kreditorene. Dessuten er han beskyttet av retten til å holde igjen sin egen ytelse, jfr. dekl. § 7-2. Et eksempel kan være en person som inngår en kredittkjøpsavtale hos en hvitevareforhandler. Avtalen gjelder kjøp av et kjøleskap, og kjøper får tre måneders betalingsutsettelse. I butikken har kjøper plukket ut kjøleskapet han skal ha, men det passer dårlig for ham å ta det med seg hjem den dagen. Det avtales derfor at forhandleren skal sette det til side for ham, så kjøper kan komme og hente det når det passer ham. Den tre måneders betalingsutsettelsen løper derimot fra dagen kredittkjøpsavtalen ble inngått. Før kjøper rekker å hente kjøleskapet, åpnes konkurs i selgers bo. Etter min mening virker det lite rimelig at kjøper her kan tvinge gjennom avtalen, ved å kreve kjøleskapet utlevert mot betaling. En annen sak er jo at boet normalt vil ønske å tre inn avtalen for å få pengene for kjøleskapet. Men det må være opp til konkursboet å fatte den avgjørelsen.⁸⁵

Har kjøper betalt, og skaffet seg rettsvern etter interesselæren, er det riktig som Skoghøy sier at gjennomføringen av avtalen ikke beror på boets standpunkt. Boet må levere fra seg varen. Men da vil kravet allerede være gjort opp, og det eksisterer således ikke lenger noe fordring.

Hvis kjøper ikke har betalt og overlevering ikke har skjedd, og man legger til grunn at kjøper heller ikke kan ha oppnådd rettsvern etter interesselæren, vil gjennomføringen bero på boets inntreden i avtalen. Trer boet ikke inn i avtalen, vil ikke kjøper være forpliktet til å betale.⁸⁶

⁸³ Andreassen side 183.

⁸⁴ Falkanger, tingsrett side 611.

⁸⁵ Så vidt jeg kan skjønne er Andenæs av samme oppfatning, se Andenæs side 185.

⁸⁶ Etter dekl. § 7-7 har kjøper hevingsrett der boet ikke trer inn.

Det samme resultatet kommer man til hvis man følger synspunktene i Enok Husdommen. Debitor cessus` betalingsplikt forutsetter levering av varen, som igjen forutsetter at konkursboet trer inn i avtalen og leverer varen. Før konkurboet trer inn i avtalen, kan ikke betalingsplikten anses oppstått. Eller sagt på en annen måte: Plikten til å betale er avhengig av en ”rettsvirkning som følger av konkursåpningen”⁸⁷, nemlig at boet trer inn i avtalen og oppfyller.

Der kjøper ikke har betalt eller fått varen, men allikevel har fått rettsvern etter interesselæren⁸⁸, beror gjennomføringen av avtalen ikke på boets standpunkt. Kravet må dermed anses oppstått i konkursdebitors virksomhet.

Hvis man legger avgjørende vekt på når kravet oppsto i tråd med Enok Husdommen, må kravet anses oppstått fra det øyeblikk kjøper fikk rettsvern. Rettsvern etter interesselæren likestilles med rettsvern ved faktisk overlevering, og må på lik linje med faktisk overlevering skape en definitiv betalingsplikt. Poenget er at konkursdebitor har prestert sin ytelse. Forutsetningen for å få rettsvern er selvfølgelig at det kommer på plass før konkursåpning. Kravet må da også anses oppstått før konkursåpning og går således innunder factoringpantavtalen.

*I tilvirnings- eller annet oppdragsforhold*⁸⁹ vil konkursdebitor kunne ha prestert deler av ytelsen sin før konkurs. Skoghøy hevder det må oppstilles forskjellige løsninger etter hva som er avtalt med henhold til betaling.⁹⁰

For mindre oppdrag vil det normalt være avtalt, eller det følger forutsetningsvis, at betaling ikke skal skje før hele ytelsen fra konkursdebitors side er prestert. Hvis ytelsen ikke er prestert fullt ut før konkurs åpnes, vil ikke kravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet. Kravet oppstår først hvis boet trer inn og fullfører kontrakten. Løsningen blir således parallell som ved kjøp- og salgsforhold, levering er det avgjørende for om kravet kan anses oppstått.

⁸⁷ Rt. 1987 side 984 på side 993.

⁸⁸ Som det fremgår av teksten over stiller jeg meg tvilende til en slik mulighet.

⁸⁹ For eksempel store entrepriseforhold, enklere tilvirningskjøp som kjøp av skreddersydd dress eller kjøp av tjenester.

⁹⁰ Andreassen side 184

Samme utfall får man ved å legge avgjørende vekt på tidspunktet fordringen oppsto.

Hvis det derimot dreier seg om tilvirkningskontrakter av et visst omfang, vil det normalt være avtalt at betaling skal skje a konto etter hvert som arbeidet skrider frem. I praksis foregår betalingen med jevnlige mellomrom, og ikke fra dag til dag. Skoghøy oppstiller den løsning at ”den del av vederlaget som er opptjent før konkursåpningen, bør anses oppstått i konkursdebitors virksomhet”.⁹¹

Også for tilvirkningskontrakter kan det være aktuelt at bestiller har rettsvern for deler av tilvirkers ytelser før han har betalt. Det er ofte avtalt at tilvirker skal stå for innkjøpene av materialene, og at kjøper skal betale for dette fortløpende, i praksis ved neste fakturering. I den forbindelse avtales det at kjøper skal ha eiendomsretten med en gang materialene ankommer byggeplassen. Om denne eiendomsretten står seg er et åpent spørsmål.⁹²

Her er poenget at hvis kjøper har rettsvern for materialene, må vederlagskravet for disse anes oppstått i konkursdebitors virksomhet selv om de ikke ennå er inkorporert. Debitor har gjort alt det som skal til etter avtalen for å kunne kreve betaling for dem. Vederlag for det arbeidet konkursboet får med å inkorporere materialene i kjøpsgjensstanden, må derimot tilfalle konkursboet.

Etter mitt skjønn må utfallet bli det samme hvis man legger avgjørende vekt på tidspunktet kravet oppsto. Når det er avtalt a konto betaling, vil betalingsplikten inntre fortløpende for de ytelsene som er prestert. Dette må også gjelde selv om det er avtalt at betaling skal skje for eksempel bare hver fjortende dag.

Den avregningen for utført arbeid som da må foretas, kan forøvrig by på problemer.⁹³ Noe forenklet vil regningen for ethvert arbeid som utføres bestå av de utgifter entreprenøren har beregnet for det aktuelle arbeidet samt en fortjeneste. I praksis vil entreprenøren i pristilbudet ha brutt ned arbeidet som skal utføres i mindre bolker og beregnet prisen for disse. Men han vil ikke ha en pris for ethvert arbeid som utføres, slik at når konkurs åpnes er det ikke gitt hva vederlaget skal være for det arbeidet som er utført. Avgjørelsen her vil nok bero på en del skjønn.

⁹¹ Andreassen side 184, slik også Krokeide, side 304-305.

⁹² Se Kaasen side 472-476.

⁹³ Slik også Krokeide side 305.

Hvis boet ikke trer inn i kontrakten, vil ofte deler av det vederlaget som er opparbeidet før konkursåpningen gå tapt på grunn av motkrav fra debitor, se dekl. § 7-8 om den annen parts erstatningskrav og dekl. § 8-1 om motregning. Det leverte kan for eksempel være mangelfullt eller medkontrahenten har krav på erstatning. Hvis boet trer inn i kontrakten vil det være ansvarlig for ytelsen som er prestert før konkursåpning dersom "den annen parts eller skyldnerens ytelse etter avtalen er udelelig eller på grunn av sammenhengen mellom de enkelte deler må betraktes som en enhet", jfr dekl. § 7-4 (2). Det vil som regel være tilfelle. Således kan man si at boet redder verdier ved å tre inn i avtalen. Ved å fullføre kontrakten bortfaller debitors motkrav helt eller delvis. Poenget med at boet trer inn i kontrakter er jo nettopp gjerne for å redde verdier. Men ved å tre inn i kontrakter som her drøftes, er det factoringpanthaver som delvis tjener på det. Spørsmålet blir så om dette er rimelig. Bør konkursboet kompenseres og i så fall hvordan? Skoghøy mener at kompensasjonen bør skje "på den måte at factoringpantavtalen bare må anses å omfatte den del av vederlaget som medkontrahenten måtte betalt om boet ikke var trådt inn".⁹⁴ Den resterende del av vederlaget oppstår på grunnlag av boets inntreden, og må derfor anses oppstått i konkursboets virksomhet og ikke konkursdebitors. Skoghøy mener at denne løsningen følger av loven.⁹⁵ Krokeide derimot sier at "slik rettsreglene er utformet, må dette skje gjennom forhandlinger".⁹⁶ Poenget til Krokeide, slik jeg ser det, er at konkursboet må ta høyde for disse spørsmålene når det vurderer om det skal tre inn i avtalen. Fra konkursboets ståsted er jo utgangspunktet om det er penger å hente på å tre inn i avtalen. Dette gir grunnlag for forhandlinger med factoringpanthaver, spesielt fordi denne også kan ha interesse i at konkursboet trer inn. Hvis forhandlinger faktisk skjer, vil nok utfallet ikke bli så forskjellig mellom de to løsninger. Men hvis det ikke har vært forhandlinger før konkursboet trer inn, synes det som at Krokeide mener at hele vederlagskravet som er opptjent før konkursåpningen tilfaller factoringpanthaver. Jeg er under noe tvil enig med Skoghøy, ut fra de rettsetninger han stiller opp, at den riktige løsning her må være å anse det vederlaget som går utover hva medkontrahenten måtte ha betalt hvis boet ikke hadde trått inn, som oppstått i konkursboets virksomhet. Det er nettopp boets disposisjon, inntreden i kontrakten og oppfyllelse, som skaper grunnlaget

⁹⁴ Andreassen side 185.

⁹⁵ Andreassen side 185.

⁹⁶ Krokeide side 305.

for det kravet, og det må således ikke kunne anses oppstått i konkursdebitors virksomhet.

Hvis man tar utgangspunkt i synspunktene i Enok Hus dommen, vil man så vidt jeg kan se komme til samme resultat. Avgjørende er, som tidligere nevnt, når kravet oppsto. Når det er avtalt a konto betaling, må man legge til grunn det samme som over, det vil si at vederlagskravet anses oppstått etter hvert som arbeidet utføres. Spørsmålet blir så om konkursboet på noen måte skal eller kan kompenseres for berikelsen factoringpanthaver oppnår. Slik jeg ser det, må det vederlagskravet factoringpanthaver har krav på, tilsvare den summen debitor har plikt til å betale ved konkursåpning. La meg belyse det med et enkelt eksempel: På konkursåpningstidspunktet har konkursdebitor utført arbeid for 100.000 kroner. Men på grunn av diverse motkrav, det utførte er for eksempel mangelfullt, er medkontrahenten ikke pliktig til å betale mer enn 50.000 kroner og på konkursåpningstidspunktet er det således bare det kravet factoringpanthaver kan ta dekning i. Dette underbygges også av prinsippet om at ingen kan overføre større rett enn han selv har, jfr. prinsippet i gjeldsbrevslovens (Lov av 17 februar nr 1 om gjeldsbrev) § 25, jfr. pantel. § 4-10 (3) jfr. § 4-6 (3). På konkurstidspunktet er kravet oppstått, men debitor har fortsatt sine innsigelser i behold og omfanget av kravet vil derfor kunne reduseres.⁹⁷ For at medkontrahenten skal betale de resterende 50.000 kronene, må konkursboet tre inn i avtalen.⁹⁸ Plikten til de resterende 50.000 kronene er således avhengig av ”omstendigheter eller rettsvirkninger som som følger av konkursåpningen”, nemlig at boet trer inn og oppfyller⁹⁹ kontrakten, og det vil derfor falle utenfor factoringpantet.

I forhold til *løpende kontraktsforhold*, for eksempel leieforhold eller abonnementsforhold, vil boet ved å tre inn bare være forpliktet til å prestere sin ytelse fra konkursåpning, jfr. dekl. § 7-4 (3). Skoghøy sier at det da må ”foretas en forholdsmessig fordeling av vederlaget etter som hvor meget av kontraktsytelsen som er prestert ved konkursåpning”.¹⁰⁰ Utgangspunktet er altså som ved tilvirknings- og andre

⁹⁷ Se nærmere om factoringpanthavers rett i forhold til debitor cessus Andreassen side 343 flg.

⁹⁸ Forutsetningen må være at boets inntreden ”fjerner” grunnlaget for innsigelsene. Det mangelfulle arbeidet vil boet normalt være forpliktet til å utbedre, jfr. dekl. § 7-4 (2)

⁹⁹ En del av oppfylleelsesplikten til boet vil være å utbedre det mangelfulle.

¹⁰⁰ Andreassen side 185.

oppdragsforhold, se over. Men i motsetning til disse forhold vil ikke boet være ansvarlig for det som er prestert før konkursåpning, slik at det ikke blir nødvendig å kompensere boet på noen måte. Hvis det for eksempel dreier seg om utleie av en fast eiendom, forplikter konkursboet seg ved å tre inn i kontrakten til fortsatt å stille eiendommen til disposisjon. Det vederlaget som knytter seg til boets ytelse, faller således utenfor factoringpantet. Krav på leie frem til konkursåpningstidspunktet derimot, må anses oppstått i konkursdebitors virksomhet, og således falle innunder factoringpantavtalen.

Det samme vil gjelde hvis man legger avgjørende vekt på synspunktene i Enok Hus dommen. Retten la der til grunn at kravet er oppstått når ”debitor må ha en plikt til å betale, og denne plikt ikke må være avhengig av omstendigheter eller rettsvirkninger som følger av konkursåpningen eller inntreer etter denne”. Hvis boet ikke trer inn, vil leietaker ikke være forpliktet til å betale for leie av eiendommen etter konkursåpning. Har han forhåndsbetalt har han således et tilbakeføringskrav på konkursboet.¹⁰¹ Plikten til å betale leien etter konkursåpning er derfor avhengig at konkursboet trer inn, altså avhengig av en omstendighet som følger av konkursåpningen. De opparbeidede leieinntektene før konkursåpning må derimot leietaker ha plikt til å betale, og de går i så tilfelle inn under factoringpantet.

Hvis det dreier seg om *løpende kontraktsforhold som boet må respektere*, som for eksempel tinglyste leiekontrakter, legger Skoghøy til grunn at ”fra konkursåpning er det boet som har rådigheten over utleieobjektet, og denne beholder boet så lenge leieobjektet ikke bli avhendet, solgt på tvangsauksjon, tatt til brukelig pant eller abandonnert. Leiekrav som opptjenes etter konkursåpning, må dermed anses oppstått i boets virksomhet.”¹⁰² Skoghøy sier altså at fordi boet overtar rådigheten over utleieobjektet, må krav på leie som oppstår etter konkursåpning tilfalle boet. Dette er ikke helt presis etter min mening. At boet overtar rådigheten fra konkursåpningen gjelder jo også der den løpende leiekontrakten ikke må respekteres av boet. I så fall kunne man jo anført det samme argumentet for den situasjonen. Dessuten er jo boet forpliktet til å la leietaker bruke eiendommen, gjennomføringen av kontrakten er således ikke avhengig av konkursboets standpunkt til inntreden. Her kunne man trekke en parallell til det som er sagt over om tilfeller der en kjøper har skaffet seg rettsvern etter

¹⁰¹ Riktignok kan dette kravet bare gjøres gjeldende som dividendekrav, jfr. dekl. § 7-7 (2).

¹⁰² Andreassen side 186

interesselæren til en vare. Gjennomføringen av avtalen er også der ikke avhengig av boets standpunkt, og kravet må derfor anses oppstått i konkursdebitors virksomhet. Parallellen er allikevel ikke helt treffende fordi leietakers plikt til å betale forutsetter visse ytelser fra konkursboet. Det kan være vedlikeholdsarbeid, rengjøring etc. Disse forpliktelser for boet taler for at leiekravet som oppstår etter konkursåpning tilfaller boet.¹⁰³

Avgjørende etter min mening kan altså ikke være at konkursboet overtar rådigheten, men at boet overtar visse forpliktelser overfor leietaker og at leietakers plikt til å betale er avhengig av at boet oppfyller disse forpliktelser.

Følger man synspunktene i Enok Hus dommen, må resultatet bli det samme. Etter konkursåpning er leietakers plikt til å betale leie avhengig av at boet oppfyller sine forpliktelser. Eller sagt på en annen måte, plikten til å betale for leietaker forutsetter ytelser fra boets side. Kravet på leie etter konkursåpning, kan således ikke anses oppstått før konkursåpningen.

Der det løpende kontraktsforholdet består i en *engangsoppsfyllelse fra skyldnerens side mot løpende oppfyllelse fra medkontrahentens side*, vil det også være behov for en nærmere grensedragnings. For eksempel kan det dreie seg om forlagsavtaler. Skyldner er forfatter¹⁰⁴ og har levert en bok til forlaget. Etter avtalen skal han ha vederlag av fremtidig omsetning. Ytelsen fra skyldners side vil her være å skrive og levere en bok. Forlaget skal trykke og distribuere den, samt gi forfatteren prosenter av salget. Har skyldner prestert sin del av ytelsen før konkursåpning har således kravet på vederlag oppstått før konkursåpning. Det spesielle for denne type kontrakter er at omfanget av kravet er avhengig av fremtidige omstendigheter, i eksempelet fremtidig salg. Når omstendighetene først inntreffer etter konkursåpning, skal kravet på vederlaget da omfattes av factoringpantavtalen?

Skoghøy drøfter ikke denne problemstillingen, men hvis man tar utgangspunkt i hans tese om at "så lenge grunnlaget for kravet ikke er disposisjoner som er foretatt av boet, må kravet anses oppstått i pantsetterens næringsvirksomhet, selv om det først etter konkursåpningen kommer til rettslig eksistens"¹⁰⁵, må man legge til grunn at kravet har

¹⁰³ Slik også Krokeide, side 305.

¹⁰⁴ Forutsetningen er at han er næringsdrivende i egenskap av å være forfatter, jfr. panteloven § 4-10.

¹⁰⁵ Se Andreassen side 176.

sitt grunnlag i at skyldner har prestert sin ytelse før konkursen og er ikke avhengig av en disposisjon foretatt av boet. Således faller kravet innunder factoringpantet.

Også Krokeide konkluderer med det samme under henvisning til ordlyden i panteloven § 4-10, samt at det er en beror på en tilfeldighet at skyldner går konkurs før kravet er endelig opptjent og at det dermed ikke bør innvirke på den rettslige situasjonen.¹⁰⁶

Hvis man legger til grunn synspunktene i Enok Hus dommen vil utfallet være mer usikkert. Som tidligere nevnt ble det der lagt til grunn at kravet er oppstått når debitor har ”en plikt til å betale, og at denne plikt ikke må være avhengig av omstendigheter eller rettsvirkninger som følger av konkursåpningen eller inntreter etter denne”.¹⁰⁷ Det kan anføres atplikten til å betale her er avhengig av omstendigheter som inntreter etter konkursåpning, i eksempelet salg av boken. Hvis boken ikke selger noe etter konkursåpning, vil heller ikke forlaget være forpliktet til å betale noe til konkursdebitor. Etter min mening kan ikke dette være riktig måte å forstå dommen på. Det siterte må tolkes i sammenheng med det som er skrevet videre: ”Er kravet betinget av en innsats eller ytelse fra klienten, betyr det at denne må være prestert før konkursen, og på en slik måte at klienten selv hadde rett til å kreve betaling.”¹⁰⁸ Det sentrale er altså at det ikke må gjenstå ytterlige leveranser eller ytelser fra konkursdebitors side for atplikten til å betale skal anses oppstått. Skyldner må ha gjort det som er nødvendig fra hans side for å kreve betaling. Så lenge skyldner, før konkursåpningstidspunktet, har prestert sin ytelse på en slik måte at han selv kunne kreve betaling, anses fordringen oppstått. Dessuten er det *omfanget av pengekravet* som er avhengig av fremtidig omsetning, mens *plikten til å betale* er ikke avhengig av disse omstendigheter. Det blir således ikke riktig å si plikten til å betale er avhengig av omstendigheter som inntreter etter konkursåpningen.

Konklusjonen må bli at vederlagskravet faller innunder factoringpantet også der man anvender synspunktene i Enok Hus dommen.

¹⁰⁶ Se Krokeide side 304.

¹⁰⁷ Se Rt 1987 side 984 på side 993.

¹⁰⁸ Rt 1987 side 984 på side 993.

Hvis konkursboet trer inn i kontrakten, men så blir den senere hevet, vil da også måtte foretas et oppgjør for den del av kontrakten som er oppfylt¹⁰⁹, med fradrag av mulige tilgodehavender.¹¹⁰ Dette må gjelde uansett hvem av partene som hever eller hva som er grunnlaget for hevingen. På fagspråket kalles dette ex nunc heving, hevingen har bare virkning fremover i tid. Den delen av oppgjøret som har sitt grunnlag i konkursboets ytelse, tilfaller boet. Den delen som har sitt grunnlag i konkursdebitors ytelse, tilfaller factoringpanthaver. Har boet ved å tre inn reddet verdier, må disse verdiene anses oppstått i konkursboets virksomhet.¹¹¹

Det samme må bli resultatet der man anvender momentene i Enok Hus dommen, se det jeg har skrevet over om tilfeller der boet trer inn i en kontrakt som konkursdebitor delvis har fullført og det må foretas et oppgjør for det presterte. De samme synspunktene må anvendes her.

¹⁰⁹ Se Andreassen side 186 for tilfeller der boet ikke trer inn og kontrakten heves. Denne problemstillingen kommer jeg tilbake til, men utgangspunktet er det samme når kontrakten heves etter inntreden.

¹¹⁰ Se for eksempel NF 92 art 26.2 siste ledd for en kontraktsrettslig regulering av hevingsoppgjøret.

¹¹¹ Boet kan ha utført en del arbeid før det misligholder og en del av det utførte kan være utbedring av mangler.

4.2.4 Konkursboet trer ikke inn i den uoppfylte kontrakten

Hvis konkursboet ikke vil eller kan tre inn i den uoppfylte kontrakten¹¹², vil medkontrahenten kunne heve, jfr. dekl. § 7-7. Også da må det skje et oppgjør for det som er prestert frem til konkursåpning. Det vederlagskravet som da oppstår, må anses oppstått i konkursboets virksomhet.¹¹³ Til fradrag på vederlagskravet kommer selvfølgelig eventuelle motkrav medkontrahenten har.

Dette resultatet følger også av Enok Hus dommen. Kravet oppstår som følge av de ytelser konkursdebitor har prestert før konkursåpningen.

4.2.5 Tilbakebetalingskrav og erstatning

I forbindelse med irregulære oppfyllelse av en kontrakt, kan det bli aktuelt at konkursdebitor (eller konkursboet) har krav på tilbakeføring av pengeytelser og/eller erstatning. Hvis for eksempel konkursdebitor er kjøper i en kontrakt, og det leverte er mangelfullt, kan han etter omstendighetene ha krav på prisavslag eller heving. I begge tilfellene oppstår et pengekrav.¹¹⁴ Eller det kan være at oppdragstakeren etter en tilvirkningskontrakt, hever kontrakten fordi boet ikke trer inn. Hvis konkursdebitor som kjøper har betalt et forskudd utover hva han har fått av ytelser, har han krav på å få dette tilbake. Erstatningstilfellene kan oppstå både der skyldner er kjøper og selger. For eksempel erstatning for mangelfull vare eller forsinket betaling.

Utgangspunktet etter Skoghøys modell er om kravet kan anses oppstått på bakgrunn av en disposisjon boet har foretatt eller ikke. Etter Enok Hus er det avgjørende om kravet kan anses oppstått før eller etter konkursåpning.

¹¹² Konkursboet kan ikke tre inn i kontrakten der medkontrahenten påberoper seg insolvensen som opphørsgrunn etter avtalens art, jfr. dekl. § 7-3 (2). Se nærmere om dette hos Andenæs side 155-157 og Kaasen side 593.

¹¹³ Se Andreassen side 186.

¹¹⁴ Han har krav på å få tilbakeført hele eller deler av den erlagte kjøpesummen, se f.eks. kjøpsloven (lov av 13 mai 1988 nr 27 om kjøp) §§ 37 og 64 (2).

Der konkursdebitor er kjøper av en vare som er mangelfull, kan han ha krav på prisavslag eller heving, forutsatt at vilkårene er tilstede. Hvis konkursdebitor har krevd prisavslaget før konkursåpning, må det anses oppstått i hans virksomhet selv om pengene ikke er tilbakeført ennå. Kravet kan ikke anses oppstått på bakgrunn av boets disposisjon. Hvis prisavsalget ikke er krevd av konkursdebitor, vil kravet måtte anses oppstått i konkursboets virksomhet dersom det fremmer prisavslagskravet. Det samme må følge av Enok Hus dommen. Tilbakebetalingsplikten oppstår når kjøper krever prisavslag, forutsatt at vilkårene for å kreve det er oppfylt.

Heves avtalen, skal i utgangspunktet begge parter tilbakeføre det mottatte. Medkontrahenten trenger ikke betale kjøpesummen tilbake før han får varen.¹¹⁵ Hvis konkursdebitor har levert varen tilbake før konkursåpning, må kravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet.¹¹⁶ Der konkursdebitor har erklært heving før konkursåpning men varen ikke er tilbakelevert ved konkursåpningen, står man overfor en form for uoppfylt kontrakt. Skoghøy sier om dette at kravet vil ”måtte anses omfattet av avtale om factoringpant (...) dersom selgers krav på tilbakelevering er oppstått uavhengig av konkursen, og selgeren har rettsvern i forhold til konkursboet for sin rett”.¹¹⁷ Poenget er at hvis selgeren har rettsvern for sin rett til å få varen tilbake, så beror gjennomføringen av hevingsoppgjøret ikke på boets ”inntreden” og oppfyllelse. Hvis selger derimot ikke har fått rettsvern for sin rett, beror gjennomføringen på at konkursboet tilbakeleverer varen. Da må det anses oppstått i boets virksomhet. Normalt må man legge til grunn leveringingen som rettsvernsakt.¹¹⁸

I noen tilfeller er selger forpliktet til å tilbakebetale kjøpesummen selv om kjøper ikke leverer tilbake kjøpsobjektet.¹¹⁹ Etter min mening må da tilbakebetalingskravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet. Plikten oppstår uavhengig av boets disposisjoner.

¹¹⁵ Se kjøpsloven § 64.

¹¹⁶ Jfr. Andreassen side 182.

¹¹⁷ Se Andreassen side 184.

¹¹⁸ Jeg forstår Skoghøy dithen at selger kanskje også kan ha oppnådd rettsvern etter interesselæren, jfr Andreassen side 184 der han innledningvis sier at ”at det som her er lagt til grunn, må også gjelde...”. Mitt syn på interesselæren har fremgått av teksten over, og jeg viser til det.

¹¹⁹ Se kjøpsloven § 66.

Etter synspunktene Enok Hus dommen må utfallet bli det samme. Tilbakebetalingsplikten kan tidligst anses oppstått i det kontrakten heves.¹²⁰ Når hevingsoppgjøret er avhengig av at begge parter tilbakefører det mottatte, kan medkontrahentens tilbakebetalingsplikt således ikke anses oppstått før konkursdebitor (eventuelt konkursboet) har gjennomført leveringingen.

Det som er lagt til grunn over må også gjelde for erstatningskrav. Erstatningsplikten oppstår når krav om erstatning faktisk blir fremsatt og vilkårene for dette er tilstede. Har konkursdebitor krevd erstatning, faller således kravet innunder factoringpanтет. Og motsatt hvis det først er konkursboet som fremmer erstatningskravet.

Dette gjelder også der konkursdebitor er selger, og har krav på erstatning på grunn av tap som har sin årsak i forsinket betaling.

Der det dreier seg om *tilvirknings- eller annet oppdragsforhold* og konkursdebitor er kjøper, er det først og fremst tilbakebetalingskrav på grunnlag av heving og erstatning som er aktuelt. Prisavslag er lite praktisk.

Hvis kontrakten heves må det skje et oppgjør for det som er prestert så langt. Se om dette over. Har konkursdebitor forskutert betaling, har han krav på å få dette tilbakeført forutsatt at kravet ikke ”spises” opp av eventuelle motkrav fra medkontrahentens side.¹²¹

Spørsmålet er så om tilbakebetalingskravet skal tilfalle factoringpanthaver eller konkursboet.

Der *medkontrahenten hever kontrakten fordi boet ikke trer inn og oppfyller*¹²², følger det av Skoghøys tese at kravet oppstår i konkursboets virksomhet fordi hevingen har sitt grunnlag i at boet ikke trer inn og oppfyller, altså en disposisjon, eller manglende sådan, fra boets side.¹²³ Også Krokeide legger avgjørende vekt på at årsaken til hevingen er boets manglende vilje eller evne til å tre inn.¹²⁴

¹²⁰ Se uttalelsen fra skifteretten i Rt. 1987 side 984 på side 994.

¹²¹ Se nærmere Andreassen side 186.

¹²² Se dekningsloven § 7-7.

¹²³ Se Andreassen side 188.

¹²⁴ Se Krokeide side 306

Der boet ikke har rett til å tre inn i kontrakten etter dekl. § 7-3, kan det kanskje virke litt kunstig å si at hevingen grunner seg på en disposisjon, eller manglende disposisjon, fra boets side. Boet har jo ikke rett til å tre inn, således har den manglende inntreden i kontrakten ikke noe å gjøre med en avgjørelse e.l. fra boets side om å ikke tre inn. Likefullt er hevingen så nært tilknyttet det faktum at boet ikke trer inn i og fullfører kontrakten, at det er mest naturlig å anse kravet oppstått i konkursboets virksomhet. Det sentrale her er jo at det er oppfyllelsen av kontrakten fra boets side, eller i dette tilfelle den manglende oppfyllelsen, som er boets disposisjon. Kontrakten heves fordi den ikke oppfylles etter konkursåpning, og fra konkursåpningstidspunktet hviler den eventuelle plikten til å oppfylle på konkursboet. Derfor må tilbakebetalingskravet anses oppstått i konkursboets virksomhet.

Utfallet må bli det samme etter Enok Hus saken. Et av tvistepunktene i den saken var nettopp om en factoringpantavtale omfatter tilbakebetalingskrav. Konkret dreide det seg om tilbakebetaling av et forskudd som konkursdebitor hadde betalt. Da konkurs ble åpnet, trådte konkursboet ikke inn i avtalen, og medkontrahenten hevet derfor avtalen. Om problemet uttalte skifteretten at ”det erlagte forskudd representrer ikke noe aktuelt krav mot grunneieren før eventuelt avtalen heves. Hevning hadde ikke skjedd da konkursen ble åpnet. Det betyr at det på det tidspunkt ikke hadde oppstått noe krav. Skjer hevning senere, vil da forskuddet (hvis det kan tilbakesøkes) tilfalle boet”.¹²⁵ Lagmannsretten tiltrådte i det vesentlige skifterettens syn.¹²⁶ Dette spørsmålet ble ikke anket til Høyesterett, men det uttalte mister ikke sin betydning av den grunn fordi det bygger på de rettssetninger skifteretten stilte opp og Høyesterett tiltrådte. Poenget i Enok Hus dommen er at medkontrahenten på konkurstidspunktet ikke hadde en plikt til å betale tilbake det forskuterte beløpet. Denne plikten kan ikke anses oppstått før avtalen faktisk heves.

Der *konkursboet trer inn, men senere misligholder*, og medkontrahenten hever på det grunnlag, legger Skoghøy avgjørende vekt på at det er boets mislighold som er bakgrunnen for hevingen og at det således må sies å være boets disposisjon, eller

¹²⁵ Se Rt. 1987 side 984 på side 994.

¹²⁶ Se Rt. 1987 side 984 på side 996.

mangelfulle disposisjon om man vil, som er grunnlaget for tilbakeføringskravet. Det kan derfor ikke falle innunder factoringpantet.¹²⁷

Etter Enok Hus dommen må tilbakebetalingskravet også falle utenfor factoringpantet, fordi kravet ikke oppstår før etter konkursåpning. Plikten til å betale tilbake for medkontrahenten oppstår når han hever, som igjen skjer etter konkursåpning, se det som er skrevet rett ovenfor.

Hvis det er *konkursboet som hever kontrakten*, vil tilbakebetalingskravet ha sitt grunnlag i boets avgjørelse om å heve kontrakten. Det må gjelde enten grunnlaget for hevingen er forhold før konkursåpningen eller etter. Poenget her er at det er boets disposisjon – hevingserklæringen – som skaper tilbakebetalingskravet. Således faller det utenfor factoringpantet.¹²⁸

Det samme må bli løsningen etter Enok Hus dommen. Plikten til å tilbakebetale oppstår i det boet hever, og det skjer etter konkursåpning.

Der *medkontrahenten hever på grunn av forhold som var inntrådt før konkursåpningen*¹²⁹, hevder Skoghøy løsningen må bli en annen. Avgjørende er at grunnlaget for hevingskravet er forhold inntrådt før konkursåpning, og det har ingen ting å gjøre med boets disposisjoner. Det må således falle innunder factoringpantet, selv om hevingserklæringen ikke blir fremsatt før etter konkursåpningen.¹³⁰

Til støtte for dette synet kan det også vises til Krokeide.¹³¹ Han drøfter tilfellet der tilbakebetalingskravet oppstår når kontrakten heves fordi boet ikke trer inn,¹³² men det er likevel relevant fordi utgangspunktet må være det samme, uansett hva som er årsaken til hevingen. Når tilvirkningskontrakter heves, må det skje et oppgjør for det som er prestert. Eventuelt overskyttende av hva som forhåndsbetalt, må tilbakeføres.

Krokeide skriver følgende: ”Dersom kontrakten ikke er hevet før konkursåpningen, er det enten konkursåpningen i seg selv eller boets etterfølgende beslutning om å ikke tre inn, som er *årsaken* til at kravet overhodet er oppstått. Dette bør være tilstrekkelig

¹²⁷ Se Andreassen side 188. Han drøfter der tilfeller hvor kontrakten heves fordi boet ikke trer inn, men han sier lenger ned at det samme må gjelde der kontrakten heves på grunn av konkursboets mislighold.

¹²⁸ Se Andreassen side 188.

¹²⁹ Se dekl. § 7-7. Selv om boet trer inn i avtalen kan medkontrahenten heve avtalen på grunn av mislighold som ikke står i direkte sammenheng med insolvensen.

¹³⁰ Se Andreassen side 188-189.

¹³¹ Se Krokeide side 306.

¹³² Dette kommer jeg tilbake til i neste punkt.

begrunnelse for at tilbakesøkningskravet ikke omfattes av fordringspantet.”¹³³ (Min uthevelse.) Det årsaken til hevingen som er avgjørende, og årsaken er å finne i at boet ikke trer inn. Motsatt kan man slutte at når årsaken er å finne i forhold som inntre før konkursåpningen, altså forhold konkursdebitor svarer for, må tilbakebetalingskravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet.

Så vidt jeg kan se vil dette *ikke* bli utfallet hvis man følger anvisningene i Enok Hus dommen. Selv om medkontrahenten kunne hevet før konkursåpning, medfører ikke det noen tilbakebetalingsplikt før kontrakten faktisk heves. Hvis for eksempel vilkårene for å heve er tilstede to uker før konkursåpning, betyr ikke det at tilbakebetalingsplikten oppstår på samme tidspunkt. Så lenge avtalen ikke heves, plikter ikke medkontrahenten å betale tilbake forskuddet.

Der konkursdebitor er kjøper i en tilvirkningskontrakt, vil det være lite aktuelt at et eventuelt *erstatningskrav* fremmes før kontrakten er fullført, eventuelt hevet. I så fall må det anses oppstått i konkursboet virksomhet. Det må gjelde etter både Skoghøys tese, og etter Enok Hus dommen. Skulle allikevel kravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet, vil det motregnes mot det kravet på vederlag som medkontrahenten har. Således vil det pulveriseres.

Hvis konkursdebitor er selger (tilvirker), vil han kunne ha et krav på erstatning på grunnlag av for eksempel forsinket betaling. Det er da vanlig at det er avtalt morarenter.¹³⁴ Men også her kan ikke kravet anses oppstått før erstatningskravet fremmes, i eksempelet med forsinket betaling vil det skje ved at konkursdebitor utsteder faktura. Hvis konkursdebitor har utstedt faktura, må således kravet anses oppstått i konkursdebitors virksomhet. Har ikke denne utstedt faktura før konkursåpning, anses kravet først å ha oppstått når konkursboet senere fakturerer kravet. Kravet har altså sin bakgrunn i boets disposisjon, og må tilfalle konkursboet. Denne løsningen følger av Enok Hus dommen også.

¹³³ Se Krokeide side 306

¹³⁴ Se f.eks. NF 92 art 27.2.

4.3 Hvordan skal grensen trekkes?

Så langt har jeg sett på forskjellene mellom Skoghøys rettsetninger og de rettsetninger Enok Hus dommen stiller opp. Selv om det ikke er store forskjeller i virkningen mellom de to synene, så er de prinsipielt forskjellige. Når det i tillegg finnes forskjeller i utfallet, blir det viktig å avgjøre hva som er det riktige synet. Spørsmålet blir således: Hva skal anses som gjeldende rett?

Synspunktene i Enok Hus dommen følger av en Høyesterettsdom.

Rettskildemessig vil dette måtte veie ganske tungt, og i utgangspunktet tyngre enn teori.

Skoghøy mener av flere grunner at Enok Hus dommen må ha svekket rettskildemessig vekt. Han trekker frem at resultatet for såvel lærlingtilskuddet som arealtilskuddet ble at det gikk inn under factoringpantet, fordi begge tilskuddene var oppstått før konkursen. ”Skal man legge til grunn at krav som oppstår etter konkursåpning ikke går inn under en factoringpantavtale, må det i tilfelle skje på grunnlag av en antitetisk tolkning av førstvoterendes uttalelser. Slike antitetiske slutninger (...) har adskillig mindre vekt enn det som direkte sies.”¹³⁵ Etter mitt syn vil det ikke være snakk om en antitetisk tolkning her. Tvert imot er utfallet en direkte følge av dommens ratio decidendi.¹³⁶ ”Når klienten går konkurs antar retten at factors pant i hans krav bare omfatter krav som hadde oppstått og kunne omsettes på tidspunktet for konkursåpningen.”¹³⁷

Dette bringer oss over i Skoghøys neste ankepunkt. ”Selv om Høyesterett ”i det vesentlige” eller ”langt på vei” slutter seg til det som er sagt av de lavere retter, innebærer ikke det at Høyesterett har sluttet seg til alt som Høyesterett ikke selv tar uttrykkelig avstand fra.”¹³⁸ Poenget til Skoghøy her er at den uttalte rettsetningen ikke kommer fra Høyesterett selv, og Høyesterett sa ikke direkte at den var enig med underrettene på akkurat det punktet.

Motsatt kan man da anføre at man heller ikke kan trekke den slutning at Høyesterett ikke er enig med underrettens rettsetninger fordi Høyesterett ikke direkte sluttet seg til

¹³⁵ Andreassen side 178.

¹³⁶ ”Med ”ratio decidendi” mener man en (eller flere) generell(e) setning(er) som dommen anses som utslag av”, jfr. Echhoff side 163.

¹³⁷ Rt. 1987 side 984 på side 993.

¹³⁸ Andreassen side 178.

dem. Hva man kan slutte av en Høyesterettsdom beror på tolkning. Slik jeg ser det kan det ikke være tvilsomt at Høyesterett var enig i skifterettens utgangspunkt.

Skoghøy viser også til at det ikke kan gjelde noen tidsmessig grense for når kravene kan ha oppstått. ”Hvis man skulle legge noe annet til grunn i forhold til et konkursbo, vil det i realiteten innebære at en factoringpantavtale ikke har fullt rettsvern i forhold til et konkursbo. Men noe slikt gir verken loven eller forarbeidene noen som helst holderpunktet for.”¹³⁹ Jeg er enig med Skoghøy at loven ikke stiller opp noen tidsmessig grense for når kravet må oppstå. Men loven stiller dog opp en grense: Bare de krav som oppstår i konkursdebitors virksomhet kan pantsettes etter panteloven § 4-10. Det følger av ordlyden som sier at pantsettelsesobjektet er ”de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som [den næringsdrivende] *har eller får i sin* virksomhet. I så måte må de rettssetninger som tilles opp i Enok Hus dommen sies å ha god forankring i lovteksten.

Konklusjonen etter dette må bli at bare krav som har oppstått på tidspunktet for konkursåpningen, kan gå inn under en factoringpantavtale. Hvis kravet må anses oppstått etter konkursåpningen, må det tilfalle boet.

¹³⁹ Andreassen side 178.

5 Register

FORARBEIDER

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen

Ot.prp nr 50 (1980-81) Om b) lov om fordringshavernes dekningsrett
Ot.prp. nr 53 (1990-91) Om visse tiltak mot økonomisk kriminalitet (endringer i straffeloven, aksjeloven, panteloven m.m.)
Ot.prp. nr 26 (1998-99) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen mv.

LITTERATUR

Andenæs Andenæs, Mads Henry - Konkurs (Oslo 1998)
Andreassen Andreassen, Jens Edwin (Skoghøy) - Factoringpant (Oslo 1988)
Brækhus Brækhus, Sjur - Factoring. Sikringsseccionen i nytt perspektiv, publisert i Nordisk Gjenklang, festskrift til Carl Jacob Arnholm side 331.
Brækhus, Sjur Brækhus, Sjur - *Omsetning og kreditt 2* (1994)
Eckhoff Eckhoff, Torstein - Rettskildelære. 4. utgave, 1997
Falkanger Falkanger, Thor - *Kundefordringer som kredittgrunlag – faktoring og beslektede ordninger*, Jussens venner 1984 side 275
Falkanger, tingsrett Falkanger, Thor – Tingsrett. 5. utgave, (Oslo 1999)
Huser Huser, Kristian – Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 omstøtelse (Bergen 1992)
Kaasen Kaasen, Knut – Kommentar til NF 92 (1995)

Kjelstrup	Kjelstrup - <i>Liten panterett</i> (Oslo 1994)
Krokeide	Krokeide, Kjetil – Om ”sovende” generalpant i utestående fordringer publisert i Lov, Dom og Bok, festskrift til Sjur Brækhus (1988)
Skjerdal	Skjerdal, Nicolai V. – Omstøtelsesgrunnlaget for pant i enkle pengekrav – betaling eller sikkerhetsstillelse?, Lov og rett 1995 på side 262.
Skoghøy	Skoghøy, Jens E. Andreassen – Kommentar til panteloven, 2. utg. (Oslo 2003)

RETTSPRAKSIS

Rt. 1987 side 35 (Eltema)

Rt. 1987 side 984 (Enok Hus)

Rt. 1989 side 1209 (Karmøy Montering)

Rt. 1993 side 1295

RG. 1990 side 299 (Bo & Bygg)

RG. 1997 side 1108.

6 Lister over tabeller, figurer m v