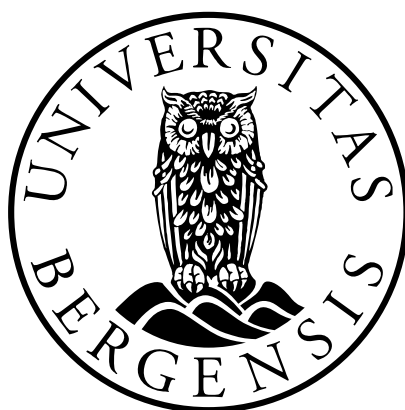


Omstøyting av pant i enkle pengekrav

Kandidatnummer: 185390

Vegleiar: Marianne R. Aagaard

Antall ord: 11859



JUS399 Masteroppgåve/JUS398 Masteroppgåve
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02.06.2013

Innholdsliste

Innholdsliste	1
1 Innleiing	3
1.1 Temaet for oppgåva.....	3
1.2 Utgangspunkt og avgrensingar.....	4
1.3 Struktur.....	4
2 Pant og sikringscesjon av enkle pengekrav	6
2.1 Innleiing	6
2.2 Historisk utvikling.....	6
2.3 Krav som kan pantsettast etter pantel. § 4-10	7
2.3.1 “enkle pengekrav”	8
2.3.2 Råderett	9
3 Dei objektive omstøyttingsføresegnene	11
3.1 Innleiing	11
3.2 Dekningslova § 5-5	11
3.3 Dekningslova § 5-7	13
3.4 Tidspunkt for når panteretten og gjelda er stifta i forbinding med omstøyttingsfristen. 14	
4 Plassering av pant i enkle pengekrav i dekl. § 5-5 eller § 5-7.....	17
4.1 Innleiing	17
4.2 Avtalar om pant som er omfatta av dekl. § 5-5 (4)	18
4.2.1 Alternativet ”overdragelse i sikringsøyemed”	18
4.2.2 Alternativet “pantsettelse”.....	20
4.3 Manglande råderett over pantet som argument for ei innskrenkande tolking av dekl. § 5-5 (4).....	21
4.3.1 Innleiing	21
4.3.2 Vektlegging av manglande råderett i rettspraksis	22
4.3.3 Oppsummering råderettsspørsmålet.....	26
4.4 Samla underpantsetting av enkle pengekrav – tingsinnbegrep	26
4.4.1 Innleiing	26
4.4.2 Skal dekl. § 5-5 (4) tolkast innskrenkande for factoringavtalar som I realiteten er pant i tingsinnbegrep?	28

4.4.3	Motiva til pantelova sin relevans som kjelde for ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4)	29
4.4.4	Var den vide tilgangen til å underpantsette enkle fordringar som eit tingsinnbegrep skjult eller synleg for lovgjevar under utarbeidinga av deknl. § 5-5 (4) .	30
4.4.5	Oppsummering	33
5	Samanfatning av argumenta for og i mot ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4) – konklusjon	35
6	Tankar om rettstilstanden – de lege ferenda.....	37
	Litteraturliste	38

1 Innleiing

1.1 Temaet for oppgåva¹

Temaet for oppgåva er omstøyting av pantsetting eller avhending med eit tryggingsføremål av enkle pengekrav etter panteloven §§ 4-4 og 4-10. Fokuset vil hovudsakleg rette seg mot omstøyting etter dekningslova §§ 5-5 og 5-7. Problemstillinga er om all pantsetting av enkle pengekrav i ein omstøytingsamanheng skal subsumerast under dekningslova § 5-5, eller om det er grunnlag for å tolke § 5-5 (4) innskrenkande for avtalar om samla underpantsetting av ein næringsdrivandes uteståande fordringsmasse, slik at desse tilfella blir subsumert under deknl. § 5-7.

Begge føresegnene er objektive omstøytingsreglar. Føresegna i § 5-5 er hovudregelen om omstøyting av ekstraordinær betaling, og § 5-7 regulerer omstøyting av pantsetting og annan trygdgiving. Til forskjell frå § 5-7 inneheld § 5-5 ein ordinærreservasjon. Konsekvensen av dette er at disposisjonar som automatisk vil bli omstøytt etter § 5-7, kan stå seg mot omstøyting dersom dei blir vurdert etter § 5-5.

"Problemet" oppstår fordi § 5-5 (4) stadfestar at "pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer" også skal bli sett på som "betaling". Dette problemet krystalliserer seg når ein i eit omstøytingsperspektiv samanliknar enkelte pantedisposisjonar inngått med heimel i pantel. § 4-10, med andre typar pantedisposisjonar. Deknl. § 5-5 (4) skapar i enkelte høve ein situasjon som harmonerer dårleg med det som elles er systemet i dekningslova.

Denne disharmonien knyt seg hovudsakleg til samla underpantsetting av ei fordringsmasse som ikkje bærer preg av å vere ein tradisjonell factoringordning. Det har i teorien blitt hevda at deknl. § 5-5 (4) må tolkast innskrenkande når det kjem til rein underpantsetting av ei samla fordringsmasse, utanfor det tradisjonelle factoringinstituttet.² Som grunngeving for ei innskrenkande tolking er det hovudsakleg reelle omsyn som har blitt fremja. Dette til tross for at ordlyden er klar, og dessutan inngåande drøfta i førearbeida. Det føreligg lite rettspraksis som tek opp problematikken.

¹ Problemstillinga er i stor grad inspirert av Nicolai Vogt Skjerdal sin artikkel: Omstøtelsesgrunnlag for pant i enkle pengekrav – Betaling eller sikkerhetsstillelse.

² Sjå til dømes Andreassen, Factoringpant s. 423-442

Oppgåva skal vere ei rettsdogmatisk framstilling av rettskjeldene, med mål om å klarlegge om det, de lege lata, er grunnlag for å tolke dekl. § 5-5 (4) innskrenkande til kunn å gjelde enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav og factoringpant i tradisjonell forstand.

Avslutningsvis vil rettstilstanden, de lege ferenda, kommentert.

1.2 Utgangspunkt og avgrensingar

For å kome til ein konklusjon på problemstillinga på ein trygg måte er det i framstillinga naudsynt å beskrive og drøfte både panterettslege- og konkursrettslege spørsmål.

Som kjent vil ein skuldnar sitt konkursbu etter dekl. § 2-2 ta beslag ”i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren” på beslagstidspunktet. Ein panterett er etter pantel. §1-1 ein ”særrett til å søke dekning for et krav”. Denne særretten til å søke dekning for eit krav vil stå seg mot ein konkurs med skuldnaren dersom han er gyldig og har rettsvern, med mindre disposisjonen kan omstøytast etter dekningslova sine reglar.

For at det i det heile skal oppstå eit spørsmål om omstøyting av ein panterett, så må panteretten vere gyldig stifta, og ha rettsvern. Spørsmål knytt til gyldigheita av ein panterett skal ikkje drøftast i denne framstillinga, og det blir satt som ein føresetnad at panteretten er gyldig. Det kan likevel kort nemnast at for at ein panterett skal vere gyldig må det vere inngått ein gyldig avtale mellom partane, og etter det panterettslege legalitetsprinsippet i pl. § 1-2 (2) må ein rettsgyldig panterett vere stifta med heimel i lov.³

På bakgrunn av rekkjevidda til denne oppgåva, vil spørsmål som oppstår i høve subjektiv omstøyting etter dekl. §5-9 av enkle pengekrav ikkje bli handsama. På same måte vil helder ikkje andre typar pant bli drøfta, men desse vil bli kommentert enkelte stadar for illustrere likskap og konsekvens i regelverket.

1.3 Struktur

³ Rettsvern er ein føresetnad for at spørsmålet om omstøyting skal oppstå. Utan rettsvern vil buet beslagleggje retten etter reglane om kreditorekstinksjon, jf. dekl. § 2-2. Undertiden vil rettsvernsakta, eller vernet av ei slik, vere ulik ut i frå om ein vurderar situasjonen frå ein kreditor eller ein godtruandes avtaleervarar sin ståstad. Då det kunn er konkursbu som kan omstøyte, er det i denne framstillinga utelukkande spørsmål om kreditorvern som er aktuelt.

I det fylgjande vil del 2 forklare kva pant og sikringscesjon av enkle pengekrav er, og kva krav som kan stillast som trygd etter pantelova sine føresegner. Pant i enkle pengekrav vil og bli satt i eit historisk perspektiv. Del 3 vil forklare korleis dei to objektive omstøyttingsføresegnene, deknl. §§ 5-5 og 5-7 er oppbygd, og korleis dei slår ut på avtalar om pant i enkle pengekrav. Hovuddelen av oppgåva er del 4, der det blir drøfta om ein i ein omstøyttingssamanheng skal plassere pant i enkle pengekrav under deknl. § 5-5 eller § 5-7. Det oppstår her fleire spørsmål i relasjon til om deknl. § 5-5 (4) må tolkast innskrenkande for enkelte typar pantsettingar etter pantel. § 4-10. Del 5 inneheld ei samanfating og konklusjon av spørsmåla som har blitt drøfta i relasjon til ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4). Avslutningsvis blir det i punkt 6 kort gjort nokre tankar om korleis regelverket burde vere oppbygd.

2 Pant og sikringscesjon av enkle pengekrav

2.1 Innleiing

Etter pantelova av 1980 er det muleg å avtale pant som tryggleik for eit underliggande krav i enkle pengekrav som nokon har eller kjem til å få mot ein skuldnar. Hovudregelen om dette finn vi i pantel. § 4-4. I føresegna sitt tredje ledd definerast enkle pengekrav som ”pengekrav” som ikkje er knytt til ”verdipapir, finansielle instrumenter registrert i et verdipapirregister eller innløsningspapir”.

I tillegg til ein enkeltvis pantsetting av pengekrav etter pantel. § 4-4, kan ein også pantsette enkle pengekrav samla etter pantel. § 4-10. Dei to måtane å pantsette enkle pengekrav differensierer med omsyn til korleis ein oppnår rettsvern for panteretten. Pantsetting av enkle pengekrav etter pantel. § 4-4 oppnår rettsvern ved notifikasjon til skuldnaren, det vil sei at enten pantsetter eller panthavar gir melding til debitor om at kravet er pantsatt, jf. pantel. § 4-5. Ved ein samla underpantsetting av den uteståande fordringsmassen etter pantel. § 4-10 oppnår ein rettsvern ved tinglysning på pantsettaren sitt blad i lausørregisteret. Når ordninga blei innført var det i internasjonal samanheng noko uvanleg, men i nyare tid ser ein at utviklinga har gått i retning av å tillate stadig vidare tilgang til pantsetting.⁴

For å nærare forstå bakgrunnen og føremålet med føresegnene om pant i enkle pengekrav kan det vere tenleg å kaste eit kort historisk blick på utviklinga til sikringscesjon og factoringpant instituttet. Ein grunnleggande forståing av utviklinga til factoringpantordninga vil vere vesentleg for å kunne drøfte spørsmåla om omstøyting av pant i enkle pengekrav.

2.2 Historisk utvikling

Factoring i sin tradisjonelle betyding er ikkje det same som ordninga med pant i uteståande fordringsmasse etter pantel. § 4-10. Den no lovfesta moglegheita som ein har etter § 4-10 har likevel sin bakgrunn i tradisjonell factoring.

⁴ Nærare diskusjon om dette i NOU-1993:16 s. 138-141

Factoring i tradisjonell samanheng peikar på praksisen der til dømes selskap A inngår ein avtale med eit factoringselskap B. Der A systematisk overføra sine fordringar til B, som står for arbeidet og administrasjon med å krevje betaling for A sine uteståande fordringar. Til gjengjeld yter factoringselskapet ein kreditt (typisk 80% av fordringsmassa) til A på førehand, og tek seg sjølv betalt ein prosentvis provisjon.⁵ Ei slik diskonteringsordning er svært praktisk for bedrifter som til ei kvar tid har store uteståande fordringsmasser. Dei slepp alt arbeid og administrasjon rundt innkassering, og dei får tildelt kreditt/kapital raskt. Factoringselskapet får pant for den kreditten dei har ytt i fordringsmassen til bedrifta.

Før pantelova av 1980 blei innført i Noreg var det ikkje mogleg å pantsette ei uteståande fordringsmasse med rettsvern mot pantsettaren sine kreditorar. Men det eksisterte likevel ein praksis med sikringscesjon, der ein i realiteten pantsette fordringsmassen. I denne praksisen blei fordringane overdratt frå cedenten (opphavleg kreditor for kravet - pantsettar i ein panteavtale) til cesjonaren (kredittytar - panthavar i panteavtale), og fordringa ville tene som tryggleik for det beløp cedenten hadde uteståande til cesjonaren. Rettsvern blei oppnådd notifikasjon til debitor cessus (debitor til pantsettar).

Ettersom rettspraksis legitimerte ordninga med sikringscesjon, var det naturleg for lovgjevar å få dette inn i meir ordna former ved ny pantelov. Pant i enkle pengekrav er ei viktig kjelde for bedrifter til å røyse kapital. Dette gjeld spesielt for små bedrifter som er i ei startfase, og har få eller ingen andre eigendelar som eignar seg for pant.⁶

Pantelova av 1980 stod for ei stor nyskaping ved i tillegg til å opne for enkeltvis pantsetting, også gav heimel til ein samla pantsetting av ein næringsdrivandes noverande og framtidige enkle pengekrav. Eit viktig punkt ved pantel. § 4-10 er at pantsettar kan behalde råderetten over dei pantsette fordringane. Dette er mogleggjort ved at § 4-10 (3) fastsett at § 4-6 (om råderett over pantsatt krav) gjeld tilsvarande. Punkt 2.3.2 nedanfor forklarar nærare kva krav som kan pantsettast etter § 4-10, og korleis ein oppnår kreditorvern for sikkerheita som blir etablert. Ei analyse av § 4-10 der innhaldet blir klarlagt er vesentleg for å kunne drøfte omstøytningsspørsmålet på ein forsvarleg måte.

2.3 Krav som kan pantsettast etter pantel. § 4-10

⁵ Andreassen, Factoringpant s. 3.

⁶ Sjå blant anna Innst.O.nr.19(1979-1980) s. 2-4

2.3.1 “enkle pengekrav”

Det som gjer at det er naturleg at avtalar om pantsetting av enkle pengekrav etter pantel. § 4-10, skal bli vurdert etter deknl. § 5-5 i ein omstøytingssamanheng, er for det første at objektet for pant i pantel. § 4-10 (1) er ”enkle pengekrav”. Som vi skal sjå i punkt 4.2 er objektet for omstøyting etter deknl. § 5-5 (4) avtalar om pant i ”enkle fordringer”. For at det i det heile tatt skal vere mogleg å omstøyte ein slik disposisjon er det naudsynt å klarleggje kva som er objektet for ein avtale om pant etter § 4-10, og at dette korrespondera med det deknl. § 5-5(4) gjeld for.

Ordlyden *enkle pengekrav* er nytta fleire stadar i både lovtekst, førearbeid, rettspraksis og teori. Når omgrepet blir nytta i lovtekst bør ein difor som rettsbrukar, med omsyn til konsekvens og samanheng i regelverket, kunne gå ut ifrå at innhaldet er likt. For pantelova sitt vedkomande er ”enkle pengekrav” definert i pantel. § 4-4, som ”pengekrav som ikke er knyttet til verdipapir, finansielle instrumenter registrert i et verdipapirregister eller innløsningspapir”. Pantel. § 4-4 er retta mot enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav. Legaldefinisjonen går altså ut på at det er eit krav på betaling av pengar.⁷ Ein må difor kunne gå ut frå at same definisjonen gjeld for enkle pengekrav som er pantsett etter § 4-10.

Rettspraksis avklarte tidleg innhaldet i ordlyden i §4-10 ”enkle pengekrav”. I Rt. 1987 s. 984 (Enok Hus-dommen) var det tvist mellom konkursbuet til Enok Hus og panthavar Lie. Tvisten dreia seg om lærlingtilskot og arealtilskot frå staten var omfatta av avtalen om factoringpant etter pantel. § 4-10. Det blei for konkursbuet si side gjort gjeldande at ordlyden ”enkle pengekrav” måtte tolkast innskrenkande til å kunn gjelde kundefordringar. Etter ein gjennomgang av forarbeida og høgsterett sitt votum i Rt. 1987 s. 35 (Eltema-dommen), var høgsterett klar på at ordlyden hadde vore gjenstand for langvarig og grundig lovførebuing, og at ein difor måtte vere forsiktig med å fråvike kva som fylgde naturleg av ordlyden. Ei innskrenkande tolking var difor ikkje aktuelt. Definisjonen i § 4-4 måtte gjelde tilsvarande for § 4-10. Høgsterett uttrykte at dersom ordlyden skulle ha eit anna innhald måtte dette vere ei oppgåve for lovgjevar.

⁷ Andreassen, Factoringpant s. 196

Fleire teoretikarar kritiserte løysinga i Enok Hus- og Eltema-dommen.⁸ Diskusjonen rundt ei innskrenkande tolking av ordlyden blei endeleg lagt død ved lovending i 1991. I Ot.prp.nr. 53 (1990-1991) vart det fremja forslag om å avgrense ordlyden, og det blei konkludert med at føresegna kunn skulle gjelde for regulære kundefordringar.⁹ Dette blei gjort ved å legge til ordlyden, enkle pengekrav på ”vederlag for varer eller tjenester”. Tillegget var ei vesentleg innskrenking av den forståinga høgsterett la til grunn i Eltema- og Enok Hus-dommen.¹⁰

Ordlyden ”enkle fordringar” i pantel. § 4-10 må etter dette ha same innhald som pantel. § 4-4 (3), men med dei avgrensingar at det kunn gjeld kundefordringar som pantsetteren får i si næringsverksemd.

2.3.2 Råderett

I tradisjonelle factoring-avtaler er det vanleg at panthavaren overtek kreditorposisjonen for dei pantsette fordringane. Dette inneberer at den opphavlege kreditor for kravet, pantsettaren, også blir fråteken råderetten over kravet. Pantsettaren kan ikkje krevje inn kravet frå debitor cessus, overdra eller på andre måtar rettsleg disponere over kravet. Det er dette som ligg i råderett over det pantsette krav. Pantelova sitt normalsystem for råderett over pantsette pengekrav føresett at råderetten over krava blir overført til panthavar.

Pantel. § 4-10 (3) fastsett at pantel. § 4-6 om «rådighet over pantsatt krav» gjeld tilsvarande. Føresegna i § 4-6 er utforma hovudsakleg for enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav. Den opnar for at det mellom panthavar og pantsettar kan avtalast at råderetten over det pantsette kravet kan bli verande hos pantsettaren. Dette inneberer at pantsettar kan inneha kreditorposisjonen for kravet, heilt til han mislegheld sin forpliking ovanfor panthavar. Når pantsettaren mislegheld sin forpliking, kan panthavar overta råderetten over det pantsette krav, og krevje desse inn direkte frå debitor cessus. Når ein overtek råderetten til pantet sei ein gjerne at ein tiltrer pantet.¹¹ For å tiltre eit pant i enkle fordringar, må ein notifisere/gje melding til debitor. Samanliknar ein til dømes med varelager- og driftstilbehøyrpant fylgjer det av pantel. § 3-7 (1) og § 3-13 (1) at pantsettar kan råde over pantet heilt til panthavar har

⁸ Sjå oppsummering av diskusjon i ot.prp.nr 53 (1990-1991) s. 20-21, og i Andreassen, factoringpant s. 135-136. Krüger og Brækhus var for ei innskrekngande tolking, mens Andreassen ikkje fann grunnlag for det.

⁹ Ot.prp.nr. 53 (1990-1991) s. 23.

¹⁰ Sjå Falkanger Lor-2002-564, s. 570.

¹¹ Skoghøy, Panterett 2. Utg. s. 258 jf. Thor Falkanger, ”kjells Markiser: En høyesterettsdom om kassakreditt, pant og omstøtelse – Rt. 2001 s. 1136”. s. 571.

”tatt skritt til å inndrive pantekravet ved varsel om tvangsdekning etter tvangsfullbyrdelsesloven” jf. § 3-7 (2) og § 3-13 (2).

Når det i pantel. § 4-10 (3) blir fastsett at § 4-6 skal gjelde tilsvarande for ein samla pantsetting av ein næringsdrivandes enkle pengekrav, så utgjør det ein heimel for ei samla underpantsetting av fordringsmassa. Moglegheita til ein samla underpantsetting, *en bloc*, blei og stadfesta av høgsterett i Rt. 1987 s. 35 (Eltema-dommen). Det kan nemnast at ordninga med *en bloc* underpantsetting har vore kritisert i teorien. Konkurslovutvalet foreslo i 1993 å fjerne denne moglegheita, men forslaget fekk ikkje støtte i odelstingproposisjonen.¹²

Som vi skal sjå seinare er det muligheita til ei rein underpantsetting av enkle pengekrav, utanom ei avtalt diskonteringsordning, som i relasjon til omstøyting, slik eg ser det, skapar ein disharmoni i omstøytingføresegnene. Hovudsakleg oppstår denne disharmonien som eit resultat av at når pantavar ikkje overtek kreditorbeføyinga over dei pantsatte krava, så er likskapen til betaling fjern. Det kan då vere vanskeleg å grunngje kvifor slike disposisjonar skal omstøytast etter betalingsføresegna i deknl. § 5-5, og ikkje den ordinære omstøytingsføresegna i § 5-7.

¹² Sjå NOU.1993.16(falkangerutvalget) s. 159

3 Dei objektive omstøytingsføresegnene

3.1 Innleiing

Under blir det tatt opp fleire problemstillingar i høve omstøyting av pant i enkle pengekrav. Som eit bakteppe for drøftinga er det hensiktsmessig å først knyte nokon generelle kommentarar til dei objektive omstøytingsføresegnene i dekningsloven. Bakgrunnen for konkursbuet sin lovfesta rett til å omstøyte konkursskuldnaren sine disposisjonar i tida før konkurs er for det første å motverke disposisjonar som gjer buet ringare, og for det andre motverke at enkelte kreditorar blir forfordelt framfor resten av kreditorfelleskapet. Funksjonen til omstøytingsføresegnene er både at dei skal vere preventiv og atterreisande.¹³

3.2 Dekningslova § 5-5

Deknl. § 5-5 rammar "betaling av gjeld" som skuldnaren har "foretatt senere enn 3 måneder før fristdagen" som enten har skjedd med "usedvanlige betalingsmidler", "før betalingstid" eller med eit beløp som "betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne". Dette gjeld likevel berre om betalinga ikkje "fremtrådte som ordinær". Det som aktualisera dekl. § 5-5 i relasjon til omstøyting av pantsetting eller overdraging av enkle pengekrav i sikringsøyemed, er føresegna sitt fjerde ledd. Det blir her fastsatt at "som betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer".

Føresegna har altså ein særregel om at også pantsetting og overdraging for ein typisk sikringscesjon er å anse som betaling. Det er dette leddet som har vore gjenstand for diskusjon og utryggleik i teori og rettspraksis. Dette med bakgrunn i at omstøyting av pant generelt er regulert i dekl. § 5-7. Lovgjevar fann det likevel hensiktsmessig at pant i enkle pengekrav ikkje skulle bli omstøytt etter §5-7, men etter den meir fleksible omstøytingsføresegna med ordinærreservasjon i § 5-5. Bakgrunnen for dette ønskje var at pant og sikringsoverføring av ein næringsdrivande sine fordringar hadde stor likskap til betaling, og det ville vere uheldig om slike disposisjonar skulle bli omstøytt etter den noko strengare omstøytingsføresegna i § 5-7.

¹³ Sjå Andenæs, konkurs s. 286

Deknl. § 5-5 gjeld altså omstøyting av ”betaling av gjeld”. Ordlyden siktar på ei overføring til kreditor, der det føreligg ei dekningshensikt i relasjon til eit skuldig beløp, og då hovudsakleg pengar. Det er i denne relasjonen tale om betaling for gjeld som skyldnaren har pådratt seg før betalinga, altså "eldre" gjeld. Dette kjem ikkje direkte fram av ordlyden slik som i deknl. § 5-7, men må ut frå konsekvens i regelverket vere underforstått. I enkelte tilfelle kan også eit kjøp debitor gjer kvalifisere som dekning av gjeld.¹⁴

Dei betalingar som er aktuelle for omstøyting, må vere ”foretatt” tre månadar før ”fristdagen”. Ordlyden er tilsvarande i § 5-7, og vil bli drøfta inngåande i relasjon til når ein pantsetting av enkle krav er foretatt i punkt 3 nedanfor. For at det skal bli aktuelt med omstøyting av ei betaling av gjeld som skjer innan 3 månadar før fristdagen,¹⁵ må betalinga også oppfylle eit eller fleire av tilleggsvilkåra i § 5-5, men likevel ikkje bere preg av å vere ordinær.

Første alternativ etter § 5-5 er at betalinga er utført med ”usedvanlige betalingsmiddel”. Som sedvanlige betalingsmiddel er som regel pengar, bankoverføring, sjekk og liknande. Usedvanleg midlar er typisk overføring av hus, eigedom, lausøyre og fordringar. Dette vilkåret er og særleg aktuelt når det gjeld overføring av pengekrav som betaling, som ikkje vil vere eit sedvanleg betalingsmiddel med mindre det er avtalt. På same måte vil heller ikkje betaling med eple eller pære vere sedvanleg. Eit sentralt poeng er at betalingsmiddel som etter sin art er usedvanlege, likevel kan bli sett på som sedvanleg dersom denne oppgjersmåten er avtalt mellom partane før eller samtidig med at gjelda blei pådregen.¹⁶

Ei betaling er også omstøyteleg dersom den er gjort ”før normal betalingstid”, jf. § 5-5. Dette siktar på å ramme fordringar som blir betalt før forfall, sjølv om frigjeringsstida er komen.¹⁷ Det siste alternativet etter § 5-5 er betaling med beløp som ”betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Dette må vurderast konkret i kvart enkelt tilfelle. I vurderinga vil det vere relevant om skuldnaren er i stand til å overhalde sine andre betalingsplikter og kor stor del av skuldnarens likvide midlar som blir nytta.¹⁸

¹⁴ Sjø bl.a. Andenæs, konkurs s. 310 og Andreassen, factoringpant s. 431, som mener at dette er ”noe som ligger i selve gjeldsbegrepet”.

¹⁵ Fristdagen er nærare definert i deknl. § 1-1 til § 1-3, og for konkurs er det den dagen konkursbegjæringa blir meldt inn for tingretten. Etter deknl. § 5-10 skal ikkje ein disposisjon bli sett på som ”foretatt” før nødvendig sikringsakt er utført.

¹⁶ Andenæs, konkurs s. 318 – 319, med vidare henvisingar til rettspraksis, Rt. 1897 s. 321, Rt 1982 s. 1232, Rt. 1989 s. 1209, mfl.

¹⁷ Op.cit. s. 322

¹⁸ Op.cit. s. 324-326 for meir detaljert reieggjering.

Omstøyting etter deknl. § 5-5 vil altså vere mogleg dersom eit eller fleire av dei tre ovannemnde vilkåra er oppfylt. Men etter ordlyden vil altså ikkje omstøyting skje dersom betalinga likevel ”fremtrådte som ordinær”, jf. § 5-5 (1). Denne reservasjonen opnar for at det kan utvisast skjøn i vurderinga av omstøyting. Spesielt vil ei betaling vere ordinær når den skjer i ein avtalt betalingsplan, sjølv om den ringar skuldnarens betalingsevne vesentleg. Som vi skal sjå i neste punkt, som kort utgreia hovudtrekka i deknl. §5-7, så inneheld denne ikkje ein ordinærreservasjon. Det er dette som leiar til at det i nokre tilfelle er avgjerande for om det blir omstøyting, om ein factoringavtale blir subsumert under den eine eller den andre føresegna.

3.3 Dekningslova § 5-7

Føresegna i deknl. § 5-7 gjeld omstøyting av pant eller trygdgiving til sikkerheit for eldre gjeld. Denne føresegna er meir rigid enn deknl. § 5-5. Der § 5-5 opnar for ein viss mulegheit til å utvise skjøn på bakgrunn av ordinær reservasjonen, så blir det ei vilkårslaus omstøyting etter § 5-7, føresett at dei objektive vilkåra er oppfylte.

Vilkår i føresegna som leiar til omstøyting, er at det må ha skjedd ein disposisjon som er ein ”pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse” som skuldnaren har ”foretatt senere enn tre månader før fristdagen”. Disposisjonar blir ikkje sett på som ”foretatt” før rett sikringsakt er satt i verk, jf. deknl. §5-10.¹⁹

Er pantsettinga skjedd innan tre månadsfristen kan den omstøytast dersom pantet eller trygdgiving blir stilt for gjeld som ”skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt” jf. §5-7 bokstav a. Det vil sei gjeld som er pådradd før avtalen om trygging blei inngått. Det er her snakk om eldre gjeld. Grunngevinga for at det er pant for eldre gjeld som blir omstøytt er naturlegvis at det er rimeleg at ein som gir ny kreditt til ei bedrift på eit kritisk tidspunkt skal kunne få etablert trygd.²⁰ Dersom dette var omstøyteleg ville det vere svært vanskeleg for økonomisk vanskelegstilte bedrifter å få kreditt, noko som igjen kan vere skadeleg for kreditorfelleskapet.

¹⁹ For avtalar etter pantel. § 4-10 er tinglysning den relevante sikringsakt. For enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav etter § 4-4 er den relevante sikringsakta notifikasjon og tilegning av råderett.

²⁰ Andenæs, Konkurs s. 334.

Ein pantsetting som sikrar eldre gjeld blir også omstøyt dersom ”rettsvernet” ikkje er brakt i orden ”uten unødig opphold” etter at gjelda blei pådratt og panteretten stifta jf. § 5-7 bokstav b. Omsynet bak dette er blant anna å unngå svikfulle handlingar av konkursskuldnaren, der han til dømes kan velje å tilbakedatere og konstruere ein avtale om pant til ein kreditor som opphavleg er utrygga. For å fastsette om det blir omstøyting etter dette alternativet blir vurderinga blir for det første når gjelda blei pådradd, for det andre når rettsvernet blei brakt i orden, og for det tredje om det er gått for lang tid mellom desse tidspunkta.²¹

Avgjerande for om det skal bli omstøyting av pantsetting av enkle pengekrav er altså for både dekl. §§ 5-5 og 5-7, at sjølv pantsettinga – stiftelsen av panteretten - er skjedd innan dei siste tre månadane før frisdagen. Dersom pantsettinga er skjedd før dei siste tre månadane, vil ho altså ikkje vere aktuell for omstøyting.²² Som vi skal sjå seinare kan dette stille seg annleis for pant i framtidige formuesgode.

3.4 Tidspunkt for når panteretten og gjelda er stifta i forbindelse med omstøytingsfristen.

Spørsmålet er når panterett i enkle pengekrav er stifta i forhold til fristberekninga i dekl. §§ 5-5 og 5-7. Dette har relevans for fleire viktige spørsmål i avgjerda om disposisjonen er omstøyteleg. Felles for både dekl. §§ 5-5 og 5-7, er at skjæringstidspunktet for når pantet er etablert er vesentleg for to spørsmål. For det første om trygda eller betalinga er stilt innanfor tre månadsfristen, og for det andre om trygda er stilt for eldre gjeld. I denne samanhengen oppstår det også eit spørsmål om når gjelda som trygda skal sikre er etablert. Vidare er det for kvar enkelt føresegn, enkelte særskilde nyansar, for når ein panterett er stifta. Desse spørsmåla skal avklarast i det fylgjande.

Spørsmålet er først når panterett i enkle pengekrav er stifta i forhold 3 månadsfristen.

Tre månadsfristen er felles for både § 5-5 og § 5-7. Det fylgjer av dekl. § 5-10 at ved bruk av omstøyttingsføresegnene så skal ikkje ein disposisjon bli sett på som ”foretatt” før den ”oppnår ordinært rettsvern ved tinglysing eller annen sikringsakt”. Av førearbeida fylgjer det at ”med uttrykket « ordinært rettsvern » tar Utvalget sikte på å få frem at disposisjonen

²¹ Dette er meir generelle konkursrettslege spørsmål og vil ikkje bli inngåande handsama i denne framstillinga.

²² Når det er stilt trygd til skuldnaren sin ektefelle, sambuar eller ein som står han nær er lengda på fristen opptil 2 år, jf. dekl. § 5-5 (2 og 3) og § 5-7 (2 og 3).

bortsett fra mulig omstøtelse ville stå seg.”²³ Altså at panthavar har rettsvern mot debitors sine andre kreditorar.

For enkeltvis pantsetting eller sikringsoverføring av enkle pengekrav så oppnår ein rettsvern ved å gi melding til skuldnaren av kravet, jf. pantel. § 4-5. Når pantel. § 4-4 også opnar for at krav som nokon vil få mot ein skuldnar i framtida, er det lagt til grunn at desse oppnår rettsvern når kravet er oppstått. Dette fordi det er først då skuldnar kan bli underretta. For framtidige krav er det altså når kravet oppstår og overdratt til panthavar at panteretten er stifta.²⁴ Dersom det er tale om samla pantsetting som får rettsvern etter § 4-10, kan det stille seg annleis.

Samla underpantsetting av enkle pengekrav oppnår rettsvern ved tinglysing, også desse kan omfatte framtidige krav. Her kan ein stille spørsmål om ein må legge tilsvarende gjeld for krav som oppstår innanfor 3 månadsfristen, eller om ein skal leggje til grunn eit tingsinnbegrepsynspunkt etter modell av driftstilbehør- og varelagerpant.²⁵ Legg ein til grunn eit tingsinnbegreps må det vere tinglysingstidspunktet som er avgjerande. Dette blir diskutert nærare nedanfor i punkt 4.4. Dersom ein ikkje legg til grunn eit tingsinnbegrepssynspunkt, må det vere når krava oppstår som er avgjerande. Altså at pantsettinga eller betalinga er føretekte for kvart enkelt krav etterkvart som dei oppstår, og dei som oppstår innanfor omstøyttingsfristen, er omstøytlege.

Det neste spørsmålet som må klarleggast er når pantet skal bli sett på som etablert i forhold til om pantet er stilt for eldre gjeld. Som nemnd er pant for ny gjeld ikkje omstøyteleg. Dette fyl uttrykkjeleg av deknl. § 5-7, og føresetnadsvis av deknl. § 5-5.

Tek ein utgangspunkt i deknl. § 5-7 alternativ b, så viser den at det også kan bli omstøyting om rettsvernet ikkje er brakt i orden ”uten unødige opphold” etter at gjelda er pådregen. I vurderinga om pantet er stilt for eldre gjeld etter bokstav a, kan det difor ikkje vere tidpunktet når rettsvern er oppnådd. Det må då vere avtaletidspunktet for pantsettinga som må vere avgjerande for om det er trygd for eldre gjeld.²⁶ Tilsvarende må gjelde for deknl. § 5-5. For å

²³ NOU.1972.20 s. 299

²⁴ Sjå blant andre Andenæs, Konkurs s. 329

²⁵ Andreassen legg til grunn eit tingsinnbegrepssynspunkt og at det då må subsummerast under § 5-7. Etter hans syn vil krav som oppstår etter tinglysing inngå i factoringpanteavtalen ”som et hele”.

²⁶ Sjå Andreassen, factoringpant s. 432.

avgjere om trygda er silt for eldre gjeld er det ikkje nok å fastslå kva tidspunkt trygda er stifta, ein må og fastsette tidspunktet for når gjelda er stifta.

Etter dekl. § 5-7 er det tidspunktet for når gjelda er ”pådratt” som er skjæringstidspunktet. Spørsmålet er når ein gjeldspost som det blir avtalt pant for er pådratt. Dei to naturlege alternativa - for ordinære kreditt forhold - er enten når avtalen om til dømes eit lån eller kassakredittkonto blei inngått, eller når lånet faktisk blir utbetalt eller gjort disponibelt for pantsettar.

Den ålmenne oppfatninga er at gjelda er pådregen når det kreditten er overgitt til, eller på annan måte gjort tilgjengeleg for skuldnaren. Det er først då det er etablert ein effektiv gjeldsforplikting for låntakar, med risiko og plikt til tilbakebetaling.²⁷

²⁷ Sjå blant andre Andreassen, factoringpant s. 429 og Andenæs, Konkurs s. 336.

4 Plassering av pant i enkle pengekrav i deknl. § 5-5 eller § 5-7

4.1 Innleiing

Som følge av ordinærreservasjonen vil ein, dersom pantsetting av enkle pengekrav utelukkande skal reguleras av deknl. § 5-5, ha ein situasjon som i relasjon til omstøytingsreglane gjer det meir gunstig med pant i enkle pengekrav, enn med pant i andre objekt, i tida nært forut for ein potensiell konkurs. Spørsmålet er om motiva bak dekningslova tilsei at alle avtala om, pant eller sikringsoverføring av enkle fordringar, også samla underpantsetting av ei uteståande fordringsmasse, skulle subsumerast under deknl. § 5-5(4) i ein omstøytingssamanheng. Eller om ein kan utleie frå lovmotiva at fjerde ledd må tolkast innskrenkande for factoringavtala etter pantel. § 4-10, som oppnår rettsvern ved tinglysing, og har likskap til pant i tingsinnbegrep. Slik eg ser det så er det i hovudsak to argument som er gjort gjeldande for at deknl. § 5-5 (4) må tolkast innskrenkande for avtalar om factoringpant.

Det er for det første at betalingsføresegna i deknl. § 5-5 kunn var meint å unndrage disposisjonar som hadde likskap til betaling, og når ein pantsettar ikkje blir fråteken råderetten over dei pantsatte krava, så er også liksapen til betaling fjern.²⁸

For det andre at reelle omsyn og motiva bak dekningslova tilsei at unnataket i betalingsføresegna ikkje slår til på factoringavtalar som oppnår rettsvern ved tinglysing, fordi slike avtalar i realiteten er eit pant i eit tingsinnbegrep, som i ein omstøytingssamanheng må handsamast som nettopp det, og subsumerast under deknl. § 5-7 som trygd for eldre gjeld.

Utfordringa med ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4) er at vi har ei klar lovtekst, med tilhøyrande, om enn uklare, førearbeid. Ei innskrenkande tolking av ein ordlyd må etter alminneleg norsk rettskjeldelære ha ei god grunngjeving. Det blir som med tolkingssprinsippa elles, ei avveging av lojalitet til lovgjevar, og eit ynskje om å få eit godt resultat. Typiske argument for ei innskrenkande tolking er for det første føremålet med lova. Her vil føremålsføresegner og førearbeid ofte kunne vere hjelpsame for å kartleggje føremålet med lova og lovgjevar sin vilje. For det andre vil det kunne tale for ei innskrenkande tolking

²⁸ Dette var eit av argumenta som vart vektugt for ei innskrenkande tolking i Bygg & Bo-dommen.

dersom lova sin ordlyd gir eit urimeleg resultat. Reelle omsyn vil soleis ofte spele ei stor rolle i vurderinga av innskrenkande tolking av ein ordlyd. Eit forsøk på å oppnå føreseielege resultat og konsekvens i regelverket, vil og vere viktige argument for og i mot ei innskrenkande tolking.²⁹

I det fylgjande skal dei to spørsmåla trekt opp ovanfor drøftast. Først blir det undersøkt kva disposisjonar ordlyden og førearbeida tilsei at § 5-5 skulle heimle. Deretter blir spørsmålet om manglande råderett er eit haldbart argument for ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4), dette blei blant anna vektlagt i ein voldgiftsdom med Sjur Brækhus som dommar, RG-1990-299 (Bygg & Bo-dommen). Drøftinga tek i stor grad utgangspunkt i denne dommen. Til slutt blir spørsmålet om ein må sjå på tinglyste factoringavtalar som eit tingsinnbegrep tatt opp, og om dette er eit haldbart argument for ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4). For å få eit fullverdig inntrykk må både førearbeida til dekningslova og pantelova undersøkast.

4.2 Avtalar om pant som er omfatta av deknl. § 5-5 (4)

Kva typar pant som ikkje skal omstøytast etter deknl. § 5-7, men etter deknl. § 5-5 må som det klare utgangspunkt klarleggast etter ei tolking av ordlyden i deknl. § 5-5 (4). Den naturlege forståinga av ordlyden i lovtekst har som kjent stor tyngde i norsk rett.

Dekningslova har vore gjenstand for ei grundig lovførebuing og er ei godt utarbeidd lov. Lova har og blitt nøye vurdert i ettertid med diverse revideringsforslag og rettingar - blant anna av deknl. § 5-5 (4)³⁰. Lovteksta bør då vere eit klart uttrykk for lovgjevar sin vilje.

Etter deknl. § 5-5 (4) skal altså ”pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringar” også reknast som ”betaling” etter føresegna sitt første ledd. Dei to alternativa som etter ordlyden skal reknast som betaling i § 5-5 sin forstand, er for det første pantsetting av enkle fordringar, og for det andre sikringsoverføring av enkle fordringar.

Problemstillinga er kva disposisjonar motiva til dekningsloven § 5-5 (4) tilsei at føresegna skal omfatte.

4.2.1 Alternativet ”overdragelse i sikringsøyemed”

²⁹ Moment i vurderinga av innskrenkande tolking trekt opp i Eckhoff, Rettskildelære s. 119-123

³⁰ Falkangerutvalet foreslo å oppheve deknl. § 5-5(4). Forslaget fekk ikkje tilslutning i odelstingproposisjonen.

Spørsmålet blir først kva som var føremålet bak at ”overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringar” skulle reknast som betaling, jf. § 5-5 (4).

Dette har samanheng med forhistoria til den lovfesta retten til å pantsette enkle pengekrav i pantelova av 1980. Som forklart i punkt 2.2, utvikla det seg ein praksis med sikringscesjon. Altså tilfelle der skuldnaren overdreg ein gjenstand til kreditoren med intensjon om at det skal foretas eit etteroppgjer mellom partane når det viser seg kva avkastninga/gevinsten er ved vidareasal.³¹ Ordninga med sikringscesjon hadde klare likskapstrekk med betaling, fordi cedenten overførte pengekrava til cesjonaren, som nytta dei til å innfri cedenten sine forpliktingar. Den hadde likevel eit visst preg av trygd i seg, då cesjonaren kunne søke dekning i seinare overførte fordringar, for manglande innfriing frå debitor cessus i tidlegare overførte fordringar.

Allereie på planleggingsstadiet av dekningslova vart det i utkastet til § 5-7 (som i dag tilsvara § 5-5) tatt inn fylgjande forslag: ”som betaling ansees også pantsettelse og sikringscesjon av enkle fordringar”.³² I forslaget kjem det fram at utvalet med dette, under tvil, hadde eit ønskje om å unngå at sikringscesjon av enkle fordringar skulle bli ramma av deknl. § 5-9 (som i dag tilsvarar § 5-7). Det blei i vurderinga til utvalet vektlagt at dersom ein såg heilskapleg på factoringkontrakten, så var det i realiteten ein regulær kortsiktig kredittordning, som hadde likskapstrekk med trygd i eit tingsinnbegrep. Utvalet ønskja at slike ordningar difor berre skulle kunne omstøytast dersom disposisjonen blei vurdert som ekstraordinær. På bakgrunn av manglande støtte frå dei andre nordiske komiteane fekk midlertidig forslaget ikkje tilslutning.³³

Justisdepartementet tok ei heilomvending i si handsaming av spørsmålet, og tok inn utvalet sitt opphavlege forslag. Overraskande nok vart dette gjort utan noko vidare drøfting om kva konsekvensen ville bli. Det blir i Ot.prp.nr. 50 (1980-1982) kunn vist til innseiinga frå den Norske advokatforeining og Norges Handelsstands Forbund, som ytra ønskje om at konkursutvalet sitt forkasta forslag burde oppretthaldast. Vidare uttalar Justisdepartementet at ein slik regel ”harmonerer best med reglene i den nye panteloven av 1980, som går ut på at

³¹ Andenæs, konkurs s. 314

³² NOU.1972.20 s.295

³³ Op.cit.

reglene om overdragelse, herunder overdragelse i sikringsøyemed og pantsetting av enkle fordringer er parallelle slik at avgrensingsvansker unngås.”³⁴

Når det gjeld alternative om at sikringsoverføring også skal reknast som betaling, så stemmer det godt med motiva bak føresegna. Det er eit sentralt moment ved sikringsoverføring at det skjer ein overgang i råderetten. Det kan difor trygt konkluderast med at ein planmesseeg sikringsoverføring av enkle fordringar skal bli subsumert under dekl. § 5-5 (4).

4.2.2 Alternativet “pantsettelse”

Det neste spørsmålet er kva som var føremålet bak at ”pantsettelse” av ”enkle fordringar” skulle reknast som ”betaling”, jf. § 5-5 (4).

Med ”pantsettelse” er det sikta til ein avtale mellom panthavar og pantsetter som etablerer ein særrett til å søke dekning for eit krav, jf. pantel. § 1-1. Ut i frå den reservasjonslause ordlyden omfattar den, i alle fall ved første augekast, både underpant og handpant, jf. pantel. § 1-1 (2 og 3).

I drøftinga av føremålet bak denne ordlyden er det viktig å skilje mellom enkeltvis pantsetting av enkle fordringar etter pantel § 4-4, og samla pantsetting etter pantel. § 4-10. Eg knyt først nokon kommentarar til enkeltvis pantsetting etter pantel. § 4-4.

4.2.2.1 Enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav

Avtalar om pant etter § 4-4 oppnår, som kjent, rettsvern ved melding til debitor cessus. I fylgje pantel. § 4-5 skjer det her ein overgang av råderetten.³⁵ Panthavaren overtek kreditorposisjonen, og kan innkassere fordringane til dekning av det underliggende kravet. Når panthavar etter ein slik overdraging står som kreditor for kravet, er likskapen mellom pantsetting og betaling framtrede.

I førearbeida blir det ikkje diskutert noko nærare kva som ligg bak ønskje om at også pantsetting av enkle pengekrav skulle gis ein ordinærreservasjon ved spørsmålet om omstøyting, anna enn at ein ønska at det skulle vere parallelle reglar for sikringsoverføring og pantsetting. Etter motiva må det difor vere klart at også enkeltvis pantsetting av enkle

³⁴ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s.167-168

³⁵ Betydninga av at råderetten over fordringane blir transportert er vesentleg, og vil bli drøfta nærare i tilknytning til gjennomgangen av Bygg & Bo-dommen.

pengekrav etter pantel. § 4-4, er omfatta av dekl. § 5-5(4).³⁶ Det er heller ikkje i teorien tvilsamt at ordlyden i dekl. § 5-5 (4) omfattar enkeltvis pantsetting av enkle pengekrav.³⁷

4.2.2.2 Samla pantsetting av enkle pengekrav

Det sentrale spørsmålet er om ein ut frå motiva til førearbeida også må kunne forsvare at samla pantsetting av enkle pengekrav etter pantel. § 4-10, skal vere omfatta av ordlyden i § 5-5 (4).

Til skilnad frå enkeltvis pantsetting etter pantel. § 4-4, så oppnår avtalar om pant etter pantel. § 4-10 rettsvern ved tinglysing i lausøyreregisteret. Vidare kan partane avtale at pantsettar skal behalde råderetten over fordringane jf. pantel. § 4-6 jf. § 4-7. Dette inneberer at debitor cessus aldri får kunnskap om at det beløpet han skuldar til sin kreditor er pantsatt, med mindre ein kjem til ein situasjon der panthavar tiltreir pantet. Dette leiar til at sikringselementet ved ein slik avtale er hovudføremålet, noko som gjer at likskapen til betaling blir utvaska (samanlikna med sikringsoverføring og enkeltvis pantsetting). Eit av dei tyngste argumenta for at dekl. § 5-5(4) skal tolkast innskrenkande er nettopp mangel på likskap til betaling.³⁸

I punkt 4.3 nedanfor blir spørsmålet om manglande råderett over dei pantsatte fordringane drøfta. Det blir tatt utgangspunkt i argumenta som blei lagt til grunn i Bygg & Bo-dommen.

4.3 Manglande råderett over pantet som argument for ei innskrenkande tolking av dekl. § 5-5 (4)

4.3.1 Innleiing

Eit argument som er gjort gjeldande for ei innskrenkande tolking av dekl. § 5-5 (4) er at unntaket i fjerde ledd kunn gjeld pantsettingar der avtalen fylgde pantelova si normale modell for råderett, og når ein fråvik denne modellen så fråvik ein også likskapen til betaling.³⁹

I omstøytingssamanheng blir altså ein panterett sett på som stifta når den har fått rettsvern, jf. dekl. § 5-10. Dersom ein ikkje legg til grunn eit tingsinnbegreppssynspunkt på avtalar om

³⁶ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 168

³⁷ Sjå blant andre Andreassen s. 425

³⁸ Tilsvarande Andreassen s. 424 – 425, og Bygg & Bo dommen.

³⁹ Skjærdal baserar sin artikkel i stor grad rundt tilsvarande problemstilling. Han stiller seg kritisk til ein slik tankegang.

factoringpant etter § 4-10, så får dei enkelte krav som oppstår innanfor omstøytingsfristen rettsvern når dei oppstår. Vurdert etter § 5-7 vil dei krav som oppstår under omstøytingsfristen automatisk bli omstøytt.⁴⁰ Etter deknl. § 5-5 blir det derimot kunn omstøyting dersom ”betalinga” ikkje var ordinær.

Pantelova sin normalordning for råderett over pantsette krav er omtalt ovanfor i punkt 2.3.2. Det minnst om hovudregelen, som er at ved pantsetting av enkle pengekrav overtek panthavaren, typisk ein kredittgivar, råderetten over kravet som er stilt som pant, jf. pantel. § 4-5 jf. §4-6.

I Bygg & Bo-dommen, med Sjur Brækhus som voldgiftsdommar blei dette vektlagt, men løysinga blei tilsynelatande at ein tinglyst avtale om pant i enkle pengekrav skulle omstøytast etter § 5-7 når ein var på sikringsstadiet, mens dersom panthavar tiltredde pantet så skulle den omstøytast etter § 5-5. Eg finn grunn til å kommentere rettsgrunnsettinga som blei trekt opp i Bygg & bo-dommen.

4.3.2 Vektlegging av manglande råderett i rettspraksis

Twisten i saka stod mellom Bygg & Bo Flisa A/S sitt konkursbu og Sparebanken Hedmark. Banken hadde gitt selskapet ein kassakreditt med trygd i dei uteståande fordringane, samt varelagerpant. Selskapet hadde i avtalen om factoringpant beholdt retten til full råderett over dei pantsette krav, jf. §4-10 jf. § 4-7. Det førelåg altså ein samla underpantsetting av alle uteståande fordringar. På grunn av rot hadde panteavtalen ikkje blitt tinglyst før ein var innanfor omstøytingsfristen på tre månadar. Panteretten i varelager oppfylte vilkåra for objektiv omstøyting, og blei omstøytt etter deknl. § 5-7. På lik line oppfylte også factoringpantet dei objektive vilkåra i § 5-7 b. Men det blei framheva at for factoringpantet kom deknl. § 5-5 (4) inn som ”et kompliserende element”⁴¹

For factoringpantet sitt vedkomande blei deknl. § 5-5 (4) tolka innskrenkande. Grunngevinga var for det første at fjerde ledd gjaldt sikringcesjon og eigentleg factoring, der *betalingsmomentet* var framtrédande. I forlenginga av dette blei det uttrykt at betalingsmomentet ikkje blei framtrédande før banken (panthavar) hadde ”tiltrådt” pantet, og fråtatt selskapet (pantsetter) råderetten over fordringane.

⁴⁰ Slik det blei føresett i Ot.prp.nr.50 (1980-81) s. 167-168

⁴¹ RG.1990.299 s. 302

Denne tilnærminga til problematikken er ikkje overraskande, i og med at det var Brækhus som var dommar. Løysinga Brækhus har nytta korrespondera godt med hans kritiske holdning til underpantsetting av enkle pengekrav etter § 4-10.⁴² Spørsmålet er om den løysinga som blei skissert opp i Bygg & Bo-dommen er fullgod.

Det blir i domspremissane skrevet at ”først fra det tidspunkt da panthaveren ”tiltrer” sitt pant, eller, mer nøyaktig, først fra det tidspunkt de respektive debitorer er notifisert efter pantel. § 4-5, slik at rådigheten over vedkommende fordringer er gått over til panthaveren, ansees pantsettelsen å innebære en betaling undergitt omstøtelsesreglene i dekningsl. § 5-5. Før slik tiltredelse har funnet sted, må man falle tilbake på hovedregelen om omstøtelse av panterett, dekningsl. § 5-7, jfr. § 5-10”.⁴³

Løysinga som går fram av det refererte har i utgangspunktet mykje fornuftig for seg. Omsynet til konsekvens i regelverket tilsei at det som i realiteten er ei betaling bør handsamast som det, og det som i realiteten er ein rein underpantsetting bør handsamast som nettopp det. Som framheva i punkt 4.2 ovanfor, stemmer det at motivasjonen for lovgjevar bak dekn. §5-5 (4) hovudsakleg gjaldt avtalar om eigentleg factoring, men det var ikkje avgrensa til det. Dette var fordi likskapen til betaling var stor, og sikringsmomentet ved slike avtalar kunn var ein liten del, mens betalingsmomentet var meir framtrédande. Mellomløysinga i dommen fangar opp dette på ein grei måte.

På den andre sida så har løysinga nokre uheldige sider, som eg finn vanskeleg å tru var tiltenkt av lovgjevar. Fordi realiteten i ei slik løysing vil bli at dersom pantsetter ikkje blir fråteken råderetten over fordringane mens ein er på sikringsstadiet⁴⁴, og pantsetter går konkurs, så skal panteretten i omstøytningssamanheng subsumerast under dekn. § 5-7. Panteretten vil då sjølvstøtt vere uomstøytleg dersom rettsvernet er brakt i orden 3 månadar før frisdagen. Mens dersom panthavar i tida før konkurs forstår at pantsettar er i økonomisk dårleg forfatning, og tiltrer pantet, så må panteretten omstøytast etter dekn. § 5-5.

⁴² Som framheva i punkt 4.6 finn Brækhus ikkje grunnlag i pantelova sine førearbeid for at § 4-10 også heimlar samla underpantsetting av enkle pengekrav, men kunn gjeld eigentleg factoring.

⁴³ RG.1990.299 s. 307

⁴⁴ Med sikringsstadiet blir forstått den perioda pantsetter overheld sine forpliktingar ovanfor panthavar, og panteretten utelukkande tener som trygd. Motstykke er dekningsstadiet, dette er tidspunktet etter panthavar ”tiltrer” pantet, og vil realisere verdiane i pantobjektet. Typisk fordi pantsetter mislegheld sin økonomiske forpliktingar.

Mellomløysinga som dommen enda på skapar difor ein situasjon der den same panteretten i det eine augeblenkje må vurderast etter dekl. § 5-7, og i det andre etter § 5-5.⁴⁵

Ei slik mellomløysing skapar etter mi meining ein komplisert og lite føreseieleg situasjon for både panthavar og buet. På ei side så har ein eit klart skjæringstidspunkt, og panthavar kan i staden for å tiltre pantet, heller begjære konkurs. Likevel er noko av naturen til ein panterett at ein skal kunne tiltre den og få dekning for sine krav. Ta til dømes i ein situasjon der ein avtale om factoringpant som sikrar eldre gjeld, har fått rettsvern innanfor tre månadsfristen, denne vil vere omstøyteleg etter § 5-7, men dersom panthavar tiltre pantet etter at buet har fremma krav om omstøyting, skal buet då gjere gjeldande omstøytingskrav etter § 5-5 (4)? Der vil i so tilfelle panteretten måtte stå seg mot omstøyting, gitt at den er ordinær. No er det vel ikkje særleg praktisk å tiltre eit pant etter at omstøyting av same panterett er gjort gjeldande. Noko som gjer at panthavar for å unngå omstøyting må prøve å tiltre før buet gjer gjeldande sitt omstøytingskrav, slik at buet då må ta omsyn til ordinærreservasjonen i § 5-5. Det oppstår då eit kappløp mellom buet og panthavar om å vere først med å finne ut om kvarandre.⁴⁶

Vi kan og tenke oss ein annan situasjon der panteretten har fått rettsvern utanfor omstøytingsfristen, og pantsetaren går konkurs utan at panteretten er tiltredd. Panteretten vil ikkje kunne omstøytast av § 5-7 i denne situasjonen. Men dersom panthavar tiltre pantet innanfor fristen, så vil det starte ein ny frist, og buet vil kunne gjere gjeldande omstøyting etter § 5-5. Panthavar må då for å unngå omstøyting, vere sikker på at han er beskytta av ordinærreservasjonen i § 5-5.⁴⁷

Ved å vektlegge manglande råderett på den måten som det er gjort i Bygg & dommen, så ser ein at det kan oppstå situasjonar der det er tilfeldig om ein og same panterett er omstøyteleg eller ikkje. Dette kan ikkje vere i tråd med lovgjevar sin vilje.

Tilsvarande problemstilling var oppe i RG-1997-1108. Det var her tvist mellom Cosmo AS og konkurset Cinderella AS. Cosmo AS hadde 9 månadar forut for konkursen fått tinglyst eit factoringpant på konkursskuldnar etter pantel. § 4-10. Pantsettar misleghaldt sine økonomiske forpliktingar. Dette leia til at panthavar tiltredde panteretten, under tre månadar før fristdagen.

⁴⁵ Sjå Skjerdal, s. 272-273. Skjerdal sett opp tre alternative måtar å forstå løysinga i dommen på, og konsekvensen av dei.

⁴⁶ Sjå Skjerdal s. 272.

⁴⁷ Op.cit.

Det var ikkje aktuelt å omstøyte etter deknl. § 5-7, sidan pantet var tinglyst før tre månadsfristen.

Det blei frå buet si side gjort gjeldande omstøyting etter deknl. § 5-5 for innbetalingar til panthavar, innanfor tre månadsfristen, etter at han hadde tiltredd panteretten. Lagmannsretten var ikkje einig i dette synspunktet og uttalte: ”Riktignok likestiller bestemmelsens fjerde ledd "pantsettelse og overdragelse av enkle fordringer i sikringsøyemed" med betaling. Men dette gjelder bare den egentlige sikringscesjon (factoring) hvor selve sikkerheten etableres ved at fordringen overdras til innfordring.”

Slik eg tolkar lagmannsretten så meiner dei i utgangspunktet at eit regulært underpant etablert innanfor tre månadsfristen skal omstøytast etter § 5-7. Så stiller dei spørsmål om ein likevel kan omstøyte ein slik underpanterett i enkle pengekrav etter deknl. § 5-5, som er etablert før tre månadsfristen, men som blir tiltredd innanfor dei siste tre månadane før konkursen. Eit slikt synspunkt meina lagmannsretten ikkje kan leggjast til grunn, med grunngjevinga ”Hvor det etableres et regulert underpant som er uomstøtelig etter § 5-7, kan ikke den senere tiltredelse av pantet betraktes som en ny disposisjon.” Lagmannsretten er her inne på den problematikken som kan oppstå ved løysinga som vart lagt til grunn i Bygg & Bo-dommen. Dei vik difor frå den løysinga. Det kan stillast spørsmål ved om dei kunne landa på same resultat ved ein enklare framgangsmåte.

Andenæs er usamd i framgangsmåten til både Bygg & Bo-dommen og den nemnde lagmannsrettsdommen. Når det gjeld RG-1997-1108 er Andenæs av den oppfatning at retten kunne falt ned på same resultat ved å gå etter ordlyden i deknl. § 5-5. Han uttalar at ”selve pantsettelsen må da ses som betaling i § 5-5sin forstand. Og da pantsettelsen i dette tilfelle ble foretatt ni måneder før frisdagen, kunne den ikke for noen del omstøtes etter deknl. § 5-5.”⁴⁸

Eg tolkar Andenæs i den retning at han ikkje finn grunnlag for å tolke føresegna innskrenkande. Han er likevel ikkje heilt konsekvent i argumentasjonen sin. I relasjon til Bygg & bo dommen meina han at tiltreding av pantet og ein overgang i råderetten over fordringane, kunn har betyding for når betalinga skal bli sett på som ”foretatt” jf. § 5-5 (1).⁴⁹ Ein kan her tolke han som at det er tiltreding av pantet som er betalinga, og at dersom dette er gjort innanfor 3 månadsfristen, så er det omstøyteleg. Mens i relasjon til RG-1997-1108, så

⁴⁸ Andenæs, Konkurs s. 316

⁴⁹ Op.cit s. 315

uttalar han at pantsettinga *er* betaling. Dette betyr jo at betalinga er ”foretatt” når avtalen om factoringpant er tinglyst. Det siste må vere eit uttrykk for hans meining, sidan han påstår at fylgjande utsegn i Bygg & Bo dommen: ”før slik tiltredelse har funnet sted, må man falle tilbake på hovedregelen om omstøtelse av panterett”, er ein ”ubegrunnet påstand”⁵⁰.

4.3.3 Oppsummering råderettsspørsmålet

Etter dette finn eg det tvilsamt om råderettsbetraktningane åleine er eit vektig argument for å tolke § 5-5 (4) innskrenkande. Det som er sikkert er at ”mellom-løysinga” skissert i Bygg & Bo dommen ikkje kan vere eit uttrykk for gjeldande rett. Til det bærer løysinga for mykje preg av å vere vilkårleg og tilfeldig. Då er det betre å vektlegge at ordlyden i deknl. § 5-5 (4) er tydeleg på at panterett er betaling, og at førearbeida hadde som mål å fange opp pantsettingar etter pantel. § 4-10. Løysinga må då bli at sjølv råderettsspørsmålet ikkje har vekt for om ein panterett i enkle pengekrav, som oppnår ved tinglysing etter § 4-10, skal subsumerast under § 5-5 (4) eller § 5-7. Råderetten har då kunn betydning for om når eit krav har oppstått i forhold til omstøytingsfristen.⁵¹ Slik at krav som oppstår innanfor omstøytingsfristen kan bli omstøytt dersom likevel ikkje er ordinære.

Skal ein gi råderettsargumentet verknad må det vere gjennom eit syn om at avtalar om underpant i enkle fordringar som oppnår rettsvern ved tinglysning etter § 4-10 er eit tingsinnbegreppant, og difor må bli omstøytt etter deknl. § 5-7.

4.4 Samla underpantsetting av enkle pengekrav – tingsinnbegrep

4.4.1 Innleiing

Spørsmålet som her skal undersøkjast er om ein må sjå på tinglyste factoringavtalar som pant i eit tingsinnbegrep. I so tilfelle om eit tingsinnbegreppsynspunkt dannar eit haldbart grunnlag for ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4).⁵²

⁵⁰ Op.cit.

⁵¹ Tilsvarande Andenæs, konkurs s. 315.

⁵² Som gjort gjeldande av blant andre Andreassen, s. 426 og Huser s. 254.

Pant i eit tingsinnbegrep er eit generelt pant i ei dynamisk gruppe av formuesgode, med den konsekvens at verdien til det pantsette variera til ei kvar tid. Tradisjonelt sett så har spesialitetsprinsippet stått sterkt i norsk panterett. Nemleg, for at ein panterett skal vere gyldig, må panteobjektet i stiftingsgrunnlaget vere bestemt angitt eller individualisert. Og for å ha rettsvern, må det spesifiserast eit maks beløp som det kan krevjast dekning for under panteretten.⁵³ Pantelova av 1980 er bygd på spesialitetsprinsippet, men har på enkelte punkt mjukna opp i forhold til tidlegare rett. Dette gjeld hovudsakleg pant i varelager og driftstilbehøyr jf. pantel. §§ 3-11 (3) og 3-4 (5), men også underpant i ei uteståande fordringsmasse minner sterkt om eit pant i eit tingsinnbegrep.⁵⁴

Spørsmålet om pant i enkle pengekrav skal bli sett på som pant i eit tingsinnbegreppant, og på den bakgrunn gis ein rettsleg verknad, må avklarast på bakgrunn av ordlyden i pantel. § 4-10. Samanlikna med til dømes pant i varelager, så står det uttrykkeleg i ordlyden til pantel. § 3-11 (3) at avtalen om pant må gjelde ”varelager i sin helhet” og slik lageret ”er til enhver tid”. Dette er felles for alle lovfesta rettar til pant i tingsinnbegrep. Likevel inneheld ikkje ordlyden i pantel. § 4-10 ordlyden ”til enhver tid”. Dersom lovgjevar ønskja at ein skulle handsame factoringpant som pant i eit tingsinnbegrep burde dette vell fått sitt uttrykk i lova? Dette har det ikkje fått, men realiteten i ein factoringavtale er at den, de facto, er eit pant i eit tingsinnbegrep. Felles for dei lovfesta tingsinnbegreppanta er at panteretten oppnår rettsvern ved tinglysning. Vidare kan ein avtalen gjelde alle fordringa ein næringsdrivande har eller får. At det omfattar også framtidige fordringar leiar til at det blir ei flytande formuesmasse, på lik line med til dømes eit varelager. I teorien er det og fleire som meina denne typen factoringavtalar må sjåast på som eit tingsinnbegrep.⁵⁵ Det kan og nemnast at departementet i vurderinga av falkangerutvalet sine endringsforslag til dekningsloven, omtalar factoringpant som pant i tingsinnbegrep.⁵⁶

Når eit underpant i ei fordringsmasse, de facto, er eit tingsinnbegreppant kan omsynet til samanheng i regelverket tilsei at det i ein omstøytingsamanheng må bli handsama på lik line med andre pant i eit tingsinnbegrep. Dette skal undersøkjast nærmare i det fylgjande.

⁵³ Sjå blant andre Skoghøy, panterett s. 29.

⁵⁴ Også underpantsetting av landbruksløysøyre, fiskeriredskap kan pantsettast som eit tingsinnbegrep, jf. §§ 3-9 (5) og 3-10(3).

⁵⁵ Sjå Andreassen s. 426, Huser s. 254

⁵⁶ Ot.prp.nr.26 (1998-99) s. 156

4.4.2 Skal deknl. § 5-5 (4) tolkast innskrenkande for factoringavtalar som i realiteten er pant i tingsinnbegrep?

Det som talar for at underpantsetting av pant i enkle fordringar, som oppnår rettsvern ved tinglysing etter pantel. § 4-10, skal omstøytast etter deknl. § 5-7 som trygd for eldre gjeld, er hovudsakleg førearbeidsutsegner i motiva til dekningslova og reelle omsyn.

Som eg har vore inne på, så verkar det som ein i førearbeida til dekningslova, i omstøytingssamanheng drøftar unndraging av pant i enkle fordringar i forhold til enkeltvis pantsetting etter pantel. § 4-4, og eigentleg factoring. Lovgjevar ønska ikkje at desse avtalane skulle vere utsatt for den strenge omstøyttingsføresegna i § 5-7, fordi ein føresatt at då ville alle krav som oppstod innanfor tre månadsfristen ville bli omstøytt.⁵⁷ Sjølv om forslaget blei gitt opp av konkurslovutvalet på bakgrunn av manglande støtte i den Nordiske rettseininga, blei forslaget oppretthaldt av Justisdepartementet.⁵⁸ Lovgjevar såg det som uheldig og ønska ikkje at eigentlege factoringavtaler skulle bli omstøytt etter § 5-7. Og grunn gav det med at om ein ser på ”factoringkontrakten som en helhet, kan det jo sies at det dreier seg om en regulær kortsiktig kredittordning, hvor sikkerheten har visse likehetstrekk med sikkerhet i et tingsinnbegrep”.⁵⁹

Det er nærliggande å tolke dette som at lovgjevar i motiva kunn tenkte på tradisjonell factoring og enkeltvis pantsetting, som elles ikkje ville bli vurdert som ”et hele”, men ein serie av enkeltvis overføringar som ville blitt omstøytt etter § 5-7. Argumentet for ei innskrenkande tolking av § 5-5 (4), er at ved ein factoringavtale etter § 4-10 som oppnår rettsvern ved tinglysing, so gjer ikkje desse argumenta seg gjeldande. Fordi dette allereie er ein avtale som er pant i eit tingsinnbegrep, og som difor må bli sett på som ”et hele”.⁶⁰

Denne måten å tolke motiva verkar fornuftig, og er eit sterkt argument for å tolke § 5-5 (4) innskrenkande. I tillegg vil ei slik løysing harmonere med det som elles er systemet i lova, nemleg at pant i tingsinnbegrep blir subsumert under deknl. § 5-7.

På den andre sida så kan det stillast spørsmål ved om ein konklusjon om å tolke deknl. § 5-5 (4) innskrenkande kunn på bakgrunn av motiva til dekningslova er haldbar, eller om ein også må undersøkje motiva til pantelova. Det er nær samanhengen mellom desse to lovene, noko

⁵⁷ NOU.1972.20 s. 295

⁵⁸ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 168

⁵⁹ Op.cit.

⁶⁰ Sjø Andreassen s. 425 med vidare henvising til Ot.prp.nr 50 (1980-81) s. 168.

som lovgjevar også i lovarbeidet har vektlagt.⁶¹ Sidan arbeidet med ny dekningslov skjedde parallelt med arbeidet med ny pantelov, bør ein i vurderinga av ei innskrenkande tolking deknl. § 5-5(4) også ta omsyn til ordlyden og motiva til i pantel. § 4-10.⁶²

4.4.3 Motiva til pantelova sin relevans som kjelde for ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4)

Den første delen tek sikte på å kort avklare om pantelova og motiva bak den er relevant som kjelde for å tolke deknl. § 5-5 (4) innskrenkande. Vidare blir det eit spørsmål kva premissar ein må leggje til grunn for å nytte den. Til slutt skal vi sjå konkret, kva argument for og i mot, ei innskrenkande tolking av fjerde ledd ein kan drage ut av motiva til pantelova.

Det første som talar for at pantelova og motiva bak den er relevant som kjelde, er at det i deknl. § 5-5 er tale om pant ”enkle fordringer”. Under punkt 2.3.1 ovanfor blei innhaldet i ordlyden ”enkle pengekrav” i pantel. § 4-10 jf. § 4-4 klarlagt. Det er ikkje tvilsamt at innhaldet i desse omgrepa må vere likt. Deknl. § 5-5 omfattar dermed alle enkle pengekrav som nokon har eller kjem til å få mot ein skuldnar, jf. pantel. § 4-4 (3).⁶³ At desse omgrepa korresponderer viser at det er ein klar link mellom deknl. § 5-5, og pantel. § 4-10. Det er og eit argument for at førearbeida til pantelova vil vere relevant i tolkinga av førstnemnde. For det andre blir det i proposisjonen til dekningslova understreka av Justisdepartementet at ein ville oppretthalde konkurslovutvalet sitt opphavlege forslag fordi ”dette harmonerer best med reglene i den nye panteloven av 1980.”⁶⁴

Dette viser at lovgjevar klart hadde eit ønskje å ivareta samanheng mellom føresegnene i dei to lovene. Når ordlyd og førearbeid linkar føresegnene i hop, må det ikkje bere vere akseptabelt å gi motiva til pantelova vekt i spørsmålet om ein skal tolke deknl. § 5-5(4) innskrenkande, men også naudsynt.

Eg finn det naudsynt å klarlegge under kva premissar pantelova sine føremål blir nytta som argument for og i mot ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4).

⁶¹ Jf. bl.a. det som er referert frå ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 168, om at justisdepartementet oppretthaldt konkursutvalet sitt forslag fordi det harmonerte best med reglane i den nye panteloven.

⁶² Sjå Skjærdal s. 266 for same innfallsvinkel. Skjærdal sine synspunkt på dette har mykje fornuftighet ved seg.

⁶³ Op.cit. s. 316. Der også Andenæs legg dette til grunn.

⁶⁴ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 168.

Som vist ovanfor i punkt 4.4.2, så er hovudargumentet for å tolke deknl. § 5-5 (4) innskrenkande for factoringavtalar ut frå eit tingsinnbegrepsynspunkt, at motiva til fjerde ledd ikkje passar for tinglyste factoringkontrakter. Omsynet til situasjonen der det er tale om rein underpantsetting av alle enkle pengekrav som pantsettar «har eller får i sin virksomhet», jf. pantel. § 4-10 er, i alle fall ikkje eksplisitt, omtalt i korkje NOU eller i proposisjonen. Det at regelen i ettertid har fått eit vidare nedslagsfelt, med at pantel. § 4-10 også heimlar rein underpantsetting av alle noverande og framtidige fordringar, kan tale for at det er rimeleg at deknl. § 5-5 (4) blir tolka innskrenkande. Ei innskrenkande tolking må då grunnjevast med den føresetnaden at lovgjevar ikkje var klar over konsekvensen av regelen, og at føresegna etter sin ordlyd i dag rammar meir enn det lovgjevar ønskja å ramme.

4.4.4 Var den vide tilgangen til å underpantsette enkle pengekrav som eit tingsinnbegrep skjult eller synleg for lovgjevar under utarbeidinga av deknl. § 5-5 (4)

Problemstillinga i det fylgjande er om motiva bak panteloven § 4-10 tilsei at den opphavleg ikkje skulle heimle ein samla underpantsetting av enkle fordringar, og at ein difor i arbeidet med dekningsloven § 5-5 (4) ikkje hadde føresetnad til å ta høgde for at ordlyden opna for at underpant skulle omstøytast etter føresegna.

Når pantel. § 4-10 blei innført, var dette ei stor nyskaping. Det er i dag klart og uomtvista at pantel. § 4-10 heimlar *en bloc* underpantsetting av ein næringsdrivande sine noverande og framtidige fordringar. Ordlyden i første ledd tilsei klart at den også femnar om underpantsetting. Sjølv om førearbeida ikkje er eintydige, avklarte høgsterett endeleg at dette var muleg i Eltemadommen inntatt i Rt. 1987 s. 35.

Føresegna hausta ein del kritikk, og fleire meinte at rekkjevidda var uklar. Brækhus var ikkje nådig i sin bedømming av avgrensinga av føresegna, og korleis denne blei tolka og nytta av næringslivet.⁶⁵ Eltema-dommen og Enok-Hus-dommen blir også kritisert av Brækhus. Han meina at desse ikkje er i tråd med lovgjevar sin intensjon. Essensen i Brækhus sine meiningar er at lovgjevar ikkje meinte at pantel. § 4-10 skulle heimle ein rein underpantsetting av ein næringsdrivande sin fordringsmasse, men at det kunn var ei vidareføring av den allereie

⁶⁵ Særlig Brækhus var kritisk til rekkjevidda av pantel. §4-10, Omsetning og kreditt II s. 176-183), motsett Andreassen i Factoringpant s. 296-302.

eksisterande ordning med sikringscesjon. Dersom ein kan leggje til grunn eit slik standpunkt, så vil dekl. § 5-5 (4) helder ikkje vere problematisk.

Grunnlaget for pantelova av 1980 blei lagt i Rådsegn 8. Sivillovbokutvalet gir her uttrykk for at ”Dei fleste avtaler som går inn under paragrafen, truleg vil vera avtaler om såkalla factoring”⁶⁶. Med såkalla factoring blir det meint factoring i tradisjonell forstand, som gjort reie for i punkt 2.2 ovanfor. Det blir vidare uttalt: ”Endå paragrafen nok *vil få mest å seia for factoringavtaler*, femner han vidare og grip om liknande avtalar der *sikringsføremålet er einerådande*.”⁶⁷ (mine kursiveringar). Dette utsegne viser at Sivillovbokutvalet nok såg føre seg ein regel som i utgangspunktet skulle vidareføre den allereie etablerte praksis. Det kursiverte viser likevel tydeleg at ein allereie på planleggingsstadiet av lova sitt utkast hadde eit bevisst forhold til at ein også ville tillate ein breiare pantsetting, som ikkje var avgrensa til kunn å gjelde tradisjonell factoring.⁶⁸

I det vidare arbeidet med pantelova blei Rådsegn 8 endra på fleire punkt, det kan difor ikkje leggjast avgjerande vekt på dette åleine. Brækhus vektlegg at sivillovbokutvalet sine signal ikkje kan til leggjast avgjerande vekt sidan det kom inn fleire endringar i etterkant. Han byggjer difor sitt synspunkt i størst grad på utsegner i Ot.prp. nr. 39 (1977-78) og Innst. O. nr. 19 (1979-80).

I Odelstingproposisjonen kan ei lese at departementet foreslår at ”det åpnes adgang til å pantsett enkle pengekrav. Også dette er formelt en utviding i forhold til gjeldende rett (..) Denne reformen har imidlertid mindre praktisk betydning for adgangen til å benytte slike krav som kredittgrunnlag – det er mer en formell legalisering av den allerede lenge praktiserte ordning med cesjon i sikringsøyemed”.⁶⁹ Ut i frå dette førearbeidsutsegnet verkar det ikkje som om departementet heilt er innforstått med kor breitt den nye føresegna i § 4-10 vil rekkje. Det er tidlegare gjort reie for korleis ordninga med sikringscesjon vart praktisert, og det var ikkje som ei rein underpantordning. Det faktum at departementet er av den oppfatning at dette faktisk kunn er ei formell legalisering av den ordninga, kan tyde på at dei ikkje meinte å utvide den til å også gjelde underpant.⁷⁰

⁶⁶ Rådsegn 8, 1970 frå sivillovbokutvalet s. 108

⁶⁷ Op.cit.

⁶⁸ Skjærdal legg same forståing av førearbeidsutsegnet til grunn i LOR-1995-262 s. 266.

⁶⁹ Ot.prp.nr.39 (1977-78) s. 18.

⁷⁰ I same retning Brækhus, omsetning og kreditt II på s. 177 flg.

Under merknadane til føresegna byrjar departementet med å vise til at ”Det er i alminnelighet ikke sikringshensyn, men mer praktiske og forretningsmessige hensyn partene fortinnsvis har for øyet ved factoringavtaler.”⁷¹ Også her viser departementet at ein i hovudsak har tradisjonell factoring for auge. Eg tolkar dette derimot ikkje som at dei utelukkar også ordningar der sikringsføremålet er einerådande. Dette blir underbygd med at dei viser til utsegn i rådsegn 8, der sivillovbokutvalet er opne på at dei ikkje legg vekt på ”om ei avtale i det einskilde tilfelle hovudsakeleg tener panterettslege føremål eller ikkje”.⁷²

Motiva bak pantel. § 4-10 blir også omtalt i Innst.O.nr.19 (1979-1980). I merknadane til § 4-10 blir det skreve at ”bestemmelsen inneholder regler om såkalt factoring.” I merknaden til føresegna utgreia Justiskomiteen ikkje noko ytterlegare kva dei legg i dette, eller om føresegna er avgrensa til kunn å gjelde dette. Ein må ut frå dette anta at dei hovudsakleg sluttar seg til det arbeidet som er gjort på førehand, og at dei er einige i det som allereie kjem fram av sivillovbokutvalet og av odelstingproposisjonen.

I innleiinga av lovutkastet kommentera justiskomiteen forslaget om å opne for pantsetting av enkle pengekrav. Som i proposisjonen, så uttalar også justiskomiteen ”dette er også formelt en utvidelse i forhold til gjeldende rett, men innebærer i realiteten en legalisering av en panteform som på visse vilkår er blitt godkjent av domstolene.”⁷³ Dette kan tolkast som at ein kunn ønskja å gi ein lovfesta rett for den praksisen som allereie var etablert. Altså at ein ikkje hadde samla underpant i ei formuesmasse for auge.⁷⁴ Personleg tykkjer eg at justiskomiteen si handsaming på dette punkt bærer preg av å referere departementet sine utsegner, og ikkje sjølvstendige vurderingar rundt kva som inngår under ordlyden. Fylgjeleg bør dette ikkje vektleggjast noko spesielt.⁷⁵

Overskrifta – “factoring”- I pantel. § 4-10

Pantel. § 4-10 fått den noko karakteristisk overskrifta ”factoring”. Spørsmålet er om dette namnevalet kan underbygge standpunktet om at lovgjevar kunn ville lovfeste eigentleg factoring. Tanken er at overskrifta til pantel. § 4-10 når lova var ny kunne tilsei at dei avtalar

⁷¹ Ot.prp.nr.39 (1977-78) s. 132

⁷² Op.cit.

⁷³ Innst.O.nr. 19 (1979-1980) s. 2

⁷⁴ Brækhus, omsetning og kreditt II s. 178, meina at Justiskomiteen best representera ”lovgjevar”, at deira handsaming må få meir vekt enn motiva som kjem fram av Rådsegn 8.

⁷⁵ I same retning Andreassen på s. 299, som karakteriserar utsegnen som ”korfattat og unøyaktig” som ikkje kan ”tillegges særlig vekt ved lovtolkingen”.

som den skulle heimle kunn omfatta avtalar om tradisjonell factoring. Slik at ein i utarbeidinga av deknl. § 5-5(4) ikkje hadde noko oppfordring til å avgrense ordlyden mot samla underpantsetting av enkle pengekrav.

Etter alminneleg norsk rettskjeldelære skal ein vere forsiktig med å vektleggje paragrafoverskrifter i tolkinga av føresegnene. Bakgrunnen for dette er at desse ikkje er lovtekst, og dei har ikkje vore vurdert som lovtekst i førebuinga.⁷⁶ Sjølv om overskrifta ikkje har noko sjølvstendig vekt, så kan den likevel ha argumentasjonsverdi saman med dei andre rettskjeldefaktorane, og på den måten bidra til å kartlegge føremålet med den aktuelle føresegna.

Overskrifta i pantel. § 4-10 har blitt forsøkt tillagt betyding som argument for ei innskrenkande tolking av § 4-10. Ordet ”factoring” er ikkje noko norsk ord som har ei gitt innhald. På den eine sida kan ordvalet indikere at det var eigentleg factoring lovgjevar hadde for auge ved innføringa av § 4-10. Dette fordi ordet angir den etablerte praksisen med sikringscesjon i tida før den nye pantelova må.⁷⁷ Det vil difor kanskje vere å ”undervurdere lovgiverens sproglige ferdigheter”⁷⁸ å unnlate å vektlegge det. På den andre sida så er det eit poeng at overskrifter må vere stikkordsprega, og at det er vanskeleg å finne heilt presise omgrep. Vidare blei ikkje overskrifta kommentert før i odelstingproposisjonen (der den blei lagt til).⁷⁹ For min eigen del finn eg ikkje paragrafoverskrifta som noko viktig argument for ei å klarlegge føremålet til pantel. § 4-10. Vurdert saman med dei andre kjeldene kan det likvel bidra til å grunngeve at lovgjevaren i dekningslova kanskje hadde som føresetnad at pantel. §4-10 kunn gjaldt eigentleg factoring, og at dei difor ikkje fann grunn til å avgrense ordlyden i deknl. § 5-5(4).

4.4.5 Oppsummering

Spørsmålet var altså om den vide pantsettingstilgangen etter § 4-10 var skjult eller synleg for lovgjevar i utarbeidinga av deknl. § 5-5. Som vi har sett i motiva til pantelova så var det på ikkje opplagt at pantel. § 4-10, i tillegg til å lovfeste eigentleg factoring, skulle opne for ein rein underpantsetting av enkle pengekrav. Førearbeida viser likevel at ein ikkje var framand for at avtalar der sikringsføremålet var rådande kunne oppstå. Førearbeida er på denne måten

⁷⁶ Sjø Eckhoff, Rettskildelære.

⁷⁷ Sjø Brækhus, omsetning og kreditt s. 179

⁷⁸ Op.cit. slik Brækhus uttrykkjer det.

⁷⁹ Andreassen, factoringpant s. 117

noko uklare. Denne uklarheita måtte også lovgjevar ha sett under utarbeidinga av dekningslova.⁸⁰ Når spørsmålet var så uklart er det merkelig at ein i motiva til dekningslova ikkje søkte å avgrense det tydelegare.

Eg meina likevel at uklarheitene i førearbeida ikkje gjer det problematisk legge til grunn eit tingsinnbegrepsyn i omstøytingsspørsmålet, for avtalar om pant i næringsdrivande sine noverande og framtidige enkle fordringar, som oppnår rettsvern ved tinglysing, og der råderetten skal bli verande med pantsettar. Det er dette som skapar best samanheng i regelverket, og ein må legge mest vekt på det som kjem fram av dekningslova sine førearbeid.

⁸⁰ Sjø Skjærdal s. 268

5 Samanfating av argumenta for og i mot ei innskrenkande tolking av deknl. § 5-5 (4) – konklusjon

Samanfatningsvis kan ein sei at det som talar i mot ei innskrenkande tolking av dekningslova § 5-5 (4), er at ordlyden er klar, og ei den gir ingen grunn til at enkelte avtalar om pant i enkle pengekrav ikkje skal vere omfatta av den. Vidare er det i førearbeida til føresegna heller ikkje eksplisitt avgrensa mot nokre typar panteavtalar. Noko som er litt pussig sidan samanhangen mellom dekningslova og pantelova er så nær. Dersom lovgjevar såg den vide pantsettingstilgangen pantel. § 4-10, burde ordlyden blitt avgrensa dersom det var lovgjevar sin intensjon.

Sjølv om ein skal utvise varsemd med å tolke ei klar lovtekst innskrenkande, så meina eg at i dette tilfelle er det forsvarleg og naudsynt. Dei argumenta som er gjort gjeldande for ei innskrenkande tolking av deknl § 5-5 (4), er for det første at når panthavar ikkje har råderett over fordringar, så fjernar ein likskapen til betaling. Utanfor eit tingsinnbegreppssynspunkt kan råderettstanken ikkje åleine grunnge ei innskrenkande tolking. Likevel bidreg råderettstanken som argument til det neste grunnlaget som er gjort gjeldande for ei innskrenkande tolking av fjerde ledd. Nemleg at ein avtale om factoringpant som oppnår rettsvern ved tinglysing, de facto, er pant i tingsinnbegrep.

Legg ein til grunn eit tingsinnbegreppssynspunkt, og tolkar § 5-5 innskrenkande som fylgje av det, så gir ein fjerde ledd kunn verknad på dei disposisjonane som er omtala i førearbeida. Vidare oppnår ein betre samanhang i lovverket, med at alle avtalar om pant i tingsinnbegrep blir handsama etter den same omstøyttingsføresegna, deknl. § 5-7.

Konsekvensen av dette er at ein i omstøyttingsspørsmålet ikkje skal handsmane alle avtalar om pant i enkle fordringar som betaling, og subsumere dei under deknl. § 5-5. Dei pantedisposisjonane som er omfatta av den lempelegare betalingsføresegna i deknl. § 5-5 med ein ordnærreservasjon er: For det første er enkeltvispantsetting av enkle pengekrav etter pantel. § 4-4, som oppnår rettsvern ved melding til pantsettar sin skuldnar, omfatta. For det andre må også ein planmesse sigringsoverføring enkeltvis eller samla vere omfatta av deknl. § 5-5(4). Slike avtalar er det føresegna var meint å omfatte. Derimot må ein avgrense § 5-5 (4) mot avtalar etter § 4-10 som omfattar alle enkle pengekrav ein næringsdrivande ”har eller

får”, som oppnår rettsvern ved tinglysing, og der partane har avtalt at råderetten skal bli vereande hos pantsettar. Desse avtalane må i omstøytingssamanheng bli sett på som pant i tingsinnbegrep, og bli subsumert under dekn. § 5-7 som trygdgjeving for eldre gjeld, på lik line med tilsvarande avtalar i tingsinnbegrepsant.

6 Tankar om rettstilstanden – de lege ferenda

Som eg tidlegare har vore inne på kom Falkangerutvalet i NOU.1993.16 med forslag om å oppheve særregelen i dekl. § 5-5 (4), og føre alle pantsettingar og sikringsoverføringar av enkle pengekrav inn under dekl. § 5-7, fordi alle pantsettingar bør bli handsama på lik line i omstøytningssamanheng.⁸¹ Forslaget blei ikkje tatt til fylgje av departementet, som under tvil la vekt på at ein ville beskytte den tradisjonelle factoringverksemda, og ei sløyfing ville leie til alt for vid tilgang til omstøyting. Vidare blei det vektlagt at i praksis ville det bli vanskeleg å skilje mellom endeleg overdragingar av pengekrav, som fortsatt må subsumerast under § 5-5, og sikringsoverføringar eller pantsettingar av enkle pengekrav som då måtte fylgje av § 5-7.⁸²

Personleg meina eg at ein bør sløyfe dekl. § 5-5 (4). Dette vil skape ein betydeleg større samanheng i regelverket. Vidare er dagens regelverk unødig vanskeleg å praktisere, og skapar tvil. Eit av føremåla bak dei objektive omstøyttingsføresegnene er nettopp at dei skal vere oversiktelege, og enkle å praktisere. Omsynet til at factoringnæringa kan bli hardt ramma av den strengare omstøyttingsføresegna i § 5-7 må kunne bli ivaretatt, med ei enkel presisering.

⁸¹ NOU 1993.16 s. 123-124

⁸² Ot.prp.nr.26 (1998 -1999) s. 155

Litteraturliste

Bøker:

Factoringpant, Jens Edvin Andreassen, Universitetsforlaget, Oslo 1990.

Panterett, Jens Edvin A. Skoghøy, 2. Utgåve, Universitetsforlaget, 2008.

Panteloven, Jens Edvind A. Skoghøy, 2. Utgåve, Gyldendal 2003.

Mads Henry Andenæs, Konkurs, 3. Utgåve, Oslo 2009.

Sjur Brækhus, Omsetning og Kreditt 2, Pant og annen realsikkerhet 3. Utgåve, Universitetsforlaget, 2005.

Kristian Huser, Gjeldsforhandling og konkurs (3 bind 1987–1992).

Pengekravsrett, Trygve Bergsåker, 2. Utgave, Gyldendal akademisk 2011.

Rettsgrunnlag og standpunkt, Nils Nygaard, Universitetsforlaget 1999.

Rettskildelære, Torstein Eckhoff, Universitetsforlaget 2001.

Artiklar

Skjerdal, Nicolai Vogt: Omstøtelsesgrunnlag for pant i enkle pengekrav – betaling eller sikkerhetsstillelse?, Lov og Rett 1995 s. 262 – (LOR-1995-262).

Falkanger, Thor, Kjells Markiser: En høyesterettsdom om kassekreditt, pant og omstøtelse – Rt-2001-1136, 2003.

Skoghøy, Jens Edvin A. Factoring og Factoringpant, 1996

Studentoppgåve av Lars Petter Liland, Omstøtelse av factoringpant – De objektive omstøtelsesreglers anvendelse på avtaler etter panteloven § 4-10. Det Juridiske fakultet skriftserie nr. 70. (2006)

Førearbeid

Rådsegn 8 frå Sivillovbokutvalet

Ot.prp. nr. 39 (1977-78) Om pantelov

Innst. O. Nr. 19 (1979-1980 Innstilling fra Justiskomiteen om pantelov og lov om endringer i lov av 7. Juni 1935 nr. 2 om tinglysing og i en del andre lover.

NOU-1972-20 Gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) Gjeldsforhandling og konkurs, lov om fordringshavernes dekningsrett, lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning.

Ot.prp.nr. 53 (1990-1991) Om visse tiltak mot økonomisk kriminalitet

NOU:1993:16 Falkangerutvalget

Ot.prp.nr.26 (1998-1999) Konkurs- og pantelovgivningen m.v. (endringslov)