

**Factoringpantet ut fra Rettstidende 2001 s 1136 "Kjells
Markiser"**

Kandidatnummer: 216

Veileder: Erik Røsæg

Leveringsfrist: 09.12.2005

Til sammen 17 019 ord

13.12.2005

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>HØYESTERETTSDOMMEN ”KJELLS MARKISER”</u> | <u>4</u> |
| <u>2</u> | <u>PROBLEMSTILLINGER</u> | <u>5</u> |
| <u>3</u> | <u>RETTSKILDER</u> | <u>5</u> |
| <u>4</u> | <u>GRUNNLEGGENDE</u> | <u>7</u> |
| 4.1 | Panterett | 7 |
| 4.2 | Konkurs og dekningsrett | 8 |
| 4.3 | Panthaver versus konkursbo | 9 |
| 4.3.1 | Utgangspunktet | 9 |
| 4.3.2 | Rettsvern og ekstinksjon | 9 |
| 4.3.3 | Omstøtelse | 11 |
| 4.3.4 | Sluttvurdering | 13 |
| 4.4 | Hensyn: Realkreditt vs personalkreditt | 14 |
| 4.4.1 | Reelle hensyn som rettskildefaktor | 16 |
| <u>5</u> | <u>GENERELT OM FACTORINGPANT</u> | <u>17</u> |
| 5.1 | Subjekt og objekt | 17 |
| 5.2 | Historien om sikkerhet i enkle pengekrav | 18 |
| 5.3 | Hjemmel | 21 |
| 5.4 | Nærmere om factoringpantets objekt: Tingsinnbegrepspant. | 21 |
| 5.5 | Rettsvern og ekstinksjon | 22 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 5.6 | Realisasjon, tiltredelse og dekning | 22 |
| 5.6.1 | Vilkår | 22 |
| 5.6.2 | Fremgangsmåte | 23 |
| 5.6.3 | Tiltredelse | 24 |
| 5.6.4 | Nærmere | 26 |

**6 KONKRET. FACTORINGPANTHAVERS SEPARATISTSTILLING I KONKURS –
MED UTGANGSPUNKT I DOMMEN.** **28**

| | | |
|-------------|---|-----------|
| 6.1 | Tilnærming | 28 |
| 6.2 | Hvorfor drøfter Høyesterett tiltredelse før omstøtelse? | 28 |
| 6.3 | Er factoringpantavtalen gyldig? | 29 |
| 6.4 | Er factoringpantet tiltrådt? | 30 |
| 6.5 | Kritisert i teorien | 31 |
| 6.6 | Egen vurdering og kritikk av kritikken | 31 |
| 6.7 | Rt 1992.1650 ”Thor Henriksen” | 32 |
| 6.8 | Er Høyesteretts tolkning rimelig? Tiltredelse ved sperringen | 33 |
| 6.9 | Tiltredelse før sperring? | 34 |
| 6.10 | Argumentet om spesialitetsprinsippet | 36 |
| 6.11 | Rekkevidden av dommen angående tiltredelsen | 37 |
| 6.12 | Illustrasjon på dommens begrensede rekkevidde: Dom i Oslo tingrett | 38 |
| 6.13 | Surrogatpåstanden | 41 |
| 6.14 | Sammenblandingsproblemet | 45 |
| 6.15 | Ombytting av gjeld | 51 |
| 6.15.1 | Motregningsargumentet | 51 |

| | | |
|------------------|---|------------------|
| 6.15.2 | Struping av kreditt | 53 |
| 6.15.3 | Dekningsloven § 5-9 | 54 |
| 6.15.4 | Min vurdering | 56 |
| 6.16 | Omstøtelsesvurderingen etter § 5-9 | 61 |
| 6.16.1 | Omstøtelse og factoringpant | 63 |
| 6.16.2 | Særlig om § 5-5 siste ledd | 64 |
| <u>7</u> | <u>LITTERATURLISTE, FORKORTELSER</u> | <u>65</u> |
| <u>8</u> | <u>LOVER</u> | <u>65</u> |
| <u>9</u> | <u>FORARBEIDER</u> | <u>66</u> |
| <u>10</u> | <u>DOMSREGISTER</u> | <u>66</u> |

1 Høyesterettsdommen ”Kjells Markiser”

Kjells Markiser AS, en markiseprodusent, går konkurs 1996. Den største kreditoren er Sparebanken Nor, som anmelder ca 17 mill kr i boet av i alt krav på ca 27 mill kr. Banken har omfattende sikkerhet for sine krav, herunder pant i KMs utestående fordringer, såkalt factoringpant, jfr panteloven § 4-10(1). Etter realisering av sine pant, sitter banken igjen med krav på ca 5 mill kr.¹

I tremånedersperioden før konkursen fikk banken nedbetalt gjeld med i overkant av 5 mill kr, som boet krever omstøtt. Omstøtelseskravet gjelder tre hovedtyper nedbetalinger: Reduksjon av negativ kassakreditt på ca 3,8 mill kr som skjer ved innbetalinger av kundefordringer, 13 nedbetalinger av faste lån på til sammen ca 1,1 mill kr og betaling av diskonteringskreditt med ca 0,5 mill kr. De to siste typer skjedde ved trekk på kassakredittkontoen.²

Spørsmålet er om disse nedbetalingene kan omstøtes etter prinsipalt dekningsloven § 5-9³, subsidiært § 5-5. Flertallet omstøter nedbetalinger på ca 1 mill kr etter 5-9, mens mindretallet på en omstøter 5 mill. Ingen fant at 5-5 gav rom for ytterligere omstøtelse.

Før omstøtelsesspørsmålet, må Høyesterett avgjøre om banken hadde ”tiltrådt”⁴ sitt factoringpant. I så fall *kunne* banken ha separatistrett⁵ til innbetalte kundefordringer og unngått omstøtelse. Banken hevder også at trekkene på kassakredittkontoen ikke er omstøtelig betaling, kun ompostering mellom gjeldsposter. Høyesterett⁶ fant at banken ikke

¹ Dommen s1137.

² s1141.

³ Omstøtelse er krevd kun for tremånedersperioden ”av praktiske og bevismessige grunner” jfr s1138, selv om § 5-9(2) hjemler omstøtelse 10 år tilbake.

⁴ Aktivisering av panteretten som ledd i realisasjon.

⁵ Forbeholdt banken. Se slutten s1141.

⁶ Enstemmig, jfr øverst s1148, nederst s1151.

hadde tiltrådt factoringpantet. Heller ikke den ”banktekniske innsigelse” om ompostering hindret omstøtelse.

2 Problemstillinger

Jeg forfølger spesialtemaer som typisk en bank med factoringpant og kassakreditt møter – slik forholdet er i dommen. Dommen blir en inspirasjonskilde for disse problemstillingene ved at også hypotetiske problemstillinger brukes for å gå i dybden. Bakteppet blir bankens separatistrett i konkurs. Tiltredelse, ombytting av gjeld og sammenblandingsproblemer og deres prinsipielle betydning for omstøtelse er hovedproblemstillinger. Generell jus om blant annet factoringpant og omstøtelse begrenses til bakgrunnskunnskap.

3 Rettskilder

De mest sentrale lover er lov om pant 8. februar 1980 nr 2 (pl) og lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr 59 (dl). Andre relevante lover er lov om gjeldsforhandling og konkurs 8. juni 1984 nr 58 (kkl), lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26. juni 1992 nr 86 (tvfbl), lov om tinglysing 7. juni nr 2 1935 (tll), lov om gjeldsbrev 17. februar nr 1 1939 (gbl), lov om godtroerverv av løsøre 2. juni 1978 nr 37 (godtroloven), og lov om finansiell sikkerhetsstillelse 26. mars 2004 nr 17 (fss).

Forarbeider til panteloven er Rådsegn 8 om pant juni 1970 som ledet til Ot.prp.nr 39 om pantelov (1977-1978), Ot.prp.nr 63 (1978-1979), Innst.O.nr 19 (1979-1980) og Forhandlinger i Odelstinget (1979-1980) s140-171. Konkurs- og dekningsloven har felles forarbeider: Gjeldsforhandling og konkurs NOU 1972:20, Ot.prp.nr 50 (1980-1981), Ot.prp.nr 39 (1982-1983), Innst.O.nr 56 (1983-1984) og Forhandlinger i Odelstinget 1984 s547-626.

De tre lovene var fruktene av et langvarig reformarbeid som samlet og kodifiserte gjeldende rett, men inneholdt også store endringer, herunder en utvidelse av pantekreditten.

Falkangerutvalgets Etterkontroll av konkurslovgivningen mv NOU 1993:16 utgjør grunnlaget for den siste reformen som har resultert i flere lovendringer, herunder en viss skjerpelse av pantekreditten. Resultater er lovendring 1991 nr 68 som innsnevret factoringpant til kundefordringer og innførte spesialitetsprinsippet jfr pl § 1-4 for factoringpant, og innføring av legalpant for å dekke boomkostninger ved lov 2004 nr 18 jfr pl § 6-4.

Rettspraksis er sentralt, herunder for klargjøringer rundt factoringpant, men også for ombyttning- og sammenblandingsproblemet. Jeg referer underveis.

Teori er viktig veiledning. Problemstillingene er bare delvis avklart i rettspraksis og er følgelig mye omdiskutert, til dels med stor uenighet. Mest sentralt om factoringpant er Andreassens (endret navn til Skoghøy, nå høyesterettsdommer) doktoravhandling om factoringpant fra 1990 (refereres som "Andreassen"). Generelt om pant og factoringpant se litteraturlisten under "Skoghøy", "Nye Skoghøy" og "Brækhus". "Brækhus 3 og 4" brukes om det grunnleggende forholdet mellom panthaver og konkursbo som en tredjemannskonflikt. En grundig artikkel om KM: Se "Falkanger". Om konkurs- og dekningsrett bruker jeg særlig "Andenæs", herunder om forholdet til panthaveren. Annen litteratur brukes også.

4 Grunnleggende

4.1 Panterett

⁷En panterett er en særrett til å søke dekning for et krav i et bestemt formuesgode jfr pl § 1-1(1). Panteretten er en sikkerhetsrett som hviler som en heftelse på eiendomsretten til formuesgodet. Ved mislighold kan panthaveren utnytte pengeverdien i panteobjektet for å få dekket sitt krav for eksempel ved tvangssalg gjennom tvangsmyndighetene eller ved frivillig salg.

Det siste er først mulig når misligholdet er et faktum jfr tvfbl § 1-3(2)1.pkt, ellers må tvangsfullbyrdslovens fremgangsmåte følges jfr (1). Tvangsdekning går lettere for panthaveren enn for en usikret kreditor ettersom panteretten er et særlig tvangsgrunnlag jfr § 4-1(1) jfr (3).⁸ Sistnevnte må først skaffe seg tvangsgrunnlag, eksempelvis dom for kravet jfr (1) og (2) dernest utleggspant jfr § 7-1.

Hovedfordelen med panterett er fortrinnsretten (særrett) til dekning i formuesgodet i forhold til usikrede kreditorer jfr pl § 1-1(1).⁹ Når de usikrede kreditorene opptrer samlet gjennom et konkursbo vil jeg kalle fortrinnsretten separatistrett. Separatistrett kan også ha andre grunnlag enn panterett. Det er flere forutsetninger for at panteretten gi separatistrett, noe jeg kommer tilbake til.

¹⁰En kaller det krav som panteretten sikrer for det underliggende krav. Det en kan ta ut av det pantsatte formuesgodet for å dekke kravet kalles pantekrav. Separatistretten strekker seg ikke lenger enn hvor begge deler er sammenfallende. Eks: krav på 10 pantekrav på 7 gir fortrinnsrett for 7 i formuesgodet. Pantekrav på 10 krav på 7 gir fortrinnsrett til 7 og hele kravet er dekket.

⁷ Avsnittet: Jfr Nye Skoghøy s21, Brækhus s25-27.

⁸ Nærmere, "Falkanger Panterett" s81 flg.

⁹ Jfr note 7.

¹⁰ Nærmere Nye Skoghøy s21-23. Sml Brækhus s26 og s29 flg.

4.2 Konkurs og dekningsrett

Dekningsloven har regler for de usikrede kreditorers dekning. Noen regler er felles for den enkeltforfølgende kreditor og for kreditorer som opptrer samlet gjennom et konkursbo, andre gjelder kun for konkursboet jfr dl § 1-6. Reglene for konkursboets dekning må suppleres med reglene i konkursloven.

Vilkårene for åpning av konkurs følger av kkl § 60 flg.¹¹ Grunntanken i systemet kan sies å være at så lenge skyldneren har god nok inntjening og mye nok frie aktiva til at kreditorene *kan* få dekning må de gå veien om enkeltvis tvangsdekning som nevnt over. I motsatt fall er skyldneren insolvent jfr § 61 og enkeltvis forfølgelse er ikke lenger tilfredsstillende: Skyldneren kan slås konkurs.

Et slikt drastisk skritt innebærer kroken på døra for skyldneren jfr kkl § 100, mens konkursboet realiserer og forholdsmessig fordeler skyldnerens frie aktiva etter størrelsen på kreditorenes krav. Har en 10% av kravene får en 10% av verdiene (dividende).¹² Noen typer krav dekkes før andre, se dl kap 9.¹³

Hovedregelen om beslagsretten i dl § 2-2 sier hvilke midler som kan realiseres: Alt som ”tilhører” skyldneren som kan gjøres til penger.¹⁴ Realisasjonshjemmelen for boet er kkl § 117(1).¹⁵

¹¹ Nærmere, Andenæs s5 flg.

¹² Dl kap 6, nærmere Andenæs s313 flg.

¹³ Nærmere, Andenæs s304 flg.

¹⁴ Nærmere, Andenæs s46 flg.

¹⁵ Nærmere, Andenæs s354 flg.

4.3 Panthaver versus konkursbo

4.3.1 Utgangspunktet

Panthavers fortrinnsrett til dekning av sitt krav så langt pantekravet rekker jfr pl § 1-1(1) går foran konkursboets dekningsrett etter dl § 2-2. Det er sikker rett at ”tilhører” ikke gir kreditorene større rett enn skyldneren selv, men heller ikke mindre.¹⁶ Begrensede rettigheter i det skyldneren eier som en panterett er derfor en heftelse som det ikke kan tas dekning i. Omvendt kan boet utnytte skyldnerens begrensede rettigheter i andres formuesgoder.

Videre gjelder dekningen det skyldneren reelt eier uavhengig av hvordan forholdet fremstår utad ved besittelse, proformakontrakter og liknende. Slik legitimasjon er irrelevant ved kreditorbeslag.¹⁷ Derimot kan legitimasjon få betydning for bevisvurderingen.¹⁸

Panteretten må etter dette være gyldig. For det første panthaver og pantsetter i mellom,¹⁹ for det andre må panteavtalen ha hjemmel i lov jfr pl § 1-2(2).²⁰

4.3.2 Rettsvern og ekstinksjon

Utgangspunktet over uttrykkes også som et prinsipp om først i tid best i rett. Når skyldneren har overført en fortrinnsrett til dekning, får ikke konkursboet senere dekningsrett i strid med panthavers rett. Rettsordenen har oppstilt unntak hvor sistemann likevel vinner rett på førstemanns bekostning – hans rett ekstingveres. Førstemann kan beskytte seg ved ulike rettsvernsakter. Rettsvernsakter kan samtidig være den handling som skal til for å ekstingvere andres rett, se eksempelvis tinglysingsloven § 20(1).

¹⁶ Jfr Andenæs s104-105.

¹⁷ Jfr/se nærmere Andenæs s104-105 og Brækhus 3 og 4 s34 flg.

¹⁸ Jfr Andenæs s106-107.

¹⁹ Avtalerettslig spørsmål. Nærmere Andenæs s166, Nye Skoghøy s39.

²⁰ Nærmere Nye Skoghøy s34 og 39. Se også pl § 1-3 jfr Nye Skoghøy s36.

Boet ekstingverer panthavers separatistrett hvis ervervet ikke har rettsvern dagen før konkursåpning jfr tinglysningsloven § 23(1). Bestemmelsen gjelder direkte for erverv i fast eiendom jfr § 12 og rettsvern skaffes ved tinglysning se § 20. § 23 med flere får tilsvarende anvendelse hvor en lov tillegger tinglysning rettsvirkning jfr § 34. Panteloven gjør det for flere panteretter jfr eksempelvis §§ 3-6, 3-12(1) og 4-10(2)1.pkt for factoringpant.

Forholdet mellom panthaver og boet er en såkalt suksesjonskonflikt fordi panthaver har utledet sin rett fra skyldneren.²¹ Krav om rettsvern for å unngå ekstinksjon begrunnes i hensynet til å unngå kreditorsvik.²² Skyldner og ”erverver” kan møte boet med uriktige påstander om ervervet. Rettsvernsakten bedrer ervervets notoritet. Dvs at forhold ved ervervet kan ettervises og svik motvirkes. Rettsvernsaktens kvalitet varierer, for eksempel gir fratakelse av rådighet etter pl § 3-2(2) ikke notoritet over stiftelsestidspunkt. Forhold utenfor notoriteten må undergå bevisvurdering.

Rettsvernsakter kan også gi kreditorene nødvendig informasjon om ervervet i forhold til ømstøtelsesfristene slik at konkurs kan begjæres i tide.²³

Reglene gir også klare og enklere løsninger ved at en slipper konkrete bevisvurderinger.²⁴

I hjemmelsmannskonflikten har rettighetene til et formuesgode hele tiden tilhørt tredjemann. Troverdige løgn om slike forhold anses vanskeligere, derfor er det normalt ikke krav om rettsvern.²⁵

Når sistemann i tid bygger sin rett på avtaleliknende erverv i stedet for kreditorbeslag, er derimot legitimasjon og god tro det relevante hensynet som kan begrunne ekstinksjon.²⁶ En

²¹ Konfliktidentifikasjon, se Andenæs s165.

²² Nærmere Andenæs s168-169.

²³ Jfr Andenæs s168.

²⁴ Jfr Andenæs s169.

²⁵ Jfr Andenæs s168-169. Sjeldne unntak er pl §§ 3-17 og 4-7.

må derfor være obs på hvilken type konflikt rettsverns- og ekstinksjonsreglene omhandler. ”Rettsvern” etter panteloven gir ikke nødvendigvis beskyttelse mot godtroekstinksjon jfr pl § 1-2(4) jfr godroervervsloven § 1. Se også gjeldsbrevsloven § 29(2) jfr pl § 4-10(2)2.pkt.

4.3.3 Omstøtelse

Selv om en panterett er gyldig og har rettsvern kan separatistretten rammes av omstøtelse etter dl kap 5. Hensikten er å ramme disposisjoner før konkursen som er kreditorskadelige etter sitt innhold.²⁷ En insolvent skyldner bør vise aktsomhet overfor kreditorene, da det er fare for konkurs og alle kreditorer ikke kan få dekning. En kan si skyldneren reelt forvalter kreditorenes midler.²⁸ I en slik setting er det illojalt med disposisjoner som forringer formuesstillingen eller forfordeler noen kreditorer i forhold til resten.²⁹

Objektive omstøtelsesregler er §§ 5-2 til 5-8.³⁰ Disse har et kategorisk preg som rammer visse typer av disposisjoner som presumeres å være kreditorskadelige. De er enklere å praktisere enn den subjektive omstøtelsesregel i § 5-9³¹ som er mer generelt utformet og som har flere bevistemær som skyldnerens økonomi og mottakerens subjektive forhold.

Til gjengjeld er omstøtelsesfristen kort og følgen av omstøtelse *normalt* mildere for objektiv omstøtelse hvor mottakeren må gi fra seg berikelsen jfr § 5-11.³² § 5-9 rammer *normalt* hardere ved at mottakeren skal erstatte boets tap jfr § 5-12.³³ § 5-9 har likhetstrekk med alminnelig erstatningsrett som kan supplere bestemmelsen.³⁴

²⁶ Se nærmere Brækhus 3 og 4 s28 flg.

²⁷ Jfr Andenæs s215. Jfr NOU 1972:20 s281.

²⁸ Jfr Andenæs s215.

²⁹ Jfr NOU 1972:20 s281.

³⁰ Generelt Andenæs s217-277.

³¹ Generelt Andenæs s278 flg.

³² Generelt Andenæs s297-301.

³³ Generelt Andenæs s301-302.

³⁴ Jfr Andenæs s278.

Avtalepanthavers separatistrett rammes bare unntaksvis av omstøtelse.

Pant for eldre gjeld etter § 5-7 er et grunnlag. Pantestillelsen likner her forfordeling ved betaling av eldre gjeld etter § 5-5.

Det er sikker rett at en ren ombytting av panteobjekt som ikke bedrer panthavers stilling ikke rammes. Ordlyden taper her avveiningen mot det reelle hensyn at dette ikke spiller noen rolle for kreditorene og en kan vanskelig snakke om berikelse etter § 5-11.³⁵

Normalt stiller en pant for ny kreditt. Ordlyden rammer ikke dette. Hvor kreditten brukes til å anskaffe panteobjektet er dette sjelden betenkelig for kreditorene. En slik nyinvestering er ofte positiv og endrer ikke formuesstillingen. I en mellomstilling i forhold til dette og pant for eldre gjeld står kreditt som går til noe annet enn å skaffe panteobjektet. Kreditten går for eksempel fortapt i et mislykket prosjekt. Dette vil kreditorene tape på. § 5-7, jfr ordlyden, rammer ikke dette, men slike forhold kan i spesielle tilfeller tenkes omstøtt etter § 5-9.

Er sikkerheten mer verdt enn kreditten kan pantestillelsen rammes av § 5-2 om gaver.

Hvorvidt panterett i fremtidige formuesgoder er pant for eldre gjeld er omstridt.

Andenæs s270 mener ja ut fra en tanke om at panteobjektet reelt kommer til senere enn gjelden. Hans note 24 viser forfattere med avvikende syn. Jeg nøyer meg med å påpeke at ordlyden lar det være avgjørende når sikkerhetsretten er avtalt i forhold til gjelden, ikke når panteobjekter reelt oppstår eller øker i verdi.

Tingsinnbegrepspant anses ikke som pant for eldre gjeld ettersom den gjelder formuesmassen som sådan.

Jfr Andenæs s270. Etterarbeider samme side sier en planmessig oppbygging av tingsinnbegrepspant kan rammes av § 5-9. Jeg vil presentere en beslektet argumentasjon i tilknytning til KM.

³⁵ Jfr Andenæs s271 jfr Rt 1899.817 jfr Myhre s126-127.

4-10-pant vil etter ordlyden i § 5-5(4) kunne rammes som omstøtelig betaling. Se under KM-drøftelsen.

Betaling til panthaver som frigjør panteobjektet tilsvarende kan trolig ikke omstøtes etter § 5-5. Reelt ombyttes skyldnerens penger med et fritt aktivum og ofte har det ikke skjedd noen berikelse jfr § 5-11.³⁶ En omstøtelse gir bare panthaveren dekningsretten tilbake.

Betaling uten å frigjøre panteobjektet, for eksempel ved overbeheftelse, vurderes på vanlig måte etter § 5-5(1).

Tilsvarende syn kan anføres for panthavers realisasjon av pantet. Reserverte midler er uansett utenfor boets beslagsrett og pantet må selvsagt kunne realiseres. Ingen omstøtelsesbestemmelser rammer slikt. Se likevel drøftelsen under KM.

³⁷Lov om finansiell sikkerhetsstillelse får anvendelse for blant annet panterett i bankinnskudd jfr § 2c jfr at bank kan være pantsetter/panthaver jfr § 1c og nest siste ledd. Loven åpner for svært sterke privilegier i forhold til flere av omstøtelsesreglene, se særlig § 5. Loven skal bedre konkurransen for internasjonalt kredittgiving. Jeg kommer i liten grad inn på loven.

4.3.4 Sluttvurdering

Passerer panteretten vurderingen av gyldighet, rettsvern og omstøtelse, vil separatistretten gå foran boets dekningsrett. Et spesielt tilfelle av ekstinksjon behandles under sammenblandingproblemet. KM-drøftelsen vil belyse spesielle problemstillinger i forhold til omstøtelse – også utover panterett – under ombytting av gjeld.

For det praktiske oppgjøret mellom bo og panthaver se Andenæs s346 flg.

³⁶ Nærmere Myhre s92 flg. Jfr også Andenæs s245.

³⁷ Nærmere "Røsæg" s8-9, Brækhus s259 flg.

4.4 Hensyn: Realkreditt vs personalkreditt³⁸

Adgangen til å kunne pantsette sine formuesgoder er generelt kreditt- og verdiskapende. En får kreditt som ellers ikke ville blitt gitt og en får bedre vilkår som lavere rente. Kreditten kan så brukes til verdiskapning.

Ulempen med en vid adgang til avtalepant er at det blir få frie aktiva som de usikrede kreditorene kan ta dekning i.

Kredittpolitisk er dette motstående hensyn når adgangen til avtalepant skal reguleres.³⁹

Det anføres at realkredittens verdiskapning også kommer de usikrede kreditorene til gode.

Her vil jeg bemerke at dette varierer konkret avhengig av hvor fornuftig kreditten brukes. Jeg viser til tilfellet med pant i formuesgodet som skaffes for kreditten og ”mellomtilfellene” over. I begge tilfellene kan en tenke seg positiv og negativ bruk av kreditten.

I førstnevnte tilfelle kan formuesgodet være noe totalt unyttig som faller fort i verdi. Mellomtilfellet: Kreditten brukes på gode eller dårlige investeringer.

En må derfor si at realkreditten bare *generelt* virker verdiskapende.

Når økonomien til skyldneren skranter er uansett vid realkreditt en ulempe for de usikrede kreditorene.

Det anføres at de usikrede kreditorene ikke har ytt kreditt i tillit til dekningsadgangen, men har valgt å ta sjansen på skyldnerens betalingsevne. Mot dette står at noen kan være ufrivillige kreditorer, eller er beskyttelsesverdige av andre grunner. Eksempler på mer eller

³⁸ Henholdsvis pantekreditt og usikret kreditt.

³⁹ Jfr/nærmere Rådsegn 8 s26-28, Ot.prp.nr 39 (77-78) s11-20 og Nye Skoghøy s23-25.

mindre beskyttelsesverdige kreditorer er staten som skatte- og avgiftskreditor, skadelidte, forbrukere som har forskuddsbetalt og personer med reklamasjonskrav. For mange, eksempelvis en mindre vareleverandør, er det også rett og slett for upraktisk og kostnadskrevende å skaffe realsikkerhet. En for vid realkreditt kan derfor hevdes å være både urettferdig og uheldig for personalkreditten.

Vid realkreditt fører oftere til at boet må innstille fordi det ikke finnes nok frie midler til å dekke bokostnadene jfr kkl § 135. Omstøtelige disposisjoner, samt kriminelle forhold, vil således ikke avdekkes.

Det er etter dette på det rene at pantsettelsesadgangen ikke skal være ubegrenset jfr prinsippet i pl § 1-2(2). Hvor og hvordan grensen skal trekkes har politikerne gjennom lovreformer hatt skiftende syn på.

⁴⁰En kan blant annet begrense ved at visse formuesgoder ikke kan pantsettes jfr pl § 1-2(2). Eller en kan gjøre rettsvernsakten avhengig av tap av rådighet for pantsetter – håndpant jfr pl § 1-1(3). Ulempen ved å ikke kunne bruke formuesgodet når det er pantsatt fungerer som en bremse. En rettsvernsakt som tillater fortsatt rådighet hos pantsetter – underpant - jfr § 1-1(2), for eksempel tinglysing, vil i praksis ikke hindre pantsettelse. En tredje mulighet er prosentvis begrensnig av panteretten.

⁴¹Panteloven av 1980 var en solid utvidelse av pantsettelsesadgangen i forhold til dagjeldende rett, med adgang for næringsdrivende å samlet underpantsette sitt driftstilbehør, varelager og utestående fordringer. Utvalget hadde et positivt syn på realkreditt. Det ble også påpekt at begrensninger på visse typer formuesgoder som varelager og fordringer ville ramme næringer ulikt. Noen næringer hadde mye av sin kapital bundet i omløpsmidlene og trengte derfor å utnytte disse for å reise kreditt.

⁴⁰ Nærmere, NOU 1993:16 s137.

⁴¹ Nærmere, NOU 1993:16 s133-134.

Pantsettelsesadgangen ble kritisert som for vid og negativ for personalkreditten. Et økende antall ”tomme” konkursbo ble fremhevet.⁴²

Falkangerutvalget foreslo derfor begrensninger i pantsettelsesadgangen.⁴³ Det ble foreslått å oppheve adgangen til samlet underpantsettelse av varelager og fordringer, og å innføre legalpant i alle pantsatte formuesgoder med 5% av verdien for å dekke boomkostninger.

Den første siden av forslaget møtte motbør i departementet og falt bort.⁴⁴ Begrensning i disse formuesgodene ville ramme næringer ulikt, og begrensning bare av fordringspant ble sett på som uheldig pga sammenhengen med varelagerpant.

Det siste fikk oppslutning og resulterte i pl § 6-4, dog bare for ”nødvendige” boomkostninger jfr (1)5.pkt. Frie midler skal altså brukes først.⁴⁵

4.4.1 Reelle hensyn som rettskildefaktor

En må være varsom med å bruke de kredittpolitiske hensyn som reelle hensyn som rettskildefaktor ved tolkning av panteloven. Disse vil nettopp være avveid av lovgiver.⁴⁶ En annen sak er at et klart kredittpolitisk standpunkt i forarbeidene eksempelvis er relevant ved tolkning av en lovtekstordlyd som trekker i motsatt retning.

Reelle hensyn ellers er hensyn som likhet og sammenheng i loven, og hensyn som kommer inn fra andre lover og rettsområder som for eksempel hensyn bak rettsvernsreglene.

⁴² Jfr statistikk i NOU1993:16 s133.

⁴³ Jfr NOU 1993:16 s134-137 og 144 flg.

⁴⁴ Jfr Ot.prp.nr 26 (1998-1999) kap 6.3 flg.

⁴⁵ Jfr Ot.prp.nr 23 (2003-2004) s21 flg.

⁴⁶ Jfr Rt 1987.35 ”Eltema”s39.

5 Generelt om factoringpant

5.1 Subjekt og objekt

Factoringpant er en samlet pantsettelse av de enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester en næringsdrivende har eller får i sin virksomhet jfr pl § 4-10(1). For enkeltvis pantsettelse av enkle pengekrav gjelder § 4-4 til 4-8, men flere av bestemmelsene er gitt tilsvarende anvendelse for factoringpant jfr § 4-10(3).

Pantsetter må være næringsdrivende. Hvem som er næringsdrivende reguleres i § 3-5 jfr § 4-10(3).⁴⁷ Panthaver kan hvem som helst være.

Med enkelt pengekrav etter §§ 4-4 og 4-10 menes at kravet må gå ut på penger, sml motsetningsvis § 5-7(4) om utleggspant som favner videre jfr ”enkle krav”.⁴⁸ Krav på naturalia faller derfor utenfor. ”Enkelt krav” i § 4-5 flg viser tilbake på enkelt pengekrav i § 4-4 og må forstås som det.⁴⁹

Pengekravet kan ikke være knyttet til et verdipapir, finansielt instrument registrert i et verdipapirregister eller innløsningspapir jfr § 4-4(2).⁵⁰ Pantsettelse av disse objektene reguleres i § 4-1 og 4-2.

Hvis det i forbindelse med pengekravet er avtalt at det ikke kan overdras vil det heller ikke kunne pantsettes jfr § 1-3(2).⁵¹

⁴⁷ Nærmere Andreassen s90 flg.

⁴⁸ Nærmere om ”enkelt pengekrav” Skoghøy s396 flg og s428 flg, Andreassen s112 flg og s192 flg, Brækhus s160.

⁴⁹ Jfr Brækhus s161, Andreassen s276.

⁵⁰ Grensedragnig se Skoghøy s428 flg.

⁵¹ Nærmere Skoghøy s432.

§ 4-10(1) begrenser enkle pengekrav til kundefordringer jfr ”vederlag for varer eller tjenester”.⁵² Eksempelvis et skadeerstatningskrav kan derfor bare pantsettes enkeltvis. En kundefordring oppstår når salgsavtale er inngått, ikke når varen/tjenesten leveres/ytes.⁵³

Tidligere hadde 4-10 ingen slik begrensning av enkle pengekrav, men ble snevret inn til å gjelde kundefordringer ved lovendring i 1991.⁵⁴

5.2 Historien⁵⁵ om sikkerhet i enkle pengekrav

Pant i enkle pengekrav var ikke mulig under panteloven av 1857 pga et generelt krav om overlevering til panthaver. Salg var fortsatt mulig, og rettspraksis aksepterte etter hvert sikringscesjon selv om den ble hevdet å være en omgåelse av pantsettelsesforbudet. Sikringscesjon var salg kombinert med avtale om etteroppgjør. Det siste vil si at en gjorde opp endelig når det senere viste seg hva pengekravet innbrakte. Også sikringscesjon av fremtidig krav ble akseptert.

Sikringscesjonen måtte være en ”sann eiendomsoverdragelse” for å aksepteres. Dvs at salget var reelt og endelig, hvor skyldneren for kravet, debitor cessus, måtte ha fått beskjed om i stedet betale til den nye eieren.

”Tradisjonell” factoring vokste fram. Factoring⁵⁶ er avtale om systematisk salg til factor av klientens kundefordringer - med etteroppgjør. Fordelen for klienten er raskere oppgjør, og at factor som spesialist effektivt kan håndtere innbetalingsarbeidet. Factor utbetaler noe mindre enn fordringens pålydende for å dekke kostnader, fortjeneste, og tap på fordringene ved dårlig betaling. Etteroppgjør på et gitt tidspunkt kan vise at klienten skylder factor

⁵² Nærmere om ”vederlag for varer og tjenester” se Ot.prp.nr 53 (90-91) s22 flg og Skoghøy s429 flg.

⁵³ Avtalerettslig betraktning. Jfr Andreassen s172.

⁵⁴ Lov 20.juli 1991 nr 68, jfr Ot.prp.nr 53 (90-91): En viss korreksjon av den vide pantsettelsesadgangen etter loven av 1980 som tiltak mot en stor andel ”tomme” konkursbo.

⁵⁵ Jfr Brækhus s156 flg, sml Skoghøy s423 flg.

⁵⁶ Nærmere Skoghøy s423, Brækhus s168 flg.

pengar. Factors krav på overdragelse av fremtidige fordringer *kan* derfor innebære at factoringavtalen har et sikkerhetslement.

Panteloven av 1980 videreførte sikringscesjon (§ 4-9) og factoring, men aksepterte også ”pantsettelse” jfr § 4-4(1) og 4-10(1). § 4-6(1) jfr 4-10(3)1.pkt bygger på sikringscesjonsmodellen: Formelt er det normale, hvis ikke annet er avtalt, at panthaver får samme rådighet som pantsetteren hadde. Dvs en full overføring til eie som for sikringscesjon – forutsatt at pantsetter har rett til å overdra kravet, sml § 1-3(2). Rådigheten eller kreditorbeføyelsene en har etter et enkelt pengekrav er i første rekke retten til å få betaling av cessus, men også rett til å selge, pantsette, ettergi det eller knytte det til et verdipapir.

Sikringscesjonsmodellen skulle på et sted følge en panterettstankegang jfr 4-6(2) jfr også 4-9: Panthaverens kreditorer kan ikke få mer ut av pantet enn det panthaveren kunne. En reell overdragelse til eie innebærer jo ellers det motsatte jfr dl § 2-2.

Det store spørsmålet var om lovgiver hadde innført noe reelt nytt utover navnet ”panterett” og 4-6(2): Var det ellers kun en videreføring av sikringscesjon?

Kunne en avtale at pantsetteren inntil videre beholdt rådigheten over kravet, og at panthaveren senere kunne overta rådigheten – typisk når lånet ble misligholdt? Altså et rent underpant?

Grunnlaget var særlig ordlyden i 4-6(1) om at partene kunne avtale noe annet, samt enkelte uttalelser i forarbeidene.

For enkeltvise pengekrav så det ut til at ordlyden i 4-5(1) åpnet for at rettsvern kunne skaffes ved å gi cessus beskjed om at kravet var pantsatt, men at han inntil videre likevel skulle betale til pantsetteren. Underpant i enkle pengekrav er imidlertid lite egnet som sikkerhet, ettersom panthaver mister sin sikkerhet når cessus betaler til pantsetter.

4-10 så derimot ut til å åpne for et meget praktisk underpant i fordringsmassen som sådan jfr (1) jfr (3), og rettsvern fikk en enkelt ved tinglysning av avtalen jfr (2)1.pkt. Det første gjorde at betaling til pantsetter var helt kurant ettersom det ville dukke opp nye krav kontinuerlig. Det siste gjorde rettsvern enkelt sammenliknet med varsling av hver enkelt cessus.

Dette var særlig egnet for banker og det ble snart tinglyst en rekke slike factoringpantavtaler.

Brækhus var blant de sterkeste kritikerne pga av den negative effekt for personalkreditten, og mente loven ikke kunne forstås slik. Han viste til lovens forhistorie og mente det måtte et klarere uttrykk til for å akseptere en så stor reell endring.⁵⁷

I Rt 1987.35 "Eltema" ble factoringunderpantet⁵⁸ enstemmig akseptert. Høyesterett vurderte ordlyden som klar og at forarbeidene også støttet dette. Avgjørelsen ble fulgt opp i Rt 1987.984 og er nå sikker rett.

Etter min vurdering var det gode argumenter begge veier, også uttalelsene i forarbeidene er sprikende. Det var få drøftelser som i det hele tatt gikk inn på factoringunderpant. En sitter derfor igjen med at lovgiver har lagt grunnlaget for factoringunderpant uten å ha vært særlig bevisste konsekvensene. Da sikter jeg ikke her til de faktiske virkningene for kredittlivet, dette må anses "avgjort" med Eltema, men mulige innkonsekvenser og urimeligheter ved anvendelsen av reglene. Brækhus' bemerkning om at det er uheldig å regulere to så vidt forskjellige institutter som factoring og factoringpant i de samme bestemmelser blir stående. Generelt må en derfor kunne si at ordlyd i lovtekst kan svekkes i avveiningen mot konsekvens ol. Om ikke annet er det en faktisk forklaring på enkelte

⁵⁷ Nærmere Brækhus s176 flg.

⁵⁸ Omtales i det følgende som factoringpant/factoringunderpant i motsetning til tradisjonell factoring.

vanskelige tolknings spørsmål. Dette kommer jeg tilbake til under tiltredelse og realisasjon, og dl § 5-5(4).

5.3 Hjemmel

§ 4-10(1) jfr § 1-2(2) hjemler både factoring med sikkerhets element og factoringpant.⁵⁹

5.4 Nærmere om factoringpantets objekt: Tingsinnbegreps pant.

⁶⁰For factoringpant kan det avtales panterett i (1) eksisterende fordringer (2) i fordringer pantsetteren kommer til å få eller (3) begge deler, jfr ”har eller får”.⁶¹ Det siste også i KM.⁶²

Jeg har videre sistnevnte kategori for øyet. Factoringunderpantet behafter her en bestemt gruppe formuesgoder, pantsetters kundefordringer, slik disse er til enhver tid. Nye kundefordringer oppstår når salgavtaler inngås, og faller bort⁶³ ved betaling. Factoringpant er derfor et tingsinnbegreps pant som for driftsmiddel- og varelagerpant jfr henholdsvis §§ 3-4(1) jfr (5)1.pkt og 3-11(1) jfr (5). Tingsinnbegreps pantets verdi svinger dermed over tid.

Kundefordringer som oppstår etter pantsetters konkurs er ikke lenger oppstått ”i sin [pantsetters] virksomhet” og faller utenfor panteretten.⁶⁴

⁵⁹ Jfr Skoghøy s426.

⁶⁰ Med factoringpant/factoringunderpant mener jeg stadig at panthaver ennå ikke har overtatt rådigheten (sikringsstadiet).

⁶¹ Jfr/nærmere Skoghøys s432.

⁶² ”Pantsettelsen skal i henhold til avtalen omfatte alle enkle pengekrav bedriften har eller i fremtiden vil få i sin næringsvirksomhet...”, s1141.

⁶³ Sml pl §§ 3-7(3)1.pkt og 3-13(1).

⁶⁴ Jfr/nærmere Skoghøy s434-438.

Betaling fører til opphør. Betaling til positiv bankkonto gjør at kundefordringen nå er et pengekrav mot banken og panteretten opphører.⁶⁵

5.5 Rettsvern og ekstinksjon⁶⁶

Factorinpantavtalen får rettsvern ved tinglysning på den næringsdrivendes blad i løsreregisteret jfr § 4-10(2)1.pkt jfr tinglysningsloven § 34. Manglende tinglysning dagen før konkursåpning fører til at boet kan ta dekning i kundefordringene uten hinder av factoringpantavtalen jfr § 23(1)1.pkt.

På tross av ordlyden i 4-10 kan factoringpanthaver alternativt få rettsvern for *hvert enkelt krav* ved melding til cessus som for enkeltvis pantsettelse jfr 4-5(1)1.pkt. Dette pr analogi jfr Rt 1989.1209 "Karmøy Montering" jfr Skoghøy s439. Boets ekstinksjonsgrunnlag ved manglende rettsvern må her forutsettes jfr de reelle hensyn om kreditorsvik.

Forholdet til utleggstakere og avtaleerververe behandles ikke, ei heller pantsetters rett ved factoringpanthavers konkurs jfr pl § 4-7.

5.6 Realisasjon, tiltredelse og dekning

Ved vesentlig mislighold og konkurs kommer pantesikkerhet til sin rett. Panthaver vil ønske å realisere pantet for å dekke sitt krav.

5.6.1 Vilkår

Tilsynelatende setter § 1-9 opp vilkårene for realisasjon. Den kan imidlertid vanligvis fravikes ved avtale jfr § 1-2(1), noe som også forutsettes i forarbeidene. § 1-9 gir uttrykk for hva som anses normalt og rimelig i panteforhold.⁶⁷ For sterke avvik kan derfor bli

⁶⁵ Jfr Rt 1992.1650 nedenfor.

⁶⁶ Jfr kap 4.3.2.

⁶⁷ Se Rådsegn 8 s55 andre avsnitt under § 11, Ot.prp.nr 39 s93 v.sp, jfr også Skoghøy s118-119. Opprinnelig med et ledd om avtalesensur jfr Innst.O.nr 19 s33 og s7.

sensurert etter avtaleloven⁶⁸ § 36 jfr § 41.⁶⁹ Eksempelvis en avtale om realisasjon når pantthaver finner det for godt, kan lett være ugyldig.

Om mulig ufravikelighet for § 1-9(2)(3) se Skoghøy s119.

Ordlyden i § 4-6(1) ser ut til å gi partene i en factoringpantavtale full avtalefrihet også om vilkårene for realisasjon. I og med at en får full rådighet allerede ved panteinngåelsen, kan ”fra det mer til det mindre”-tankegang tilsi at en også kan avtale på hvilke vilkår en skal overta rådigheten ved underpantsettelse jfr ”når ikke annet følger av det som er avtalt”.

Normaltilstanden/sikringsscenarion modellen er imidlertid laget ut fra at lovgiver særlig hadde tradisjonell factoring for øyet jfr ovenfor. Factoringunderpant har store likheter med de to andre tingsinnbegrepspantene – de er alle et rent underpant hvis formål er å sikre gjeld – i motsetning til det systematiske salget ved factoring. Reelle hensyn tilsier derfor at ordlyden om avtalefrihet i § 4-6(1) for factoringpant tolkes som for andre pant ut fra § 1-9 og bruk av avtaleloven § 36. Vilkår om realisasjon ”uten grunn” er derfor trolig ugyldig for factoringpant. En annen sak er at factoringpantthaver sjelden er interessert i å realisere uten god grunn.

Lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 7(1) må derimot trolig tolkes bokstavelig. Avtalesensur er neppe utelukket, men her blir bakteppet den internasjonale kontraktskulturen jfr at loven skal sikre like konkurransevilkår i finansmarkedet.

5.6.2 Fremgangsmåte

Fremgangsmåten ved realisasjon er som nevnt innledningsvis regulert i tvangsfullbyrdelsesloven § 1-3. For pant i enkle pengekrav, herunder factoringpant, kan partene inngå forhåndsavtale om realisasjon jfr § 1-3(2)2.pkt – det henvises til

⁶⁸ Lov 31.mai nr 4 1918.

⁶⁹ Jfr Skoghøy s118-119.

avtalefriheten i § 4-6(1) angående dekningen. Særstillingen deles igjen med lov om fss § 7 jfr tvfbl § 1-3(2)4.pkt.

De lege ferenda er Andreassen⁷⁰ kritisk til daværende tvangslov. Han peker på factoringpantets reelle likhet med varelagerpantet og at lovgiver særlig har tenkt på factoring når de laget reglene. Hensyn bak tvangsfullbyrdelsesreglene, også i dag, er sikring av et riktig og rettferdig oppgjør. Særlig pantsetters tilgodehavende ved etteroppgjør burde vært beskyttet, sml tvfbl § 10-7(1)2.pkt flg. Pantsetter har bare et usikret krav. De lege lata står dekningshjemmelen i § 1-3(2)2.pkt likevel fast.

Avtalefriheten for henholdsvis pant generelt når mislighold har skjedd, og for factoringpant allerede fra starten av jfr forhåndsavtale, er i prinsippet lik for hvordan pantet skal realiseres. I førstnevnte tilfelle med fysiske objekter kan partene selge det eller at panthaver direkte overtar eiendomsretten mot oppgjør. For factoringpant kan partene i praksis velge mellom dekning ved å overta retten til betaling eller retten til å selge kravet – eller begge deler som er mest praktisk – jfr normaltilstanden som er overtakelse av den rådighet pantsetter hadde.

5.6.3 Tiltredelse

”Tiltredelse” er et hjelpebegrep ved realisasjon. Tiltredelse av et avtalepant kan sies å være de skritt panthaver tar på veien mot realisasjon.

Sml ”Falkanger” (hans artikkel om KM) s570 ”Å tiltre pantet har, slik jeg oppfatter det, ikke noe helt klart meningsinnhold. *Det vesentlige* er nok at det betegner at panthaveren (banken) overfor debitor erklærer noe eller treffer tiltak som *innebærer et strengere regime for debitor*. En nærmere presisering krever at man undersøker de ulike pantsettelsesformer.” (min kursivering)

⁷⁰ s477 flg.

For driftstilbehør- og varelagerpant er tiltredelsens betydning lovregulert når det skjer gjennom namsmannen jfr § 3-7(2) og 3-11(2). Tiltredelsehandlingen vil her være begjæringen om tvangsdekning. Virkningen er sterk *innskrenkelse* av pantsetters rådighet sml 3-7(1) og 3-11(1) før tiltredelse. Selve dekningen, typisk ved salg og overføring av pengene til panthaver, skjer først når tvangsprosessen er ferdig.

Blir partene enige om fremgangsmåte når mislighold først har skjedd, kan en si tiltredelse har skjedd når partene treffer en avtale som innebærer en *begrensning* av pantsetters rådighet. Denne kan eventuelt også innebære rådighet tilført pantsetter, for eksempel ved at han overtar eiendomsretten til pantet mot betaling. Her sammenfaller altså tiltredelsen med dekningen.

For factoringpant tilsier igjen ordlyden i § 4-6(1) avtalefrihet, nå om hvilke handlinger eller begivenheter som skal til for å overta den på forhånd avtalte rådighet. Avtaleforholdet må tolkes – en leter etter den rimeligste forståelsen av avtaleforholdet alle forhold tatt i betraktning – som ordlyd i kontrakten, partenes forutsetninger, praksis i bransje med mer.

Et utall muligheter kan tenkes. En enkel beskjed til pantsetter om overtakelse av rådigheten er trolig den mest praktiske. Mer fritt kan en tenke seg alt fra automatisk overtakelse ved mislighold til bisarre måter som bankdirektørens (panthaver) seier i boksekamp med bedriftslederen (pantsetter). I KM belyses denne problemstillingen – her ble det funnet avtalt at tiltredelsehandlingen var varsling til hver enkelt kunde (cessus).

Når avtalen ikke sier noe om hvordan tiltredelse skal skje er trolig en rimelig forståelse at melding⁷¹ til pantsetter om overtakelse av rådigheten er nok.

⁷¹ Om ”meldingstiltredelsen” se nærmere Skoghøy s398-399.

Er det begrensninger i avtalefriheten om tiltredelsesmåte? Igjen ligger trolig begrensningen i en vurdering etter hva som er rimelige og normale måter å tiltre factoringpant på. Det bør i det minste være måter som er synlige for pantsetter.

Et mulig moment ved begrensningen av avtalefriheten er rettslige konsekvenser for tredjemenn, da særlig pantsetters kreditorer. Bør det være notoritet også over tiltredelsesakten? Satt på spissen kan en si at tiltredelse er en form for ”pantsettelse” av eller *overføring av rett til også det innbetalte*, som kundefordringene resulterer i, jfr Thor Henriksen-dommen⁷² hvor panthaver får separatistrett til det innbetalte pga tiltredelsen. Det kan i hvert fall tenkes at pantsetter og panthaver sviker de usikrede kreditorene ved å avtale en tiltredelseshandling som ikke kan ettervises og deretter svarer konkursboet ”nei, pantet ble tiltrådt muntlig to måneder siden” – slik at innbetalte kundefordringer holdt på egen konto hos bedriften nå tilfaller panthaver.

Gjeldende rett har neppe hverken formkrav eller krav om notoritet for tiltredelseshandlingen enten dette er for sikkerhet i enkle pengekrav eller andre objekter – det er bare pantsettelsen som sådan det kreves notoritet over og som kan ekstingveres ved manglende rettsvern.

5.6.4 Nærmere

Selve overtakelsen av rådigheten, tiltredelsen, er også selve dekningsaksjonen. Ved full overtakelse av den rådighet pantsetter hadde, vil dette etter min vurdering innebære at panthaver mest riktig må sies å ha overtatt eiendomsretten til kravene. Den ”praktiske dekningen” skjer derimot når panthaver har ombyttet formuesgodet til noe mer likvid, typisk kontant innskudd på hans konto når kravet betales av cessus. Nærmere om dette nedenfor under KM-drøftelsene.

⁷² Nærmere under KM-drøftelsen.

Begrenset overføring må trolig lede en til samme resultat: Dette innebærer kun at pantsetter overfører mindre rett enn han kan. En kan for eksempel overføre kun retten til å ta i mot betaling, men ikke retten til å selge kravene. Dette betyr ikke at pantsetter samtidig kan selge kravene. Panthavers rett likner her eiendomsrett med negativ avgrensning.

Forholdet til cessus må holdes adskilt rådighetsfordelingen mellom pantsetter og panthaver. Cessus kan for eksempel betale med befriende virkning⁷³ til den han sist fikk beskjed om å betale til, forutsatt at han også er i god tro med hensyn til dennes rett til å ta i mot betaling jfr gbl § 27 som kommer tilsvarende til anvendelse ved factoringpant jfr § 4-10(3) jfr 4-6(3). Var det egentlig panthaver som skulle hatt betaling, går hans rett til kravet over på surrogatet jfr om sammenblandingproblemet nedenfor. Går retten til bestemte surrogater tapt, vil han sitte igjen med kun et personlig erstatningskrav mot pantsetter som uberettiget tok i mot betaling.

Det er med andre ord partenes interne forhold som avgjør hvem som har retten til kundefordringene og dermed også retten til hva det senere blir konvertert til. Normalt vil ting gå riktig for seg ved at kundefordringene blir betalt inn til panthaver etter tiltredelsen. Cessus må her rent praktisk få beskjed om nå å betale til panthaver.⁷⁴ Ved uregelmessigheter vil typisk panthaver få betaling i stedet og vi er over i sammenblandingproblemet.

Jeg kan tilføye at en avtale om factoringpant, særlig med bank, vanligvis må forstås som at pantsetter inntil videre beholder retten til betaling, hvis det ikke sies noe nærmere i kontrakten. Dette er det klart vanlige, og lovens normalsituasjon jfr § 4-6(1) skal derfor ikke uten videre legges til grunn – denne er myntet på factoring.⁷⁵ Samtidig vil en vanlig forståelse av avtaleforholdet, med mindre det er konkrete holdepunkter for noe annet, være at pantsetter ikke har rett til å selge kravet eller på annen måte unndra det fra panteretten.⁷⁶

⁷³ Kravet opphører.

⁷⁴ En annen sak er at en slik beskjed også får rettslig betydning for cessus og gbl § 27, samt for avtalerververes godtroekstinkjonsmulighet jfr § 29.

⁷⁵ Jfr Andreassen s303 jfr s286-287.

⁷⁶ Jfr Andreassen s307 flg.

Pantsetters konkurs regnes normalt som tiltredelse.⁷⁷

Kundefordringer som kommer til etter tiltredelse tilhører panthaver jfr ingen reservasjon i ordlyden i § 4-10(1), og fordi samme for øvrige tingsinnbegrepsant.⁷⁸

6 Konkret. Factoringpanthavers separatiststilling i konkurs – med utgangspunkt i dommen.

6.1 Tilnærming

Jeg gjennomgår KM, men forfølger også hypotetiske spørsmål. Bakteppet blir en banks separatistrett i konkurs – en bank i en liknende situasjon som den i dommen med factoringpant og kassakreditt.

6.2 Hvorfor drøfter Høyesterett tiltredelse før omstøtelse?

Har banken separatistrett til *det innbetalte*?

Er pantet tiltrådt har banken også rett til det innbetalte jfr om overtakelse av rådighet.

Innbetalingene av kundefordringene, som går til betaling av kassakredittkravet til banken, er dermed ikke betaling med skyldnerens midler som kan rammes av dl § 5-5(1), jfr om ombyttingssynet i kapitlet om omstøtelse. En kan da heller ikke si at panthaver blir beriket jfr § 5-11 eller at boet taper på en slik konvertering jfr § 5-12 ved bruk av § 5-9.

Dette er dekning gjennom en panterett hvor panthaver bruker panteretten til det den er ment til: Fortrinnsberettiget dekning. En kan forenklet si han dekker sitt krav med midler som tilhører ham selv. I kurante tilfeller rammes dette ikke av omstøtelsesreglene og

⁷⁷ Jfr Falkangers note 9 s569 jfr kkl § 100.

⁷⁸ Jfr Rt 1992.1650. Kritisert av Brækhus

Høyesterett nøyter seg derfor med å påpeke dette på slutten av s1141: ”Spørsmålet er om innbetalingene til kassakredittkontoen kan sees på som en form for tiltredelse av pantet, som medfører at banken allerede på dette tidspunkt har oppnådd pantedekning. I så fall *kunne* banken betraktes som separatist i kontoen, og ikke som en vanlig kreditor.”

Høyesterett finner at tiltredelse ikke har skjedd før konkursen og trenger derfor ikke gå nærmere inn på dette. Innbetalingene kan da sees på som en vanlig betaling fra skyldneren som kan vurderes etter dl § 5-5(1) og § 5-9.

Jeg drøfter senere hva som antas å ha skjedd forutsatt tiltredelse før konkursen. Omstøtelse er nemlig ikke utelukket selv om den skjer gjennom dekning av en panterett.

6.3 Er factoringpantavtalen gyldig?

Dommen s1141: ”Boet har ikke gjort innsigelser mot selve factoringpantavtalen, som er av 28. juli 1992. Pantsettelsen skal i henhold til avtalen omfatte *alle enkle pengekrav* bedriften har eller i fremtiden vil få i sin næringsvirksomhet, og skal tjene til sikkerhet for alle bedriftens nåværende og fremtidige forpliktelser overfor banken.” Bakgrunnen er trolig en lik formulering i tidligere lov før lovendringen i 1991 til kundefordringer.

⁷⁹En kunne drøftet ugyldighet ettersom ordlyden avviker fra det som kan gyldig avtales jfr at § 4-10(1) kun gjelder kundefordringer jfr pl § 1-2(2). Kort sagt er løsninger innskrenkende tolkning i tråd med loven eller delvis ugyldighet for de krav som ikke hjemles. I ytterste konsekvens kan hele avtalen bli ugyldig hvis en ny forståelse av avtalen i urimelig grad ligger utenfor det en av partene har forutsatt – bristende forutsetning.

⁷⁹ Nærmere og i samme retning Andreassen s249-250

6.4 Er factoringpantet tiltrådt?

Partenes avtale er avgjørende. Fra avtalen heter det: ”pantsetter har inntil videre rett til å kvittere for og motta oppgjør... Hvis pantsetter misligholder sine forpliktelser av enhver art overfor panthaver og/eller panthaver ønsker å overta innkreving av kravene, har panthaver rett til å tre inn som kreditor etter de pantsatte krav ved underretning til debitorene...”⁸⁰

Av dette trekker Høyesterett sine slutninger: ”Det er...avtalt at bedriften inntil videre beholder rådigheten over kravene. Bare dersom gjelden overfor banken misligholdes, eller banken av andre grunner ønsker å foreta direkte innkreving av kravene, kan banken kreve at rådigheten går over. Overgangen skjer ved at banken selv overtar adgangen til å motta og inndrive kravene, og *debitorene skal underrettes om dette*. Slik overgang skjedde ikke i dette tilfelle.”

Jeg forstår Høyesterett slik at de ved tolkning av avtalen la avgjørende vekt på ordlyden i avtalen og kom til at det var et krav for tiltredelse at den enkelte kunde ble varslet jfr kursiveringen. Det var på det rene at slik varsling ikke skjedde og banken hadde derfor ikke tiltrådt pantet. Før sperringen ble det her tatt i betraktning at bedriften hadde plikt til å la alle sine kundefordringer gå inn på kassakredittkontoen, men dette ble ikke ansett som avgjørende.

⁸¹Heller ikke etter sperring av kassakredittkontoen kom Høyesterett til at banken hadde tiltrådt sitt pant. Tross det nå ”var på det rene at bedriften ikke lenger kunne nyttiggjøre seg de beløp som måtte bli innbetalt fra kunder.” Høyesterett sier at det var ”på det rene at banken på dette tidspunkt kunne ha tiltrådt pantet”, men det var ikke foretatt noen ”formell tiltredelse” noe Høyesterett lar være avgjørende. Stadig sikter Høyesterett til varsling av de enkelte kundene.

⁸⁰ Dommen s1142.

⁸¹ s1143.

Heller ikke en påstand om panterett i surrogatet for kundefordringene – det innbetalte – ledet frem. Dermed kunne ikke panteretten begrunne separatistrett til nedbetalingene av kassakredittgjelden jfr kapittel 6.2.

6.5 Kritisert i teorien

Dommen er kjent og kritisert for tiltredelsesspørsmålet. Viser til Falkanger s575 og Skoghøy s399-400 og s445, videreført Nye Skoghøy s92-93 og s285-287.

Kort om Falkanger: Han sier tiltredelse beror på partenes interne avtale, og at lovens formelle hovedregel (§ 4-6(1)) ikke oppstiller krav om varsling av hver enkelt kunde. Høyesterett synes å ha etablert det siste som et ytterligere krav (etter loven). At pantsetteren er blitt varslet om at banken ”tiltrer pantet”, og derfor burde sørge for å holde innkomne midler atskilt, er altså uten betydning. Sier også at den enkelte kunde ikke behøver å vite om forholdet mellom PH/PS, disse betaler til samme konto uansett.

Skoghøy er mye skarpere i sin kritikk og sikter til sperringen: ”Høyesterett synes i [KM] å ha lagt til grunn at pantaveren ikke kan anses å ha tiltrådt pant i enkle pengekrav før debitor cessus for kravene har fått melding om rådighetsovergangen.” Sier dette strider klart mot det syn Rt 1992.1650 bygger på og at KM her er en ren glipp som ikke er gjeldende rett.

6.6 Egen vurdering og kritikk av kritikken

Jeg forstår Høyesterett som at de ganske enkelt legger avgjørende vekt på ordlyden i avtalen: ”Overgang skjer ved at banken selv overtar adgangen til å motta og inndrive kravene, og debitorerne skal underrettes om dette.” Siden debitorerne ikke var informert om noen overtakelse av rådighet var dermed pantet ikke tiltrådt. Høyesterett tar med at plikten til å betale til kassakredittkontoen før sperringen reduserer rådigheten til pantsetter, og at rådigheten faller helt bort ved sperringen, men dette blir ikke avgjørende for Høyesterett

sett hen til ordlyden i avtalen. Høyesterett finner altså i dette konkrete tilfelle at denne konkrete avtalen må forstås slik.

Derfor mener jeg kritikken, særlig til Skoghøy, i beste fall ikke blir treffende. Høyesterett oppstiller ikke noe generelt krav om varsling av cessusene. Etter min mening oppstiller § 4-6 (1) ikke bare avtalefrihet om hvorvidt kreditorbeføyelsene inntil videre skal beholdes av pantsetter, og om vilkårene for tiltredelse, men også om hvordan tiltredelse skal skje. Hvis partene vitterlig mener at tiltredelse bare skal skje når debitorerne er varslet om overtakelse av rådigheten for det enkelte krav – så er ligger dette innenfor den avtalefrihet loven oppstiller. Hvorvidt den konkrete tolkningen er rimelig er derimot et annet spørsmål.

6.7 Rt 1992.1650 "Thor Henriksen"⁸²

Bank hadde factoringpant i transportfirmas kundefordringer. Banken sendte melding om tiltredelse med beskjed om at den overtok kundefordringene, og at betaling nå skulle skje til banken. Firmaet tok likevel imot betaling på konto i annen bank. Høyesterett fant at banken hadde separatistrett til pengene på kontoen basert på vindikasjon: "Vilkåret for å kunne gjøre separatistrett gjeldende for et bestemt beløp i debtors konkursbo, er for det første at debitor har vært uberettiget til å bruke beløpet i sin egen virksomhet og derfor opptrer rettstridig ved ikke å holde det adskilt eller ikke å lar det tilflyte fordringshaveren. Dernest er det et vilkår at beløpet lar seg påvise – identifisere – blant debtors øvrige midler."

Begge vilkår var oppfylt. Det første i og med tiltredelsen (les: fra da av tilhørte fordringne og innbetalingene banken og ikke firmaet – derav plikten til å holde de adskilt og sende pengene til banken – derav retten til å vindisere sine penger). Det andre fordi det kun var trukket på kontoen som stadig var i pluss.

⁸² TH

Det var anført surrogatbetraktninger - beløpene er surragat for fordringene og at panteretten i fordringene går over til surrogatet - men Høyesterett fant det slik jeg ser det verken riktig eller nødvendig å begrunne separatistretten ved surrogasjonsbetraktninger.

Skoghøy sikter trolig til at KM strider mot THs godkjenning av melding som tiltredelse. Jeg har ingen problemer med å forlike begge saker: De gjelder begge en konkret tolkning av avtaleforholdet om tiltredelse. I TH sies det ikke hva som var avtalt om tiltredelse, trolig var kontrakten taus. Her er det rimelig å forutsette at melding er tilstrekkelig.

6.8 Er Høyesteretts tolkning rimelig? Tiltredelse ved sperringen

Sperringen innebærer et skift i rådighetsfordelingen mellom partene. Bedriften har stadig plikt til å la kundefordringene gå inn på kontoen.⁸³ Forskjellen ved sperringen er at bedriften ikke lenger kan bruke det innbetalte, mens bankens rett til det samme stadig er i behold. Resultatet er at bedriften nå har mistet all rådighet over fordringene.

Denne realiteten burde etter min mening veie mer enn hva partene formelt har avtalt.

Tolkningen støttes av at en varsling av kundene er en lite hensiktsmessig måte å tiltre pantet på. Partene kunne i stedet avtalt at en melding om overtakelse av fordringene var nok. En taus avtale måtte normalt forstås slik – og da ville en sperring være en klar beskjed om overtakelse av rådigheten.

Varsling av hver enkelt kunde kan ha en praktisk side hvis kunden etter tiltredelse skal betale til en annen konto enn den han først fikk beskjed om på faktura.⁸⁴ Det kan være legitimt å knytte en slik praktisk byrde til vilkåret for tiltredelse. Her er dette ikke noe argument fordi kundene stadig betaler til riktig konto.⁸⁵

⁸³ Jfr avtalen om plikt til å innbetale til kontoen, og bankens rett til å trekke fra kontoen.

⁸⁴ Jfr kap 5.6.4.

⁸⁵ Jfr Falkanger over.

At varsling har rettslig betydning - for bedriftens kvitteringslegitimasjon og for legitimasjonen ved salg – bør være noe banken alene får vurdere følgene av.⁸⁶

En kan spekulere i hvorfor banken har inntatt et vilkår om varsling av kundene. Kanskje er det en standardisert avtale som tok sikte på at det var et praktisk behov å gi kundene beskjed om å betale til annen konto,⁸⁷ eller kanskje banken tenkte på rettsvern mot godtroende avtaleervertvere.

En kan nok etter dette si Høyesteretts tolkning var urimelig. En kan forsøke å trekke inn argumenter for Høyesteretts syn ved siden av at ordlyden nok i seg selv taler for at varsling var nødvendig. En kunne si banken får ta konsekvensene av en slik formulering fordi de er en sterkere part enn bedriften og at uklarheter får gå ut over forfatteren av vilkåret. Jeg ville likevel ment at sperringen burde likestilles med tiltredelse. Uansett kan en kritisere Høyesterett for ikke å ha løftet fram flere av argumentene.

6.9 Tiltredelse før sperring?

Banken anfører at innbetalingene i realiteten var en tiltredelse av pantet. Den trekker fram plikten til innbetaling.⁸⁸

Sett hen til Høyesteretts argumentasjon, som heller ikke ledet til tiltredelse ved sperringen, synes bankens sak vanskelig.⁸⁹

Vi fristiller oss, og fokuserer på argumenter for banken. Det eneste grunnlag må slik jeg ser det bygges på plikten til å betale inn på kontoen. En kan i stedet forsøke å se bankens

⁸⁶ Jfr note 79? i kap 5.6.4.

⁸⁷ Noe i denne retning påpekt muntlig av Erik Røsæg.

⁸⁸ s1139, se også Høyesteretts problemstilling to steder s1141.

⁸⁹ Skoghøy s399 mener kort banken "selvsagt" ikke kunne få medhold.

anførsel som at partene har vært på dekningsstadiet allerede fra starten av, dvs ved avtalens inngåelse. Altså lovens normalordning jfr § 4-6(1).

Forutsetter en som normalt er at pantsetter i og med avtalen mister retten til å råde over kravene ved salg ol, kan en hevde plikten til å betale inn til kontoen innebærer at pantsetter ikke har noen rådighet over kravene. En er i hvert fall nærmere en normalordning enn hvor en tenker seg at partene ikke har avtalt noen begrensning i form av plikt til å betale inn noe sted. Her har pantsetter en virkelig rett til å ta imot betaling.

Problemet er at banken ikke har noen tilsvarende rett til fordringene som sådan.

Dessuten har begge parter rett til å nyttiggjøre seg innbetalingen inntil kredittaket nås eller kontoen sperres. En kan derfor vanskelig si at banken har overtatt rådigheten over kravene.

I en slik situasjon blir ordlyden i avtaleforholdet ellers lett avgjørende, og den taler for at bedriften inntil videre har rådigheten, slik Høyesterett fant: ”Pantsetter har *inntil videre* rett til å kvittere for og motta oppgjør...sålenge han ikke...eller så lenge panthaver ikke ønsker å *overta...*” Videre: ”Hvis [x] har panthaver *rett til å tre inn som kreditor...ved* underretning til debitorerne, og motta og inndrive kravene til dekning av sitt mellomværende...”.

Høyesterett støtter seg også på at dette er vanlig praksis ved factoringpant.

Etter dette finner Høyesterett at banken inntil videre ikke er på dekningsstadiet, og at innbetalingsplikten ikke var avgjørende. Jeg er enig i avveiningen.

At innbetalingsplikten ser ut til å ha vært relevant, illustrerer sammen med sperringsdrøftelsen, at slike ”realiteter” i avtaleforholdet som kommer til uttrykk mer indirekte - i hvert fall teoretisk, kan avgjøre om en er på dekningsstadiet eller sikringsstadiet. De er relevante momenter for å avgjøre fordeling av rådighet mellom partene, og desto mer rådighet hos eksempelvis panthaver, desto mer nærliggende er

dekningsstadiet. Slike argumenter synes å kunne få mer gjennomslagskraft hvor partene ikke har avtalt noe uttrykkelig.

At Høyesterett i TH s1655 påpeker at brudd på plikt til å betale inn til kassakredittkonto i seg selv ikke kan begrunne separatistrett, kan jeg ikke se endrer dette.

6.10 Argumentet om spesialitetsprinsippet

Høyesterett nevner dette i forbindelse med surrogasjon, men slik Høyesterett argumenterer fremstår det også som relevant for tiltredelse før sperring. Jeg behandler det derfor her.

Pl § 1-4(1) går ut på at rettsvern er betinget av angivelse av pantkravet (tinglyst).

Høyesterett sier kontinuerlig dekning ved innbetaling ville føre til at maksbeløpet for pantkravet nås og at det enten måtte inngås nye factoringpantavtaler eller at maksbeløpet settes svært høyt – og at dette ikke kan ha vært lovgivers forutsetning.⁹⁰

Dette fremstår som at innførselen av spesialitetsprinsippet for 4-10-pant vil vanskeliggjøre dekning allerede fra starten av slik lovens normalordning går ut på, og som er typisk ved factoring.

Når det er på det rene at en befinner seg på dekningsstadiet er det riktig at innbetalinger må summeres for å se når pantkravet er dekket. Maksbeløpet ved tinglysing reflekterer ikke hva pantkravet egentlig er på, blant annet pga nedbetaling:

Avtalen mellom partene må normalt forstås som at en ikke kan hente mer ut av pantet enn det underliggende forhold er på inkludert renter med mer.⁹¹

Falkanger⁹² finner argumentet problematisk og viser til læren om opplåning av panterett.

⁹⁰ s1142.

⁹¹ Jfr pl § 1-5.

⁹² s572.

Partene kan avtale at pantekravet lånes opp igjen, også ved forhåndsavtale⁹³.

Eks: Panterett stiftes med maksbeløp 400, dekning via kundefordringer skal skje kontinuerlig. Det gis lån på 400. Kundefordring på 10 kommer inn. Pantekrav og underliggende nå på 390. Lånes ut 10 eller mer: Det rettsvernede pantekravet opp til 400 igjen jfr avtalen om opplåning.

Dermed skulle argumentet miste sin betydning ettersom banken ville låne opp pantekravet når det gis mer kreditt. I KM får en ikke vite hva pantekravet var tinglyst til, og dermed heller ikke om det hadde skjedd dekning utover dette – hvis banken hadde blitt hørt med at de var på dekningsstadiet fra starten av. Fortrinnsretten til dekning utover pantekravet vil bli ekstingvert av boet: Slik betaling må vurderes på vanlig måte etter dl §§ 5-5(1) og 5-9.

Lovgivers intensjon finner en i Ot.prp.nr 53 (90-91) s23. Prinsippet ble innført med tanke på factoringpant, altså hvor tiltredelse og dekning skjer i etterkant.⁹⁴ Meningen var som for andre underpant å hindre svik om pantekravet og gi sekundærpanthavere informasjon om foranstående pantekrav. Det forutsettes at innførselen av prinsippet ikke skulle hindre tradisjonell factoring, altså dekning i og med inngåelsen av avtalen. Uten å gå videre inn på dette kan jeg ikke helt se at lovgiver har ment å hindre dekning fra starten av også under et factoringpant.

6.11 Rekkevidden av dommen angående tiltredelsen

Jeg mener dommen ikke oppstiller noe generelt krav om varsling av debitorerne for tiltredelse, men er et resultat av konkret avtaletolkning. Rettslig betydningen for andre saker er derfor liten, og dommen synes derfor også å ha fått urimelig mye oppmerksomhet på dette punktet.

⁹³ PS/PH i KM har nettopp gjort det, se s1141.

⁹⁴ Argument fra Brækhus om at lovgiver ikke tenkte på factoringunderpant når de gav 4-10.

Dommen illustrerer etter min mening at avtalefriheten etter ordlyden i § 4-6(1) kan dekke en rekke forhold, herunder hvordan tiltredelse skal skje.

Dommen sender et signal til banker og panthavere om å være seg bevisst utformingen av sine factoringpantavtaler.⁹⁵ Dette kan ha en positiv effekt med klarere og mer forutberegnelige avtaler. Hvis bankene oppfatter dommen som et generelt krav om varsling av debitorerne vil dette være en uheldig misforståelse.

6.12 Illustrasjon på dommens begrensede rekkevidde: Dom i Oslo tingrett⁹⁶

Firmaet ble først varslet muntlig i møte, og pr brev dagen etter at banken tiltrådte factoringpantet. Kundene ble av banken først tilskrevet noen dager senere. I mellomtiden hadde kundefordringer kommet inn på driftskontoen firmaet hadde hos banken. Denne var ikke sperret enda, i motsetning til kassakredittkontoen som ble sperret rett etter møtet.

Tiltredelsesbrevet sier at banken tiltrer sitt factoringpant, at kundefordringer fra nå av skal innfris ved betaling til kassakredittkontoen, at firmaet skal gi banken informasjon om kunder og utestående fordringer, og at kundene ville bli tilskrevet om det nye forholdet, herunder plikten til å betale til kassakredittkontoen. Banken skrev også at dersom det ble betalt direkte til selskapet eller til annen konto enn kassakredittkontoen, skulle pengene oppbevares separat og ikke blandes sammen med andre midler.

Twisten gjaldt overføring av kr 600 000 fra firmaet til bankens anmodning. Det var var på det rene at dette var penger fra innkomne kundefordringer etter tiltredelsesbrevet, men før kundene ble varslet. Disse kundefordringene hadde kommet inn på firmaets driftskonto hos banken.

⁹⁵ Slik også "Røsæg KM" s10.

⁹⁶ Lovdata: "TOSLO-2002-10759", 2003-09-03. Bergmann Bygg As, dets konkursbo mot Gjensidige NOR Sparebank ASA (søk på Bergmann Bygg).

Retten ser både TH og KM som konkrete avgjørelser om hvordan tiltredelse skal skje, og foretar selv en konkret tolkning av avtaleforholdet:

”Banken/foretaket har rett til når som helst å sikre seg utvidet rettsvern ved underretning til den enkelte debitor om banken/foretakets factoringavtale og om innbetaling til kassakreditt/foliokonto eller separat konto. Pantsetter/sikkerhetsstiller forplikter seg til å medvirke til at slik underretning blir gitt, blant annet ved å utstede til banken/foretaket revisorbekreftet underskrift av sin debitorreskonto når banken/foretaket krever det. Pantsetter/sikkerhetsstiller forplikter seg også til å stemple alle fakturaer etter dette tidspunkt med underretning som nevnt ovenfor. I tilfelle mislighold har banken/foretaket rett til å realisere pengekravene ved direkte innkreving, eller på annen måte som banken/foretaket finner tjenelig”

Retten bemerker at denne ordlyden er annerledes den i KM hvor underretning til debitorene ble funnet nødvendig. Tingretten fortsetter: ”Factoringavtalen i den foreliggende saken fastslår at banken kan skaffe seg utvidet rettsvern ved underretning til kreditorene. Retten forstår dette slik at banken med dette sikter til at banken ved underretning til debitorene sikrer seg mot at disse med befriende virkning fortsatt kan betale fordringen ved betaling til driftskontoen. Factoringavtalen slår videre fast at banken kan realisere fordringene ved direkte innkreving, eller på den måten banken finner tjenelig. Retten tolker dette slik at det ble avtalt mellom selskapet og banken at banken kunne tiltre factoringpantet på den måten banken fant tjenelig, dersom vilkåret for tiltredelse (mislighold), var oppfylt.”

Retten finner den muntlige beskjeden om tiltredelse tilstrekkelig. Den avviser at KM oppstiller underretning av debitorene som et generelt vilkår for tiltredelse. Den viser til ordlyden i § 4-6 jfr § 4-10 som gir rett til både å senere overta kreditorbeføyelsene fra pantsetter, men også hvordan panttaker skal varsle om dette. Uttaler at dette ikke betyr at enhver avtale om hvordan tiltredelse skal finne sted kan godtas, men at TH godtar brev overrakt pantsetter om at pantet tiltres, noe som også aksepteres av Andreassen på s475 flg. Sier også at et generelt vilkår om varsling av debitorene i realiteten ville bety at man ved ”sovende” factoringpant innførte et krav om at gyldig rettsvern i forhold til andre kreditorer, herunder konkursbo, først er etablert ved underretning til debitorene, slik kravet

er ved enkle pengekrav jfr panteloven § 4-5 (underforstått sikter retten til at dette vil være motstridende med regelen om at rettsvern mot kreditorene kan oppnås ved tinglysing).

Jeg kan ikke annet enn å si meg svært enig i alle de prinsipielle vurderingene retten gjør:
Det er opp til partene å avtale hvordan tiltredelse skal skje.

Igjen er den konkrete vurderingen av avtalen en annen sak og av liten prinsipiell betydning. Etter min vurdering er det ikke innlysende at ordlyden i denne avtalen ikke kan forstås som at de enkelte debitorer skal varsles for å tiltre. Den første setningen er som retten bemerker om ”utvidet rettsvern”, men kan samtidig fremtre som den handling som skal til for å tiltre. At siste setning tilsier at banken kan tiltre på en hvilken som helst måte finner jeg tvilsomt, denne omtaler vel heller rådigheten på bankens hånd etter tiltredelse.

En kan anta at urimeligheten av varsling av debitorer som tiltredelsesmåte lurer i bakgrunnen som tolkningsmoment. Det skal normalt litt til for at dette er en rimelig forståelse av avtaleforholdet.

En bedre formulering fra bankens side hadde også her vært en fordel. De kunne si rett ut at de kan tiltre pantet på den måten den finner best, og brukt eksempler hvor melding til firmaet er det mest praktiske. En kan nok si det slik dommeren kom banken til unnsetning med et rimelig tolkningsresultat tross ordlyden.

Som i KM var spørsmålet om pantet var tiltrådt eller ikke avgjørende for om overføringen til banken kunne omstøtes. Retten uttaler seg kort, men etter min mening på en tilstrekkelig måte for å begrunne at omstøtelse var uaktuelt når det banken hadde tiltrådt før innbetalingene: ”Det er ikke omtvistet at de overførte pengene faktisk skriver seg fra innbetalte kundefordringer. Bankens hadde overtatt som kreditor for fordringene slik at det var bankens penger som ble overført. Overføringen kan derfor ikke omstøtes”. Det skjer her altså ingen betaling i dl § 5-5s forstand, og dermed heller ingen berikelse etter § 5-11: Det er ikke skyldnerens midler som overføres, men bankens. At § 5-5 i siste ledd har en

særbestemmelse om at pantsettelse av enkle krav likestilles med betaling kan ikke endre på dette. Tilsvarende kan en for § 5-9 si at det ikke kan være utilbørlig å overføre penger som tilhører banken, og boet kan heller ikke tape på at andres midler overføres: Boet har ingen rett til disse pengene jfr § 2-2.

6.13 Surrogatpåstanden

Banken hevder ”Bedriften ville begå rettsbrudd overfor banken ved å disponere fordringene på annen måte [ved å ikke la de gå inn på kassakredittkontoen], og banken må derfor ha surrogatpant i tilsvarende beløp på kontoen til enhver tid.”⁹⁷

Dette er et subsidiært grunnlag i forhold til det som er drøftet hittil: Selv om verdiene, nå fordringer mot banken, i utgangspunktet er utenfor panteretten når de betales inn på konto, hevdes det at banken har panterett i surrogatet, det verdiene har blitt ombyttet til, ved positivt konto det innbetalte, her representert med nedbetaling.

Spørsmålet er om panteretten kan ”hoppe over” til noe den i utgangspunktet ikke dekker. Har banken panterett i surrogatet?

Høyesterett avviser dette grunnlaget.⁹⁸

Regelen for når det er mulig med panterett i et surrogat blir kort beskrevet slik:

”Forutsetningen for dette måtte i tilfelle vært at bedriften urettmessig holdt beløpene utilgjengelig for banken, eller at den hadde hatt plikt til å holde dem atskilt fra øvrige midler.”

Det vises til Andreassen ”s414 flg, særlig s418” om denne regelen.

⁹⁷ s1140.

⁹⁸ s1142.

Andreassen setter opp et generelt utgangspunkt, nemlig at både eiendomsrett og begrensede rettigheter, som panterett, følger formuesgodet selv om det skiftes om til et annet formuesgode⁹⁹ For eiendomsretten begrunnes dette som en "selvfølgelighet" kombinert med henvisninger til juridisk teori, samt lov om hendelege eidegdomshøve¹⁰⁰ § 2 som sier at to som blander sammen det de eier blir sameiere i det nye formuesgodet. At begrensede rettigheter må følge samme utgangspunkt begrunnes med samme lovs § 6 som gir § 2 tilsvarende anvendelse på den som har annen "særleg rett".

Andreassen setter opp "forutsetninger" for utgangspunktet. For det første, og her snakker han om panterett, at surrogatet kan beheftes med en slik panterett det er snakk om jfr pl § 1-2(2). For det andre at ikke noe annet følger av særlige rettsregler eller av avtalen mellom partene. For det tredje at panthaver etter omstendighetene må skaffe seg nytt rettsvern for sin panterett i surrogatet når han oppdager den urettmessige ombyttingen. I utgangspunktet er panthaver derimot beskyttet av den opprinnelige rettsvernsakt (s226 og kap 7.4).

Spørsmålet om panterettens overgang til surrogatet oppstår når panteobjektet urettmessig blir avhendet. For varelager og driftsilbehør forutsettes det at en urettmessig avhendelse i forhold til den rådighet som gjelder, jfr §§ 3-7(1) og 3-13(1) før tiltredelse og §§ 3-7(2) og 3-13 (2) etter tiltredelse, gjør at panteretten stadig hefter på tingen, jfr også Andreassen. Denne forutsetningen kommer også til uttrykk i §§ 3-7(3)2.pkt og 3-13(3). Om panteretten hefter videre på tingen beror på godtroekstinksjon hos erververen jfr godtroloven.

Rettmessig salg fører derimot til bortfall av panteretten i tingen. Dette gjelder også for panteretten i kundefordringer under et factoringpant. Høyesterett kommer til at pantet ikke var tiltrådt slik at innbetalinger blir en rettmessig avslutning av panteobjektet. Panteretten opphører med opphøret av kundefordringene, og det blir ikke noe grunnlag for å hevde noen rett til surrogatet, her det innbetalte. Jeg sier meg derfor enig med Høyesteretts konklusjon.

⁹⁹ s418 jfr s222 flg.

¹⁰⁰ Lov om hendelege eidegdomshøve 10.april 1969 nr 17.

Jeg er likevel ikke enig i uttrykksmåten Høyesterett og Andreassen bruker når det er snakk om panthavers separatistrett til urettmessige innbetalinger etter at et factoringpant er tiltrådt, eller en befinner seg på dekningsstadiet allerede fra starten av.

Etter min mening innebærer en tiltredelse en i utgangspunktet full overtakelse av rådigheten til fordringene og dermed det innbetalte. I realiteten blir PH nå eier av fordringene og det innbetalte, jfr også slik forholdet er under normaltilstanden etter § 4-6, som bygger på sikringscesjonsmodellen som igjen er en overdragelse av kravene til eie. At avtalen også innebærer et etteroppgjør, og til slutt et bortfall av retten til fordringene når pantekravet er gjort opp, endrer etter min mening ikke dette.

Dermed blir det ikke et spørsmål om panteretten går over på surrogatet, men om eiendomsretten, eller i hvert fall en tilnærmet omfattende rett panthaver nå har, går over på surrogatet.

Det er det siste Thor Henriksen-dommen ser ut til å bygge på, det samme i dommen i Oslo Tingrett uten at den har nevneverdig rettslig vekt: Pengene tilhører panthaver etter tiltredelsen.

TH løser separatistkravet til pengene på kontoen ut fra regelen om vindikasjonsretten. Regelen bygger slik jeg vil fremstille det på et enkelt grunnprinsipp: Separatist- og vindikasjonssøkeren eier et formuesgode eller andel av det som er i behold hos besitteren, her skyldneren i konkurs. Boet kan dermed ikke ta dekning i formuesgodet jfr dl 2-2 fordi det ikke tilhører skyldneren, det tilhører vindikanten/rette eier.

Vindikasjon som leder til separatistrett i konkurs kan også gjelde begrensede rettigheter som eksempelvis en panterett. Det er derfor Andreassen kan snakke om panterett i surrogatet. Også vindikasjon av en begrenset rettighet kan begrunnes i det grunnleggende

synspunktet knyttet til dl 2-2 om at boet heller ikke kan ta dekning i begrensede rettigheter som andre enn skyldneren har. Boet får ikke større rett enn skyldneren.

En kan si at panterett i surrogatet (eller synonymt: Vindikasjon av en begrenset rett) på den ene siden, og vindikasjon av eiendomsrett på den andre, bare er ulike uttrykksmåter.

For retten til det uberettigede innbetalte under et tiltrådt factoringpant mener jeg ”panterett i surrogatet” er mer enn en misvisende uttrykksmåte.

Legger en til grunn at en i stedet snakker om vindikasjon av bankens penger som en vindikasjon av eiendomsrett, blir det ikke riktig å oppstille vilkårene til Andreassen om at panteretten må kunne hefte på surrogatet etter pl § 1-2(2). Heller ikke blir det naturlig å snakke om noen mulig ny rettsvernsakt, spørsmålet blir heller om vindikanten taper sin rett på grunn av passivitet og klanderverdighet jfr at HR holder døren åpent for slikt i TH¹⁰¹.

At HR i KM bruker den feilaktige sjargongen om panterett i surrogatet behøver en ikke feste seg ved ettersom den ikke går nærmere inn på dette. Uttrykket fremstår som en upresis henvisning til TH.

At en i andre tilfeller mer treffende kan snakke om en panterett som går over i surrogatet, er jeg derimot enig i.

De fleste andre panteobjekter for øvrig som blir forføyret over på urettmessig vis, passer fint med denne sjargongen og disse reglene.

Vi kan vende tilbake til det urettmessige salget av pantsatt driftstilbehør og varelager: Er kjøperen i god tro vil han ekstingvere panteretten i tingen. Det kan komme et surrogat i stedet, for eksempel en fordring pantsetter får mot kjøperen, eller kontanter. Skal panthaver

¹⁰¹ Jfr dommens siste side.

her hevde separatistrett til surrogatet må en snakke om vindikasjon av panteretten til surrogatet eller at han rett og slett har en panterett i surrogatet – ikke en vindikasjon av eiendomsrett.

Tiltredelse av et varelagerpant innebærer kun en kraftig reduksjon av pantsetters rådighet jfr pl § 3-13(2), ikke en overtakelse av rådighet hos panthaver. Derimot vil en tiltredelse av et factoringpant normalt innebære en forflytning av rådighet over panteobjektet til panthaver: Pantsetter taper nå rådigheten til fordel for panthaver. Skulle varelagerpanthaveren få en tilsvarende status trengs flere steg: Han kan eventuelt bli enig med pantsetter om at han overtar varene mot avregning av pantekravet nå som mislighold har inntruffet – som er tillatt når mislighold har skjedd tvfbl § 1-3. Skulle pantsetter etter at panthaver her har blitt eier urettmessig (tyveri) få solgt varer til en godtroende kjøper så kommer vi omsider i en sammenlikbar situasjon som factoringpanthaveren: Han kan nå forsøke å vindisere eiendomsretten til et eventuelt surrogat hos pantsetteren. Det blir samtidig ikke lenger snakk om å vindisere en panterett i surrogatet.

Videre kan en også snakke om vindikasjon av panterett når pantsetter urettmessig avhender en pantsatt fordring – når factoringpantet ikke er tiltrådt. En må som nevnt normalt innfortolke en slik begrensing i og med factoringpantavtalen. Gjør han likevel en slik urettmessighet, og han har fått en motytelse som surrogat, vil det nå være riktig av panthaver å hevde vindikasjon av panteretten i surrogatet, ikke eiendomsrett.

Oppsummert antar jeg at ”panterett i surrogatet”, eller vindikasjon av panterett i surrogatet, ikke kan brukes om separatistkrav til det urettmessig innbetalte under et tiltrådt factoringpant. Ordbruken blir feil og det kan lede en til å bruke reglene feil. Riktig tilnærming er etter min mening vindikasjon av eiendomsrett til pengene.

6.14 Sammenblandingsproblemet

Hva hvis Høyesterett hadde funnet at factoringpantet var tiltrådt i og med sperringen?

Utgangspunktet vil nå være at banken har separatistrett til det innbetalte i kraft av at de har overtatt rådigheten i og med sperringen jfr likestillingen med tiltredelse. Pengene tilhører nå banken, og boet kan ikke ta dekning i midler som tilhører andre enn skyldneren jfr dl § 2-2.

Spørsmålet om separatistrett i et slikt tilfelle er en del av læren om vindikasjon av penger i konkurs.

Ulovfestet regel hvor rettspraksis og teori er sentrale rettskilder. Nærmere Torkel Opsahls artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1953 s267-310. Se også Andenæs s 121-130 med videre henvisninger. Av nyere rettspraksis er TH viktig, ved siden av Rt 1993.679 ”Høyfjellsutvikling 1”, Rt 2001.1580 og Rg 1985.400, voldgiftsdom ved Brækhus. De tre siste belyser sammenblandingproblemet. Med de reservasjoner jeg gjør ovenfor om at Andreassen muligens tar feil om panterett i surrogatet kan jeg for øvrig slutte meg til det meste han ellers skriver på s418 flg. Dette er betraktninger som passer for vindikasjon av penger i en slik situasjon vi i det følgende drøfter.

Når det nå er på det rene at midlene i utgangspunktet tilhører banken kommer en til spørsmålet om den særlige retten til midlene likevel kan gå tapt hvis de blandes sammen med skyldnerens midler.

Hvis det ikke skjer innbetalinger av andre typer enn kundefordringer, vil separatistkravet til banken i kassakredittkontoen ikke bli påvirket. Dette vil være relativt praktisk ved at bedriften helst vil omdirigere fordringer som ikke er kundefordringer til andre konti etc, og slike fordringer vil gjerne være få ved siden av kundefordringer.

Problemet oppstår hvis det likevel kommer andre innbetalinger som ikke er kundefordringer inn på kontoen etter tiltredelsen/sperringen. Dette kan være midler til en tredjemann, men vi forutsetter nå at det er midler som tilhører skyldneren. Kan separatistkravet til banken gå tapt pga sammenblanding?

Personlig mener jeg problemet heller ikke nå oppstår. En kan muligens formelt snakke om eierskap til en konto da slik at det er skyldnerens konto. Realiteten er heller at det her skjer en overføring av midler som tilhører skyldneren inn til banken slik at det er skyldneren og senere boet som eventuelt må hevde en separatistrett til det innbetalte, eller ta til takke med et dividende krav, ikke banken. Etter en sperring stoppes eventuell tilgjengelig kreditt. Kontoen er nå ikke annet enn et uttrykk for hvor mye bedriften skylder banken. Det blir etter min mening ikke naturlig, eller rimelig, å si at bankens penger (innbetalte kundefordringer) sammenblandes med skyldnerens penger (andre typer fordringer som kommer inn, eller frivillig betaling fra skyldneren) i et slikt tilfelle.

Det er neppe ikke engang snakk om noen sammenblanding. Innbetalinger er umiddelbare nedbetalinger av kravet banken har mot skyldneren. Skjer det med skyldnerens midler, er dette en vanlig betaling som må vurderes etter dl §§ 5-5(1) og 5-9. Samtidig er det enkelt å identifisere hva slags betaling det her er snakk om ved kontoutskrift.

I tillegg er trolig ordningen med kassakredittkonto som kan sperres, og hvor de enkelte kunder stadig kan holde seg til samme kontonummer, en praktisk ordning. Det ville være uheldig om sammenblandingsproblemet skulle lede til at banken i og med tiltredelsen måtte skifte til en konto skyldneren ikke har noen tilknytning til, og i tillegg måtte varsle de enkelte kunder om at de nå må betale til en annen konto.

Jeg konkluderer derfor med at banken ville hatt separatistrett til innbetalinger av kundefordringer på kassakredittkontoen etter tiltredelsen, tross andre innbetalinger.

Et scenario likt det vi har i TH kan belyse sammenblandingsproblemet nærmere: Kundefordringer mottas urettmessig, dvs etter tiltredelse, på en konto i en annen bank enn panthaverbanken. Jeg nøyer meg med skissering av noen hovedpunkter.

Trekk fra kontoen leder ikke til tap av separatistrett til det resterende jfr TH. Dette er ingen sammenblanding. De resterende midlene er naturlig å si at er bankens penger.

Går penger ut av kontoen til en tredjemann som gir en motytelse, ekstingveres retten til pengene. Dette gjelder selv hvis pengene skulle være fravendt rette eier på grovere vis enn for den illojale pantsetter, for eksempel ved ran. Godtroekstinksjonen går lenger enn for løvsøre ellers jfr godtroloven § 2. Årsaken er hensynet til penger som sikkert betalingsmiddel.¹⁰² Enhver skal kunne stole på at den som besitter penger også har rett til dem (legitimert),¹⁰³ og det kreves klare holdepunkter for at besitteren ikke er rette eier før mottakeren er i ond tro. Hensynet til penger som sikkert betalingsmiddel veier mer enn hensynet til rette eier.

En annen sak er at en transaksjon med tredjemann som har karakter av å være betaling av gjeld eventuelt kan omstøtes til fordel for boet jfr dl § 5-5(1). Separatistrett til en del av omstøtelseskravet for vindikanten antar jeg ikke er mulig pga ekstingsjonen som allerede har skjedd.

Dersom skyldnerens eventuelle motytelse blir forbrukt vil vindikantens separatistkrav til dette beløpet gå tapt.

Er motytelsen inntakt i skyldnerens økonomi utenfor kontoen, i form av for eksempel en gjendstand han kjøpte, har det skjedd en ombytting til et surrogat. Flere slike ombyttinger kan aksepteres. Separatistkravet kan gjøres gjeldende i surrogatet hvis den økonomiske identiteten¹⁰⁴ til det som opprinnelig vitterlig var vindikantens eget stadig er i behold. Så lenge det er tilstrekkelig kontinuitet i denne ombyggingen kan en forenklet si at midlene fortsatt tilhører rette eier og ikke skyldneren.¹⁰⁵ Med andre ord så er det stadig den

¹⁰² Jfr Brækhus 3 og 4 s257 flg, Opsahl s271-273.

¹⁰³ Jfr Opsahl s269.

¹⁰⁴ Jfr Opsahl s303-304. Jfr Andenæs s128.

¹⁰⁵ "Høyfjellsutvikling 1" og voldgiftsdommen følger en slik fremgangsmåte. Godt samsvar er det også med Andreassen s419.

grunnleggende betraktningen om hvem som naturlig kan sies å eie hva som styrer vurderingen.

Blandes surrogatet med skylderens egne midler kan begge bli sameiere jfr stadig den grunnleggende betraktning om hvem som eier hva – også uttrykt i lov om hendelege eieendomshøve § 2.¹⁰⁶ ”Høyfjellsutvikling 1” og voldgiftsdommen går langt i å akseptere sameie og dermed separatistrett ved vindikasjonskrav i konkurs. Disse aksepterer også flere ombyttinger og transformeringer over tid.¹⁰⁷

Det hele er en konkret vurdering hvor en vurderer om det er naturlig å si at visse midler eller andeler av det tilhører andre enn skyldneren. For mye sammenblanding og ombytting over tid vil til slutt gjøre at separatistkravet til bestemte midler går tapt, og vindikanten må nøye seg med et usikret personlig krav. Tvils/tilleggsmomenter kan være passivitet¹⁰⁸ og klanderverdighet¹⁰⁹ hos vindikanten – som har bidratt til vanskeliggjøringen av identifiseringen. I hvert fall kan en her la bevistvil gå utover den passive vindikanten.

Grunnen til at en kan gå langt i slike vurderinger i motsetning til vindikasjon overfor en godtroende tredjemann, er at boet ikke kan påberope seg god tro. Dette er irrelevant ved kreditorekstinksjon, og boet får ikke større rett enn skyldneren jfr dl 2-2.¹¹⁰

Jeg mener en slik konflikt mellom panthaveren og boet som vi her har drøftet, mest riktig er en hjemmelsmannskonflikt. Riktignok er forholdet mellom de to i utgangspunktet en suksesjonskonflikt ettersom panthaver utleder sin rett fra pantsetter i kraft av panteavtalen. Det samme kan en si også gjelder etter tiltredelse selv om panthaver nå har fått

¹⁰⁶ Jfr Andreassen s419, se s222.

¹⁰⁷ Voldgiftsdommen s410 gir Brækhus en oversikt over ulike løsningsmuligheter.

¹⁰⁸ Jfr TH siste side.

¹⁰⁹ Jfr Høyfjellsutvikling 1 s683-684.

¹¹⁰ Jfr Opsahl s280 og 273. Samme sider: En kan muligens likevel trekke inn kreditorenes berettigede forventning til at midlene er en del av skyldnerens egne, jfr også Høyfjellsutvikling 1 s683-684.

”oppgradert” status til det jeg mener en likegodt kan kalle eier av fordringene og innbetalingene. Men ved urettmessig mottakelse av innbetalinger inntar pantsetter her en ny rolle. Han kan sammenlignes med tyven som stjeler fra noen som klart er hjemmelsmann, og tyven går så konkurs og hjemmelsmannen forsøker å vindisere med et separatistkrav. Dette blir ikke en suksesjonskonflikt hvis tyven også er den som solgte tingen til hjemmelsmannen før han så etterpå stjeler den. For forholdet med den illojale pantsetter mener jeg vindikasjonskravet må behandles på samme måten: Som en hjemmelsmannskonflikt. Uavhengig av begreper er poenget at dette må behandles på samme måte som ved tyveri etc.

Det blir derfor ikke noe krav om rettsvern for pantøverens rett til midlene som Andreassen snakker om. I stedet kan passivitet og klanderverdighet for at situasjonen oppsto bidra til tap av vindikasjons/separatistretten.

En overføring av penger ut fra skyldneren kan derimot etter omstendighetene kreve en rettsvernsakt i form av overlevering etc.¹¹¹ Dette blir i motsetning til hva vi her har drøftet, en suksesjonskonflikt mellom mottakeren og boet.

Til slutt vil jeg nevne at noen kanskje vil spørre hvorfor en går gjennom alt bryet med å se om verdiene stadig er i behold, hvis det er på det rene at rette eier i sin tid uberettiget ble fratatt verdier av et visst beløp, og skyldneren når han går konkurs minst har frie midler utover dette beløpet. Kan ikke den frastjålne her få sine penger før de usikrede kreditorene? Årsaken går i første rekke igjen på det grunnleggende at midlene ved for mye sammenblanding må sies å tilhøre skyldneren og ikke offeret. Det kan kanskje synes urettferdig at han her må stille seg sammen med de usikrede kreditorene. Som nevnt innledningsvis¹¹² er det imidlertid flere kreditorer som kan kalles ufrivillige. Den frastjålne må her lide samme skjebne. Det skilles ikke mellom usikrede kreditorer som har tatt en risiko ved å låne ut penger og de helt ufrivillige kreditorene.

¹¹¹ Nærmere Andenæs s191 flg.

¹¹² Kap 4.4.

Staten som avgifts- og skattekreditor er her et unntak med sin privilegerte stilling etter dl § 9-4. Om en de lege ferenda diskuterer å gi andre grupper en mer privilegert stilling, kommer en raskt til at beskyttelsesverdigheten kan hevdes å være forskjellig fra tyveriofferet og den som har blitt sveket av en samarbeidspartner som i panthavertilfellene.

6.15 Ombytting av gjeld

Banken anfører at lånene de trakk på kassakredittkontoen ikke kan omstøtes, fordi dette ikke er betaling av gjeld, kun en ompostering mellom to gjeldsposter. Også omtalt som den ”banktekniske innsigelse”. Høyesterett avviser dette grunnlaget på s1143.

Beløpene som ble trukket på kassakredittkontoen var 13 nedbetalinger av faste lån på til sammen kr 1 148 725, samt en nedbetaling av ”diskonteringskreditt” på kr 498 466.¹¹³

Eksempel til illustrasjon: Banken har flere utestående og forfalte lån/fordringer ved siden av fordringen som den negative kassakredittkontoen representerer. Saldoen på kassakredittkontoen er på -100, altså en fordring på 100. Et annet lån er også på 100. Ved å trekke lånet på kassakredittkontoen vil lånet forsvinne, mens kassakredittfordringen øker til 200. Med andre ord er bankens utestående samlet sett det samme etter manøveren. Forskjellen er at taket på kassakreditten kommer nærmere – kreditten strupes.

6.15.1 Motregningsargumentet

Banken argumenterer med at dette likner motregning, og motregning kan ikke omstøtes jfr § 5-6(2) hvis motregning ikke er utelukket under konkurs etter § 8-1(2).¹¹⁴

Jeg er nok enig med Høyesterett i å avvise dette argumentet fordi ombyggingen neppe kan sammenliknes med motregning. Det krever at banken motregnet i en fordring bedriften

¹¹³ Dommen s1141.

¹¹⁴ Nærmere om omstøtelse av motregning Andenæs s259 flg.

hadde mot banken. Kontoen måtte i så fall vært positiv. I denne retning uttrykker også Høyesterett seg.

En kan likevel spørre om ikke tilgjengelig kreditt på en kassakredittkonto, også hvis den er negativ, kan representere en fordring mot banken. Sml her med et innvilget lån, men som ikke er utbetalt i påvente av beskjed fra kunden. Er dette et krav mot banken også før det utbetales?

Tilgjengelig kreditt på en negativ kassakredittkonto er trolig i utgangspunktet et krav på penger for bankkunden.¹¹⁵ I vår sammenheng mener jeg likevel dette ikke blir et fruktbart perspektiv.¹¹⁶ Eks: Kredittak er på -500, kontoen er nå på -300. Bankens har et annet lån på 100. Den trekkes på kontoen. Helt isolert kan en nå si det skjer en motregning i kundens krav på 200 med bankens krav på 100 slik at kunden nå bare har et krav på 100. Imidlertid mener jeg en må se det sammen med at bankens kassakredittkrav nå er øket til 400. Dette vil jeg ikke kalle motregning fordi bankens krav ikke blir redusert.

Derimot sitter en igjen med at ombytingen er en reduksjon av kundens kreditt med 100.

Retten til å redusere kreditten ved å trekke på kontoen følger i vår sak av avtalen¹¹⁷ mellom bedriften og banken. Jeg kan innskyte at hadde en sett ombytingen som en motregning er Høyesteretts bemerkning ”motregning er ikke erklært” derfor neppe riktig.

¹¹⁵ Konkursboet har derimot ikke rett til å nyttiggjøre seg tilgjengelig kreditt på en kassakredittkonto jfr § 7-3(2)1.pkt jfr uttrykkelig eksempel om dette i NOU 1972:20 s313.

¹¹⁶ Og kan derfor gå under ”parallellel syns også av andre grunner mindre treffende.”

¹¹⁷ ”... [banken har] rett til å debitere kontoen for det kunden på annen måte er banken skyldig og som har forfalt til betaling.” jfr s1141.

6.15.2 Struping av kreditt

Høyesterett ser ut til å legge avgjørende vekt på at trekkene reduserte kreditten og dermed muligheten til å disponere midler som kunne komme de øvrige kreditorene til gode. Det vises til to dommer hvor Høyesterett gav uttrykk for at trekk på negativ kassakreditt *kunne* være til skade for kreditorene og derfor omstøtelig.

I Rt 1995.222 ”Direkte Reklame” blir kemnerens krav dekket ved trekk på bedriftens allerede negative kassakreditt. Høyesterett fant at trekkene kunne omstøtes fordi trekkene ”betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne” jfr § 5-5(1).¹¹⁸ Det legges vekt på ordlyden i bestemmelsen, og det uttales at det virker kunstig å se trekkene som et kreditorskifte som ikke innebærer tap. Anser at trekket innebar tap for kreditorfellesskapet. Uttaler at det riktige må være å likestille trekkene med betaling med likvide midler. Avslutter med at to personer i teorien, Huser og Myhre, sier omstøtelse *kan* skje i slike tilfeller.

I Rt 1995.259 ”Palonen”¹¹⁹ blir en forpliktelse til Henry Palonen oppfylt ved trekk på allerede negativ kassakreditt. Omstøtelse ble vurdert etter 5-9.¹²⁰

Høyesterett vurderte¹²¹ om innfrielsen av forpliktelsen ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning.” Begunstigelsen i forhold til de øvrige kreditorene (forskjellsbehandlingen) var klart oppfylt. Interessant i vår sammenheng var drøftelsen av om innfrielsen også skjedde ”på de øvriges bekostning” – hadde boet lidt tap?¹²²

¹¹⁸ Dommen s227.

¹¹⁹ Også kalt ”Troms Kjøtt”.

¹²⁰ Se kapittel om § 5-9 nedenfor.

¹²¹ Dommen s266-267.

¹²² Jfr kapittel om § 5-9 nedenfor.

Dommen gir en fin oversikt over rettskilder om dette mye diskuterte emnet, og drøftelsen fremtrer som grundigere enn i ”Direkte Reklame”. Viser til at teorien¹²³ mener det vanligvis er grunnlag for omstøtelse i slike tilfeller. Etter en konkret vurdering finner Høyesterett at trekket har skjedd på kreditorenes bekostning. Begrunnelsen likner den i ”Direkte Reklame”, som det også henvises til. Uttales at begunstigelsen skjer med midler som kunne kommet kreditorfellesskapet til gode, og at det må likestilles med betaling fra konti i pluss, som klart hadde blitt rammet.

Høyesterett vurderer også en anførsel om en unntaksregel fra teorien. Høyesterett viser til at Myhre¹²⁴ uttaler at det ”ikke er grunnlag for omstøtelse når betaling skjer ved overtrekk av kassekreditten og når banken ”har særskilt akseptert at debitor overtrekker nettopp for å innfri en annen kreditor””. Høyesterett går ikke nærmere inn på dette fordi den ikke finner at banken hadde akseptert innfrielsen.

Mindretallet på to finner videre at innfrielsen var utilbørlig, og at Palonen oppfylte de subjektive vilkår slik at innfrielsen skal omstøtes. Flertallet finner ikke disposisjonen utilbørlig, og sier dermed nei til omstøtelse. Dette har mindre å si for drøftelsen i vår sammenheng.

6.15.3 Dekningsloven § 5-9¹²⁵

Omstøtelse vurderes i første rekke etter denne bestemmelsen. Jeg vil derfor si litt om bestemmelsen før jeg kommer med min egen vurdering av Høyesteretts resonnement om ombytting av gjeld og struping av kreditt.

Disposisjoner som kan omstøtes etter § 5-9 må gå inn under et av tre vilkår som alle må være utilbørlige, og skyldnerens økonomi må ha vært svak eller blitt alvorlig svekket ved

¹²³ Huser, Myhre og Andenæs.

¹²⁴ Reidar Myhre, TfR 1992 s84 flg, jfr s125.

¹²⁵ Nærmere Andenæs s278 flg Viser også til kap 4.3.3. ovenfor.

disposisjonen. Dette er bestemmelsens objektive side. Dernest må mottakeren kjenne til eller burde kjenne til skyldnerens svake økonomi og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dette er bestemmelsens subjektive side.

Vilkår 1 om at disposisjonen(e) ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning” står i fokus i vår sak. I dette og de to andre alternative vilkårene ligger et krav om at boet/kreditorfellesskapet har lidd tap ved disposisjonen.¹²⁶ Dette er et viktig reelt hensyn i tråd med formålet med omstøtelse jfr NOU 1972:20 s281: Formålet er å ”beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner...”.

Tapskravet kommer også til uttrykk ved at omstøtelse etter § 5-9 innebærer at mottakeren må erstatte boets tap pga disposisjonen jfr § 5-12(1).

Det må skilles mellom tap ved boforringende disposisjoner og tap ved forfordeling.

Boforringende disposisjoner forringer skyldnerens soliditet/formuesstilling, dvs nettoverdien ved summen av aktiva og passiva som er relevante for boet (f eks er beslagsfrie midler etter § 2-3 irrelevant). Eks: Gaver. Økning av gjeld.

I vår sammenheng er det disposisjoner som forfordeler enkelte kreditorer i forhold til resten av kreditorfellesskapet som er av interesse jfr alternativ 1 etter § 5-9. Eks1: Skyldnerens eneste aktiva, 100 i kontanter, betales til en av tre kreditorer som hver har krav på 100. Forfordelingen sies å påføre kreditorfellesskapet (de to tomhendte) et tap på 100 minus mottakerens krav på dividende. Her blir tapet på 66.666. Eks 2: samme, men hus i stedet for kontanter. Huset pantsettes til en av de tre. Pant for eldre gjeld. Samme resultat.

Forfordeling påvirker ikke soliditeten, men fordeling av skyldnerens midler. Likviditeten reduseres.

¹²⁶ Jfr eksempelvis Myhre s87.

Hvorvidt det generelt gjelder et krav om tap etter de objektive omstøtelsesreglene er diskutert særlig av Kristian Huser og Reidar Myhre.¹²⁷ De antar dette ikke er tilfellet.¹²⁸ Likevel kan en konkret vurdering av bestemmelse og situasjon lede til et slikt vilkår.¹²⁹ For eksempel rammes ombytting av pant uten bedring av sikkerheten av ordlyden i § 5-7 om pant for eldre gjeld. Et vilkår om tap støtter at dette likevel ikke kan omstøtes, noe som er sikker rett.¹³⁰ Vilkår om tap kan etter omstendighetene også innfortolkes i berikelsesregelen etter § 5-11.¹³¹ For øvrig kommer spørsmålet om tapsvilkår sjelden på spissen fordi retten normalt finner at boet har lidt tap ved disposisjonen.¹³² I de tilfellene det kommer på spissen kan en si reelle hensyn står mot ordlyden i bestemmelsene. Ordlyden støttes imidlertid av at reglene skal være kategoriske av hensyn til en enklere behandling.

Erstatning etter §§ 5-9 jfr 5-12 har mange likhetstrekk med alminnelig erstatningsrett. 5-9 hindrer ikke at kreditorene krever erstatning etter alminnelig erstatningsrett.¹³³

Et problem ved tapsvurderingen dukker opp i forbindelse med utmåling og hvorvidt det i det hele tatt er et tap. En skal som i erstatningsretten tenke den skadegjørende handling bort. Men hvilket alternativt handlingsforløp skal en her sammenlikne med?

6.15.4 Min vurdering

Jeg stiller meg kritisk til Høyesteretts vurdering i KM, i hvert fall uttrykksmåten. Særlig fordi Høyesteretts avvisning av anførselen om ombytting av gjeld fremstår som kun en

¹²⁷ Jfr Huser bind 3 s124-126, 322-328 og 547-552 henvisning fra NOU 1993:16 s113. Husers litteratur har jeg ikke hatt tilgang på. Merk at Huser prosederte for KM. Jfr Reidar Myhre Tidsskrift for Rettsvitenskap s84-151 – artikkelen er om dette temaet.

¹²⁸ Huser s124 og Myhre s146.

¹²⁹ Myhre s146.

¹³⁰ Myhre s126 jfr Rt 1899.817. Sml Rt 1999.64 “Teamcon” nederst s68.

¹³¹ Myhre s96 flg. Som nevnt i kap 4.3.3.: Betaling til kreditor med pantesikkerhet (eller annen separatistrett) frigjør samtidig pantet for kreditorfellesskapet og de lider ikke tap. Ved sekundærpantsettelse vil opprykk kunne innebære berikelse for den som rykker opp og tap for boet, se s101-102.

¹³² Se nærmere om tapsvilkåret NOU 1993:16 s112-114 og s122-123. Utvalget foreslo lovfesting av et generelt tapsvilkår, men departementet var uenig jfr Ot.prp.nr 26 (98-99) del 5 kap 6 og forslaget falt bort.

¹³³ Jfr Andenæs s278 med videre henvisning.

kortfattet henvisning til de to dommene. Riktignok er en likhet at også i KM-saken gjorde trekkene rent faktisk at bedriften mistet tilgang på kreditt som *kunne* kommet andre kreditorer til gode. En mer konkret vurdering hadde imidlertid vist viktige forskjeller.

Begge dommene gjelder ombytting av gjeld hos to ulike¹³⁴ kreditorer uavhengig av hverandre, mens KM gjelder ombytting av gjeld hos samme kreditor. I kreditorskifte-tilfellene tar bedriften/skyldneren et valg og bruker tilgjengelig kreditt til å betale en annen kreditor. Høyesterett likestiller dette med betaling med midler på skyldnerens hånd, slik jeg ser det ut fra tanken om at når skyldneren velger å bruke kreditten har han gjort midlene til sine egne. Dvs som om han tok ut pengene og hadde de hos seg for så å betale kreditoren.

Som påpekt av Falkanger er det ikke gitt at skyldneren hadde tatt ut kreditten slik at midlene kunne kommet fellesskapet til gode hvis en tenker seg kreditorskiftet bort. Imidlertid kan jeg forstå Høyesteretts tankegang når først skyldneren har tatt et valg og brukt kreditten som egne midler.

Myhre oppstiller unntak for når midlene heller kan sees som tredjemanns: Kreditten skyldneren bruker til å betale en annen kreditor er gitt under den forutsetning at den skal brukes kun til dette. Midlene fremstår her ikke som skyldnerens egne og han får en rolle som betalingsformidler. Disse kan da ikke omstøtes, ut fra tanken om at det ikke er skyldnerens midler jfr dl § 2-2 (Les: De er beheftet med plikt til kun å gå til en annen kreditor omtrent som midler kan være beheftet med panterett som innebærer at de er forbeholdt andre enn skyldneren og boet). Derfor innebærer en slik betaling heller ikke tap i form av forfordeling: Dette er ikke midler som kunne kommet skyldneren og kreditorfellesskapet til gode. Kredittytters rett/heftelse i midlene kan likevel gå tapt etter tilsvarende tankegang som for vindikasjon av penger: De blandes sammen med skyldnerens penger på en slik måte at de nå i stedet kun er skyldnerens penger. Brukes de nå til å betale

¹³⁴ Falkanger s580 ser Palonen som en flytting av bankens krav fra en konto til en annen i samme bank. Dette tror jeg er feil siden det var to ulike banker, og dermed gjelder også Palonen et kreditorskifte som Direkte Reklame.

kreditoren som var tiltenkt pengene er dette en vanlig betaling med skyldnerens midler som kan omstøtes.

Omstøtelse i kreditorskifte-tilfellene innebærer at midlene kommer tilbake til boet til fordeling blant alle kreditorene. Rent faktisk kan en hevde dette tross alt innebærer en viss rettferdighet for banken.

I KM fremtrer derimot den interne omposteringen som en måte å begrense kreditten på. Jeg mener det er mest riktig å se dette som en del av et større arrangement mellom banken og KM, hvor kreditten også ble begrenset i henhold til nedreguleringsavtalen. Jeg ser liten grunn til her å skille mellom de to måtene å begrense kreditten på. Med i arrangementet er også kontrollen banken hadde over KMs inntekter ved at kundefordringer skulle gå rett til betaling på kassakredittkontoen.

Etter min mening må en foreta en helhetsvurdering¹³⁵ av om dette var et arrangement som på en utilbørlig måte begünstiget banken på de øvrige kreditorens bekostning jfr § 5-9.

Generelt antar jeg at begrensning og stansning av kreditt fra en som har rett til det innebærer en større eller mindre sannsynlighet for tap for øvrige kreditorer, men det er vanskelig isolert sett å karakterisere slike handlinger som utilbørlige. I KM er dette ikke avgjørende når en ser hele arrangementet under ett.

Ved vurderingen må en se hen til handlingsalternativene som forelå.

Handlingsalternativene for banken var på den ene side å ikke gi tilleggs-kreditt overhodet, da slik at KM trolig hadde gått konkurs før høysesongen hvor det var mulig å tjene penger. Videre satsning ble ikke anført som utilbørlig og omstøtelig etter § 5-9.¹³⁶

¹³⁵ Jfr særlig klart mindretallet på s1148. For øvrig kan en vel begrunne dette i ordlydens generelle form og at det er rimelig og praktisk – reelle hensyn. Forarbeidene ser ikke ut til å nevne helhetsvurderingen, ei heller Andenæs.

I stedet valgte bank og bedrift å satse på tilleggskreditt med den kortvarighet som fulgte av arrangementet: Dels skulle kreditten innskrenkes i henhold til nedreguleringsplan, dels ved at andre lån kunne og ville bli trukket fra kreditten ved forfall. Alternativt kunne en valgt enten et strammere eller et lempeligere kredittarrangement. Underveis hadde banken også den mulighet å stoppe kreditten fullstendig ettersom KM stadig befant seg i en misligholdssituasjon.¹³⁷ For inntjeningens del kunne en valgt en tilflyting direkte til KM ved å ikke ha noen plikt å betale til kassakredittkontoen, noe som trolig ville økt muligheten for at flere midler hadde tilflytt andre kreditorer enn banken.

Forutsetter en rett til full stans av kreditten pga mislighold, fremstår gradvise trekk på kontoen i henhold til avtalen når låneavdragene forfalt, som mindre dramatisk og dermed mer kreditorvennlig. Heller ikke dette får betydning for helhetsvurderingen av arrangementets utilbørlighet, det angir kun et handlingsalternativ for banken. Et valg om sperring av kreditt på sensommeren ville vært mer kreditorfiendtlig og ville også undergått omstøtelsesvurdering.

En kan her sammenlikne med Rt 1996.1647 "Bruvik". En overføring av et leieforhold fra "driftsselskap" til "eiendomsselskap" med like eierinteresser ble vurdert omstøtt etter § 5-2 om gaver. Driftsselskapet leiet eiendom av eiendomsselskapet. Driftsselskapet investerte betydelige summer i eiendommen og fremleiet dette med god fortjeneste (dvs fremleien var i stor grad avkastning av investeringen). Noen tid etter investeringen og fremleien ble hele leieforholdet overført til eiendomsselskapet. Sentralt i vurderingen om både hvorvidt boet til driftsselskapet hadde lidt tap og om dette i det hele tatt var en gave, var eiendomsselskapets handlingsalternativ. Det var på det rene at de kunne gjort noe mer drastisk, nemlig hevet hele leieforholdet pga mislighold. Eiendomsselskapet ville da fått hånd om fremleiegevinsten og

¹³⁶ Nederst s1145.

¹³⁷ Forbehold må tas hvis en rimelig forståelse av avtaleforholdet er at avtalen om tilleggskreditt innebar en begrensning av bankens mulighet til å stanse kreditten på annen måte enn etter nedregulerings- og trekkavtalen. Kreditten ble ytet med visshet om KMs vanskelige økonomiske situasjon, og en rimelig tolkning kan da være at kreditten ikke kan trekkes tilbake uten videre.

investeringene i eiendommen. Mindretallet på to la avgjørende vekt på muligheten til å kunne heve og fant derfor at overføringen ikke var en gave (ei heller betaling etter § 5-5).

Viktigst i vår sammenheng er en tilleggsbemerkning mindretallet nevner på nederst på s1656: ”Det jeg oppfatter som den reelle grunn til at boet vil ha disposisjonen omstøtt, er at eiendomsselskapet, og ikke de øvrige kreditorer, har fått nyttiggjøre seg investeringene og verdien av fremleiekontrakten... Skulle det vært grunnlag for å reagere på at eiendomsselskapet fikk nyttiggjøre seg påkostningene, og derved verdien av fremleieforholdet, måtte det ha vært fordi eiendomsselskapet hadde optrådt illojalt eller på annen måte utnyttet situasjonen da driftsselskapet foretok påkostningene.” Dommeren fant ikke grunn til å spekulere i dette fordi det ikke var prosedert på dette, men kommer med et hint om at dette nok burde skjedd.

Med andre ord er en hevingsrett, I KM en rett til å stoppe kreditt, ikke avgjørende hvis nettopp dette også kunne vært vurdert omstøtelig – typisk etter § 5-9. Det er nettopp innsnevringen av kreditten – selv om banken har rett til dette – som bør vurderes som et avgjørende ledd i en mulig utilbørlig disposisjon (her flere disposisjoner – et arrangement).

Dette koker ned til at banken hadde valgmuligheter for hvor mye av inntjeningen i løpet av sommeren som kunne tilflytet de øvrige kreditorene.

Den grad av tilflyting til banken kontra andre kreditorer som ble valgt gjennom arrangementet, må sammenliknes med en tenkt akseptabel/tilbørlig grad av tilflyting.¹³⁸ Gikk for mye av inntjeningen om sommeren til banken på de øvriges bekostning? I utilbørlig ligger det at avviket til den akseptable handling (normen) er markant.¹³⁹

¹³⁸ Jfr førstevoterende på slutten av s1144. Jfr Ot.prp.nr 50 (1980-1981) s170-171 som igjen viser til konkurslovutvalget NOU1972:20 s297. Forarbeidene viser at det er snakk om en rettslig standard om hva som til enhver tid anses som akseptabel adferd i kredittforhold. Utilbørlig er et sterkt uttrykk som brukes om ”klart kritikkverdige” disposisjoner jfr forarbeidene samme sted.

¹³⁹ Jfr noten over.

Hittil er det kun snakk om § 5-9s objektive side. Bestemmelsen tar ikke hensyn til om det var banken eller skyldneren som kan sies å stå bak arrangementet; den retter seg mot disposisjonen som sådan. Det spiller heller ingen rolle hvem som burde visst hva.¹⁴⁰ Spørsmålet er om arrangementet objektivt sett er utilbørlig/kritikkverdigg.¹⁴¹

Svarer en ja på at arrangementet objektivt sett er en utilbørlig forfordeling, blir neste spørsmål om mottakeren av forfordelingen, banken, burde kjent til de forhold som gjorde arrangementet utilbørlig (i dette ligger naturlig at banken også burde visst om skyldnerens svake økonomi).

Oppsummert mener jeg ombyttingsargumentet er et blindspor. Realiteten er at dette er en del av den nedregulering av kreditt som var avtalt. Nedregulering av kreditten er igjen en del av hele det arrangement banken hadde med bedriften hvor det også inngår at banken har krav på å få kundefordringer innbetalt. Realiteten i arrangementet som helhet er at banken (og bedriften) styrer hvor mye av KMs midler som blir gjort tilgjengelig for de øvrige kreditorer. Spørsmålet for den objektive siden av omstøtelsen er om nok midler tilfløt kreditorene sammenliknet med et tenkt akseptabelt nivå. Svarer en nei blir neste spørsmål om banken burde skjønt at kreditorene ikke fikk nok midler. Svarer en ja vil tapet være avviket mellom de midler som faktisk tilfløt kreditorene sammenliknet med et akseptabelt nivå. Det blir naturligvis en konkret skjønnsmessig vurdering.

6.16 Omstøtelsesvurderingen etter § 5-9

Her skal jeg nøye meg med noen bemerkninger. Jeg kan si med en gang at jeg har mer sans for mindretallets analyse av situasjonen. Den fremtrer som grundigere og som en klar helhetsvurdering. Den får fram det mest essensielle: Samlet nedbetaling til banken kontra andre kreditorer, da særlig i forhold til staten som mva-kreditor. Del av denne tilflytningen skjer også gjennom høy rente og økning i bankens sikkerhet i fordringer (en stor del av

¹⁴⁰ Om konkurs fremsto som nært forestående er likevel et viktig moment.

¹⁴¹ Jfr note 139.

fordringene som var utestående på konkurstidspunktet er del av factoringpantet jfr konkurs som tiltredelse).

Jeg er enig med begge fraksjoner at et viktig moment er at bankens tilleggs kreditt var en forutsetning for drift gjennom høysesongen. I forlengelsen av dette kunne en si at kreditorer som bidrar til fortsatt drift bør kunne få større dekning enn kreditorer som ikke bidrar. Her kommer etter min mening essensen som indirekte ligger særlig i mindretallets vurdering: Også andre kreditorer bidro stort til forlenget drift og burde følgelig ikke stilles vesentlig dårligere enn banken. Særlig staten som mva-kreditor bidro sterkt i form av kreditt på moms på $\frac{1}{4}$ av omsetningen og jeg er enig med mindretallet at det ikke kan spille noen rolle at mye av dette forfalt på sensommeren: Dette er åpenbart forutseelig når omsetningen har vært stor – under den subjektive vurderingen.

Samtidig er det som særlig mindretallet fremhever tidlig klart at konkurs er meget sannsynlig, noe som påvirker hvilken fordeling av inntjening som er forsvarlig: Ensidighet blir nå fort utilbørlig.

Arrangementet som ble valgt ved at midlene gikk til nedbetaling hos banken samtidig som få av disse midlene ble gjort tilgjengelig ved et stramt kredittprogram, gjorde at høysesongens inntjening i betydelig grad gikk til banken på de øvriges bekostning. Bankens situasjon ble kraftig bedret på flere måter, mens øvrige kreditorer trolig fikk sin situasjon klart forverret. Forlenget drift skjedde på de andre kreditorenes bekostning. Disse ville slik det ser ut vært bedre tjent med en tidligere konkurs.

Isolert sett er jeg enig med flertallet at det taler mot utilbørlighet at leverandørgjeld og mva-krav fra forrige år ble betalt før sommersesongen med tilleggs kreditten. Dette er eksempler på at sommeravkastningen reelt også tilfalt øvrige kreditorer. Beløpet ser imidlertid ut til å være svært lite i forhold til økte krav i løpet av sommeren.

Skjevfordelingen av midler er så stor at dette er en klart utilbørlig forfordeling. Beløp er det ikke grunn til å gå inn på, men jeg er klart mer enig med mindretallet enn flertallet.

Om banken burde kjent til forholdene som er utilbørlige, dvs den solide forfordelingen, så er jeg enig med mindretallets vurderinger. Banken hadde full oversikt.

Et mindre offensivt program, som kunne vært utformet på mange måter, ville redusert forfordelingen og dermed omstøtelseskravet.

Vurderinger i forhold til objektive regler som § 5-5 går jeg ikke inn på. Men jeg kan nevne at en helhetsvurdering, som her virker som det mest riktige, er vanskeligere å gjennomføre etter de objektive regler hvor en blir mer bundet av ordlyden.

6.16.1 Omstøtelse og factoringpant

Som nevnt tidligere vil pantesikrede midler normalt ikke kunne omstøtes forutsatt rettsvern og at de ikke er pant for eldre gjeld. Ut fra helhetstankegangen hvor en ser på hele arrangementet etter § 5-9 kan likevel også pantesikrede midler rammes. En ser det i mindretallets votum hvor det legges vekt på bedret sikkerhet i form av en økt fordringsmasse på konkurstidspunktet. Panteobjektet, fordringsmassen, er reelt i stor grad finansiert med kreditt fra øvrige kreditorer i tillegg til bankens kreditt. *En slipper ikke her unna selv om de er pantesikret. Dette ville neppe blitt annerledes om en forutsetter at banken hadde tiltrådt factoringpantet en tid før konkursen.*

¹⁴²Reell økning av panteobjektets verdi etter at gjelden er stiftet kan også rammes av § 5-7. Imidlertid er pant i tingsinnbegrep unntatt; panteobjektet er formuesmassen slik den er til enhver tid. ”En planmessig oppbygging” av tingsinnbegrepet kan derimot rammes av § 5-9, da typisk i en helhetsvurdering som den ovenfor.

¹⁴² Jfr Andenæs s270-271 som henter dette fra forarbeidene.

6.16.2 Særlig om § 5-5 siste ledd¹⁴³

Lovgiver regnet med at 4-10-pant ville rammes av § 5-7 for de fremtidige fordringene som dukker opp etter gjeldsstiftelsen: Disse fordringene kunne sees som pant for eldre gjeld.¹⁴⁴ 4-10-pant følger derfor likevel ikke de øvrige tingsinnbegrepspant forhold til § 5-7.¹⁴⁵ § 5-7 er strengere enn § 5-5 slik at en førte dette inn under § 5-5(4) i stedet. Det var klart lovgiver hadde tradisjonell factoring for øyet, men hva med factoringunderpant? Igjen ser vi problemer som dukker opp ved regulering av to så ulike institusjoner som factoringpant og tradisjonell factoring jfr kap 4.4. Deler av teorien¹⁴⁶ mente de ikke tenkte på det siste slik at dette må følge § 5-7 som de øvrige tingsinnbegrepspant. Ettersom tingsinnbegrepspant i prinsippet er like er dette rimelig. I motsatt retning trekker ordlyden i § 5-5 siste som ikke nyanserer. Jeg går ikke inn på hva som er riktig, men bemerker at dersom factoringunderpantet går under § 5-5 siste kan de innvendinger som kan gjøres under § 5-9-vurderingen muligens fanges opp av enten ”usedvanlig betalingsmiddel” eller ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Motsatt vil for eksempel et ”kurant” tradisjonelt factoringforhold eller et ”normalt/ikke utilbørlig” factoringunderpant som er tiltrådt som regel bestå vurderingen som må gjøres i første ledd.

Forvirrende om § 5-5 siste ledd? Ja!

¹⁴³ Se Andenæs s243-245 med videre henvisninger.

¹⁴⁴ Jfr Andenæs s243 med videre henvisninger.

¹⁴⁵ § 5-9 vurderingen kan likefullt brukes.

¹⁴⁶ Jfr Brækhus i voldgiftsdom Rg 1990.299 – En kan trekke parallellen til Eltema-spørsmålet: Mente lovgiver å innføre factoringunderpant? Jfr Huser ut fra henvisning i Andenæs s244. Motsatt Andenæs s244. Brækhus mener at i hvert fall et ikke tiltrådt factoringpant må vurderes etter § 5-7.

7 Litteraturliste, forkortelser

Andenæs: *Mads Henry Andenæs*, "Konkurs". 2. utgave, 1999.

Andreassen: *Jens Edvin Andreassen [Skoghøy]*, "Factoringpant." 1990.

Brækhus: *Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg*, "Omsetning og kreditt 2" 3. utgave, 2005.

Brækhus 3 og 4: *Sjur Brækhus*, "Omsetning og kreditt 3 og 4." 1998.

Falkanger: *Thor Falkanger*, "Kjells Markiser: En høyesterettsdom om kassekreditt, pant og omstøtelse – Rt. 2001 s.1136" I: *Lov og Rett*. 2002, s564 flg.

Falkanger Panterett: *Thor Falkanger*, "Introduksjon til panteretten", 2004.

Myhre: *Reidar Myhre*, "Må boet lidet tap for å kunne omstøte etter de objektive ømstøtelsesregler?". I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1992, s84 flg.

Nye Skoghøy: *Jens Edvin A. Skoghøy*, "Panterett". 2004.

Opsahl: *Torkel Opsahl*, "Vindikasjon av penger". I: *Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1953, 267 flg.

Røsæg: *Erik Røsæg*, "Lov om finansiell sikkerhetsstillelse". I: *Nytt i Privatretten*. 2001 nr 4, s8-9.

Røsæg 2: *Erik Røsæg*, "Fordringspant og omstøtelse. [om KM]". I: *Nytt i Privatretten*. 2001 nr 4, s10-11.

Skoghøy: *Jens Edvin A. Skoghøy*, "Panteloven, kommentarer til lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant og en artikkel om tilbakeholdsrett." 2. utgave, 2003.

8 Lover

Lov om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer 31. mai nr 4 1918

Lov om tinglysing 7. juni nr 2 1935

Lov om gjeldsbrev 17. februar nr 1 1939

Lov om hendelege eidegdomshøve 10. april 1969 nr 17

Lov om godtroerverv av løsøre 2. juni 1978 nr 37

Lov om pant 8. februar 1980 nr 2
Lov om gjeldsforhandling og konkurs 8. juni 1984 nr 58
Lov om fordringshavernes dekningsrett 8. juni 1984 nr 59
Lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring 26. juni 1992 nr 86
Lov om finansiell sikkerhetsstillelse 26. mars 2004 nr 17

9 Forarbeider

Innst.O.nr 19 (1979-1980)
NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen mv.
NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.
Ot.prp.nr 39 (1977-1978) Om pantelov.
Ot.prp.nr 63 (1978-1979) Om lov om endringer i lov 7 juni 1935 nr 2 om tinglysing...
Ot.prp.nr 50 (1980-1981) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs mv.
Ot.prp.nr 39 (1982-1983) Om A) lov om gjeldsforhandling og konkurs mv.
Ot.prp.nr 53 (1990-1991) Om visse tiltak mot økonomisk kriminalitet.
Rådsegn 8 Om pant frå Sivillovbokutvalet. juni 1970.

10 Domsregister

Rt 1899.817
Rt 1987.35 Eltema
Rt 1989.1209 Karmøy Montering
Rt 1992.1650 Thor Henriksen
Rt 1995.222 Direkte Reklame
Rt 1995.259 Palonen/Troms Kjøtt
Rt 1996.1647 Bruvik
Rt 1999.64 Teamcon

Rt 2001.1136 Kjells Markiser