Lars Hedegaard Kristensen

Studier i erhvervsfinansieringsret

Sikkerhed i fordringer
Efterstillede kreditter

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2003

Studier i
erhvervsfinansieringsret
1. oplag

© 2003 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslaget er tilrettelagt af Morten Højmark
Tryk: Narayana Press, Gylling
Indbinding: Nordisk Bogproduktion, Haslev

Printed in Denmark 2003
ISBN 87-574-0923-4

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Box 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk
Homepage: www.djoef-forlag.dk

Indhold

Forord XV

Oversigt over anvendte forkortelser XVII

Kapitel 1. Erhvervsfinansieringsretten.
Fremstillingens metode og opbygning 1
1. Erhvervsfinansieringsretten 1
2. Aftalefrihed og præceptivitet i erhvervsfinansieringsretten 4
3. Fremstillingens metode 5
   3.1. Retsdogmatik 5
   3.2 Empiri 7
   3.3. Kreditgiversynsvinklen 8
   3.4. Nogle grundlæggende antagelser 9
4. Nærmere om fremstillingens emne og opbygning 12

Del I. Simple fordringer som kreditgrundlag 17

Kapitel 2. Generelt om sikkerhed i simple fordringer 19
1. Meddelelseskravets funktioner 19
   1.1. Almindelige bemærkninger 19
   1.2. Den tids- og prioritetskonstaterende funktion 23
   1.3. Den offentliggørende funktion 24
   1.4. Den rådighedsbegrænsende funktion 27
      1.4.1. Almindelige bemærkninger 27
      1.4.2. Inkassofuldmagt til overdrageren m.v. 32
2. Krav til meddelelsens indhold 40
3. Meddelelsens afsender og adressat 43
4. Tinglysning som alternativ sikringsakt 45

Kapitel 3. Byggeritransporter 49
1. Indledning 49

2. Byggelån og forhåndslån ... 51
2.1. Mellemfinansiering ... 51
2.2. Byggelån ... 51
2.2.1. Byggelånets karakteristika ... 51
2.2.2. Byggelånstransporter ... 54
2.3. Forhåndslån ... 59
3. Betaling af entreprenører og leverandører ... 62
3.1. Betydning for entreprenørtransporten som sikringsobjekt ... 62
3.2. Betaling a conto ... 63
3.3. Betaling efter en betalingsplan ... 65
4. Transportformerne ... 66
4.1. Hovedtransport ... 66
4.1.1. Generelt om hovedtransport ... 66
4.1.2. Rettigheder og pligter for transporthaver ... 70
4.1.3. Rådighedsproblemet ved hovedtransport ... 71
4.2. Eftertransport ... 74
4.3. Videretransport ... 75
4.4. Sekundær transport ... 77
4.4.1. Generelt om sekundær transport ... 77
4.4.2. Rådighedsproblemet ved sekundær transport ... 81
5. Gensidighedsforholdet. Negligeringsretten ... 85
5.1. Indledning ... 85
5.2. Ændringsretten ... 85
5.3. Negligeringsretten ... 85
6. Flere transporthavere indbyrdes. Problemtyperne ... 89
7. Identifikation af den transporterede (del af en) fordring ... 91
7.1. Problemstilling ... 91
7.2. Hvilken fordring ... 94
7.3. En del af en fordring ... 95
8. Placering i prioritetsrækken ... 98
8.1. Oversigt over momenterne ... 98
8.2. Pantsætningsaftalen ... 99
8.3. Den deklaratoriske regel ... 100
8.4. Pantsætters kompetence ... 101
8.5. Eksstinktion ... 101
9. Den primære transporthavers kreditudvidelse ... 109
9.1. Problemstilling ... 109
9.2. Særlige aftaler primært afgørende ... 110

9.2.1. Aftaler mellem transportgiver og transporthaverne. Transporterklæringerne ... 110
9.2.1.1. Den primære transport ... 110
9.2.1.2. Den sekundære transport ... 112
9.2.1.3. Særlige krav til meddelelsen om en indbrudstransport ... 113
9.2.2. Aftaler mellem den primære og den sekundære transporthaver ... 114
9.2.3. Deklaratorisk regel om kreditudvidelsesproblemet ... 117
9.2.4. Aftaleproblemet belyst ved U 1987.374 V ... 120
9.2.5. Særligt om uvedkommende gæld på forprioriteten ... 126
9.3. Andre kreditudvidelsestilfælde ... 130
9.3.1. Den primære transporthaver udvider kreditten i god tro ... 131
9.3.2. Gæld, der opstår »automatisk«, f.eks. renter, provision og omkostninger ... 132
9.3.3. Fordringer hidrørende fra tidligere påtagne forpligtelser. Eventualforpligtelser ... 133
9.3.4. Såkaldt »nødvendig kreditudvidelse« ... 134
9.3.4.1. Almindelige bemærkninger om nødvendig kreditudvidelse ... 134
9.3.4.2. Specielt om nødvendig kreditudvidelse i byggeriforhold ... 135
10. Oprykningsret ... 138

Kapitel 4. Factoring ... 141
1. Indledning ... 141
1.1. Begreb og systematik ... 141
1.2. Kort om norsk factoringpant ... 145
2. Motiver ved valg af factoring. Den factoringegnede virksomhed ... 147
3. Forholdet mellem factor og virksomheden ... 151
3.1. Inkasso ... 151
3.2. Bogholderi ... 156
3.3. Risikoafdækning ... 158
3.4. Finansiering ... 159
3.4.1. Finansieringsgrundlag ... 159
3.4.2. Factors udskydelsesret ... 162
3.4.3. Omfanget af factors panteret ... 164
3.4.3.1. Pengekrav ... 164

3.4.3.2. Salgsgenstanden i ejendomsforbeholdskøb . 165
3.4.3.3. Salgsgenstanden ved købers ophævelse ... 167
3.4.4. Deklaratoriske regler om forholdet mellem overdrager og erhverver, når skyldneren ikke betaler 168
3.4.5. Nogle centrale aftalevilkår om finansieringsfunktionen 172
3.4.5.1. Generelt om kreditlofter 172
3.4.5.2. Arrangementer med sikringskonto 172
3.4.5.3. Arrangementer uden sikringskonto 175
3.4.6. Factors sanktioner 175
3.4.6.1. Factors opsigelse 176
3.4.6.2. Factors ophævelse 178
3.4.6.3. Factors ret til erstatning 180
3.4.7. Momsspørgsmål 181
3.4.7.1. Fakturafordringerne 181
3.4.7.2. Salgsgenstanden i ejendomsforbeholdskøb . 181
4. Sikringsakt 183
4.1. Særligt om meddelelseskravet ved factoring og fakturabelåning 183
4.2. Betaling til overdrageren 186
4.2.1. Fejlbetalinger 186
4.2.2. Oppebørselsret for virksomheden 187
4.3. Sikringsakten ved international factoring 188
5. Pant i friværdien i et factoringarrangement 190
5.1. Forholdet mellem den sekundære panthaver og factor 191
5.2. Forholdet mellem panthaver og virksomhedens kreditorer og aftaleerhververe 195
5.2.1. »Sekundært pant i fakturafordringerne«. Meddelelse til factor 195
5.2.2. »Sekundært pant i sikringskonto« 196
6. Forholdet mellem factor og fakturaskyldneren 198
6.1. Virksomhedens legitimation 198
6.2. Indsigelser og modkrav 199
6.2.1. Indsigelser og modkrav fra virksomhedens side 199
6.2.2. Modkrav fra factors side 202
6.3. Cut off-klausuler 203
6.4. Passivitet m.v. 206
6.5. Fakturaskyldnerens tilbagebetalingskrav 211
7. Omstødelse i konkurs 216

7.1. Overdragelse til sikkerhed eller til eje ... 216
7.2. Anvendelse af KL § 70 ved factoring ... 222
7.2.1. Præsentation af problemet ... 222
7.2.2. Nettometoden ... 223
7.3 Omstødelse i forhold til sekundær panthaver ... 232

Kapitel 5. Finansiering ved koncerndannelse ... 237
1. Indledning ... 237
2. Aftalegrundlaget ... 241
2.1. Oversigt ... 241
2.2. Aftale om datterselskabets finansiering af moderselskabet ... 241
2.3. Aftale om pengeinstituttets finansiering af datterselskabet ... 246
2.4. Aftale med revisor ... 246
2.5. Aftale med moderselskabet om supplerende sikkerheder ... 248
3. Kort om nogle fordele og ulemper ved finansieringsformen ... 249
4. Datterselskabets kreditor- og omsætningsbeskyttelse ... 251
4.1. Betydning for selskabsopsplitningen ... 251
4.2. Det overdragnes identitet ... 251
4.3. Sikringsaktsproblemer ... 252
5. Omstødelse i konkurs ... 257
5.1. Oversigt over de enkelte tilfælde ... 257
5.2. Omstødelse af moderselskabets overførsler til datterselskabet ... 258
5.3. Omstødelse af datterselskabets betalinger til pengeinstituttet ... 259
5.4. Moderselskabets sikkerhedsstillelse over for pengeinstituttet ... 260
5.5. Nedbringelse af moderselskabets kassekredit ... 260
6. Identifikation ... 262
7. Andre formålsbestemte datterselskaber ... 268

Kapitel 6. Pant og modregning i indlånskonti ... 271
1. Indledning ... 271
2. Modregningsbetingelser. Modregningsbegrænsninger ... 272
2.1. Modregning over for kontohaver ... 272
2.2. Modregning over for udlægshaver ... 276
2.3. Modregning over for konkursbo ... 285
2.4. Modregning ved kontrabog ... 288
3. Sikringsakten ved pant og aftalt modregning ... 289

3.1. Pant i en indlånskonto 289
3.2. Aftaler om udvidet modregningsadgang 294
3.3. Særligt om kontohaverens konkurs 296

Del II. Depotsikkerheder 299

Kapitel 7. Generelt om sikkerhedsdepoter 301
1. Problemstilling 301
2. Generelt om identifikation og individualisering 303
2.1. Kort om begreberne 303
2.2. Individualiseringskravets formål og indhold 304
3. Generelt om rådighedsberøvelse 306
4. Realisation af pantet 308

Kapitel 8. Negotiable dokumenter – sikkerhedsdepoter 311
1. Indledning 311
2. Pantebrevet som negotiabelt dokument 312
3. Aktiebrevet som negotiabelt dokument 315
4. Overdragelse til eje eller overdragelse til sikkerhed 317
5. Identifikation og individualisering 318
5.1. Nogle formuleringseksempler 318
5.2. Særligt om negotiable dokumenter i såkaldt samledepot 322
6. Rådighedsberøvelse 324
6.1. Generelt om sikringsakten 324
6.2. Rådighedsberøvelsens etablering 326
6.2.1. Almindelige bemærkninger 326
6.2.2. Særligt om sekundært håndpant 327
6.3. Rådighedsberøvelsens opretholdelse 330
6.3.1. Almindelige bemærkninger 330
6.3.2. Særligt om pant i skiftende formuemasser 331
6.3.2.1. Problemet belyst ved U 1984.1071 H 331
6.3.2.2. Intet aftalt om sammenhæng mellem sikkerhed og gæld 335
6.4. Udlevering af dokumenter til begrænset formål 339

Kapitel 9. Fondsaktiver – sikkerhedsdepoter 341
1. Indledning 341
2. Oversigt over registreringsproceduren 343

2.1. Kontosystemet ... 343
2.2. Anmeldelse og prøvelse. Reaktionsmuligheder ... 346
3. Panterettens omfang ... 349
3.1. Pantsætningsaftalen ... 349
3.2. Indestående på VP-kontoen ... 350
3.3. Surrogater (udtrækninger, salgsprovenuer) ... 351
3.4. Accessorier (renter og udbytter) ... 351
4. Kreditor- og omsætningsbeskyttelse ... 353
4.1. Oversigt over problemtyperne ... 353
4.2. Identifikation og individualisering ... 353
4.3 Sikringsakt. Registrering og rådighedsberøvelse ... 357
4.3.1. Registrering ... 357
4.3.2. Rådighedsberøvelse ... 360
4.3.2.1. Pantsætters rådighed over pantsatte fondsaktiver ... 360
4.3.2.2. Pantsætters rådighed over salgsprovenuer m.v. (surrogater) ... 365
4.3.2.3. Pantsætters rådighed over renter og udbytter (accessorier) ... 366
5. Prioritetsforhold ved pant i fondsaktiver ... 367
5.1. Regelgrundlaget ... 367
5.2. Oprykningsret ... 368
5.3. Ombytning ... 369
5.4. Rykningsklausuler ... 371
5.5. Den pantesikrede fordrings størrelse ... 372

Del III. Efterstillede kreditter ... 375

Kapitel 10. Generelt om efterstillede kreditter ... 377
1. Indledning ... 377
2. Finansieringsret og selskabsret. En oversigt ... 379

Kapitel 11. Tilbagetrædelseserklæringer ... 383
1. Indledning ... 383
2. Forskellige typer af tilbagetrædelseserklæringer ... 385
2.1. K1 lover D at stå tilbage for K2 ... 386
2.2. K1 lover K2 at stå tilbage for (alle) andre kreditorer ... 388
3. Fordringer, som omfattes af tilbagetrædelseserklæringen ... 388

4. Betalinger. Modregning ... 392
5. Retsstillingen ved D's konkurs ... 394
6. Retsstillingen ved D's tvangsakkord ... 398
7. K2's kreditor- og omsætningsbeskyttelse ... 399
8. Omstødelse ved K1's konkurs ... 402
9. Regnskabsmæssig behandling ... 405

Kapitel 12. Ansvarlig lånekapital ... 407
1. Indledning ... 407
2. Motiver for optagelse og ydelse af ansvarlig lånekapital ... 409
3. Låntagers kreditorer og efterstillingsvilkåret ... 413
4. Lånevilkår. Deklaratoriske og særligt aftalte vilkår ... 418
   4.1. Oversigt over »atypiske« lånevilkår ... 418
   4.2. Långivers adgang til ophævelse ... 419
   4.3. Långivers adgang til opsigelse ... 420
      4.3.1. Løbetid aftalt og angivet i låntagers årsregnskab ... 420
      4.3.2. Løbetid ikke aftalt, men lånet meddelt i låntagers årsregnskab ... 421
   4.4. Låntagers adgang til indfrielse ... 422
      4.4.1. Løbetid aftalt og angivet i låntagers årsregnskab. Renter ... 422
      4.4.2. Løbetid ikke aftalt, men lånet meddelt i låntagers årsregnskab ... 423
   4.5. Betalingsvanskeligheder hos låntager ... 424
   4.6. Uretmæssig tilbagebetaling af det ansvarlige lån ... 425
   4.7. Sikkerhedsstillelse for ansvarligt lån ... 426
5. Modregning ... 427
   5.1. Långivers modregningsadgang ... 427
   5.2. Låntagers modregningsadgang ... 428
6. Virkninger i forbindelse med låntagers konkurs ... 431
   6.1. Indtræden af konkurs ... 431
   6.2. Indflydelse på bobehandlingen ... 433
   6.3. Konkursordenen ... 434
7. Låntagers tvangsakkord ... 437
   7.1. Oversigt over tvangsakkordformerne ... 438
   7.2. Det ansvarlige låns betydning for akkorddividenden ... 438
   7.3. Det ansvarlige låns stilling efter tvangsakkorden ... 439
   7.4. Ret til at stemme ... 443
8. Kapitaltab i aktie- og anpartsselskaber ... 444

9. Regnskabsmæssig behandling 446
10. Tvungen efterstilling af lån fra hovedaktionærer og -anpartshavere 447

Del IV. Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater – perspektivering 449

Kapitel 13. Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater – perspektivering 451
1. Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater 451
2. Perspektivering 471

Corporate Finance Law. Summary 479
Litteratur (bøger) 493

Forord

Med hovedtitlen *Erhvervsfinansieringsret* er det tilkendegivet, at denne fremstilling omhandler de retlige aspekter af finansieringsaftaler mellem professionelle kreditgivere og deres erhvervsdrivende kunder. Fremstillingen er opbygget således, at der i de enkelte kapitler er taget udgangspunkt i konkrete finansieringsaftaler dels om sikkerhed i fordringer, dels om efterstilling for kreditgiveren. De to emnekredse er behandlet i henholdsvis kapitel 2-9 og 10-12. Behandlingen af hvert enkelt emne er udført som en studie af navnlig de problemer af sikkerhedsmæssig art, som den pågældende finansieringsform giver anledning til. Et grundlæggende formål med fremstillingen er at vise samspillet mellem specielle finansieringsaftaler og almindelige obligationsretlige, tingsretlige og insolvensretlige regler.

Af hensyn til fremstillingens praktiske anvendelighed er gennemgangen af finansieringsformernes retlige aspekter i vidt omfang udbygget med en beskrivelse af praktiske fremgangsmåder og hensyn – og med en gennemgang af konkrete formuleringseksempler. Fremstillingen er tillige et retsteoretisk arbejde, men således at de teoretiske problemer i videst muligt omfang er søgt anbragt i en praktisk sammenhæng.

For arbejdet med fremstillingen skylder jeg tak til en lang række personer med tilknytning til den finansielle sektor. Jeg er blevet mødt med megen velvilje og hjælpsomhed og har blandt andet i vidt omfang fået udleveret finansielle virksomheders interne »set-ups«, således at fremstillingen forhåbentlig derigennem er tilført den fornødne praktiske indsigt. Størstedelen af det modtagne materiale – og oplysninger om materialets oprindelse – har jeg lovet at behandle fortroligt, men jeg er bidragyderne stor tak skyldig.

Mange tak til professor, dr. jur. Halfdan Krag Jespersen, som har givet mig megen inspiration til arbejdet. Professor, dr. jur. Torsten Iversen har gennemlæst hele manuskriptet og er kommet med mange forslag til forbedringer. Herfor skylder jeg ham megen tak. Endvidere tak til professor, dr. jur. Jens Peter Christensen, som har gennemlæst hele manuskriptet og har været mig en stor støtte både med sine mange værdifulde råd og med sit engagement i

arbejdet. Ansvaret for eventuelle fejl og mangler, der står tilbage, er naturligvis helt og holdent mit eget.

Der er ikke taget hensyn til materiale offentliggjort efter den 1. november 2002.

Lars Hedegaard Kristensen

Oversigt over anvendte forkortelser

AFTL:	Aftaleloven
AL:	Aktieselskabsloven
APL:	Anpartsselskabsloven
BGB:	Bürgerliches Gesetzbuch
BSL:	Bank- og sparekasseloven
FAL:	Forsikringsaftaleloven
FT:	Folketingstidende
GBL:	Gældsbrevsloven
H:	Højesteret
KAL:	Kreditaftaleloven
KBL:	Købeloven
KL:	Konkursloven
ND:	Nordisk Domssamling
NJA:	Nytt Juridiskt Arkiv
NOU:	Norges Offentlige Utredninger
NRt:	Norsk Retstidende
RPL:	Retsplejeloven
R&R:	Revision & Regnskabsvæsen
SH:	Sø- og Handelsretten
SOU:	Statens Offentliga Utredningar
SvJT:	Svensk Juristtidning
TfR:	Tidsskrift for Rettsvitenskab
TfS:	Tidsskrift for Skatter og Afgifter
TL:	Tinglysningsloven
U:	Ugeskrift for Retsvæsen
V:	Vestre Landsret
VPHL:	Værdipapirhandelsloven
Ø:	Østre Landsret
ÅL:	Årsregnskabsloven

KAPITEL 1

Erhvervsfinansieringsretten Fremstillingens metode og opbygning

1. Erhvervsfinansieringsretten

Med hovedtitlen »erhvervsfinansieringsret« er det tilkendegivet, at denne fremstilling angår de juridiske aspekter af erhvervsvirksomheders kreditoptagelse hos professionelle kreditgivere som f.eks. pengeinstitutter og finansieringsselskaber. Som professionel kreditgiver anses i denne sammenhæng også en hoved- eller eneaktionær (eller -anpartshaver), som yder kredit til »sit« selskab, jf. om sådanne tilfælde navnlig nedenfor i kapitel 10-12.

Erhvervsfinansieringsretten spænder over store dele af privatretten, idet der opstår problemer af blandet obligationsretlig, tingsretlig og insolvensretlig art. Obligationsretten beskæftiger sig med fordringsrettigheder, d.v.s. de rettigheder, der kan gøres gældende mod en bestemt person. Tingsretten beskæftiger sig med rådighedsrettigheder, d.v.s. de rettigheder, der kan gøres gældende over en bestemt formuegenstand. Tingsretten underinddeles normalt i en dynamisk del og en statisk del. Den dynamiske tingsret, der er et hovedemne i denne fremstilling, vedrører reglerne om rettigheders (herunder panterettigheders) overgang og erhververens (herunder panthaverens) retsforhold til tredjemand. Insolvensretten vedrører reglerne om retsforfølgende kreditorers muligheder for at opnå fyldestgørelse, enten gennem universalforfølgning eller individualforfølgning mod skyldneren.

Inden for privatretten har navnlig formueretten i en årrække gennemgået en »atomisering«, hvor stadig flere discipliner har skilt sig ud som selvstændige fagområder. Dette er også sket med finansieringsretten, hvilket har været særdeles velbegrundet. Således rummer finansieringsaftaler ofte aspekter fra *så* mange fagområder, at disse aftaler vanskeligt har kunnet beskrives inden

for traditionelle faggrænser. Allerede den sædvanlige opdeling af formueretten i en tingsret og en obligationsret har modvirket en samlet beskrivelse af mange finansieringsaftaler: Dele af de enkelte kontraktstyper – de dele, som vedrører forholdet mellem finansieringsaftalens umiddelbare parter – hører traditionelt hjemme i obligationsretten. Andre dele af kontraktstyperne – de dele, som vedrører forholdet til tredjemand (d.v.s. overdragerens omsætningserhververe og retsforfølgende kreditorer) – hører derimod hjemme i tingsretten. Ved en opdelt behandling af en finansieringsaftale i dens obligationsretlige, tingsretlige og insolvensretlige enkeltdele vil der let ske tab af delemner – og overblik – ligesom de sammenhænge, der er mellem f.eks. finansieringsaftalens obligationsretlige og tingsretlige dele, vanskeligere lader sig forklare. Der skal straks nævnes et oplagt – og banalt – eksempel herpå, nemlig det klassiske emne »byggeritransporter«, der traditionelt har været det gennemgående typeeksempel i de *panteretlige* lærebogsfremstillingers afsnit om sikkerhed i simple fordringer. I så henseende har byggeritransporter været velegnet som en praktisk udbredt transportform. Ved en ensidig fokusering på de sikkerhedsproblemer, som disse transporter rejser, tabes imidlertid let den pointe, at den faktiske værdi af en byggeritransport som sikringsobjekt først kommer klart frem, hvis også de aftalte principper for fordringernes betaling (a conto eller i rater) – fordringens *obligationsretlige* regulering – inddrages. Byggeritransporter er i øvrigt behandlet nærmere nedenfor i kapitel 3.

Denne fremstilling bygger – som i øvrigt også visse andre finansieringsretlige specialfremstillinger – på den opfattelse, at de fleste finansieringsretlige emner i kraft af deres udspænding over navnlig obligationsret, tingsret og insolvensret så at sige har en integreret karakter. Mislykkes integrationen af et af de relevante fagområder, fortabes muligheden for en dækkende beskrivelse af de pågældende emner.

Som titlen angiver, postuleres det, at det giver mening at beskæftige sig med en særlig »*erhvervs*finansieringsret«. Postulatet støttes navnlig på tre forhold:

For det første er der en række lovregler, som slet ikke gælder for erhvervskreditter, men kun for forbrugerkreditter, jf. nogle kortfattede eksempler nedenfor.

For det andet er der i mange henseender forskel på de *typer* af finansieringsaftaler, som f.eks. pengeinstitutterne indgår med deres privatkunder og deres erhvervskunder. Dette forhold har i høj grad været udslagsgivende for disponeringen af denne fremstilling. De behandlede aftaletyper har for langt størstedelens vedkommende normalt erhvervsdrivende som kontrahenter. Med betegnelsen »*erhvervs*finansieringsret« er der imidlertid ikke taget afstand fra,

at erhvervsdrivende – måske især mindre erhvervsdrivende – kan være i en sådan underlegen position i forhold til en professionel kreditgiver, at der *kan* være samme hensyn at tage som i en forbrugerkreditaftale.

For det tredje påkalder en egentlig erhvervsfinansieringsret sig særlig interesse, fordi det er her, de moderne erhvervsvirksomheders behov for kapitaltilførsel så at sige brydes med den klassiske formueret, der i hvert fald for tingsrettens vedkommende i vidt omfang er udviklet og lovreguleret under ganske andre samfundsforhold end dem, der består i dag.

Udsondringen af en særlig erhvervsfinansieringsret er som antydet ikke udtryk for afstandtagen til forbrugerkreditretten og dette retsområdes særlige regelværk. På en række områder kan der i øvrigt slet ikke med mening sondres mellem en »erhvervsfinansieringsret« og en »forbrugerkreditret«, idet visse regler gælder uden hensyntagen til forholdets karakter. Navnlig er det ved bedømmelsen af, om der er opnået den krævede tinglige beskyttelse for en panteret, uden betydning, om kreditten er ydet til en forbruger eller til en erhvervsdrivende: Gælder der et krav om sikringsakt, skal dette krav naturligvis under alle omstændigheder opfyldes. (Noget andet er, at pant i visse tilfælde slet ikke kan aftales i forbrugerforhold, jf. f.eks. KAL § 21, der indeholder en hovedregel om forbud mod pant i det solgte i forbrugerkreditkøb).

De tingsretlige reglers særlige stilling er rammende udtrykt af *Knut Rodhe* i forordet til Handbok i sakrätt (1985) s. XXII, hvor *Rodhe* erindrer følgende fra sin tid som studerende hos den svenske professor *Karl Olivecrona:*

> »Jag minns hur han i undervisningen inskärpte hos sina lärjunger, att sakrätten är et system av spelregler, som medborgerna har att följa. Den som rätter sig efter spelreglarna vinner, den som inte rätter sig efter dem förlorar, även om det er aldri så synd om honom.«

Mens sikringsaktsreglerne ikke tager hensyn til parternes status, er forholdet et ganske andet i obligationsretten, hvor forbrugerne har en særstatus i *så* mange henseender, at der for længst er udviklet en egentlig forbrugerret. Også på kreditrettens område gælder der som nævnt særlige forbrugerregelsæt, således at der kan siges at gælde en særlig forbrugerkreditret. Her skal blot nævnes kreditaftalelovens regler om pengelån samt de særlige regler om misligholdelse og henstand i kautionsforhold, jf. BSL § 41 a. Hverken disse regler – eller andre særlige forbrugerbeskyttelsesregler – behandles imidlertid i denne fremstilling.

2. Aftalefrihed og præceptivitet i erhvervsfinansieringsretten

I erhvervsfinansieringsretten gælder et udgangspunkt om aftalefrihed, således forstået at det som udgangspunkt er op til parterne selv, hvorledes de ønsker deres *indbyrdes* forhold reguleret. Dette udgangspunkt gælder også mellem f.eks. pengeinstitutter og deres erhvervsdrivende kunder. En afvejning af styrkeforholdet falder i de fleste tilfælde ud til de professionelle kreditgiveres fordel. Erhvervskunderne er imidlertid langt fra i samme omfang som privatkunder beskyttet af præceptive lovregler. Kreditaftaleloven er det klareste eksempel herpå, idet lovens udgangspunkt om beskyttelsespræceptivitet i KAL § 7, stk. 1, alene gælder i forbrugerforhold. Kreditoptagende erhvervsvirksomheder er dog selvfølgelig som alle andre beskyttet af aftalelovens ugyldighedsregler samt kravet om redelig forretningsskik og god praksis i lov om finansiel virksomhed § 3, stk. 1 – regler, hvis retsvirkninger heller ikke erhvervsvirksomheder på forhånd kan give afkald på at påberåbe sig. Noget andet er, at kravet om redelig forretningsskik m.v. næppe har helt samme indhold i forhold til erhvervsvirksomheder som i forhold til forbrugere. Udtrykt firkantet må erhvervsvirksomheder fra pengeinstitutternes side finde sig i en mere hårdhændet behandling end forbrugere. Dette kan eksempelvis blive tilfældet ved udformningen og forståelsen af klausuler om pengeinstitutternes adgang til opsigelse og ophævelse af kreditaftaler i tilfælde af misligholdelse i erhvervs- henholdsvis privatkundeforhold.

Når det indledningsvis i dette afsnit er fremhævet, at der i erhvervsfinansieringsretten gælder et princip om aftalefrihed i parternes *indbyrdes* forhold, skyldes det, at sagen er en ganske anden, når det gælder *forholdet til tredjemand*. Denne pædagogisk vigtige pointe er allerede gjort af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 22. Tredjemand skal naturligvis ikke tåle, at pantsætters og panthavers aftaler eller forestillinger om sikringsaktskravets indhold bliver afgørende for løsningen af en eventuel prioritetskonflikt. Det ville være undergravende for centrale omsætningshensyn og invitere til allehånde kreditbesvigelser, om pantsætter og panthaver mellem sig kunne afgøre, hvorledes der skulle forholdes, for at en given pantsætning nød kreditor- og omsætningsbeskyttelse. I forhold til tredjemand – i det tingsretlige forhold – er der behov for klare og faste regler, hvis indhold skal være upåvirket af aftalerne i partsforholdet – det obligationsretlige forhold. Den præceptivitet, der hermed bliver tale om, når det gælder tredjemands retsstilling, angår navnlig reglerne om sikringsakter samt reglerne om omstødelse i konkurs. Kravet om foretagelsen af en sikringsakt bygger på en antagelse om, at det er lettere at behandle bevisspørgsmål, som angår

foretagelsen af en sikringsakt, end bevisspørgsmål om en aftales indgåelse og legitimitet, jf. *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 289. I modsætning til aftalen mellem pantsætter og panthaver er sikringsakten således et »udefra« konstaterbart faktum, hvor det eksempelvis ved henvendelse til skyldneren for en simpel fordring, kan konstateres, om meddelelse efter GBL § 31 er givet.

Det skal nævnes, at den beskrevne præceptivitet ikke tvinger erhvervsfinansieringsaftalens parter til at vælge bestemte sikringsformer – men den underlægger parterne ufravigelige regelsæt, når de *har* etableret en given sikringsform. Blot som et eksempel – der i øvrigt også illustrerer forskellen til forbrugerkreditretten – kan atter nævnes KAL § 21, der for forbrugerkreditkøb indeholder en hovedregel om forbud mod, at forbrugeren giver kreditsælgeren pant i det solgte til sikkerhed for købesummen. Hermed er tilsigtet et »enstrenget« system, der gør ejendomsforbeholdet til den relevante sikringsform i forbrugerkreditkøb. Reglen gælder ikke uden for forbrugerkreditkøb: På den ene side kan en sælger og en køber i erhvervsforhold vælge pant som sikringsform – men indgås aftale om pant, *skal* pantsætningsreglerne følges, for at panthaver nyder beskyttelse over for pantsætters retsforfølgende kreditorer. På den anden side kan sælger og køber vælge ejendomsforbeholdet som sikringsform – men indgås aftale om ejendomsforbehold, *skal* ejendomsforbeholdsreglerne følges, for at ejendomsforbeholdssælger nyder beskyttelse over for købers retsforfølgende kreditorer.

3. Fremstillingens metode

3.1. Retsdogmatik

I den foreliggende fremstilling anvendes helt overvejende en traditionel *retsdogmatisk* metode. Fremstillingen tager sigte på en undersøgelse af gældende dansk ret. Herved forstås de regler, der »egner sig til nu for tiden at anvendes af retsudøvende myndigheder«, jf. således *Ussing:* Obligationsretten, Almindelig Del, 4. udgave (1967) s. 2 – og som derfor *bør* lægges til grund ved eksempelvis domstolsafgørelser. *Ussing* har i U 1934 B s. 292 udtrykt forholdet fyndigt i en anmeldelse af to af *Alf Ross'* værker. Hos *Ussing* hedder det på anførte sted:

> »Jeg er fuldt og fast overbevist om, at det – hvad enten man saa kalder det Videnskab eller ej – er nødvendigt at skrive dogmatiske Fremstillinger, der søger at fremstille »gældende Ret«. [...] Det, vi plejer at kalde gældende Ret, har intet med Forestillinger

om en højere »Gyldighed« at gøre, men betegner for dem, der fremstiller et Lands gældende indre Ret under rolige Retsforhold, kun et System af Retsregler, der efter Forf.'s Mening egner sig til nu for Tiden at anvendes af de retsudøvende Myndigheder. Det er dels Oplysninger om Love, Domme og andet historisk Stof, der kan ventes at motivere Retsafgørelser, dels Udtalelser om, hvad Forf. som Retsudøver vilde finde sig motiveret til at gøre, og hvad han derfor anbefaler de retsudøvende Myndigheder at lade sig motivere af. *Efter min Mening er dette Kærnen i Juraen. [...] Dogmatikerne kan derfor med Sindsro fortsætte deres Arbejde, men de bør selvfølgelig efterprøve, hvorvidt deres Tanker er paavirket af metafysiske Ideer* [Min udhævning]«.

Da formålet med fremstillingen som nævnt er at foretage en analyse af gældende *dansk* ret, er der ikke foretaget videregående komparative studier. Dog er norsk og svensk ret inddraget løbende. Årsagen hertil er, at de behandlede grundproblemer i vidt omfang er fælles for de enkelte nordiske lande, og at der derfor formodningsvis er »mest at hente« ved inddragelse af retskildemateriale fra de to nævnte lande. I praksis er der dog også forskelle, som løbende vil vise sig i detailreguleringen af de behandlede finansieringsformer. Således er norsk og svensk ret ikke blot en »gentagelse« af problemerne i dansk ret, men er ligeledes egnet til en perspektivering af de danske regler. Hertil kommer, *at* man i svensk ret anerkender det såkaldte företagshypotek, som medfører, at der via en registreringsordning kan gives ret til fortrinsvis fyldestgørelse i de fleste af en erhvervsvirksomheds aktiver, *og at* man i norsk ret bl.a. anerkender et såkaldt factoringpant, som ligeledes ved en registreringsordning giver mulighed for pantsætning af en erhvervsvirksomheds udestående fordringer (krav på »vederlag for varer og tjenester«).

Med fremstillingen tilsigtes det at give en beskrivelse, som p.d.e.s. er praktisk og teoretisk dækkende for de behandlede finansieringsformer i deres helhed, men som p.d.a.s. er særligt koncentreret om de konkrete problemer, som i retspraksis og litteratur må siges at være tyndt beskrevne, eller hvorom der efter retspraksis og litteratur hersker særlig tvivl eller uenighed. Målet har været dels at præsentere det »sikre« stof i en kort, kondenseret form, dels at foretage nærmere undersøgelser af de særlige tvivlsspørgsmål, der knytter sig til de behandlede finansieringsformer. I fremstillingen er der først og fremmest lagt vægt på praktikabilitet og relevans samt på at bidrage til løsningen af konkrete retlige problemer.

Det følger af det anførte, at selv om fremstillingen er bygget op over en række enkelte kontraktstyper, er der ikke tale om, at de enkelte spørgsmål inden for disse kontraktstyper er behandlet med samme intensitet. I så fald ville fremstillingen i øvrigt have været langt mere omfattende, end tilfældet er. Det er således først og fremmest de særligt tvivlsomme spørgsmål inden

for de enkelte finansieringsformer, der er behandlet nærmere. Såvel retspraksis, modstridende litteraturudtalelser, kontraktsmateriale som interviewundersøgelser »i marken« har været afgørende for, hvad der i denne forstand er anset som mere tvivlsomme spørgsmål, således at en nærmere undersøgelse af netop disse enkeltspørgsmål er blevet anset for tiltrængt.

3.2. Empiri

Til brug for fremstillingen er der indsamlet et stort antal dokumenteksempler vedrørende de behandlede aftaletyper.

De forskellige kontrakter er ikke offentligt tilgængelige – bortset fra nogle tilfældige optryk i Ugeskrift for Retsvæsen m.v. – og muligheden for at komme i besiddelse af dokumenteksempler har beroet på ren villighed hos kontraktsparter, advokater og finansielle virksomheder i hvert enkelt tilfælde. Det følger heraf, at indsamlingen af kontraktsmateriale ikke er sket efter på forhånd fastsatte principper, men at der simpelt hen er indhentet materiale, hvor det har været praktisk muligt.

Kontraktspraksis er inddraget i fremstillingen på den måde, at kontrakterne i vidt omfang har været en *inspiration* til at tage konkrete problemer op. Det skal dog understreges, at der alene har været tale om inspiration til at tage problemer op med henblik på at underkaste dem en analyse. Et omfattende dokumentmateriale er velegnet til at vise, *hvor* problemerne findes, men det er som udgangspunkt uegnet til at bidrage til problemernes løsning, hvor der ikke er indgået nogen aftale.

Det har ikke været muligt – og ville i øvrigt næppe heller være givende – at dyrke statistik på det indsamlede materiale. Det postuleres imidlertid, at mængden af indsamlede dokumenteksempler har frembragt et repræsentativt materiale. Dette kan dog ikke dokumenteres. Den indvending, at indsamlingen har givet et »tilfældigt« materiale, kan altså p.d.e.s. ikke modbevises, men hævdes p.d.a.s. at være uinteressant: Formålet med indsamlingen af materiale har ikke været at tælle juridiske problemer, men at løse dem.

Om man vil, kan man sige, at inddragelsen af – inspirationen fra – de indsamlede kontrakter indebærer anvendelse af en retssociologisk metode. Det vil dog kunne hævdes, at en sådan metodologi ikke bliver dokumenteret overbevisende i fremstillingen. Dette skyldes, at det nævnte kontraktsmateriale som nævnt generelt er fortroligt, således at hverken dets oprindelse eller indhold har kunnet gøres offentligt tilgængeligt. Det anførte kan siges at indebære, at der bag den i øvrigt konsekvent gennemførte retsdogmatiske metode i det skrevne »skjuler sig« et større, forudgående retssociologisk

stykke arbejde i form af undersøgelser af kontraktspraksis og gennemførelse af interviews med ansatte i den finansielle sektor.

I overensstemmelse hermed er fremstillingen udarbejdet med blik for, hvordan reglerne påvirker samfundsforholdene på det helt jordnære plan i udformningen af finansieringsaftaler. Den praktiske tilrettelæggelse af de forskellige kontraktstyper er i en række tilfælde beskrevet ganske nøje. Inspireret af de indsamlede finansieringsaftaler og retspraksis indeholder fremstillingen i øvrigt en række praktiske råd om sikringsarrangementers tilrettelæggelse.

Domsanalyserne er nok søgt gennemført således, at der på traditionel vis er søgt udledt retssætninger af dommene. Domsanalyserne er imidlertid i flere tilfælde tillige søgt gennemført således, at der i alternative, tænkte scenarier er ændret på et eller flere faktiske forhold med henblik på at belyse, *dels* hvad et holdbart arrangement kunne have »tålt« af afvigelser fra den anvendte fremgangsmåde, *dels* hvad et uholdbart arrangement skulle have været »tilført«, for at en sikkerhed kunne have været opretholdt.

3.3. Kreditgiversynsvinklen

Ved beskrivelsen af så at sige enhver aftaletype afhænger vægtningen af de retlige og praktiske problemer nok så meget af, hvilken parts synsvinkel der anlægges. Med denne fremstilling er det tilsigtet at behandle både de professionelle kreditgiveres og de kreditoptagende erhvervsvirksomheders problemer, der er søgt beskrevet så afbalanceret som muligt. Det er dog til stadighed tilstræbt at lægge vægten, hvor risikoen for juridiske fejl i arrangementernes tilrettelæggelse er størst – og det vil ud fra en praktisk betragtning oftest være på kreditgiversiden. Navnlig når det kommer til spørgsmålet om, hvad der i givne tilfælde kræves til opnåelse af tinglig beskyttelse – et hovedemne i fremstillingen – er vægten lagt på en behandling af problemerne, som de ser ud fra kreditgiverens (panthaverens) synsvinkel.

Anskuer man finansieringsretten fra kreditgiverens synsvinkel, kan de forskellige krav mod den kreditoptagende virksomhed indplaceres i en fyldestgørelsesrækkefølge, som er bestemt af stillingen ved den kreditoptagende virksomheds konkurs:

Øverst i denne rækkefølge finder man de pantesikrede krav, der fyldestgøres først.

Dernæst kommer – idet der bortses fra visse privilegerede krav, jf. nærmere KL §§ 93-96 – de simple kreditorkrav, der fyldestgøres efter et lighedsprincip, jf. KL § 97.

Selv hvis der ses bort fra konkurslovens regler om fortrinsstilling for privilegerede krav (jf. KL §§ 93-96, der ikke behandles her), kan der for en rent *praktisk* betragtning hævdes at bestå et mellemområde mellem de to netop nævnte placeringer i fyldestgørelsesrækkefølgen. Således kan en KL § 97-kreditors stilling forbedres på forskellig vis, uden at der gives sikkerhed i skyldnerens aktiver. Som ét eksempel kan nævnes, at én kreditor accepterer at stå tilbage for en bestemt anden kreditor, således at dividenden på den fordring, der er trådt tilbage *med*, udbetales til den fordringshaver, der er trådt tilbage *for*, jf. om disse såkaldte tilbagetrædelseserklæringer nedenfor i kapitel 11. Reelt er der hermed stillet et tredjemandspant med dividenden på den fordring, der er trådt tilbage med, og modtageren af løftet om tilbagetræden er stillet bedre end andre simple kreditorer i fyldestgørelsesrækkefølgen. Som et andet eksempel kan nævnes, at kreditgiveren måske nok er placeret på KL § 97-niveau i fyldestgørelsesrækkefølgen, men at den kreditoptagende virksomheds forhold på det obligationsretlige plan er indrettet således, at der ikke stiftes andre kreditorkrav, som kan konkurrere med kreditgiveren i tilfælde af økonomisk sammenbrud hos skyldneren. Etablering af en sådan enekreditorstatus kendes fra flere typer af sikkerhedsarrangementer, navnlig den såkaldte finansiering ved koncerndannelse, jf. herom nedenfor i kapitel 5.

Efter de simple kreditorkrav rangerer tilgodehavender, for hvilke fordringshaveren har afgivet tilsagn om efterstilling. Sådanne tilsagn kan være givet enten i forhold til en enkelt kreditor (ved en tilbagetrædelseserklæring, jf. herom nedenfor i kapitel 11) eller generelt i forhold til den kreditoptagende virksomheds samtlige kreditorer (som ansvarlig lånekapital, jf. herom nedenfor i kapitel 12).

Nederst i rækkefølgen rangerer egenkapitalen, der groft sagt er det beløb, som virksomheden »skylder« sin ejer.

3.4. Nogle grundlæggende antagelser

I fremstillingen opstilles ingen teser i sædvanlig forstand, men fremstillingen hviler selvsagt på nogle grundlæggende antagelser:

Én grundlæggende antagelse er allerede præsenteret ovenfor – nemlig antagelsen om, at det giver mening at beskæftige sig med erhvervsfinansieringsretten som særligt retsområde. *Dels* fordi hensynene typisk er nogle andre end i forbrugerkreditaftaler, *dels* fordi der i finansieringsaftalernes mangfoldighed kan udfindes en række aftaler, som er erhvervstypiske og har deres egne særegenheder. Visse af disse finansieringsaftaler er i øvrigt hidtil kun behandlet sporadisk, men ikke i sammenhæng. Dette gælder således

reglerne om tilbagetrædelseserklæringer og ansvarlig lånekapital, jf. henholdsvis kapitel 11 og 12.

En anden grundlæggende antagelse – som vil blive dokumenteret flere steder i fremstillingen – er følgende: Når de mange forskellige specialregler om finansieringsformerne fra de traditionelle fagområder samles under et »nyt« fagområde, sker der let tab af arvegods fra navnlig formuerettens almindelige del. Den centrale – klassiske – formueret ændrer selvsagt ikke karakter, fordi der i litteraturen foretages en udskilning af visse emner, som behandles under overskriften »finansieringsret«, »kreditret« eller lignende. Det er derfor tilsigtet at foretage en undersøgelse af nyere dansk litteratur og retspraksis med henblik på at konstatere, om (1) domspraksis, (2) litteraturudsagn og (3) dokumentpraksis står for en nærmere prøvelse i lyset af gældende dansk formueret. Der skal allerede her fremsættes den påstand, at dette i hvert fald undertiden viser sig ikke at være tilfældet.

En tredje grundlæggende antagelse er, at det tjener et selvstændigt formål at gennemgå et antal sikkerhedsarrangementer, som (næsten) alle har overdragelse af pengefordringer som udgangspunkt, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4. Herved muliggøres en løbende sammenligning af navnlig sikringsakternes formål og funktion. I denne fremstilling fokuseres nok så meget på den simple fordring som sikringsobjekt – og med hensyn til den krævede sikringsakt fokuseres i høj grad på det såkaldte »rådighedsproblem«, d.v.s. spørgsmålet om, hvilken råden det kan tillades pantsætteren at udøve over fordringen, uden at panthaveren mister kreditor- og omsætningsbeskyttelse.

En fjerde grundlæggende antagelse er, at sikringsaktsreglerne fungerer bedst i enstrengede systemer, hvor en valgt sikringsform kræver én – og kun én – sikringsakt. Med andre ord bør det i videst muligt omfang undgås, at sikkerhedsobjekter kan anvendes med to eller flere sikringsakter som ligeværdige alternativer. I løbet af fremstillingen vil der blive præsenteret en række sikringsformer, hvor der kendes et system med alternative sikringsakter. Sikringsakternes formål er grundlæggende at modvirke kreditorbesvigelser (i form af antedateringer og proformaværk) samt at modvirke skuffelser i omsætningsforhold, jf. nærmere om disse hensyn nedenfor i kapitel 2, afsnit 1. Det forekommer ifølge retspraksis at være praktiske hensyn, som undertiden har ført til, at flere sikringsakter er anerkendt som ligeværdige. Det er et grundsynspunkt, at selv tungtvejende praktiske hensyn ikke fjerner den principielle betænkelighed ved alternative sikringsakter, hvilket vil blive illustreret løbende i fremstillingen, hvor sådanne sikringsaktssystemer er anerkendt. Det er endvidere et grundsynspunkt, at systemer med alternative sikringsakter overhovedet kun bør anerkendes, hvor særdeles tungtvejende grunde taler

herfor, og at den foreliggende domspraksis herom snarere bør fortolkes indskrænkende end udvidende.

En femte grundlæggende antagelse – som ligger i forlængelse af det netop anførte – er, at hensynet til kreditten varetages bedst ved faste og klare regler på det tingsretlige plan, navnlig med hensyn til sikringsakter. Karakteristikken af de tingsretlige regler som »spelregler«, jf. citatet fra *Rodhe* ovenfor i afsnit 1 kan således fuldt ud tiltrædes. Karakteristikken er træffende, fordi det netop kun lader sig gøre at gennemføre et spil, hvis der gælder klare regler herfor. Idelige uklarheder om reglerne ødelægger spillet. Det er selvsagt særdeles uheldigt, hvis uklarheder får indflydelse på tilførsel af likviditet til erhvervslivet. Dén, der yder kredit, bør *principielt* kunne gives et sikkert svar på, om et sikkerhedsarrangement nyder beskyttelse mod pantsætters kreditorer og aftaleerhververe. Omvendt bør tredjemand – der typisk ikke var deltager, da spillet startede – sikres de bedste muligheder for at kunne konstatere, om spillereglerne er overholdt, eller om långiver og låntager har »fusket« med reglerne. – Ved anerkendelse af nye/alternative sikringsformer anføres ofte »praktiske hensyn« eller »hensynet til finansieringen« anført som argument, jf. generelt om finansieringsretten *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 31 og *Lars-Erik Taxell:* Panträtt i skuldebrev (1949) s. 1, der taler om de »reella övervägendenas betydelse«. Se også *Staffan Myrdal:* Borgenärsskyddet (2002) s. 18, hvor det hedder at »det, grovt sett, sedan 1980-talet i rättspraksis (til stor del i enlighed med rekommendationer i litteraturen [har] skett en ökad pragmatism vid tillämpningen af borgenärsskyddsreglerna«. Denne udvikling genfindes på en række områder også i dansk tingsret. Grundsynspunktet i denne fremstilling er imidlertid, at domstolene bør være tilbageholdende med at bøje sig for de kastevinde, som navnlig blæser fra den finansielle sektor, der grundlæggende har én interesse: At så mange aktiver som muligt skal kunne belånes på den måde, som er lettest for de finansielle virksomheder. Det er i praksis pengeinstitutterne, som »kommer først til fadet« med sikkerheder, og her vil man utvivlsomt forsyne sig lige så rigeligt, som domstolene tillader. Foreløbig må det dog konstateres, at domstolene har klaret opgaven og har opstillet klare typeløsninger for selv de mere atypiske tilfælde: Man kan selvfølgelig leve udmærket med, at eksempelvis goodwill kan pantsættes efter løsøreregler, jf. f.eks. U 1993.857 H (selv om de to ting intet som helst har med hinanden at gøre). Man kan selvfølgelig også godt leve med, at vindmøller panteretligt sidestilles med bygninger, jf. U 1993.191 V (selv om karakteristikken måske ikke rammer helt plet). Lidt vanskeligere er det måske at kapere, når domstolene ud fra »væsentlige praktiske hensyn« tillader pantsætning af lejeindtægter af løsøre efter reglerne om

underpant, når TL § 47, stk. 4 (tidligere stk. 5) indeholder et udtrykkeligt forbud mod underpant i fordringer). Se således om det sidstnævnte spørgsmål U 1984.1009 V og U 1986.858 H og nærmere om disse afgørelser nedenfor i kapitel 2, afsnit 4.

En sjette grundlæggende antagelse er, at aftalefrihed er gunstig for kreditgivningen, og at en forøgelse af kreditsikringsmulighederne alt andet lige indebærer samfundsnytte. Jo flere sikringsformer der tillades, desto flere individuelle kreditgivningsbehov kan opfyldes og desto større samfundsnytte opnås. Dette grundsynspunkt er dog behæftet med den netop nævnte væsentlige modifikation hvad angår forholdet til tredjemand, af hensyn til hvem der bør gælde klare og faste regler på det tingsretlige plan, således at kreditorbesvigelser og skuffelse af godtroende omsætningserhververe i videst muligt omfang modvirkes.

4. Nærmere om fremstillingens emne og opbygning

Ved fremstillingen i det følgende tages udgangspunktet i konkrete finansieringsformer, således at gennemgangen i vidt omfang er emnebaseret. Ingen af de sikkerhedsarrangementer, som tages op i denne fremstilling, er i forvejen ubehandlede i den juridiske litteratur – om end navnlig efterstillede kreditter i form af tilbagetrædelseserklæringer (kapitel 11) eller ansvarlig lånekapital (kapitel 12) hidtil er behandlet meget sporadisk.

Alle fremstillingens emner har *pengefordringer* som udgangspunkt, og det er pantsætning af disse fordringer, der næsten over alt står i fokus. Ved behandlingen af de enkelte arrangementer er hovedspørgsmålet, hvilke regler der gælder, når pengefordringer overdrages med henblik på tilførsel af likviditet til en erhvervsvirksomhed. En undtagelse til denne generelle emnebeskrivelse er kapitel 12 om ansvarlig lånekapital, der i hvert fald ikke i snæver forstand er udtryk for et kreditorskifte (selv om dividenden på den ansvarlige lånefordring udbetales til låntagers øvrige kreditorer). Når det ansvarlige lån alligevel er medtaget i fremstillingen, skyldes det slægtskabet med tilbagetrædelseserklæringen, som behandles i kapitel 11, og som er et »ægte« eksempel på personskifte i skyldforhold.

Det er allerede nævnt, at der ved den kontraktsbaserede tilgang til de enkelte aftaletyper er tilsigtet en beskrivelse af det såkaldte *»rådighedsproblem«* ved fordringspantsætning. Herved forstås som angivet spørgsmålet om, hvor megen råden det kan tillades pantsætteren at udøve over fordringen, uden at det berører panthavers kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Gennem

den emnebaserede gennemgang belyses dette spørgsmål fra en række forskellige synsvinkler. Rådighedsproblemet går således som en rød tråd gennem fremstillingen af de forskellige typer af sikringsarrangementer, idet problemet dukker op talrige steder og i forskellige forklædninger. Allerede i det indledende kapitel 2 foretages den første indledende undersøgelse af problemet i forbindelse med simple fordringer. Her skal forudskikkes den bemærkning, at domstolene i nok så høj grad har lagt vægt på praktiske hensyn ved afgørelsen af, hvilken råden for pantsætteren der er anset for forenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for panthaveren. Som det vil fremgå, opstår der også rådighedsproblemer i forbindelse med pant i negotiable fordringer (der f.eks. kan være pantebreve i fast ejendom, jf. herom kapitel 8) og i forbindelse med pant i fondsaktiver (der f.eks. kan være børsnoterede obligationer og aktier, jf. herom kapitel 9). For så vidt angår disse aktivtyper undersøges det navnlig, hvilke krav der kan stilles til rådighedsberøvelsen ved pant i skiftende formuemasser.

Den sidstnævnte undersøgelse giver også anledning til en nærmere behandling af det i dansk ret gældende krav om *individualisering/identifikation* af pantet. Navnlig negotiable dokumenter og fondsaktiver er særdeles velegnede som udgangspunkt for en sådan undersøgelse, idet disse værdipapirer netop ofte pantsættes som »flydende« aktivmasser. Opmærksomheden skal her blot indledningsvis henledes på, at den i dansk ret gældende hovedregel om forbud mod pant i tingsindbegreb, jf. TL § 47 b, stk, 1, alene er et forbud, som gælder underpant. Tingsindbegreb kan udmærket bruges som sikringsobjekt, hvis det sker ved håndpant.

Såvel rådighedsproblemet som individualiserings-/identifikationsproblemet har en generel karakter og kunne for så vidt have været behandlet »på tværs« af de enkelte finansieringsaftaler. En sådan fremgangsmåde kunne hævdes at ville have skabt en teoretisk bedre sammenhæng i fremstillingen på disse to punkter. Denne teoretiske gevinst ville imidlertid i høj grad være opnået på bekostning af fremstillingens praktiske anvendelighed – og som allerede anført er netop den praktiske anvendelighed uden tøven prioriteret højst. Formålet har nemlig netop ikke alene været at undersøge disse mere teoretiske problemer, men i mindst lige så høj grad at knytte dem konkret til de enkelte behandlede finansieringsformer, hvor de forekommer, således at de teoretiske problemer stedse anbringes i en praktisk sammenhæng.

Som det vil fremgå af kapitelgennemgangen nedenfor, bliver der dog ikke tale om en aldeles kasuistisk behandling af f.eks. rådighedsproblemet og individualiserings-/identifikationsproblemet. *Dels* vil der løbende blive konkluderet undervejs, *dels* introduceres hovedproblemerne i de kortere

kapitler, som indleder hver ny del af fremstillingen, *og endelig* vil der ske en opsamling og sammenfatning i fremstillingens afsluttende kapitel.

Grundlæggende falder fremstillingen i fire dele:

Del I vedrører simple fordringer som kreditgrundlag, og der foretages en gennemgang af sikkerhedsarrangementer med den simple fordring som sikringsobjekt.

Kapitel 2 er et generelt kapitel om sikkerhed i simple fordringer, hvor navnlig sikringsaktens – meddelelseskravets – formål og funktion gennemgås. I tilknytning hertil gøres nogle bemærkninger om meddelelsens indhold – et generelt emne, der har betydning for samtlige de følgende finansieringsformer.

Kapitel 3 vedrører det klassiske emne byggeritransporter, hvor der navnlig foretages en grundig gennemgang af den ikke altid lige overbevisende retspraksis på området. Også de uhensigtsmæssigheder, der undertiden forekommer ved pengeinstitutternes praktiske tilrettelæggelse af sikkerhedstransporterne, påpeges.

Kapitel 4 omhandler den systematiske fakturabelåning, der oftest kendes under betegnelsen »factoring«. Kapitlet indeholder en praktisk indføring i anvendelsesområdet for denne finansieringsform. Herudover behandles de retlige relationer mellem factoringaftalens parter og fakturadebitorerne, i hvilken forbindelse der bl.a. foretages en analyse af sammenhængen mellem en pantsat fordring og et medpantsat ejendomsforbehold. Afslutningsvis behandles spørgsmålene om omstødelse i factoringforhold, der har været gjort til genstand for megen diskussion i de senere år.

Kapitel 5 omhandler finansiering ved koncerndannelse – et særdeles omfattende emne, der kunne gøres – og er blevet gjort – til genstand for en selvstændig afhandling. Kapitlet fokuserer imidlertid på navnlig to forhold ved disse arrangementer: Dels på rådighedsproblemet som følge af den tætte sammenhæng mellem de koncernforbundne selskaber, dels på udsagn i nyere teori, hvorefter arrangementets holdbarhed skulle være truet, hvis det overdragende selskab indestår det erhvervende selskab for fakturaskyldnernes betalingsevne. Dette sidste synspunkt må til dels afvises.

Kapitel 6 omhandler simple fordringer, der er kendetegnet ved, at erhververen og skyldneren er samme juridiske person, således som det ofte er tilfældet for pengeinstitutters vedkommende (pant og modregning i indlånskonto). Praksis om pengeinstitutternes modregningsvilkår gennemgås, og der gøres nogle bemærkninger om det særlige rådighedsproblem, når pengeinstituttet har fået pant i en fordring (en indlånskonto) med instituttet selv som debitor.

Del II vedrører pant i sikkerhedsdepoter. Efter et kort introducerende kapitel 7 gennemgås i kapitel 8 og 9 de to mest praktisk forekommende

depotsikkerheder: Negotiable dokumenter og fondsaktiver. Temaerne i de to kapitler er de samme, nemlig dels spørgsmålet om, hvilke retlige beskrivelseskrav der gælder ved pant i en flydende aktivmasse – herunder ved pant i en del af en sådan masse, dels spørgsmålet om, hvilke krav der stilles til pantsætterens urådighed, når der er givet pant i et såkaldt arbejdsdepot, hvor der løbende – f.eks. som led i en porteføljepleje – skal udtages og indlægges værdipapirer i depotet.

Del III vedrører efterstillede kreditter. Efter et kort introducerende kapitel 10 gennemgås i kapitel 11 og 12 de to klassiske former for efterstilling: Dels den individuelle efterstilling (tilbagetrædelseserklæring) i forhold til en enkelt kreditor, dels den generelle efterstilling (det ansvarlige lån) i forhold til så at sige låntagerens samtlige øvrige kreditorer. Der er skrevet meget lidt om disse emner i dansk ret, og det er skønnet, at en samlet fremstilling heraf vil have selvstændig værdi. En tilbagetrædelseserklæring er en fordringsoverdragelse sui generis (dividendecession), og emnet kunne for så vidt have været behandlet i Del I om simple fordringer. Efterstillingsvilkåret har imidlertid bevirket, at slægtskabet til det ansvarlige lån er nærmere, og derfor er de to former for efterstillede kreditter behandlet under ét (selv om tilbagetrædelseserklæringer rejser nogle af de samme rådighedsproblemer, som kendes fra almindelige fordringsoverdragelser). En behandling af ansvarlig lånekapital synes netop nu at have meget for sig, eftersom der i Danmark i de senere år har udviklet sig et egentligt marked for ansvarlig lånekapital, undertiden betegnet »mezzaninkapital«. Der gives bl.a. en række eksempler på, hvorledes udbyderne af disse nye produkter anvender standardvilkår, som er helt uforenelige med en aftale om generel efterstilling.

Del IV indeholder kapitel 13 med en sammenfatning af fremstillingens hovedkonklusioner. I denne del gennemgås kapitel for kapitel de væsentligste emner, som er blevet behandlet. Der fokuseres særligt på de tvivlsomme, omdiskuterede eller ubehandlede emner, som er taget op i de enkelte kapitler, og de væsentligste pointer fra de enkelte kapitler trækkes frem. Afslutningsvis foretages en perspektivering af fremstillingens emner, idet der gøres nogle bemærkninger om en pantsætningsform, som kendes fra bl.a. Sverige og England – nemlig det såkaldte virksomhedspant. Der gøres tillige nogle bemærkninger om en pantsætningsform, som kendes i Norge – nemlig det såkaldte factoringpant. Formålet med inddragelsen af disse fremmede ordninger er ikke en generel prøvelse af deres hensigtsmæssighed i Danmark, men en prøvelse af deres hensigtsmæssighed med hensyn til den aktivtype, som er den fremherskende i denne fremstilling: Den udestående pengefordring.

Del I

Simple fordringer som kreditgrundlag

En gennemgang af sikkerhedsarrangementer med den simple fordring som sikringsobjekt

KAPITEL 2

Generelt om sikkerhed i simple fordringer

1. Meddelelseskravets funktioner

1.1. Almindelige bemærkninger

Da de emner, der tages op i det følgende, har den simple fordring som sikringsobjekt, skal der her gøres nogle generelle bemærkninger om den meddelelse, som erhververen skal give til skyldneren for at opnå beskyttelse mod overdragerens retsforfølgende kreditorer og godtroende omsætningserhververe, jf. GBL § 31. Grundlæggende er formålet med meddelelsen at modvirke, (1) at overdrageren besviger sine kreditorer ved antedateringer og proformaværk, og (2) at beskytte godtroende omsætningserhververe mod at lide skuffelse i retsforhold. Hvorledes dette nærmere sker, er beskrevet nedenfor i afsnit 1.2-1.4.

Den simple pengefordring – jf. herved gældsbrevslovens kapitel 3 om simple gældsbreve – er et særdeles udbredt sikringsobjekt, som anvendes i en flerhed af sikringsarrangementer. De generelle synspunkter, som anføres i dette kapitel, har således betydning for byggeritransporter (kapitel 3), factoring (kapitel 4), finansiering ved koncerndannelse (kapitel 5) og – til dels – for aftalt modregningsadgang/pant i egen gæld (kapitel 6).

Sikringsakten ved overdragelse af simple fordringer er *underretning* (denunciation) til skyldneren om overdragelsen, jf. GBL § 31. Bestemmelsen angår efter sin ordlyd kun simple gældsbreve, men den anvendes analogt på andre simple fordringer – herunder på kravet på betaling for et entreprenørarbejde, jf. herom nedenfor i kapitel 3, eller kravet på betaling af en købesum, jf. herom nedenfor i kapitel 4 og 5.

Meddelelsen virker *værnende* i den forstand, at en aftaleerhverver i kraft af meddelelsen er beskyttet over for overdragerens retsforfølgende kreditorer (stk. 1) og over for andre aftaleerhververe (stk. 2).

Meddelelsen virker *eksstinktiv* i den forstand, at en godtroende aftaleerhverver i kraft af meddelelsen kan fortrænge tidligere, usikrede aftaleerhververe (stk. 2).

Meddelelseskravet gælder ikke for *retsforfølgningsskridt* mod fordringen, og det afgøres derfor efter almindelige fogedretlige og konkursretlige regler, hvornår en retsforfølgende kreditor er beskyttet mod andre rettighedshavere henholdsvis kan fortrænge sådanne. For så vidt angår *udlæg* er udlægshaver beskyttet mod rekvisiti aftaleerhververe fra udlæggets foretagelse. I forholdet mellem flere udlægshavere har dén udlægshaver fortrinsret, som først indgav anmodningen til fogedretten, jf. RPL § 526, stk. 1. Ved *konkurs* er skyldneren fra konkursdekretets afsigelse ikke længere berettiget til at råde over fordringen, jf. KL § 29. Indtil udløbet af det døgn, hvor dekretet blev bekendtgjort i Statstidende, har urådigheden dog kun virkning over for den rettighedshaver, som kendte eller burde kende konkursen, jf. nærmere KL § 30. Fra konkursdekretets afsigelse kan der ikke længere foretages udlæg i fordringen, jf. KL § 31, stk. 1 (og udlæg i fordringen, som er foretaget senere end tre måneder før fristdagen, har ingen retsvirkning over for boet, jf. KL § 71).

Meddelelsen har virkning fra det tidspunkt, den er *kommet frem* til skyldneren – afgørende er altså ikke, om den rent faktisk er kommet til skyldnerens kundskab. Dette antages så vidt ses overalt i Norden, jf. *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 215, *Walin:* Lagen om skuldebrev med kommentarer m.m., 2. uppl. (1997) s. 203, *Villars-Dahl:* Gjeldsbrevsloven og Deponeringsloven, 6. utgave (1995) s. 115 f. Se også *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 259, der anfører, at overdrageren ikke er afskåret fra at råde over fordringen, før meddelelsen er kommet frem. Om virkningstidspunktet for en GBL 31-meddelelse se nærmere nedenfor i afsnit 1.4.1.

Det er naturligvis afsenderen, som bærer risikoen for meddelelsen under forsendelsen. Overdrageren er også den eneste, som reelt har mulighed for at løfte bevisbyrden for meddelelsens fremkomst: Navnlig har hverken skyldneren selv eller overdragerens retsforfølgende kreditorer eller aftaleerhververe nogen mulighed for at bevise, at skyldneren ikke har modtaget nogen meddelelse om overdragelsen.

Når det ikke kræves, at meddelelsen er kommet til skyldnerens kundskab, skyldes det, at der her er tale om et forhold, som erhververen er uden indflydelse på, og som beror på mere eller mindre tilfældige forhold, der ofte er

svære at bedømme. En retsforfølgende kreditors stilling bør begribeligvis ikke være afhængig af sådanne forhold, jf. *Walin loc. cit.* og *Håstad op. cit.* s. 256. Hertil kommer, at det kan være tvivlsomt, om en skyldner, som ad anden tilfældig vej har erfaret om overdragelsen, har en pligt til at oplyse overdragerens omsætningserhververe og retsforfølgende kreditorer om sin *tilfældige* burde-viden, jf. herom nedenfor i afsnit 1.3 om meddelelsens offentliggørende funktion.

Bestemmelserne i GBL §§ 29 og 31 må selvsagt ikke sammenblandes. Ganske vist har GBL § 31 bl.a. til formål at virke rådighedsbegrænsende, normalt således at skyldneren ikke kan betale med frigørende virkning til overdrageren, jf. afsnit 1.4, så i den forstand har reglerne et vist slægtskab. Herfra kan imidlertid ikke sluttes, at ond tro hos skyldneren kan erstatte meddelelse om overdragelsen, jf. *Villars-Dahl:* Gjeldsbrevsloven og Deponeringsloven, 6. utgave (1995) s. 116. I svensk ret har *Lindskog* i SvJT 1994 s. 113 ff. og s. 715 ff. argumenteret for, at ond tro hos skyldneren, jf. GBL § 29, giver tingsretlig beskyttelse. Synspunktet har imidlertid mødt massiv kritik, jf. således *Lambertz* i SvJT 1994 s. 423 ff., *Persson* i SvJT 1994 s. 426 ff., *Henning* i SvJT 1995 s. 74, *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 256. og *Walin:* Lagen om skuldebrev m.m., 2. uppl. (1997) s. 206. Kritikken kan tiltrædes: Dels er GBL § 31's ordlyd aldeles klar, dels ville en udskiftning af meddelelseskravet med skyldnerens onde tro åbne mulighed for allehånde mislige transaktioner til skade for overdragerens omsætningserhververe og retsforfølgende kreditorer. Som udtrykt af *Persson op. cit.* s. 430: »Skuldebrevslagens vänner kan sova lugnt«. I dansk ret synes der senest med U 2001.380 H at være gjort op med spørgsmålet, om ond tro hos skyldneren kan erstatte meddelelse. Spørgsmålet blev besvaret benægtende. Dommen er omtalt nærmere nedenfor i afsnit 3.

Sammenfattende er meddelelsen egnet til at varetage tre funktioner, idet den nemlig er egnet til at virke (1) tids-/prioritetskonstaterende, (2) offentliggørende og (3) rådighedsbegrænsende. De tre funktioner genkendes fra dansk rets øvrige sikringsaktsregler, omend det varierer fra aktivtype til aktivtype, hvilken betydning de enkelte funktioner tillægges, og hvorledes de rent teknisk varetages. Om betydningen af de tre funktioner ved overdragelse af simple fordringer henvises til fremstillingen nedenfor i afsnit 1.2-1.4.

Om de forskellige sikringsakters evne til at varetage de nævnte funktioner kan henvises til *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 45 ff., *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 61 ff., *Frederik Vinding Kruse:* Ejendomsretten, bind 3, 3. udgave (1951) s. 1655 ff., s. 1377 f. og 1392 ff., *Lyngsø:*

Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 208 f. og *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 70 ff. – *Gomard* har i Juristen 1953 s. 33 ff. udtalt sig kritisk om meddelelsens evne til at varetage de nævnte funktioner. Kritik er også udtalt af *Berning,* der i det hele taget er skeptisk over for sikringsakternes effektivitet ved løsøre og fordringer, jf. således *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 421 f., *Berning:* Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 109 ff. og s. 288 ff. samt *Berning* i TfR 1975 s. 21 ff. Se *Hult:* Lärobok i värdepappersrätt, 6. uppl. (1969) s. 152 om denunciationens evne til at varetage sikringsaktsfunktionerne ved simple fordringer. Se også *Staffan Myrdahl:* Borgenärsskyddet (2002) med en indgående analyse af bl.a. denunciationens effektivitet som sikringsakt.

Om det helt nødvendige behov for varetagelsen af de nævnte funktioner generelt kan henvises til tidligere norsk ret som beskrevet af *Arnholm:* Panteretten, 3. utgave (1962) s. 67: »Den som hadde fått pant, kunne opnå retsvern selv om han foreløbig holdt pantsettelsen hemmelig og ikke tinglyste sin ret før andre hadde gitt pantets eier almindelig kredit. Undertiden var det nok så som så med redeligheten i disse forhold også – de »skadesløsbrev« man ble overrasket av, var undertiden resultatet av et direkte bedragersk samspill mellom kreditor og debitor, som antedaterte dokumenter på et tidspunkt da stillingen var håpløs; slikt var naturligvis ikke tillatt, men det var ofte umulig å føre bevis for sagens rette sammenheng. Resultatet ble stor usikkerhet i det almindelige kredittliv. Så utrygge var forholdene at utenlandske handelsforbindelser ofte nektet å gi kreditt når de en gang hadde brent seg på de norske panteregler – regler som de ikke uten grunn anså helt urimelige«. Nu gjorde det selvfølgelig ikke just sagen bedre, at de af *Arnholm* omtalte »skadesløsbreve« kunne omfatte alt, hvad pantsætteren ejede og fremover kom til at eje. Citatet fra Arnholm påpeger det centrale i enhver effektivt fungerende sikringsakt – at den skal være egnet til at modvirke kreditorbesvigelser gennem antedateringer og proformaværk.

Det vil af gennemgangen nedenfor fremgå, at varetagelse af meddelelseskravets funktioner kræver, at meddelelsen har et sådant indhold og en sådan form, at den er egnet til *at* begrænse overdragerens rådighed over fordringen i tilstrækkeligt omfang samt *at* sætte skyldneren i stand til at svare korrekt på spørgsmålet, om fordringen tidligere er overdraget. Meddelelsen skal derfor *klart og tydeligt* angive, at fordringen er »transporteret«, »overdraget« el. lign. En række formuleringseksempler er gennemgået nedenfor afsnit 2.

En betingelse for, at en henvendelse til skyldneren kan tillægges betydning som meddelelse ifølge GBL § 31, er, at henvendelsen er dispositiv, d.v.s. at den erklæring, som indeholder meddelelsen, har til formål at virke som sikringsakt. Dette er særlig praktisk i byggeriforhold, hvor meddelelse om ek-

sempelvis hovedentreprenørens transport af entreprisesummen til en underentreprenør ikke kan anses for givet, blot fordi transporten fremgår af en entreprisekontrakt mellem hovedentreprenøren og underentreprenøren, og skyldneren – bygherren – har fået denne kontrakt til gennemsyn, jf. herved U 1979.573 H (hvor den vedlagte kontrakt dog var affattet på engelsk). I enkelte afgørelser er en meddelelse dog anset tilstrækkelig, fordi meddelelsen sammen med indholdet af en udleveret kontrakt har gjort det tilstrækkelig klart, at der var tale om en overdragelse, jf. U 1981.520 SH og NJA 1978.99 HD.

Det kræves ikke, at meddelelsen ledsages af noget bevis for, at fordringen rent faktisk er overdraget, jf. dog anderledes *Frederik Vinding Kruse:* Ejendomsretten, bind 3, 3. udgave (1951) s. 1656. Det er end mindre et krav, at der er sket overgivelse af et eventuelt skylddokument fra overdrageren til erhververen, omend en sådan overgivelse kan have bevismæssig betydning – i forholdet mellem overdrager og erhverver – for, at en overdragelse rent faktisk har fundet sted. Nogen sikkerhed for, at fordringen består, opnår erhververen dog ikke ved en sådan overgivelse: Navnlig bevarer skyldneren sine indsigelser over for erhververen uanset overgivelsen, jf. GBL § 27.

1.2. Den tids- og prioritetskonstaterende funktion

Meddelelseskravet har først og fremmest en *tids- og prioritetskonstaterende funktion*, som indebærer, at det er tidspunktet for meddelelsens fremkomst til debitor – ikke overdragers og erhververs forklaringer om overdragelsestidspunktet – som er afgørende for erhververens stilling ved prioritetskonflikter. Ved at inddrage skyldneren i tidskonstateringen modvirkes det, at overdrageren i konspiration med tredjemand besviger sine kreditorer ved proformaoverdragelser og/eller antedateringer. Ved overdragerens konkurs har skyldnerens inddragelse i tidskonstateringen den særlige funktion at modvirke antedateringer, som har til formål at omgå konkurslovens omstødelsesfrister. Eksempelvis er det ved beregningen af omstødelsesfristen i KL § 70 – om pant for gammel gæld – afgørende, om meddelelsen er kommet frem før eller efter omstødelsesperiodens begyndelse (dog således, at der ikke sker omstødelse, hvis sikringsakten er foretaget uden unødigt ophold efter gældens stiftelse).

Meddelelseskravets tids-/prioritetskonstaterende funktion er behæftet med flere usikkerhedsmomenter, herunder særligt den usikkerhed, som følger af, at opgørelsen af prioritetsstillingen mellem flere rettighedshavere kan afhænge af, hvorledes fordringens skyldner forklarer om meddelelsens fremkomsttidspunkt, jf. i øvrigt nærmere nedenfor om den offentliggørende funktion. Dette har fået *Berning:* Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 289 til at

udtale, at »sikringsakten er tillagt stærkt overdreven betydning som middel til at konstatere prioriteten«. *Berning* udtaler i den forbindelse, at »selv om tre personers forklaring nok er bedre end to's kan [meddelelsen] ikke erstatte et registreringssystem«.

Selv om den sidstnævnte udtalelse kan tiltrædes, forekommer kritikken at være skudt langt over målet. Mens overdrageren måske kan finde en »erhverver«, hos hvem fordringen kan tænkes at blive søgt bragt i kreditorly, mindskes risikoen for kreditorbesvigelser væsentligt ved inddragelsen af skyldneren i prioritetskonstateringen. Skyldneren har således typisk ingen som helst interesse i at medvirke ved en kreditorbesvigelse og dermed heller ingen interesse i at forklare urigtigt om overdragelsen. Spalterne i Ugeskrift for Retsvæsen indeholder da heller ikke vidnesbyrd om, at meddelelsen skulle være ineffektiv som middel til prioritetskonstatering, og sådanne eksempler giver *Berning* heller ikke. At der mellem tre personer skulle bestå et sådant interessefællesskab, at der kan opnås enighed om at bringe fordringen i ly for overdragerens kreditorer, er en situation, som må have den absolutte undtagelses karakter. Meddelelsens levedygtighed som middel til prioritetskonstatering underbygges i øvrigt af, at ordningen til trods for den anførte kritik lever i bedste velgående i f.eks. Sverige og Norge – om end der her *ud over* den i Danmark kendte pantsætningsform gælder ordninger med mulighed for pantsætning *en bloc* af en virksomheds udestående fordringer ved en registreringsordning, jf. således for Sveriges vedkommende det såkaldte företagshypotek og for Norges vedkommende det såkaldte factoringpant. Om de fordele, der trods alt er knyttet til meddelelsen som middel til *bl.a.* prioritetskonstatering, henvises til afsnit 1.3 *in fine*.

1.3. Den offentliggørende funktion

Umiddelbart kan det måske være vanskeligt at erkende, hvorledes meddelelsen skulle have en *offentliggørende funktion*. Forholdet er imidlertid dét, at meddelelsen giver mulighed for ved henvendelse til skyldneren at få oplysning om eventuelle tidligere overdragelser, jf. også ovenfor i afsnit 1.1. Dette har betydning såvel for retsforfølgende kreditorer som for aftaleerhververe, der afleder ret fra overdrageren.

For så vidt angår *retsforfølgning* mod fordringen modvirker den nævnte oplysningsmulighed, at overdrageren besviger sine kreditorer ved at oplyse om overdragelser, som er antedaterede eller har karakter af pro forma. Endvidere gives overdragerens kreditorer en vis mulighed for at konstatere, om der ved indgivelse af konkursbegæring kan ske omstødelse af f.eks. en pantsætning foretaget inden for omstødelsesfristen i KL 70.

For så vidt angår *aftaleerhververe* kan meddelelseskravet yde en beskyttelse mod skuffelser som følge af tidligere stiftede rettigheder, som overdrageren måtte have undladt at oplyse om. I så henseende foreligger dog flere usikkerhedsmomenter, hvoraf tre skal fremhæves her: For det første er erhververen med hensyn til validiteten af de indhentede oplysninger atter afhængig af fordringens skyldner. For det andet gælder meddelelseskravet ifølge GBL § 31 som nævnt ikke for retsforfølgningsskridt mod fordringen, hvorfor der ikke bliver tale om nogen offentliggørende funktion for så vidt angår udlæg, konkurs m.v. For det tredje kan sekundære transporter på visse betingelser sikres ved meddelelse til en primær transporthaver, hvilket indebærer, at oplysninger om den primære transport må indhentes hos skyldneren, mens oplysninger om den sekundære transport må indhentes hos den primære transporthaver. De særlige problemer, som knytter sig til sekundære transporter, behandles nedenfor i kapitel 3, afsnit 4.4.2, om byggeritransporter, hvor problemet er særlig relevant.

Som anført af *Staffan Myrdal:* Borgenärsskyddet (2002) s. 87 kan der tales om »publicitet« i flere henseender – således med henblik på en bestemt person, med henblik på en gruppe af personer, med henblik på omverdenen generelt eller med henblik på en domstolsprøvelse. Ved denunciation bliver der efter denne terminologi tale om en direkte publicitetsvirkning over for skyldneren, som underrettes om overdragelsen, og om en indirekte publicitetsvirkning over for den omsætningserhverver, retsforfølgende kreditor eller domstol, som ved en undersøgelse hos skyldneren søger at konstatere, om (eller hvornår) en underretning har fundet sted. Hvad angår den direkte publicitet, kan den hævdes ikke at tilføre sikringsakten noget, som ikke allerede er opnået i kraft af kravet om rådighedsbegrænsning. Hvad angår den indirekte publicitet, er den udtryk for, at kontrolmuligheden hos fordringens skyldner kan tillægges betydning for, om der er opnået kreditorbeskyttelse, jf. *Staffan Myrdal op. cit.* s. 111. Ifølge denne forfatter kan dette forhold dog bedst forklares uden nogen »publicitetsterminologi«.

Da princippet om offentlighed – kontrolmuligheden – formidles gennem fordringens skyldner, giver ordningen selvsagt ikke den sikkerhed, som kendes i et offentligt registreringssystem som f.eks. tinglysningssystemet. Som allerede nævnt har fordringens skyldner imidlertid typisk ingen interesse i at forklare urigtigt om meddelte overdragelser. (Tinglysning af rettigheder over fordringer er i øvrigt udelukket ved TL § 47, stk. 4, omend der efter omstændighederne kan opnås sikkerhed ved tinglysning, når fordringen pantsættes som accessorium til en løsøregenstand eller en fast ejendom, jf.

f.eks. U 1986.858 H om tinglysning af et løsørepantebrev, der tillige omfattede lejeindtægter af det pantsatte, og nærmere nedenfor i afsnit 4).

Berning: Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 288 har (også) udtalt sig kritisk om den offentliggørende virkning (»kundgørelsesvirkningen«), som ifølge *Berning* har begrænset relevans ved denunciation. Til støtte herfor udtales det: »Det er jo her pantsætterens debitorer (kunder), der bliver underrettet og ikke hans kreditorer (leverandører/sælgere), men det bør dog ikke overses, at kommunikationen meget vel kan forudses at være så effektiv, at debitorernes viden hurtigt kommer til kreditorernes kundskab.« Udsagnet, der synes at bygge på en opfattelse af meddelelsen som middel til *generelt* at bringe overdragelsen til kreditorernes kundskab, synes at skyde forbi målet. Meddelelsens offentliggørende funktion bygger jo som ovenfor nævnt på tre forhold:

For det første at f.eks. en erhverver, der *konkret* har fået transport på fordringen, har mulighed for ved henvendelse til skyldneren at få viden om, at noget kan være til hinder for erhververens ret. Denne viden kan eksempelvis opnås ved, at erhververen – inden købesummen/lånebeløbet udbetales til overdrageren – retter henvendelse til skyldneren, eksempelvis ved i denunciationen at anmode skyldneren om at bekræfte (»notere«) at der ikke er noget til hinder for hans ret. Det er herefter op til den konkrete erhverver, om han ønsker at trække på oplysningsmuligheden, d.v.s. opnå den særlige betryggelse, som ligger i en henvendelse til skyldneren. I praksis afhænger valget navnlig af (1) den overdragne fordrings størrelse, af (2) sandsynligheden for andre transporter, og af (3) om erhververen løbende køber/belåner overdragerens fordringer. Blot til illustration kan nævnes, at der i byggeriforhold (store enkeltstående kreditter, hvor der ofte er givet flere transporter) langt oftere anvendes en noteringsprocedure i forhold til skyldneren end ved factoring (løbende ydelse af typisk mindre kreditter, hvor der sjældnere forekommer flere transporter).

For det andet at en retsforfølgende kreditor ved henvendelse til skyldneren kan få oplyst, om noget er til hinder for hans ret (i hvilket tilfælde en individualforfølgende kreditor eventuelt kan søge sig fyldestgjort i et andet udlægsobjekt).

For det tredje at det efterfølgende under en eventuel retssag ved afhøring af skyldneren lader sig konstatere, om oplyste overdragelser, der angiveligt er til hinder for erhververens/den retsforfølgende kreditors ret, virkelig er reelle, eller om de er udslag af antedateringer eller proformaværk.

Når der sammenlignes med tinglysningssystemet, er det ikke svært at påvise svaghederne ved meddelelse som sikringsakt, jf. ovenfor i dette afsnit og ovenfor i afsnit 1.2. Over for kritikken af meddelelse som sikringsakt bør imidlertid følgende tre forhold betænkes: *For det første* er meddelelse den eneste mulige sikringsakt ved fordringspantsætning, medmindre man ad lovgivningsmæssig vej vil indføre underpantsætning – en fremgangsmåde, som dog vil blive så dyr og besværlig ved enkeltstående overdragelser, at den ikke anbefaler sig. *For det andet* er GBL § 31 en både praktisk og retsteknisk uhyre enkel regel. Sikringsakten er nem at foretage, og den er billig. Hertil kommer, at reglen i alt væsentligt løser de bevisproblemer, der ville opstå, dersom man blot lod skyldnerens viden eller burde-viden om overdragelsen være afgørende for, om retsværn var opnået. *For det tredje* er meddelelsen – når det drejer sig om den prioritetskonstaterende og den offentliggørende funktion – i hvert fald på et enkelt punkt mere effektiv end den rådighedsberøvelse, der kræves ved pantsætning af negotiable fordringer, jf. GBL § 22: Overgivelsen af et negotiabelt dokument kan således ske i tiden op til overdragerens økonomiske sammenbrud – uden at det efterfølgende kan konstateres, om overdragelsen er antedateret. Dette kan vanskeligere tænkes ved overdragelse af en simpel fordring, hvor inddragelsen af en tredjemand – fordringens skyldner – modvirker, at en sådan antedatering finder sted, uden at den efterfølgende kan konstateres. Om det sidstnævnte forhold se også *Staffan Myrdal:* Borgenärsskyddet (2002) s. 44 vedrørende såkaldte »efterhandkonstruktioner«.

1.4. Den rådighedsbegrænsende funktion

1.4.1. Almindelige bemærkninger

Denunciationens *rådighedsbegrænsende funktion* er utvivlsomt den mindst klart beskrevne i teorien, hvor der i øvrigt ofte tales om, at meddelelsen skal virke *rådighedsberøvende*. Betegnelsen »rådighedsberøvelse« undgås så vidt muligt her, idet betegnelsen – uhensigtsmæssigt – leder tanken hen på den rådighedsberøvelse, der gælder som sikringsakt ved håndpantsætning af løsøre og negotiable gældsbreve. Det er således ikke uden videre hensigtsmæssigt, når der ligefrem tales om »effektiv rådighedsberøvelse« i forbindelse med pantsætning af simple fordringer (jf. f.eks. således *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209 ff.).

Mens det er uden mening at tale om *faktisk* rådighedsberøvelse i forbindelse med simple fordringer, giver det god mening at kræve foretaget begrænsninger i overdragerens adgang til *retlig* råden, jf. *Vagner*: Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 276. Det grundlæggende synspunkt er, at kreditor- og omsætningsbe-

skyttelse for erhververen ikke lader sig forene med fri råden for overdrageren. Kravet om rådighedsbegrænsning er dermed et udslag af det almindeligt gældende selvbåndlæggelsessynspunkt, der i lovgivningen navnlig har fundet udtryk i RPL § 514, stk. 3.

RPL § 514, stk. 3, vedrører direkte tilfælde, hvor visse erhvervelser er sket på vilkår, at der ikke skal kunne foretages udlæg i det erhvervede. Som betingelse for gyldigheden af sådanne vilkår fastslår bestemmelsen, at skyldneren ikke må have fri rådighed over det erhvervede (henholdsvis at der skal være truffet rimelige foranstaltninger for at hindre skyldnerens råden).

RPL § 514, stk. 3, er en *fogedretlig* regel, som udelukker kreditorudelukkelsesklausuler i tilfælde, hvor der ikke er truffet rimelige foranstaltninger til at hindre skyldnerens råden. Bestemmelsen er imidlertid på linje med, hvad der gælder som den almindelige *panteretlige regel,* hvorefter kreditorudelukkelsesklausuler ikke anerkendes. Spørgsmålet er imidlertid, i hvilke relationer der skal foretages begrænsninger i overdragerens retlige råden. Principielt kan der vel tales om rådighedsbegrænsninger i to henseender: For det første i overdragerens adgang til at indrømme *tredjemand* en ret over fordringen. For det andet i overdragerens adgang til at disponere i forhold til fordringens *skyldner* ved oppebørsel af ydelser. I begge henseender kan man sige, at sikringsakten påtvinger overdrageren af fordringen det »offer«, at han er afskåret fra at råde over fordringen – et offer overdrageren vanskeligt kan være interesseret i at yde, medmindre overdragelsen virkelig er reel, jf. herved *Helander:* Kreditsäkerhet i lös egendom (1984) s. 468 og *Staffan Myrdal:* Borgenärsskyddet (2002) s. 233.

For så vidt angår spørgsmålet om overdragerens adgang til råden ved at indrømme tredjemand ret til skade for en tidligere erhverver må svaret søges dels i GBL § 31, stk. 2, dels i det nævnte selvbåndlæggelsessynspunkt. GBL § 31, stk. 2, indebærer, at meddelelsen til skyldneren afskærer overdrageren fra at indgå aftaler med tredjemand, som fortrænger den tidligere erhververs ret. Dette kan – set fra overdragens synsvinkel – udtrykkes således, at meddelelsen virker rådighedsberøvende, jf. *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 275 f. og *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 260. Da denne side af »rådighedsproblemet« blot er en anden side af reglerne om prioritetskonflikter, jf. ovenfor i afsnit 1.2, skal spørgsmålet ikke behandles nærmere her. Det er da også urådigheden vedrørende overdragerens adgang til at oppebære betalinger, som først og fremmest er egnet til at modvirke proformadispositioner, jf. *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar

(2002) s. 290, *Helander:* Kreditsäkerhet i lös egendom (1984) s. 482 samt *Staffan Myrdal:* Borgenärskyddet (2002) s. 152 f. med yderligere henvisninger. Det er nemlig denne del af urådigheden, som forhindrer, at overdrageren og erhververen kan opretholde deres hidtidige positioner, jf. nærmere umiddelbart nedenfor.

For så vidt angår spørgsmålet om overdragerens adgang til råden ved at kræve betalinger hos skyldneren må svaret atter søges i selvbåndlæggelsessynspunktet. Kravet om, at meddelelsen skal virke rådighedsbegrænsende, indebærer således, at en overdragelse ikke nyder kreditor- og omsætningsbeskyttelse, hvis erhververen tillader overdrageren frit at oppebære fordringen. At tinglig beskyttelse for erhververen ikke kan forenes med fri oppebørselsret for overdrageren, er imidlertid ikke ensbetydende med, at meddelelsen til skyldneren skal være »*bindende*« i den forstand, at skyldneren efter meddelelsen skal være afskåret fra at betale til overdrageren. I gældsbrevslovens forarbejder – *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 49 – hedder det om spørgsmålet: »I Litteraturen stilles ofte det Krav, at Skyldneren skal have faaet bindende Underretning, som afskærer Skyldneren fra at betale til Overdrageren. Nogen afgørende Grund til at stille et saadant Krav er der imidlertid ikke efter Kommissionens Opfattelse.« Af forarbejderne fremgår det således klart, at erhververen af en simpel fordring *kan* være kreditor- og omsætningsbeskyttet, selv om skyldneren har ret til at betale til overdrageren. Her skal blot nævnes de to mest praktiske eksempler på dette:

For det første følger det af gensidighedsforholdet mellem parterne i et kontraktsforhold, at skyldneren også efter overdragelsen kan betale til overdrageren, hvis betalingen er nødvendig for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe. En tilsvarende ret har skyldneren, når der er foretaget udlæg i fordringen, jf. RPL § 511, stk. 3, jf. herom nærmere nedenfor i kapitel 3, afsnit 5.3, om indholdet af den såkaldte »negligeringsret« i forbindelse med byggeritransporter (hvor det kan være nødvendigt for bygherren at negligere en i øvrigt gyldig transport og betale til transportgiver (eller tredjemand) for at få byggeriet gennemført).

For det andet kan erhververen af en simpel fordring give overdrageren inkassofuldmagt til foreløbig at oppebære fordringen på erhververens vegne. I så fald er erhververen dog kun kreditor- og omsætningsbeskyttet, hvis der løbende sker *afregning* fra overdrageren til erhververen, og erhververen kontinuerligt fører *kontrol* med denne afregning. Det nærmere indhold af afregnings- og kontrolbetingelserne er gennemgået nedenfor i afsnit 1.4.2.

Det fremgår af det anførte om meddelelsens rådighedsbegrænsende funktion, at det stedse er *overdragerens* rådighed, der skal begrænses. Virknings-

tidspunktet for en GBL § 31-meddelelse er det samme som for aftaleretlige påbud, jf. AFTL § 7, nemlig tidspunktet for meddelelsens fremkomst, jf. ovenfor i afsnit 1.1. Heraf kan dog ikke sluttes, at sikringsaktsreglen i gældsbrevsloven er udslag af *sædvanlige* påbudssynspunkter – herunder læren om tilbagekaldelse af retshandler, jf. herom *Mads Bryde Andersen:* Grundlæggende aftaleret, 2. udgave (2002) s. 169 ff. og *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen:* Aftaler og mellemmænd, 4. udgave (2001) s. 41 ff. Sikringsaktskravet skal som nævnt medføre en rådighedsbegrænsning i forhold til *overdrageren* af fordringen, mens påbudssynspunktet, jf. AFTL § 7, er udtryk for, at der lægges et bånd på meddelelsens *adressat* (her skyldneren). Det er følgelig ikke ganske træffende, når GBL § 31-meddelelser undertiden *generelt* karakteriseres som påbud, jf. eksempelvis *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 67 og *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 338, note 8. Med det anførte er der selvsagt ikke taget afstand fra, at en meddelelse ifølge GBL § 31 typisk *også* lægger et bånd på adressaten, der som følge af meddelelsen typisk er uberettiget til at betale med frigørende virkning til overdrageren.

Virkningen af den rådighedsbegrænsende funktion er – ligesom den prioritetskonstaterende og den offentliggørende funktion – betvivlet af *Berning:* Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 289, hvor det hedder, at det imidlertid »under alle omstændigheder må erkendes, at denunciationen ikke er effektiv som rådighedsberøvelse«. Som begrundelse herfor anføres: »Cessus kan have en beskyttet interesse i at erlægge til cedenten, f.eks. for at denne kan betale en simpel kreditor, der gør fortsatte leveringer betinget heraf, og cessus har interesse i, at leveringerne finder sted, fordi de skal bruges til opfyldelse af kontrakten med ham«. Endnu engang forekommer *Bernings* forsøg på at underminere GBL § 31 at mislykkes. *Bernings* kritik bygger på en tilsyneladende alt for vid opfattelse af, i hvilke tilfælde skyldneren til trods for meddelelsen om overdragelsen kan betale til overdrageren. I hvert fald er det sikkert, at overdragerens krav om, at betaling skal ske til ham, ikke med rette kan opfyldes af skyldneren, blot fordi skyldneren har en uspecificeret interesse i at modtage realydelsen. Betingelserne er langt strengere, idet en sådan negligering af transporten kun kan finde sted, hvis det er nødvendigt for at undgå »nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe« for skyldneren, jf. herved princippet i RPL § 511, stk. 3. Bestemmelsen er omtalt nedenfor i kapitel 3, afsnit 5.3, om byggeritransporter (hvor problemet er særlig aktuelt). Hvorom alting er, forekommer det ikke træffende at ville benægte meddelelsens rådighedsbegrænsende virkninger, blot fordi der kan peges på *undtagelsestilfælde*, hvor skyldneren med frigørende virkning kan betale til overdra-

geren. Det er almindeligt kendt – herunder ved håndpant i løsøre – at en rådighedsberøvelse ikke kan bortdømmes som ineffektiv, fordi der af praktiske grunde er opstillet enkelte begrænsede undtagelser til pantsætterens urådighed. For så vidt angår simple fordringer omtales de vigtigste undtagelser nedenfor i afsnit 1.4.2.

Ved fortolkning af GBL § 31 er det navnlig den rådighedsbegrænsende funktion, som er blevet tillagt betydning i retspraksis. Som eksempel kan nævnes U 1979.357 H, hvor en sekundær transporthaver blev tillagt retsværn som følge af en meddelelse til den primære transporthaver, selv om skyldneren kun havde fået meddelelse om den primære transport. Afgørende for resultatet var, at (1) meddelelsen om den primære transport til skyldneren og (2) meddelelsen om den sekundære transport til den primære transporthaver *tilsammen* havde afskåret overdrageren fra at råde over den sekundært transporterede fordring. I en artikel om dommen har en af de medvirkende dommere udtalt, at Højesteret fandt at »burde anvende en formålsfortolkning, hvis *eneste* kriterium er effektiv rådighedsberøvelse« [min udhævning], jf. således *Torben Jensen* i U 1979 B s. 215. Dette fortolkningsresultat støttedes på, at meddelelse som sikringsakt ifølge forarbejderne – *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 48 f. – var tænkt som erstatning for det krav om rådighedsberøvelse, som samtidig blev lovfæstet for negotiable fordringer, jf. GBL § 22 og nærmere *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209. Det må herefter antages, at den rådighedsbegrænsende funktion også i andre særlige tilfælde vil blive udslagsgivende ved afgørelsen af, om der i de pågældende tilfælde er opnået retsværn. Sammenfattende er spørgsmålet, hvorledes man i konkrete tilfælde forener p.d.e.s. Højesterets krav om »effektiv rådighedsberøvelse« og p.d.a.s. udtalelsen i *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 49, hvorefter meddelelsen ikke nødvendigvis skal være »bindende«. Anderledes udtrykt er spørgsmålet, hvor langt man vil drive selvbåndlæggelsessynspunktet i forskellige tilfældegrupper. Dette spørgsmål opstår talrige steder og i forskellige klædedragter ved gennemgangen af de enkelte sikringsarrangementer i det følgende. Som eksempler skal her blot peges på, at rådighedsproblemet opstår i forbindelse med (1) inkassofuldmagt for overdrageren, jf. nedenfor i afsnit 1.4.2, (2) skyldnerens indbetaling til overdragerens kassekredit i et panthavende pengeinstitut, jf. kapitel 3, afsnit 4.1.3, (3) sekundære transporter, jf. kapitel 3, afsnit 4.4.2, (4) finansiering ved koncerndannelse, jf. kapitel 5, afsnit 4.3, og (5) pant i indlånskonti, jf. kapitel 6, afsnit 3.1.

1.4.2. Inkassofuldmagt til overdrageren m.v.

Som allerede nævnt er det en almindelig panteretlig grundsætning, at fri råderet – oppebørselsret – for pantsætter er uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for panthaveren. Som ligeledes nævnt er grundsætningen dog behæftet med modifikationer. En af disse generelle modifikationer går ud på, at panthaver kan give pantsætter en inkassofuldmagt, uden at dette nødvendigvis fører til tab af kreditor- og omsætningsbeskyttelse. På dette sted skal der foretages en undersøgelse af, på hvilke betingelser en sådan inkassofuldmagt kan gives. Som det vil fremgå af det følgende, er problemet omtalt sporadisk adskillige steder i litteraturen. Fra retspraksis foreligger navnlig følgende afgørelser:

Fra tiden før gældsbrevsloven kan henvises til U 1930.780 Ø: En møbelfabrikant havde givet sit pengeinstitut sikkerhed i nogle købekontrakter. Meddelelsen til skyldnerne blev givet i særskilt brev og lød som følger: »Det meddeles Dem herved, at den af Dem [...] til [møbelfabrikanten] udstedte Købekontrakt for Møbler til et samlet Beløb af Kr. [...] af [møbelfabrikanten] er deponeret i Banken. Afdragene paa Købekontrakten vil dog indtil videre med frigørende Virkning kunne betales til [møbelfabrikanten], hvorimod ekstraordinære Afdrag ikke maa finde Sted uden efter nærmere Aftale med Banken«. Ved møbelfabrikantens konkurs opstod tvist mellem boet og banken om retten til de udestående fordringer. Østre Landsret gav banken medhold, idet der ikke fandtes at være »indrømmet [fabrikanten] en saadan Dispositionsmulighed over det pantsatte, [...] at Pantsætningerne herved ikke skulde anses gyldig stiftet«. I dommen er bl.a. fremhævet, *at* banken hver tredje måned forhørte sig om, hvad der resterede på den enkelte kontrakt, *at* møbelfabrikanten »ingen Beføjelse havde til at yde virkelig Henstand«, *og at* fuldmagten alene gav adgang til at opkræve »forholdsvis ubetydelige maanedlige Afdrag.«

U 1956.444 H angik et tilfælde, hvor en manufakturhandler havde fået et større antal afbetalingskontrakter diskonteret hos et finansieringsselskab. Diskonteringen skete i henhold til en »overenskomst«, ifølge hvilken manufakturhandleren skulle opkræve (ordinære) afdrag og udstede kvitteringer herfor. Manufakturhandleren skulle føre de daglige indbetalinger på lister og hver mandag sende finansieringsselskabet de indkomne beløb samt en opgørelse over indbetalingerne i den forgangne uge. Meddelelserne til afbetalingskøberne var optaget i kontrakterne og lød: »Denne kontrakt er tiltransporteret [finansieringsselskabet], og betaling finder sted til dette selskab på det sted, som selskabet måtte anvise. Indtil videre kan ordinære afdrag indbetales til [manufakturhandleren]«. Manufakturhandleren handlede i flere henseender i strid med aftalen med finansieringsselskabet. Bl.a. blev det for Højesteret oplyst, at manufakturhandleren havde undladt at foretage afregning i »betydeligt omfang«. (For landsretten havde en til brug for sagen udarbejdet revisionsrapport kun afsløret to tilfælde af manglende afregning). Da manufakturhandleren var gået konkurs, fik konkursboet ved både Østre Landsret og Højesteret medhold i, at finansieringsselskabet ikke over for

boet kunne støtte ret på transporterne. *Højesterets flertal* på fire dommere udtalte, »at den lidet betryggende fremgangsmåde, der af [finansieringsselskabet] er benyttet i dette mellemværende ved meddelelse om de stedfundne transporter, i forbindelse med den omstændighed, at der er indrømmet firmaet incassobeføjelse og *ikke fra [finansieringsselskabets] side er udøvet en sådan kontrol med firmaets virksomhed, som under disse omstændigheder måtte udkræves,* må medføre, at [finansieringsselskabet] ikke til skade for firmaets øvrige kreditorer kan hævde nogen fortrinsret til [...] fordringerne« [min udhævning]. – *Højesterets mindretal* på tre dommere nåede til samme resultat, allerede fordi meddelelsen i købekontrakterne ikke fandtes tilstrækkelig til at skabe en sikkerhedsret i forhold til konkursboet. – Det bemærkes, at der i U 1956.444 H til brug for sagen blev indhentet oplysninger fra Danske Bankers Fællesrepræsentation samt fra en række finansieringsselskaber om anvendelsen af inkassofuldmagter ved overdragelse af afbetalingskontrakter. Det fremgik heraf, at bankerne i almindelighed bemyndigede sælgerne til – indtil videre – at oppebære ordinære afdrag, men at finansieringsselskaberne alle selv overtog indkasseringen.

Endvidere kan henvises til U 1981.520 SH, hvor sikkerheden opretholdtes til trods for pantsætters oppebørselsret, bl.a. fordi ordningen »alene var begrundet i parternes ønske om en hensigtsmæssig afregning af [de månedlige ydelser], hvoraf det havde vist sig, at [pantsætter] skulle udrede et momsbeløb«, og fordi pantsætter »efter modtagelsen af hver enkelt månedlig ydelse fra debitor videresendte ydelsen til [panthaver]«.

Endelig kan henvises til U 1987.915 H, hvor sælgeren af en ejendom gav sit pengeinstitut sikkerhed i en pengefordring i henhold til skødet. Fordringens debitor (d.v.s. køberen af ejendommen) modtog fra pengeinstituttet en meddelelse med følgende indhold: »Herved meddeles, at fordringer i henhold til [skødet] er deponeret i banken. Renter og ordinære afdrag kan indtil videre indbetales til sælger, hvorimod ekstraordinære afdrag indtil videre bedes indbetalt til banken.« Indtil sælgerens anmeldelse af betalingsstandsning indbetalte sælgeren straks de modtagne beløb til pengeinstituttet, idet køberen dog modregnede nogle opståede skyldposter til sælgeren. Ved anmeldelsen af sælgerens betalingsstandsning pålagde pengeinstituttet køberen at betale direkte til pengeinstituttet, hvilket herefter skete. Ved sælgerens konkurs gjorde boet gældende, at meddelelsen ikke opfyldte kravene i GBL § 31. Højesteret fandt ikke, at meddelelsen var tilstrækkelig klar og tydelig: Ved afgørelsen foretog Højesteret – ifølge *Munchs* kommentar i U 1988 B s. 418 f. – en *samlet* bedømmelse af meddelelsen (jf. om en lignende samlet bedømmelse U 1956.444 H, der er omtalt ovenfor). Ifølge *Munchs* kommentar blev det ikke ved sagens afgørelse lagt til grund, at inkassobeføjelsen vedrørende ordinære afdrag og renter i sig selv gjorde meddelelsen uvirksom, men det blev tillagt betydning, at meddelelsen ikke indeholdt nogen præcisering af, hvem der kunne ændre den »indtil videre« gældende betalingsordning. Det blev ikke af konkursboet gjort gældende, at meddelelsen ikke havde opfyldt den rådighedsbegrænsende funktion.

Af den omtalte retspraksis udledes i litteraturen et *afregnings- og kontrolkrav,* hvilket kan tiltrædes. Ingen af de nævnte afgørelser giver imidlertid sikre holdepunkter, når det drejer sig om at fastlægge kravets nærmere indhold:

Hverken U 1956.444 H eller U 1987.915 H giver anledning til sikre slutninger: Dels blev ingen af sagerne procederet »rent« på det synspunkt, at afregningstiden var for lang. Dels anlagde Højesteret i begge afgørelser en *samlet* vurdering af meddelelsens indhold *og* den pantsætteren tillagte inkassobeføjelse. Heller ikke U 1930.780 Ø giver anledning til sikre slutninger, idet der i denne afgørelse udtrykkeligt blev lagt vægt på afdragenes forholdsvis ubetydelige størrelse. Mest sigende vedrørende *afregningskravet* – men ikke vedrørende *meddelelseskravet*, jf. herom nedenfor i afsnit 3 – er muligvis U 1981.520 SH, hvor sikkerheden opretholdtes i et tilfælde, hvor pantsætter umiddelbart efter modtagelsen af hver enkelt månedlig ydelse videresendte denne til panthaver, og hvor der antoges at foreligge kreditorbeskyttelse. Dommens præjudikatværdi kan hævdes at være begrænset som følge af præmissernes fremhævelse af, at oppebørselsretten i det konkrete tilfælde var begrundet i praktiske hensyn (til pantsætters momsafregning). Udsagnet kan dog efter sammenhængen læses som en tilslutning til panthavers anbringende om, at panthaver ved inkassofuldmagten ikke havde givet afkald på sikkerheden i ubetalte ydelser.

Krav om afregning og kontrol som betingelse for tinglig sikkerhed kendes navnlig fra kreditkonsignation, og flere forfattere vil da også stille lignende krav ved overdragelse af simple fordringer med oppebørselsfuldmagt som ved kreditkonsignation:

Højrup: Pant, 2. udgave (1978) udtaler s. 285: »[Det må antagelig] kræves, at de fra konsignation kendte kontrolforanstaltninger iagttages, d.v.s. særskilt regnskab, fast afregningsordning, nummerering af kontrakterne med transporten og kontrol med, at der føres særskilt regnskab, at der afregnes i overensstemmelse med aftalen, og at forskellen mellem antallet af kontrakter, der afregnes, og antallet af kontrakter med transporten, der er udleveret af finansieringsselskabet, modsvares af et tilsvarende antal uudfyldte kontrakter.«

Gomard: Obligationsretten i en nøddeskal, 3. hæfte (1981) s. 253 vil kræve, at »cessionaren fører en *passende* kontrol med, at cedenten afregner de indkasserede beløb til ham« [min udhævning]. I Obligationsret, 3. del (1993) s. 86, udtaler *Gomard*, at det må kræves, at »parterne har indrettet og kontrollerer en *betryggende* ordning for bogføring og afregning af ydelserne fra debitor, jf. UfR 1956.444 H« [min udhævning].

Henrik Stig Møller i U 1982 B s. 391 udtaler som *Gomard*, at erhververen skal føre »en passende kontrol med, at overdrageren afregner de indkasserede beløb til ham, jf. U 1954.444 H«.

Berning: Finansieringsret (1977) udtaler s. 276, med henvisning til samme dom, »at pant i fordringer med inkassobeføjelse for pantsætteren kan gennem-

føres under forudsætning af, at panthaver fører *betryggende kontrol* med, at sikkerheden eller sikkerhederne er til stede i det omfang, han vil gøre dem gældende«.

W. E. von Eyben: Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* udtaler s. 360: »Hvis overdrager fortsat skal have incassobeføjelse, skal det klart fremgå af underretningen, at dette kun gælder indtil anden besked gives, hvortil kommer, at transporthaver skal føre kontrol med overdragers udøvelse af sin udvidede rådighed, smlg U 1956.444 H«. Udsagnet er umiddelbart vanskeligt foreneligt med *W. E. von Eyben:* Nordisk Gjenklang (1969) s. 368, hvor det hedder: »Det er imidlertid helt klart, at der under alle omstændigheder må gives denunciation for at udrydde debitors legitimation til at betale med frigørende virkning til pantsætteren.«

Lyngsø: Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 214 vil kræve, at »der føres kontrol med, at overdrageren virkelig kun udøver en inkassobeføjelse og ikke selv afskriver de indkomne beløb.«

Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 274, vil kræve, at der ved inkassofuldmagt for overdrageren »iagttages meget strenge kontrolkrav«, henholdsvis at inkassofuldmagten »ledsages af en indgående kontrol« fra erhververens side.

Nis Jul Clausen: Pant i fordringer, 3. udgave (2000) udtaler s. 77: »Det kan ej heller være udelukket at opnå beskyttelse efter Gbl § 31, selv om *overdrageren* bevarer inkassobeføjelse. Men da formålet med denunciationen er at afskære overdrageren fra efterfølgende at råde over fordringen i strid med den allerede indrømmede ret, vil en sådan ordning kun kunne accepteres, såfremt erhververen fører kontrol med overdragerens inkassovirksomhed, herunder især at der foretages afregning af indkomne beløb i overensstemmelse med det aftalte.«

Carstensen og Rørdam: Pant, 7. udgave (2002) udtaler s. 338 i note 7: »Det kan ikke anses for principielt udelukket at etablere en ordning, hvorefter overdrageren indtil videre oppebærer den eller de overdragne fordringer, hvis de fra konsignation trufne foranstaltninger er truffet, således at pantsætter ikke råder frit over de inkasserede beløb.«

Bent Iversen: Finansieringsret. Kredit og kreditsikring (1999) udtaler s. 198: »En sådan ordning vil dog være betinget af, at visse fra *konsignation* kendte betingelser er opfyldt, herunder at erhververen – af hensyn til denunciationens primære funktion som rådighedsberøvende faktor – fører kontrol med, at overdrageren ikke råder ganske frit over den pantsatte fordring og bl.a. overholder en indgået aftale om afregning af indkomne beløb.«

Ligheden mellem kreditkonsignation og det behandlede spørgsmål om fordringsoverdragelse er ikke tilfældig, men i høj grad historisk betinget: Oprindelig virkede undertiden en distributør ved at være lagerførende og formidle salg for fjerne produktionsvirksomheder. I takt med det stigende kapitalbehov, som fulgte af industrialiseringen i slutningen af 1800-tallet, blev det almindeligt, at distributøren ydede producenterne finansiering og fik sikkerhed i de lagervarer, som de besad på producenternes vegne. Efterhånden udvidedes finansieringsgrundlaget, således at det kom til at omfatte såvel lagervarerne som producenternes udestående fordringer. Forbedrede transportmuligheder indebar, at behovet for en lagerførende og salgsformidlende distributør på den fjerne plads gradvis svandt. Da distributørfunktionen efterhånden trådte helt i baggrunden, indtrådte den specialisering, hvoraf resultatet ses i dag: Den primære opgave for den såkaldte »factor« – heraf betegnelsen factoring – blev den systematiske overtagelse af virksomheders debitorportefølje.

En analogisering fra reglerne om kreditkonsignation kræver årsagernes lighed, og det må i den forbindelse tages i betragtning, at *de nærmere betingelser for konsignantens kreditorbeskyttelse afhænger af, (1) om ejendomsforbeholdssælger (konsignanten) alene vil hævde en tinglig ret til usolgte konsignationsvarer, eller (2) om konsignanten tillige vil hævde en tinglig ret til ejendomsforbeholdskøbers (konsignatarens) udestående fordringer.*

(1) For så vidt angår konsignantens tinglige ret til konsignationsvarerne går betingelserne bl.a. ud på, at konsignataren skal være forpligtet til at afregne til konsignanten, og at konsignanten skal føre en kontrol, som er egnet til at sikre, at der sker afregning til *aftalt* tid – dog således at den kredittid, der kan accepteres, bl.a. afhænger af forholdene i den pågældende branche.

(2) For så vidt angår konsignantens tinglige ret til udestående fordringer stilles der strengere krav: En grundlæggende betingelse for, at konsignanten i kraft af konsignationsaftalen – uden foretagelse af denunciation – kan have opnået en kreditorbeskyttet ret til de udestående fordringer, er begribeligvis, at konsignanten tillige har en kreditorbeskyttet ret til konsignationsvarerne. Hertil kommer, at konsignanten skal føre kontrol med, at der er opretholdt en *snæver* forbindelse mellem varen og fordringen, jf. således *Vagn Carstensen:* Ting og Sager 2 (1984) s. 101. Det samme synspunkt ses hos *Illum:* Ejendomsforbehold (1946) s. 53, hvorefter indkomne beløb skal afregnes »*hurtigt*«, jf. tilsvarende *Illum:* Dansk Tingsret, 3. udgave (1976) ved *Vagn Carstensen* s. 271. Overholdelse af en *aftalt* afregningstid er altså ikke altid tilstrækkelig til at skaffe konsignanten en kreditor- og omsætningsbeskyttet ret til *fordringerne* (smh. ovenfor om konsignationsvarerne).

Forskellen mellem konsignationsbetingelserne for konsignantens sikkerhed i varer henholdsvis udestående fordringer illustreres af U 1967.363 SH: En dansk grosserer (G), der drev virksomhed med sports- og campingartikler, havde i henhold til en »kommissionsaftale« varer på lager for et svensk produktionsaktieselskab (A). A havde i aftalen forbeholdt sig ejendomsretten til lagervarerne. Aftalen indeholdt endvidere en udtrykkelig bestemmelse om, at fordringer, som opstod ved salg af varerne, tilhørte A. G gik konkurs, og A påstod at have fortrinsret til såvel varer som udestående fordringer. Da G havde forhandlet varerne i eget navn og for egen regning, var det ret klart, at der til trods for parternes ordvalg ikke forelå et rent kommissionsforhold, jf. kommissionslovens § 4. Om A dog kunne hævde ret til varerne (smh. kommissionslovens 53) og fordringerne (smh. kommissionslovens § 57, stk. 2), måtte herefter afhænge af, om konsignationsbetingelserne var opfyldt. – *Vedrørende varerne* fandtes A at kunne gøre ejendomsforbeholdet gældende: Til trods for, at aftalens krav om afregning ikke var blevet overholdt, havde A udøvet en tilstrækkelig kontrol med de beholdne varelagre ved at have modtaget halvårlige specificerede varelister og ved med regelmæssige mellemrum at have kontrolleret disse. *Vedrørende de udestående fordringer* udtalte Sø- og Handelsretten: »Hvad angår retten til fordringerne, må det være en følge af det almindelige konkursprincip om ligedeling, at fordringerne må indgå i boet, medmindre der er aldeles klar hjemmel til at antage det modsatte. Netop på dette punkt havde retsforholdet mellem parterne fjernet sig stærkt fra det rene kommissionsforhold. En anerkendelse af en særret som omtalt i Kommissionslovens § 57, stk. 2, måtte i hvert fald forudsætte, at man havde *aftalt og gennemført, at der afregnedes, når der indgik beløb, og at der førtes kontrol dermed* [min udhævning]. Ved at yde [G] en mere udstrakt kredit blev forbindelsen mellem retten til den enkelte vare og fordringsretten i den grad udvisket, at det ville bero på rene tilfældigheder, om [A's] særrettigheder var i behold. Det vil også ofte være vanskeligt at påvise, hvilken del af en fordring, der tilkom hver enkelt af flere leverandører, og hvilken del, der tilkom [G] til udlæg og fortjeneste, ligesom det ville være uklart, hvorledes afdrag fra køberne skulle afskrives.«

Når man i konsignationsreglerne henter vejledning til beskrivelse af kravet om rådighedsbegrænsning ved fordringspantsætning, må vejledningen begribeligvis søges i de netop beskrevne regler om konsignantens ret til udestående fordringer. En analogisering fra konsignationsreglerne medfører, at pantsætterens oppebørselsret alene må have karakter af en *inkassofuldmagt,* således at afregning til panthaver (nedbringelse af den sikrede skyld) skal ske løbende og umiddelbart i takt med skyldnerens betalinger til pantsætter. Der kan naturligvis indrømmes pantsætter en vis ekspeditionstid til afregning, men konsignationssynspunktet indebærer, at inkassofuldmagten ikke må benyttes som *kreditmiddel.* Det er antagelig i overensstemmelse med det her anførte, når det hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 273 f. udtales, at der skal »iagttages meget strenge kontrolkrav i

forholdet mellem fordringens pantsætter og panthaver«. Det anførte forekommer også at være i overensstemmelse med udsagnet hos *Munch* i U 1988 B s. 419 (kommentar til U 1987.915 H, der er nævnt ovenfor): »Det er ikke lagt til grund, at en *incassobeføjelse* vedrørende ordinære afdrag og renter i sig selv skulle gøre denunciationen uvirksom« [min udhævning]. Det bemærkes herved, at udtalelsen blev fremsat i forbindelse med et tilfælde, hvor overdrageren straks afregnede de indkomne beløb til erhververen.

Kontrolordningen lader sig betydelig lettere praktisere ved fakturaoverdragelse med oppebørselsret for overdrageren end ved konsignation. Ved konsignation kender konsignanten som udgangspunkt hverken de enkelte fordringers eksistens eller forfaldstid. En erhverver af en fordring, som har givet overdrageren oppebørselsret, har fuldstændig viden om disse forhold, hvorfor kontrollen kan udøves ved en simpel konstatering af, om forfaldne beløb er afregnet inden for den kortere frist, som overdrageren kan indrømmes.

En sælsom udformning af kontrolordningen ses hos *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 276 f., hvor det hedder: »De *originale checks og postanvisninger* må således overgives til financieren i endosseret stand og krediteres virksomhedens konto hos denne. Ved indbetaling på *giro* må girotalonerne ligeledes overgives til financieren, og denne må sørge for, at udskrifter af girokontoen tilstilles ham direkte fra postgirokontoret. Kun indbetalinger i *gangbar mønt* vil da volde vanskeligheder, men dette problem er vist forsvindende lille under nutidens betalingsformidlingssystem.« Den af *Berning* anbefalede fremgangsmåde er aldeles upraktisk og tjener intet som helst fornuftigt formål (smh. den netop ovenfor beskrevne, helt enkle fremgangsmåde, hvorefter afregning til erhververen kan ske uden krav om nogen særlig betalingsform).

Har panthaver og pantsætter *aftalt* en betalingsfrist, skal panthaver selvsagt kontrollere, at fristen overholdes, jf. eksempelvis *Nis Jul Clausen*: Pant i fordringer, 3. udgave (2000) s. 77, hvor det hedder, at panthaveren »især« skal kontrollere, at der foretages afregning af indkomne beløb i overensstemmelse med »det aftalte«. Som netop vist er det dog ikke først og fremmest aftalen mellem panthaver og pantsætter – men derimod kravet om løbende og umiddelbar afregning – som sætter grænsen for, hvor lang en afregningsfrist der kan accepteres.

I svensk ret har spørgsmålet om overdragerens adgang til at oppebære ydelser på den overdragne fordring været til genstand for diskussion, jf. om denne navnlig *Staffan Myrdal:* Borgenärsskyddet (2002) s. 139 ff. I NJA 1995.367 II HD fandtes der at foreligge kreditorbeskyttelse for en erhverver af nogle leasingydelser, som det var tilladt overdrageren at oppebære. Højesteret fandt det acceptabelt, at overdrageren »erhåller et visst sken av rådighet

under den tidsrymd som indträffer mellan det att han uppburit betaling och det att han redovisat den til förvärvaren«. Dommen er behandlet indgående af *Staffan Myrdal* op. cit. s. 135. Om dommen har *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 261 udtalt: »betalingslegitimationen kommer bare in som et moment bland andre vid bedömningen av om överlaterens upoffring är tillräcklig«. *Håstad loc. cit.* udlægger dommen således, at konstruktionen var acceptabel, fordi denunciationen udelukkede en »efterhandkonstruktion« samt fratog overdrageren legitimationen til at overdrage fordringen. Herefter vejede det mindre tungt, at overdrageren bevarede »et vist sken av rådighet« i tidsrummet mellem oppebørslen og betalingen til erhververen. Retstilstanden adskiller sig næppe væsentligt fra den danske, hvor det som nævnt ligeledes kan tillades overdrageren at oppebære ydelser på fordringen som fuldmægtig for erhververen. *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 294 udtaler i forbindelse med NJA 1995.367 II HD, at det er vigtigt, at panthaveren ikke har forpligtet sig til at lade leasingafgifter gå direkte til leasinggiveren. Videre hedder det, at »det finnas goda skäl at godta inkassouppdrag til en pantsättere, om det ges klart besked vid denuntiation«. Se også *Walin* i Festskrift til Lars Welamson (1988) s. 488, der i forbindelse med det svenske företagshypotek nævner, »att en borgenär överlåtar sin fordran og denuntierer gäldenären samt åtar sig att indriva fordringen med redovisningspligt til förvärvären«.

Ifølge den norske pantelovs § 4-6 første led kan det bl.a. aftales, at pantsætteren bevarer råderetten og f.eks. fortsat frit kan oppebære fordringen. Reglen adskiller sig dermed radikalt fra, hvad der gælder i Danmark og Sverige, jr. ovenfor. Reglen har været foreslået afskaffet, jf. NOU 1993:16 s. 183, jf. s. 159 og *Jens Edvin Andreassen Skoghøy:* Panteloven med kommentarer (1995) s. 399, men dette er ikke sket. Ifølge pantelovens § 4-7 skal panthaveren for at bevare sit retsværn give meddelelse til skyldneren, hvis der er indgået aftale om eksempelvis pantsætterens ret til oppebørsel, jf. *Jens Edvin Andreassen Skoghøy op. cit.* s. 408. Reglerne gælder også ved factoringpant, jf. § 4-10 tredje led. Det beror på en fortolkning af aftalen, i hvilke henseender råderetten består, jf. *Jens Edvin Andreassen Skoghøy op. cit.* s. 398. Bevarer pantsætteren oppebørselsretten, kan der for så vidt tales om »sovende« pant, jf. *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 263. Pantet »vågner« – kan gøres gældende – typisk, når det underliggende skyldforhold er misligholdt, men pantet kan også siges at være »sovende« i en anden forstand, idet det nemlig ikke nødvendigvis – som praksis er ved almindelig factoring efter dansk ret – udløser løbende kredit (eller for den sags skyld yderligere kredit når fakturamassen øges). Se kritisk over for ordningen *Brækhus:* Omsettning og kreditt 2, 2. utgave (1994) s. 141 ff., men mere positiv *Jens Edvin Andreas-*

sen: Factoringpant (1990) s. 302 ff. Om den eventuelt ringere udnyttelse af udestående fordringer som kreditgrundlag ved indførelsen af et »factoringpant« eller et mere vidtgående »virksomhedspant« i Danmark henvises til kapitel 13, afsnit 2.

Det skal blot for fuldstændighedens skyld nævnes, at skyldneren også uden for de nævnte tilfælde af inkassofuldmagt kan tænkes at betale til overdrageren med frigørende virkning (men *uden* at erhververens kreditor- og omsætningsbeskyttelse kommer i fare). Som et eksempel kan nævnes, at skyldneren ikke nødvendigvis er kommet i ond tro om overdragelsen (hvilket er afgørende ifølge legitimationsreglen i GBL § 29), selv om meddelelsen er kommet frem (hvilket er afgørende ifølge sikringsaktsreglen i GBL § 31). Som et andet eksempel kan – som allerede anført ovenfor – nævnes, at betalinger til overdrageren efter omstændighederne kan være berettigede som følge af gensidighedsholdet mellem overdragerens realforpligtelse og pengeskyldnerens betalingsforpligtelse. Princippet har fundet udtryk i RPL § 511, stk. 3, som er nævnt ovenfor i afsnit 1.4.1, og som omtales nærmere nedenfor i kapitel 3, afsnit 5.3 (om negligeringsret i forbindelse med byggeritransporter).

2. Krav til meddelelsens indhold

Er der givet skyldneren underretning på korrekt vis, jf. GBL § 31, er erhververen ifølge bestemmelsen beskyttet mod overdragerens retsforfølgende kreditorer (stk. 1) og godtroende aftaleerhververe (stk. 2). Spørgsmålet om, hvad der nærmere ligger i kravet om »underretning om overdragelsen«, er i litteraturen diskuteret i et nærmest uendeligt antal varianter, og der foreligger tillige en ret omfattende retspraksis herom. Som allerede nævnt stilles der krav om, at meddelelsen til skyldneren *klart og tydeligt* angiver, at fordringen er overdraget.

Kravet om klarhed og tydelighed er opfyldt, hvis meddelelsen eksempelvis angiver, at fordringen er »overdraget til«, »transporteret til«, »pantsat til«, »belånt hos« eller »købt af« erhververen. De nævnte formuleringer er dog selvsagt kun tilstrækkelige, hvis meddelelsen ikke i øvrigt indeholder ord og vendinger, som kan skabe tvivl om, at en overdragelse har fundet sted.

Det er som nævnt ovenfor i afsnit 1.4 ikke et krav, at meddelelsen er bindende i den forstand, at skyldneren efter modtagelsen skal være uberettiget til at betale til andre end erhververen. Meddelelsen skal således ikke nødvendigvis angive, at betaling for fremtiden kun kan ske til erhververen – omend en

sådan angivelse er en stærkt anbefalelsesværdig tilføjelse til oplysningen om, at fordringen er »overdraget« m.v.

Selv om en meddelelse om, at fordringen er »overdraget«, ikke udtrykkeligt angiver erhververen som betalingsmodtager, vil den dog medføre, at fakturaskyldneren bringes i ond tro om overdragelsen og derfor ikke kan betale til overdrageren med frigørende virkning, jf. GBL § 29 og hertil NJA 1989 s. 671 HD, hvor udtrykket »överlatelse« var anvendt i en denunciation, og hvor skyldneren herved fandtes at være bragt i ond tro. Bestemmelsen i GBL § 29 – der ikke er en sikringsaktsregel, men en regel om overdragerens legitimation over for skyldneren – indebærer i øvrigt, at også viden eller burde-viden hos skyldneren, som hidrører fra andre forhold end en formelig meddelelse, afskærer skyldneren fra at frigøre sig ved betaling til overdrageren.

Oplyses det i meddelelsen, at fordringen er »overdraget« el. lign., og betaler fakturaskyldneren desuagtet til overdrageren, risikerer skyldneren at skulle betale en gang til, nemlig til erhververen. Det krav, erhververen i givet fald har mod skyldneren, angives undertiden at være et erstatningskrav, jf. således *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 67. Denne opfattelse kan ikke tiltrædes – kravet er en simpel følge af, at skyldneren ikke har betalt med frigørende virkning, og kravet består uafhængigt af, om de almindelige erstatningsbetingelser er opfyldt.

En meddelelse er *ikke* tilstrækkelig klar og tydelig til opnåelse af kreditor- og omsætningsbeskyttelse ifølge GBL § 31, hvis den blot oplyser, at fordringen er »overgivet til« eller »overtaget af« erhververen (jf. om den sidstnævnte formulering U 1977.636 H, hvor meddelelsen til skyldneren oven i købet var givet i en tryksagslignende papfolder med en opkiltet skottepige på forsiden!). Se i samme retning NJA 1978.99 HD, hvor det i en meddelelse til en afbetalingskøber hed, at erhververen havde »övertagit kontraktet«. Her fandtes meddelelsen dog tilstrækkelig, fordi skyldneren havde modtaget en kopi af kontrakten, hvoraf fremgik, at overdragelse var sket.

En oplysning om overdragelsen i reklamemateriale – eller i en entreprisekontrakt, som forevises skyldneren – opfylder som udgangspunkt ikke kravet i GBL § 31, allerede fordi en sådan meddelelse ikke kan siges at være dispositiv, jf. herved *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 2002 B s. 2 f.

Det er heller ikke tilstrækkeligt, at meddelelsen angiver, at fakturaen er i erhververens »besiddelse« (jf. således U 1979.573 H om overdragelse af nogle løsørepantebreve). Det er endvidere ikke tilstrækkeligt, at meddelelsen angiver, at »betaling for fremtiden alene kan ske til [erhververen]« (jf. U 1975.971 V om en lignende meddelelse i en faktura). Endmindre er det tilstrækkeligt, at erhververen figurerer som betalingsmodtager på det indbetalingskort, som sendes til skyldneren. En variant forelå i U 1992.501 V, hvor følgende meddelelse ansås for utilstrækkelig: »NB. I henhold til gældsbrevslovens § 31 skal

vi hermed meddele Dem, at betaling med frigørende virkning alene kan ske til [banken]«.

Om betydningen af, at meddelelsen afgives af en professionel kreditgiver, kan henvises til *Munch* i U 1988 B s. 419, *Nis Jul Clausen* i U 1992 B s. 357 ff., *samme:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 75 f., *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 201 f., *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i U 1992 B s. 477 f. samt *Lennart Lynge Andersen, Peter Møgelvang-Hansen og Niels Ørgaard:* Gældsbrevsloven med kommentarer (1997) s. 208.

Som et sidste eksempel skal nævnes, at det ikke er tilstrækkeligt, at meddelelsen angiver, at fordringen er »deponeret« hos erhververen, jf. U 1987.915 H (kommenteret af *Munch* i U 1988 s. 418 f.). Det fremgår dog af *Munchs* kommentar, at Højesteret anlagde en samlet vurdering af meddelelsen, og at der heri ikke blot indgik anvendelsen af udtrykket »deponeret«, men tillige at meddelelsen angav, at »renter og ordinære afdrag indtil videre indbetales til [overdrageren], hvorimod ekstraordinære afdrag indtil videre bedes indbetalt til [erhververen]«. I U 1981.520 SH fandtes anvendelsen af udtrykket »deponeret« at være tilstrækkelig »i forbindelse med de i øvrigt oplyste omstændigheder«. Dommen forekommer dog på dette punkt urigtig.

De anførte eksempler på formuleringer, som ikke opfylder kravet til klarhed og tydelighed, lider alle af den afgørende svaghed, at de anvendte ord lader det stå åbent, om fordringen blot er overført til tredjemand med henblik på debitoradministration og/eller inkassation af det skyldige beløb. Se tilsvarende om svensk ret *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 257 f.

Hvis ordene »overdragelse« eller »transport« eller lignende anvendes, kræves det ikke, at meddelelsen angiver, om overdragelsen eller transporten er sket til eje eller til sikkerhed, jf. *Gomard:* Obligationsret, 3. Del (1993) s. 82. Det er tilstrækkeligt, at skyldneren som følge af meddelelsen sættes i stand til at oplyse retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe om, at der består andre rettigheder over fordringen. Herefter må de pågældende selv søge oplyst, *hvori* en eventuel hindring for deres retsforfølgning henholdsvis aftaleerhvervelse består. Heller ikke i svensk ret kræves det i almindelighed, at meddelelsen angiver, om overdragelsen er sket til eje eller til sikkerhed, jf. f.eks. *Håstad:* Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) s. 259. Se dog anderledes *Helander:* Kreditsäkerhet i lös egendom (1984) s. 507 ff. Til støtte for et krav om angivelse af overdragelsens art kan anføres, at det kan være af interesse for overdragerens omsætningserhververe og retsforfølgende kredi-

torer, om der er sket overdragelse til eje eller overdragelse til sikkerhed – i det sidstnævnte tilfælde kunne der jo være en friværdi i fordringen. Når det ovenfor anførte resultat alligevel må fastholdes, skyldes det som nævnt, at det forekommer tilstrækkeligt, at skyldneren kan oplyse om, at en »overdragelse« er sket, hvorefter en omsætningserhverver eller retsforfølgende kreditor selv må søge nærmere oplysninger om overdragelsen hos overdrageren og erhververen. Det forekommer med andre ord tilstrækkeligt, at skyldneren er sat i stand til at oplyse om – advare om – at en allerede stiftet ret *kan* være til hinder for en senere stiftet ret.

3. Meddelelsens afsender og adressat

GBL § 31-meddelelsen kan afgives af såvel overdrageren som erhververen – eller af en fuldmægtig for en af disse. Har debitor på anden måde end via meddelelsen fået kendskab til overdragelsen, er sikringsakten ikke hermed iagttaget.

Spørgsmålet om, *hvem der skal give meddelelsen,* rejser nogle praktiske problemer (som ikke nødvendigvis har noget med GBL § 31 at gøre): I og for sig ville det vel være mest betryggende, om meddelelsen blev givet af erhververen. Denne fremgangsmåde er imidlertid ofte for omkostningskrævende – i hvert fald ved massebelåning af fakturakrav. I de sidstnævnte tilfælde overlader erhververen det derfor til overdrageren at give meddelelserne, selv om det indebærer en øget risiko for, at erhververen kommer til at købe eller belåne fakturaer, som ikke er sikrede – eller i værste fald er fiktive. Bedrageri i form af overdragelse af fiktive fordringer kan erhververen vanskeligt gardere sig imod, når meddelelsen gives af overdrageren, men »sjusk« med meddelelserne kan modvirkes ved bestemmelser i f.eks. en factoring- eller fakturabelåningsaftale, hvorefter overdrageren skal sende erhververen en kopi af f.eks. fakturaen, som skal være påtrykt en meddelelse om overdragelsen, som er formuleret af erhververen. Nogen fuldstændig sikkerhed for, at sikringsakten er iagttaget, opnås dog heller ved denne fremgangsmåde. Det er herefter først og fremmest et tillidsspørgsmål, om erhververen vil overlade det til overdrageren at besørge meddelelserne.

En fordel ved at lade overdrageren give meddelelse er, at skyldneren kan – og skal – betale til erhververen, uden at yderligere dokumentation for overdragelsen er nødvendig. Dette er imidlertid ikke et sikringsaktsspørgsmål, idet GBL § 31 ikke stiller krav om, at overdragelsen dokumenteres over for skyldneren: Giver erhververen meddelelse til skyldneren, og opfylder meddelelsen

de indholdsmæssige krav, er den fornødne sikringsakt således foretaget, selv om erhververen ikke ved fremsendelse af overdragelsesdokument eller på anden vis har dokumenteret sin ret. Noget andet er, at skyldneren er berettiget til at kræve dokumentation for overdragelsen. Rejses sådanne dokumentationskrav i større omfang, vil dette selvsagt belaste et arrangement med massebelåning af f.eks. fakturaer med yderligere omkostninger.

Adressaten for § 31-meddelelsen er som nævnt fordringens skyldner. Er der flere skyldnere, skal meddelelse formentlig gives til enhver af disse. I modsat fald forekommer meddelelsen ikke at være tilstrækkeligt rådighedsbegrænsende. Det samme resultat antages af *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer 3. udgave (1989), s. 211 og *John Adamsen* i Juristen 1996 s. 188 ff., der stiller krav om, at fordringen mod de flere skyldnere skal udspringe af samme retsstiftende kendsgerning. Samme resultat antages i norsk ret af *Tore Sandvik m.fl.:* Norsk panterett, 2. utgave (1982) s. 196, men anderledes *Kåre Lilleholt:* Godtruerhverv og kreditorvern, 3. utgave (1999) s. 86. I svensk ret vil *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 191 ikke stille krav om meddelelse til samtlige skyldnere. Se tilsvarende *Taxell:* Panträtt i skuldebrev (1949) s. 76, men anderledes *Helander:* Kreditsäkerhet i lös egendom (1984) s. 486. *Walin:* Lagen om skuldebrev m.m., 2. uppl. (1997) udtaler dog s. 203: »Försiktigast är naturligvis ändå att samtliga huvudgäldenärer underrättas.«

Er der tale om, at en af skyldnerne er hovedskyldner, som tilfældet er ved kaution, kræves ikke meddelelse til den subsidiært hæftende skyldner (kautionisten).

Er skyldneren et selskab, som indgår i koncern med et eller flere andre selskaber, skal meddelelse gives til det materielt forpligtede selskab, jf. U 1992.255 H. Dommen angik et tilfælde, hvor debitorselskabet og det selskab (S), der modtog denunciationen, havde fælles kontor og administration, ligesom den tegningsberettigede direktør – der noterede transporten uden indsigelse – var den samme i de to selskaber. Højesterets flertal på tre dommere afviste, at der var sket behørig denunciation. I landsrettens præmisser – som i deres helhed tiltrådtes af Højesterets flertal – blev der lagt vægt på, at S ikke havde fuldmagt til at notere transporten på debitorselskabets vegne. Højesterets mindretal på to dommere fandt, at denunciationen til S under de foreliggende omstændigheder var tilstrækkelig sikringsakt.

Personsammenfald fritager ikke fra meddelelse til den materielt forpligtede skyldner, jf. U 2001.380 H. Et selskab (S) havde givet et pengeinstitut (P) transport i ethvert tilgodehavende hos nogle andre selskaber (skyldnerselskaberne). Transporten fra S var underskrevet af D, der var direktør i såvel S som i skyldnerselskaberne. P underrettede ikke skyldnerselskaberne om transpor-

ten, og der blev heller ikke givet særskilt underretning fra S. Det forhold, at D også var direktør i skyldnerselskaberne, kunne ikke medføre, at kravet om underretning var opfyldt, jf. herved GBL § 31, stk. 1. Det forekommer hensigtsmæssigt, at kravet om denunciation således fastholdes håndfast. I den konkrete situation havde meddelelsen til D således ikke med tilstrækkelig sikkerhed virket rådighedsbegrænsende for S – eller for den sags skyld med sikkerhed opfyldt den offentliggørende og prioritetskonstaterende funktion. Dommen er et udmærket vidnesbyrd om, at faktisk viden hos skyldneren om en transport ikke kan erstatte kravet om foretagelse af en sikringsakt.

På visse nærmere betingelser kan en primær transporthaver være adressat for en GBL § 31-meddelelse afgivet af en sekundær transporthaver. De særlige problemer, som knytter sig til denne konstruktion, opstår i praksis navnlig i byggeriforhold og er derfor behandlet nærmere nedenfor i kapitel 3, afsnit 4.4, om entreprenørtransporter.

4. Tinglysning som alternativ sikringsakt

TL § 47, stk. 4, indeholder et forbud mod underpant i fordringer. Baggrunden for forbuddet var, at underpantsætning af fordringer ansås for »ganske upraktisk«, jf. *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 62 og RT 1937-38, tillæg A, spalte 2988. Dommen refereret i U 1984.1009 V vedrørte spørgsmålet, om lejeindtægter, forpagtningsafgifter og forsikringssummer af et udlejet computeranlæg kunne underpantsættes sammen med anlægget. Efter at have henvist til forarbejdernes udtalelse om det manglende praktiske behov for underpantsætning af fordringer udtalte landsretten, at »væsentlige praktiske hensyn« talte for, at en panthaver i forbindelse med tinglysning af pant i løsøre på samme måde som ved tinglysning af pant i fast ejendom kunne sikre sig pant i bl.a. indtægter fra pantet i form af f.eks. leje- og forpagtningsafgifter. Landsretten fandt, at hverken ordlyden af TL § 47, stk. 5 (nu stk. 4), eller bestemmelsens formål afskar en sådan accessorisk pantsætning.

Bestemmelsen i TL § 47, stk. 4, udtaler ganske vist intet om accessorisk pantsætning, men bestemmelsen indeholder et generelt forbud mod underpantsætning af fordringer. Hertil kommer, at det synes problematisk, at landsretten i U 1984.1009 V forekommer at have været af den opfattelse, at lejeindtægterne kunne pantsættes såvel efter reglerne om underpant som efter de almindelige regler om pantsætning af fordringer. I så fald består nemlig et system med alternative sikringsakter, hvilket som omtalt ovenfor i kapitel 1, afsnit 3.4, forekommer principielt uheldigt. Et sådant system åbner op for prioritetskon-

flikter mellem p.d.e.s. en underpanthaver, der har sikret sig ved tinglysning efter TL § 47, stk. 1, og p.d.a.s. en transporthaver, der har sikret sig efter GBL § 31, jf. således også tinglysningsdommerens bemærkninger i U 1986.858 H. En prioritetskonflikt som den nævnte må i givet fald løses således, at dén, der først har foretaget en af de relevante sikringsakter, vinder ret (dog således at den senere erhverver ved foretagelsen af sin sikringsakt skal være i god tro om den tidligere stiftede ret). Problemet kunne være opstået i U 1983.423 V om en konflikt om lejeindtægter af nogle udlejede trailere, men her omfattede løsøreejerpantebrevene efter deres ordlyd ikke sådanne indtægter. Som anført af *Hans Willumsen:* Tinglysningsloven med kommentarer (1997) s. 440 må det antages, at det netop er konfliktmuligheder som de beskrevne, der har motiveret TL § 47, stk. 4, og det kan tiltrædes, når denne forfatter udtaler, at det synes at stride mod såvel ordlyd som formål med bestemmelsen at gøre afvigelser fra de sikringsakter, gældsbrevsloven foreskriver.

Ved anerkendelse af et system med alternative sikringsakter som netop beskrevet svækkes sikringsakternes funktioner også i øvrigt: Foretages der eksempelvis udlæg i lejeindtægterne, eller gives der transport herpå, må den forsigtige udlægshaver/transporthaver foranstalte undersøgelser hele to steder – dels i tingbogen, dels hos fordringens skyldner – for at være sikker på, at der ikke allerede består hindringer i form af en tidligere pantsætning af lejeindtægterne. Et grundlæggende princip for et velfungerende sikringsaktssystem er imidlertid, at der er ét – og kun ét – sted, hvor prioritetsstillingen opgøres. Det må anbefales, at den panthaver, der har valgt at sikre sig ved underpant, tillige giver meddelelse til skyldneren, jf. GBL § 31. Noget sådant vil i hvert fald mindske risikoen for, at der overhovedet opstår prioritetskonflikter.

Til trods for de anførte indvendinger er linjen i U 1984.1009 V fulgt op med U 1986.858 H, der tillod tinglysning af en påtegning på et løsøreejerpantebrev, hvorefter panteretten tillige omfattede indtægter af pantet, herunder leje- og forpagtningsafgifter. Se også U 1989.133 H (dissens), hvor det blev fastslået, at tinglysning af et løsørepantebrev i blandt andet lejerettigheder også var tilstrækkelig sikringsakt for så vidt angik lejers krav på tilbagebetaling af depositum, der ligeledes var pantsat ved pantebrevet. Dommene er bl.a. omtalt af *Bent Iversen* i R&R 1990, nr. 3, s. 48 ff., hvor der også henvises til U 1984.131 V, der nåede til det modsatte resultat af de netop nævnte nyere domme.

Hvad angår reglerne om fast ejendom, hvortil *også* henvises i præmisserne i U 1984.1009 V, kan der ske tinglysning af en panteret i f.eks. leje- og forpagtningsafgifter. Dette spørgsmål må imidlertid afgøres efter TL § 37, jf. *Krag Jespersen:* Ejendomsbestanddele og tilbehørspant (1986) s. 133 f. Som

anført af denne forfatter omfatter TL § 37 imidlertid heller ikke fordringer. Justitsministeriets pantebrevsformularer indeholder dog bestemmelser om pant i bl.a. leje- og forpagtningsafgifter (jf. formular A pkt. 5 og formular B pkt. 6). Man kan muligt opfatte situationen således, at der for så vidt angår fast ejendom består en retssædvane på dette område, jf. *Krag Jespersen loc. cit.* Som anført af *Hans Willumsen:* Tinglysningsloven med kommentarer (1997) s. 440 kan den, der får transport på fordringen på en lejer i en fast ejendom, i hvert fald ikke overraskes over panthavernes ret, som følger af pantebrevsformularerne.

Hvad angår *indtægter* af løsøre, må det konkluderes, at kreditor- og omsætningsbeskyttelse kan opnås ved tinglysning som accessorium til løsøret. Den samme betragtning er i en enkelt afgørelse anlagt for så vidt angår forsikringsydelser, jf. atter U 1984.1009 V, hvor det direkte udtales, at panthaveren »ved tinglysningen [kunne] sikre sig pant i forsikringssummer«. Forholdet er imidlertid, at spørgsmålet om panteret i forsikringsydelser for løsøre overhovedet ikke har noget med tinglysningen at gøre. Panthavers materielle ret til (en del af) en forsikringsydelse består uafhængigt af, om der er sket tinglysning, for sagen er, at retten til forsikringsydelsen slet ikke er overdraget, men opstår direkte for panthaver, jf. bestemmelsen i FAL § 54. Af samme grund er det ligeledes uden betydning, om panthaver har givet meddelelse til selskabet, jf. GBL § 31, som heller ikke regulerer denne situation. Noget andet er, at det er hensigtsmæssigt, at panthaver anmelder sit krav over for forsikringsselskabet – eventuelt på forhånd ved etablering af en panthaverdeklaration – for at undgå, at selskabet med frigørende virkning udbetaler forsikringsydelsen til genstandens ejer (eller til en tredjemand, til hvem ejeren har overdraget kravet, jf. i det hele princippet i GBL § 29).

KAPITEL 3

Byggeritransporter

1. Indledning

Bygge- og anlægsarbejder er typisk så omkostningskrævende, at de skaber et finansierings- og sikkerhedsbehov hos flere af byggeriets aktører. I dette kapitel behandles en gruppe af de relevante sikringsmuligheder, nemlig de såkaldte byggeritransporter, d.v.s. transporter på krav, der typisk eller dog jævnligt opstår i forbindelse med et byggeri.

Kapitlet indeholder for det første en kort gennemgang af sikkerhedsproblemer med tilknytning til bygherrens transporter af krav mod det pengeinstitut eller realkreditinstitut, som har givet tilsagn om at yde et formålsbestemt lån til brug for byggeriet.

Kapitlet indeholder for det andet en mere udførlig gennemgang af sikkerhedsproblemer med tilknytning dels til entreprenørers transporter af krav mod bygherren, dels til entreprenørers (og materialeleverandørers) transporter af krav mod andre entreprenører.

De retlige problemer, som knytter sig til de nævnte transporter, er i overvejende grad af tingsretlig art, idet det selvsagt er helt centralt for transporthaveren, at han er beskyttet mod overdragerens øvrige transporthavere og retsforfølgende kreditorer. Værdien af en transport hænger imidlertid snævert sammen med obligationsretlige forpligtelser, således navnlig med den betalingsforpligtelse, der påhviler den transporterede fordrings debitor. De regler og aftaler, som regulerer betalingen af de fordringer, der gøres til genstand for transporter i byggeriforhold, omtales derfor løbende.

Som det vil fremgå, har sikkerhedsstillelse i byggeriforhold givet anledning til et betydeligt antal retlige problemer. Én af årsagerne hertil er, at et byggeri kan udføres ved hjælp af mange forskellige aktører, som indbyrdes kan have fordringer mod hinanden – herunder fordringer, som kan anvendes i en sikkerhedsmæssig sammenhæng. Eksempelvis kan en bygherre lade en hovedentre-

prenør eller en totalentreprenør udføre byggeriet, eller bygherren kan indgå entrepriseaftaler direkte med et antal fagentreprenører. I øvrigt vil typisk hverken en hovedentreprenør eller en totalentreprenør udføre hele entreprisen selv, men vil i praksis benytte sig af underentreprenører, der får materialeleverancer fra tredjemand o.s.v. Herved opstår et sindrigt og – undertiden – uoverskueligt net af forpligtelser gående ud på præstation af realydelser og pengeydelser, som skal udveksles på hensigtsmæssig måde.

Ved de i praksis anvendte betalingsordninger medvirker både bygherren og entreprenørerne ved byggeriets finansiering. Bygherren medvirker ved at betale løbende, selv om han ikke har fået stillet det færdige byggeri til sin rådighed. Entreprenørerne (og eventuelt materialeleverandørerne) medvirker ved at acceptere at blive betalt bagud, om end løbende i takt med udførelse af arbejde og levering af materialer. Situationen er rammende beskrevet af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 299: »Forestiller man sig en pyramide med bygherren og dennes pengeinstitut øverst, og hovedentreprenør, underentreprenører, håndværkere og leverandører længere nede i pyramiden, vandrer pengene nedad i pyramiden, mens materiale- og tjenesteydelserne vandrer opad. Kunsten for kreditretten er at få pengene til at vandre nedad i takt med, at realydelserne vandrer opad (hverken hurtigere eller langsommere), og få pengeydelserne til at gå til de rette modtagere.« Udgangspunktet for behandlingen af de enkelte emner i dette kapitel kan siges at være pengenes vandring nedad i den nævnte pyramide. I afsnit 2 følges pengestrømmen fra bygherrens pengeinstitut/realkreditinstitut til byggeriets (transporthavende) entreprenører og leverandører. I de følgende afsnit følges pengestrømmen fra bygherren samt fra entreprenører og leverandører til andre (transporthavende) entreprenører og leverandører og til disses (transporthavende) pengeinstitutter.

I overensstemmelse med, hvad der i kapitel 1, afsnit 3.2 og 4, er angivet at være et hovedformål med fremstillingen, er kapitlet søgt udarbejdet med blik for, hvordan reglerne påvirker samfundsforholdene på det helt jordnære plan ved udformningen af aftaler om byggeritransporter. Kapitlet indeholder således en række oplysninger om den praktiske tilrettelæggelse af kreditoptagelse i forbindelse med arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed. Formålet med disse mere deskriptivt prægede indslag er at anbringe de retlige problemer i en praktisk sammenhæng.

For at undgå endeløse sproglige gentagelser anvendes på udvalgte steder i dette kapitel en række forkortelser, som forhåbentlig kan lette fremstillingen noget. Forkortelsen BH bruges om bygherren. Forkortelsen HE bruges om hovedentreprenøren. Underentreprenører og materialeleverandører forkortes

henholdsvis UE og L. I mange af kapitlets eksempler er transporthaveren et pengeinstitut, der forkortes P. Optræder eksempelvis flere underentreprenører og/eller pengeinstitutter bruges forkortelserne UE1 og UE2 samt P1 og P2 o.s.v.

2. Byggelån og forhåndslån

2.1. Mellemfinansiering

En privat bygherre vil sjældent være i stand til – eller have interesse i – at foretage en fuldstændig egenfinansiering, d.v.s. at yde entreprenører m.v. løbende betaling af sin egenkapital. Med andre ord opstår der for bygherren et behov for en »mellemfinansiering«, d.v.s. en finansiering i perioden mellem projektering/ byggestart og færdiggørelse. Således kan bygherrens likviditetsbehov opstå allerede i forbindelse med projektering/byggestart. Dén »lange« finansiering, som endeligt skal løse bygherrens finansieringsbehov, er typisk et 20-årigt eller 30-årigt realkreditlån, der ydes på grundlag af et anmærkningsfrit tinglyst pantebrev i en *færdig* ejendom. Mellemfinansieringen kan have flere former, og det er allerede kort angivet ovenfor i afsnit 1, hvorledes eksempelvis hovedentreprenøren, underentreprenører og materialeleverandører medvirker hertil. I praksis optager bygherren imidlertid tillige oftest et formålsbestemt lån, nemlig enten et *byggelån* i et pengeinstitut eller et *forhåndslån* i et realkreditinstitut.

2.2. Byggelån

2.2.1. Byggelånets karakteristika

Ved et byggelån forstås et lån, som et pengeinstitut yder en bygherre med henblik på finansiering af et bestemt byggeri. Selve låneaftalen gør pengeinstituttet til debitor og bygherren til kreditor for en særegen pengefordring: Bygherren kan nok trække på lånet på de i aftalen nævnte vilkår (eller give transport på sine rettigheder), men hver gang pengeinstituttet udbetaler en del af låneprovenuet, opstår der en modsatrettet fordring af mindst samme størrelse – en fordring, der har pengeinstituttet som kreditor og bygherren som debitor, jf. herved *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 270.

Byggelånsaftalens enkelte vilkår fremgår i praksis af pengeinstituttets lånetilsagn, som bygherren har accepteret. Lånetilsagnet vil typisk bestå af et individuelt udformet dokument vedrørende den konkrete byggesag samt pengeinstituttets »almindelige betingelser« for sådanne lån. Her skal blot kort opregnes nogle eksempler på vilkår, som typisk findes i de to dokumenter. Det

individuelle dokument vil indeholde en angivelse af det konkrete byggeri (typisk med henvisning til tegninger, tidsplaner m.v.) samt med angivelse af, at lånet kun må anvendes til netop dette projekt. Det individuelle dokument vil tillige angive lånets maksimum, rentesats, provisioner, gebyrer, krav om sikkerhedsstillelse og – sidst, men ikke mindst – betingelserne for, at der kan trækkes på lånet. Pengeinstituttets *almindelige* betingelser, som ofte vil være delvis indskrevet i det individuelle lånetilsagn, angiver eksempelvis dokumenter, som skal foreligge, inden der kan trækkes på lånet (eksempelvis byggetilladelse, godkendte tegninger, entreprisekontrakter, forsikringspolice, tingbogsattest, skøde og byggelinje- og servitutattest). I de almindelige betingelser vil endvidere normalt findes bestemmelser om pengeinstituttets adgang til opsigelse af byggelånet samt om adgang til ophævelse, hvis bygherren misligholder låneaftalen (eksempelvis hvis aftalte betalinger ikke erlægges til tiden, hvis aftalte sikkerheder ikke stilles, hvis forsikringer ikke holdes i kraft, eller hvis byggeriet ikke fremmes mest muligt).

Blandt de centrale vilkår i en byggelånsaftale er betingelserne for, at bygherren kan trække på lånet eller anvise beløb til udbetaling til entreprenørerne. I praksis vil muligheden for udbetalinger af låneprovenuet naturligvis være afstemt med bygherrens betalingsforpligtelse over for entreprenørerne. Der kendes to hovedvarianter:

Den første variant indebærer, at lånet udbetales efter et a conto-system, således at entreprenørerne løbende eller med bestemte tidsintervaller kan honoreres for faktureret (færdigt) arbejde.

Den anden variant indebærer, at lånet udbetales i rater, således at der kan trækkes på lånet på bestemte stadier af entreprisen (eksempelvis kan der trækkes en sokkelrate, en murerrate, en tømrerrate, en snedkerrate, en tagrate og en færdigrate).

Det skal bemærkes, at de to varianter forekommer i kombinationer, f.eks. således at bygherren sættes i stand til undervejs at udbetale et eller flere a conto-beløb til bestemte entreprenører, som ellers ville skulle vente uacceptabelt længe på »deres« rate.

Selv om låneprovenuet er formålsbestemt til byggeriet, har entreprenørerne selvsagt ikke uden særlig aftale eller transport noget selvstændigt krav herpå: Retten til at trække på lånet tilkommer bygherren. Jævnligt aftales det, at pengeinstituttet honorerer entreprenørerne direkte efter anvisning fra bygherren. Eksempelvis sender entreprenørerne deres betalingsanmodninger til bygherren eller dennes repræsentant (f.eks. en arkitekt eller rådgivende ingeniør); kan betalingsanmodningen godkendes, påføres den en påtegning herom, hvorefter den videresendes til pengeinstituttet, som udbetaler beløbet til

entreprenøren. Dette giver en meget høj grad af sikkerhed for, at lånet rent faktisk anvendes til det pågældende byggeri, jf. *Hans Henrik Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 270. Uanset hvilken ordning der gælder for træk på byggelånet, vil pengeinstituttet i øvrigt normalt have betinget sig ret til at kontrollere og kræve dokumentation for, at udbetalinger er anvendt til fordel for byggeriet og er gået til håndværkerne efter den aftalte plan.

Det øger entreprenørernes evne – og antagelig også deres vilje – til at gennemføre en entreprise, at indgåede aftaler om ydelse af byggelån i videst muligt omfang sikrer, at pengene tilflyder entreprenørerne i den rækkefølge, hvori de ved deres arbejder og leverancer bidrager til en forøgelse af byggeriets værdi. Dette er af flere årsager også i pengeinstituttets interesse: *Dels* modvirkes forsinkelser af byggeriet begrundet i entreprenørernes økonomiske forhold, og herved modvirkes forlængelser af den periode, hvor pengeinstituttet befinder sig i en økonomisk risikozone som følge af det ydede lån. *Dels* udløser byggeriets færdiggørelse typisk et betinget og ved nærmere aftale fastslået krav for bygherren mod et realkreditinstitut om ydelse af det realkreditlån, hvori pengeinstituttet har sikkerhed, og/eller hvoraf pengeinstituttet skal have byggelånet indfriet. *Endelig* kan pengeinstituttet have sikkerhed i ejendommen – i form at et (ejer)pantebrev, jf. nærmere nedenfor – således at pengeinstituttet som panthaver har en direkte interesse i, at der ikke trækkes på byggelånet, uden at byggeriet/pantet tilføres en merværdi, som mindst svarer til trækket på lånet.

Andre centrale vilkår i en byggelånsaftale er vilkårene om pengeinstituttets sikkerheder. Navnlig tidligere var det meget almindeligt, at pengeinstituttet krævede sikkerhed for byggelånet i form af et ejerpantebrev i ejendommen. Ordningen var så almindelig, at de tidligere AB 72 bl.a. indeholdt bestemmelser om, at entreprenører på visse betingelser havde sikkerhed i byggelånsejerpantebrevet uden særskilt håndpantsætningserklæring, jf. således AB 72 § 28, stk. 2. I modsætning til AB 72 indeholder AB 92 ingen bestemmelser om hverken byggelån eller byggelånsejerpantebreve. Dette er dog selvsagt ikke til hinder for, at et sådant pant konkret aftales. En gennemgang af reglerne om håndpantsætning af ejerpantebreve falder imidlertid uden for sigtet med denne fremstilling. Om problemerne i almindelighed henvises til *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 131 ff. og om problemerne specielt i forbindelse med byggelånsejerpantebreve henvises til *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 35 ff. Ændringer i afgiftslovgivningen har bevirket, at byggelånsejerpantebreve har mistet yderligere aktualitet: Efter den tidligere stempellov var det muligt at overføre stempel fra byggelånsejerpantebrevet til det kreditforeningspantebrev, som skulle »afløse« ejerpantebrevet i forbindelse med indfrielsen af byggelånet. Denne mulighed består ikke

efter tinglysningsafgiftsloven, jf. denne lovs § 5, stk. 2. Mellemfinansiering med sikkerhedsstillelse i et ejerpantebrev kan således være en ganske bekostelig affære, idet tinglysningsafgiften (ud over det faste grundbeløb på 1.400 kr.) udgør 1,5% af det pantesikrede beløb.

Det vil ofte være aftalt mellem bygherren og det byggelångivende pengeinstitut, at det selvsamme pengeinstitut skal formidle/ ekspedere det realkreditlån, som skal afløse byggelånet. I den forbindelse er det selvsagt nærliggende, at pengeinstituttet får pant i det prioriteringsprovenu, der fremkommer ved realkreditlånets hjemtagelse. Et sådant pant skal begribeligvis være aftalt. Der skal herved navnlig erindres om, at den blotte fuldmagt til pengeinstituttet til at modtage og kvittere for lånet ikke indebærer nogen sikkerhedsret. Sikringsakten ved pant i prioriteringsprovenu er meddelelse til realkreditinstituttet.

2.2.2. Byggelånstransporter

Som anført ovenfor i afsnit 2.2.1 er bygherrens ret ifølge byggelånsaftalen en pengefordring med pengeinstituttet som debitor. Som ligeledes anført er der imidlertid ikke tale om en fordring i sædvanlig forstand. Således stiller pengeinstituttet alene en trækningsret til rådighed for bygherren, og ved bygherrens udnyttelse af denne ret opstår der en fordring med pengeinstituttet som kreditor. Som følge heraf, og idet der i øvrigt kun kan trækkes på byggelånet, når vilkårene i byggelånsaftalen er opfyldt, må fordringen i hvert fald betegnes som *stærkt* betinget, jf. *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 42 og *Vagner*: Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 270. Bygherren kan således ikke ved aftale råde over lånetilsagnet på samme måde, som han kan råde over sine øvrige aktiver, jf. nærmere gennemgangen nedenfor. Fordringens atypiske karakter viser sig også i tilfælde af retsforfølgning: Bygherrens retsforfølgende kreditorer kan ikke søge sig fyldestgjort i den ikke-udbetalte lånefordring (der således ikke kan kræves af f.eks. bygherrens udlægshaver eller konkursbo), hvilket i øvrigt typisk vil fremgå af byggelånsbetingelserne.

Betingelserne i byggelånsaftalen gælder ikke kun for bygherren, men også for dennes transporthavere, jf. princippet i GBL § 27. En transporthavers mulighed for at opnå betaling af lånemidlerne afhænger altså af, om udbetalinger på lånet sker efter et a conto-princip, efter en rateplan, eller efter en kombination af disse. Det vil som nævnt altid fremgå af byggelånsbetingelserne, at byggelånet kun må bruges til fordel for det konkrete byggeri. En byggeriet uvedkommende transporthaver har følgelig intet krav mod pengeinstituttet. Indeholder byggelånsaftalen en fordelingsplan med angivelse af de entreprenører, som byggelånet skal udbetales til, har andre transporthavere tilsvarende intet krav mod pengeinstituttet. Transporthaverne må selvsagt ligeledes re-

spektere eventuelle forfaldsklausuler i byggelånsaftalen. Forfalder byggelånet eksempelvis i tilfælde af bygherrens betalingsstandsning, er pengeinstituttet dels berettiget til at kræve lånet indfriet af bygherren, dels berettiget til at standse udbetalingerne til transporthaverne, jf. om det sidstnævnte forhold U 1994.818 H, der omtales nedenfor.

I praksis har pengeinstituttet ofte indsat endnu mere vidtgående forbehold over for bygherren og dennes transporthavere end de ovenfor beskrevne. Således vil det typisk fremgå af låneaftalen, at pengeinstituttet forbeholder sig en fri opsigelsesadgang. Transporthaverne må også respektere en sådan klausul, for så vidt klausulen kan gøres gældende over for bygherren. Tilsvarende må transporthaverne respektere de ofte forekommende klausuler, hvorefter pengeinstituttet ikke påtager sig en forpligtelse til at stille byggelånet til rådighed for transporthaverne (uden at der er aftalt et egentligt transportforbud, som selvsagt må respekteres). Da klausuler som de nævnte giver pengeinstituttet en principielt fri adgang til at afbryde likviditetsstrømmen til byggeriet kunne meget tale for enten en bortfortolkning (ud fra formålsbetragtninger) eller en tilsidesættelse (jf. AFTL § 36), hvis byggeriet rent faktisk færdiggøres i overensstemmelse med, hvad der er aftalt med pengeinstituttet. Se mere tilbageholdende, men i samme retning *Hørlyck:* Entreprise & Licitation, 5. udgave (1998) s. 56: »Det kunne med nogen vægt hævdes, at en byggelångiver i hvert fald har pligt til at stille det tilsagte byggelån til rådighed for byggelåntageren (transportgiveren), såfremt byggeriet bliver gennemført efter konditionerne.« Synspunktet blev imidlertid ikke fulgt i 1994.818 H:

> Låntageren havde givet de enkelte entreprenører byggelånstransporter for beløb svarende til entreprisesummerne. Efter færdiggørelse hævede den byggelångivende bank låneaftalen under henvisning til låntagers betalingsstandsning, der ifølge låneaftalen var forfaldsgrund. En transporthavende entreprenør nedlagde over for pengeinstituttet påstand om betaling af sit resterende tilgodehavende, men fik ikke medhold, til trods for at byggeriet som nævnt stod færdigt.

Det ses af det foregående, at fordringen i henhold til en byggelånsaftale har tvivlsom værdi som sikkerhedsobjekt. Den usikkerhed, der består for de transporthavende entreprenører, kan i praksis afhjælpes ved en aftale direkte mellem entreprenørerne og pengeinstituttet. Eksempelvis kan parterne aftale en fordelingsplan med angivelse af betalingstid og betalingsrækkefølge. Efter omstændighederne kan også pengeinstituttet være interesseret heri: Er entreprenørerne således sikre på at modtage betaling i takt med arbejdets udførelse,

øges sandsynligheden for byggeriets færdiggørelse, der som nævnt er forudsætningen for den realkreditfinansiering, som skal tjene til byggelånets indfrielse.

Undertiden indeholder byggelånsaftaler deciderede forbud mod overdragelse. Formålet hermed er typisk at undgå, at pengeinstituttet skal have det administrative besvær med at styre transporterne. Sådanne forbud skal respekteres af eventuelle transporthavere, jf. herved atter princippet i GBL § 27.

Transporthaverens *sikringsakt* er meddelelse til det byggelångivende pengeinstitut om transporten, jf. GBL § 31. Har flere fået transport på bygherrens rettigheder i henhold til lånetilsagnet, afgøres prioritetsstillingen således efter tidspunktet for meddelelsernes fremkomst, jf. også *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 58. Denne forfatter nævner dog ikke, at en række af de i praksis forekommende byggelånsvilkår bevirker, at der slet ikke opstår prioritetskonflikter, eller dog kun konflikter inden for en rate af byggelånet: Er transporthaverne således angivet i en fordelingsplan for byggelånet, kan pengeinstituttet gøre dette gældende over for transporthaverne, selv om denunciationsrækkefølgen herved brydes. Fremgår det af byggelånsaftalen, at lånet skal udbetales a conto i takt med fakturering af færdigt arbejde, kan pengeinstituttet fastholde, at der skal ske udbetalinger i denne takt, selv om dette bryder denunciationsrækkefølgen. Er der aftalt en rateplan, som ikke blot angiver betalingstidspunkter, men som reserverer dele af byggelånet for bestemte grupper af entrepriser (f.eks. sokkelentreprisen og tagentreprisen), kan pengeinstituttet fastholde, at transporthavende entreprenører kun kommer i betragtning for så vidt angår den rate, som er bestemt for den pågældende del af den samlede entreprise. Også dette kan ske, selv om denunciationsrækkefølgen herved brydes.

Det er allerede nævnt indledningsvis i dette afsnit, at hverken bygherrens konkursbo eller bygherrens andre retsforfølgende kreditorer kan tilegne sig låneprovenuet. Når byggelånet ikke kan gøres til genstand for retsforfølgning, opstår der begribeligvis ikke nogen prioritetskonflikt mellem på den ene side bygherrens transporthavere og på den side bygherrens retsforfølgende kreditorer. Det er derfor ikke ganske retvisende, når det hos *Hørlyck*: Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 58 helt generelt hedder, at »overdragelse af byggelånskrav kun [er] bindende over for overdragerens kreditorer, såfremt der er givet underretning til »skyldneren«, nemlig byggelångiveren, jf. analogien af Gbl § 31«. Udsagnet er i hvert fald ikke holdbart, når konflikten står mellem en *bygherres* transporthaver og f.eks. en udlægshaver. Udsagnet er derimod holdbart, når konflikten står mellem en *transporthavers* (f.eks. en hovedentreprenørs) videretransporthaver på den ene side og f.eks. transportha-

verens udlægshaver på den anden. Hvad angår prioritetskonflikter mellem rettigheder, som afledes fra bygherren, skal opmærksomheden henledes på det almindeligt forekommende vilkår i byggelånsaftaler, hvorefter lånet forfalder i tilfælde af retsforfølgning mod bygherren i form af eksempelvis betalingsstandsning eller konkurs. Et sådant vilkår kan også gøres gældende over for transporthaverne, jf. U 1994.818 H, der er omtalt ovenfor. I så fald kan situationen altså være dén, at *hverken* konkursboet, skyldneren under betalingsstandsning eller transporthaveren kan kræve det byggelångivende pengeinstitut.

Bygherrens konkursbo er ikke blot afskåret fra at tilegne sig låneprovenuet, men må tillige være afskåret fra at *indtræde* i byggelånsaftalen. Dette følger af fordringens særlige beskaffenhed, jf. KL § 53 og *Betænkning nr. 606/1971* om konkurs og tvangsakkord s. 121. Konkursboet kan heller ikke indtræde, selv om det sker med henblik på anvendelse af låneprovenuet til færdiggørelse af byggeriet. Indtræden efter konkursloven ville i øvrigt typisk være uden særlig interesse for boet, der i så fald måtte opfylde tilbagebetalingsforpligtelsen som massekrav, jf. KL § 93, nr. 3. Noget andet er, at pengeinstituttet og bygherrens konkursbo efter omstændighederne begge kan have en interesse i at *aftale* en fortsættelse af kreditforholdet, således at kun fremtidige træk på byggelånet får status af massekrav. For boet kan en sådan fortsættelse være en mulighed for at få byggeriet færdiggjort, således at der skabes et værdifuldt aktiv til kreditorernes fyldestgørelse. Pengeinstituttets interesse i en fortsættelse hænger som nævnt flere gange sammen med, at byggeriets færdiggørelse er en forudsætning for opnåelse af den endelige realkreditfinansiering.

Det er stadig ret almindeligt, at det byggelångivende pengeinstitut angiver en række betingelser fra låneaftalen i den noteringsmeddelelse, pengeinstituttet tilsender transporthaverne som bekræftelse på denunciationens modtagelse. En delvis opregning af betingelserne for træk på byggelånet er selvsagt uhensigtsmæssig, idet der herved lægges op til uholdbare modsætningsslutninger: Sagen er jo dén, at pengeinstituttet vil forlange transporthaverens respekt af *alle* vilkår i byggelånsaftalen. Den hensigtsmæssige fremgangsmåde er anvist af *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 137, hvor følgende formulering anbefales: »Da banken i ovenstående forhold ikke er debitor, men kun på nærmere fastsatte betingelser har påtaget sig at yde byggelån, er foranstående transport noteret med de forbehold, som følger af bankens vedlagte byggelånsbetingelser.«

Pengeinstituttet kan efter omstændighederne ifalde erstatningsansvar for manglende underretning til transporthaveren om forhold, som er pengeinstituttet bekendt (eller som burde være undersøgt), og som medfører, at byggelånet

ikke kan stilles til rådighed for transporthaveren. Ansvar for pengeinstituttet kan eksempelvis tænkes, hvis pengeinstituttet ikke underretter om, *at* bygherren er insolvent, *at* der mangler byggemidler (f.eks. fordi allerede anmeldte transporter har »spist« af låneprovenuet), *at* byggelånsaftalen er opsagt, *eller at* der foreligger forhold, som kan medføre låneaftalens opsigelse.

Til illustration kan nævnes U 1987.677 H: En fordring mod et forsikringsselskab i anledning af en stormskade på et tag blev transporteret til en leverandør af materialer, som skulle anvendes til skadens udbedring. Forsikringsselskabet modtog underretning om transporten, men undlod at underrette leverandøren om en opstået tvivl om forsikringens dækning. Senere viste det sig, at forsikringsselskabet ikke var forpligtet til at udbetale nogen forsikringsydelse, idet skaden skyldtes en ikke-dækningsberettiget konstruktionsfejl ved bygningen. Dermed var selskabet heller ikke forpligtet til at honorere transporten, jf. GBL § 27. Materialeleverandøren fik imidlertid medhold i, at forsikringsselskabet havde handlet ansvarspådragende og måtte erstatte materialeleverandørens tab som følge af leverancer til byggeriet. – I U 1994.818 H nedlagde transporthaveren over for det byggelångivende pengeinstitut påstand om erstatning, bl.a. fordi pengeinstituttet ikke ved noteringen af transporten havde oplyst, at låntager – som var et selskab – hæftede for koncernens samlede engagement i pengeinstituttet. Transporthaveren fik ikke medhold, idet det ikke fandtes godtgjort, at pengeinstituttet på tidspunktet for noteringen måtte påregne, at kautionsforpligtelsen blev aktuel. – Til illustration af problemet kan endvidere henvises til U 1931.987 H, U 1936.72 H, U 1964.812 H og U 1970.684 Ø.

Ikke blot undladt underretning, men også fordeling af byggemidlerne i strid med transporthaverens ret, kan efter omstændighederne medføre erstatningsansvar for pengeinstituttet. Det kan således være tilfældet, hvis byggelånsmidlerne anvendes til byggeriet uvedkommende formål. Det er endvidere tilfældet, hvis en transporthaver får udbetalt for store beløb eller uforfaldne beløb, og dette er i strid med transporthaverens ret ifølge byggelånsvilkårene, jf. *Helland:* Byggelånsreservation (1992) s. 21. Se også *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 57. En forbløffende mild udlægning af bankens risici i tilfælde, hvor der er sket udbetalinger i strid med fordelingsplanen, ses hos *Kæstel:* Bankjura, 4. udgave (1981) s. 179: »I sådanne tilfælde kan det tænkes, at banken kan komme ud for kritik og måske endda for et vist ansvar.« Se til illustration NRt 1983.773 NHD: Hvis pengeinstituttet forstod eller burde forstå, at der var en nærliggende risiko for, at de, som disponerede over lånet, ville bruge det uretmæssigt, ville pengeinstituttet kunne ifalde erstatningsansvar, hvis det ikke udviste kontrol med henblik på at afværge tab. I det konkrete tilfælde fandt Højesteret under dissens, at pengeinstituttet havde udvist uagtsomhed og måtte være erstatningsansvarlig for tab, ved at byggelå-

net ved to overførsler til et byggeselskab blev belastet med beløb ud over, hvad der på det pågældende tidspunkt var udført arbejder for. Som momenter ved bedømmelsen af pengeinstituttets handlemåde blev der bl.a. lagt vægt på, *at* der hverken blev ført fakturakontrol eller foretaget inspektion på byggepladsen, *at* betalingsplanen var en ren prognose, *at* banken kendte til forsinkelser på andre projekter, som betalingsmodtageren var i gang med, *at* banken vidste, at det pågældende byggeri ikke var påbegyndt, *og at* betalingsmodtageren ikke var a jour med sin bogføring, *samt at* betalingsmodtageren tidligere havde foretaget ulovlige træk på byggelån. Banken burde på denne baggrund have fulgt en ordinær byggelånsprocedure og forlangt fuld dokumentation for udgifter.

2.3. Forhåndslån

Forhåndslån ydet af et realkreditinstitut kan optages til afløsning af, som supplement til eller i stedet for byggelån. Da forhåndslån er et meget anvendt alternativ til byggelån, gøres i det følgende nogle kortfattede bemærkninger om forhåndslåneordningen.

Den endelige realkreditfinansiering af byggeriet opnås som omtalt ovenfor på grundlag af et anmærkningsfrit tinglyst pantebrev i ejendommen, når byggeriet er færdigt og godkendt af bygningsmyndighederne. Ifølge realkreditlovens § 40, stk. 1, kan der imidlertid ydes lån til opførelse samt om- og tilbygning m.v. på grundlag af ejendommens *forventede* værdi (forhåndslån).

Forhåndslån kan ydes, såfremt der stilles sikkerhed (typisk pengeinstitutgaranti) for, *at* lånet vil blive indfriet, henholdsvis *at* lånet vil blive nedbragt, hvis det ikke efter udløbet af fristen for byggeriets færdiggørelse kunne være ydet med det på forhånd bevilgede beløb. Forhåndslån kan ydes uden pant i fast ejendom. Som det mindre i det mere kan forhåndslån også ydes med pant i fast ejendom, men uden at de almindelige betingelser er opfyldt – nemlig inden byggeriet er færdigt, og den fulde sikkerhed dermed er tilvejebragt. Forhåndslåneordningen indeholder således undtagelser til vigtige realkreditprincipper.

De nærmere regler om *sikkerhedsstillelse* for forhåndslån findes i bekendtgørelse nr. 23 af 4. april 1998 om realkreditinstitutters udlån mod midlertidig garanti m.v. (forhåndslånebekendtgørelsen). Her skal blot fremhæves et par hovedpunkter fra bekendtgørelsen: Ifølge § 3 kan sikkerheden for forhåndslån bestå af (1) garanti udformet som selvskyldnerkaution stillet af et kreditinstitut (f.eks. et pengeinstitut) eller af stat eller kommuner, (2) pant i børsnoterede obligationer eller (3) pant i kontantbeholdning eller pengeinstitutindestående. Ifølge § 2, stk. 4, skal sikkerheden »garantere for lånets indfrielse og omkost-

ninger i forbindelse hermed, herunder for eventuelle restancer, såfremt pantebrevet ikke inden 6 måneder efter lånets udbetaling er indleveret i endelig tinglyst stand uden præjudicerende retsanmærkninger, hvis byggearbejderne ikke afsluttes på lovlig vis, eller hvis ejendommen efter byggeriets færdiggørelse ikke opnår den forventede værdi«. Om rækkevidden af sikkerhedsstillelsen kan i øvrigt henvises til U 1994.1 V, som fastslog, at en pengeinstitutgaranti for et forhåndslån dækkede i et tilfælde, hvor byggeriet som følge af bygherrens konkurs viste sig at være væsentlig mindre værd end skønnet ved ydelsen af forhåndslånet. – Frigivelse af sikkerheden forudsætter, *at* realkreditinstituttet har fået endeligt tinglyst pantebrev uden præjudicerende retsanmærkninger, jf. § 12, *og at* ejendommen har opnået en sådan værdi, at lånegrænserne er overholdt, jf. om de nærmere betingelser § 13.

En meget anvendt fremgangsmåde er, at forhåndslånet (før eller under byggeriet) udbetales til bygherrens pengeinstitut, der som selvskyldnerkautionist indestår realkreditinstituttet for lånets tilbagebetaling. Låneprovenuet indsættes da på en såkaldt byggekonto i pengeinstituttet, og fra denne konto frigives beløb til byggeriet – typisk efter samme eller lignende retningslinjer, som anvendes ved udbetaling af byggelån. For pengeinstituttet opstår der begribeligvis et sikkerhedsproblem som følge af indeståelsen over for realkreditinstituttet. I praksis vil pengeinstituttet typisk kræve i hvert fald to kontrasikkerheder: For det første pant i det (rest)låneprovenu, der står på byggekontoen. For det andet en anfordringsgaranti fra bygherren. Eventuelt vil pengeinstituttet tillige kræve kontrasikkerhed i form af et ejerpantebrev i ejendommen, hvilket giver en effektiv beskyttelse mod bygherrens retsforfølgende kreditorer.

Som nævnt ovenfor under afsnit 2.2.1 om byggelånsejerpantebreve er mellemfinansiering via ejerpantebreve en dyr løsning, fordi tinglysningsafgiften på ejerpantebrevet ikke kan overføres til kreditforeningspantebrevet, jf. tinglysningsafgiftslovens § 5, stk. 2. Da sikkerhed i form af et ejerpantebrev i ejendommen følgelig ofte fravælges, er det i tilfælde af retsforfølgning mod ejendommen af betydelig interesse for pengeinstituttet, om det i kraft af indfrielsen af forhåndslånet subrogerer i realkreditinstituttets panteret. Da kreditforeningspantebreve oftest er uoverdragelige, kan pengeinstituttet ikke alene forlade sig på, at det – f.eks. i henhold til forudgående aftale herom – får pantebrevet tiltransporteret. Spørgsmålet er dermed kort og godt, om der kan subrogeres i den uoverdragelige panteret. Dette spørgsmål synes at måtte besvares bekræftende:

For det første omfatter et pantebrevsvilkår, hvorefter pantebrevet ikke kan »overdrages«, ikke efter sin ordlyd subrogation i panteretten som følge af

indfrielse af den oprindelige panthavers tilgodehavende. Der er også reelt tale om krav, som hviler på forskellige grundlag: Overdragelse af et pantebrev støttes på en overdragelsesaftale, mens subrogation i de her behandlede tilfælde støttes på indtræden som følge af en pligt til indfrielse af gæld. Subrogation opfattes heller ikke i andre henseender som en overdragelse. Således kan skyldneren eksempelvis fremsætte samme indsigelser og modkrav over for den indfriende kreditor som over for den oprindelige kreditor – og dette vel at mærke, selv når den indfriede fordring er negotiabel.

For det andet kan efterstående rettighedshavere i ejendommen – herunder retsforfølgende kreditorer – ikke påberåbe sig en aftale om overdragelsesforbud, som er aftalt med og af hensyn til pantebrevets skyldner.

Det her hævdede resultatet er tillige antaget af *Bent Iversen m.fl.:* Realkreditloven med kommentarer (1990) s. 112, der dog så vidt ses kun behandler spørgsmålet om subrogation i forhold til pantebrevsskyldneren. Resultatet støttes endvidere af en utrykt kendelse afsagt af Østre Landsret i 2001 (B-3160-01): Kendelsen vedrører en tvist opstået under en tvangsauktion. Danske Bank påstod sig tilkendt 2. prioritets panteret i henhold til et pantebrev, som var udstedt til Realkredit Danmark, men som var transporteret til banken, der som garantistiller havde indfriet Realkredit Danmarks pantesikrede krav mod skyldneren. Bankens synspunkt blev imødegået af en efterpanthaver. I landsrettens præmisser hedder det: »Det fremgår af en påtegning på pantebrevet, at det er udleveret til Danske Bank, der som selvskyldnerkautionist fuldstændig har indfriet Realkredit Danmark og dermed indtrådt i Realkredit Danmarks panteret i henhold til pantebrevet. At pantebrevet indeholder en rektaklausul, hvorefter pantebrevet bl.a. ikke kan overdrages til eje, findes ikke at afskære Danske Bank A/S fra i overensstemmelse med almindelige kautionsretlige regler at indtræde i den sikkerhed i henhold til pantebrevet, som tilkom Realkredit Danmark A/S.«

Et pengeinstitut, der som følge af sin indfrielse af forhåndslån subrogerer i realkreditinstituttets panteret, har krav på, at realkreditinstituttet forsyner pantebrevet med en »subrogationspåtegning« til dokumentation af pengeinstituttets ret.

3. Betaling af entreprenører og leverandører

3.1. Betydning for entreprenørtransporten som sikringsobjekt

I det følgende gives en oversigt over forskellige ordninger vedrørende betalingen af de fordringer, som opstår mellem bygherren og byggeriets entreprenører og leverandører – og mellem de sidstnævnte indbyrdes. Navnlig skal der gøres nogle bemærkninger om betalingstidspunkterne for arbejder og leverancer. Når betalingsreglerne omtales inden reglerne om transporter, skyldes det, at værdien af en transport hænger snævert sammen med tidspunktet for den transporterede fordrings betaling: Korte betalingsintervaller indebærer en reduktion af de til enhver tid udestående fordringer. Alt andet lige mindsker dette risikoen for tab i tilfælde af skyldnerens insolvens (og har en positiv effekt på kreditors likviditet). Lange betalingsintervaller indebærer en forøgelse af de til enhver tid udestående fordringer. Alt andet lige øger dette risikoen for tab i tilfælde af skyldnerens insolvens (og har en negativ effekt på kreditors likviditet). Det må således stedse haves i erindring, at den sikkerhedsmæssige værdi af en entreprenørtransport ikke alene kan afgøres ud fra en vurdering af den opnåede sikkerhed på det tingsretlige plan, men at den obligationsretlige regulering af betalingerne – tidspunkterne for debitors betalingspligt – kan have nok så stor betydning.

For betalingsforpligtelser i byggeriforhold gælder som udgangspunkt de almindelige regler om pengekrav. Den deklaratoriske, køberetlige regel i KBL § 14 om samtidig erlæggelse af ydelserne gælder således for rene materialeleverancer, jf. dog nedenfor i afsnit 3.2 og 3.3 om de tilfælde, hvor AB 92 er aftalt. Reglen i KBL § 14 passer imidlertid yderst dårligt på entreprenørarbejder, idet entreprenørens ydelse typisk erlægges løbende og under afholdelse af store omkostninger. Ikke desto mindre er den deklaratoriske regel antagelig, at entreprenøren ikke kan kræve betaling, før arbejdet er udført, jf. således *Vagner:* Entrepriseret 3. udgave (2001) s. 81, men anderledes *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 192. I praksis er en sådan løsning imidlertid næsten undtagelsesfrit sikkerhedsmæssigt og likviditetsmæssigt utilfredsstillende for entreprenøren. Entreprisekontrakten vil derfor så godt som altid regulere spørgsmålet om tidspunktet for betaling af entreprisesummen, således at bygherren skal betale entreprenøren løbende eller ratevis (d.v.s. på bestemte tidspunkter eller på bestemte stadier af arbejdet).

Er AB 92 vedtaget, reguleres betalingsspørgsmålet af § 22. Reglen omtaler to betalingssystemer, nemlig (1) a conto-betalingssystemet, hvor bygherren løbende betaler entreprenøren månedsvis bagud, jf. § 22, stk. 1-3, og (2) betalingsplansystemet, hvor bygherren løbende betaler entreprenøren i hen-

hold til en særligt aftalt tidsplan eller på særligt aftalte stadier af byggeriet, jf. § 22, stk. 4. Hvis AB 92 er vedtaget, uden at der er aftalt noget særskilt om betalingen, sker betaling a conto. Betaling efter en betalingsplan forudsætter således en særlig aftale herom. Fælles for de to betalingssystemer er, at der betales løbende – i rater – efterhånden som arbejdet skrider frem. I praksis er a conto-betalingssystemet det almindeligt anvendte. Betalingsplansystemet har begrænset praktisk anvendelse, men bruges dog i et vist omfang ved mindre private byggerier (parcelhuse m.v.). ABT 93 om totalentreprise indeholder i § 22 bestemmelser om de samme to betalingssystemer, som er beskrevet i AB 92 § 22.

Uanset hvilket af de to betalingssystemer der anvendes, skal entreprenøren efter aflevering fremsende en slutopgørelse over sit resttilgodehavende, jf. AB 92 § 22, stk. 7. Nærmere frister for fremsættelse og betaling af slutopgørelse findes i § 22, stk. 8-10. Her skal blot nævnes, at slutopgørelsen skal betales senest 15 dage fra modtagelsen, jf. AB 92 § 22, stk. 10 (ABT 93 § 22, stk. 10).

De ovenfor nævnte regler i AB 92 vedrører efter deres direkte formulering *bygherrens* betalingsforpligtelse over for *entreprenøren*. En underentreprenørs krav på betaling fra hovedentreprenøren rejser imidlertid stort set de samme problemer, som er omtalt i indledningen til dette afsnit. Problemerne er løst ved den vigtige bestemmelse i AB 92 § 1, stk. 2, 2. pkt., hvorefter AB 92 i underentrepriseforhold skal forstås således, at »bygherren« læses som *hovedentreprenøren*, og at »entreprenøren« læses som *underentreprenøren*. Med andre ord gælder for hovedentreprenørens betalingsforpligtelse over for underentreprenøren det ovenfor beskrevne a conto-betalingssystem (hvis AB 92 er aftalt) eller det ovenfor beskrevne betalingsplansystem (hvis dette er særligt aftalt). Andre betalingssystemer kan selvsagt være særskilt aftalt.

Nedenfor beskrives først a conto-betalingssystemet (afsnit 3.2), dernæst betalingsplansystemet (afsnit 3.3).

3.2. Betaling a conto

Ifølge den almindelige betalingsregel i AB 92 § 22, stk. 1, kan entreprenøren én gang månedligt kræve betaling af bygherren. Senest 15 dage efter modtagelse af a conto-begæringen skal bygherren således betale det beløb, for hvilket der på byggepladsen er ydet kontraktsmæssige arbejder og materialer (jf. dog om forudbetaling af materialer nedenfor). Betaling for regningsarbejder og ekstraarbejder sker som udgangspunkt ligeledes efter a conto-betalingssystemet, jf. AB 92 § 22, stk. 5.

Betalingsfristen på 15 dage for arbejder og leverede materialer, jf. AB 92 § 22, stk. 1, giver bygherren – i praksis oftest dennes tilsyn (f.eks. byggeriets

arkitekt) – tid til dels at undersøge, om arbejder og materialer er kontraktsmæssige, dels at iværksætte betalingsproceduren, der navnlig kan være tidskrævende for offentlige bygherrer. De 15 dage er løbedage, jf. § 22, stk. 11. Fristen flytter ikke forfaldsdagen, som er den dag, a conto-begæringen kommer frem til bygherren. Betaler bygherren inden fristens udløb, kan der ikke kræves renter. Betaler bygherren efter fristens udløb, kan der kræves renter fra forfaldsdagen. Rentesatsen svarer til rentelovens.

En entreprenør kan efter de nærmere bestemmelser i § 22, stk. 2, kræve *forudbetaling for materialer*, som endnu ikke er leveret på byggepladsen. Forudbetalingskravet kan angå såvel entreprenørens udgifter til indkøb af materialer som entreprenørens udgifter til produktion eller bearbejdning af materialer. Materialerne skal naturligvis være kontraktsmæssige. De skal endvidere være indkøbt eller produceret/bearbejdet til brug for det konkrete byggeri, men det er ikke noget krav, at de er specialfremstillede, således at de kun kan anvendes til dette byggeri.

Ifølge AB 92 § 22, stk. 3, kan a conto-betaling ikke kræves mere end 20 arbejdsdage før materialernes anvendelse på byggepladsen, medmindre andet fremgår af entreprenørens tilbud. Fristen giver bygherren mulighed for at overskue forudbetalingsbyrden. Bygherren kan i øvrigt forlange, at en entreprenør, som kræver forudbetaling for ikke-leverede materialer, stiller sikkerhed over for bygherren for kontraktsmæssig levering, jf. § 22, stk. 2. Sikkerheden skal være af en sådan art som nævnt i AB 92 § 6, d.v.s. for eksempel en betryggende bank- eller sparekassegaranti. Garantien skal størrelsesmæssigt svare til den krævede betaling inklusive moms.

Bygherren kan kræve, at entreprenøren dokumenterer indkøbet, f.eks. ved forevisning af faktura. Bygherren kan derimod ikke kræve, at der er sket individualisering af materialerne. Bygherren kan heller ikke kræve, at entreprenøren har fået leveret materialerne – endsige betalt herfor. Bygherren kan endelig ikke afslå forskudsbetaling under henvisning til, at materialerne er behæftet med ejendomsforbehold. Materialerne må dog ikke være behæftet med ejendomsforbehold, når de leveres på byggepladsen, jf. AB 92 § 10, stk. 3.

Entreprenøren opgør selv sit krav og fremsætter kravet over for bygherren eller – i tilfælde af aftale herom – over for bygherrens tilsyn. Ofte honoreres kravet af bygherrens pengeinstitut, som har givet bygherren tilsagn om et byggelån, på hvilket der kan trækkes på grundlag af fakturaer og arbejdssedler, som er godkendt af bygherren/tilsynet.

Hvis bygherren ikke kan godkende entreprenørens betalingsopgørelse, skal han straks give entreprenøren meddelelse herom, jf. AB 92 § 22, stk. 12. Selv om opgørelsen ikke kan godkendes fuldt ud, skal bygherren betale entrepre-

nøren dét tilgodehavende, parterne er enige om, jf. AB 92 § 22, stk. 13. Bygherren/tilsynet kan selvsagt nægte at godkende opgørelsen, i det omfang entreprenøren ikke har udført det arbejde eller købt/produceret/bearbejdet de materialer, entreprenøren har faktureret. Bygherren/tilsynet kan ligeledes nægte at godkende opgørelsen, i det omfang materialer eller arbejder ikke er kontraktsmæssige. Det er imidlertid ikke en betingelse for bygherrens betalingspligt, at der er tilført byggeriet en værditilvækst svarende til entreprenørens a conto-begæring, jf. eksempelvis ovenfor om krav på forudbetaling af materialer. Også udgifter til hjælpemidler – eksempelvis forskallingsmaterialer og stilladser – kan kræves betalt efter a conto-betalingssystemet, selv om disse hjælpemidlers tilstedeværelse på byggepladsen ikke har forøget det delvis færdige byggeris værdi.

Entreprenøren eller dennes transporthaver kan kræve berettigelsen af bygherrens tilbageholdelse af betalinger prøvet af en sagkyndig udpeget af Voldgiftsnævnet, jf. AB 92 § 22, stk. 14, jf. § 46. Den sagkyndige kan træffe beslutning om, at beløb, der omfattes af beslutningen, skal betales inden tre dage, jf. AB 92 § 46, stk. 7. En sådan beslutning er dog ikke eksigibel, og manglende overholdelse heraf udgør ikke i sig selv misligholdelse fra bygherrens side, jf. *Betænkning nr. 1246/1993* s. 152 og *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 264. Beslutningen har heller ikke retskraft, d.v.s. at den ikke er bindende under en eventuel senere retssag eller voldgiftssag om spørgsmålet.

3.3. Betaling efter en betalingsplan

Der kan som nævnt kun kræves betaling i henhold til en betalingsplan, når en sådan er særskilt aftalt, jf. AB 92, § 22, stk. 4. Betalingsplanen følger tidsplanen i kontrakten og fastsætter, til hvilke tidspunkter entreprisesummen eller dele heraf skal udbetales. Betalingsplanen kan i stedet angive, på hvilke stadier af byggeriet betaling skal ske, f.eks. løbende i form af en sokkel-, murer, tømrer-, snedker- og færdigrate.

Ved betaling efter en betalingsplan erlægges betalingerne – som ved a conto-systemet – løbende i takt med arbejdets fremadskriden. En betalingsplan øger – som a conto-systemet – sikkerheden for, at entreprenørerne og leverandørerne betales i den rækkefølge, hvori de har bidraget til byggeriet. To forskelle mellem de to betalingssystemer skal fremhæves: For det første indeholder AB 92 ikke regler om løbedage ved betaling efter en betalingsplan. Hvis arbejdet er udført som aftalt, indtræder bygherrens betalingspligt på de i planen angivne tidspunkter. Betalingspligten indtræder endog uden forudgående begæring fra entreprenøren, jf. *Betænkning nr. 1246/1993* s. 99. Årsagen

hertil er, at bygherren kender forfaldsdagene på forhånd og derfor ikke i samme omfang har behov for tid til kontrol af det udførte arbejde eller iværksættelse af betalingsprocedurer som under a conto-betalingssystemet, jf. *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 82. For det andet er ingen del af raten forfalden, hvis arbejdet ikke har nået det aftalte stade (medmindre den kontraktsmæssige færdiggørelse skyldes bygherrens fejl eller forhold, som bygherren bærer risikoen for, jf. i denne retning *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 195). Der gælder eksempelvis ikke som ved betalinger efter a conto-systemet regler om krav på forudbetaling af materialer.

Ofte betales entreprenøren – som ved a conto-systemet – af det pengeinstitut, som har givet bygherren tilsagn om et byggelån, på hvilket der kan trækkes på grundlag af fakturaer og arbejdssedler, som er godkendt af bygherren/tilsynet.

Ved tvister om berettigelsen af bygherrens tilbageholdelse af betalinger gælder de ovenfor i afsnit 3.2 omtalte regler i AB 92 § 22, stk. 12, 13 og 14, *om* bygherrens reklamationspligt over for en betalingsopgørelse, som han ikke kan godkende, *om* bygherrens pligt til at betale uomtvistede dele af et krav *og om* enhver af parternes ret til gennem Voldgiftsnævnet at få udpeget en sagkyndig til at træffe (en ikke-eksigibel og ikke-retskraftig) beslutning om spørgsmålet.

4. Transportformerne

4.1. Hovedtransport

4.1.1. Generelt om hovedtransport

Ved hovedtransport forstås en transport på byggeriets hovedkrav, d.v.s. *krav mod bygherren*. Hovedkravet vil oftest være hovedentreprenørens (HE's) krav på vederlag i henhold til den entreprisekontrakt, der er indgået med bygherren. Hovedtransporten gives typisk til HE's pengeinstitut (P). I princippet kan en hovedtransport dog gives til hvem som helst, f.eks. til en af hovedentreprenørens underentreprenører (UE) eller leverandører (L). Ved hovedtransport opnår erhververen kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved meddelelse til bygherren, jf. GBL § 31.

Meddelelse kan dog også gives til *bygherrens fuldmægtig*. Meddelelse kan eksempelvis gives til en person med den fornødne stillingsfuldmagt, f.eks. direktøren eller prokuristen i et aktie- eller anpartsselskab, der er bygherre. Fuldmagt kan naturligvis også være givet til andre, f.eks. BH's rådgivende tekniker, som har påtaget sig at føre tilsyn med byggeriet, eller BH's advokat,

som har medvirket ved udarbejdelsen af udbudsgrundlaget/entreprisekontrakten. Hverken BH's rådgivende tekniker eller advokat har dog i deres nævnte egenskaber fuldmagt til at modtage meddelelse på bygherrens vegne. En sådan fuldmagt forudsætter en særlig aftale med BH. Se eksempelvis U 1971.920 Ø, hvor en transport ikke nød beskyttelse ifølge GBL § 31 som følge af meddelelse til BH's rådgivende ingeniør (men hvor ingeniøren ifaldt erstatningsansvar over for transporthaver ved at have givet denne føje til at tro, at der var denuntieret korrekt).

Fuldmagt kan også være givet til BH's pengeinstitut, som f.eks. har ydet BH en kredit i form af et byggelån eller har påtaget sig at administrere et forhåndslån udbetalt af et realkreditinstitut. Da BH's pengeinstitut ofte har påtaget sig at »notere« transporter – underforstået: i byggelånet eller det udbetalte forhåndslåneprovenu, for hvilke pengeinstituttet er debitor – er der en særlig nærliggende risiko for fejl og misforståelser, hvis også hovedtransporter meddeles over for pengeinstituttet. Meddelelse om hovedtransport til pengeinstituttet er således kun korrekt sikringsakt, hvis pengeinstituttet har en særlig fuldmagt til modtagelse af sådan meddelelse, idet BH – ikke BH's pengeinstitut – er debitor for kravet i henhold til denne transport. Med andre ord må transporter på byggelån/forhåndslåneprovenu holdes skarpt adskilt fra andre transporter, jf. således også *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 15.

Der er intet til hinder for, at der gives flere hovedtransporter på kravet mod BH. Ved hovedentreprise kan HE således give hovedtransport til flere forskellige transporthavere. Ved fagentreprise vil de enkelte fagentreprenørers transporter af deres respektive krav mod BH ligeledes være hovedtransporter. I praksis benyttes betegnelsen »hovedtransport« undertiden om en transport, der er fortrinsstillet andre såkaldte »undertransporter«. I det følgende anvendes betegnelsen hovedtransport ikke som angivelse af transporthaverens prioritetsstilling, og betegnelsen undertransport anvendes slet ikke. I stedet tales om henholdsvis primær og sekundær transport.

Når udtrykket »undertransport« ikke anvendes i denne fremstilling, skyldes det, at betegnelsen i dokumentpraksis bruges om flere forskellige typer af transporter, *blandt andet* de nedenfor i afsnit 4.3 omtalte videretransporter. Som det vil ses nedenfor i bl.a. afsnit 7, har netop anvendelse af udtrykket »undertransport« i praksis været medvirkende til at skabe uklarhed om forholdet mellem flere transporthavere.

I praksis gives transporter i byggeriforhold til sikkerhed – ikke til eje. En sikkerhedstransport bevirker, at transporthaveren – f.eks. P – kan rette krav mod to skyldnere: P kan for det første kræve BH i kraft af hovedtransporten

på entreprisesummen. P kan for det andet kræve HE i kraft af det underliggende skyldforhold (den ydede kredit).

Det er stedse vigtigt at sondre mellem, hvad der stilles sikkerhed *med*, og hvad der stilles sikkerhed *for*. Ved hovedtransport er den fordring, der stilles sikkerhed *med* (pantefordringen), HE's krav mod BH, d.v.s. kravet på entreprisesummen, som f.eks. kan være transporteret til P. Den fordring, der stilles sikkerhed *for* (den pantesikrede fordring), er P's krav mod hovedentreprenøren i henhold til den indgåede kreditaftale (f.eks. en kassekredit eller byggekredit).

Hovedtransport gives ofte som generaltransport, d.v.s. at der stilles sikkerhed *med* hele entreprisesummen inklusive moms, renter og vederlag for ekstraarbejder. Er intet aftalt herom, er udgangspunktet, at en transport på »entreprisesummen« ikke omfatter den transportgivende entreprenørs eventuelle krav for ekstraarbejder, pris- og lønstigninger m.v., jf. tilsvarende *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 38. Et sådant udgangspunkt støttes af, at der er tale om tillæg til entreprisesummen, som transporthaveren ikke på forhånd kunne have regnet med, og som derfor typisk ikke har virket kreditskabende.

Anderledes derimod renter af entreprisesummen i anledning af dennes forsinkede betaling. Renterne må som frugter af pantet tilkomme transporthaveren. Til illustration kan fra retspraksis henvises til U 1954.38 H, hvor en transporthavers sikkerhed i beløb, der tilkom transportgiver som prisstigning på materialer og for ekstraarbejder, skulle accepteres af bygherren fra det tidspunkt, der blev givet særskilt meddelelse herom. Indtil dette tidspunkt skulle transporten alene respekteres for så vidt angik den del af entreprisesummen, der oprindelig var givet meddelelse om.

Er en transport begrænset til et bestemt beløb, kan transporthaveren naturligvis ikke kræve skyldneren for mere end det transporterede beløb. Se herved U 1944.1139 H, hvor et transportdokument måtte forstås således, at det – i alt fald når bortsås fra mindre overskridelser – var begrænset til at angå 150.000 kr. Det gjorde ingen forskel, at det i dokumentet videre hed: »Eventuelle Overskridelser eller mindre Leveringer efter denne Transport skal reguleres i Prioriteringsraten.« Hvis det havde været parternes hensigt at give transporten et videre omfang, var dette ikke kommet til udtryk på en tilstrækkelig tydelig måde, og det var heller ikke ved anmeldelsen til notering over for skyldneren, jf. GBL § 31, gjort klart, at transporten skulle have et videregående indhold.

Den fordring på entreprisesummen, som HE stiller sikkerhed *med,* tjener ifølge parternes aftale ofte P til sikkerhed *for* enhver gæld, som HE har til P,

jf. som et eksempel herpå U 1987.374 V (»Til sikkerhed for prompte og skadesløs betaling af, hvad underskrevne [HE] af hvilken som helst grund måtte være eller blive [P] skyldig, transporterer og overdrager vi herved [...]«. En sådan alskyldserklæring har virkning efter sit indhold, hvis den er behørigt fremhævet, og der ikke er tale om fordringer mod HE, som P er blevet kreditor for ved en tilfældighed uden HE's medvirken, jf. princippet i U 1951.759 H og nærmere *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 167 f. om det tilsvarende problem ved anvendelse af alskyldserklæringer i forbindelse med håndpantsætning af ejerpantebreve.

Anvendelse af alskyldserklæringer i forbindelse med byggeritransporter er ikke altid en velbegrundet foreteelse – i hvert fald ikke hvis P søger at skaffe sig sikkerhed for byggeriet uvedkommende gæld på forprioriteten. Ofte vil det allerede fra byggestart/projektering stå klart, at pengeinstituttet nok skal fungere som primær kreditgiver i forbindelse med mellemfinansieringen, men således at der ligeledes skal trækkes kreditter fra sekundære kreditgivere, som f.eks. underentreprenører og leverandører. I disse tilfælde, hvor P er både panthaver (for den af P ydede kredit) og »fordeler« (af entreprisesummen til de øvrige kreditgivere), er der måske ikke »plads« til, at P inddrager yderligere tilgodehavender – f.eks. HE's almindelige driftskredit – under sikkerheden.

I hvert fald vil en inddragelse på forprioriteten af byggeriet uvedkommende gæld være i strid med transporthavernes ret, hvis AB 92 er vedtaget for byggeriet. I så fald følger det nemlig af AB 92 § 5, stk. 2, at P alene har sikkerhed på forprioriteten for gæld, der er vedkommende i forhold til det konkrete byggeri. AB 92 § 5, stk. 2, og den korresponderende bestemmelse i ABT 93, der udgør undtagelser til det almindelige princip om prioritetsordenen mellem flere transporthavere, jf. GBL § 31, stk. 2, er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 8.5.

Når transporthaver er HE's pengeinstitut, gives der så at sige altid generaltransport. Dette gælder også i tilfælde, hvor det på forhånd står klart, at P's tilgodehavende i henhold til byggekreditten vil blive (langt) mindre end kravet mod BH. I praksis er P i disse tilfælde ofte både primær panthaver (for så vidt angår sit eget tilgodehavende) og »fordeler« (for så vidt angår anmeldte sekundære transporter). En generaltransport giver typisk P en større eller mindre sikkerhedsmargin – oversikkerhed – hvilket får betydning i tilfælde af BH's mangelsindsigelser eller svigtende betalingsevne, jf. umiddelbart nedenfor.

Går BH konkurs, er det kravet i henhold til hovedtransporten – ikke kravet mod HE – som P kan anmelde i BH's konkursbo. Har P hovedtransport i en

fordring på 2 millioner kr., mens P's krav mod HE i henhold til en ydet arbejdskredit er 1 million kr., kan P anmelde en fordring på 2 millioner kr. i BH's eventuelle konkursbo. P kan dog selvsagt ikke beholde et dividendebeløb, som er større end 1 million kr., idet et eventuelt overskydende dividendebeløb tilkommer HE. Har P modtaget betalinger på hovedtransportbeløbet, reduceres P's anmeldelsesret i BH's konkursbo naturligvis hermed. Er det HE, som går konkurs, kan P anmelde en fordring på 1 million kr. i HE's konkursbo. Betalinger fra HE reducerer naturligvis P's anmeldelsesret i HE's konkursbo. Betalinger fra BH reducerer ligeledes P's dividendekrav i HE's konkursbo, idet sådanne betalinger er udtryk for, at P har opnået (delvis) fyldestgørelse gennem pant i HE's ejendom, jf. KL § 46.

4.1.2. Rettigheder og pligter for transporthaver

Emnet for det følgende er de *rettigheder*, der tilkommer en transporthaver (f.eks. UE) i en entreprenørfordring. Der kan imidlertid være grund til at gøre nogle bemærkninger, om der som følge af (hoved)transporten kommer til at påhvile UE nogle særlige *pligter* over for skyldneren (BH).

Dansk rets almindelige regel er, at kun rettighedssiden kan overføres, og at transportgiveren (HE) ikke frigøres for sine forpligtelser over for skyldneren (BH) ved at give UE transport. Det er tilsvarende dansk rets almindelige regel, at transporten ikke giver BH krav mod UE i anledning af transporten.

Det sidstnævnte problem forelå i en voldgiftskendelse refereret T:BB 1999 s. 72. Sagen vedrørte et tilfælde, hvor en entreprenør (E) transporterede en del af entreprisesummen til UE. Ved arbejdets endelige afregning opstod der uoverensstemmelser mellem dels klageren (E), der siden var kommet under konkurs, dels indklagede (BH). Siden indtrådte UE i sagen. E og UE krævede betaling af ca. 750.000 kr. og fik medhold for så vidt angik ca. 670.000 kr. I præmisserne udtalte voldgiftsretten imidlertid bl.a. helt generelt: »UE har ubestridt fået tiltransporteret en del af entreprisesummen. Herved er UE indtrådt i kravet med de pligter, der i øvrigt påhvilede E.« Denne vidtgående konstatering var for så vidt unødvendig for resultatet, jf. således også note 3 til den trykte voldgiftskendelse. Udtalelsen må endvidere anses for forkert, idet den ikke er i overensstemmelse med dansk rets ovenfor refererede almindelige regel ikke sker noget skifte af *realdebitor* ved overdragelse af et *pengekrav*.

Et andet spørgsmål i den refererede sag var i øvrigt, om UE kunne optræde som part i sagen mellem E og BH, der ifølge AB 72 § 31 (nu AB 92 § 47) skulle afgøres ved voldgift. Voldgiftsretten lagde – som det vil være fremgået – til grund, at UE kunne optræde som part i voldgiftssagen. Resultatet fore-

kommer korrekt, idet retten til at kræve sager afgjort ved voldgift må anses for medoverdraget ved transporten.

Noget andet er, om UE som *indklaget* ville være pligtig at tåle voldgiftsprøvelse, hvis BH *som klager* havde anlagt voldgiftssag mod UE for et krav som BH mente at have mod UE. Det må formentlig antages, at UE måtte have tålt noget sådant. I modsat fald ville retstilstanden være den uheldige, at UE nok kunne påberåbe sig voldgiftklausulen som *klager*, uden at BH kunne gøre indsigelser mod dette, hvorimod UE som *indklaget* for en voldgiftsret kunne have forlangt sagen afvist og prøvet ved de almindelige domstole. Herved ville der opstå et yderst uheldigt haltende retsforhold, hvor BH under alle omstændigheder ville være bundet af klausulen, men hvor klausulen gav UE en mulighed for »forum shopping«.

Se om det tilsvarende problem ved voldgiftsklausuler i lejesager *Halfdan Krag Jespersen* i T:BB 1998 s. 7 ff. Det forekommer som følge af det ovenfor anførte rigtigst at antage, at voldgiftsklausulen »vender begge veje«.

Et »spejlbillede« af det nævnte problem foreligger, hvis en person BH1, som er bundet af en voldgiftsaftale over for en entreprenør, overdrager ejendommen til en BH2, som hævdes ikke at være bundet af voldgiftsklausulen. Ved en utrykt landsretsdom (Vestre Landsretsag B-0528-02) er det udtalt, at »udgangspunktet må være, at en parts successorer i det materielretlige forhold, til hvilket en voldgiftsaftale er knyttet, bindes af voldgiftsaftalen i samme omfang som overdrageren«. I den konkrete sag, hvor BH1 fandtes at være bundet af voldgiftsklausulen i et søgsmål mod E, fandtes – med føje – det samme at være tilfældet for BH2. Herefter toges E's afvisningspåstand til følge i en mangelssag anlagt af BH2 mod E, jf. voldgiftslovens § 1.

4.1.3. Rådighedsproblemet ved hovedtransport

En praktisk variant af det i kapitel 1, afsnit 1.4, nævnte rådighedsproblem foreligger, når HE's transporthavende pengeinstitut modtager betalinger fra BH, som indsættes på HE's kasse- eller byggekredit i pengeinstituttet. Hvis indbetalingerne på kreditten udløser en trækningsret for HE, kan det nemlig spørges, om der foreligger en (tilstrækkelig) begrænsning i HE's adgang til at råde over transportbeløbet. Da kravene til det transporthavende pengeinstituts rådighedsbegrænsning må antages at være de samme ved primære og sekundære transporter, kan domme om begge transportformer belyse problemet, jf. således umiddelbart nedenfor.

Spørgsmålet om rådighedsbegrænsning forelå i U 1979.919 Ø, hvor et aktieselskab (A), der drev virksomhed med fabrikation og salg, havde givet Privatbanken sekundært »håndpant« i to sikringskonti, der førtes som led i et

factoringarrangement, som A havde med Nordisk Factoring. Kun factoringselskabet blev denuntieret om den sekundære ret. Da A siden trådte i likvidation, gjorde likvidationsboet først og fremmest gældende, at der ikke var givet meddelelse til rette adressat, jf. nærmere om dette spørgsmål nedenfor i afsnit 4.4.1. Likvidationsboet gjorde imidlertid også gældende, at Privatbanken ikke havde tilvejebragt en sådan rådighedsberøvelse over eller kontrol med bevægelserne på de to konti, at banken havde opnået kreditorbeskyttelse. Det var omtvistet, i hvilket omfang der var foretaget løbende kontrol med udbetalingerne fra factoringselskabet, samt i hvilket omfang de udbetalte beløb var afregnet af virksomheden til banken. Landsretten udtalte blot om spørgsmålet, at der ikke fandtes »holdepunkter for at antage, at [den sekundære panthaver havde] udvist passivitet med hensyn til kontrol af dispositionerne over sikringskontiene i en sådan grad, at dette skulle medføre transportens ugyldighed i forhold til [likvidationsboet]«. Af den citerede præmisudtalelse fremgår ikke, hvilke faktiske forhold retten tillagde betydning – og dermed fremgår det heller ikke, hvilke krav retten mere præcist ville stille til ordningen. Resultatet er imidlertid åbenbart korrekt, hvis retten ved afgørelsen har lagt vægt på den sekundære panthavers anbringende om, at udbetalingerne var kendt og accepteret af banken, og at banken i hvert enkelt tilfælde havde fået afregning fra virksomheden.

På samme måde som Østre Landsret i U 1979.919 Ø accepterer *Vestre Landsret* i U 1999.1783 H i generelle vendinger en lignende ordning: En kreditsælgende virksomhed, der havde indgået en factoringaftale med Midt Factoring A/S, gav nogen tid efter sin pengeinstitutforbindelse, Jyske Bank, sekundær transport på bl.a. indeståendet på en sikringskonto. Med mellemrum afregnedes overskydende beløb fra sikringskontoen til Jyske Bank, der indsatte beløbene på virksomhedens kassekredit. Efter virksomhedens konkurs anlagde konkursboet sag mod banken. For landsretten gjorde boet bl.a. gældende, at banken ikke ved den etablerede ordning havde opnået prioritetsbeskyttelse. Vestre Landsret udtalte, at Jyske Bank havde foretaget behørig denunciation ved at give underretning til Midt Factoring A/S. Herefter hedder det i præmisserne: »Midt Factoring A/S udbetalte [...] løbende overskud fra sikringskontoen til [Jyske Bank], der indsatte beløbene på [virksomhedens] kassekredit med deraf følgende trækningsmuligheder for [virksomheden]. [Virksomheden] kan imidlertid ikke derved antages at have opnået rådighed over det pantsatte indestående på sikringskontoen med den virkning, at [Jyske Bank] har mistet sin sekundære panteret«.

Problemet med overførsel af en pantsat fordrings provenu til pantsætters egen kassekredit forelå også i TfS 1995.167 V (der i modsætning til de to

forannævnte afgørelser vedrørte en konflikt mellem overdragerens udlægshaver og en *primær* panthaver). Som det vil fremgå af referatet nedenfor, synes landsretten i denne sag at udvise betydelig større skepsis over for ordninger som den beskrevne.

I TfS 1995.167 V havde en virksomhed givet Aktivbanken (senere Unibank) transport til sikkerhed på sit tilgodehavende mod Århus Kommune for kørsel med mad for kommunens social- og sundhedsforvaltning. Transporten blev meddelt til kommunen, som foretog notering heraf. Kommunens betalinger for kørslerne skete med checks, som blev tilstillet banken, der satte beløbene ind på virksomhedens kassekredit. På et tidspunkt blev der foretaget udlæg for virksomhedens skattegæld i kravet mod kommunen. Udlægshaveren gjorde gældende, at ordningen med indsættelse af de udbetalte beløb på virksomhedens kassekredit indebar, at virksomheden kunne råde frit over de udbetalte beløb, hvorfor der ikke forelå den fornødne rådighedsberøvelse. Såvel byret som landsret fastslog, at udlægshaveren skulle respektere transporten til banken. *Byretten* begrundede resultatet med, at de pantsatte fordringer hidtil var blevet betalt direkte til banken, og at bankens efterfølgende indbetaling af de indkomne beløb på pantsætterens kassekredit ikke kunne sidestilles med, at pantsætteren havde haft fri rådighed over de pantsatte fordringer på en sådan måde, at panthaveren havde mistet kreditor- og omsætningsbeskyttelse. *Landsretten* stadfæstede dommen med en meget konkret begrundelse, som antyder, at man under andre omstændigheder ville have nået et andet resultat: *Landsretten fremhævede, at det ikke var godtgjort, at det var aftalt, at beløb, der indgik som følge af transporten, skulle indbetales på kassekreditten.* Landsretten udtalte endvidere, *at* de foretagne indbetalinger delvis var medgået til dækning af overtræk, *at* skyldneren havde andre mellemværender med banken end kassekreditten, *og at* banken var berettiget til at afskrive indkomne beløb på det samlede mellemværende. Endelig udtalte landsretten: »Det er uoplyst, i hvilket omfang kassekreditten er anvendt til nedbringelse af andre mellemværender, ligesom det ikke selvstændigt er påberåbt, at indbetalinger via transporten er anvendt til nedbringelse af den samlede gæld. Det er imidlertid ikke godtgjort, at der er foretaget skridt, der ikke har haft karakter af naturlig forretningsmæssig anvendelse af en kassekredit eller sædvanlig bankmæssig fremgangsmåde. Uanset at anvendelse at transporter af den omhandlede karakter i sammenhæng med en kassekredit rummer muligheder for misbrug, tiltrædes det under de anførte omstændigheder og af de af byretten anførte grunde, at [banken] er frifundet for [udlægshaverens] påstand.«

Der ses i de to sidstnævnte landsretsafgørelser en forskel på tilbøjeligheden til at ville anse rådighedsbegrænsningen for tilstrækkelig, når beløb i henhold til en transporteret fordring indsættes på overdragerens kassekredit. Landsrettens dom i U 1999.1783 H forekommer generelt at ville acceptere sådanne ordninger, mens landsrettens dom i TfS 1995.167 V begrunder ordningens holdbarhed mere konkret.

Skønt det næppe er ubetinget hensigtsmæssigt ved løsning af et sikringsaktsproblem som det foreliggende, må det forudses, at der i fremtidige sager vil blive lagt vægt på, om »overskudsbeløb« fra et eksempelvis et factoringarrangement eller en entreprenørtransport er håndteret over en kassekredit i overensstemmelse med almindelig pengeinstitutpraksis. Herved må det tillægges betydning, om den primære transporthaver – pengeinstituttet – på forhånd har forpligtet sig til at lade beløb fra factor indgå på virksomhedens kassekredit med øget trækningsret til følge, eller om dette sker efter en konkret beslutning i hvert enkelt tilfælde, jf. tilsvarende *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 274. Det skal dog fremhæves, at selv om et pengeinstitut har givet et forhåndssamtykke til indsættelse på en bygge- eller kassekredit, vil der typisk ligge en kontrolmulighed deri, at pengeinstituttet – efter at betalinger fra skyldneren har nedbragt kreditten – kan hindre, at der på ny trækkes på kreditten.

I det omfang beløb fra skyldneren er betalt til pengeinstituttet til nedbringelse af overtræk på en bygge- eller kassekredit, således at betalingen ikke udløser en trækningsret for virksomheden, opstår der selvsagt intet rådighedsbegrænsningsproblem.

4.2. Eftertransport

Ved eftertransport forstås transport af et krav mod en skyldner, der befinder sig længere ude i omsætningsrækken end BH. Har HE eksempelvis kontraheret med UE, kan UE's pengeinstitut (P) således være interesseret i at få transport på UE's krav mod HE. En sådan transport betegnes eftertransport. Sikringsakten er underretning til skyldneren for den transporterede fordring, d.v.s. HE. Når bortses fra spørgsmålet om meddelelsens adressat, behandles eftertransporter efter samme regler som hovedtransporter.

Betegnelsen eftertransport har til formål at oplyse, at der er givet transport på en anden fordring end fordringen mod BH. I praksis vil P ofte både få eftertransport (i kravet mod HE) og videretransport (i kravet mod BH), jf. om videretransport nedenfor i afsnit 4.3. Som det vil fremgå af det nævnte afsnit, har en videretransport efter omstændighederne kun værdi for transporthaveren, hvis denne tillige har fået eftertransport.

4.3. Videretransport

Videretransport foreligger, når en person, som i forvejen har fået transport på en fordring, transporterer den samme fordring til en erhverver længere ude i omsætningsrækken. Eksempelvis kan hovedentreprenøren (HE) transportere (en del af) sit krav mod bygherren (BH) til en underentreprenør (UE), hvorefter UE transporterer fordringen videre til sit pengeinstitut (P). Principielt kan enhver transport videretransporteres. Videretransport forekommer dog specielt hyppigt ved hovedtransporter.

Videretransport er udtryk for, at en fordring frempantsættes. Det er imidlertid vigtigt at bemærke, at en frempantsætning efter omstændighederne er værdiløs for frempanthaveren, hvis denne ikke tillige har fået sikkerhed i den fordring, som pantet sikrer i det første skyldforhold. Er UE's hovedtransport fra HE eksempelvis videretransporteret til P, bør P også sørge for *at* få eftertransport på UE's krav mod HE *og at* sikre denne eftertransport ved meddelelse til HE. Har P ikke fået en sådan eftertransport, eller er eftertransporten usikret, er P nemlig ikke tilstrækkeligt sikret – heller ikke for så vidt angår *videretransporten* – hvis UE går konkurs eller kommer under anden insolvensbehandling: UE's konkursbo kan nemlig i så fald kræve betaling af UE's krav mod HE. Efter betalingen af dette krav sikrer den videretransporterede fordring (fordringen mod BH) ikke længere noget tilgodehavende for UE (dennes konkursbo), og fordringen kan dermed heller ikke sikre noget tilgodehavende for P.

Ved frempantsætning gælder i øvrigt reglen i DL 5-7-4, der har følgende ordlyd:

»Haandfaaet Pant maa ingen overdrage for højere Sum, end som hand det selv til Pant annammet haver, og naar den Pantsettendis betaler Hovedstoelen, som det er udsat for, med sin tilbørlig Rente skadisløs, da bør Pantet hannem igien at leveris af den som det er overdraget til, og hand søge sin Skadis Opretning hos den, som det til hannem overdrog.«

Bestemmelsen indebærer, at eksempelvis fordringer nok kan frempantsættes, men at frempantsætningen ikke kan give frempanthaver sikkerhed for et større beløb, end frempantsætter selv havde sikkerhed for. I eksemplet ovenfor kan UE's videretransport til P således ikke give P sikkerhed for et større beløb, end UE selv havde til gode hos HE. Virkningen af denne begrænsning i retten til frempantsætning kan belyses ved et eksempel: HE's krav mod BH er på 2.000.000 kr. HE har transporteret hele dette krav til UE, som har videretransporteret kravet til P. Værdien af P's sikkerhed afhænger nu af UE's krav mod

HE. Hvis P's krav mod UE er på 1.000.000 kr., mens UE's krav mod HE er på 500.000 kr., er der sket en frempantsætning i strid med bestemmelsen i DL 5-7-4. HE kan som følge heraf forlange den frempantsatte fordring – kravet på de 2.000.000 kr. – frigivet mod at betale P et beløb svarende til UE's krav mod HE, d.v.s. 500.000 kr.

Det anførte udelukker ikke, at det kan være en fordel for P at få videretransport på en fordring, som er større end UE's krav mod HE. Har P sikkerhed i fordringen på 2.000.000 kr., kan han således i tilfælde af BH's konkurs anmelde hele denne fordring i BH's konkursbo. Et dividendebeløb på op til 500.000 kr. tilkommer P. Det ses, at jo større den frempantsatte fordring er, desto større er sandsynligheden for, at P opnår betaling af de 500.000 kr. Overstiger dividenden 500.000 kr., tilkommer det overskydende beløb naturligvis HE.

Sikringsakten ved videretransport er underretning til skyldneren, jf. GBL § 31. Er der givet *videretransport på en hovedtransport* som i eksemplet ovenfor, skal der således gives meddelelse til BH om videretransporten. Ved en sådan meddelelse opnår P efter ordlyden af GBL § 31, stk. 1, beskyttelse i forhold til »overdragerens« retsforfølgende kreditorer, d.v.s. UE's kreditorer. Et spørgsmål er imidlertid, om P i kraft af meddelelsen om sin egen videretransport opnår beskyttelse i forhold til HE's retsforfølgende kreditorer, hvis hovedtransporten ikke er denuntieret over for BH. En formålsfortolkning ud fra kriteriet »rådighedsberøvelse« kunne tale for at lade P være beskyttet. Er HE som følge af P's meddelelse til BH om videretransporten blevet afskåret fra at råde over fordringen mod BH, forekommer det således formalistisk at stille krav om, at BH tillige skal være denuntieret om hovedtransporten. En lignende formålsfortolkning er anlagt af Højesteret i andre transporttilfælde, jf. herved U 1979.357 H, der er omtalt i nedenfor i afsnit 4.4. Så længe der ikke foreligger retspraksis om retsstillingen ved videretransport, bør P dog sikre sig, at hovedtransporten er denuntieret korrekt og i tide (d.v.s. uden for konkurslovens omstødelsesfrister, jf. navnlig KL § 70).

Videretransport kan også gives på en *eftertransport*. Har UE givet sin leverandør (L) transport på kravet mod HE, kan L videretransportere denne transport til eksempelvis sit pengeinstitut. Meddelelse om videretransporten, jf. GBL § 31, skal gives til HE. I øvrigt er retsstillingen den samme som ved videretransport af en hovedtransport.

Videretransport kan tillige gives på en *sekundær transport*, jf. eksempelvis U 1994.812 H, der omtales nedenfor i afsnit 7.

4.4. Sekundær transport

4.4.1. Generelt om sekundær transport

Ved en sekundær transport forstås en transport, som er efterstillet en eller flere andre transporthavere i den samme fordring. Det er helt sædvanligt, at HE dels giver sit pengeinstitut primær transport på fordringen på entreprisesummen, dels giver UE sekundær transport på samme fordring. Sekundær transport kan imidlertid gives på samtlige de ovennævnte transporter, d.v.s. hovedtransport, eftertransport og videretransport. Har HE givet sekundær transport på entreprisesummen m.v., kan den sekundære transporthaver selvsagt opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved at give meddelelse til BH, jf. GBL § 31. I retspraksis er det imidlertid fastslået, at en sekundær transporthaver tillige – på visse betingelser – kan opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved at give meddelelse til den primære transporthaver, jf. navnlig U 1979.357 H og U 1980.261 Ø:

I U 1979.357 H havde et entreprenørselskab givet en leverandør sekundær transport på 115.000 kr. af kravet på en entreprisesum, som var primært transporteret til entreprenørens bank. Bygherren havde af banken fået meddelelse om den primære transport. Den sekundære transporthaver havde imidlertid ikke givet meddelelse til bygherren (d.v.s. »skyldneren«, jf. GBL § 31), men til banken. Under sagen påstod entreprenørens retsforfølgende kreditor – et insolvent likvidationsbo – at den sekundære transporthaver ikke havde opnået kreditorbeskyttelse. Heri fik boet ikke medhold. I Højesterets præmisser hedder det: »Efter modtagelsen af underretning om, at [entreprenørselskabet] havde transporteret hele entreprisesummen til banken, var bygherren uberettiget til at foretage udbetalinger af entreprisesummen til andre end banken. Som i [landsretsdommen] anført var [entreprenørselskabet] efter underretningen til banken om, at kravet på 115.000 kr. af entreprisesummen var overdraget til [leverandøren], afskåret fra at råde over dette beløb i forhold til såvel banken som [bygherren]. Det tiltrædes, at den stedfundne underretning til banken herefter opfylder de krav, som efter gældsbrevslovens § 31, stk. 1, stilles, for at overdragelsen til [leverandøren] kan have gyldighed over for [entreprenørselskabets] øvrige kreditorer.« Dommen er behandlet i en artikel af *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209 ff., jf. herom nærmere nedenfor.

U 1980.261 Ø vedrørte et tilfælde, hvor en bæreposefabrikant havde givet sit pengeinstitut transport på samtlige sine fakturafordringer med respekt af factoringselskabets bedre ret. Transporten blev anmeldt over for factoringselskabet, men der blev ikke givet underretning til de enkelte fakturaskyldnere. Ved fabrikantens konkurs opstod tvist mellem konkursboet og pengeinstituttet om retten til det beløb, der fremkom som overskud, efter at factoringselskabet

var fyldestgjort. Konkursboet gjorde gældende, at pengeinstituttet ikke havde foretaget den korrekte sikringsakt, jf. GBL § 31 eller denne bestemmelses analogi. Heri fik boet ikke medhold. I landsrettens præmisser hedder det: »Efter modtagelse [...] af faktura påstemplet den i factoringskontraktens § 8 citerede meddelelse om overdragelsen af fakturafordringen til factor har den enkelte skyldner været uberettiget til at betale til andre end factor. I den sekundære transport til [pengeinstituttet] er der givet oplysning om factoringsaftalen, herunder om, at betaling skulle ske til factor. Uanset om factor vedblivende havde noget til gode hos [fabrikanten], havde noteringen af denne transport den virkning, at [fabrikanten] også blev afskåret fra at råde over den del af fakturafordringen, der ikke tilkom factor. Det findes derfor uden betydning for gyldigheden af denne transport i relation til fabrikantens kreditorer, at der ikke er givet underretning om den til de enkelte fakturaskyldnere.« – Det ses, at de citerede præmisser på det nærmeste er en afskrift af præmisserne i U 1979.357 H.

Ved factoring er meddelelse til factor om den sekundæres ret ligeledes anset for tilstrækkelig i svensk ret, således at det er unødvendigt at denunciere de enkelte fakturaskyldnere, jf. NJA 1986.217 HD.

I U 1979 B s. 215 sammenfatter *Torben Jensen* retstilstanden således, at Højesteret i U 1979.357 H har »fundet at burde anvende en formålsfortolkning, hvis eneste kriterium er effektiv rådighedsberøvelse«. Opfyldes kravet om rådighedsberøvelse, kan meddelelse om den sekundære transport gives til den primære transporthaver. Det relevante er ifølge *Torben Jensens* artikel s. 213, »om ordningen er ensbetydende med, at hovedtransporthaveren – eventuelt efter fyldestgørelse af eget krav – har pligt til at respektere undertransporthaverens ret, før der kan ske udbetaling til entreprenøren og usikrede kreditorer«.

Om ordningens anvendelsesområde udtaler *Torben Jensen* i U 1979 B s. 217, at reglen »alene angår undertransporter i entrepriseforhold, og at den er motiveret med byggebranchens særlige forhold«. Da det imidlertid ville være helt uacceptabelt, om der gjaldt forskellige sikringsakter ved overdragelse af simple fordringer, alt efter hvorledes de var opstået, må det anses for sikkert, at meddelelse til en primær transporthaver under samme betingelser kan være tilstrækkelig sikringsakt uden for entrepriseforhold, d.v.s. *eksempelvis* ved sekundær pantsætning af fakturafordringer, jf. herved den ovennævnte U 1980.261 Ø. Dette er da også den overvejende opfattelse i teorien. Se nærmere *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 25, *Carstensen og Rørdam:*

Pant, 7. udgave (2002) s. 349, *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 376, *Gomard* i Højesteret 1661-1986 s. 63, *Skovgaard* i U 1980 B s. 321 og *Suenson* i U 1980 B s. 59.

Det fremgår af citatet fra *Torben Jensens* ovennævnte artikel, at der er lagt vægt på effektiv rådighedsberøvelse som *»eneste kriterium«* ved afgørelsen af, om en sekundær transporthaver kan sikre sig ved meddelelse til den primære transporthaver. Det siger sig selv, at valg af en bestemt sikringsaktsfunktion – rådighedsberøvelse – som *eneafgørende* indebærer et fravalg eller en nedtoning af andre sikringsaktsfunktioner. Ovenfor i kapitel 1 er der redegjort for, hvorledes meddelelse, jf. GBL § 31, stk. 1 og 2, tillige er egnet til at virke *offentliggørende* og *prioritetskonstaterende*, hvilket indebærer, *dels at* rettighedshavere ved henvendelse til skyldneren kan søge oplysning om eventuelt tidligere stiftede rettigheder, *dels at* der findes »ét sted«, hvor prioritetskonflikter over fordringen kan opgøres. Det er allerede nævnt i kapitel 2, afsnit 1.2 og 1.3, at effektiviteten af meddelelse som sikringsakt ikke er optimal, idet varetagelsen af de enkelte sikringsaktsfunktioner kan komme til at afhænge af, hvad skyldneren forklarer om meddelelsens fremkomst. Ved den gennem domspraksis skabte retstilstand har sikringsaktssystemet imidlertid tabt yderligere i effektivitet. Blandt andet må der således antages at bestå et system med alternative sikringsakter, idet en sekundær transporthaver må kunne vælge, om han vil give meddelelse til den primære transporthaver eller til skyldneren.

Det synes ganske vist at fremgå af *Torben Jensens* artikel i U 1979 B s. 216, at Højesteret ikke ved U 1979.357 H har taget stilling til, om en sekundær transporthaver har en sådan valgret. Ikke desto mindre må det være utvivlsomt, at en sekundær transporthaver kan vælge at meddele sig over for skyldneren, jf. GBL § 31, jf. også *Gomard* i Højesteret 1661-1986 s. 63 f. (men anderledes *Bogdan* i TfR 1981 s. 535 f). *Her* må lovteksten være uomgængelig.

Imod det anførte kunne hævdes, at den sekundære transporthavers meddelelse til skyldneren ikke berøver overdrageren rådigheden over fordringen i forhold til den primære transporthaver. Dette kan imidlertid ikke være afgørende: Ét er at acceptere en til loven alternativ sikringsakt – hvilket er sket med U 1979.357 H og U 1980.261 Ø. Helt anderledes vidtgående og betænkeligt ville det være at afskaffe en klart lovhjemlet sikringsakt – hvilket de to domme da heller ikke kan tages til indtægt for.

Som en konsekvens af det anførte kan der ved afgørelsen af prioritetskonflikter mellem flere efterstillede transporthavere opstå det problem, at én eller flere transporthavere har givet meddelelse til skyldneren, mens en eller flere

andre transporthavere har givet meddelelse til den primært berettigede. Da de to sikringsakter må anses for ligestillede, er det afgørende i sådanne tilfælde, i hvilken rækkefølge de efterstillede transporthavere har foretaget én af sikringsakterne. Hvis AB 92 er aftalt for entreprisen, må det dog være en konsekvens af § 5, stk. 2, at en byggeriet vedkommende transporthaver ved udnyttelse af blot én af de to sikringsaktsmuligheder kan »overhale« en uvedkommende transporthaver. Da AB 92 § 5, stk. 2, hverken gælder i forholdet mellem vedkommende transporthavere indbyrdes eller i forholdet mellem uvedkommende transporthavere indbyrdes, bliver meddelelsestidspunktet afgørende i den interne konkurrence mellem flere transporthavere fra én af de to kreditorgrupper.

Med hensyn til meddelelsens offentliggørende funktion ses det, at der ikke ved konstruktionen skabes ét bestemt sted, hvortil forespørgsler om fordringen kan rettes. Eksempelvis må efterstillede transporthavere henvende sig til både skyldneren og den primære transporthaver for at sikre sig oplysninger om den eventuelle eksistens af foranstillede transporthavere samt om størrelsen af disse transporthaveres sikrede krav.

Anerkendelsen af, at en sekundær transporthaver kan sikre sig ved meddelelse til en primær transporthaver, kan give anledning til at overveje, hvortil en *tertiær* transporthaver kan rette sin meddelelse. En tertiær transporthaver må kunne sikre sig på samme måde som en sekundær transporthaver, d.v.s. ved meddelelse til skyldneren eller den primære transporthaver. Ved tertiær transport kunne den »effektive rådighedsberøvelse«, imidlertid også tilvejebringes ved den tertiære transporthavers meddelelse til den sekundære transporthaver.

Det indses dog umiddelbart, at anerkendelse af en sådan løsning ville indebære en yderligere opløsning af sikringsaktssystemet, idet der da ville bestå ikke færre end *tre* mulige sikringsakter for den tertiære transporthaver. Løsningen forekommer derfor klart uacceptabel, *uanset* om der er etableret en nok så »effektiv rådighedsberøvelse«. Hverken U 1979.357 H eller U 1980.261 Ø har taget stilling til spørgsmålet. Konsekvensen af disse afgørelser kan dog alene antages at være, at en efterstillet transporthaver har *én* alternativ sikringsmulighed.

Til trods for de *principielle* indvendinger, der kan rettes mod det alternative sikringsaktssystem, ses den ved U 1979.357 H accepterede konstruktion ikke at have givet anledning til større praktiske problemer. Ved eksempelvis hovedentreprise, hvor HE har givet P primær transport i kravet mod BH, vil en sekundært transporthavende UE således efter omstændighederne udsætte sig for en betydelig risiko for at lide retstab ved alene at give meddelelse om

overdragelsen til BH, selv om en sådan meddelelse er tilstrækkelig sikringsakt i henhold til GBL § 31. UE's nævnte risiko er en følge af, at en meddelelse til BH ikke fratager HE legitimationen i forhold til P: *For det første* kan P i god tro udbetale modtagne beløb fra BH til HE med frigørende virkning, jf. princippet i GBL § 29. *For det andet* kan P i god tro udvide kreditten til HE med fortrinsret i forhold til UE, selv om dette er i strid med aftalen mellem HE og UE, jf. ligeledes princippet i GBL § 29. En viden eller burde-viden hos P om UE's ret indebærer, at HE ikke er legitimeret i forhold P, uanset hvorledes denne viden eller burde-viden er opnået, men det sikreste er selvsagt, at UE giver meddelelse til P, således at UE på én gang foretager sikringsakten, jf. GBL § 31, og fratager HE legitimationen, jf. GBL § 29.

Det principielle spørgsmål – om en primær transporthaver kan være adressat for en § 31-meddelelse – må anses for endeligt besvaret i retspraksis. Alligevel gøres nedenfor i afsnit 4.4.2 nogle bemærkninger om kravet til »rådighedsberøvelse« som følge af meddelelsen om den primære transport. Bemærkningerne er affødt af, at den i retspraksis accepterede konstruktion *dels* rejser nogle detailspørgsmål, *dels* giver anledning til problemer af mere generel sikkerhedsretlig karakter.

Som anført af *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 283 har udviklingen i retspraksis frem til U 1979.357 H overvejende retshistorisk interesse. Her skal blot henvises til de også af *Vagner* anførte domme U 1961.66 H, U 1972.455 H, U 1974.55 H og U 1976.932 H. Dommene er omtalt af *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209 ff. og af *Højrup:* Pant, 2. udgave (1978) s. 128 ff. Om dommenes tidligere betydning for factoringforhold kan henvises til *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 238 ff.

4.4.2. Rådighedsproblemet ved sekundær transport

Ved afgørelsen af, hvad kravet om »effektiv rådighedsberøvelse« nærmere indebærer, skal det i det følgende undersøges, om der – som betingelse for den alternative sikringsmulighed for den sekundære transport – stilles særlige krav til meddelelsen om den primære transport. Årsagen hertil er, at det i præmisserne til både U 1979.357 H og U 1980.261 Ø udtrykkeligt anføres, at meddelelsen om den primære transport medførte, at skyldneren var *uberettiget til at betale* til andre end den primære transporthaver, hvilket ikke er en almindelig betingelse for den primære transporthavers egen tinglige beskyttelse: Således kan en *primær transporthaver* være kreditor- og omsætningsbeskyttet, selv om overdrageren er berettiget til at oppebære fordringen enten i henhold til en inkassofuldmagt, jf. *Munch* i U 1988 B s. 419 og ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.2, eller fordi der tilkommer bygherren en ret til at negligere transport-

haveren og betale til overdrageren, jf. om det sidstnævnte tilfælde nedenfor i afsnit 5.3.

Man kan herefter rejse det spørgsmål, om en *sekundær transporthaver* kan sikre sig ved meddelelse til den primære transporthaver, hvis fordringens overdrager af den ene eller anden grund har en oppebørselsret. Ved afgørelsen af, hvilken grad af »rådighedsberøvelse«, der skal skabes ved meddelelsen om den primære transport, synes der at foreligge tre muligheder: (1) Et krav om »bindende meddelelse«, d.v.s. et krav om, at meddelelsen i de her omhandlede tilfælde skal afskære skyldneren fra at betale til overdrageren. (2) Et krav om, at meddelelsen blot skal begrænse overdragerens rådighed som ved transporter i almindelighed. (3) Et krav om, at meddelelsen skal begrænse overdragerens rådighed i videre omfang end ved transporter i almindelighed, men uden noget absolut krav om, at meddelelsen i alle tilfælde skal være bindende.

Hvad angår løsning (1) fremgår det udtrykkeligt af *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 49, at der ikke i almindelighed gælder noget krav om, at meddelelsen til skyldneren skal være »bindende« i den forstand, at meddelelsen skal afskære skyldneren fra at betale med frigørende virkning til overdrageren. Selvom *Torben Jensens* anvendelse af udtrykket »effektiv rådighedsberøvelse« nærmest tyder på et krav om bindende meddelelse i de tilfælde, der behandles her, må forfatterens henvisning til lovens netop nævnte forarbejder – som angives at have været *»afgørende«* for Højesteret – formentlig kunne tages til indtægt for, at det ikke med U 1979.357 H har været tilsigtet at opstille et sådant krav. – I litteraturen efter *Torben Jensens* artikel synes der da også at være enighed om, at der ikke gælder noget krav om bindende meddelelse. Se således *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 338 og s. 350, *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 27, *Skovgaard* i U 1980 B s. 320, *Gomard* i Højesteret 1661-1986 s. 64, *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave ved *Skovgaard* (1987) s. 375.

I litteraturen er der i øvrigt argumenteret såvel for løsning (2) som for løsning (3). – Til støtte for løsning (2) kan henvises til *Skovgaard* i U 1980 B s. 320, hvor det hedder, at der med udtrykket »effektiv rådighedsberøvelse« blot sigtes til det samme mål af rådighedsberøvelse, som almindeligvis opnås ved underretning til skyldneren selv. Til støtte for løsning (3) kan henvises til *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 350, hvor det hedder, at kravet om »effektiv rådighedsberøvelse« indebærer, at »der nok gælder skærpede krav, dersom meddelelsen gives til [den primære rettighedshaver]«. Som det vil fremgå, forekommer det sidstnævnte synspunkt at være det rette.

Ifølge *Skovgaard* i U 1980 B s. 324 kan den ved U 1979.357 H etablerede ordning formentlig forenes med, at overdrageren indtil videre oppebærer

fordringen i henhold til en *inkassofuldmagt*, blot »de almindelige betingelser« for kreditor- og omsætningsbeskyttelse er opfyldt. Udsagnet forekommer vanskeligt foreneligt med 1979-afgørelsens præmisser, hvori det som nævnt udtrykkeligt hedder, at skyldneren efter meddelelsen om den primære transport »var uberettiget til at foretage udbetalinger« til andre end den primære transporthaver (pengeinstituttet).

Ifølge *Skovgaard* er en ordning med inkassofuldmagt for overdrageren ikke mindre betryggende end i normaltilfældene, blot den primære transporthaver fører kontrol med overdragerens inkassation til varetagelse af eventuelle anmelderes interesser. Se *Skovgaard* i U 1980 B s. 324 og samme forfatter i *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) s. 375.

Om inkassofuldmagt i forbindelse med sekundære transporter skal dog nævnes, at *Skovgaard* selv – som betingelse for at anerkende meddelelse til den primære transporthaver som sikringsakt – som minimum vil kræve, at overdrageren har givet den primære en *»ubetinget og uigenkaldelig oppebørselsfuldmagt«*, jf. således *Skovgaard* i U 1980 B s. 322 og samme forfatter i *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) s. 374. Det skulle ifølge *Skovgaard* så vidt ses endog være således, at den nødvendige rådighedsberøvelse alene skulle kunne etableres ved en fuldmagt, som har de angivne karakteristika. Dette kan ikke tiltrædes, idet en fuldmagt ikke fratager overdrageren den materielle ret til at oppebære fordringen, jf. også *Bogdan* i TfR 1981 s. 535. Selv i tilfælde, hvor fuldmagten gives af en erhverver af fordringen, er ræsonnementet ikke helt let at følge. Kravet om en ubetinget og uigenkaldelig oppebørselsfuldmagt kan tiltrædes, når fuldmagtsgiveren er en panthaver, som har den materielle ret til fordringen, men det er derimod vanskeligt at se, hvordan overdrageren skulle kunne give den primære transporthaver en oppebørselsfuldmagt – der oven i købet skal være ubetinget og uigenkaldelig – men samtidig *selv* bevare oppebørselsretten, hvilket antages af *Skovgaard* i U 1980 B s. 324 og af samme forfatter i *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) s. 375. Selv om udsagnene hos den nævnte forfatter læses således, at den primære transporthaver skal være *tilsagt* en oppebørselsfuldmagt, men således at han kan tillade, at oppebørselsretten foreløbig *udøves* af overdrageren, er det svært at se sammenhængen.

Et spørgsmål, der er beslægtet med det netop behandlede, er, om en sekundær transporthaver kan sikre sig ved meddelelse til den primære transporthaver, selv om fordringens skyldner er berettiget til at betale til overdrageren for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe, jf. herved princippet i RPL § 511, stk. 3, og herom nærmere nedenfor i afsnit 5.3. Den teoretiske mulighed for, at skyldneren engang i fremtiden erhverver den nævnte ret, kan

ikke være til hinder for, at en sekundær rettighedshaver sikrer sig som anført. Løsningen er formentlig den modsatte, hvis en RPL § 511, stk. 3-situation er aktuel på det tidspunkt, da meddelelsen gives til den primære transporthaver. I det sidstnævnte tilfælde kan den sekundære transporthaver selvsagt meddele sig over for skyldneren, men da skyldnerens ret til at gå frem efter RPL § 511, stk. 3, også gælder i forhold til den sekundære, vil der ikke være vundet noget herved, medmindre der efter betalingen til overdrageren stadig består en restgæld, som er større end den primæres tilgodehavende. (Efter udnyttelsen af negligeringsretten ved betaling til overdrageren er det jo stadig den primære, der har krav på fortrinsvis fyldestgørelse i et eventuelt resttilgodehavende).

Det fremgår af det foregående, at der antagelig gælder skærpede krav til *meddelelsen til skyldneren om den primære transport*, hvis en sekundær transporthaver skal kunne sikre sig ved meddelelse til den primære transporthaver.

Nogen særlig grund til at stille skærpede krav til *meddelelsen til den primære transporthaver om den sekundære transport* foreligger typisk ikke. Der *kan* imidlertid for den sekundære transporthaver opstå et særligt rådighedsproblem, jf. følgende eksempel: HE, der har indgået en entrepriseaftale med BH, har givet UE primær transport på fordringen mod BH samt givet P sekundær transport på samme fordring. Betalingerne fra BH tilgår UE, som løbende afregner beløb til P, der indsætter beløbene på HE's kassekredit med forøgelse af trækningsretten til følge. – Det ses, at eksemplet rejser et rådighedsproblem, som nærmest er identisk med dét, som ovenfor i afsnit 4.1.3 er behandlet vedrørende hovedtransport, hvor ordningen i almindelighed fandtes holdbar. Der henvises i det hele til det nævnte afsnit, idet det dog skal bemærkes, at problemet næppe er synderlig praktisk i nærværende sammenhæng, idet pengeinstituttet typisk får primær transport i entreprisesummen. Sekundær pantsætning af fakturafordringer til et pengeinstitut er derimod betydelig mere almindelig, jf. herom U 1979.919 Ø og Vestre Landsrets dom i U 1999.1783 H (hvor det sekundært panthavende pengeinstitut fandtes at have foretaget den fornødne rådighedsberøvelse, selv om beløb fra den primære panthaver var indgået på pantsætterens kassekredit). Blot for fuldstændighedens skyld skal det bemærkes, at der ikke opstår noget rådighedsproblem, når P afregner til HE's faste leverandør L, der har fået sekundær transport, og hos hvem HE løbende indkøber materialer inden for en fastsat kreditramme.

5. Gensidighedsforholdet. Negligeringsretten

5.1. Indledning

Transporthaveren får *ikke bedre ret* end transportgiveren, jf. GBL § 27. Med andre ord afhænger transporthaverens pengekrav mod skyldneren af transportgiverens opfyldelse af sin realforpligtelse, hvilket f.eks. får betydning, hvis bygherren har mangelsindsigelser mod entreprisen. *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 280 udtrykker forholdet således, at transporthaverens ret står i samme afhængighedsforhold til vederlagsforpligtelsen som transportgiverens ret. Dette gælder naturligvis også ved anvendelse af de ovenfor i afsnit 3 beskrevne betalingssystemer. Transporthaveren får som udgangspunkt *samme ret* over for bygherren, som transportgiveren (entreprenøren) havde. Til denne regel gælder en række undtagelser, hvoraf to omtales i det følgende, nemlig ændringsretten (afsnit 5.2) og negligeringsretten (afsnit 5.3).

5.2. Ændringsretten

Gensidighedsforholdet mellem bygherren og entreprenøren indebærer, at en transporthaver ikke kan gribe ind i bygherrens eventuelle kontraktsmæssige ret til at få foretaget ændringer (herunder reduktioner) i entreprisen med den virkning, at værdien af transporthaverens sikkerhed reduceres. Allerede princippet i GBL § 27 medfører, at transporthaveren må affinde sig hermed. Også uden for tilfælde, hvor bygherren ved aftale er tillagt en ret til at kræve ændringer i entreprisen, antages det normalt, at bygherren og dennes medkontrahent kan aftale ændringer i deres indbyrdes retsforhold med virkning for eventuelle transporthavere – d.v.s. også i disse tilfælde med en reduktion af transportbeløbet til følge. Se således *Axel H. Pedersen:* Entreprenørtransporter (1959) s. 60, *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 280 og *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 47.

5.3. Negligeringsretten

Gensidighedsforholdet mellem bygherren og f.eks. en hovedentreprenør indebærer endvidere, at bygherren i visse tilfælde kan tilsidesætte en transport, som hovedentreprenøren har givet sit pengeinstitut, en underentreprenør, en materialeleverandør eller andre. Således kan bygherren med frigørende virkning betale til hovedentreprenøren, hvis betalingen er nødvendig for entreprisens gennemførelse. Princippet herom betegnes ofte som bygherrens *negligeringsret* (fordi bygherren kan negligere en transport) eller som bygherrens *nødvendige fradragsret* (fordi bygherren kan foretage fradrag i transportbeløbet). AB 92 indeholder ikke nogen generel bestemmelse om bygherrens

negligeringsret, men indeholder imidlertid en specialregel, som er udtryk for det samme princip, jf. således AB § 22, stk. 15: »Hvis det er nødvendigt for at forhindre arbejdets standsning, kan bygherren for entreprenørens regning udbetale arbejdsløn, som entreprenørens ansatte har til gode.«

Ved udlæg i fordringer gælder også i entrepriseforhold den almindelige regel i RPL § 511, stk. 3. Reglen indebærer eksempelvis, at en bygherre trods udlæg i entreprenørens krav på entreprisesummen kan betale til entreprenøren, hvis det er nødvendigt for at »undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe« for bygherren. Bevisbyrden for, at betingelserne i RPL § 511, stk. 3, er opfyldt, påhviler bygherren, jf. nærmere om bevisproblemerne nedenfor. Som anført af *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 280 er entreprisesummer imidlertid ikke attraktive udlægsobjekter: I reglen vil der være givet generaltransport på hele entreprisesummen til sikkerhed for byggeriet vedkommende gæld, hvorfor en retsforfølgende kreditor i praksis har ringe dækningsmulighed.

Normalt antages det, at en udlægshaver har ret til at afskære skyldnerens negligeringsret efter RPL § 511, stk. 3, ved at opfylde kontrakten på skyldnerens vegne, jf. eksempelvis *Gomard:* Fogedret, 4. udgave (1997) s. 139. Netop entreprisekontrakter har dog oftest et så individuelt præg, at en sådan opfyldelsesret for udlægshaveren ikke kommer på tale, jf. *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 280.

Som nævnt har bygherrens negligeringsret i RPL § 511, stk. 3, fundet en legal formulering ved *udlæg* i fordringer, der udspringer af gensidigt bebyrdende kontraktsforhold. Reglen er imidlertid udtryk for et almindeligt princip ved kreditorskifte – et princip, der også gælder ved (entreprenør)*transporter.* Med andre ord kan eksempelvis en bygherre (BH) negligere HE's transport til UE – d.v.s. betale til HE – under tilsvarende betingelser, som BH ifølge princippet i RPL § 511, stk. 3, kunne have betalt til HE til trods for et udlæg i HE's krav mod BH.

Negligeringsretten tilkommer ikke blot bygherren, men også byggeriets andre skyldnere. Eksempelvis kan HE negligere UE's (efter)transport til UE's pengeinstitut – d.v.s. betale til UE – under tilsvarende betingelser, som BH kunne have betalt til HE til trods for dennes transport til UE.

I det følgende samles opmærksomheden om bygherrens negligeringsret, men bemærkningerne har gyldighed for hovedentreprenørens (eller andre entreprenørers) tilsvarende ret.

Retspraksis om negligeringsrettens nærmere indhold er sparsom. Af afgørelser kan navnlig henvises til U 1913.90 H, der angik en bygherres berettigede negligering af en transport, fordi bygherren »havde haft Grund til at

frygte for, at Entreprisen ikke vilde kunne gennemføres, hvis [entreprenøren] ikke fik det ommeldte Beløb udbetalt«. Bygherrens negligeringsret i transporttilfælde er endvidere forudsat ved navnlig U 1913.223 H, U 1921.649 H og U 1939.944 Ø. Der ses at være tale om ældre afgørelser. Dette kan skyldes, at der med tiden er sket væsentlige ændringer i den måde, hvorpå byggeriets betalingsstrømme styres: Tidligere var det sædvanligt, at bygherren selv (i praksis dennes advokat) påtog sig at fordele entreprisesummen. I dag er det sædvanligt, at hovedentreprenørens pengeinstitut modtager transport på hele entreprisesummen, således at pengeinstituttet dels har sikkerhed for sit eget tilgodehavende mod bygherren, dels fungerer som fordeler af midler til de sekundære transporthavere. Fravigelser fra den aftalte og ved meddelelserne skabte prioritetsorden – negligering af en eller flere transporthavere – kan selvsagt stadig være nødvendige, men problemet opstår imidlertid i dag hyppigere som et spørgsmål, om et primært transporthavende pengeinstitut under bevarelse af sin egen sikkerhed for byggekreditten (og uden at ifalde ansvar) kan tillade en såkaldt nødvendig kreditudvidelse til skade for en eller flere efterstillede transporthavere, jf. om dette næsten tilsvarende problem nærmere nedenfor i afsnit 9.3.4.

Som nævnt ovenfor under omtalen af RPL § 511, stk. 3, er det bygherren, der skal bevise, at betingelserne for negligeringsretten er opfyldt. Dette gælder både ved udlæg og i transporttilfælde. Praktisk vigtigt er det imidlertid, hvad bygherren nærmere skal bevise. Nedenfor tages udgangspunkt i et tilfælde, hvor en hovedentreprenør har transporteret kravet mod bygherren til en underentreprenør.

Kan BH bevise, at det *objektivt* set er nødvendigt at betale til HE – trods transporten til UE – for at få entreprisen gennemført, er bevisbyrden naturligvis løftet. Dette kan navnlig tænkes, hvis HE's økonomiske vanskeligheder udelukker, at arbejdet kan udføres på grund af manglende midler til materialer, lønninger m.v. Også HE's manglende faglige evner til at udføre arbejdet kan vise sig på en sådan måde – f.eks. som følge af forgæves opfyldelsesforsøg og/eller udbedringsforsøg – at BH kan nægte at lade arbejdet udføre ved HE. Der er selvsagt en glidende overgang fra de klare tilfælde, hvor HE's opfyldelsesforsøg *er* gået helt i stå som følge af manglende kapital eller evner, til tilfælde, hvor det kan *befrygtes*, at HE ikke kan gennemføre entreprisen. Der kan således opstå vanskelige grænsetilfælde, og i dette »grå område« vil en ubetinget fastholdelse af en objektiv nødvendighedsbetingelse stille BH i en vanskelig situation: Selv om det eksempelvis på tidspunktet for negligeringsrettens udnyttelse er klart, at HE stod på særdeles svage økonomiske fødder, kan BH tænkes at blive mødt med det synspunkt, at HE kunne have

skaffet særlig finansiering til udførelse af den pågældende – angiveligt indbringende – entreprise. Allerede af den grund er det praktiske råd til BH, at HE anmodes om nærmere at redegøre for sine opfyldelsesmuligheder, inden negligeringsretten benyttes. Hvis BH nemlig fejlbedømmer situationen, og under påberåbelse af negligeringsretten betaler til HE i stedet for til UE, kan dette have særdeles vidtgående virkninger: BH har i så fald ikke betalt med frigørende virkning til HE og må i så fald betale (den pågældende del af) entreprisesummen til UE, jf. herom også nedenfor.

I den entrepriseretlige litteratur findes udtalelser, som kan tages til indtægt for en lettelse af BH's ovenfor beskrevne vanskelige situation ved anlæggelse af en *subjektivt* præget vurdering, d.v.s. en vurdering af, om BH havde tilstrækkelig føje til at anse en udnyttelse af negligeringsretten som nødvendig for arbejdets udførelse. Se således *Axel H. Pedersen:* Entreprenørtransporter (1959) s. 59 og *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 280. Hos begge forfattere hedder det, at BH kan betale til HE, hvis BH »har grund til at frygte«, at entreprisen ellers ikke vil blive gennemført. Det bemærkes, at der hos de to forfattere er tale om en ordret gengivelse af den ovenfor citerede præmisudtalelse i U 1913.90 H. Udsagnet åbner som nævnt mulighed for en subjektiv vurdering af, hvad BH med rimelighed måtte gå ud fra på tidspunktet for betalingen til HE. Dette ses særlig klart hos *Axel H. Pedersen loc. cit.*, der anser det for afgørende for berettigelsen af dispositioner i strid med anmeldte transporter, »om dette efter en forsvarlig bedømmelse er nødvendigt til entreprisens gennemførelse«. I samme retning må man formentlig læse – den dog på flere punkter meget vidtgående – fremstilling hos *Carl Rasting*: Retssammenlignende studier over Entreprenørens Omsætningsbeskyttelse (1932) s. 284 ff. (om bygherrens såkaldte »nødvendige fradragsret«). Meget taler for også i udlægstilfælde at anlægge den af *Vagner* og *Axel H. Pedersen* hævdede udlægning af negligeringsretten. Som ovenfor nævnt er dette sidstnævnte spørgsmål dog af mindre praktisk betydning, idet de fordringer, der gøres til genstand for entreprenørtransporter, typisk er uegnede udlægsobjekter.

RPL § 511, stk. 3, kræver som nævnt, at der skal foreligge »nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe«. *Vagner* og *Axel H. Pedersen loc. cit.* taler i denne forbindelse om negligeringsretten som nødvendig til entreprisens *gennemførelse*. Med anvendelse af ordet »gennemførelse« menes antagelig »kontraktsmæssige færdiggørelse«. Såvel forsinkelse i forhold til en aftalt tidsplan som ukontraktsmæssigt arbejde fra entreprenørens side må således principielt kunne udløse negligeringsretten, hvis tilsidesættelse af transporthaverens ret er nødvendig for at undgå »nærliggende fare for tab eller væsentlig

ulempe«. At bygherrens bevisproblemer i sådanne tilfælde alt andet lige vil være større, end hvis entreprenøren simpelt hen er »gået i stå«, er selvforklarende.

Er en bygherre berettiget til at negligere en transport, og agter han at gøre dette, bør han selvsagt straks underrette den eller de transporthavere, der vil blive tilsidesat. Undladelse heraf må anses som et culpøst forhold fra bygherrens side, således at bygherren ifalder ansvar over for transporthavere, som fortsætter med at yde kredit i tillid til transporten, jf. *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 51.

Se til illustration U 1939.944 Ø, hvor en transportgivende entreprenør opgav at fuldføre arbejdet under henvisning til, at han manglede de fornødne pengemidler. Bygherren forsynede herefter entreprenøren med penge til arbejdsløn og materialer. Landsretten fandt ikke bygherren erstatningspligtig over for transporthaveren »selv om det maatte antages, at [bygherren] ikke [havde] faaet tilstrækkelig klar Besked om, at [den transportgivende entreprenør] havde opgivet at gennemføre Entreprisen«. Landsretten lagde herved vægt på, *at* bygherren måtte være berettiget til selv at sørge for arbejdets udførelse, *at* der ikke ved færdiggørelsen var afholdt større omkostninger end nødvendigt, *og at* transporthaveren heller ikke i øvrigt havde lidt tab, f.eks. ved yderligere kreditgivning i tillid til, at transporten stadig ydede sikkerhed.

6. Flere transporthavere indbyrdes. Problemtyperne

I dette afsnit behandles de konflikter, som kan opstå i det indbyrdes forhold mellem flere transporthavere i en fordring, som vedrører arbejder eller leverancer i byggeriforhold. Problemerne kan inddeles i fire hovedtyper, som må holdes ude fra hinanden:

For det første må der tages stilling til, om transporterne overhovedet vedrører den samme (del af en) fordring, jf. herom nedenfor i afsnit 7. I benægtende fald opstår der ikke nogen konflikt mellem transporthaverne, og de følgende problemstillinger falder bort. *For det andet* må der tages stilling til transporthavernes placering. Placeringsproblemet vedrører de enkelte transporthaveres oprindelige indbyrdes prioritering (placering) i forhold til hinanden, jf. herom nedenfor i afsnit 8. *For det tredje* må der tages stilling til, hvorledes en efterstillet transporthaver er stillet ved en foranstående transporthavers kreditudvidelse, jf. herom nedenfor i afsnit 9. Kreditudvidelsesproblemet vedrører den mulige *forværring* af den efterstilledes position som følge af en forøgelse af pantsætters gæld til en foranstillet transporthaver. *For det fjerde* må der tages stilling til, om en efterstillet transporthaver rykker op

ved nedbringelse af foranstående transporthavers tilgodehavende, jf. herom nedenfor i afsnit 10. Oprykningsproblemet vedrører den mulige *forbedring* af den efterstilledes position som følge af en reduktion af pantsætters gæld til en foranstillet transporthaver.

Med hensyn til den terminologi, som anvendes i dette kapitel, skal det – som også ovenfor i afsnit 4.1.1 – fremhæves, at udtrykkene »primær transporthaver« og »sekundær transporthaver« bruges som betegnelse for en foranstillet henholdsvis en efterstillet transporthaver. En transport, der er efterstillet en sekundær transport, betegnes som »tertiær«. Undertiden anvendes samlebetegnelsen »sekundærtransporthavere« om flere efterstillede transporthavere under ét. Udtrykket »undertransport« anvendes ikke her, idet udtrykket i *dokumentpraksis* ses anvendt om *eksempelvis* både eftertransport, videretransport og sekundær transport! Udtrykket har i flere tilfælde været medvirkende til at skabe uklarhed om diverse arrangementers faktiske »indhold« og dermed retlige regulering. I *retspraksis* er udtrykket »undertransport« ofte anvendt som betegnelse for en sekundær transport. Den sidstnævnte begrebsanvendelse har på den ene side nok været konsekvent, men har på den anden side ikke medvirket til en velfortjent aflivning af det uheldige begreb.

Spørgsmålet om betydningen af flere transporthaveres indbyrdes prioritetsstilling kan få betydning i en række tilfælde. Følgende systematiske oversigt citeret fra *Axel H. Petersen:* Entreprenørtransporter (1959) s. 34 er stadig dækkende:

»a. Hvis transportgiveren har udstedt flere forskellige transporter på entreprisesummen, således at disse transporters samlede beløb *overstiger* entreprisesummen, er transporternes prioritetsstilling afgørende for, hvilke transporter der skal dækkes af entreprisesummen og i hvilket omfang.

b. I de tilfælde, hvor transportgiveren har udstedt flere forskellige transporter, hvis samlede beløb *ligger indenfor* eller tilsammen udgør entreprisesummen, har transporternes indbyrdes prioritetsstilling betydning, hvis der ikke fremkommer dækning for hele entreprisesummen.

Den manglende dækning kan skyldes 1) nedsættelse af entreprisesummen på grund af besparelser eller afslag, 2) at bygherren uanset de udstedte transporter har måttet forstrække entreprenøren med kontante beløb, 3) manglende betalingsevne hos bygherren, hvis prioriteringen svigter, således at prioriteringsraten ikke eller kun delvis kommer til udbetaling.«

7. Identifikation af den transporterede (del af en) fordring

7.1. Problemstilling

Som ved alle andre pantsætningsformer må der også ved transport af entreprisesummer tages stilling til det såkaldte identifikationsproblem, d.v.s. spørgsmålet om det pantsatte kan påvises med en tilstrækkelig grad af sikkerhed. Systematisk behandles identifikationsproblemet mest logisk før de forskellige konflikter, som kan opstå i forholdet mellem flere transporthavere. En forudsætning for, at der overhovedet opstår en sådan konflikt, er således, *at* transporthaverne har sikkerhed i samme fordring, *og at* de har sikkerhed i samme del af den pågældende fordring.

Der opstår naturligvis ingen prioritetskonflikt mellem en transporthaver, som har fået hovedtransport, og en transporthaver, som har fået eftertransport. Der opstår naturligvis heller ingen prioritetskonflikt mellem to eller flere transporthavere, som nok har fået transport i samme fordring (f.eks. hovedtransport i entreprisesummen), men som har fået transport i forskellige dele heraf (f.eks. henholdsvis 1. og 2. rate). Endelig opstår der ingen *prioritets*konflikt mellem en »fordeler«, der ikke selv har sikkerhed i den fordring, som skal fordeles, og en transporthaver, som har sikkerhed i fordringen. Den sidstnævnte situation kan dog give anledning til fuldstændig tilsvarende identifikationsproblemer som en sikkerhedstransport – nemlig ved afgørelsen af, om fordeleren har fordelt fordringens provenu korrekt mellem byggeriets entreprenører og leverandører. Et eksempel herpå er U 1994.812 H, der behandles nærmere nedenfor i dette afsnit.

Det identifikationskrav, som i almindelighed gælder i panteretten, har bl.a. til formål at *begrænse risikoen* for, at der i det skjulte underskydes sikkerheder under pantsætningsaftalen, som ikke oprindelig var omfattet af pantet. Dog kræves det ikke, at den pantsatte fordring skal være angivet med en sådan bestemthed, at det er *umuligt* at underskyde nogen anden fordring, jf. *Illum* i U 1959 B s. 127. Noget absolut krav om, at det pantsatte skal specificeres nøje i pantsætningsaftalen – et formelt beskrivelseskrav, som kendes ved underpant i løsøre og fast ejendom – gælder således ikke ved pant i fordringer. Afgørende er alene, at transporthaveren på det tidspunkt, da sikkerheden gøres gældende, kan føre identifikationsbevis, d.v.s. bevis for, hvad aftalen angår. I praksis føres beviset selvsagt typisk ved fremlæggelse af pantsætningsaftalen/transporterklæringen, men der er intet til hinder for, at beviset føres på anden måde, herunder ved parternes forklaringer, denunciationsskrivelsen og skrivelse om notering heraf, dokumentation for betalingsstrømme efter transporten, oplysninger om transportens formål m.v.

Ved byggeritransporter er det særligt de mange forskellige transportmuligheder i det ofte sindrige net af aktører, som giver anledning til identifikationsproblemer. Om de forskellige transportformer henvises til fremstillingen ovenfor i afsnit 4, som formentlig giver et indtryk af de mangfoldige risici for misforståelser. På dette sted skal det blot konstateres, at det desværre jævnligt ses, at parterne ikke gør sig klart, hvad transporten egentlig omfatter. Et oplagt eksempel herpå foreligger med afgørelsen U 1994.812 H, der anvendes som udgangspunkt for behandlingen af problemet i det følgende:

Den 26. november 1987 indgik Autogården Årslev A/S som bygherre (BH) en entreprisеaftale med entreprenør Aage Tvede Pedersen som hovedentreprenør (HE) aftale om opførelse af et autohus for 2,9 millioner kr. eksklusive moms. Den 18. marts 1988 indgik HE aftale med Dansk Agro Center ApS (UE) om udførelse af tømrerentreprisen på byggeriet for 1,05 millioner kr. eksklusive moms.

HE gav den 18. april 1988 sit pengeinstitut, Hadsten Bank (P1), hovedtransport i den samlede entreprisesum til sikkerhed for enhver forpligtelse, HE havde eller måtte få over for P1. Denne transport blev samme dag denuntieret over for og noteret af bygherren. Denne hovedtransport havde ikke til formål at skaffe P1 sikkerhed i entreprisesummen, idet P1 ikke ydede HE kredit. P1 fungerede således som »fordeler« af entreprisesummen.

UE ønskede i forbindelse med den pågældende entreprise at opnå yderligere kredit hos sit pengeinstitut, Andelsbanken (P2). Med det formål at opnå sikkerhed i entreprisesummen (kravet mod BH), udfærdigede P2 følgende to transporterklæringer, som begge blev underskrevet og dateret den 22. april 1988:

Ifølge den ene erklæring transporterede HE den 22. april 925.000 kr. til UE. I transporten hed det bl.a.: »Beløbet udgør det UE tilkommende beløb i forbindelse med udførelse af tømrerentreprisen vedr. BH, jvf. entreprisekontrakt af 18.03.1988. Nærværende transport ønskes noteret i hovedtransporten der er afgivet over for HE.« Denne sekundære transport i kravet mod BH blev aldrig denuntieret.

Ifølge den anden erklæring transporterede UE sit krav mod HE til sit pengeinstitut, Andelsbanken (P2). Transporten tjente »til sikkerhed for opfyldelse af enhver forpligtelse, som UE nu har eller senere måtte få over for P2«.

Den sidstnævnte transport var i strid med det af P2 tilsigtede formål formuleret som en *eftertransport* af kravet mod HE – d.v.s. ikke som en videretransport af kravet mod BH. Transporten blev den 25. april denuntieret over for HE, der underskrev den anmeldelsespåtegning, som var påtrykt transporterklæringen. Transporten blev endvidere meddelt over for P1, der ligeledes den 25. april noterede den – som »undertransport i totalentreprise«(!)

Under byggeriet modtog P1 løbende betalinger fra BH (BH's pengeinstitut) i kraft af hovedtransporten. Efter P1's notering af P2's transport modtog P1 i alt ca. 1,9 millioner kr. Heraf var 908.000 kr. videresendt til P2. Et beløb svarende til differencen mellem disse to tal var af P1 fordelt til andre håndværkere på byggeriet, bortset fra 2.000 kr., som stod på HE's kassekredit. Den sidste indbetaling fra BH til P1 fandt sted

den 1. juli 1988, hvor byggeriet stort set var tilendebragt. Som følge af indsigelser om mangler og forsinkelse fra bygherren manglede der på dette tidspunkt at blive betalt 637.658,95 kr. på HE's entreprise og 219.600 kr. på UE's entreprise (hvortil kom et krav på betaling af ekstraarbejder).

UE gik konkurs den 13. oktober 1988, mens HE gik konkurs den 21. november 1988.

Under sagen nedlagde P2 over for P1 påstand om betaling af 234.600 kr. Til støtte herfor gjorde P2 *i første række* gældende, at P1 burde have reserveret tilstrækkelige midler til dækning af P2's tilgodehavende, idet P1 fra BH havde modtaget tilstrækkelige midler til dækning af tilgodehavendet, og idet P1 havde været uberettiget til i stedet at udbetale beløbet til andre formål. P2 gjorde *i anden række* gældende, at P1 ved sin noteringspåtegning havde afgivet et egentligt tredjemandsløfte, som forpligtede P1 til at betale UE's tilgodehavende ifølge entreprisekontrakten til P2.

P1 gjorde *i første række* gældende, at P2 ikke havde transport i den fordring, som var tiltransporteret P1, idet P1 alene havde transport i kravet mod BH, mens P2 havde transport i kravet mod HE. For det tilfælde, at P1 og P2 antoges at have transport i samme fordring, bestred P1 at skylde P2 noget beløb, dels fordi P1's transport var primær, dels fordi P1 hverken ved udbetalinger eller på anden måde havde givet P2 forrang eller ligestilling. P1 gjorde *i anden række* gældende, at det var nødvendigt at lade HE betale andre entreprenører af de indkomne beløb for at sikre byggeriets gennemførelse, og at de indkomne beløb fuldt ud var gået til finansiering af byggeriet. P1 gjorde i øvrigt gældende, at P1's krav under alle omstændigheder måtte nedsættes, dels fordi HE havde måttet lade andre håndværkere færdiggøre tømrerentreprisen, dels fordi kravet på betaling af ekstraarbejder ikke fuldt ud kunne anerkendes.

Højesteret fandt, at det efter indholdet af P1's noteringspåtegning og de afgivne forklaringer måtte lægges til grund, at P1 og P2 tilsigtede, at (også) P2 skulle have sikkerhed i HE's fordring mod BH. Herefter hedder det i dommen: »P1's noteringspåtegning findes imidlertid ikke at kunne forstås således, at P1 herved påtog sig selvstændigt at indestå for betaling af UE's fordring mod HE eller forpligtede sig til af udbetalingerne fra BH forlods at reservere et beløb, som var tilstrækkeligt til at dække UE's samlede tilgodehavende hos HE. Med disse bemærkninger og i øvrigt af de grunde, der er anført af landsretten, stadfæster Højesteret dommen.« Blandt »de grunde«, som var anført af landsretten, var bl.a. følgende: »Efter ordlyden af transporten [til P2] og noteringspåtegningen og efter forklaringerne om baggrunden for transportens oprettelse lægges det til grund, at P1 herved alene er blevet forpligtet til P2 at udbetale de beløb, der fra BH eller dennes pengeinstitut blev indbetalt vedrørende tømrerentreprisen.«

Dommen illustrerer spørgsmålet om, hvad der kræves til *identifikation* af en pantsat fordring. Som det fremgår af referatet kan dommen siges at angå identifikationsproblemet i to relationer, nemlig (1) med hensyn til *hvilken fordring* der var transporteret til P2, og (2) med hensyn til *hvilken del fordringen* P2 havde sikkerhed i, jf. nedenfor i afsnit 7.2 og 7.3.

7.2. Hvilken fordring

Begivenhedsforløbet i U 1994.812 H er i litteraturen betegnet som et »skrækindjagende eksempel« på, at parterne ikke havde gjort sig klart, hvad det egentlig var, de fik pant i, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 305 f. Karakteristikken kan tiltrædes, idet ordlyden af P2's transporterklæring overhovedet ikke svarede til transportens formål: Efter *ordlyden* af transporterklæringen til P2 havde P2 klart fået transport i kravet mod HE, d.v.s. i et andet krav end P1, der havde fået transport i kravet mod BH. Højesteret valgte imidlertid at tillægge det oplyste *formål* med transporterklæringerne afgørende vægt: Som sagen forelå, var det ret åbenbart, at det havde været hensigten at lade HE give UE sekundær transport i kravet mod BH, og herefter lade UE give P2 videretransport i netop dette krav. Herfor talte bl.a., *at* de to nævnte transporterklæringer var oprettet samme dag på P2's formularer, *at* P1 noterede P2's transport som »undertransport i totalentreprise«, *og at* de beløb, som P1 modtog fra BH vedrørende tømrerentreprisen, løbende blev afregnet til P2. Forholdet kan udtrykkes således, at Højesteret gav realia forrang for formalia, idet parternes hensigt vejede tungere end de anvendte ord, jf. således *Hans Henrik Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 289. Som anført samme sted er dette i overensstemmelse med, hvad der normalt antages i det obligationsretlige forhold. Dommens afvejning af transportens formål over for dens ordlyd er således ikke overraskende.

Det er dog vigtigt at mærke sig, at dommen alene vedrører forholdet mellem de to pengeinstitutter og således ikke tager stilling til, hvorledes konflikten skulle have været løst – hvilke identifikationskrav der ville være blevet stillet – hvis konflikten havde angået forholdet til ét af de to konkursboer. På dette sted skal alene nævnes, at mens det er ubetænkeligt at lade en utvivlsom partsvilje veje tungere end de anvendte ord i det obligationsretlige forhold, må der af hensyn til tredjemand stilles strengere krav til identifikationsbeviset i det tingsretlige forhold. Antagelig må der navnlig stilles strengere krav til beviset for, at den fordring, som eksempelvis er gjort til genstand for retsforfølgning, er den selvsamme fordring, som parterne (under fogedsagen eller i forbindelse med overdragerens konkurs) forklarer, er overdraget.

I U 1994.812 H var UE, der havde givet P2 videretransport, som sagt gået konkurs, da P1 som videretransporthaver gjorde sit krav gældende. Det er allerede nævnt ovenfor i afsnit 4.3, at en videretransporthaver for netop et sådant tilfælde tillige bør have sikret sig en eftertransport. Baggrunden herfor er, *at* videretransporten ifølge DL 5-7-4 ikke kan sikre et større beløb for videretransporthaveren (P2), end der skyldes i det oprindelige forhold (d.v.s.

forholdet mellem UE og HE), *og at* videretransporthaveren risikerer, at videretransportgivers konkursbo (UE's bo) kræver HE, således at den oprindeligt sikrede fordring helt indfries. Om Højesteret lagde til grund, at P2 ved siden af videretransporten *tillige* havde en eftertransport, forekommer efter formuleringen af præmisserne tvivlsomt. Måske kan dette indlægges i Højesterets bemærkning om, at meddelelsen fra P2 til P1 *alene* angik fordringen mod bygherren, idet det i hvert fald ikke er udelukket at forstå denne formulering således, at P2 tillige havde en anden transport (d.v.s. en eftertransport). Uanset om denne udlægning er korrekt, var UE's konkursbo dog ikke af denne grund gået glip af noget beløb, idet P2 havde modtaget samtlige betalinger vedrørende tømrerentreprisen, og idet Højesteret ikke fandt, at P2 havde sikkerhed i noget beløb ud over det modtagne, jf. om det sidstnævnte forhold umiddelbart nedenfor.

7.3. En del af en fordring

Som nævnt ovenfor kan det – selv når det er konstateret, at flere transporter vedrører samme fordring – tænkes, at transporterne ikke strider mod hinanden, fordi de ikke vedrører samme *del* af fordringen.

Det mest nærliggende eksempel på en sådan situation er, at der er givet transporter på forskellige rater af en entreprisesum eller et byggelån. Noget sådant kan naturligvis aftales, men det er vigtigt at være opmærksom på, at ikke enhver angivelse af raterne og deres betalingstidspunkt i transporterklæringen indebærer en begrænsning i transportens omfang. Dette ses bl.a. af U 1959.824 Ø, hvor en hovedentreprenør havde givet en række transporter på entreprisesummen med angivelse af de enkelte ratebetalinger. I forhold til to af transporthaverne – A og B – hed det, at transporten til A var »på ovennævnte byggeforetagende«, og at udbetaling skulle ske *ved* 2. og 3. rate, mens transporten til B blot gik ud på transport for et beløb for arbejdet, der skulle udbetales *i* angivne rater. Landsretten fandt ikke, at det med de nævnte formuleringer havde været meningen af begrænse sikkerheden til raterne, der var angivet som betalingsterminer. Angivelsen af betalingsterminerne fandtes ikke at kunne tillægges betydning for den rækkefølge, i hvilken transporthaverne skulle fyldestgøres, og dette måtte følgelig ske således, at anmeldelsernes tidsprioritet blev lagt til grund.

Dommen illustrerer det grundsynspunkt, som synes at måtte være det rette: Når der er givet flere transporter på »entreprisesummen«, må der som udgangspunkt tænkes på hele summen, således at en mere eller mindre tilfældig angivelse af betalingstidspunkterne i transporterklæringen ikke har betydning for beløbets fordeling. Ved dommen fandtes det kort og godt, at dokumenternes

udtalelser om ratebetaling udelukkende havde betydning for udbetalingstidspunkterne, men ikke for panterettens omfang. Dommen er ligeledes nævnt nedenfor i afsnit 8.5 i forbindelse med omtalen af entreprenørtransporters eventuelle ligerang – et synspunkt, som heller ikke vandt gehør i U 1959.824 Ø.

At problemer med hensyn til pant i en del af en fordring kan opstå i mere komplicerede sammenhænge, er den ovenfor refererede U 1994.812 H et vidnesbyrd om. Af dommens præmisser fremgår, at den primære transport til P1 og den sekundære transport til P2 angik samme fordring, nemlig kravet mod bygherren; alligevel fastslog Højesteret, at P2 ikke havde noget krav mod P1. Som begrundelse herfor henvises *dels* til, at P1 hverken havde påtaget sig nogen selvstændig indeståelse eller nogen pligt til at reservere et beløb til P2, *dels* til landsrettens præmisser (»i øvrigt af de grunde, der er anført af landsretten«). Den sidstnævnte henvisning må *antages* at vedrøre udtalelserne i landsrettens præmisser, hvorefter P1 alene var forpligtet til at betale P2 de fra BH modtagne beløb for så vidt angik tømrerentreprisen, og hvorefter samtlige beløb vedrørende denne entreprise antoges at være videresendt til P2.

Det er ikke nogen gevinst for en dom i en ankesag, at den er affattet således, at præmisserne i den foregående instans er brugt på den måde, at de *dels* er tiltrådt, *dels* er »omskrevet«, *og endelig* er tilføjet nye momenter. En sådan form for domsskrivning skaber uklarhed og er kun egnet til at rejse tvivl om afgørelsens præjudikatsværdi.

Det første spørgsmål vedrørende denne del af dommen er, om der gælder en almindelig formodning for, at en transporthaver (f.eks. en entreprenør) i en fordring (f.eks. en byggesum) alene har sikkerhed i den del af fordringen, der opstår som følge af transporthaverens egen indsats (f.eks. arbejder og leverancer af byggematerialer). Dette spørgsmål kan helt entydigt besvares benægtende. En transporthavers sikkerhedsret i en fordring omfatter tværtimod som udgangspunkt hele fordringen, om end naturligvis med respekt af bedre prioriterede rettigheder. At det forholder sig som hævdet, ses tydeligt i tilfælde af skyldnerens konkurs, hvor transporthaveren til sin fulde eller delvise fyldestgørelse kan anmelde *hele* den transporterede fordring i debitors konkursbo. Nogle taleksempler er givet ovenfor i afsnit 4.1.1 (om hovedtransport) og afsnit 4.3 (om videretransport).

Det andet spørgsmål er, hvilke omstændigheder der kan føre til, at transporthaveren kun opnår sikkerhed i den del af den transporterede fordring, som er opstået som følge af transporthaverens egen indsats. Udgangspunktet, hvorefter transporthaveren har sikkerhed i hele den ham tiltransporterede fordring, må som nævnt ovenfor være ganske fast. Der synes således at måtte

kræves ret klare holdepunkter i aftalen mellem på den ene side en (eventuelt sekundær) transporthaver og på den anden side transportgiveren/og eller en primære transporthaver for, at udgangspunktet kan anses for fraveget. I U 1994.812 lagde landsretten – hvis præmisser som nævnt tiltrådtes af Højesteret – vægt på (1) ordlyden af transporten, (2) ordlyden af noteringspåtegningen og (3) forklaringerne om baggrunden for transportens oprettelse.

Hvad først angår *transporterklæringens ordlyd*, fulgte heraf, at P2 fik sikkerhed i »[UE's] nuværende og fremtidige tilgodehavende hos [HE]«. Efter transportens ordlyd havde P2 således ikke fået en sikkerhed, som beløbsmæssigt oversteg kravet i anledning af tømrerentreprisen. Transporten blev imidlertid som nævnt »omfortolket« til en transport på UE's tilgodehavende mod HE – d.v.s. omfortolket fra en eftertransport til en videretransport – men altså *kun* for så vidt angik tilgodehavender på tømrerentreprisen. Som det fremgår af opregningen fra landsrettens præmisser ovenfor, fandtes ordlyden af transporterklæringen dog ikke i sig selv at kunne bære dette resultat, der da heller ikke kan være udgangspunktet i sådanne tilfælde: Rejses der tvivl om, hvorvidt en transporthaver har sikkerhed enten i en fordring mod X eller i en fordring mod Y, og oplyses det, at pantsætningsaftalen gælder fordringen mod X, må det klare udgangspunkt således være, at transporthaverens sikkerhed omfatter *hele* fordringen mod X – også selv om denne er større end fordringen mod Y. En mulig forklaring på, at transportens ordlyd overhovedet tillægges vægt i dommen, kan vel være, *at* transporten med den nævnte formulering blev anmeldt af P2 over for P1, *og at* en sådan anmeldelse ikke er blevet anset for tilstrækkelig klar og tydelig til at gribe ind i det etablerede fordelingsarrangement, som indebar en adgang for P1 til at fordele entreprisesummen mellem entreprenørerne i takt med deres udførelse af arbejdet, jf. herom nærmere nedenfor. – En anden mulig forklaring er, at P2 efter den nævnte formulering ikke kunne forvente en større sikkerhed end svarende til betalingerne vedrørende tømrerentreprisen.

Hvad dernæst angår noteringspåtegningen fra P1 til P2, hed det i U 1994.812 H, at transporten var »Noteret som undertransport i totalentreprise«. Dette var ret beset en meningsløs ordlyd, idet der slet ikke forelå nogen totalentreprise. I sig selv måtte noteringen dog opfattes som en neutral bekræftelse af transportens indhold, jf. herom ovenfor, idet det (heller) ikke af noteringspåtegningen fremgik, at P1 havde reserveret nogen del af entreprisesummen til fortrinsvis fyldestgørelse af P2.

Hvad endelig angår henvisningen til »forklaringerne om baggrunden for transportens oprettelse«, sigtes antagelig navnlig til forklaringerne dels fra UE, dels fra den bankfuldmægtig, som var ansat hos P1 som kontaktperson til

HE. Af den sidstnævnte forklaring fremgår, at P1 oprindelig ikke selv havde nogen transport: P1 havde ikke selv noget at bruge en transport til, idet P1 ikke ydede HE kredit i forbindelse med byggeriet; hovedtransporten til P1 blev alene givet, da P2 forlangte transport; meningen var, at P1 af de penge, som udbetaltes fra BH, skulle videresende de beløb, der vedrørte tømrerentreprisen. Ifølge det anførte var P1's rolle altså at fungere som en »fordeler«, der skulle sikre, at entreprisesummen løbende blev betalt til entreprenører og håndværkere.

Sammenfattende kan U 1994.812 H bestemt ikke tages til indtægt for, at en transport i kravet på en entreprisesum som almindeligt udgangspunkt alene omfatter den del af fordringen, som er skabt ved den pågældende entreprenørs egen indsats. Som det fremgår, vedrører dommen et meget specielt tilfælde. Således synes det at være lagt til grund, at den sekundære transporterklæring (som blev forelagt den primære transporthaver til notering) ikke tilstrækkelig tydeligt indebar en tilkendegivelse af, at fordelingsarrangementet tilsigtedes blokeret ved et indbrud i form af en ret til dele af entreprisesummen, *som* var skabt af andre entreprenørers og leverandørers arbejde, *og som* således skulle fordeles til disse. Følgelig havde den sekundære transporthaver i det konkrete tilfælde alene sikkerhed i den del af entreprisesummen, som vedrørte den pågældende underentreprise. – Det såkaldte kreditudvidelsesproblem, som opstår, når der på forprioriteten er en transporthaver, som har sikkerhed i entreprisesummen for aktuel og fremtidig gæld, er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 9. Som det vil fremgå af den mere udførlige gennemgang i det nævnte afsnit, afgøres kreditudvidelsesproblemet efter tilsvarende synspunkter, som ovenfor er tillagt betydning for identifikationen af den relevante del af en transporteret fordring.

8. Placering i prioritetsrækken

8.1. Oversigt over momenterne

En transporthavers oprindelige placering i en prioritetsrække afhænger af flere forskellige forhold. *For det første* af aftalen med pantsætter, jf. nedenfor i afsnit 8.2. *For det andet* – i mangel af holdepunkter i aftalen – af den deklaratoriske regel, jf. nærmere nedenfor i afsnit 8.3. *For det tredje* af pantsætters kompetence, som atter afhænger af prioritetsforholdene på placeringstidspunktet, jf. nærmere nedenfor i afsnit 8.4. *For det fjerde* af reglerne om eksstinktion af tidligere transporter: Ved entreprenørtransporter gælder eksstinktionsreglen i GBL § 31, men er AB 92 aftalt mellem fordringens debitor og

pantsætter, fraviges reglen i flere henseender, jf. nærmere herom nedenfor i afsnit 8.5.

8.2. Pantsætningsaftalen

En panterets placering afhænger først og fremmest af aftalen mellem pantsætter og panthaver. Ved entreprenørtransporter skal placeringsproblemet dermed i første række søges løst med udgangspunkt i transporterklæringerne. En transporthaver får selvsagt ikke bedre ret i forhold til andre transporthavere, end hvad der følger af aftalen om hans egen transport. Når en transporthaver har fået en »sekundær« transport, der er efterstillet en »primær« transport, er meddelelsestidspunktet for de to transporter, jf. GBL § 31, uden betydning for placeringsproblemet. Transporterne er ganske enkelt ikke i strid med hinanden, og der foreligger dermed ingen prioritetskonflikt.

Er to eller flere transporthavere tillagt sideordnet prioritet, må prioritetsstillingen afgøres på grundlag af aftalen uden hensyn til, hvornår transporthaverne har givet meddelelse, jf. GBL § 31. Atter er det afgørende, at transporterne ikke strider mod hinanden. Er transportbeløbet ikke tilstrækkelig stort til fyldestgørelse af samtlige sideordnede transporthavere, sker der en forholdsmæssig fordeling, d.v.s. at fordelingsbrøkerne beregnes efter forholdet mellem de enkelte transporthaveres sikrede tilgodehavender. Ved beregningen kan en transporthaver dog ikke komme i betragtning for et større beløb, end han ville have fået, hvis han havde været eneste transporthaver i (den pågældende del af) transportbeløbet. Med andre ord bortses der fra den del af en transporthavers tilgodehavende, som er større end den transporterede fordring.

En aftale om sideordnet prioritet indgås naturligvis mest hensigtsmæssigt direkte med de enkelte transporthavere. En sådan aftale kan imidlertid også være indgået mellem bygherren og en hovedentreprenør, der forudses at have behov for at kunne give flere transporter til underentreprenører, leverandører m.v. I sidstnævnte tilfælde må aftalen respekteres af transporthaverne som følge af princippet i GBL § 27. Heller ikke i dette tilfælde opstår der altså nogen prioritetskonflikt mellem transporthaverne.

Ved konflikter mellem transporthavere, som er tillagt samme prioritet – uden at det er aftalt, at de skal være sideordnede – gælder det almindelige princip om tidsprioritet. Princippet indebærer, at den først stiftede ret går forud for den senere stiftede ret.

Det er væsentligt at være opmærksom på, at en angivelse af prioritetskrav i transportaftalerne ikke uden videre afgør, hvorledes den transporterede fordring skal fordeles. Ét spørgsmål er nemlig, hvor transporthaverne aftalemæssigt er blevet placeret på *transporttidspunktet*. Et herfra forskelligt – og

vanskeligere – spørgsmål er, om der *efterfølgende* er sket forrykkelser, f.eks. som følge af, at en transporthaver på forprioriteten siden har indrømmet transportgiveren yderligere kredit, jf. nærmere om dette såkaldte »kreditudvidelsesproblem« nedenfor i afsnit 9.

8.3. Den deklaratoriske regel

Den deklaratoriske panteretlige regel er, at en panteret uden prioritetsangivelse tillægges bedst mulig prioritet, jf. eksempelvis *Illum*: Om ejerpant og panteprioritet, 3. oplag (1974) s. 18. Reglen antages også at gælde, når panteretten er en entreprenørtransport, jf. *Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 28. Baggrunden for reglen er, at en pantsætter typisk må være interesseret i at opnå billigst mulig kredit, hvilket fordrer udnyttelse af den bedst mulige, ledige prioritet. Gives der transport på en ubehæftet fordring, fører reglen til, at transporten placeres på førsteprioriteten. Gives der sekundær transport på en behæftet fordring, fører reglen til, at den sekundære transporthaver placeres efter gælden til den primære. Er den primære transport givet til sikkerhed for et løbende mellemværende, må *i hvert fald* den aktuelle gæld til pantsætter respekteres af den sekundære transporthaver. Om en sekundær transporthavers pligt til at respektere kreditudvidelser på forprioriteten henvises til afsnit 9. Det skal bemærkes, at princippet om placering på den bedst mulige prioritetsplads antagelig har større praktisk betydning ved pant i fordringer end ved pant i fast ejendom. Forklaringen er, at transportdokumenter – i bedste fald – alene angiver, at denne eller hin kreditgiver respekteres på forprioritet, hvorimod der langt sjældnere ses sådanne detaljerede aftaler om størrelse og afdragsprofil på forprioriteterne, som er almindeligt kendte ved fast ejendom.

Det er tidspunktet for aftalen mellem pantsætter og den sekundære transporthaver, som er afgørende for den sekundæres placering. Ved aftale om pant inden for rammerne af et ejerpantebrev eller et skadesløsbrev i fast ejendom antages tilsvarende stiftelsestidspunktet – aftaletidspunktet – at være afgørende, jf. f.eks. *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 171 f. og *Hans Viggo Godsk Pedersen:* Ejerpantebreve & skadesløsbreve (1990) s. 69. Ved retsforfølgning er tidspunktet for retsforfølgningen (udlæggets foretagelse/konkursdekretets afsigelse) afgørende, jf. U 1979.569 H. Det følger af det anførte, at tidspunktet for den sekundære transporthavers meddelelse af sin ret over for den primære transporthaver *ikke* har betydning for det her behandlede placeringsproblem.

Noget andet er, at meddelelsestidspunktet selvsagt har betydning for løsningen af såvel prioritetskonflikter mellem flere sekundærtransporthavere, jf. GBL § 31, som for den primære transporthavers legitimation over for pantsætter, jf. GBL § 29, således at meddelelsestidspunktet af disse grunde kan blive afgørende for, hvilke forprioriteter der må respekteres – og med hvilke beløb.

Har pantsætter givet flere transporter uden angivelse af prioritetskrav, gælder det ovenfor i afsnit 8.2 nævnte almindelige princip om tidsprioritet, således at aftaletidspunktet bliver afgørende. Forprioriteten tilkommer hermed som udgangspunkt den transporthaver, som først har opnået transport fra pantsætter.

8.4. Pantsætters kompetence

Pantsætters adgang til at indrømme en transporthaver en given prioritetsstilling kan naturligvis være begrænset, derved at den pågældende prioritetsplads allerede er besat af en anden transporthaver – herunder som følge af den ovenfor angivne deklaratoriske regel. En begrænsning i pantsætters kompetence er afgørende for den senere tilkommende transporthavers prioritetsstilling, dersom den tidligere transporthaver har sikret sin ret ved iagttagelse af den relevante sikringsakt, jf. GBL § 31.

8.5. Eksstinktion

En senere transporthaver kan ved eksstinktion opnå placering på en plads, som pantsætteren savner kompetence til at disponere over. Som udgangspunkt gælder nemlig også ved entreprenørtransporter den almindelige regel i GBL § 31, stk. 2, hvorefter en senere erhverver går forud for en tidligere, hvis den senere erhverver i god tro har givet skyldneren meddelelse om sin ret. Har skyldneren og pantsætter aftalt AB 92 eller ABT 93, følger det imidlertid af disse betingelsers § 5, stk. 2, at transporter, der står i forbindelse med arbejdets udførelse, går forud for andre transporter. Bestemmelsen, der indeholder et princip om vedkommende transporters forrang, har ikke blot retsvirkning mellem skyldneren og pantsætter, men tillige over for transporthaverne, jf. herved GBL § 27 og U 1959.824 Ø.

Dommen vedrørte bl.a. rækkevidden af AB 51 § 23 – forgængeren for den i dag langt mere præcise AB 92 § 5, stk. 2. En uvedkommende transporthaver gjorde gældende, at bestemmelsen ikke var bindende for ham, *dels fordi* den var aftalt mellem bygherre og hovedentreprenør, *dels fordi* han – transporthaveren – hverken havde kendt entreprisekontrakten eller AB 51 § 23, *og endelig fordi* bygherren ved at notere den uvedkommende transport havde »dispenseret« fra entreprisekontrakten om de vedkommendes

forrang. Landsretten fandt, at transporthaveren måtte respektere de vedkommende transporthavere, jf. princippet i GBL § 27. Særlig med hensyn til noteringen af den uvedkommende transport udtaltes det, at bygherren (dennes repræsentant) ikke ved noteringen havde været bekendt med, at transporten stod i forbindelse med byggeriet uvedkommende gældsforpligtelser, og at der derfor ikke ved noteringen var sket en ændring af den oprindelige aftale.

En aftale mellem to transporthavere om vedkommende transporters forrang har kun virkning for deres indbyrdes forhold – d.v.s. ikke for de øvrige transporthavere. Aftalen er slet og ret udtryk for et afkald fra den uvedkommende transporthavers side. Såfremt en aftale om vedkommende transporters forrang skal have virkning over for øvrige transporthavere, skal den indgås mellem skyldneren (f.eks. BH) og overdrageren (f.eks. HE).

Bestemmelsen i AB 92 § 5, stk. 2, indebærer en fravigelse fra gældsbrevslovens prioritetssystem i to henseender:

For det første indebærer bestemmelsen en udvidet eksstinktionsadgang for de byggeriet vedkommende transporthavere. En vedkommende transporthaver kan således fortrænge en uvedkommende transporthaver, uanset at den sidstnævnte kom først med sin meddelelse til skyldneren om sin ret, jf. GBL § 31, stk. 2. En sådan eksstinktion kan ske, selv om den vedkommende transporthaver på tidspunktet for sin egen meddelelse havde viden eller burde-viden om den tidligere uvedkommende transport.

For det andet indebærer bestemmelsen en udvidet prioritetsbeskyttelse af de byggeriet vedkommende transporter. En tidligere vedkommende transporthaver bevarer således sin fortrinsret ved at give meddelelse til skyldneren, selv om en senere uvedkommende transporthaver har givet meddelelse forinden, jf. GBL § 31, stk. 2. En sådan fastholdelse af fortrinsretten kan ske, selv om den vedkommende transporthaver på tidspunktet for sin egen meddelelse havde viden eller burde-viden om den senere uvedkommende transport.

En prioritetskonflikt mellem flere vedkommende transporthavere løses efter almindelige regler om tidsprioritet samt gældsbrevslovens prioritetsregler. Eksempelvis går en senere vedkommende transporthaver forud for en tidligere vedkommende transporthaver, hvis den senere transporthaver ved meddelelsen til skyldneren var i god tro om den tidligere ret, jf. GBL § 31, stk. 2. På tilsvarende måde løses prioritetskonflikter mellem uvedkommende transporter indbyrdes.

AB 92 § 5, stk. 2, indebærer ingen undtagelse fra GBL § 31's meddelelseskrav, men alene fra prioriteringen mellem de vedkommende og uvedkommende transporthavere, som *har* givet skyldneren underretning.

Entreprenører og materialeleverandører er selvsagt vedkommende transporthavere, i det omfang arbejderne og leverancerne vedrører det konkrete byggeri, som har givet anledning til den transporterede fordrings opståen. Tilsvarende er en entreprenørs eller en leverandørs pengeinstitut vedkommende transporthaver, i det omfang den ydede kredit er medgået til finansiering af arbejder og leverancer, som vedrører det konkrete byggeri.

Disse resultater følger direkte af ordlyden af AB 92 § 5, stk. 2, hvorefter transporten skal stå i forbindelse med »arbejd*et*«. Efter den anvendte ordlyd er entreprenører og leverandører ikke vedkommende for så vidt angår krav, der er opstået som følge af arbejder og leverancer vedrørende andre byggerier. Tilsvarende er en entreprenørs eller leverandørs pengeinstitut ikke vedkommende for så vidt angår kredit, som er anvendt til arbejder og leverancer vedrørende andre byggerier (eller til helt andre formål, f.eks. den almindelige drift af pantsætters virksomhed), jf. også *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 287. Se også *Axel H. Pedersen* i Juristen 1952 s. 167 hvorefter banktransporter »i det omfang, hvori de går videre end nødvendigt til at sikre dækning af ydelser til de pågældende byggeforetagende, behandles som »uvedkommende« transporter«. Se tilsvarende *Axel H. Pedersen:* Entreprise (1952) s. 144 ff.

Til trods for ordlyden af AB 92 § 5, stk. 2 er det i teorien hævdet at være en konsekvens af en aftale om AB 92, at en entreprenørs transport til sit pengeinstitut *generelt* er vedkommende, samt at en entreprenørs transport til sine leverandører er vedkommende, *uanset* om materialer og materiel udelukkende er anvendt i det pågældende arbejde, jf. således *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 54. Disse resultater begrundes med, at en »udvidende fortolkning« af § 5, stk. 2, »formentlig er nødvendig for at sikre finansieringen af byggeriarbejder, således at transport til sikkerhed for finansieringen af den løbende drift formentlig må anses for vedkommende«. Resultatet kan imidlertid ikke tiltrædes: Ordlyden af § 5, stk. 2, er på dette punkt så klar, at der ikke er mulighed for at nå mere vidtgående løsninger ved fortolkning.

Specielt er der ikke mulighed for at nå løsninger, som indebærer en retstilstand, der er radikalt anderledes end den, der følger af AB 92 § 5, stk. 2. Det bemærkes i den forbindelse, at det har endog meget stor betydning, om man fastholder ordlyden af § 5, stk. 2, eller anlægger den af *Hørlyck* udvidende fortolkning: I praksis vil eksempelvis en hovedentreprenørs underentreprenører og materialeleverandører meget ofte tillige foretage arbejder henholdsvis levere materialer til andre byggerier, som hovedentreprenøren udfører. I praksis vil endvidere en (hoved)entreprenørs pengeinstitut, som har fået

primær transport på kravet på entreprisesummen, typisk finansiere hele hovedentreprenørens virksomhed.

Ifølge *Hørlyck* har det anførte »nødvendighedssynspunkt« støtte i U 1987.374 V om en hovedentreprenørs primære transport til et pengeinstitut, der til skade for en sekundær transporthaver (en underentreprenør) havde ladet dele af entreprisesummen indgå på hovedentreprenørens almindelige kassekredit, hvorpå der blev trukket beløb til dækning af udgifter, som ikke vedrørte de to konkrete byggerier. Vestre Landsret fandt, at pengeinstituttet i forhold til underentreprenøren havde været uberettiget til således at tilegne sig de modtagne beløb. I præmisserne hedder det bl.a., at pengeinstituttet ikke havde bevist, at disse udgifter havde været »nødvendige for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse«.

Ifølge *Hørlyck* kan de nævnte præmisser kun forstås således, at »en almindelig transport til en entreprenørs pengeinstitut til sikkerhed også for krav, der ikke står i forbindelse med entreprisen, kan betragtes som en vedkommende transport, forudsat at pengeinstituttet stiller den nødvendige finansiering til rådighed for entreprenøren«. Denne udlægning af dommen – som angiveligt indebærer, at entreprenørens pengeinstitut er *generelt* vedkommende, så længe den pågældende entreprise finansieres – kan ikke tiltrædes. De citerede præmisser forekommer derimod at være udtryk for, at entreprenørens pengeinstitut alene er fortrinsberettiget for så vidt angår *det beløb*, som er nødvendigt for gennemførelsen af byggeriet. At en primær panthaver som almindelig regel – d.v.s. også uden for byggeriforhold – kan yde pantsætteren kredit til skade for en sekundær transporthaver, *i det omfang* det er nødvendigt til imødegåelse af tab for den primære transporthaver, har støtte i U 1979.566 H og U 1979.569 H, jf. nærmere om kreditudvidelsesproblemet nedenfor i afsnit 9.

At nogle pengeinstitutter *anser* det for nødvendigt, at de via transporten får sikkerhed for den finansiering, de i det hele taget yder entreprenør- og/eller leverandørvirksomheder er selvsagt uden enhver betydning for forståelsen af AB 92 § 5, stk. 2. Generelle betragtninger om hensigtsmæssigheden af en fortrinsret til gavn for byggerierhvervet i almindelighed er ligeledes uden betydning over for bestemmelsens klare ordlyd.

Til *illustration* af spørgsmålet, om en entreprenørs pengeinstitut generelt kan anses for vedkommende transporthaver, kan i øvrigt henvises til U 1980.193 H (hvor pengeinstituttets tilrettelæggelse af sagen dog indebar, at Højesteret ikke kom til at tage stilling til det centrale problem).

Dommen vedrører et tilfælde, hvor et pengeinstitut af en entreprenør havde fået transport på en entreprisesum på ca. 2,5 millioner kr. for byggemodningsarbejde, som entreprenøren skulle udføre for en kommune. Ordlyden af transporterklæringen fremgår ikke direkte af dommen, men ifølge dommens note (1) var transporten sket »til sikkerhed for enhver forpligtelse«, entreprenøren måtte få over for pengeinstituttet. Entreprenøren gav efterfølgende sin leverandør af betonvarer »undertransport« i entreprisesummen, således at betaling af leverandøren skulle ske gennem pengeinstituttet efter dettes modtagelse af fakturaer, som var godkendt af entreprenøren. Denne undertransport noteredes af pengeinstituttet. På et tidspunkt, da pengeinstituttet af leverandøren var rykket for betaling af leverede betonvarer for ca. 195.000 kr. – men inden fakturaerne var godkendt af entreprenøren – overførte pengeinstituttet et af bygherren modtaget entreprisebeløb på ca. 208.000 kr. til entreprenørens konto i pengeinstituttet, hvorpå entreprenøren skyldte et større beløb. Kort efter standsede entreprenøren sine betalinger og gik konkurs. Leverandøren anlagde herefter sag mod pengeinstituttet og påstod sig tilkendt fakturabeløbet for leverancerne. Til støtte herfor gjorde leverandøren gældende, at pengeinstituttet ikke var berettiget til at modtage den del af indbetalingerne, hvori leverandøren havde fået transport, og at pengeinstituttet var bekendt hermed. Højesteret gav leverandøren medhold og dømte pengeinstituttet til at betale leverandøren dennes tilgodehavende på ca. 195.000 kr. Højesteret fandt således, at pengeinstituttet havde været *uberettiget* til uden hensyn til leverandørens transport at overføre beløbet vedrørende betonleverancerne til entreprenørens overtrukne konto. Dette blev *meget* konkret begrundet med, at leverandøren flere gange havde haft kontakt med pengeinstituttet og havde anmodet om udbetaling og i henhold til en efterfølgende aftale fremsendt fakturakopier til pengeinstituttet. Det var under sagen ubestridt, at betonleverancerne var mangelfri.

Det fremgår, at sagen *ikke* af pengeinstituttet blev præsenteret som en konflikt mellem flere transporthavere, men som et spørgsmål om pengeinstituttet som »fordeler« havde været berettiget til at overføre det fra bygherren modtagne beløb til entreprenørens konto med en betydelig debetsaldo i bankens favør (hvilket konkret blev besvaret benægtende). Dommens resultat forekommer overbevisende, men det er tankevækkende, at pengeinstituttet ikke gjorde gældende, at det i kraft af *sin egen* transport var berettiget til dækning i entreprisesummen forud for leverandøren, jf. også *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 287 f.

Hvis AB 72 (nu AB 92) var aftalt mellem bygherren og entreprenøren – hvilket ikke er oplyst i dommen – havde det været nærliggende, om pengeinstituttet havde gjort gældende, at det som vedkommende transporthaver var *generelt* berettiget til fortrinsvis fyldestgørelse forud for den sekundære transporthaver. Der kan naturligvis kun gættes på årsagen til, at pengeinstituttet udelukkende satsede på en frifindelse under henvisning til det formelle synspunkt, at entreprenørgodkendelse af leverandørens fakturaer ikke forelå.

Tilbage står imidlertid, at pengeinstituttets tilrettelæggelse af sagen indebar, at man – meget belejligt – undgik, at Højesteret fik lejlighed til at tage stilling til (og afvise!) synspunktet om entreprenørens pengeinstitut som generelt vedkommende transporthaver.

Det fremgår af ordlyden af AB 92 § 5, stk. 2, at bestemmelsen ikke gælder overdragelse af forfaldne fordringer. En fordring er »forfalden«, når kreditor kan forlange betaling. Afgørende er, om forfaldstidspunktet er indtrådt på tidspunktet for *aftalen* om den vedkommende transport. Er skyldneren i god tro om eksistensen af vedkommende transporter, kan han på forfaldstidspunktet honorere uvedkommende transporter, jf. princippet i GBL § 29. Så længe skyldneren ikke har betalt, kan en vedkommende transporthaver, der oprindelig fik sikkerhed i en uforfalden fordring, ved meddelelse til skyldneren *dels* fortrænge uvedkommende transporthavere, jf. GBL § 31, *dels* hindre skyldnerens betaling til disse med frigørende virkning, jf. herved GBL § 29. Begge dele gælder, selv om meddelelsen gives efter fordringens forfaldstidspunkt.

Forklaringen på, at AB 92 § 5, stk. 2, alene gælder ved transport på uforfaldne krav, ligger lige for: Kan kreditor forlange betaling og dermed disponere frit over beløbet, kan han som det mindre i det mere transportere fordringen til eje eller til sikkerhed til byggeriet uvedkommende formål. Er en fordring på transporttidspunktet delvis forfalden, gælder almindelige regler om tidsprioritet og gældsbrevslovens prioritetsregler for den forfaldne del, mens AB 92 § 5, stk. 2, gælder for den uforfaldne del. Overdragelse af forfaldne krav har i øvrigt ikke nogen større praktisk betydning, da disse krav ofte er – eller må formodes at være – nødlidende.

Det fremgår af det anførte, at der ikke gælder en almindelig regel om *ligestilling* mellem flere transporthavere, når AB 92 er aftalt. Heller ikke uden for AB 92 gælder der ved byggeritransporter en regel om ligerang. Her gælder som nævnt indledningsvis gældsbrevslovens almindelige prioritetssystem, jf. GBL § 31.

I tidligere teori har der være argumenteret for en regel om ligestilling, jf. eksempelvis *Axel H. Pedersen:* Entreprenørtransporter (1959) s. 34 ff., og en sådan regel er tillige antaget i ældre retspraksis, jf. U 1930.178 Ø (der dog vedrører tiden før gældsbrevsloven). Se også *Kæstel:* Bankjura, 4. udgave (1981) s. 183: »selv uden en sådan aftale [om ligestilling] vil det formentlig ofte kunne anses for at være en naturlig forudsætning for deltagelse i byggeriet, navnlig når deltagernes dækningschance i det væsentlige beror på, om finansieringen (prioriteringen) kan give alle dækning«. Se også om spørgsmålet *Frederik Vinding Kruse:* Pant i løsøre og rettigheder (1928) s. 65 f.

Se imidlertid den klare udtalelse U 1959.824 Ø: »Der findes ikke grundlag for at antage, at det har været aftalt eller forudsat som følge af det indbyrdes forhold mellem transporthaverne, at de uden hensyn til den rækkefølge, i hvilken de er anmeldt, skal fyldestgøres ligeligt i forhold til deres transporters eller tilgodehavenders beløb. Herefter findes der ikke grundlag for at fravige princippet i gældsbrevslovens § 31, stk. 2, hvorefter anmeldelsernes tidspunkt er afgørende for, i hvilken rækkefølge transporthavernes krav skal fyldestgøres.« En ligerangsregel er endvidere klart forkastet i nyere teori, jf. eksempelvis *Vagner:* Entrepriseret (2001) s. 285, *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 52 og *Halfdan Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 29.

Der kan naturligvis være indgået en *aftale* om sideordnet prioritering af flere transporthavere – med den virkning, at der sker en fordeling mellem de pågældende transporthavere i forhold til størrelsen af deres transporter. Dog kan en transporthaver ikke ved fastlæggelsen af delingsforholdet komme i betragtning for et større beløb, end han ville have opnået, hvis han havde været enetransporthaver. Et eksempel på en sådan aftale ses i U 1989.430 H: »Nærværende undertransport kan alene anmeldes til notering hos [P] og skal uanset noteringstidspunktet være ligestillet med andre undertransporter, som afgives eller er afgivet af [HE] til underentreprenører eller leverandører til det nævnte byggeri, og som er noteret i banken.«

Har underentreprenørerne accepteret en ordning med ligerang, indebærer dette en fordel for de senere tilkomne transporthavere, der kommer i betragtning til en andel af entreprisesummen, selv om en ret hertil ikke følger af gældsbrevslovens prioriteringssystem. Isoleret set er der imidlertid tale om en ulempe for de først sikrede transporthavere, der til trods for deres fortrin efter gældsbrevsloven må acceptere en forholdsmæssig fordeling med de senere tilkomne. Når aftaler om ligedeling undertiden ses, kan det eksempelvis skyldes, at der ikke er aftalt nogen rateplan, og at en fordeling efter tidsprioritet ville være aldeles tilfældig. I særlige tilfælde kan ligedelingsaftalen altså være den betalingsordning – som i mangel af bedre – skaber tillid til, at entreprenørerne betales efter værdien af udført arbejde. Om baggrunden for et ligerangsprincip kan henvises til *Axel H. Pedersen:* Entreprenørtransporter (1959) s. 45 ff. Til støtte for aftaler om lige rang er bl.a. henvist til, at entreprenørerne udgør et interesseforbund, samt til, at fordringerne først bliver en realitet, når de forskellige transporthavere har tilvejebragt bygningen ved det fælles arbejde, der betinger transportgiverens krav på bygherren.

Ligerangsprincippet kan som sagt ikke antages at gælde som deklaratorisk regel, og hvad angår de hensyn, der kunne søges varetaget ved aftaler herom,

er blot at sige, at de i AB 92 beskrevne betalingssystemer forekommer langt bedre egnede til kanalisering af byggemidlerne i de rette lommer, jf. herom ovenfor i afsnit 3.

Som det er fremgået, tilgodeser AB 92 § 5, stk. 2, byggeriets finansiering gennem en varetagelse af hensyn til bygherren samt til byggeriets entreprenører og leverandører m.v. Bestemmelsen løser imidlertid langt fra alle de problemer, som opstår i praksis. Da § 5, stk. 2, ikke gælder i forholdet mellem flere vedkommende transporthavere, præsenterer bestemmelsen således ingen løsning på det sikkerhedsproblem, som består i at sikre en fordeling mellem de vedkommende transporthavere i den rækkefølge, hvori de har bidraget til en forøgelse af byggeriets værdi. Det i afsnit 3.2 beskrevne a conto-betalingssystem – om entreprenørernes ret til betaling en gang månedligt bagud, jf. AB 92 § 22, stk. 1 – medvirker selvsagt til at reducere problemet. Det samme gælder det i afsnit 3.3 beskrevne betalingsplansystem – om betaling på bestemte tidspunkter eller stadier af byggeriet, jf. AB 92 § 22, stk. 4.

En transporthaver bærer selv risikoen for ydelsens anvendelse til formål, der er vedkommende for det konkrete byggeri, jf. *Halfdan Krag Jespersen:* Byggeritransporter (1979) s. 30. En transporthaver, der ved præstationen af sin ydelse troede sig vedkommende, kan således ikke påberåbe sig den i § 5, stk. 2, indeholdte udvidede prioritets- og eksstinktionsvirkning, hvis det efterfølgende viser sig, at ydelsen er medgået til uvedkommende formål.

Et transporthavende pengeinstitut vil ofte indgå aftaler med pantsætter, som tilsigter at modvirke, at der på den sikrede byggekredit trækkes midler, som ikke anvendes til det konkrete byggeri. Eksempelvis kan det aftales, at hovedentreprenørens bank som primær transporthaver foretager udbetalinger direkte til underentreprenører og leverandører i henhold til a conto-begæringer fra de pågældende (eventuelt således at begæringerne skal være vedlagt fakturaer eller arbejdssedler, som er påtegnet af et til byggeriet knyttet tilsyn), jf. herved også *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 288.

En transporthavende materialeleverandør har en vis sikkerhed for materialernes anvendelse, hvis disse leveres på byggepladsen.

En transporthavende entreprenør, der præsterer sin ydelse på byggepladsen – og forhåbentlig kan dokumentere sit arbejde dér – har typisk ikke problemer med at godtgøre, at han er vedkommende. Problemer kan dog tænkes at opstå navnlig med hensyn til materialer (indkøb/produktion/bearbejdning), for hvilke entreprenøren kræver betaling, selv om der ikke er sket levering på byggepladsen, jf. nærmere ovenfor i afsnit 3.2 om sådanne a conto-forudbetalingskrav.

9. Den primære transporthavers kreditudvidelse

9.1. Problemstilling

I dette afsnit behandles det såkaldte kreditudvidelsesproblem, d.v.s. spørgsmålet, om en primær transporthaver kan yde yderligere kredit til pantsætter til skade for efterstående transporthavere. Problemet er i praksis navnlig aktuelt, når hovedentreprenøren har givet sit pengeinstitut primær transport i kravet på entreprisesummen til sikkerhed for en løbende kredit, typisk en byggekredit eller kassekredit. Har hovedentreprenøren givet en underentreprenør og/eller materialeleverandør sekundær transport, må der således tages stilling til, i hvilket omfang og på hvilke betingelser der kan ske træk på kreditten til skade for de sekundære transporthavere. Denne situation er udgangspunktet for fremstillingen i dette afsnit. Det skal imidlertid bemærkes, at tilsvarende problemer kan opstå i forholdet mellem flere efterstillede transporthavere, f.eks. i forholdet mellem en underentreprenør og en materialeleverandør, som har fået henholdsvis sekundær og tertiær transport.

Ved løsningen af kreditudvidelsesproblemet må der tages stilling til, dels hvad transportgiver har aftalt med transporthaverne, dels hvad de sidstnævnte har aftalt indbyrdes. *Ud fra disse aftaler må det først og fremmest afgøres, om den primære og den sekundære transport overhovedet strider mod hinanden, d.v.s. om transporthaverne har sikkerhed i samme (del af) entreprisesum(men).* I benægtende fald opstår der begribeligvis ikke noget kreditudvidelsesproblem. Ved løsningen af de skitserede aftaleretlige problemer kan alle sædvanlige fortolkningsmomenter og passivitetssynspunkter inddrages. I de fleste praktisk forekommende tilfælde må der i første række foretages en undersøgelse af indholdet af følgende fire dokumenter:

(1) Transporterklæringen fra pantsætter til den primære transporthaver.
(2) Transporterklæringen fra pantsætter til den sekundære transporthaver.
(3) Den sekundære transporthavers denunciationsskrivelse til den primære.
(4) Den primære transporthavers meddelelse om transportens notering til den sekundære.

I det omfang den primære transporthaver ifølge sin egen transporterklæring er berettiget til at udvide kreditten til skade for den sekundære, kan den primæres ret efter omstændighederne fortabes ved notering af eller passivitet over for den sekundære transporthavers denunciationsskrivelse med angivelse af et krav om indbrudsprioritet. Den primære kan imidlertid ikke ved at tage forbehold i noteringsskrivelsen opnå bedre ret end efter sin egen transporter-

klæring, idet den primære selvsagt ikke kan »notere sig til« en prioritetsforbedring.

I det omfang den sekundære transporthaver ifølge sin egen transporterklæring kan modsætte sig den primæres kreditudvidelse, kan denne ret efter omstændighederne fortabes ved passivitet eller manglende forbehold over for den primære transporthavers noteringspåtegning med forbehold om kreditudvidelse. Den sekundære transporthaver kan imidlertid ikke ved denunciationen opnå bedre ret end efter sin egen transporterklæring, idet den sekundære selvsagt ikke kan »denuntiere sig til« en prioritetsforbedring.

Afgørelsen U 1987.374 H er et særdeles illustrerende eksempel på løsningen af kreditudvidelsesproblemet ved inddragelse af de ovennævnte erklæringstyper. Som følge af dommens kompleksitet og behandlingens omfang er dommen udskudt til særskilt analyse i afsnit 9.2.4, hvortil henvises. Her skal blot forudskikkes den bemærkning, at dommen bl.a. gav anledning til at tage stilling til spørgsmålet om en primær transporthavers adgang til kreditudvidelse med *uvedkommende* gæld på forprioriteten.

9.2. Særlige aftaler primært afgørende

Som nævnt må det i første række undersøges, om kreditudvidelsesproblemet er løst ved aftale mellem de involverede parter. Dette afsnit indeholder en fremstilling af momenterne ved de to centrale aftaletyper, d.v.s. dels aftaler, som er indgået mellem transportgiver og transporthaverne (jf. nedenfor i afsnit 9.2.1), dels aftaler, som er indgået mellem transporthaverne indbyrdes (jf. nedenfor i afsnit 9.2.2). Sondringen er i det følgende fastholdt af hensyn til overskueligheden, selv om dette indebærer, at der vil forekomme enkelte gentagelser.

9.2.1. Aftaler mellem transportgiver og transporthaverne. Transporterklæringerne

9.2.1.1. Den primære transport

Den primære transporthaver – f.eks. hovedentreprenørens pengeinstitut – har i praksis normalt fået transport til sikkerhed for sit tilgodehavende »til enhver tid«. I så fald har hovedentreprenørens pengeinstitut (også) sikkerhed for fremtidige tilgodehavender, f.eks. tilgodehavender, der opstår som følge af hovedentreprenørens træk på byggekredit eller kassekredit i pengeinstituttet. Er AB 92 vedtaget for entreprisen, omfatter fortrinsretten dog kun gæld, der er vedkommende for det konkrete byggeri, jf. § 5, stk. 2, jf. nærmere om bestemmelsen ovenfor i afsnit 8.5.

Den primære transport kan være formuleret således, at der ikke opstår et kreditudvidelsesproblem. Eksempelvis kan det være aftalt, at den primære transporthaver alene har sikkerhed for sit »aktuelle tilgodehavende«.

Der opstår selvsagt heller ikke noget kreditudvidelsesproblem, hvis den primære transport er en ren fordelingstransport, idet der i så fald ikke er nogen kredit at udvide. Som eksempel herpå kan nævnes U 1980.193 H, hvor en entreprenør ganske vist havde givet sit pengeinstitut sikkerhed i kravet på entreprisesummen, men hvor sagen blev forelagt Højesteret som et spørgsmål, om pengeinstituttet som »fordeler« havde været berettiget til at overføre de fra bygherren modtagne beløb til entreprenørens konto i pengeinstituttet, hvorpå der skyldtes et større beløb. Spørgsmålet blev besvaret benægtende. Såvel dommen som den særegne baggrund for sagens tilrettelæggelse fra pengeinstituttets side er beskrevet nærmere ovenfor i afsnit 8.5.

Ofte har den primære transporthaver nok sikkerhed i entreprisesummen for sit fulde tilgodehavende, men således at retten til *fortrinsvis* sikkerhed alene omfatter vedkommende krav. Dette er tilfældet i den i praksis hyppigt forekommende situation, hvor hovedentreprenørens pengeinstitut har fået sikkerhed for »ethvert tilgodehavende«, men hvor kun vedkommende gæld har forrang, jf. AB 92 § 5, stk. 2. I så fald kan den primære transporthaver dog for så vidt angår uvedkommende gæld *dels* udnytte en eventuel ledig plads efter den sekundære, *dels* rykke op, hvis gælden til den sekundære betales helt eller delvis, jf. om oprykning nedenfor i afsnit 10. Det bemærkes, at AB 92 § 5, stk. 2, ikke fratager den primære transporthaver fortrinsretten for byggeriet uvedkommende gæld, hvis også den sekundæres krav er uvedkommende.

Selv om den primære transporthaver ikke ifølge aftalen har sikkerhed for kreditudvidelse på forprioriteten, kan en fortrinsret følge af de »almindelige« kreditudvidelsessynspunkter, der er gennemgået nedenfor i afsnit 9.3. Her skal blot nævnes, at der kan ske kreditudvidelse på forprioriteten, hvis den primæres yderligere kreditgivning er nødvendig for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse.

Hvis den primære transporthaver ifølge aftale med pantsætter kan udvide kreditten med sikkerhed i den pantsatte fordring, således at udvidelsesretten ikke skal kunne begrænses af sekundære transporthavere, foreligger en særegen sikkerhedsret i form af en såkaldt negativerklæring (en erklæring om ikke at ville råde over et givet aktiv ved pantsætning). En sådan ret sikres ved meddelelse til skyldneren, jf. GBL § 31. Aftalens karakter af sikkerhedsret indebærer, at en sekundær transporthaver næppe kan mødes med det synspunkt, at han under alle omstændigheder – d.v.s. selv om der ikke er foretaget sikringsakt – må respektere aftalen på forprioriteten som følge af princippet

i GBL § 27. Noget andet er, om der kan stilles særlige krav til meddelelsen fra den primære i disse tilfælde. Antagelig er det tilstrækkeligt, at skyldneren på vanlig vis blot har fået meddelelse om, at fordringen er »transporteret«, »overdraget« el. lign. En sekundær transporthaver, som i givet fald hos skyldneren kan få oplysning om eksistensen af en foranstående ret, må herefter selv undersøge, hvori en eventuel hindring for den ham tilsagte ret består.

9.2.1.2. Den sekundære transport

Den sekundære transporterklæring vil ofte være formuleret således, at der ikke opstår noget kreditudvidelsesproblem. Dette er eksempelvis tilfældet, hvis den sekundære transporthaver ifølge sin egen transport skal respektere den primæres tilgodehavende »til enhver tid«. Er byggekredittens/kassekredittens maksimum angivet i den sekundære transporterklæring, må udgangspunktet være, at den sekundære skal respektere udvidelser inden for det angivne maksimum. Resultatet bliver dog i begge tilfælde et andet, hvis den primæres krav i henhold til kreditudvidelsen er byggeriet uvedkommende, mens den sekundæres krav er vedkommende, og AB 92 § 5, stk. 2, gælder for transporterne.

Det må erindres, at den primære transporthaver ikke har krav på at yde yderligere kredit til transportgiver. Derfor er transportgiver heller ikke afskåret fra at indgå aftale med en sekundær transporthaver om indbrud til fordel for denne, f.eks. således at den sekundære ifølge transporterklæringen kun skal acceptere »den aktuelle gæld« til den primære transporthaver.

Det anførte om betydningen af indholdet af transporterklæringerne er en simpel følge af, at en transporthaver ikke – heller ikke i forhold til spørgsmålet om kreditudvidelse – får bedre ret, end hvad der følger af aftalen om hans egen transport: I det omfang den primære transporthaver ikke har sikkerhed for en kreditudvidelse til transportgiver, har den primære heller ikke sådan sikkerhed i forhold til den sekundære transporthaver. I det omfang den sekundære transporthaver over for transportgiver har accepteret den primæres kreditudvidelse, får den sekundære tilsvarende ikke bedre ret over for den primære.

Som det ses af de anførte eksempler, kan kreditudvidelsesproblemet være løst allerede ved indholdet af den primære henholdsvis den sekundære transporterklæring. Ofte er situationen imidlertid ikke så enkel som i de foregående eksempler: *For det første* kan den primære transporterklæring – f.eks. til hovedentreprenørens pengeinstitut – være en generaltransport på hele entreprisesummen, således at transporten ikke blot tjener til sikkerhed for pengeinstituttet, men tillige indeholder et fordelingsmoment. Til illustration kan nævnes

U 1987.374 V, hvor en primær transport blev givet »[t]il sikkerhed for prompte og skadesløs betaling af hvad [transportgiveren/hovedentreprenøren] af en hvilken som helst grund måtte være eller blive [den primære transporthaver/pengeinstituttet] skyldig [...]«. *For det andet* forekommer det ofte, at den sekundære transporterklæring ikke indeholder noget prioritetskrav eller dog indeholder et prioritetskrav, som efter sin formulering kan give anledning til tvivl. Til illustration kan atter henvises til U 1987.374 V, hvor den sekundære transport var formuleret som »undertransport i forlods transport af entreprisesummen«. Dommen er behandlet nedenfor i afsnit 9.2.4.

9.2.1.3. Særlige krav til meddelelsen om en indbrudstransport

Antagelig skal ikke blot pantsætningsaftalen, men også meddelelsen til den primære panthaver, lyde på andet og mere end »sekundært pant« el. lign., hvis der skal statueres indbrud, jf. således så vidt ses også *Blok* i U 1986 B s. 88. Selv om pantsætningsaftalen utvetydigt går ud på indbrud, kan denne ret fortabes, hvis det ikke i meddelelsen klart tilkendegives, at indbrud er tilsigtet. Efter denne opfattelse er en neutral meddelelse ikke nok til at bringe den primære transporthaver i – kreditudvidelsesblokerende – ond tro, jf. princippet i GBL § 29. Det forekommer at være et tungtvejende argument for et krav om kvalificeret meddelelse, at den primære foreløbig må kunne gå ud fra, at den oprindelige aftale står ved magt, således at den primære kan disponere – yde kredit – i tillid til den oprindelige aftale, indtil han får en meddelelse, som klart angiver noget andet. Dette resultat stemmer bedst med almindelige, aftaleretlige synspunkter og er tillige dét, som bedst tilgodeser hensynet til byggeriets finansiering – i hvert fald når den primære transporthaver er HE's pengeinstitut (og dermed en hovedfinansieringskilde for byggeriet).

Kravet om særlig klarhed i meddelelsen om den sekundære transport bør selvsagt ikke fastholdes, når det er den primære transporthaver selv, der har affattet den sekundære transporterklæring. Denne fremgangsmåde følges i praksis jævnligt, når den primære transporthaver er HE's pengeinstitut, jf. eksempelvis U 1989.430 H. Dommen, der er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 9.2.5, er dog – mildt sagt – ikke uvenlig over for det primært transporthavende pengeinstitut. Således indfortolkede Højesteret en meget vidtgående begrænsning i den af pengeinstituttet affattede sekundære transporterklæring, ifølge hvilken pengeinstituttet kun forpligtede sig til at påse, at den til enhver tid værende restsaldo på hovedtransporten til pengeinstituttet var mindst lige så stor som summen af de noterede sekundærtransporters restsaldi. Ved dommen blev det fastslået, at denne – pengeinstituttets egen – formu-

lering indebar, at den sekundære transporthaver måtte respektere udvidelse med selv *uvedkommende* gæld på forprioriteten.

Som argument mod et krav om kvalificeret meddelelse kan anføres, *at* en sekundær transport, som skal respektere den primæres kreditudvidelse, har en begrænset værdi (også selv om der kun kan ske udvidelser på forprioriteten med vedkommende gæld), *og at* dette må stå den primære klart. Dette modargument kan dog ikke i almindelighed være afgørende over for de ovennævnte synspunkter, hvorefter den primære som udgangspunkt bør kunne gå ud fra, *at* der ikke er tilsigtet ændringer i den oprindelige aftale, *og at* hensynet til byggeriets finansiering taler imod en ordning, hvor neutrale eller uklare meddelelser tvinger den primære til at standse for kreditgivningen, indtil rækkevidden af den sekundære transport er klarlagt.

9.2.2. Aftaler mellem den primære og den sekundære transporthaver

Særlige aftaler mellem transporthaverne kan indebære, at transporthaverne mister deres rettigheder i henhold til transporterklæringerne. Den primære transporthaver kan således miste sin ret til kreditudvidelse på forprioriteten, mens den sekundære kan miste sin ret i henhold til en aftale om indbrudsprioritet. Retten ifølge aftalen med transportgiver kan endvidere fortabes ved passivitet.

Den primære transporthaver kan således efter omstændighederne navnlig tænkes at miste sin ret til kreditudvidelse ved at forholde sig passiv over for den sekundæres denunciationsskrivelse, hvori den sekundære *medføje* angiver kun at ville respektere den »aktuelle gæld«, et bestemt beløb eller lignende.

Den sekundære transporthaver kan efter omstændighederne navnlig tænkes at miste sin ret til at modsætte sig kreditudvidelse ved at forholde sig passiv over for den primæres noteringspåtegning, hvori den primære *medføje* angiver at være berettiget til at udvide kreditten. Se i det hele nærmere nedenfor.

Som nævnt har den primære transporthaver ifølge sin egen transporterklæring typisk en kreditudvidelsesret, idet den primære eksempelvis har fået transport til sikkerhed for sit tilgodehavende »til enhver tid« eller lignende. Hertil kommer, at en primær transport fra f.eks. en hovedentreprenør til dennes pengeinstitut ofte gives, før hovedentreprenøren overhovedet har trukket på byggekreditten – eller i hvert fald før kreditten er fuldt udnyttet. Hvis den primære over for den sekundære giver afkald på at udnytte sin fortrinsret, opstår der naturligvis ikke noget kreditudvidelsesproblem. Afkald er naturligvis givet, hvis den primære har accepteret at være efterstillet den sekundære umiddelbart efter det tilgodehavende, den primære har på denunciationstidspunktet. Om afkald er givet, er et aftaleretligt spørgsmål. Udvider

den primære kreditten til trods for et afkald i forhold til den sekundære, placeres det beløb, hvormed kreditten uberettiget er blevet udvidet, efter den sekundæres tilgodehavende. Afkald kan dog ikke uden udtrykkelige holdepunkter anses for givet for så vidt angår den primæres eventuelle »nødvendige gældsudvidelse«. Hvis AB 92 § 5, stk. 2, gælder for transporterne, må den primæres afkald i øvrigt som klart udgangspunkt forstås således, at der kun er givet afkald på kreditudvidelse, i det omfang også den sekundæres krav er vedkommende.

Et bindende afkald for den primære kan ligge i den skrivelse om »*notering*« af den sekundæres ret, som den primære tilsender den sekundære som svar på den sekundæres anmeldelse af sin transport. Den primæres uforbeholdne notering af den sekundæres meddelelse indeholdende et krav om indbrudsprioritet vil typisk have denne virkning. Har den sekundære ifølge sin egen transporterklæring *klart* ikke krav på indbrud, men går meddelelsen til den primære ud på, at kun »den aktuelle gæld« på forprioriteten respekteres, vil en uforbeholden notering fra den primære formentlig nærmest undtagelsesfrit være udtryk for, at den primære har begået en fejl eller befinder sig i en vildfarelse. Da den sekundære i disse tilfælde meget vanskeligt kan være i god tro om, at den primære vil give afkald på en kreditudvidelsesret indrømmet af bygherren, bliver løsningen, at den sekundære ikke kan støtte noget prioritetskrav på noteringsskrivelsen, jf. princippet i AFTL § 32, stk. 1. God tro hos den sekundære kan derimod tænkes i tilfælde, hvor den sekundæres egen transporterklæring er *uklart* formuleret, således at den sekundære med føje har angivet sit krav om indbrud over for den primære, jf. herom nedenfor vedrørende passivitet.

Et afkald kan endvidere følge af den primære transporthavers *passivitet* over for den sekundæres nævnte anmeldelse. Som eksempel kan nævnes: Den primære har fået transport til sikkerhed for sit krav »til enhver tid«. Den sekundære har fået transport til sikkerhed for sit krav »med respekt af [den primæres] tilgodehavende«. Den sekundære opfatter med føje denne formulering således, at han kun skal respektere den »aktuelle gæld« på forprioriteten, hvilket han meddeler den primære. Hvis den primære forholder sig passiv – d.v.s. ikke inden rimelig tid tager afstand fra den sekundæres uberettigede prioritetskrav – må udgangspunktet være, at retten til kreditudvidelse på forprioriteten fortabes. (Det samme må antages, hvis den primære svarer med en skrivelse, hvori det uden forbehold hedder, at den sekundæres ret er »noteret«). – Det springende punkt i eksemplet er forudsætningen om, at den sekundære »med føje« antager at være tillagt indbrudsprioritet (selv om dette ikke er tilsigtet af transportgiver). Hvor meget eller hvor lidt, der i så henseen-

de kræves, kan der næppe siges noget sikkert om. Pantsætters forklaring herom vil selvsagt ofte kunne være afgørende. I øvrigt vil vurderingen utvivlsomt nok så meget afhænge af, hvad der opfattes som værende den deklaratoriske regel (udfyldningsreglen), når der gives sekundær transport i en fordring, der tjener til sikkerhed for et løbende mellemværende på forprioriteten. De modstridende synspunkter om dette spørgsmål er behandlet nedenfor i afsnit 9.2.3. Problemet belyses også af afgørelsen U 1987.374 V, hvor en sekundær transport formuleret som »undertransport i forlods transport« fremstod som uklar. Dommen er omtalt nedenfor i afsnit 9.2.4.

Ovenfor er det nævnt, at et bindende afkald på kreditudvidelse for den primære *kan* ligge i den primæres passivitet. Som det fremgår af eksemplet ovenfor, har synspunktet imidlertid et begrænset anvendelsesområde, jf. også eksemplerne umiddelbart nedenfor.

Står det på den ene side klart, at den sekundære transporthaver *er* tillagt indbrudsprioritet, og underrettes den primære transporthaver herom, er det i forhold til det hér behandlede problem underordnet, at den primære undlader at reagere eller for den sags skyld protesterer i sin noteringsskrivelse. (Den primære har ikke noget krav på at yde yderligere kredit og kan begribeligvis ikke »notere sig ud af« indbruddet). Derimod kan det blive afgørende, at den sekundære tager afstand fra en notering, som den primære afgiver med føje, og som angiver et prioritetskrav, som strider mod den sekundæres ret, jf. herom nærmere nedenfor i dette afsnit.

Er det på den anden side klart, at den sekundære transporthaver *ikke* er tillagt indbrudsprioritet – men f.eks. skal respektere den primæres tilgodehavende »til enhver tid« – forbedrer det selvsagt ikke den sekundæres prioritetsstilling at give den primære en meddelelse om indbrud. I sådanne tilfælde er det klare udgangspunkt, at heller ikke den primæres undladelse af at reklamere over for det uberettigede prioritetskrav indebærer noget retstab for den primære. Undladelsen af at reagere vil typisk bero på en forglemmelse eller vildfarelse hos den primære, og den sekundære har i øvrigt ingen som helst føje til at opfatte den primæres undladelse af at reagere som en accept af en prioritetsforringelse.

Selv om den sekundære transporthaver ifølge sin egen transporterklæring har ret til at modsætte sig den primæres kreditudvidelse – f.eks. fået prioritet efter den primæres »aktuelle tilgodehavende« – opstår der ikke noget kreditudvidelsesproblem, hvis den sekundære har givet afkald på denne ret over for den primære. Om afkald er givet, er også her et spørgsmål om aftalefortolkning. Afkald må anses for givet, f.eks. hvis den sekundære i sin meddelelse til den primære angiver at respektere den primæres »bedre ret« eller den pri-

mæres tilgodehavende »til enhver tid«. Afkald kan ligeledes være givet ved den sekundære transporthavers henvisning til den primæres tilgodehavende med henvisning til byggekredittens/kassekredittens maksimum, idet en kreditudvidelse op til dette maksimum må anses for accepteret.

Afkald kan efter omstændighederne være givet ved den sekundære transporthavers *passivitet* over for den primære transporthavers noteringsmeddelelse med forbehold for en kreditudvidelse (som ifølge den primæres aftale med transportgiver er omfattet af sikkerheden). Har den sekundære klart tilkendegivet *sit* berettigede prioritetskrav, vil den sekundæres passivitet over for den primæres notering med forbehold om kreditudvidelse dog være uden betydning, jf. U 1979.566 H, der gennemgås nedenfor i afsnit 9.2.3. Har den sekundære derimod angivet sit prioritetskrav på en uklar måde, kan den sekundæres passivitet over for en noteringspåtegning, hvori den primære præciserer *sin* forståelse, få betydning, jf. *Blok* i U 1986 B s. 88.

Det skal understreges, at når AB 92 § 5, stk. 2, gælder for transporterne, må den sekundæres afkald i alle tilfælde som udgangspunkt forstås således, at den sekundære kun accepterer kreditudvidelsen, i det omfang udvidelsen skyldes den primæres vedkommende krav, jf. dog hertil U 1989.430 H, der er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 9.2.5.

9.2.3. Deklaratorisk regel om kreditudvidelsesproblemet

Der er så vidt ses forskellige opfattelser af, hvordan en sekundær transporthaver som deklaratorisk regel er stillet ved kreditudvidelser på forprioriteten. *Blok* anfører i U 1986 B s. 88, at en sekundær panteret uden prioritetsangivelse i almindelighed må antages at respektere kreditudvidelser i overensstemmelse med aftalen mellem pantsætteren og den primære panthaver. Ifølge *Blok* gælder der »en formodning for, at det *ikke* har været tilsigtet at gribe ind i den mellem pantsætteren og forpanthaveren indgåede aftale, således at der, hvor indbrud er tilsigtet, kræves en klar tilkendegivelse herom«. Andre forfattere, bl.a. *Højrup:* Pant, 2. udgave (1978) s. 206 og *Skovgaard* i U 1980 B s. 8, synes at mene, at der gælder en formodning for, at den sekundære panteret kun respekterer den aktuelle gæld. Se således også *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) bl.a. s. 172 om det tilsvarende problem ved sekundær håndpantsætning af et ejerpantebrev.

Om det sidstnævnte problem kan henvises til U 1979.566 H. En skyldner (D) var af sit pengeinstitut (P) indrømmet en kassekredit med et maksimum på 35.000 kr. D havde i kassekreditkontrakten givet P håndpant i et af D udstedt ejerpantebrev »til sikkerhed for opfyldelse af enhver forpligtelse, som [D] nu har og senere måtte få«. D gav siden

Kildeskattedirektoratet [K] sekundær håndpanteret i ejerpantebrevet efter 35.000 kr. – et beløb svarende til kassekredittens maksimum og lidt over P's aktuelle tilgodehavende. K meddelte håndpantsætningen over for P, som noterede den med forbehold om P's primære panteret, også for fremtidig gæld. K reagerede ikke over for dette forbehold. Nogle måneder senere udvidede P kassekreditten til D ved at forhøje maksimum til 60.000 kr. Under en efterfølgende tvangsauktion over ejendommen opstod der tvist mellem P og K, om K skulle respektere den udvidelse af D's skyld til P, som var sket efter meddelelsen til P om den sekundære panteret.

Højesteret gav ikke P medhold i, at kreditudvidelse kunne ske til skade for K. Det lagdes til grund, at kreditudvidelsen ikke havde været nødvendig til imødegåelse af tab for P eller i øvrigt til varetagelse af andre interesser end D's. D havde således ikke været afskåret fra at tillægge K prioritet efter kassekreditgælden på 35.000 kr. Højesteret udtalte i øvrigt, at der ikke – som påstået af P – kunne tillægges K's passivitet over for forbeholdet i P's noteringspåtegning nogen retsvirkning.

Som det fremgår, angik dommen et tilfælde, hvor der var tale om en kreditudvidelse, der havde karakter af en forøgelse af et kassekreditmaksimum. Dommen kan dermed ikke antages at have taget stilling til spørgsmålet, om en primær panthaver under i øvrigt tilsvarende omstændigheder har fortrinsvis sikkerhed for beløb, der – efter indbrud – udbetales inden for rammerne af en allerede tilsagt kassekredit.

Dette spørgsmål er heller ikke direkte afgjort ved U 1979.569 H, der vedrørte *retsforfølgning* – i form af udpantninger – mod en fast ejendom inden for rammerne af et ejerpantebrev, der var tinglyst sidst i prioritetsrækken. Med præmisser, som både indholdsmæssigt og formuleringsmæssigt på det nærmeste er identiske med præmisserne i U 1979.566 H, fastslog Højesteret imidlertid, at udpantningerne placerede sig efter den faktiske gæld i henhold til pantsætterens ikke fuldt udnyttede kassekredit. Dette taler – ifølge dele af teorien – afgørende for, at resultatet i U 1979.569 H ville være blevet det samme som i U 1979.566 H, selv om den førstnævnte dom havde angået en konflikt med en sekundær håndpanthaver, jf. således *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 172 og så vidt ses tilsvarende *Højrup:* Pant, 2. udgave (1978) s. 206 og *Skovgaard* i U 1980 B s. 9 – men anderledes *Blok* i U 1986 B s. 88 note 58, hvor det hedder, at der ikke kan drages slutninger fra det forhold, at et *udlæg* altid placerer sig bedst muligt.

For en praktisk betragtning bliver forskellen mellem de to opfattelser af mindre betydning, hvis man antager, at formodningen om udelukkelse af yderligere kreditgivning på forprioriteten til skade for den sekundære *ikke* gælder, når den foranstående panteret tjener til sikkerhed for et løbende mellemværende, jf. således *Bent Iversen op. cit.* s. 27 f. og *Carstensen og*

Rørdam: Pant, 7. udgave (2002) s. 219, hvorefter der »formentlig [må] kræves et særlig klart grundlag« for at antage, at afbrydelse af et bestående kreditmellemværende har været tilsigtet. Ifølge *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 295 hedder det tilsvarende, at det har formodningen imod sig, at pantsætteren har villet fraskrive sig retten til at trække kassekreditten op til dennes maksimum, og denne formodning bør »formentlig i almindelighed« blive udslagsgivende.

Som det fremgår, synes der at være forskellige opfattelser af indholdet af den deklaratoriske regel. Hvis der ses helt bort fra karakteren af det primært sikrede skyldforhold, går formodningsreglen antagelig ud på, at den sekundære transporthaver placerer sig efter sidste aktuelle krone på forprioriteten, d.v.s. at der gælder en formodning for »bedst mulig prioritet«. Begrundelsen er den samme som nævnt ovenfor i afsnit 8.3 om den deklaratoriske placeringsregel, nemlig at en skyldner formodningsvis må ønske billigst mulig kredit, d.v.s. tilsigte at udnytte den bedst mulige sikkerhed. Denne begrundelse er imidlertid helt generel og kan normalt ikke bære formodningsreglen, når talen er om afbrydelse af løbende skyldforhold, hvor skyldnerens/transportgiverens overvejende interesser typisk er nogle ganske andre. Således eksempelvis når der er tale om en virksomheds kassekredit eller en hovedentreprenørs byggekredit. Her kan afbrydelse af det løbende skyldforhold indebære en fuldstændig lukning af de økonomiske forsyningslinjer til virksomhedens drift henholdsvis byggearbejdets færdiggørelse. I byggeriforhold er situationen ofte særlig klar: Har eksempelvis en hovedentreprenør givet sit pengeinstitut primær transport i entreprisesummen til sikkerhed for byggekreditten, er pengeinstituttet berettiget til at afbryde træk på kreditten, hvis en sekundær transport placeres som indbrudsprioritet. Hermed er byggeriets hovedfinansieringskilde afskåret. Det har selvsagt formodningen imod sig, at en transportgiver skulle tilsigte en sådan virkning. En sekundær transporthaver, som kender karakteren af det sikrede skyldforhold på forprioriteten, kan i øvrigt vanskeligt have nogen berettiget forventning om, at hovedentreprenøren overhovedet vil løbe risikoen for den nævnte virkning.

Det skal dog straks fremhæves, at den nævnte – og navnlig af *Blok* hævdede – deklaratoriske regel ikke uden videre er fulgt i retspraksis om byggeriforhold, jf. herved navnlig U 1987.374 V, der er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 9.2.4. Det må da også erkendes, at en sekundær transport efter omstændighederne kan være af meget begrænset værdi, hvis den primære transporthaver – f.eks. hovedentreprenørens pengeinstitut – kan udvide kreditten til skade for den sekundære. Er der eksempelvis givet pengeinstituttet transport i hele entreprisesummen til sikkerhed for pengeinstituttets tilgodehavende hos

hovedentreprenøren »til enhver tid«, indebærer en ret til kreditudvidelse, at pengeinstituttet kan lade hovedentreprenøren trække på byggekreditten til betaling af entreprenører og leverandører, som *ikke har* fået transport, hvorved disse får dækning forud for en sekundær rettighedshaver, som *har* fået transport. Det skal herved bemærkes, at selv om AB 92 § 5, stk. 2, gælder for transporterne, indebærer dette alene den begrænsning, at hovedentreprenørens træk på kreditten skal ske til byggeriet vedkommende formål, d.v.s. at de entreprenører og leverandører, som honoreres over byggekreditten, skal yde arbejder og leverancer, som står i forbindelse med det pågældende byggeri.

9.2.4. Aftaleproblemet belyst ved U 1987.374 V

At kreditudvidelsesproblemet i praksis kan være ganske komplekst, er U 1987.374 V et klart vidnesbyrd om. Dommen er velegnet til at illustrere en række af de problemer, der opstår i forbindelse med en primær transporthavers kreditudvidelse, og den refereres derfor udførligt nedenfor. Et udførligt referat findes endvidere hos *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 289.

Et byggefirma (HE) skulle som hovedentreprenør for bygherren (BH) udføre to byggerier. AB 72 § 29 – svarende til AB 92 § 5, stk. 2 – var vedtaget mellem BH og HE. HE transporterede – ved en såkaldt »forlods transport« – entreprisesummerne til sit pengeinstitut (P). Ifølge transporterklæringen tjente entreprisesummerne P »Til sikkerhed for prompte og skadesløs betaling af, hvad [HE] af en hvilken som helst grund måtte være eller blive [P] skyldig ...«. P anmeldte transporten over for BH, som noterede den med følgende påtegning: »Noteret under henvisning til entreprisekontrakt... [og § 29 i AB 72], idet bygherren tager forbehold, indtil kontrakten er opfyldt, for så vidt transporten er udstedt til sikkerhed for fordringer, der ikke står i forbindelse med udførelsen af nærværende entreprise, og idet vi gør opmærksom på, at der er udbetalt kr. 500.000,- af entreprisesummen, samt, at der på en foranstående transport er noteret kr. 258.687,58.«

Umiddelbart efter gav HE en underentreprenør (UE) transport på den til UE's vederlag svarende del af entreprisesummen. Transporterklæringen lød som følger: »Undertegnede [HE] tiltransporterer herved kr. 801.540 incl. 22 pct. moms til [UE]. Nærværende transport er at notere i [P] som undertransport i forlods transport i entreprisesummen ...«. Transporten blev *for det første* anmeldt over for P, der på tidspunktet for anmeldelsen alene havde et tilgodehavende vedrørende de to byggerier på 94.000 kr. P noterede transporten med følgende påtegning: »Da vi ikke er debitor i henhold til den transporterede fordring, er transporten for så vidt os uvedkommende. Den noteres derfor udelukkende af praktiske grunde.« Transporten blev *for det andet* anmeldt over for BH, der noterede den med følgende påtegning: »Noteret, idet vi bemærker, at hele entreprisesummen er tiltransporteret [P]. Endvidere bemærkes, at entrepriseforholdet mellem [HE og UE] er bygherren uvedkommende.«

Inden UE efter fuldførelsen af sine entrepriser havde fået det fulde vederlag betalt af P i henhold til transporterne, blev HE erklæret konkurs. Inden konkursen havde BH til P udbetalt beløb, der væsentligt oversteg de til UE – og en anden forud prioriteret underentreprenør – transporterede dele af entreprisesummerne. De overskydende beløb var krediteret HE's kassekredit hos P, der af HE var anvendt bl.a. til betaling af andre udgifter vedrørende byggerierne.

Efterfølgende anlagde UE sag mod P med påstand om P's betaling af ca. 225.000 kr., svarende til den resterende del af UE's vederlag for underentrepriserne. Til støtte herfor gjorde UE blandt andet gældende, *at* UE's transport var gyldig og sikret ved behørig denunciation, *at* transporten ved anmeldelsen opnåede prioritet umiddelbart efter transporten til den foran omtalte anden underentreprenør, *at* HE på dette tidspunkt kun havde trukket et uvæsentligt beløb på byggekreditten hos P, *at* transporterne til P kun tjente P til sikkerhed for tilgodehavender i forbindelse med byggerierne, jf. herved GBL § 27 og AB 72 § 29 (hvilket som anført af *Vagner: Entrepriseret*, 3. udgave (2001) s. 290 må forstås som et anbringende om, at P kun havde sikkerhed forud for UE, i det omfang betingelserne for tilsidesættelse af transporten var opfyldt), *at* P ved uden videre at lade beløbene indgå på HE's kassekredit havde pådraget sig et selvstændigt ansvar over for UE, *og at* P ikke havde ført bevis for, at det havde været nødvendigt at tilsidesætte UE's transport af hensyn til byggeriets gennemførelse.

P nedlagde påstand om frifindelse og gjorde til støtte herfor *i første række* gældende, *at* transporterne til P primært var sikkerhedstransporter og kun subsidiært fordelingstransporter, *at* UE som sekundær transporthaver måtte respektere, at P som primær transporthaver havde sikkerhed for ikke blot sine allerede opståede, men også sine fremtidige tilgodehavender, i det omfang kravene vedrørte de to byggerier, *at* P ikke havde mistet sine sikkerhedsrettigheder, ved at byggemidlerne indgik på HE's sædvanlige kassekredit i P, idet midlerne rent faktisk var anvendt til betaling af udgifter i forbindelse med de to byggerier.

P gjorde *i anden række* gældende, *at* GBL § 31, stk. 2, måtte vige for bygherrens nødvendige fradragsret, hvilket støttedes af RPL § 511, stk. 3, *at* de entreprenører, der udførte arbejder, som tidsmæssigt lå forud for UE's, kunne standse arbejdet, hvis de ikke blev betalt, og at en accept af UE's standpunkt, hvorefter han i alle tilfælde kunne henholde sig til transporterne ville medføre risiko for byggeriets standsning, *at* UE, til trods for at der ikke var aftalt nogen fordelingsplan, havde givet afkald på sin beskyttelse, idet UE vidste, at der anvendtes a conto-udbetalinger i henhold til a conto-begæringer, og havde accepteret dette på byggemøder, *at* aftaler af den nævnte art måtte sidestilles med fordelingsplaner, *og at* UE hermed havde frasagt sig den fordel, han havde opnået gennem transporterne.

Det fremgår, at Vestre Landsret blev præsenteret for et sandt væld af præmisser vedrørende grundlæggende spørgsmål om beskyttelse henholdsvis tilsidesættelse af transporter. Landsretten gav UE medhold i påstanden om, at P hæftede for betaling af de ca. 225.000 kr., som svarede til den resterende del af UE's vederlag for underentrepriserne. Nedenfor gengives landsrettens udførlige præmisser:

»Transporterne til [P] findes at være sket til sikkerhed for det tilgodehavende for [P], der ville opstå ved hovedentreprenørens træk på kassekreditten til betaling af udgifter i forbindelse med de to byggerier.

Ved afgørelsen af parternes tvist om deres transporters indbyrdes prioritetsstilling må landsretten tillægge det afgørende betydning, at [P's] finansiering af [HE's] virksomhed i forbindelse med de to byggerier ikke skete gennem et særligt byggelån, men over [HE's] almindelige kassekredit, hvorpå der af [HE] kunne trækkes checks såvel til betaling af udgifter i forbindelse med de to byggerier som til andre formål, og hvorpå de betalinger, som [P] i henhold til forlodstransporterne modtog fra [BH], blev krediteret.

Under disse omstændigheder, og da der ikke i ordlyden af de transporter på selve entreprisesummerne, som [HE] gav [UE], findes at kunne indlægges nogen tilkendegivelse om, at [UE] respekterede transporterne til [P], må transporterne til [UE] efter underretningen til [P], der ikke knyttede andre bemærkninger til noteringerne end de ovenfor citerede, antages at have haft den virkning, at [P] kun kunne få prioritet forud for [UE] for fremtidige tilgodehavender, i det omfang disse hidrørte fra betalinger, der var nødvendige for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse.

Det er ubestridt, at de betalinger, som er opgjort af [P], står i forbindelse med de to byggerier.

Til støtte for, at det har været nødvendigt at foretage disse betalinger for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse, har [P] alene under henvisning til AB [72] § 26 gjort gældende, at betalingerne angik leverancer eller arbejder, der lå forud for den del af [UE's] arbejde, som han efter [HE's] konkurs ikke fik betaling for. [P], der efter det oplyste må antages kun at have ført en ganske overfladisk kontrol med [HE's] træk på kassekreditten, har derimod hverken påvist konkrete omstændigheder, som gjorde de enkelte betalinger nødvendige, eller gennem bevisførelsen søgt at belyse de konkrete overvejelser, der måtte have ligget til grund for vurderingen af de enkelte betalingers nødvendighed.

Da landsretten derfor ikke finder, at der er ført det fornødne bevis for nødvendigheden af de skete betalinger, har [P] efter det ovenfor anførte i forhold til [UE] været uberettiget til at tilegne sig de fra [BH] modtagne betalinger til dækning af sit efter anmeldelsen af [UE's] transporter opståede tilgodehavende hos [HE].

Som følge heraf, og idet der ikke er grundlag for at statuere, at [UE] har givet afkald på at påberåbe sig sine transporter, eller at han ikke har fuldført sine entrepriser, tager landsretten [UE's] påstand til følge.«

Den primære transporterklæring til P i U 1987.374 V angik den fulde entreprisesum på godt 3 millioner kr. I transporterklæringen hed det bl.a., *at* P som følge af transporten var eneberettiget til at modtage og kvittere for ethvert beløb, som tilkom P i henhold til entreprisekontrakten, *og at* P var berettiget til at udøve samtlige de HE som kreditor tilkommende beføjelser med hensyn til den tiltransporterede fordring. Da erklæringen endvidere gav P sikkerhed for ethvert tilgodehavende mod HE, var det således i den foreliggende situa-

tion aldeles klart, at P i hvert fald oprindelig havde sikkerhed også for fremtidige kreditudvidelser.

Et praktisk spørgsmål er imidlertid, hvor fast en formulering, der kræves, for at et tilsvarende resultat kan antages. Da P oftest fungerer som byggeriets hovedfinansieringskilde, kræves der næppe meget. Har P eksempelvis fået sikkerhed i entreprisesummen for HE's »byggekredit på op til 2 millioner kr.«, er dette tilstrækkeligt til, at kreditten er sikret i entreprisesummen for indtil det nævnte beløb. Mens der således ikke skal meget til, for at P har fået fortrinsret i entreprisesummen med »tilhørende« ret til sikret kreditudvidelse, er det dog centralt at være opmærksom på, at P som udgangspunkt ikke har noget som helst *krav* på, at HE rent faktisk benytter sig af de kreditfaciliteter som P har stillet til rådighed. Dette indebærer navnlig, at der ikke er noget i vejen for, at HE ved indrømmelse af såkaldt »indbrudstransport« giver en sekundær transporthaver, UE, prioritet i kravet på entreprisesummen forud for P's tilgodehavende, f.eks. på det tidspunkt, hvor UE anmelder sin ret over for P. Spørgsmålet bliver herefter, om HE ved indrømmelsen af den sekundære transport har tilsigtet et sådant indbrud.

Den sekundære transporterklæring til UE i U 1987.374 V var formuleret som »undertransport i forlods transport«. Ifølge *Vagner:* Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 291 er formuleringen uklar, men er ikke i den konkrete sag blevet læst som indeholdende et tilsagn fra UE om at ville respektere P's transport. Ifølge *Vagner loc. cit.* ville en sådan læsemåde gøre UE's transport næsten værdiløs, idet en sekundær transporthaver, vil stå særdeles svagt, hvis HE over byggekreditten kan honorere entreprenører, der skal udføre arbejde på byggeriet før den sekundære transporthaver.

Ikke desto mindre bør *udgangspunktet* være, at en sekundær transporthaver, der »nøjes« med »undertransport i forlods transport« til et pengeinstitut, må respektere pengeinstituttets kreditudvidelse til vedkommende formål. Det samme må antages, hvis den efterstillede transporthaver under tilsvarende omstændigheder får »sekundær transport« efter primær transport til HE's pengeinstitut. Det må her være afgørende, at den primære transporthaver oftest ikke kan have tilsigtet et indbrud i pengeinstituttets sikkerhed, hvilket i givet fald ville berettige pengeinstituttet til at afbryde yderligere kreditgivning. Flere steder i litteraturen hedder det da således også, at et indbrud med den nævnte kreditafbrydende virkning kræver en »klar tilkendegivelse herom«, jf. således *Blok* i U 1986 B s. 88 og tilsvarende *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 219, hvorefter der »formentlig [må] kræves et særlig klart grundlag«. Når indbrudstransporten kan give anledning til tvivl – hvilket kan hævdes ved formuleringen »forlods transport i undertransport«, jf. *Vag-*

ner: Entrepriseret, 3. udgave (2001) s. 291 – kan andre momenter imidlertid blive afgørende for løsningen af problemet, herunder navnlig den sekundæres meddelelse til den primære samt den primæres notering heraf.

Den sekundære transporthavers meddelelse til den primære i U 1987.374 H blev anmeldt med det ovenfor angivne indhold, d.v.s som »undertransport i forlods transport«. I dommen hedder det, at der ikke i ordlyden af de transporter på selve entreprisesummerne, som HE gav UE, findes at kunne indlægges nogen tilkendegivelse om, at UE respekterede transporterne til P. Betegnelsen »forlods transport i undertransport« kunne vel opfattes som en accept af den primæres kreditudvidelse, idet det kunne hævdes at have formodningen imod sig, at der med den sekundære transport var tilsigtet et kreditudvidelsesblokerende indbrud – særligt i den foreliggende situation, hvor meddelelsen om den sekundære transport blev foretaget på et tidspunkt, hvor der kun var trukket 94.000 kr. på den primært sikrede kredit.

Som anført af *Vagner loc. cit.* kan den citerede formulering af den sekundære transport og meddelelsen herom hævdes at være uklar. Deles denne opfattelse, er det nærliggende at kræve, at den primære transporthaver præciserer sin forståelse i sin meddelelse om notering af den sekundære ret (måske særligt når den primære transporthaver som i dommen var et pengeinstitut).

Der kan i denne forbindelse være grund til – atter – at påpege, at en sekundær transporthaver naturligvis ikke ved meddelelsen til den primære kan »denuntiere sig til« en bedre prioritetsstilling end den, der følger af den sekundæres egen transporterklæring. Fremgår det således klart af den sekundære transporterklæring, at den sekundære skal respektere den primæres tilgodehavende »til enhver tid« eller lignende – hvilket ikke var tilfældet i dommen – opnår den sekundære naturligvis ikke bedre ret ved at sende den primære en meddelelse, som angiver indbrudstransport. Mens den sekundære således ikke kan »denuntiere sig til en bedre retsstilling«, kan det imidlertid vel tænkes, at den sekundære mister en af transportgiver tilsagt ret om indbrudstransport, dersom den sekundære ikke i meddelelsen til den primære fastholder indbrudstransporten. Er der eksempelvis givet sekundær transport til sikkerhed efter »det aktuelle tilgodehavende«, må indbrudstransporten fastholdes i meddelelsen til den primære transporthaver, idet indbruddet i modsat fald kan fortabes i forhold til den primære, som har fået sikkerhed for sit »tilgodehavende til enhver tid« eller lignende.

Den primære transporthavers noteringsmeddelelse til UE i U 1987.374 H havde som nævnt følgende ordlyd: »Da vi ikke er debitor i henhold til den transporterede fordring, er transporten for så vidt os uvedkommende. Den noteres derfor udelukkende af praktiske årsager«. Denne meddelelse gav på

ingen måde udtryk for, at P mente generelt at have bedre prioritet end UE, d.v.s. også for så vidt angik efterfølgende kreditudvidelser. En sådan neutral noteringsmeddelelse er selvsagt uden betydning for en sekundær panthavers indbrud, *hvis* den sekundære transport klart »signalerer« indbrud, og *hvis* dette klart er meddelt til den primære. I dommen var som nævnt anvendt samme formulering i den sekundære transporterklæring og i meddelelsen til P (»forlods transport i undertransport«). *Hvis* denne formulering antages at indeholde en uklar stillingtagen til kreditudvidelsesproblemet, kan der selvsagt lægges vægt på, om P's notering over for den sekundære transporthaver kan have givet denne føje til at tro, at der ved sekundærtransporten fra HE og meddelelsen herom var etableret indbrud efter det beløb, som HE aktuelt skyldte P på meddelelsestidspunktet. Dette synes at have været et moment ved landsrettens afgørelse, idet det i præmisserne netop anføres, at P »ikke knyttede andre bemærkninger til noteringerne end de ovenfor citerede«. Som dommen er formuleret, kunne resultatet altså være blevet et andet, hvis P i sin noteringsmeddelelse til UE udtrykkeligt havde forbeholdt sig ret til kreditudvidelse på forprioriteten.

Om U 1987.374 V skal blot afslutningsvis bemærkes, at det forekommer vanskeligt forståeligt, at landsretten tillagde det »afgørende betydning«, at finansieringen af hovedentreprenørens virksomhed i forbindelse med de to byggerier ikke skete gennem et særligt byggelån, men over hovedentreprenørens almindelige kassekredit, hvorpå der af hovedentreprenøren kunne trække checks til betaling af udgifter i forbindelse med de to byggerier.

For det første var der enighed om, at der på kassekreditten kun var trukket udgifter til de to byggerier. Risikoen for sammenblanding med udgifter til andre byggerier end dem, som dannede grundlag for sikkerheden i entreprisesummen, var med andre ord ikke realiseret. (Allerede derfor må det i øvrigt afvises, at dommen kan tages til indtægt for et generelt synspunkt om hovedentreprenørens pengeinstitut som generelt vedkommende transporthaver, når blot kassekredittrækkene er anvendt til finansiering af entreprenørens virksomhed. Se dog anderledes *Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 54).

For det andet er det vanskeligt at indse, at undladelsen af at lade finansieringen ske gennem et byggelån, skulle spille nogen som helst rolle i den konkrete sag, hvor den primære transporthaver – ifølge Vestre Landsrets egne præmisser – alligevel kun kunne få forprioritet forud for den sekundære, for så vidt angik betalinger, der var nødvendige for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse. For så vidt angår det nærmere ind-

hold af det af landsretten anvendte nødvendighedskriterium henvises til afsnit 9.3.4.

9.2.5. Særligt om uvedkommende gæld på forprioriteten

Det er allerede nævnt flere gange nævnt, at AB 92 § 5, stk. 2, indeholder en regel om vedkommende transporters forrang. Som ligeledes nævnt er formålet med reglen at beskytte bygherrens (og entreprenørers og leverandørers) interesse i byggeriets gennemførelse – en interesse, der modarbejdes, hvis det tillades, at entreprisesummen transporteres til sikkerhed for kreditter, som er det pågældende byggeri uvedkommende. Se således forarbejderne til AB 72 § 29 i *Betænkning nr. 620/1971* s. 36 f., hvor det hedder: »Når entreprisen er fuldført, er der imidlertid ikke længere nogen risiko for bygherren eller de øvrige produktionsdeltagere, og der er derfor ikke af hensyn til disse grund til at udelukke transport på endnu ikke udbetalte rater af entreprisesummen«. Det fremgår af udtalelsen, at hensynene bag princippet om vedkommende transporters forrang består, indtil byggeriet er fuldført. Citatet vedrører som nævnt direkte AB 72 § 29, men må med sikkerhed antages at have fuldstændig samme betydning for forståelsen af AB 92 § 5, stk. 2. Således ses der ikke i forarbejderne til AB 92 at være tilsigtet nogen som helst ændring i de grundlæggende hensyn bag princippet om vedkommende transporters forrang, jf. *Betænkning nr. 1246/1992* s. 67.

Når AB 92 gælder i forholdet mellem BH og HE, er det klart, at HE ikke til skade for BH kan aftale med sit transporthavende pengeinstitut (P), at P tillige skal have fortrinsvis sikkerhed for uvedkommende krav. En sådan aftale vil stride mod BH's ret i henhold til § 5, stk. 2, jf. princippet i GBL § 27. Efter samme synspunkt er HE afskåret fra *i forhold til bygherren* at aftale med en sekundær transporthaver, at denne skal respektere uvedkommende kreditudvidelser på forprioriteten.

Spørgsmålet er imidlertid, om en primær og en sekundær transporthaver med virkning for *deres forhold* kan aftale, at den primære skal have fortrinsvis sikkerhed for uvedkommende gæld, selv om AB 92 § 5, stk. 2, gælder for entreprisen og dermed for transporterne. BH kan naturligvis modsætte sig sådanne aftaler, jf. GBL § 27, men BH har ofte ingen interesse i at blive indblandet i en tvist mellem transporthaverne om *deres* eventuelle fordelingsaftaler. Det er f.eks. tilfældet, når BH har betalt entreprisesummen til rette vedkommende – typisk den primære transporthaver, som forestår fordelingen – eller når BH er enig i, hvilket beløb der skal betales. Der skal dog erindres, at princippet om de vedkommende transporters forrang ikke »blot« skal varetage hensynet til bygherren, men også hensyn til de *øvrige produktions-*

deltagere, jf. citatet ovenfor fra *Betænkning nr. 620/1971* s. 36 f., der som nævnt har tilsvarende betydning for forståelsen af AB 92 § 5, stk. 2. Spørgsmålet om adgangen til at fravige princippet i AB 72 § 29 i forholdet mellem transporthaverne forelå til prøvelse i U 1989.430 H.

Et murerfirma (E), der skulle udføre fire entrepriser, havde givet sit pengeinstitut (P) hovedtransport i entreprisesummerne. Erklæringerne om hovedtransport var formuleret af P selv og gav P »transport til sikkerhed for enhver forpligtelse, som E nu har eller senere måtte få over for P«. De respektive skyldnere noterede transporterne uden særlige forbehold.

E gav herefter en leverandør (L) sekundærtransporter med følgende ordlyd (navne erstattet med forkortelser):

»Undertransport
Undertegnede E giver herved L undertransport for kr. [...] i den til P [...] til sikkerhed for E's nuværende og fremtidige mellemværender hovedtransport på [...].

Nærværende undertransport kan alene anmeldes til notering hos P og skal uanset noteringstidspunktet være ligestillet med andre undertransporter, som afgives eller er afgivet af E til underentreprenører eller leverandører til det nævnte byggeri, og som er noteret i P.

Ved sin notering af nærværende transport forpligter P sig kun til at påse, at den til enhver tid værende restsaldo på hovedtransporten til banken er mindst lige så stor som summen af noterede undertransporter, eventuelt disses restsaldi, såfremt de ved undertransporterne sikrede arbejder eller leverancer delvis er blevet betalt.

Med denne begrænsning er P i forhold til de noterede undertransporthavere berettiget til at stille beløb, som tilgår banken fra bygherren i henhold til hovedtransporten til disposition for E.

P er berettiget til kun at foretage udbetalinger til afskrivning på noterede undertransporter, såfremt der foreligger skriftligt samtykke hertil fra E.

P er ikke forpligtet til at opfylde noterede undertransporter, medmindre de beløb, som efter det foran anførte skal reserveres for undertransporterne, er tilgået P fra bygherren i henhold til hovedtransporten.«

De sekundære transporter fra E til L blev alle noteret af P.

L modtog løbende betalinger fra P i henhold til betalingsanmodninger, som blev stilet til E, der attesterede anmodningerne og afleverede dem til P. Betalingerne blev trukket på E's driftskredit i P, der samtidig afskrev beløbene på den pågældende sekundære transport.

Ca. 14 dage før E trådte i betalingsstandsning, overgav L til E nogle betalingsanmodninger lydende på godt 300.000 kr., hvorom P fik underretning, men som først blev videregivet i attesteret stand til P, efter at P havde lukket driftskreditten.

Efter E's betalingsstandsning (der nogle måneder senere udmundede i en konkurs) blev byggerierne færdiggjort af andre entreprenører, og P modtog ikke yderligere rater vedrørende entrepriserne.

Efterfølgende anlagde E retssag mod P med påstand om betaling af (bl.a.) beløbene i betalingsanmodningerne. På tidspunktet for betalingsstandsningen resterede der et klart større beløb på hovedtransporterne til P end på sekundærtransporterne til E.

Højesteret stadfæstede dommen i henhold til de grunde, der var anført af landsretten. Højesteret fandt ikke, at *formuleringen af hovedtransporterne* – transport til sikkerhed for enhver forpligtelse, som E havde eller senere måtte få over for P – indebar nogen fravigelse af (nu) AB 92 § 5, stk. 2. Højesteret lagde derimod afgørende vægt på *formuleringen af de sekundære transporter*, hvorefter P kunne stille beløb, som tilgik P fra bygherren, til disposition for E, indtil hovedtransporten (entreprisesummen) var nedskrevet til summen af de noterede sekundære transporter eller disses restsaldi. Højesteret fandt således, at P kunne tilegne sig indkomne beløb, uanset om en undertransporthaver havde et forfaldent tilgodehavende. Højesteret lagde herved vægt på, at den sekundære transporthaver ikke i forhold til banken havde transport i hele entreprisesummen, men kun i den restsaldo af entreprisesummen, der svarede til de sekundære transporters beløb eller restbeløb. Den sekundære transporthaver fandtes på grund af sin accept af det sidstnævnte vilkår ikke at kunne påberåbe sig, at den øvrige del af en entreprisesum muligvis var blevet anvendt til betaling af udgifter, der helt eller delvis vedrørte andre entrepriser eller E's generelle drift.

Som det fremgår, afgjorde Højesteret sagen ved en fortolkning af den sekundære transporterklæring. Ifølge ordlyden af sekundærtransporterne var P alene afskåret fra at tilegne sig beløb, som indkom fra bygherren, hvis restsaldoen på primærtransporten (restentreprisesummen) herved blev mindre end summen af restsaldi på sekundærtransporterne. Dette blev af Højesteret udlagt således, at banken – så længe hovedtransportens restsaldo oversteg sekundærtransporternes restsaldi – kunne tilegne sig beløb fra entreprisesummen, *selv om* beløbene ikke var anvendt i forbindelse med de pågældende entrepriser. Dommen viser således, at en sekundær transporthavers transporterklæring kan være således begrænset, at der heri ligger et *afkald* på at blokere for uvedkommende kreditudvidelser.

I det følgende behandles spørgsmålene om afkald overhovedet kan anses for givet, og hvad der i givet fald er retsvirkningerne af et sådant afkald: Ifølge domsreferatet procederede den sekundære transporthaver navnlig på to anbringender, som er egnede til at belyse de rejste spørgsmål: *For det første* at AB 72 § 29 (nu AB 92 § 5, stk. 2) ifølge princippet i GBL § 27 måtte gælde for bankens sikkerhed, og at den heri liggende begrænsning ikke kunne fraviges ved en aftale mellem to transporthavere. *For det andet* at der slet ikke var indgået en aftale mellem P og sekundærtransporthaveren om, at P's primærtransport skulle kunne tjene til dækning af uvedkommende gæld på sekundærtransporthaverens bekostning.

Hvad først angår anbringendet om, at to transporthavere ikke ved en indbyrdes aftale kan fravige AB's regel om vedkommende transporters forrang, er det allerede ovenfor nævnt, at reglen har til formål at sikre ikke blot bygherrens, men også de øvrige produktionsdeltageres interesse i byggeriets færdiggørelse. AB's regel er således en fordelingsregel, som er egnet til at kanalisere byggemidlerne til deltagerne i det konkrete byggeri, således at midlerne primært fremmer netop denne byggeproces. I U 1989.430 H var pengeinstituttet ikke i stand til at redegøre for anvendelsen af de modtagne rater af entreprisesummen. Dele af entreprisesummen var således muligvis anvendt til betaling af uvedkommende gæld, d.v.s. udgifter, der helt eller delvis vedrørte andre entrepriser eller E's generelle drift. Det var dog ikke denne omstændighed – men en betalingsstandsning hos den transportgivende entreprenør – der standsede byggearbejdet. I den tvist, der forelå til afgørelse, var det således ret oplagt, at et eventuelt afkald fra den sekundære over for den primære måtte blive afgørende i *forholdet mellem transporthaverne*, selv om aftalen ikke var i overensstemmelse med princippet om vedkommende transporters forrang, der som nævnt var aftalt *i forholdet mellem bygherren og transportgiver*. Ved U 1989.430 H tillagde Højesteret ikke *generelle* hensyn til bygherren (der ikke var indblandet i sagen) afgørende vægt over for den begrænsning i den sekundære transport, som antoges at indebære en accept af uvedkommende gældsudvidelse på forprioriteten.

Det kan derimod udmærket tænkes, at en aftale mellem transporthaverne *konkret* bliver en hindring for byggeriets finansiering, således at bygherren vælger at fastholde sin ret ifølge AB 92 § 5, stk. 2. Det kan endvidere tænkes, at bygherren slet ikke er indstillet på at løbe den risiko, der følger af en aftale om den primæres forrang også for uvedkommende gæld, således at bygherren simpelt hen modsætter sig transporthavernes aftale, der dermed bliver uden virkning. Med udgangspunkt i situationen i U 1989.430 H kan det således tænkes, at den sekundære transporthaver (leverandøren af mursten) bliver ude af stand til præstere de aftalte leverancer til den transportgivende entreprenør (murermesteren), fordi den primære transporthaver (murermesterens pengeinstitut) bremser likviditetsstrømmen til den sekundære ved at tilegne sig beløb fra entreprisesummen til dækning af byggeriet uvedkommende gæld. Bygherren kan naturligvis – eventuelt på den sekundæres foranledning – udbetale beløbet til den sekundære. Bygherrens nævnte ret følger allerede af princippet i GBL § 27, der er til hinder for, at uvedkommende gæld dækkes på forprioriteten, når AB 92 er aftalt, jf. også ovenfor i dette afsnit.

Hvad dernæst angår den sekundære transporthavers anbringende om, at der ikke var indgået en aftale mellem P og sekundærtransporthaveren om fravigel-

se af begrænsningen i (nu) AB 92 § 5, stk. 2, er rækkevidden af anbringendet ikke ganske klar efter domsreferatet. Som angivet i domsreferatet ovenfor var rykningsklausulen i den sekundære transport formuleret helt generelt: »Med den nævnte begrænsning er P i forhold til de noterede undertransporthavere berettiget til at stille beløb, som tilgår banken fra bygherren i henhold til hovedtransporten til disposition for E«. Flere forhold kunne tale for at underkaste denne helt generelle formulering en indskrænkende fortolkning, således at P, der ønskede fortrinsret for byggeriet uvedkommende krav, måtte angive dette prioritetskrav eksplicit. Blandt forhold, som kunne tale for dette resultat – men som ikke fremgår af gengivelsen i UfR af den sekundære transporthavers procedure – skal nævnes: *For det første* havde P *selv* formuleret sekundærtransporterne. *For det andet* havde P særlig anledning til at præcisere, at man ønskede en kreditudvidelsesret, som var mere vidtgående end den, der fulgte af entreprisekontrakterne, hvor AB 72 (der svarede til AB 92 på dette punkt) var et vilkår: Når AB 92 § 5, stk. 2, gælder mellem bygherre og transportgiver, forekommer der således at måtte stilles særlige krav til en aftale om, at denne bestemmelse – som netop har henblik på transportsituationen – ikke gælder mellem transporthaverne. *For det tredje* indebar den antagne begrænsning, at den sekundæres sikkerhed blev praktisk talt værdiløs. I tilfælde af den primære transporthavers økonomiske vanskeligheder måtte det således forventes, at der ville blive trukket hårdt på driftskreditten (til alle mulige formål), hvilket som en konsekvens af det anførte kunne ske på bekostning af den sekundære, blot restentreprisesummen oversteg restsaldoen på sekundærtransporterne. Med andre ord ville den sekundæres transport i praksis ikke indbringe noget beløb i lige præcis den situation, som transporten skulle sikre imod: Manglende betalingsevne hos transportgiver.

9.3. Andre kreditudvidelsestilfælde

Spørgsmålet, om en primær transporthaver kan udvide kreditten til skade for en sekundær, er som beskrevet ovenfor først og fremmest et aftalefortolkningsproblem. I de tilfælde, hvor hverken aftalefortolkning – eller for den sags skyld formodningsreglen om »bedst mulig prioritet« – giver den primære transporthaver ret til kreditudvidelse, kan en sådan ret følge af »almindelige« kreditudvidelsessynspunkter. Om fortrinsret for sådanne særlige krav kan bl.a. henvises til *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 173 ff. Nedenfor gennemgås en række af disse tilfælde, nemlig (1) den primære transporthavers udvidelse i god tro (jf. afsnit 9.3.1), (2) krav, der opstår automatisk (jf. afsnit 9.3.2), (3) fordringer hidrørende fra tidligere

påtagne forpligtelser (jf. afsnit 9.3.3) og (4) såkaldt nødvendig kreditudvidelse (jf. afsnit 9.3.4).

9.3.1. Den primære transporthaver udvider kreditten i god tro

En primær transporthaver, som er *i god tro* om eksistensen af en sekundær transporthaver, kan udvide kreditten til skade for den sekundære, jf. princippet i GBL § 29. En forudsætning herfor er naturligvis, at den primære transporthaver ifølge aftalen med pantsætteren har sikkerhed for kreditudvidelsen. Den sekundære transporthavers anmeldelse/denunciation af sin ret over for den primære bringer selvsagt ikke den primære i relevant ond tro, hvis den sekundære i sin anmeldelse/denunciation angiver at ville respektere den primæres tilgodehavende »til enhver tid«.

En primær transporthaver, som har modtaget meddelelse om den sekundæres indbrud, er ikke i forhold til pantsætter *legitimeret* til at udvide kreditten til skade for den sekundære. Afgørende for kreditudvidelsesproblemet er som nævnt, om meddelelsen bringer den primære transporthaver i ond tro om den sekundæres ret, jf. herved GBL § 29, hvorimod det i denne forbindelse er uden betydning, om meddelelsen opfylder kravene i GBL § 31. Også viden eller burde-viden om den sekundæres ret, som den primære transporthaver erhverver på anden måde end ved formelig meddelelse, er til hinder for kreditudvidelse til skade for den sekundære. Det følger af det anførte, at spørgsmålet om den primære transporthavers kreditudvidelse til skade for den sekundære er et legitimationsproblem – ikke et sikringsaktsproblem.

Om det lignende kreditudvidelsesproblem ved ejerpantebreve i fast ejendom kan henvises til U 1979.566 H og U 1979.569 H. I den førstnævnte dom ansås en primær håndpanthaver i et ejerpantebrev afskåret fra at yde pantsætteren yderligere kredit til skade for en sekundær håndpanthaver »efter at [den primære håndpanthaver] havde modtaget underretning om den sekundære håndpantsætning«. En tilsvarende formulering ses i U 1979.569 H, der angik forholdet mellem en primær håndpanthaver i et ejerpantebrev og en retsforfølgende kreditor i ejendommen. – Ingen af de to domme er til hinder for den ovenfor hævdede opfattelse, hvorefter ond tro hos den primære panthaver – som ikke er fremkaldt af en formelig meddelelse – afskærer kreditudvidelse til skade for en sekundær panthaver. Således er dommene da også udlagt i teorien, jf. eksempelvis *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 169, *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 295 og 298 og *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 282. Ifølge *Bent Iversen loc. cit.* må kreditudvidelsesproblemet – ved håndpant i ejerpantebreve – anskues som et legitimationsproblem. Se tilsvarende *W. E. von Eyben loc. cit.* Ifølge *Carstensen og Rørdam loc. cit.* s. 326 er der tale om et »retsværnsproblem«. Hvis der

med betegnelsen »retsværnsproblem« menes sikringsaktsproblem, kan karakteristikken ikke tiltrædes for så vidt angår forholdet mellem den primære og den sekundære.

De to nævnte domme om ejerpantebreve er ikke begrundet med tinglysningslovens særlige regler om fast ejendom. Det ved dommene fastslåede princip om den primære håndpanthavers kreditudvidelse i god tro må følgelig gælde tilsvarende for primære transporthavere i en simpel fordring. Ved entreprisesummer er det dog vigtigt at være opmærksom på, at AB 92 § 5, stk. 2, ofte vil gælde for transporterne, således at den primære transporthaver kun har forrang for krav, der vedkommer det konkrete byggeri. Udvider den primære i god tro kreditten med byggeriet uvedkommende krav, er en sådan udvidelse efterstillet en sekundær transporthavers vedkommende krav.

En transporthaver, der er efterstillet flere foranstående transporthavere, må i forhold til hver af de foranstående sikre sig, at de ikke fremstår som legitimerede i forhold til pantsætter. En tertiær transporthaver må eksempelvis sørge for, at såvel den primære som den sekundære transporthaver bringes i ond tro om den tertiæres ret.

En primær transporthaver kan efter omstændighederne være i ond tro som følge af en forevist eller overladt entreprisekontrakt eller andre dokumenter vedrørende byggeriet. En forevisning eller overladelse af dokumenter – der ikke har til formål at give meddelelse om den sekundære ret – er som klart udgangspunkt ikke tilstrækkelig sikringsakt, idet en meddelelse efter GBL § 31 skal være dispositiv, d.v.s. at meddelelsen skal have til formål at virke som sikringsakt. Der påhviler ikke den primære transporthaver nogen almindelig pligt til løbende at undersøge, om udvidelse af kreditten vil stride mod eventuelle sekundære transporthaveres ret. Dette udgangspunkt må anses som sikkert ved byggeritransporter, idet det er velkendt, at sådanne transporter oftest sker til sikkerhed for løbende mellemværender.

9.3.2. Gæld, der opstår »automatisk«, f.eks. renter, provision og omkostninger

Har den primære transporthaver ifølge pantsætningsaftalen sikkerhed for renter, omkostninger, provision m.v., går sådanne krav forud for den sekundære panthavers krav. En sekundær transporthaver kan ikke ved at anmelde sin ret over for den primære undgå at skulle respektere disse såkaldt »automatisk« opstående krav. Ifølge *Illum:* Om ejerpant og panteprioritet, 3. oplag (1974) s. 91 »flyder disse krav af den oprindelige aftale med pantsætteren på en sådan måde, at panthaverens dækning ikke kan berøves ham ved en aftale med tredjemand«. De nævnte krav går med andre ord forud for indbrudspan-

tet, jf. *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 174. Som anført af den sidstnævnte forfatter går kravene forud for indbrudspantet, uanset om de er påløbet efter det tidspunkt, hvor den primære transporthaver – typisk som følge af den sekundæres meddelelse – fik kendskab til eller burde-viden om den sekundære ret.

En transporthaver har endvidere ifølge almindelige panteretlige regler sikkerhed for sagsomkostninger, som påløber i forbindelse med en eventuel tvangsinddrivelse af den pantsatte fordring. Også sådanne omkostninger må respekteres af en sekundær transporthaver, uanset om de opstår før den sekundæres meddelelse af sin ret til den primære transporthaver, jf. *Bent Iversen loc. cit.* med henvisning til *Kirsten Høpner Petersen* i U 1979 B s. 390.

9.3.3. Fordringer hidrørende fra tidligere påtagne forpligtelser. Eventualforpligtelser

I litteraturen om ejerpantebreve antages det, at en gældsforpligtelse, der kun eksisterer som eventualforpligtelse på tidspunktet, hvor den primære panthaver opnår kendskab til eller burde-viden om indbruddet, må respekteres af indbrudspanthaveren, jf. f.eks. *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 174. Et typisk eksempel er, at den primære panthavers sikkerhed i ejerpantebrevet omfatter det latente regreskrav for en kautionsforpligtelse, som panthaver allerede har påtaget sig på tidspunktet for den sekundære pantsætning – eller i hvert fald inden den primære panthaver opnåede viden eller burde-viden herom.

Principielt gælder tilsvarende principper for en eventualforpligtelse, som er omfattet af en primær transporthavers sikkerhed i en fordring. Det gælder imidlertid her den væsentlige modifikation, at AB 92 – herunder § 5, stk. 2, om vedkommende transporters forrang – meget ofte er aftalt mellem bygherre (skyldneren) og den primære transporthaver (bygherrens pengeinstitut). I det omfang den sekundære transporthavers har fået transport til sikkerhed for et vedkommende krav, som opfylder betingelserne i § 5, stk. 2, kan den primære transporthaver ikke udvide kreditten, som følge af at en byggeriet uvedkommende eventualforpligtelse aktualiseres. Har den primære transporthaver eksempelvis fået sikkerhed for et regreskrav i anledning af en for bygherren påtaget garanti, som ikke står i forbindelse med byggeriet, vil den kreditudvidelse, som skyldes regreskravet, blive placeret efter en sekundær, vedkommende transporthaver.

9.3.4. Såkaldt »nødvendig kreditudvidelse«

I de ovenfor i afsnit 9.3.1-9.3.3 nævnte tilfælde er kreditudvidelsen kendetegnet ved, at den opstår »automatisk« eller under omstændigheder, som den primære panthaver ikke er herre over, eller som han er i god tro om. I de tilfælde, som behandles i det følgende, sker kreditudvidelsen som følge af den primære transporthavers egen beslutning og til trods for den sekundæres kendte ret. Som nævnt ovenfor i afsnit 9.2.4 følger det forudsætningsvis af U 1987.374 V, at den primære transporthaver til trods for underretningen om indbrud kan tillade en udvidelse af kreditten (på forprioriteten), i det omfang betalingerne er »nødvendige for at undgå særlig risiko eller ulempe for byggeriernes gennemførelse«. Formuleringen af disse betingelser har væsentlige lighedspunkter med formuleringen af de betingelser, der gælder for bygherrens negligeringsret, d.v.s. bygherrens ret til f.eks. at se bort fra en hovedtransport og betale direkte til den kontraherende entreprenør, når det er »nødvendigt for at undgå nærliggende fare eller væsentlig ulempe« for byggeriets gennemførelse, jf. herved princippet i RPL § 511, stk. 3, og nærmere om det sidstnævnte problem ovenfor i afsnit 5.3.

9.3.4.1. Almindelige bemærkninger om nødvendig kreditudvidelse

Dommene U 1979.566 H og U 1979.569 H er dansk rets to vigtigste afgørelser om såkaldt »nødvendige kreditudvidelse« på forprioriteten til skade for en sekundær panthaver. De to højesteretsdomme – der begge vedrører håndpant i ejerpantebreve og ikke angår byggeriforhold – fastslår forudsætningsvis, at der kan ske kreditudvidelse, hvis det er »nødvendigt til imødegåelse af tab for panthaver eller i øvrigt til varetagelse af andre interesser end skyldnerens [d.v.s pantsætters]«. Den nævnte formulering må opfattes som en *almindelig retsgrundsætning*, der som udgangspunkt også finder anvendelse på kreditudvidelsesproblemet, når den primære panthaver har sikkerhed i andre aktiver end ejerpantebreve, f.eks. sikkerhed i en simpel fordring.

Med de citerede formuleringer yder ingen af de to afgørelser imidlertid nogen udtømmende vejledning ved afgørelsen af, hvornår en kreditudvidelse er nødvendig med den virkning, at udvidelsen nyder prioritet frem for efterstillet panthaver. Dog kan i hvert fald to hovedsynspunkter udledes af dommene:

For det første følger det af de ovenfor citerede domspræmisser, at *hensynet til pantsætteren* ikke kan begrunde en kreditudvidelse på forprioriteten (jf. ordene »nødvendigt til [..] varetagelse af andre interesser end skyldnerens«). Pantsætterens interesse i drift af en virksomhed – f.eks. finansieret over en kassekredit – giver ikke i sig selv panthaver nogen ret til kreditudvidelse. Det

samme gælder pantsætterens (f.eks. en hovedentreprenørs) interesse i færdiggørelse af et byggeri – f.eks. finansieret over en byggekredit.

For det andet følger det af de ovenfor citerede præmisser, at *hensynet til forpanthaveren* nok kan begrunde en kreditudvidelse på forprioriteten, men at dette hensyn skal have en betydelig vægt (jf. ordene til »nødvendigt til imødegåelse af tab for panthaver«). Forpanthaverens almindelige forretningsmæssige interesse i at kunne fortsætte en kreditgivning kan med andre ord åbenbart ikke begrunde nogen fortrinsret. Som det mest praktiske eksempel kan nævnes et pengeinstituts interesse i at fortsætte en kreditgivning med henblik på at opnå forrentning heraf. Se i det hele tilsvarende *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 176.

Det bemærkes, at gældsudvidelsesproblemet i ingen af de to nævnte domme er begrundet med tinglysningslovens særlige regler om fast ejendom, og at de ved dommene fastslåede principper for gældsudvidelse derfor også må gælde ved transport i entreprisesummer. Præmisserne i de to afgørelser er imidlertid så »brede«, at de langt fra besvarer alle spørgsmål, når sikkerheden har tilknytning til et byggeri, jf. herom umiddelbart nedenfor.

9.3.4.2. Specielt om nødvendig kreditudvidelse i byggeriforhold

Specielt om byggeriforhold kan henvises til den gamle afgørelse U 1908.74 H. Dommen vedrørte et pantebrev (i en ejendom under bebyggelse), der reelt fungerede som ejerpantebrev. Højesteret fastslog, at en sagfører – der havde fået sikkerhed i pantebrevet – havde fortrinsret for sit fulde tilgodehavende med prioritet forud for en udlægshaver, hvis udlæg var foretaget inden byggeriets afslutning. I Højesterets præmisser hedder det, at den primære panthavers fortrinsret var nødvendig for at sikre, at han fik fuld dækning for sine forstrækninger til byggeriet.

Dommen synes at kunne tages til indtægt for en fortrinsret for gældsudvidelse, som er *nødvendig* for at forbedre den pantsatte ejendom og dermed den primære pantsætters sikkerhed, jf. *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 177. Se i samme retning *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 297. Den sidstnævnte forfatter anfører, at forpanthaver i byggeritilfælde kan blive tvunget til at udvide kreditten for at få byggeriet fuldført. Det anføres i samme forbindelse, at dette kan være i efterpanthavers egen sikkerhedsmæssige interesse, men at det formentlig også er legitimt at fortsætte kreditten af hensyn til andre rettighedshavere i byggeriet. Om dommen kan endvidere henvises til *Frederik Vinding Kruse:* Ejendomsretten, 3. udgave, bind 3 (1951) s. 1425, *Illum:* Om ejerpant og panteprioritet, 3. oplag (1974) s. 92 og *Jan*

Schans Christensen i Justitia 1981/3 s. 29 f. Om dommens betydning i forbindelse med retsforfølgning mod et *byggelånsejerpantebrev* kan henvises til *Axel H. Pedersen:* Byggeriets retlige og økonomiske organisation, 6. udgave (1965) s. 129. Denne forfatter tager dommen til indtægt for, at en byggelånsgiver har krav på at færdiggøre byggeriet uanset retsforfølgningsskridt mod ejendommen, simpelt hen fordi långiver inden for pantebrevets pålydende har sikkerhed for det tilgodehavende, der opstår ved byggeriet.

At de ved dommene fastslåede principper tillige gælder for gældsudvidelse, når der er givet transport i en entreprisesum, er forudsat ved U 1987.374 V. I denne dom hævdede den primære transporthaver – hovedentreprenørens pengeinstitut – at en gældsudvidelse kunne ske til skade for en sekundær transporthaver, idet gældsudvidelsen havde været »nødvendig«. Til støtte herfor anførtes det alene, at trækkene skyldtes en række betalinger for leverancer eller arbejder, som lå forud for den del af den sekundære transporthavers arbejde, som den sekundære transporthaver efter hovedentreprenørens konkurs ikke fik betaling for. Vestre Landsret fandt imidlertid ikke, at gældsudvidelsen som følge heraf kunne anses for nødvendig, ligesom landsretten heller ikke fandt, at der i øvrigt var påvist konkrete omstændigheder, som gjorde de enkelte betalinger nødvendige. Det fremgår klart, at »nødvendighedssynspunktet« ikke generelt blev afvist ved U 1987.374 V, men at synspunktet konkret led skibbrud som følge af den primære transporthavers manglende bevisførelse for udvidelsens nødvendighed. Det fremgår endvidere klart af dommen, at det er den primære transporthaver, som har bevisbyrden for kreditudvidelsens nødvendighed. Den generelle risiko for byggeriets standsning ved undladelse af betalinger for arbejder og leverancer forud for den efterstillede transporthavers arbejder og leverancer er i så henseende ikke tilstrækkeligt bevis. Tværtimod fastslog landsretten, at den fortrinsstillede transporthavers kreditudvidelse forudsætter bevis for, hvilke konkrete omstændigheder der har gjort de enkelte betalinger nødvendige, f.eks. ved en redegørelse for de overvejelser, der måtte have ligget til grund for vurderingen af de enkelte betalingers nødvendighed.

Om den primære transporthavers ret til »nødvendig gældsudvidelse« skal nævnes, at problemerne i forbindelse hermed har meget tydelige lighedspunkter med de problemer, som knytter sig til bygherrens »negligeringsret«, jf. princippet i RPL § 511, stk. 3. Det ses da også af præmisserne til U 1987.374 V, hvor der anvendes stort set den samme terminologi, som anvendes ved beskrivelsen af bygherrens nødvendige fradragsret: »[P] kunne kun få prioritet forud for [UE] for fremtidige tilgodehavender i det omfang, disse hidrørte fra betalinger, der var nødvendige for at undgå særlig risiko eller ulempe for

byggeriernes gennemførelse«. *Det må herefter antages, at det »nødvendighedssynspunkt«, som kan begrunde en negligering af transporter i byggeriforhold, jf. princippet i RPL § 511, stk. 3, i alt væsentligt svarer til det »nødvendighedssynspunkt«, som kan begrunde en primær transporthavers kreditudvidelse til skade for en sekundær.* Denne lighed er naturlig, da der i begge tilfælde er tale om tilsidesættelse af tredjemands sikkerhed: Bygherren vil betale til overdrageren (HE) til trods for en given transport, og primærpanthaveren vil udvide en kredit til skade for en efterpanthaver.

Det anførte skal ikke sløre, at de to retlige konstruktioner har forskellige interessesubjekter. Som det vil være fremgået af det netop anførte om den primære transporthavers ret til nødvendig gældsudvidelse, er der tale om en ret til at udvide kreditten på bekostning af en sekundær transporthaver af *hensyn til den primære transporthaver* (d.v.s. fordringens kreditor) – i praksis af hensyn til den primære transporthavers egen sikkerhed i entreprisesummen. Som det vil være fremgået af det i afsnit 5.3 anførte om bygherrens nødvendige fradragsret, er der tale om en ret for bygherren til at negligere en transport af *hensyn til bygherren selv* (fordringens debitor) – i praksis af hensyn til bygherrens interesse i byggeriets gennemførelse. Varetagelsen af hensynet til begge de nævnte interessesubjekter har imidlertid typisk en snæver sammenhæng med byggeriets gennemførelse, og det kan derfor ikke undre, at de to retlige konstruktioner i praksis kommer til at tjene det samme formål – at tilgodese produktionsforholdene i byggebranchen.

I U 1994.812 H brugte den primære panthaver (hovedentreprenørens pengeinstitut) ikke selv den primære hovedtransport, men betalte de forskellige håndværkere/entreprenører i takt med deres arbejde på byggeriet (jf. dommen s. 815). Transporten i dommen havde altså et *fordelingsformål*. Hvor spørgsmålet i ejerpantebrevstilfældene – U 1979.566 H og U 1979.569 H – var, om en primær håndpanthaver skulle holde op med at udvide kreditten, blev der i U 1994.812 H procederet på, at fordeleren skulle holde op med at fordele, således at der blev reserveret et tilstrækkeligt stort beløb til en anmeldt transporthaver. Under sagen gjorde det fordelende pengeinstitut gældende, at det var nødvendigt at lade hovedentreprenøren betale de øvrige underentreprenører af det indkomne beløb for at sikre byggeriets gennemførelse og for at undgå tab. Hverken landsret eller Højesteret kom dog til at tage stilling til problemet, idet transporthaveren alene antoges at have sikkerhed i den del af entreprisesummen, som vedrørte en bestemt del af entreprisen, og idet transporthaveren havde modtaget dette beløb. Nødvendighedssynspunktet synes imidlertid ikke i U 1994.812 H at kunne have afgjort sagen til fordel for det fordelende pengeinstitut: For det første skulle hovedentreprenørens pengein-

stitut som nævnt fordele transportbeløbet, hvorfor det er vanskeligt at se, hvorledes det skulle kunne være nødvendigt for at undgå tab for dette pengeinstitut, at det negligerede den sekundære transporthaver. For det andet forelå det ikke oplyst, at *bygherren* skulle have bedt pengeinstituttet om at negligere den sekundære transport, hvorfor en fordeling uden om den sekundære transporthaver heller ikke synes at have været nødvendig af hensyn til bygherren.

10. Oprykningsret

Mens det foregående afsnit vedrører den mulige *forværring* af den sekundæres sikkerhed som følge af kreditudvidelse på forprioriteten, vedrører dette afsnit den mulige *forbedring* af den sekundæres sikkerhed som følge af kreditnedbringelse på forprioriteten. Der findes ikke lovregler om oprykningsproblemet ved pant i fordringer – eller for den sags skyld ved pant i løsøre. I litteraturen behandles problemet normalt under ét for disse to aktivtyper, jf. f.eks. *Blok* i U 1986 B s. 73 ff.

Tinglysningslovens regler om efterstående panthaveres oprykning, når pantet er givet i fast ejendom, finder begribeligvis hverken direkte eller analog anvendelse på pant i fordringer. Udgangspunktet i TL § 40, stk. 1, hvorefter der gælder et system med »faste pladser«, kan således ikke overføres til fordringer. Heller ikke de særlige betingelser, som TL § 40 stk. 3, opstiller for efterpanthaverens oprykningsret – nemlig *at* oprykningsret er aftalt, *og at* gælden på forprioriteten nedbringes til et forud angivet tidspunkt – kan overføres på fordringer. Det anførte er ikke ensbetydende med, at retsstillingen vedrørende pant i fast ejendom i enhver henseende er uden lighedspunkter med retsstillingen vedrørende fordringer. Således antages det, at håndpant i ejerpantebreve i fast ejendom betragtes som pant i fordringer for så vidt angår spørgsmålet om oprykningsret, jf. *Blok* i U 1986 B s. 86 og *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 178 med henvisning til U 1986.678 V, hvor en sekundær håndpanthaver rykkede op i overensstemmelse med aftalen med pantsætter, selv om der ikke i ejerpantebrevet var fastsat nogen afdragsaftale eller bestemte betalingstidspunkter. Se også U 1979.569 H, der dog angik et nogle udpantninger i en fast ejendom inden for rammerne af et ejerpantebrev. Efter udpantningerne, men inden meddelelsen herom til en håndpanthaver i ejerpantebrevet, tillod håndpanthaveren en kreditudvidelse på forprioriteten, hvilket udpantningerne måtte respektere. Da gælden til håndpanthaveren imidlertid efterfølgende blev nedbragt, rykkede udpantningerne op til en placering efter gælden til håndpanthaveren på tidspunktet for udpantningernes foretagelse, selv om betingelserne i TL § 40 stk. 3, ikke var opfyldt. Dommen fastslår en almindelig panteretlig regel om automatisk oprykning efter nedrykning.

Det er almindeligt antaget i nyere teori, at en efterpanthaver som *deklaratorisk regel* har oprykningsret, når gælden på forprioriteten nedbringes, jf. eksempelvis *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 328 (men anderledes U 1981.212 SH, der er omtalt nedenfor). Efterpanthaverens oprykningsret er dog ikke til hinder for, at en panteret på forprioriteten ombyttes med en anden. Eksempelvis kan en sekundær transporthaver i en entreprisesum ikke modsætte sig, at hovedentreprenøren, der har givet sit pengeinstitut (P1) primær transport til sikkerhed for en byggekredit, skifter til et andet pengeinstitut (P2), og i den forbindelse aftaler, at P2 – efter indfrielse af P1 – skal overtage P1's plads på forprioriteten. Resultatet følger af den såkaldte ombytningslære, der indebærer en *undtagelse* til reglen om oprykningsret. Ifølge ombytningslæren kan pantsætter således på visse betingelser ombytte panteretten på forprioriteten. Betingelserne er, at der skal være såvel en reel som en formel sammenhæng (samtidighed) mellem indfrielsen af den oprindeligt sikrede fordring og stiftelsen af den nye fordring og panteretten herfor.

Reel sammenhæng foreligger i hvert fald, hvis den oprindelige fordring er indfriet med provenuet fra den nye kredit. En kortere tidsmæssig forskydning mellem optagelsen af den nye kredit og indfrielsen af den gamle må antagelig tillige accepteres, jf. *Blok* i U 1986 B s. 82. Formel sammenhæng foreligger, hvis aftalen om sikkerhed for den nye kredit på forprioriteten er indgået inden indfrielsen af gælden på forprioriteten, og den nye kredit er effektueret kort herefter, jf. nærmere *Blok op. cit.*

Når det siges, at reglen om oprykningsret gælder deklaratorisk, betyder dette på den ene side, *at* efterpanthaveren rykker op uden særlig aftale herom, men på den anden side, *at* efterpanthaveren ikke rykker op, hvis aftalen med pantsætter er til hinder herfor. Et eksempel på det sidstnævnte foreligger formentlig, hvis en sekundær transporthaver i en entreprisesum helt generelt er gået ind på at respektere »en primær transport på op til 1 million kr.«. Således følger det af den klassiske ombytningslære, at en panthaver, der står tilbage som følge af en *abstrakt respektklausul,* ikke har oprykningsret. Anderledes ved en individuel respektklausul, d.v.s. en klausul, som vedrører en bestemt kreditor. Abstrakte respektklausuler forekommer dog overordentlig sjældent ved sikkerhed i fordringer.

Se til illustration U 1981.212 SH (om pant i løsøre), hvor oprykningsret blev nægtet i et tilfælde, hvor der var sket ombytning på forprioriteten (uden at kravene til reel og formel samtidighed var opfyldt). Dommen er bl.a. begrundet med, at der ikke var aftalt oprykningsret for efterpanthaveren. Denne begrundelse må anses for forkert, men ikke desto mindre forekommer resultatet rigtigt. Begrundelsen for at nægte oprykning burde

have været, at efterpanthaveren respekterede et ejerpantebrev på forprioriteten, og at en sådan respektklausul må anses for abstrakt.

Når en efterpanthaver én gang er rykket op, er det almindelige panteretlige udgangspunkt, at tilgodehavender, som forpanthaveren herefter erhverver under sikkerheden, står tilbage for den således oprykkede efterpanthaver. Dette udgangspunkt må meget ofte anses for fraveget ved entreprenørtransporter. Som eksempel kan nævnes følgende tilfælde: Den primære transporthaver er et pengeinstitut, som af HE har fået transport på entreprisesummen (d.v.s. kravet mod BH) til sikkerhed for en byggekredit; HE's gæld til P varierer i størrelse, idet gælden stiger ved HE's træk på kreditten, mens gælden nedbringes ved BH's betalinger, der f.eks. sker løbende a conto i takt med fakturering. Som anført ovenfor i afsnit 9.2 gælder der en formodning imod, at den sekundære er tillagt indbrudsprioritet (med den virkning, at likviditetsstrømmen til HE afbrydes). I det omfang denne formodning bliver afgørende for løsningen af indbrudsproblemet, må den også blive afgørende for virkningerne af oprykningsretten. Når det således ikke har været tilsigtet at tillægge den sekundære indbrudsprioritet, har det begribeligvis heller ikke været tilsigtet, at den sekundære som følge af oprykning skulle kunne blokere for kreditudvidelse. Den oprykkede sekundære må altså tåle kreditudvidelser på forprioriteten i samme omfang, som hvis oprykning ikke var sket.

KAPITEL 4

Factoring

1. Indledning

1.1. Begreb og systematik

Ved factoring forstås en systematisk overdragelse af en kreditsælgende virksomheds udestående kundefordringer. Overdragelsen kan ske med henblik på administration af en debitorportefølje og/eller med henblik på finansiering. Dette kapitel omhandler først og fremmest factoring som finansieringsform, men der vil tillige blive gjort nogle bemærkninger om debitoradministration.

Når det hedder, at factoring indebærer en systematisk overdragelse af en virksomheds kundefordringer – jf. tilsvarende *Bogdan* i TfR 1981 s. 514 – ligger heri, at virksomheden har givet factor *forhåndstilsagn* om overdragelse af hele sin debitormasse eller dog af samtlige fordringer inden for et bestemt geografisk kundeområde, inden for bestemte varegrupper el. lign. Virksomhedens pligt til løbende at overdrage de af aftalen omfattede fakturafordringer til factor modsvares typisk af en pligt for factor til at finansiere virksomheden i et omfang, som afhænger af mængden af overdragne fakturafordringer.

I et factoringarrangement indgår *tre aktører*: (1) Den kreditsælgende virksomhed (her betegnet »virksomheden« eller »overdrageren« m.v.), (2) denne virksomheds kunder (her betegnet »fakturaskyldnerne« eller »debitorerne« m.v.) og (3) den virksomhed, som erhverver kundefordringerne (her betegnet »factor« eller »erhververen« m.v.).

Debitorerne for de overdragne fakturafordringer kan være forbrugere og/eller erhvervsdrivende. I det følgende forudsættes fakturaskyldnerne at være erhvervsdrivende, hvilket er det almindelige i praksis, jf. allerede »Bossudvalgets« *Betænkning nr. 628/1971* om finansieringsselskaber og lignende virksomheder s. 86 f. De særlige kreditaftaleretlige problemer, som opstår ved overdragelse af fordringer, der udspringer af forbrugerkreditkøb, vil kun blive

omtalt sporadisk, og kun hvis en sådan omtale er egnet til at illustrere mere generelle factoringproblemer.

Factor er i praksis enten et factoringselskab (der har det som sin eneste eller dog væsentligste aktivitet at overtage kreditsælgende virksomheders kundefordringer) eller et pengeinstitut.

Pengeinstitutternes kreditgivning mod sikkerhed i fakturakrav har dog ofte ikke karakter af factoring i den ovenfor angivne forstand. Navnlig har virksomheden måske ikke pligt til at overdrage en på forhånd afgrænset kategori af fakturafordringer til pengeinstituttet, idet der i stedet indgås aftale om overdragelse af fakturafordringerne én for én. I praksis benyttes betegnelsen *fakturabelåning* oftest om en finansieringsordning, som bygger på fakturatransporter til et pengeinstitut, mens betegnelsen *factoring* oftest benyttes om fakturatransporter til et factoringselskab, jf. tilsvarende *Lasse H. Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 4.

Denne terminologi har dog ikke været styrende for emneafgrænsningen i dette kapitel, der som nævnt omhandler systematisk fakturaoverdragelse i henhold til en forhåndsaftale herom – uanset om aftalen er indgået med et factoringselskab eller et pengeinstitut. Når gennemgangen af factoring og fakturabelåning ikke er fordelt på to kapitler skyldes det, at den grundlæggende retsfigur er det samme trepartsforhold: En kreditor, der har en fordring mod en skyldner, søger at rejse penge på fordringen – skaffe sig finansiering – ved overdragelse af fordringen til en erhverver. Det siger sig selv, at løsningen af de retlige problemer i sådanne trepartsforhold er uafhængig af, om man karakteriserer forholdet som factoring eller fakturabelåning. Om nogle af afsnittene i dette kapitel vil man imidlertid kunne sige, at de i praksis oftest opstår i forhold til factoringselskaber (d.v.s. ved factoring), mens andre problemer i praksis oftest opstår i forhold til pengeinstitutter (d.v.s. ved fakturabelåning). Det skal i øvrigt bemærkes, at en række pengeinstitutter har en koncernforbindelse til et finansierings- eller factoringselskab, således at pengeinstituttets potentielle factoringkunder kan henvises til dette selskab.

I forbindelse med factoring/fakturabelåning ses typisk tre hovedtyper af dokumenter: For det første en factoringkontrakt/fakturabelåningsaftale (undertiden betegnet »basisaftale« eller »rammeaftale«), som regulerer forholdet mellem virksomheden og factor. For det andet et antal overdragelseserklæringer (der kan være udformet som »lister«), hvorved virksomheden løbende overdrager sine kundefordringer til factor. For det tredje en standardiseret meddelelse (denunciation), som påtrykkes eller påstemples hver enkelt faktura, og som oplyser fakturaskyldneren om, at fordringen er overdraget til factor, og at betaling skal ske til denne.

Ved de nævnte dokumenter reguleres problemer af såvel obligationsretlig som tingsretlig art. Udgangspunktet er, at der hersker aftalefrihed i det obligationsretlige forhold, d.v.s. mellem de direkte aftaleparter (factor og virksomheden). For så vidt angår det tingsretlige forhold, d.v.s. forholdet til tredjemand (herunder virksomhedens retsforfølgende kreditorer), er udgangspunktet, at retsreglerne er præceptive. Præceptiviteten gælder eksempelvis reglerne om sikringsakter samt konkurslovens regler om omstødelse.

Det bemærkes, at kapitlet i meget vidt omfang er inspireret af anvendte danske factoringkontrakter, hvoraf jeg har indsamlet et større antal. Kontrakterne er temmelig ens i deres opbygning, om end der forekommer faktiske og retlige variationer i udførelsen med hensyn til navnlig betalingsstrømme og bogføring, jf. i samme retning *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 117.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at udtrykket »factoring« i kontraktspraksis anvendes som samlebetegnelse for en række forskellige *funktioner* af henholdsvis administrativ og finansieringsmæssig art. Således udbyder factoringselskaberne et sortiment af »produkter«, der som moduler kan sammensættes efter den konkrete virksomheds behov. Produktsortimentet, der ofte er opbygget trinvist, kan f.eks. bestå af følgende moduler:

(1) Inddrivelse af virksomhedens udestående kundefordringer.
(2) Varetagelse af virksomhedens debitoradministration/debitorstyring, herunder førelse af kundebogholderi m.v.
(3) Risikoafdækning, d.v.s. afdækning af virksomhedens risiko for tab på kundefordringer.
(4) Finansieringsvirksomhed, enten ved belåning (d.v.s. at factor yder virksomheden kredit mod at få sikkerhed i kundefordringerne) eller ved køb (med eller uden regres mod virksomheden i tilfælde af kundernes manglende betalingsevne).

Kontraktspraksis viser, at factoringkontrakter normalt er sammensatte kontraktsforhold. Således varetages (1) inkassofunktionen på grundlag af en *fuldmagt* fra virksomheden til factor. En aftale om (2) varetagelse af virksomhedens kundebogholderi har karakter af *værksleje*, og factors forpligtelse er dermed i flere henseender en *resultatforpligtelse*. Har factor påtaget sig (3) risikoafdækning af virksomhedens debitorer, er der herved indgået en aftale om *kaution eller garanti*. Har factor påtaget sig at yde virksomheden (4) finansiering, sker dette på grundlag af *overdragelse af simple fordringer*. Er overdragelse sket til sikkerhed (pantsætning), har den af factor ydede finansie-

ring karakter af et *pengelån*. Er overdragelse sket til eje uden regres mod virksomheden, har den af factor ydede finansiering karakter af en *købesum*.

Det ses, at »factoring« ikke er noget entydigt begreb – og slet ikke et begreb, hvorfra der kan deduceres retsvirkninger. Det ses endvidere, at factoringkontraktens delelementer er velkendte retsfigurer, som reguleres af velkendte regelsæt. Der forekommer ikke at være vundet noget ved at opfatte factoring som et retsforhold *sui generis*, og en sådan opfattelse ligger da heller ikke til grund for denne fremstilling.

I det følgende tages i videst muligt omfang udgangspunkt i de enkelte funktioner (kontraktstyper), som kan indgå i en factoringaftale. Ved beskrivelsen af disse funktioner lægges hovedvægten på den *almindelige* formuerets og insolvensrets anvendelse på de *specielle* problemer, som kan opstå i et factoringarrangement. Da factoring er velegnet til at illustrere en række grundlæggende og principielle problemer vedrørende sikringsakter og omstødelse i konkurs, er der i fremstillingen lagt særlig vægt herpå.

Den følgende fremstilling er disponeret således, at der nedenfor i afsnit 2 gøres nogle praktiske bemærkninger om baggrunden for valg af factoring. I dette afsnit beskrives de væsentligste fordele og ulemper, som knytter sig til de enkelte factoringfunktioner. I afsnit 3 behandles retsforholdet mellem factor og virksomheden. I dette afsnit vil factors ovennævnte funktioner blive nærmere beskrevet og behandlet, og parternes misligholdelsesbeføjelser behandles i forbindelse hermed. I afsnit 4 behandles sikringsaktsproblemet i forhold til factor – d.v.s. de betingelser, der skal være opfyldt, for at factor nyder beskyttelse over for virksomhedens aftaleerhververe og retsforfølgende kreditorer. I afsnit 5 behandles sikringsaktsproblemet i forhold til en sekundær panthaver i factoringarrangementets eventuelle friværdi – d.v.s. de betingelser, der skal være opfyldt, for at en sådan panthaver nyder beskyttelse over for virksomhedens aftaleerhververe og retsforfølgende kreditorer. I afsnit 6 behandles retsforholdet mellem factor og fakturaskyldneren. I dette afsnit gennemgås navnlig de forhold, som kan føre til, at factor ikke – eller ikke fuldt ud – kan kræve betaling af fakturaskyldneren. I afsnit 7 beskrives retsstillingen ved virksomhedens konkurs, og her omtales navnlig omstødelsesproblemerne i forbindelse med pantsætning af fakturafordringer.

En gennemgang af en række factoringaftaler og gennemførte interviewundersøgelser har vist, at factoring vælges ud fra forskellige motiver og rent teknisk gennemføres på forskellige måder i praksis. Disse forhold er i vidt omfang inddraget i dette kapitel – navnlig i afsnit 2 og 3 – idet det som udtalt i kapitel 1, afsnit 3.2 og 4, har været et hovedformål med fremstillingen at vise, hvorledes retsreglerne påvirker det praktiske retsliv på det helt jordnære

plan, dels med hensyn til motiverne for valg af finansieringsmåder, dels med hensyn til finansieringsaftalernes tilrettelæggelse. Det er i dette lys, de mere deskriptive dele af afsnit 2 og 3 skal læses.

1.2. Kort om norsk factoringpant

Inden den nærmere behandling af factoring efter dansk ret kan der være grund til at gøre nogle bemærkninger om den særlige norske ordning betegnet »factoringpant«.

Efter pantelovens § 4-10 er der mulighed for under ét at foretage underpantsætning af alle »de enkla pengekrav på vederlag for varer eller tjenester«, som en næringsdrivende »har eller får i sin virksomhed«, jf. herved *Brækhus:* Omsettning og kredit 2, 2. utgave (1994) s. 142, der generelt er meget kritisk over for denne pantsætningsform.

Oprindelig var det omdiskuteret, om ordningen omfattede andet end de kendte factoringordninger, men at dette var tilfældet, blev fastslået ved NRt 1987 s. 35 HD. Dommen er kritiseret af *Brækhus:* Omsettning og kreditt 2, 2. utgave (1994) s. 142 f., men tiltrådt af *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 297.

Ordningen går i korthed ud på, at en erhvervsdrivende gennem registrering af underpant i løsøreregisteret kan give sikkerhed i en virksomheds simple fordringer, uden at det er nødvendigt at underrette skyldnerne i hvert enkelt tilfælde. Det er end ikke nødvendigt, at de enkelte skyldnere bliver navngivet, hvilket indebærer en undtagelse til sædvanlige individualiseringskrav. I praksis sker det dog ofte, at fakturaskyldnerne tillige denuntieres.

Til trods for, at pantelovens § 4-10 er forsynet med overskriften »factoring«, er ordningen som nævnt ikke begrænset til egentlige factoringaftaler, jf. NRt 1987 s. 35 HD. Der stilles således ikke noget krav til panthaveren, der oftest vil være et pengeinstitut. Ifølge *Brækhus loc. cit.* omfatter egentlige factoringaftaler en meget beskeden del af de tilfælde, hvor der er etableret factoringpant.

Det kan nævnes, at factoringpant i modsætning til almindelig factoring ikke automatisk medfører, at der rejses likviditet på de udestående fordringer i takt med, at de pantsættes. Til gengæld er der ikke noget til hinder for, at pantsætter bevarer kreditorbeføjelserne og selv oppebærer fordringerne, når de indløber. Ordningen kan altså – alt efter parternes aftale – indebære den anomali, at virksomheden eventuelt kan råde ved aftale, mens virksomhedens kreditorer ikke kan søge sig fyldestgjort i de omfattede fordringer. Ifølge *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 308 må der dog kræves ganske klare holdepunkter i aftalen, hvis virksomheden skal have ret til at råde over for-

dringerne ved overdragelse. Panteretten kan ikke gøres gældende over for den, som god tro har erhvervet en konkurrerende ret til et krav, som omfattes af aftalen, og som har opnået tinglig beskyttelse af sin ret, jf. pantelovens § 4-10 andet led. Dette gælder, selv om factoringpantaftalen er tinglyst og således er beskyttet mod overdragerens kreditorer, jf. *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 328. Ond tro foreligger ikke, blot fordi en godtroende omsætningserhverver ikke har kontrolleret løsøreregisteret for en eventuel aftale om factoringpant, men hvor erhververen er erhvervsdrivende, stilles strenge krav til erhververens agtsomhed, jf. NRt 1992 s. 492 HD og *Jens Edvin Andreassen Skoghøy:* Panteloven (1995) s. 433. Ifølge den nævnte dom er spørgsmålet om erhververens gode tro dog ikke blot et spørgsmål om erhververen kendte eller burde kende til factoringpantaftalen, men også et spørgsmål om erhververen burde have forstået, at hans erhvervelse krænkede factoringpanthaverens ret, jf. *Jens Edvin Andreassen loc. cit.* s. 433 med henvisning til den netop nævnte NRt 1992 s. 492 HD.

Hvis det underliggende skyldforhold misligholdes, har panthaver ret til at få samtlige pantsætterens udestående fordringer overdraget til sig, jf. pantelovens § 4-6 første led.

Ifølge loven er det muligt at begrænse et factoringpant til en særlig del af den pågældende erhvervsvirksomhed. Muligvis kan pantet begrænses i videre omfang, eksempelvis således at kun kundefordringer er omfattet, jf. NRt 1989 s. 1209 HD, men kritisk over for denne løsning *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 240. Factoringpantet kan angå den til enhver tid værende fordringsmasse, men den kan også begrænses til kun at angå eksisterende eller fremtidige krav.

Der stilles ikke særlige krav til den fordring, som et factoringpant kan sikre. Det er således ikke et krav, at factoringpantet indrømmes til sikring af en driftskredit.

Som nævnt kan der ved factoringpant opnås tinglig beskyttelse ved registrering i løsøreregisteret. Som ligeledes nævnt er der imidlertid ikke noget til hinder for, at der – eventuelt tillige – skabes tinglig beskyttelse ved meddelelse til de enkelte kunder, jf. herved NRt 1989.1209 H og *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 320. I så fald er factoringpanthaveren tillige beskyttet over for overdragerens godtroende omsætningserhververe, jf. *Jens Edvin Andreassen op. cit.* s. 333.

Retspolitisk er hele ordningen særdeles omdiskuteret, og allerede ved NOU 1993:16 om efterkontroll af konkurslovgivningen m.v. blev ordningen foreslået ophævet. Dette er imidlertid ikke sket. I litteraturen har uenigheden bl.a. stået mellem de to ovennævnte forfattere *Brækhus* og *Jens Edvin Andreassen.*

Den sidstnævnte forfatter har bl.a. i Jussens Venner 1996 s. 8 udtalt, at der i det hele ligger en »betydelig grad av profesjonaliserings-, rationaliserings- og kontrolgevinst i at driftskreditten i størst mulig grad søkes samlet på en hånd«.

Der er ikke i Danmark udsigt til en ordning med factoringpant *ad modum* norsk ret. Derimod diskuteres det såvel politisk som retspolitisk, om der i Danmark bør skabes mulighed for et – mere vidtrækkende – virksomhedspant, herunder med mulighed for pantsætning af bl.a. kundefordringer *en bloc*. Den nærmere betydning af et eventuelt virksomhedspant for bl.a. factoring er behandlet afslutningsvis i denne fremstillings kapitel 13, afsnit 2.

2. Motiver ved valg af factoring. Den factoringegnede virksomhed

Det kan selvsagt variere, hvilken funktion/hvilke funktioner der motiverer en given virksomhed til at søge en factoringaftale indgået. Traditionelt har muligheden for at opnå finansiering været afgørende for de fleste virksomheder, men det er utvivlsomt rigtigt at hævde, at et stigende antal virksomheder fortrinsvis efterspørger produkterne »debitorstyring« og »risikoafdækning«.

For mange virksomheder er det primære motiv for indgåelse af en factoringaftale dog stadig af finansieringsmæssig art. Et factoringarrangement kan indebære frigørelse af størstedelen af de midler, som virksomheden har bundet i kundetilgodehavender. Om virksomheden har behov herfor, henholdsvis vil betale prisen herfor, afhænger i praksis af virksomhedens likviditet og alternative finansieringsmuligheder. På omkostningssiden vil det typisk være relevant at sammenligne omkostningerne ved et factoringarrangement med omkostningerne ved en kassekredit og/eller ved leverandørkreditter. Factoring er nemlig – som de nævnte kredittyper – en »kort« finansieringsform, som opfylder behovet for en løbende driftskredit. Hertil kommer, at der i praksis typisk er en snæver sammenhæng mellem en virksomheds omsætning og dens kapitalbehov. Den i factoring indbyggede sammenhæng mellem omsætning (fakturamasse) og kreditmuligheder indebærer, at likviditetstilgangen løbende følger finansieringsbehovet, jf. også *Bjørk* i SvJT 1983 s. 326.

Factoring indebærer tillige den fordel, at værdien af debitormassen ikke på helt samme måde som værdien af driftsmateriellet afhænger af, om realisation sker i forbindelse med overdragelse af virksomheden som »going concern«. Dog må der erkendes at være en tendens til, at en virksomhed, som har lidt økonomisk skibbrud i form af f.eks. konkurs, mødes med alle mulige indsigelser på sine fordringer og alt andet lige har mindre betalingsdygtige kunder.

Ofte er det brancheforhold, som gør factoring til en attraktiv finansieringsform. Som ét eksempel kan nævnes, at nogle brancher er præget af særlig kraftig vækst, således at virksomhederne i disse brancher har særlige investeringsbehov. Dette er f.eks. tilfældet i IT-branchen. Som et andet eksempel kan nævnes, at nogle brancher er præget af en sæsonbetonet afsætning, og at factoring her kan være en egnet finansieringsform, fordi virksomheden ved factoring tilføres mest kapital i de perioder, hvor omsætningen – og dermed typisk likviditetsbehovet – er størst. Dette gør sig f.eks. gældende for mange virksomheder i levnedsmiddelbranchen samt i konfektions- og tekstilbranchen. Som et tredje eksempel kan nævnes, at eksportvirksomheder kan opnå en form for kurssikring ved factoring, hvis factor yder finansieringen i den fremmede valuta. Dette ses eksempelvis i elektronikbranchen og møbelbranchen (hvor factoring i det hele taget anvendes relativt hyppigt). – Det skal understreges, at opregningen af brancher langt fra er udtømmende, og at der i dag kendes eksempler på anvendelse af factoring i virksomheder af snart sagt enhver art.

Det har tidligere været en ganske udbredt opfattelse, at factoring var en nødløsning for virksomheder, som på grund af dårlig økonomi ikke kunne opnå en mere traditionel finansiering af den daglige drift. Denne opfattelse er imidlertid alt for firkantet. Factoringkunder er ofte ekspanderende virksomheder, som har behov for kapitaltilførsel ud over, hvad der kan opnås fra mere sædvanlige finansieringskilder som f.eks. kassekreditter, leverandørkreditter m.v. Særligt i etableringsfasen kan også en sund virksomhed have en noget anstrengt likviditet. På dette tidspunkt i virksomhedens »liv« vil drifts- og anlægsaktiver i øvrigt ofte være behæftet i forbindelse med anskaffelsen. Dette indebærer, dels at disse aktiver ikke kan tilbydes som sikkerhed, dels at virksomheden kan have svært ved at opnå blanco-kredit.

Hertil kommer som nævnt, at mange – især mindre og mellemstore – virksomheder primært benytter sig af factoring på grund af den hermed forbundne debitoradministration. Ved at overlade debitorstyringen til et professionelt factoringselskab kan virksomheden efter omstændighederne opnå en økonomisk gevinst, dels som følge af besparelser på udgifter til personale, edb, papir og porto, dels som følge af en mere effektiv inddrivelse af forfaldne kundefordringer og morarenter. Må virksomheden opretholde sit eget regnskabs- og kontrolsystem, selv om debitoradministrationen nu varetages af factoringselskabet, kan der imidlertid blive tale om en vis dobbeltadministration, jf. nærmere *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1987) s. 7. Problemet med dobbeltadministration kan dog reduceres ved

elektronisk dataoverførsel mellem factor og virksomheden, jf. nedenfor i afsnit 3.2 med omtale af såkaldt »elektronisk factoring«.

De basale omkostninger ved et factoringarrangement indebærer, at en virksomheds årsomsætning skal have et vist volumen – typisk mindst 3-5 millioner kr. – for at factoring kan betale sig. Kravene til omsætningens størrelse afhænger dog bl.a. af fakturagennemsnittet. En omsætning på eksempelvis 3 millioner kr. kan lettere »bære« et factoringarrangement, hvis omsætningen udgøres af relativt få og store fakturaer, end hvis omsætningen udgøres af relativt mange og små fakturaer. Årsagen hertil er, at administrationsomkostningerne ved håndteringen af en faktura er de samme, uanset om fakturaen lyder på f.eks. 1.000 kr. eller på 10.000 kr. Det skal dog betænkes, at selv en større omsætning baseret på relativt få fakturaer kan blive administrativt dyr – opgjort pr. faktura – hvis factor beregner sig et grundbeløb for fakturaadministrationen, jf. *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 71.

Som tommelfingerregel skal fakturagennemsnittet være på minimum 3.000-4.000 kr., for at sædvanlig factoring – med overladelse af debitorstyring til factor – kan betale sig. Dette tal vil selvsagt variere afhængigt af navnlig virksomhedens egne administrationsomkostninger: Nogle virksomheder har en så effektiv debitoradministration, at der ikke kan opnås særlige besparelser ved at overlade administrationen til en factor – uanset et nok så højt fakturagennemsnit. Andre virksomheder har en fakturaportefølje med en så lille gennemsnitsstørrelse, at ekstern debitorstyring ikke *kan* gøres rentabel. For sådanne virksomheder udbyder både factoringselskaber og pengeinstitutter forskellige specialløsninger:

Et eksempel på en sådan specialløsning er såkaldt »bulk-« eller »minifactoring«, hvor fakturaskyldnerne betaler til factor, men hvor debitoradministrationen (herunder bogføring og rykkerprocedure) forbliver hos virksomheden. I factoringaftalen forpligter virksomheden sig til løbende at overføre kopi af data fra bogholderiet, således at factor på baggrund heraf kan kontrollere, at forholdet mellem kredit og sikkerhed holder sig inden for de aftalte rammer. Undertiden benyttes betegnelsen »*blokfinansiering*« om sådanne arrangementer, idet factors (eneste) ydelse til virksomheden er finansiering på baggrund af overdragne blokke af fakturafordringer. Se herved *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl (1997) s. 65 og 67 og *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering, 3. uppl. (2001) s. 178. – Undertiden tillades det virksomheden at oppebære fakturafordringerne på grundlag af en inkassofuldmagt fra factor. En sådan ordning rejser imidlertid alvorlige problemer med hensyn til factors kreditor- og omsætningsbeskyttelse, jf. nærmere ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.2, og nedenfor i afsnit 4.2.2.

Et andet eksempel på en specialløsning er den såkaldte »finansiering via selskabsopsplitning«, som indebærer, at fakturafordringerne overdrages koncerninternt: Typisk overdrages fakturafordringerne således fra et moderselskab til et datterselskab, som bærer moderselskabets navn med tilføjelsen »Finans«, og som har til formål dels at yde moderselskabet finansiering på grundlag af overdragelserne, dels at administrere og indkassere fakturafordringerne. De midler, som datterselskabet anvender til finansieringen af moderselskabet, skaffes til veje ved datterselskabets optagelse af kredit hos en ekstern kreditgiver. Arrangementet tilrettelægges således, *at* den eksterne kreditgiver i tilfælde af moderselskabets økonomiske sammenbrud så vidt muligt er eneste kreditor i datterselskabet, *og at* værdien af fakturamassen i datterselskabet mindst svarer til kreditgiverens krav mod dette selskab. Finansieringsformen – der i de senere år har været på retur – er behandlet nedenfor i kapitel 5.

Factor vil normalt kræve, at de fordringer, som overdrages, har en vis kortere løbetid, f.eks. højst 90-120 dage (men ofte mindre). Årsagen hertil er, at en fakturamasse alt andet lige udgør en bedre sikkerhed, jo hurtigere fakturaerne udskiftes.

Virksomheder, som har løbende samhandel med en fast kundekreds, er generelt mere factoringegnede end virksomheder, hvis omsætning udgøres af enkeltstående salg til forskellige kunder. En gennemgang af kundekredsen er således ofte en del af den kreditvurdering, som factor forlanger at foretage, inden tilsagn om finansiering gives. I øvrigt vil factor – ud fra overvejelser om risikospredning – i reglen stille krav om bredde i kundekredsen samt om, at virksomheden ikke er afhængig af omsætning med enkeltkunder. Factors krav til virksomheder, som fravælger administrationsordningen, vil ofte være højere end de krav der stilles til virksomheder, som overlader administrationen til factor. Årsagen hertil er, at factors kontrolmuligheder alt andet lige er størst i de sidstnævnte tilfælde, jf. *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 67.

Som en mulig ulempe ved factoring kan nævnes, at overdragelse af fakturaer indebærer, at en nedgang i omsætningen straks mærkes på virksomhedens likviditet. Indtræder en uventet omsætningsnedgang, har virksomheden ikke den »stødpude«, som normalt ligger i en portefølje af debitorer, som har købt på kredit, og virksomheden har dermed kortere tid til en eventuel omstilling ved vigende afsætning.

Som en anden mulig ulempe nævnes undertiden, at factoring reducerer den direkte kontakt mellem virksomheden og dens kunder, efter at varen er solgt. Dette gælder særligt i forhold til kunder, som ikke betaler rettidigt, og hos hvem factor opkræver beløbet i overensstemmelse med den aftalte rykkerprocedure.

Som en tredje mulig ulempe kan nævnes det »imageproblem«, der er en følge af, at dele af erhvervslivet stadig opfatter factoring som et signal om anstrengt økonomi, jf. tilsvarende i Sverige *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 72. Da factoring ofte benyttes i ekspanderende virksomheder, som er undergivet en nøje kreditvurdering af factor, er det dog langt fra altid tilfældet, at factoring kan opfattes på denne måde, jf. *Per Boman:* Factoring och leasing (1985) s. 24. Undertiden angives imageproblemet imidlertid at være den væsentligste forklaring, når en kreditsælgende virksomhed foretrækker, at fakturamassen udnyttes som finansieringsgrundlag på anden måde end ved traditionel factoring, jf. eksempelvis U 1997.697 H. Ved factoring indebærer meddelelseskravet, jf. GBL § 31, at både den eksterne finansiering og grundlaget herfor – d.v.s. overdragelse af fakturakrav – skal meddeles virksomhedens kunder. Skønnes der at ligge en negativ signalværdi heri, kan den ovenfor omtalte *»finansiering via selskabsopsplitning«* være et alternativ, idet meddelelsen til kunderne her oplyser om fakturafordringens overdragelse til virksomhedens eget datterselskab. En radikal løsning på imageproblemet er en såkaldt *»binavnekonstruktion«*, som indebærer, at factor efter aftale med virksomheden lader stifte et datterselskab, der bærer moderselskabets navn med tilføjelsen »Finans«, hvorefter fakturaerne overdrages til dette selskab. Arrangementet udbydes af enkelte factoringselskaber, men har ringe udbredelse i praksis.

3. Forholdet mellem factor og virksomheden

3.1. Inkasso

Det indgår som et led i det typiske factoringarrangement, at virksomhedens debitorer ved forfaldstid skal betale til factor. En betingelse for, at der påhviler fakturaskyldneren en sådan betalingspligt over for factor i stedet for til virksomheden, er som bekendt, at fakturaskyldneren hverken vidste, at fakturaoverdrageren ikke længere havde ret til at modtage betaling, eller at skyldneren ikke har udvist den agtpågivenhed, som forholdene krævede, jf. GBL § 29 og nedenfor i afsnit 6.1.

Sker betaling ikke, påhviler det factor at tage skridt til inddrivelse i overensstemmelse med factoringaftalens bestemmelser herom. Factoringselskaber påtager sig i praksis at stå for inddrivelsen af fakturafordringer, selv om fordringerne hverken er overdraget til eje eller til sikkerhed. Rene inkassoopdrag ses også i pengeinstitutsektoren, men mere sjældent – og slet ikke i den vidtgående form, at et pengeinstitut påtager sig en systematisk inddrivelse af

en virksomheds samtlige udestående kundefordringer. En fakturabelåningsaftale med et pengeinstitut vil oftest bestemme, at fakturafordringer, der ikke betales inden en vis frist, tilbageføres til virksomheden, der herefter selv må stå for indkasseringen.

Virksomheden er ifølge GBL § 3, stk. 2, berettiget til at anvise debitor et andet betalingssted (end virksomhedens forretningsadresse) i det land, hvor betaling skal finde sted, blot dette ikke påfører skyldneren »væsentlig ulempe eller udgift«. Virksomheden kan således pålægge sine fakturaskyldnere at betale direkte til factor. Det kan diskuteres, om den i bestemmelsen indeholdte »væsentlighedsbetingelse« alene vedrører den »ulempe«, som skyldneren må påføres, eller om betingelsen tillige vedrører skyldnerens »udgift«. Det forekommer oplagt, at der ikke må påføres skyldneren en væsentlig merudgift ved betaling på det nye betalingssted, jf. på linje hermed *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar s. 173 på baggrund af forarbejderne til den svenske gældsbrevslov. Under alle omstændigheder må skyldneren være berettiget til at sende betalingen med posten med almindeligt brev, og han kan ligeledes benytte postanvisning eller kontooverførsel, jf. herved *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 47. Betaler en fakturaskyldner til virksomheden til trods for et lovligt pålæg om betaling til factor, er betaling ikke desto mindre sket med frigørende virkning, hvis factor ikke har en materiel ret til fakturafordringen, men alene har krævet skyldneren i henhold til en inkassofuldmagt.

Inkassohvervet kan være mere eller mindre detaljeret beskrevet i factoringkontrakten. I nogle tilfælde er beskrivelsen holdt i generelle vendinger. Eksempelvis hedder det blot, at »factoringselskabet påtager sig at rykke for og indkassere virksomhedens kundefordringer, i det omfang fordringerne er omfattet af factoringkontrakten«. I andre tilfælde er der aftalt en egentlig rykkerprocedure. Eksempelvis kan factor have pligt til at udsende en første rykker inden 14 dage efter forfaldstid, en anden rykker inden yderligere 7 dage o.s.v. Inkassohvervet omfatter typisk beregning og opkrævning af morarenter. Inkassohvervet kan endvidere omfatte retslig inkasso samt anmeldelse i fakturaskyldnerens konkursbo m.v. I praksis lader factor dog normalt virksomheden afgøre, om en fordring – efter forgæves rykkerprocedure – skal overgives til retslig inkasso med heraf følgende omkostninger for virksomheden, jf. nedenfor.

Factors honorar for udførelsen af inkassohvervet betegnes typisk som »provision« og beregnes som en procentdel af debitormassen. Ofte beregnes provisionen for bogholderifunktionen og inkassofunktionen under ét. Yder factor tillige virksomheden kredit, betales der selvsagt en rente herfor.

Factor er alene berettiget til at iværksætte retslig inkasso, hvis dette enten er aftalt med virksomheden, eller hvis factor som følge af overdragelse til eje eller sikkerhed har en materiel ret til fordringen. Når factor berettiget iværksætter retslig inkasso, påhviler omkostningerne som deklaratorisk regel virksomheden, hvis fordringen er overdraget til sikkerhed. Normalt er det aftalt, at retslig inkasso kun kan iværksættes efter aftale med virksomheden i hvert enkelt tilfælde – og da for virksomhedens regning. Har factor påtaget sig kreditrisikoen, eller er overdragelse sket til eje, er den deklaratoriske regel, at factors iværksættelse af retslig inkasso sker for egen regning.

Virksomheden kan af hensyn til en god kunde nære ønske om, at denne kunde får bevilget *henstand* med betalingen, d.v.s. holdes uden for den aftalte inkassoordning. Undertiden ses det, at virksomheden i tilfælde af overdragelse til sikkerhed er bemyndiget til selv at tage stilling til henstand m.v. på fakturaer på op til f.eks. 10.000 kr. Som deklaratorisk regel skal virksomheden dog have factors samtykke til henstand, hvis factor har overtaget kreditrisikoen, eller hvis fordringen er overdraget til eje eller til sikkerhed. Giver virksomheden henstand, uden at factor har samtykket, kan fakturaskyldneren kun støtte ret på henstandsløftet, hvis han hverken vidste eller burde vide, at overdragelse havde fundet sted, jf. princippet i GBL § 29. Hvis factor hverken har fået fordringen overdraget til eje eller til sikkerhed eller har overtaget kreditrisikoen, kan virksomheden selv træffe afgørelse om henstand.

Når factor giver samtykke til henstand, sker det i praksis på vilkår, at fordringen ikke længere kan danne grundlag for kreditgivning, og/eller at virksomheden selv overtager kreditrisikoen. Som almindelig regel kan factor i øvrigt kun indrømme fakturaskyldneren henstand, hvis noget sådant er aftalt (hvilket det typisk vil være). Giver factor skyldneren henstand uden støtte i aftalen med virksomheden, foreligger der nemlig principielt vanrøgt af pantet, jf. *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 363.

Den indskrænkning i modregningsadgangen, som følger af GBL § 28, når en fordring er overdraget, gælder ikke, når factors krav på betaling alene beror på en inkassofuldmagt. Dette indebærer navnlig, at fakturaskyldneren kan modregne med en fordring over for factor, selv om denne fordring er erhvervet, efter at fakturaskyldneren fik kundskab eller formodning om overgivelsen til inkasso, jf. herved NRt 1992 s. 504 HD. Dommen vedrørte et tilfælde hvor »[i]nnbetaling fra kundene på de overdratte fordringer godskrives Klienten i samme takt som Factor mottar betaling«. Factoringaftalen overførte ikke nogen risiko til factoringselskabet, der hverken skulle udbetale forskudsbeløb eller bære nogen kreditrisiko. Den norske gjeldsbrevslovs § 26 – svarende til

den danske GBL § 28 – afskar dermed ikke fakturaskyldnerens modregning over for factoringselskabet med et krav på virksomheden.

Selv de rene inkasso- og administrationsaftaler indeholder undertiden vilkår om, at virksomheden skal forsyne sine fakturaer med en påtegning om, at fordringerne er »overdraget« til factor. I praksis har sådanne påtegninger til formål at sikre, at betaling rent faktisk sker til factor, således at arbejdet med debitoradministrationen ikke belastes af, at virksomheden ideligt skal rapportere om og/eller overføre vildfarne betalinger til factor. Da en meddelelse om »overdragelse« i disse tilfælde urigtigt signalerer over for den enkelte fakturaskyldner, at factor har en materiel ret til fordringen, kan dette bevirke, at skyldneren lider tab ved at undlade at benytte en modregningsadgang over for virksomheden, som rent faktisk bestod. Principielt må factor være erstatningsansvarlig over for fakturaskyldneren for tab, der lides som følge af urigtige meddelelser, som factor har krævet anvendt.

For udøvelse af inkassovirksomhed gælder lov nr. 319 af 14. maj 1997 om inkassovirksomhed (inkassoloven). Lovens grundlæggende krav er, at inkassovirksomhed skal udøves i overensstemmelse med god inkassoskik. Termen »god inkassoskik« er en retlig standard, som bl.a. indebærer et forbud mod metoder, som udsætter nogen for urimelig pression, skade eller ulempe, jf. lovens § 9. Kravet om, at inkassator skal udvise »god skik« – som er uddybet ved en række bestemmelser i loven – gælder både over for den virksomhed, som overgiver sine fordringer til inkasso, og over for debitorerne, men kravet har ikke samme indhold i de to relationer. I forhold til debitorerne skal kravet navnlig beskytte mod unødigt hårdhændede inkassometoder. I forhold til virksomheden indebærer kravet en pligt for factor til at røgte inkassohvervet effektivt (men selvsagt uden at skade virksomhedens omdømme) samt – for visse inkassatorer – en pligt til at holde indkomne midler adskilt fra factors egne midler, jf. nærmere lovens § 14-16 (der tillige med en række andre hovedpunkter fra loven er omtalt nedenfor i det småtrykte afsnit).

Ved inkassoloven er indført en autorisationsordning, som dog ikke omfatter inkassovirksomhed, der udøves af (1) advokater som led i selvstændig advokatvirksomhed, (2) pengeinstitutter eller (3) andre virksomheder, som er undergivet offentligt tilsyn (f.eks. factoringselskaber, der er koncernforbundne med et pengeinstitut), og som efter justitsministerens bestemmelse er undtaget fra autorisationskravet. De tre nævnte grupper af personer og virksomheder er endvidere undtaget fra *blandt andet* lovens bestemmelser om behandling af inddrevne pengebeløb (§§ 14-16). De nævnte bestemmelser indeholder krav om, *at* inddrevne beløb skal holdes adskilt fra inkassovirksomhedens egne midler, *at* inddrevne beløb som deklaratorisk regel skal indsættes på en konto i et pengeinstitut og uden ugrundet ophold udbetales til fordringshaveren, *og at*

inkassovirksomheden til enhver tid skal kunne oplyse om størrelsen af beløb, som er inddrevet for fordringshaveren, herunder om størrelsen af beløb, som er indsat på en konto i et pengeinstitut. Blandt de krav, som gælder for al inkassovirksomhed (d.v.s. også for eksempelvis pengeinstitutter), er det grundlæggende krav om »god inkassoskik«, jf. § 9, som er omtalt ovenfor i teksten. Kravet om god inkassoskik indebærer bl.a., at der ikke må trues med ikke-eksisterende retsmidler. Det er f.eks. ikke tilladt *at* true med udlægsforretning, hvis der ikke er et eksekutionsgrundlag, *at* true med konkurs, uden at det er aktuelt, *at* true med lønindeholdelse, som ikke er mulig, *eller at* true med anmeldelse til et kreditoplysningsbureau, uden at registreringsbetingelserne er opfyldt. Kravet om god inkassoskik indebærer endvidere et forbud mod chikanøs forfølgelse (ved idelig personlig opsøgen, telefoneren og brevskrivning) samt et forbud mod opsigtsvækkende inkasso (f.eks. påtegning på breve om »sidste advarsel«, uniformerede inkassatorer eller inkassomærkede biler). I øvrigt gælder for al inkassovirksomhed en række bestemmelser (§§ 10-12) om henvendelser til skyldneren. Ifølge § 10 skal inkassovirksomhedens første henvendelse til skyldneren være et skriftligt påkrav, der skal indeholde alle oplysninger, som er nødvendige til bedømmelse af fordringen, og en betalingsfrist på mindst 10 dage. Først efter udløbet af den nævnte frist må der iværksættes andre skridt med henblik på inddrivelse af fordringen. Uanset § 10 kan retslig inkasso dog iværksættes på et tidligere tidspunkt, hvis der ellers vil være en nærliggende risiko for, at fordringen ikke vil kunne inddrives, jf. § 11. Bortset fra sådanne tilfælde må der først rettes personlig henvendelse til skyldneren på steder, hvortil der ikke er almindelig adgang, hvis skyldneren forinden har modtaget skriftligt varsel herom, jf. § 12. Varselsskrivelsen, der først kan afsendes efter 10-dagesfristens udløb, skal angive sted og omtrentligt tidspunkt for henvendelsen. Har varslet henvendelse fundet sted, uden at skyldneren er blevet truffet, må personlige henvendelser herefter foretages uden yderligere varsel, *hvis* dette er tydeligt anført i varselsskrivelsen. Sådanne henvendelser må dog kun ske på hverdage, herunder lørdage, og kun inden for de i loven nærmere angivne klokkeslæt. – Om inkassoloven kan endvidere henvises til *Peter Arnt Nielsen:* Inkassoloven (1999).

Ved inddrivelse af fakturakrav mod udenlandske debitorer vil et dansk factoringselskab ofte benytte sig af en lokal forbindelse – f.eks. et factoringselskab, som er medlem af samme internationale »factoringkæde« som det danske selskab. Dette rejser spørgsmålet, om det danske factoringselskabs anvendelse af kontraktshjælperen påvirker factoringselskabets forpligtelser over for den danske kreditorvirksomhed. Spørgsmålet stilles på spidsen, hvis fakturaskyldneren har betalt til det danske factoringselskabs udenlandske forbindelse, der imidlertid ikke kan afregne på grund af insolvens. Udgangspunktet er klart: Det danske factoringselskab hæfter over for sin factoringkunde for det indkasserede beløb med fradrag af de omkostninger, som kunden skulle have afholdt. Ifølge retspraksis bliver resultatet imidlertid et andet, hvis det *klart* er tilkendegivet, at inkassosager i udlandet sendes til selvstændige,

lokale inkassovirksomheder. En sådan klar tilkendegivelse forelå i U 1972.387 H (kommenteret af *Spleth* i U 1972 B s. 234 f.). Ved dommen blev en dansk inkassovirksomhed frifundet for kreditors påstand om betaling af et beløb, som inkassovirksomhedens forbindelse i Schweiz havde inddrevet, men ikke afregnet efter en indtrådt betalingsstandsning. Den danske inkassovirksomhed var naturligvis blevet domfældt, hvis der var begået fejl ved udvælgelsen af den schweiziske kontraktshjælper *(culpa in eligendo),* men dette fandtes ikke at være tilfældet.

3.2. Bogholderi

Factoringselskaber (men ikke pengeinstitutter) tilbyder »produktet« bogholderivirksomhed som en selvstændig ydelse – d.v.s. uafhængigt af, om selskaberne har fået overdraget fakturafordringerne til eje eller til sikkerhed. Som nævnt er det ofte den samlede debitorstyring – d.v.s. førelse af kundebogholderiet og udførelse af inkassohvervet – som har factoringkundens primære interesse, mens finansieringsmuligheden træder i baggrunden (og undertiden fravælges helt). Den *bogholderimæssige* fordel ved ekstern debitorstyring kan – med en slagordsagtig vending hentet fra et factoringselskabs markedsføringsmateriale – udtrykkes således: »Factoring indebærer, at en virksomhed kan have 1.000 kunder, men kun én debitor, nemlig factoringselskabet.« Formuleret anderledes er der tale om, at virksomhedens debitorbogholderi kan reduceres til én konto, der udviser virksomhedens tilgodehavende hos factor. Rent *materielt* har virksomheden selvsagt ikke på grund af overførsel af bogholderifunktionen færre debitorer, end den ellers ville have.

Factor vil ofte tilbyde en egentlig »debitorovervågning«, som kan være mere eller mindre intensiv. Factor udsender typisk løbende kontoudtog og/eller engagementsoversigter, d.v.s. oversigter over gæld samt over betalte og udestående fakturaer. Herudover kan der være tale om udsendelse af debitorrapporter med angivelse af rykkerstatus på misligholdte fordringer, omsætningshastighed og betalingsstatistik, jf. herved *Per Boman:* Factoring och leasing (1985) s. 25.

Efter traditionel terminologi er en aftale om, at factor fører virksomhedens kundebogholderi en værkslejekontrakt. Efter tilsvarende traditionel terminologi har factors forpligtelse – i hvert fald til dels – karakter af en *resultatforpligtelse.* Factor er nemlig ikke blot forpligtet til at yde et arbejde, men typisk også forpligtet til at frembringe et bestemt arbejdsresultat i form af et ajourført bogholderi. Se om denne klassiske terminologi *Lassen:* Lærebog i Obligationsrettens specielle Del, 4. udgave (1931) s. 434 og *Ussing:* Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 396.

Som deklaratorisk regel bærer factor *risikoen* for, at arbejdet med data går tabt/forvanskes, inden arbejdsresultatet er leveret til virksomheden, jf. *Lassen op. cit.* s. 443 og *Ussing op. cit.* s. 400. En hændelig begivenhed fritager således ikke factor fra at måtte udføre arbejdet (igen), og factor kan ikke kræve vederlag for den arbejdsydelse, der er gået tabt. Hændelige tab af data i kundebogholderiet kan f.eks. opstå som følge af kabelbrud, strømsvigt, eller hvis factor af tredjemand påføres en edb-virus.

At factor bærer risikoen, er selvsagt ikke det samme, som at factor bliver *erstatningsansvarlig*, hvis aftalen ikke opfyldes (til tiden), og virksomheden som følge heraf lider et økonomisk tab. Tab som følge af mangelfuld bogføring kan f.eks. skyldes manglende registrering og dermed manglende eller for sen opkrævning af morarenter. Med hensyn til udførelsen af bogholderiarbejdet er factor først og fremmest ansvarlig efter en culparegel, dog således at factor bærer et professionsansvar (hvilket indebærer, at factor bedømmes efter en revisionsfaglig/bogføringsfaglig målestok). Hvis factor har påtaget sig en resultatforpligtelse – f.eks. som nævnt en pligt til at præstere et ajourført bogholderi – er ansvarsgrundlaget imidlertid strengere, idet factor i så fald er ansvarlig, medmindre der foreligger en hindring, som medfører, at opfyldelse nu er umulig, og som ikke var påregnelig ved aftalens indgåelse. Factor er med andre ord ansvarlig, medmindre en foreliggende opfyldelseshindring har karakter af *force majeure*. Factor er dermed typisk ansvarlig for tab af data, som skyldes strømsvigt, kabelbrud, tredjemands påførelse af edb-virus m.v. – Overlader factor på eget initiativ udførelse af eksempelvis edb-funktioner til tredjemand, er factor ansvarlig efter de regler, som ville gælde for factor selv.

Ifølge *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 221 er factor – for så vidt angår den kontinuerlige ajourføring af virksomhedens debitorbogholderi – »i princippet« erstatningsansvarlig efter de regler, der gælder om løsørekøb. De køberetlige ansvarsregler er så forskellige for forskellige typer af køb, at udsagnet forekommer meningsløst. For så vidt angår *sælgerens* erstatningsansvar i *genuskøb* gælder dog en lignende ansvarsregel som ved resultatforpligtelser, jf. *Ussing*: Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 401 (*Berning loc. cit.* henviser til s. 400, hvor *Ussing* imidlertid behandler *risikospørgsmål* ved værksleje). – *Jacob Nørager-Nielsen:* Edb-kontrakter (1987) s. 105 udtaler – noget generelt, forekommer det – at udøvelse af servicebureauvirksomhed *oftest* vil give leverandøren en sådan dispositionsfrihed med hensyn til den korrekte opfyldelsesmåde, at et genusansvar for forsinkelse og mangler forekommer velbegrundet.

Factors udførelse af bogholderivirksomhed m.v. sker på grundlag af data, som overføres fra virksomheden. Data kan overføres såvel i papirform som i elektronisk form. Overføres fakturaer og stamoplysninger på debitorer på diskette eller via modem (d.v.s. typisk over Internettet) tales undertiden om »elektronisk factoring«. Ved denne form for factoring kan der efter omstændighederne opnås besparelser som følge af reduceret manuelt tastearbejde.

Som nævnt udfører pengeinstitutter ikke bogføringsvirksomhed for deres kunder. Er factor et pengeinstitut, vil de belånte fakturaer i praksis fremgå af lister, som angiver de overdragne fordringer. Listerne anvendes dels ved den løbende beregning af, om debitormassen overholder aftalens krav til størrelse og sammensætning, dels ved registrering af kundeindbetalinger – eller mangel herpå.

3.3. Risikoafdækning

Et af factoringselskabernes produkter er som nævnt en ordning gående ud på, at factor påtager sig *kreditrisikoen* for (en del af) virksomhedens udestående kundefordringer. Ordningen praktiseres typisk på den måde, at factor foretager en vurdering af soliditeten hos virksomhedens debitorer og herefter tilbyder en garanti for den enkelte debitor op til et bestemt beløb. Som følge af kravet om kreditvurdering er det en fordel, hvis virksomheden har en nogenlunde fast kundekreds.

Typisk er der fastsat en ganske lang tidsfrist, således at garantien først kan gøres gældende, når kunden er udeblevet med betaling i eksempelvis 100 dage. Normalt har garantien karakter af, hvad der kan betegnes som »udskudt selvskyldnerkaution«: Når perioden er udløbet, kan virksomheden således kræve det aftalte beløb af factor, uden at der forinden er foretaget retsforfølgning mod fakturaskyldneren. – Garantien gælder i praksis kun, hvis det er debitors manglende betalingsevne, som er årsag til, at kunden ikke betaler. Skyldes manglende betaling, at kunden har indsigelser mod kravet – typisk mangelsindsigelser – dækker garantien ikke, jf. også *Brækhus:* Fra kreditretten og andre retsområder (1978) s. 45.

Garanti gives også – undertiden især – for udenlandske fakturaskyldnere, hvis soliditet kan være vanskelig at vurdere for en dansk eksportvirksomhed. Ved kreditvurderingen af sådanne kunder benytter factoringselskaberne sig ofte af det internationale factoringsamarbejde (f.eks. »Factors Chain International« eller »International Factors Group«).

Den risikoafdækning, som factoringselskaberne tilbyder, betegnes undertiden som »debitorforsikring«. Terminologien er mindre heldig, idet den kan føre til den misforståelse, at eventuelle konflikter skal løses efter forsikrings-

retlige regler, jf. herom *Christer Albemark:* Kundkreditförsäkring (1988). Det følger imidlertid af forsikringsaftalelovens § 1, at loven kun gælder for forsikringsselskaber, d.v.s. ikke for factoringselskaber (eller for den sags skyld pengeinstitutter). En (kredit)forsikringslignende ordning, som indgår i en factoringaftale, reguleres af almindelige kautions- og garantiretlige regler.

Til illustration af en uhensigtsmæssig fremgangsmåde kan fra retspraksis henvises til en norsk højesteretsdom refereret i NRt 1990 s. 1060 HD. Sagen vedrørte spørgsmålet, om factoringselskabet over for en virksomhed havde givet tilsagn om risikoafdækning for en fakturaskyldner med en oprindelig grænse på 650.000 kr., som senere var hævet til 1 million kr. Tilsagnene om risikoafdækning blev efter en konkret vurdering givet kunde for kunde på debitorlister, idet den normale fremgangsmåde med udfyldelse af ansøgningsskemaer ikke blev fulgt. Tvivlen vedrørte forståelsen af factoringselskabets markering med »OK« ud for den konkrete kunde på en debitorliste. Dette opfattede virksomheden som et tilsagn om (også) at yde risikoafdækning, hvilket virksomheden i et brev tilkendegav over for factoringselskabet. Ifølge factoringselskabet skulle det pågældende »OK« alene forstås som en angivelse af, at den pågældende factoringkunde var fundet kreditværdig. Dette afvistes af Højesteret blandt andet under henvisning til, at factoringselskabet på den pågældende kunde havde genforsikret sig for 500.000 kr. Højesteret fandt, at factoringselskabet indtil videre havde forpligtet sig til at yde risikoafdækning på op til 650.000 kr. Derimod fandtes det ikke bevist, at der senere telefonisk var indgået aftale om en forhøjelse af grænsen til 1 million kr.

3.4. Finansiering

3.4.1. Finansieringsgrundlag

Factors finansiering af en virksomhed sker som nævnt på grundlag af virksomhedens overdragelse af udestående kundefordringer. Ved overdragelsen – modtagelsen af den behørigt denuntierede faktura – udbetaler factor et beløb til virksomheden, eksempelvis som udgangspunkt 80% af fakturaens pålydende. De resterende 20% – »spærringen« – tilbageholdes af factor, ofte således at et til spærringen svarende beløb krediteres virksomheden på en hertil oprettet konto (en såkaldt »sikringskonto«, jf. om den nærmere anvendelse af disse konti nedenfor i afsnit 3.4.5.2).

Undertiden er det aftalt, at spærringen varierer, alt efter hvilken type faktura der er tale om. For visse fakturaer kan der således være aftalt en højere spærring end »normalspærringen«, eksempelvis hvis fakturakravet vedrører nærmere angivne varegrupper eller stammer fra eksportsalg. I visse tilfælde kan der være aftalt en lavere spærring end »normalspærringen« og i enkeltstå-

ende tilfælde eventuelt slet ingen spærring (hvilket i givet fald indebærer, at virksomheden får udbetalt det fulde fakturabeløb ved overdragelsen – d.v.s. inden kundens betaling). En lavere spærring end den normale kan f.eks. være aftalt for så vidt angår fordringer på kunder, som factor i forvejen har godkendt som særlig kreditværdige, eller for så vidt angår fordringer, for hvilke der er givet garanti af Eksport Kredit Fonden.

På baggrund af de overdragne fordringer beregnes et såkaldt »finansieringsgrundlag«, d.v.s. en opgørelse over den del af fakturamassen, som kan danne grundlag for kreditgivning. Udgangspunktet vil typisk være, at alle overdragne fordringer indgår i finansieringsgrundlaget. I praksis vil factoringaftalen dog indeholde en række begrænsninger, jf. herom f.eks. *Birgitte Bjørn:* Factoring – A Comparative Analysis (1995) s. 56 f. og *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 69 og 73. Nogle eksempler herpå omtales i det følgende.

(1) Fakturafordringer, mod hvilke skyldnerne har fremsat indsigelser, indgår i praksis ikke i finansieringsgrundlaget. Forklaringen er den indlysende, at sådanne fordringer ikke kan påregnes at blive betalt. Eventuelt er det aftalt, at disse såkaldt »reklamerede fordringer« atter indgår i finansieringsgrundlaget f.eks. efter forligsmæssig løsning eller retsafgørelse til virksomhedens fordel.

(2) Fakturafordringer mod usolide skyldnere indgår i praksis ikke i finansieringsgrundlaget. For at modvirke, at sådanne fordringer kommer til at danne grundlag for kreditgivning, ses i praksis flere forskellige vilkårstyper: For det første vilkår om, at fakturakrav ikke indgår, hvis de eksempelvis er taget til retslig inkasso, eller der foreligger andet insolvensmoment (konkurs, betalingsstandsning, åbning af tvangsakkordforhandling m.v.) For det andet vilkår om, at fordringer, som ikke er betalt inden eksempelvis 14 dage (såkaldt »finansieringstolerancedage«) efter sidste rettidige betalingsdag, automatisk udgår af finansieringsgrundlaget.

(3) Normalt fastsætter factoringaftalen et maksimum – procentuelt eller beløbsmæssigt – for den finansiering, der kan ydes på baggrund af virksomhedens leverancer til en enkelt kunde. Vilkår af denne type har til formål at sikre factor en vis risikospredning.

(4) Der vil så at sige altid findes vilkår, som udelukker, at der kan ydes kredit på baggrund af fordringer mod virksomhedens nærstående, herunder koncernforbindelser. Formålet hermed er at modvirke risikoen for, dels at der ydes kredit på grundlag af fordringer, som ikke er reelle, dels at der ydes kredit på grundlag af fordringer mod debitorer, som har økonomisk skæbnefællesskab mod virksomheden. Forholdet er vedrørende koncerntilfælde

udtrykt således, at der reelt ville være tale om en belåning af koncernens varelagre, ikke en finansiering af dens salg, jf. *Brækhus:* Fra kreditretten og andre retsområder (1978) s. 44.

(5) Factoringkontrakten vil typisk bestemme, at factor kun yder finansiering på baggrund af aftaler, som er opfyldt fra virksomhedens side. Baggrunden for sådanne aftalevilkår er, at factor ønsker at være beskyttet mod indsigelser om, at eksempelvis en solgt vare ikke er blevet leveret.

(6) Factoringaftalen vil undertiden bestemme, at fakturafordringer, for hvilke factor har givet tilsagn om risikoafdækning, ikke indgår i finansieringsgrundlaget. Dette skyldes begribeligvis, at kreditgivning på grundlag af sådanne fordringer alt andet lige er mere risikobetonet for factor end kreditgivning på grundlag af fordringer, hvor factor i tilfælde af fakturaskyldnerens insolvens dog kan holde sig til virksomheden.

(7) I praksis vil factoringaftalen så at sige undtagelsesfrit indeholde vilkår om, at factor har en skønsmæssig ret til at udskyde fordringer af finansieringsgrundlaget. En sådan udskydelsesret er dog underlagt en række begrænsninger, jf. herom nedenfor i afsnit 3.4.2.

Det kan være aftalt, at factor også har sikkerhed i fakturafordringer, som ikke indgår i finansieringsgrundlaget, jf. også *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering, 3. uppl. (2001) s. 185. Til bogføring af sådanne fakturaer oprettes undertiden en særlig konto – f.eks. benævnt »konto vedrørende ikke-finansierbare fakturaer«. Betales en sådan faktura, vil virksomheden få udbetalt beløbet efter en prøvelse af, om factor har tilstrækkelig sikkerhed i forhold til den ydede kredit.

Fastlæggelsen af det præcise *tidspunkt*, hvor der kan opnås finansiering på baggrund af den enkelte faktura, må ske ved fortolkning af factoringaftalen. Som nævnt vil det normalt være udelukket, at der kan opnås finansiering på baggrund af ikke-opfyldte aftaler mellem virksomheden og dens kunder. Er der tale om en salgsvirksomhed, kan det f.eks. være aftalt, at virksomheden ikke må afsende fakturakopi til factor, før varen er leveret. Bærer salgsvirksomheden som følge af købeaftalen risikoen for varen under (en del af) transporten frem til kunden, kan finansiering eventuelt opnås fra varens afsendelse, forudsat at virksomhedens risiko er dækket af en vare- eller transportforsikring.

De fakturaoverdragelser, som danner grundlag for factors finansiering af virksomheden, kan have karakter af enten pantsætning eller køb. Gennemgangen ovenfor har henblik på pantsætning, hvilket er langt det hyppigst forekommende, jf. også *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 64. Son-

dringen mellem de to overdragelsesformer er imidlertid i flere henseender afgørende for retsstillingen:

For det første må virksomheden betale factor en *rente*, hvis der er sket overdragelse til sikkerhed, idet den af factor ydede finansiering da har karakter af en kredit. Er der sket overdragelse til eje, har den af factor ydede finansiering karakter af en købesum, hvorfor der ikke betales rente. I så fald må virksomheden dog alt andet lige betale en højere provision eller tåle en lavere afregningskurs på fakturafordringerne.

For det andet bærer virksomheden *risikoen for fakturaskyldnerens insolvens*, når overdragelsen har karakter af pantsætning, mens factor bærer denne risiko, når overdragelsen har karakter af køb. Betydningen heraf er beskrevet nærmere nedenfor i afsnit 3.4.4. Her skal blot forudskikkes den bemærkning, at der ved fakturakøb uden regres mod virksomheden bliver tale om, at selv fakturaer med betalingsudygtige skyldnere kommer til at indgå i finansieringsgrundlaget, jf. *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering. 3. uppl. (2001) s. 177.

For det tredje har virksomheden ret til at foretage fradrag for *moms*, hvis der er sket overdragelse til sikkerhed, og fakturabeløbet ikke kan inddrives hos skyldneren. Er der sket overdragelse til eje, er det principielle udgangspunkt, at hverken virksomheden eller factor har momsfradrag på uerholdne fakturafordringer, jf. nærmere nedenfor i afsnit 3.4.7.1.

For det fjerde gælder i tilfælde af virksomhedens konkurs *omstødelsesreglen i konkurslovens § 70,* når factor har fået pant i kundefordringerne, men ikke når factor har købt fordringerne. Da det er i konkurssituationen, betydningen af overdragelsens form i praksis sættes på spidsen, er den nærmere redegørelse for sondringen mellem sikkerhedsstillelse og ejendomsoverdragelse udskudt til afsnittet om omstødelse i konkurs, jf. således nedenfor i afsnit 7.1.

3.4.2. Factors udskydelsesret

Som nævnt ovenfor vil en factoringaftale typisk indeholde en bestemmelse, som giver factor ret til at udskyde fordringer af finansieringsgrundlaget. Ofte er »udskydelsesretten« formuleret så bredt, at den efter sin ordlyd giver factor en nærmest ubegrænset ret til at undlade at yde virksomheden finansiering på grundlag af overdragne fakturafordringer. Selv om factoringkontrakten intet bestemmer herom, må det dog – henset til udskydelsesrettens formål – antages, at factor kun kan afvise belåning af fakturafordringer, hvis factor giver en saglig begrundelse herfor, jf. *Brækhus:* Fra kreditretten og andre retsområder (1978) s. 43. Udskydelsesretten kan således navnlig anvendes, hvis der er

grund til at antage, at det fulde fakturabeløb ikke vil blive betalt (f.eks. fordi det solgte er behæftet med mangler, eller fakturaskyldneren er økonomisk trængt). Der kan imidlertid også være tale om, at fakturaen lyder på et bagatelbeløb, at factor tidligere har haft vanskeligheder med kunden, eller at kundens debetsaldo er blevet for stor i forhold til hans kreditværdighed, jf. således *Brækhus op. cit.* s. 44.

Factor må have en vis frihed til at skønne, om en faktura udgør en tilstrækkelig god sikkerhed, men i praksis vil *fortolkning* af factoringaftalen oftest føre til, at udskydelsesretten må undergives væsentlige begrænsninger. Vilkåret om udskydelsesret skal således fortolkes i lyset af factoringaftalens øvrige vilkår, og her vil – som beskrevet ovenfor i afsnit 3.4.1 – typisk findes en ganske detaljeret opregning af de omstændigheder, som kan medføre, at en faktura udgår af finansieringsgrundlaget.

Indeholder aftalen et vilkår om såkaldte »finansieringstolerancedage«, således at en faktura udgår af finansieringsgrundlaget, når skyldneren er udeblevet med betaling i 14 dage efter sidste rettidige betalingsdag, er det oplagt, at factor ikke kan udskyde en faktura, *alene* fordi betaling ikke er sket efter eksempelvis 10 dage. Anderledes naturligvis, hvis udskydelsesretten gøres gældende på tiendedagen under henvisning til, at skyldneren nu er erklæret konkurs, er trådt i betalingsstandsning m.v. Typisk vil dog også de forskellige »insolvensmomenter« være opregnet i aftalen, således at det i et sådant tilfælde er unødvendigt for factor at påberåbe sig den almindelige udskydelsesret for at udtage fakturaen af finansieringsgrundlaget.

Uberettiget udnyttelse af udskydelsesretten udgør som udgangspunkt væsentlig hævebegrundende misligholdelse af factoringaftalen. Factor vil i sådanne tilfælde tillige være erstatningsansvarlig for kundens tab, f.eks. tab i forbindelse med omkostninger ved skift til andet factoringselskab, jf. herved U 1987.963 V, hvor et pengeinstitut uberettiget havde hævet et kundeforhold og fandtes erstatningsansvarlig for omkostningerne ved kundens skift til andet pengeinstitut. Da den rente, som er aftalt med factoringselskabet, udgør prisen på factoringselskabets kreditydelse, kan det ikke antages, at virksomheden – f.eks. som følge af pengemangelsdoktrinen – er afskåret fra at kræve rente som del af et erstatningskrav opgjort efter reglerne om den positive opfyldelsesinteresse. Factoringselskabets ydelse er netop kredithjælp til en aftalt pris, og hvis prisen (renten) er højere ved virksomhedens indgåelse af en »dækningsfactoringaftale« eller anden forsvarlig kreditoptagelse, må virksomheden som prisdifferencetab kunne kræve erstatning for et eventuelt tab, som skyldes, at renten ifølge den nye (forsvarligt indgåede) aftale er højere end renten ifølge aftalen med factoringselskabet.

Selv en berettiget udnyttelse af udskydelsesretten kan efter omstændighederne indebære, at virksomheden kan kræve sig løst fra aftalen. Dette må således antages, hvis udskydelsesretten udnyttes så ofte, at virksomheden opnår en væsentlig ringere finansieringsgrad end forudsat ved factoringaftalens indgåelse. Da det netop er factors anvendelse af udskydelsesretten, som bevirker, at finansieringen ikke opnås, forekommer det nærliggende at lægge risikoen for, at forudsætningen brister hos factor, jf. hertil *Lyngsø:* Afbestillingsret (1971) s. 100.

Udgangspunktet er, at virksomheden kan oppebære fakturafordringer, som afvises af factor. Ofte er det dog aftalt, at factor har sikkerhed i – og dermed ret til at oppebære – udskudte fordringer, der i så fald eksempelvis bogføres på en konto over »ikke-finansierbare fakturaer«, jf. ovenfor i afsnit 3.4.1.

3.4.3. Omfanget af factors panteret

3.4.3.1. Pengekrav

Omfanget af factors panteret må i første række bestemmes ved fortolkning af factoringaftalen. Heri kan det eksempelvis hedde, at factor har sikkerhed i virksomhedens »fakturakrav«, »kundefordringer« eller i »samtlige rettigheder i henhold købekontrakterne«. Factor har dermed først og fremmest sikkerhed i de krav på betaling af udestående købesummer, som virksomheden har mod sine kunder. Factor har sikkerhed i såvel tidsfæstede som ekstraordinære *afdrag*.

Også retten til at gøre en eventuel *forfaldsvirkning* gældende i tilfælde af manglende betaling tilkommer factor. En sådan ret må som deklaratorisk regel følge den pantsatte fordring som accessorium. Forfaldsvirkningen skal dog være særskilt aftalt med de enkelte fakturaskyldnere, idet der hverken ifølge køberloven eller almindelige obligationsretlige grundsætninger gælder nogen ret til på én gang at kræve restkøbesummen betalt i tilfælde af en kreditkøbers misligholdelse. I kreditkøb, som omfattes af kreditaftaleloven, kan aftalevilkår om forfaldsvirkning kun påberåbes, hvis betalingsmisligholdelsen er af den kvalificerede art, som er opregnet i KAL § 29, hvorefter det *blandt andet* er en betingelse, at kreditkøberen er udeblevet med et beløb i mindst 30 dage efter dets forfaldstid. Om bestemmelsens præceptivitet – herunder også i erhvervskøb med ejendomsforbehold – henvises til afsnit 3.4.3.2.

Provisioner, *gebyrer* og lignende, som virksomheden f.eks. kan have beregnet sig i forbindelse med kreditgivningen til fakturaskyldnerne, er naturligvis omfattet af factors panteret, hvis de er indregnet i fakturabeløbet.

Factors panteret omfatter ligeledes *renter* af fakturakravet. Dette gælder både aftalte kreditrenter og morarenter (hvad enten disse er særlig aftalt,

følger af kutyme eller kan kræves ifølge renteloven). Den deklaratoriske regel – som typisk vil være fraveget ved aftale – er dog formentlig, at kreditrenter (pantets »frugter«) oppebæres af pantsætter, så længe det underliggende skyldforhold ikke er misligholdt.

3.4.3.2. Salgsgenstanden i ejendomsforbeholdskøb

Hvis der mellem en salgsvirksomhed og en kreditkøbende kunde er indgået aftale om køb med ejendomsforbehold, kan factor – alt efter det solgtes art og værdi – være interesseret i at gøre ejendomsforbeholdet gældende i tilfælde af kundens betalingsmisligholdelse.

I *forholdet mellem virksomheden og factor* kan det selvsagt være aftalt, at factor ved transporten samtidig får ret til at gøre ejendomsforbeholdet gældende. Selv uden en udtrykkelig aftale herom må der imidlertid gælde en deklaratorisk regel af samme indhold. Et ejendomsforbehold er en sikkerhedsret, som kun har økonomisk værdi for dén, som har retten til den sikrede fordring. Ejendomsforbeholdet alene begrunder intet pengekrav mod ejendomsforbeholdskøberen. Ved overdragelse af en ejendomsforbeholdssikret fordring må der således gælde en klar formodning for, at sikkerhedsretten – ejendomsforbeholdet – er medoverdraget. En regel af det modsatte indhold ville være meningsløs: I tilfælde af manglende solvens hos ejendomsforbeholdskøberen ville erhververen af fordringen ikke kunne blive fyldestgjort for fakturafordringen, mens ejendomsforbeholdssælgeren nok ville besidde en sikkerhedsret – men ikke noget pengekrav – mod køberen.

I *forholdet mellem factor og virksomhedens retsforfølgende kreditorer* medfører den nævnte sammenhæng mellem fakturafordring og ejendomsforbehold, at der ikke gælder noget krav om, at denunciationen til skyldneren udtrykkeligt angiver, at retten til tilbagetagelse i henhold til ejendomsforbeholdet tilkommer factor, jf. dog anderledes *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 185, hvor det hedder: »[Ejendomsforbeholdssælgerens frie rådighed må] være afskåret både i henseende til fordringen og i henseende til surrogatet for denne, og heraf følger, at det i denunciationen nødvendigvis også må angives, at køberen ikke med frigørende virkning kan levere salgsgenstanden tilbage til sælgeren«. Når udsagnet ikke kan tiltrædes, skyldes det to forhold: *For det første* synes ejendomsforbeholdet ikke naturligt at kunne opfattes som et surrogat for den ejendomsforbeholdssikrede fordring. Dette ses derved, at ejendomsforbeholdet ikke træder i stedet for den sikrede fordring, men netop kun giver adgang til fortrinsvis fyldestgørelse for den, der også har retten til fordringen. *For det andet* er det ikke nogen betingelse for factors sikkerhedsret, at ejendomsforbeholdssæl-

geren er afskåret fra at råde over den ejendomsforbeholdssikrede genstand. Factors sikkerhedsret er ikke – og kan ikke sammenlignes med – en håndpanteret med deraf følgende krav om effektiv rådighedsberøvelse.

Sammenhængen mellem ejendomsforbeholdet og den sikrede fordring kan illustreres med følgende *eksempel*: Factor har af en salgsvirksomhed fået transport på en ejendomsforbeholdssikret fakturafordring, hvilket skyldneren har fået meddelelse om, jf. GBL § 31, dog uden at ejendomsforbeholdet er nævnt i meddelelsen. Salgsvirksomheden går efterfølgende konkurs, og fakturaskyldneren betaler ikke købesummen. Forestiller man sig nu, at factor skulle være uden kreditorbeskyttelse for så vidt angår ejendomsforbeholdet, ville retstilstanden være, *at* factor ikke kunne gøre ejendomsforbeholdet gældende over for køberen, *men at* denne ret ville tilkomme konkursboet, som imidlertid ikke ville have nogen fordring at gøre gældende mod køberen. Løsningen i eksemplet må være, at factor har sikkerhed i kraft af ejendomsforbeholdet og kan holde sig til ejendomsforbeholdsgenstanden efter de herom gældende regler.

Her skal blot erindres om, at KAL § 29 stiller særlige krav til karakteren af den betalingsmisligholdelse, som kan begrunde, at ejendomsforbeholdssælgeren (eller dennes transporthaver) tager det solgte tilbage. Navnlig kan det solgte først tages tilbage 30 dage efter forfaldstid (jf. stk. 1), og det skyldige beløb skal være af en vis størrelse (jf. nærmere stk. 2). KAL § 29 gælder også i erhvervskøb, jf. KAL § 49, og bestemmelsen er endog præceptiv i erhvervskøb med ejendomsforbehold, jf. KAL § 7, stk. 2. Det bemærkes, at kreditaftaleloven finder anvendelse på ejendomsforbeholdskøb, selv om kredittiden er kortere end de tre måneder, der normalt bringer et kreditkøb ind under lovens anvendelsesområde, jf. KAL § 3, stk. 2, jf. stk. 1, nr. 1. Se KAL § 50 om de regler, der i øvrigt gælder for opgøret ved tilbagetagelsen. Der henvises i det hele til *Hans Helge Beck Thomsen:* Kreditaftaleret ifølge kreditaftaleloven, 3. udgave (2002) og *Lennart Lynge Andersen:* Kreditaftaleloven med kommentarer, 3. udgave (2001).

Som en konsekvens af de ovenfor anførte synspunkter om ejendomsforbeholdet som en accessorisk sikkerhedsret kan der ikke – som angivet af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 185 – antages at gælde noget krav om, at financieren skal føre *kontrol* med, at der er opretholdt en rådighedsberøvelse i forhold til ejendomsforbeholdskøberen.

Det her anførte skal selvsagt ikke forstås således, at det ikke er *hensigtsmæssigt* at give fakturaskyldneren en underretning, som udtrykkeligt angiver, at factor tillige har retten i henhold til ejendomsforbeholdet. Navnlig modvirkes herved, at skyldneren misforstår retsstillingen og leverer genstanden tilbage til virksomheden, hvorfra den kan forsvinde ad omsætningsvejen, jf.

om dette problem *Jørgen Nørgaard* i U 1972 B s. 101 ff. At der kan opstå sådanne særlige tilfælde af omsætningseksstinktion, ændrer imidlertid ikke ved, at en meddelelse til fakturaskyldneren, som opfylder sikringsaktskravet i GBL § 31, er tilstrækkelig sikringsakt – også vedrørende ejendomsforbeholdet.

Skal ejendomsforbeholdet registreres i bilbogen, jf. TL § 42 d, er det tilstrækkelig sikringsakt, at ejendomsforbeholdssælgeren får registreret *sin* ret i henhold til ejendomsforbeholdet. En senere erhverver af ejendomsforbeholdet er derimod sikret mod overdragerens retsforfølgende kreditorer og omsætningserhververe uden registrering, jf. TL § 42 d, stk. 3. Der kan således henvises til det allerede anførte, idet det dog skal bemærkes, at en registrering, som erhververen frivilligt lader foretage – f.eks. for at gøre opmærksom på sin eksistens ved et eventuelt tvangssalg, jf. RPL § 554 – naturligvis ikke fritager erhververen fra at foretage sikringsakten (denunciation) for så vidt angår fakturafordringen, jf. GBL § 31.

3.4.3.3. Salgsgenstanden ved købers ophævelse

Hæver fakturaskyldneren berettiget en købeaftale med virksomheden, kan man rejse spørgsmålet, om factors sikkerhed i fordringen afløses af en sikkerhed i salgsgenstanden. Svaret må utvivlsomt være benægtende, medmindre der er aftalt en sikkerhedsret for factor, og den relevante sikringsakt for løsøregenstanden er iagttaget. Panteretlige surrogatbetragtninger kan ikke føre til andet resultat. Pant i løsøre kræver iagttagelse af nogle ganske andre sikringsakter (tinglysning eller effektiv rådighedsberøvelse) end pant i fordringer (meddelelse til skyldneren). Hensynet til overdragerens retsforfølgende kreditorer og godtroende aftaleerhververe taler således klart imod at anerkende et surrogatpant i varen, jf. tilsvarende *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 234 og *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 292 f.

Fra retspraksis kan henvises til U 1911.588 V, hvor en sælger af et varelager havde givet en kreditor transport på et tilgodehavende mod køberen. Handelen gik senere tilbage, og kreditor påstod sig i sælgerens konkursbo tilkendt fortrinsret til fyldestgørelse i lageret. Heri fik kreditor ikke medhold. (Efter domsreferatet forekommer det dog usikkert, om der overhovedet var givet køberen meddelelse om, at kravet mod ham var overdraget).

De her behandlede tilfælde, hvor der er sket overdragelse af en *usikret* fordring, må ikke sammenblandes med de tilfælde, hvor der er sket overdragelse

af en ejendomsforbeholds*sikret* fordring (jf. herom ovenfor i afsnit 3.4.3.2). De to tilfældegrupper er væsensforskellige: Spørgsmålet, om factor kan hævde en ret til varen som følge af, at køber hæver, er et *surrogat*spørgsmål (som må besvares benægtende). Spørgsmålet, om factor kan hævde en ret til varen som følge af et mellem køber og sælger aftalt ejendomsforbehold, er et *accessorie*-spørgsmål (som må besvares bekræftende).

En variant af det behandlede problem opstår, hvis køberen berettiget hæver købet og tilbageholder varen til sikkerhed for et tilbagebetalingskrav eller et erstatningskrav mod sælgeren, jf. KBL § 57, stk. 2; råder sælgeren i så fald ikke over varen efter at være blevet opfordret dertil, har køberen efter de nærmere regler i KBL § 55, jf. § 34, ret til at sælge den og søge sig fyldestgjort i det indkomne provenu. Et eventuelt overskydende beløb skal køberen naturligvis fralægge sig, og spørgsmålet er herefter, om factor har sikkerhed i kravet mod køberen. Svaret må afhænge af, om factor har en ret over genstanden. Har factor – som hævdet ovenfor – ikke en sådan ret, kan der heller ikke tilkomme factor nogen ret til det indkomne provenu ved genstandens salg.

Der er naturligvis intet til hinder for, at det konkret aftales, at factor skal have en sikkerhedsret (pant) i genstanden i tilbageleveringstilfælde. I forhold til sælgervirksomhedens retsforfølgende kreditorer skal factor i så fald iagttage den relevante sikringsakt. Den fra håndpant kendte sikringsakt – effektiv rådighedsberøvelse – kan foretages ved en meddelelse til køberen, der kan opretholde rådighedsberøvelsen på factors vegne. En meddelelse om en panteret, som bliver aktuel ved sælgervirksomhedens misligholdelse over for køberen, skal selvsagt formuleres med omtanke. Det kan dog ikke være noget krav, at misligholdelsessituationen omtales i meddelelsen. En tilføjelse til § 31-meddelelsen om, at factor har sikkerhed i »øvrige rettigheder i henhold til købsaftalen, herunder til det solgtes tilbagetagelse« må være tilstrækkelig.

3.4.4. Deklaratoriske regler om forholdet mellem overdrager og erhverver, når skyldneren ikke betaler

I praksis vil det som nævnt oftest fremgå af factoringkontrakten, om/i hvilket omfang factor kan rejse krav mod virksomheden, hvis en fakturaskyldner ikke betaler. Eksempler på forskellige typer af aftalevilkår omtales nedenfor i afsnit 3.4.5, men forinden kan der være grund til at omtale de deklaratoriske regler, som gælder i forholdet mellem en overdrager og en erhverver af en (faktura)fordring. De deklaratoriske regler findes først og fremmest i GBL §§ 9 og 10, som finder analog anvendelse på fordringer, der ikke har karakter af gældsbreve. De nævnte regler gælder både ved overdragelse til eje og overdra-

gelse til sikkerhed, men suppleres ved disse to overdragelsesformer af købelovens misligholdelsesregler henholdsvis almindelige panteretlige regler. I nyere litteratur er emnet – i forbindelse med handel med pantebreve – navnlig behandlet af *Hans Helge Beck Thomsen* i U 2002 B s. 363.

Når en skyldner for en overdraget fordring ikke betaler factor til tiden, skyldes det i praksis ét af to forhold:

For det første kan der være tale om, at fakturaskyldneren har indsigelser mod fordringen, som kan gøres gældende over for factor, jf. princippet i GBL § 27. Navnlig kan skyldneren tænkes at gøre gældende, at virksomhedens ydelse er behæftet med mangler, således at skyldneren er berettiget til at hæve købet, kræve forholdsmæssigt afslag eller erstatning. Mødes erhververen berettiget med sådanne indsigelser, gælder GBL § 9, hvorefter overdrageren indestår erhververen for, at fordringen består *(nomen esse verum)*. Reglen er en erstatningsregel, som indebærer, at virksomheden på objektivt grundlag er ansvarlig over for factor for den positive opfyldelsesinteresse (interessen i fordringens eksistens). – Er fordringen overdraget *til eje*, kan factor også hæve købet, jf. KBL § 42, hvis fordringen er behæftet med en væsentlig mangel – hvilket den selvsagt er, hvis det viser sig, at debitor ikke skylder beløbet. Debitors berettigede udnyttelse af hævebeføjelsen indebærer, at virksomheden må tilbagebetale købesummen til factor mod at få den overdragne fordring stillet til rådighed. – Er fordringen overdraget *til sikkerhed*, er hverken GBL § 9 eller en eventuel hæveadgang afgørende for factors mulighed for at kunne kræve tilbagebetaling af det udbetalte beløb. Årsagen hertil er, at factor uafhængigt af den pantsatte fordrings eksistens kan kræve, at virksomheden indfrier den ydede kredit.

For det andet kan der være tale om, at fakturafordringen ikke betales som følge af skyldnerens manglende betalingsevne. Denne situation er omfattet af GBL § 10, hvorefter overdrageren kun indestår erhververen for skyldnerens »vederhæftighed«, når han særligt har påtaget sig det *(nomen esse bonum)*. Ved overdragelse *til eje* bærer factor risikoen for fakturaskyldnerens manglende betalingsevne – forudsat naturligvis, at virksomheden hverken kendte eller burde kende hertil, og at der ikke er aftalt en regresadgang for factor. Er der aftalt en regresadgang for factor, bærer virksomheden risikoen for fakturaskyldnerens insolvens, og som allerede nævnt er der i så fald reelt tale om en sikkerhedsstillelse, jf. således også *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 194. Ved overdragelse *til sikkerhed* har reglen i GBL § 10 ikke nogen særlig betydning for factor, der kan holde sig til virksomheden for den ydede kredit, hvis fakturaskyldnerens betalingsevne svigter. Sammenfattende er det om GBL § 10 udtalt, at bestemmelsen ikke tilfører dansk formueret noget, som ikke ellers

ville gælde, jf. *Hans Helge Beck Thomsen* i U 2002 B s. 365. Udsagnet kan tiltrædes, *idet* bestemmelsen ikke pålægger overdrageren nogen hæftelse eller noget ansvar, hvis fordringen ikke består, *og idet* den hæftelse, overdrageren kan påtage sig over for erhververen i tilfælde af skyldnerens manglende betalingsevne, ikke afviger fra, hvad der følger af dansk rets almindelige regler om kaution og garanti.

Det fremgår af beskrivelsen ovenfor, at den forskellige behandling af de tilfælde, hvor debitor ikke skylder beløbet (GBL § 9), og de tilfælde, hvor debitor ikke er i stand til at betale (GBL § 10), navnlig har betydning, når en fordring er overdraget til eje, uden at der er aftalt nogen regresret for erhververen.

Ved køb af fordringer illustreres sammenhængen mellem p.d.e.s. GBL §§ 9 og 10 og p.d.a.s. almindelige misligholdelsesregler lettest med et eksempel: K1 sælger den 1. august til K2 en enkelt ikke-rentebærende fordring på D lydende på 20.000 kr. og med forfaldsdag den 30. august. K2 betaler K1 18.000 kr. kontant for fordringen. K1 og K2 har intet aftalt om retsstillingen i tilfælde af, at D ikke er forpligtet til eller ikke kan betale. Den 14. august hæver D berettiget det kreditkøb, som begrunder fordringens eksistens, og D giver K2 meddelelse om, at fordringen ikke vil blive betalt. D erklæres konkurs den 21. august, og det konstateres, at dividenden i D's konkursbo bliver 60%. K2 har nu flere muligheder. For det første kan K2 vælge at hæve købet af fordringen over for K1, jf. KBL § 42, idet fordringen var behæftet med en væsentlig mangel. For det andet kan K2 på objektivt grundlag kræve erstatning af K1, jf. GBL § 9, idet fordringen ikke bestod. En betingelse for, at K2 kan hæve er, at han reklamerer rettidigt, d.v.s. i handelskøb straks efter han opdagede eller burde have opdaget manglen (fordringens manglende eksistens), jf. KBL § 52. En tilsvarende streng reklamationsregel gælder ikke for K2's ret til at kræve erstatning, jf. GBL § 9.

Vælger K2 *hævebeføjelsen*, kan han kræve den erlagte købesum på 18.000 kr. tilbagebetalt af K1.

Vælger K2 *erstatningsbeføjelsen*, kan han ifølge GBL § 9 kræve erstatning efter reglerne om den positive opfyldelsesinteresse, d.v.s. K2 kan kræve sig stillet, som om K1 havde opfyldt korrekt (d.v.s. som havde fordringen mod D havde eksisteret). K2's krav bliver i så fald på 12.000 kr., svarende til, hvad K2 ville have fået ud af at anmelde den købte fordring i D's konkursbo (60% af 20.000 kr.). K2 kan kun kræve de »manglende« 8.000 kr. som *erstatningskrav, hvis* K1 har påtaget sig en indeståelse for D's manglende betalingsevne, jf. GBL § 10, *eller hvis* K1 har handlet culpøst ved ikke at oplyse K2 om sin viden eller formodning om D's manglende betalingsevne.- I litteraturen

hedder det almindeligvis, at GBL § 10 ikke udelukker, at erhververen af en fordring påberåber sig andre misligholdelsesbeføjelser (end erstatningsbeføjelsen), jf. eksempelvis *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 78. Udsagnet kræver den tilføjelse, at »andre misligholdelsesbeføjelser« – herunder hævebeføjelsen – kun kan gøres gældende, hvis der foreligger et særligt grundlag herfor, jf. ovenfor om K1's indeståelse eller culpa. Den blotte omstændighed, at skyldneren ved overdragelsen var eller senere blev insolvent, udløser ingen misligholdelsesbeføjelser til fordel for køberen (K2).

En særlig variant af spørgsmålet om anvendelse af GBL § 9 foreligger, hvis der – i factoring dog helt undtagelsesvis – sker overdragelse til eje af fordringer mod forbrugerkøbere stiftet ved kreditkøb med ejendomsforbehold. Misligholder en forbrugerkøber kreditkøbsaftalen, og skrider erhververen til tilbagetagelse af den solgte ting, er erhververen som klar hovedregel afskåret fra at gøre noget krav gældende mod forbrugerkøberen, selv om værdien af det tilbagetagne er mindre end restkøbesummen i henhold til kreditkøbsaftalen, jf. således KAL § 41. I så fald er der selvsagt tale om, at restfordringen »ikke består«, men det bør ikke lede til den misforståelse, at erhververen (factor) nu kan kræve restkøbesummen betalt af overdrageren (ejendomsforbeholdssælgeren), jf. GBL § 9. Denne bestemmelse indebærer nemlig alene, at overdrageren indestår erhververen for, at fordringen består på *overdragelsestidspunktet*. Ophører fordringen senere at bestå – f.eks. som følge KAL § 41 – gælder GBL § 9 altså ikke. *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 186 når til samme resultat, men begrunder resultatet med, at tabet skyldes fordringens »manglende bonitet« (GBL § 10), ikke dens »manglende eksistens« (GBL § 9).

En hæftelse for ejendomsforbeholdssælgeren forudsætter, at denne særlig har påtaget sig en indeståelse for betaling af restfordringen. Formentlig foreligger der en sådan indeståelse, blot ejendomsforbeholdssælgeren eksempelvis har givet factor »skadesløs transport« på fordringen, jf. således *Palle Bo Madsen* i U 1984 B s. 213 ff. og 320 ff., *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 73 f. samt *Lennart Lynge Andersen, Peter Møgelvang-Hansen og Niels Ørgaard:* Gældsbrevsloven med kommentarer (1997) s. 68. Se dog anderledes *Bent Iversen* i U 1983 B s. 405 ff. og U 1984 B s. 282 ff.

De regler og principper, som er behandlet ovenfor i dette afsnit, er som nævnt deklaratoriske. I forbindelse med factoring kan der navnlig blive tale om at anvende reglerne og principperne ved *udfyldning eller fortolkning* af upræcise eller ufuldstændige factoringaftaler. Nogle aftaletyper er omtalt i det følgende.

3.4.5. Nogle centrale aftalevilkår om finansieringsfunktionen

3.4.5.1. Generelt om kreditlofter

En factoringkredit vil som andre kreditter være størrelsesmæssigt begrænset. Mens begrænsningen for f.eks. en sædvanlig kassekredit blot angives som et beløbsmaksimum, er forholdet mere kompliceret ved factoring, idet der her yderligere stilles bestemte krav til forholdet mellem den ydede kredit og factors sikkerhed, jf. også *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering, 3. uppl. (2001) s. 184. Som ét eksempel kan nævnes vilkår om, at kreditten ikke må overstige 80% af det såkaldte »fakturabelåningsgrundlag« – d.v.s. den pålydende værdi af samtlige fakturaer, som factor har finansieret. Som et andet eksempel kan nævnes vilkår om, at indeståendet på en såkaldt »sikringskonto« til enhver tid skal udgøre mindst 20% af kreditten eller de belånte fakturaer (jf. om begrebet »sikringskonto« nærmere nedenfor).

I praksis vil der altid være aftalt en maksimal beløbsramme (f.eks. 2 millioner kr.), d.v.s. et »absolut« kreditloft, og dette loft vil være kombineret med mindst ét af de øvrige nævnte kreditlofter, der kan betegnes som »variable«, for så vidt som de i tilfælde af en for lille sikkerhed giver factor ret til at standse yderligere kreditgivning, selv om den maksimale beløbsramme ikke er fuldt udnyttet. Nedenfor i afsnit 3.4.5.2 gennemgås et eksempel, hvor den absolutte beløbsgrænse suppleres af et krav til størrelsen af en sikringskonto. Nedenfor i afsnit 3.4.5.3 gennemgås et eksempel, hvor den absolutte beløbsgrænse suppleres af krav til størrelsen af det såkaldte fakturabelåningsgrundlag.

3.4.5.2. Arrangementer med sikringskonto

Betegnelsen »sikringskonto« anvendes i kontraktspraksis i vekslende betydninger. Dette indebærer, at det må afgøres fra tilfælde til tilfælde, hvad kontoens saldo udtrykker. Grundlæggende kan saldoen navnlig tænkes at udtrykke friværdien i fakturamassen og/eller beløb, som er indbetalt til factor af fakturaskyldnerne eller virksomheden. Nedenfor omtales nogle *eksempler* på forskellige typer af sikringskonti, jf. om emnet også *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 142 ff.

Eventuelt oprettes (1) en konto til bogføring af de belånte fakturaer (her benævnt »fakturakonto«), (2) en konto til bogføring af factors kreditgivning til virksomheden (benævnt »mellemregningskonto« eller »fakturabelåningskredit«) og (3) en konto til bogføring af fakturamassens friværdi (benævnt »sikringskonto«). Beskrevet forenklet kan en fakturas »passage« gennem et sådant system foregå som følger: Virksomheden pantsætter til factor en faktura på eksempelvis 5.000 kr. med en løbetid på tre måneder. Virksom-

heden sender en kopi af den behørigt denuntierede faktura til factor. Fakturabeløbet på 5.000 indsættes på fakturakontoen, mens 4.000 kr. (80% af fakturabeløbet) udbetales til virksomheden over mellemregningskontoen. Spærringen, der udgør 1.000 kr. (20% af fakturabeløbet), godskrives virksomheden på sikringskontoen.

Betaler skyldneren til forfaldstid, trækkes de 5.000 kr. på fakturakontoen, og 4.000 kr. indsættes på mellemregningskontoen til nedbringelse af kreditten. Restbeløbet på 1.000 kr. udbetales virksomheden over sikringskontoen. Virksomheden skal dog selvsagt betale den aftalte rente, og dette kan principielt ske ved, at factor modregner rentebeløbet i de 1.000 kr. Anvendes denne fremgangsmåde, og er rentesatsen eksempelvis 10% p.a., får virksomheden udbetalt 900 kr. (= 1.000 kr. med fradrag af 10%'s rente af 4.000 kr. i tre måneder). Virksomheden har naturligvis kun krav på at få udbetalt de 900 kr., hvis sikringskontoen mindst har den aftalte størrelse i forhold til den ydede kredit eller finansieringsgrundlaget.

Betaler skyldneren ikke, kan fakturaen ikke længere danne grundlag for kreditgivning. Rent praktisk vil factor herefter trække 5.000 kr. (med tillæg af renter) på sikringskontoen. Er det aftalt, at sikringskontoen skal udgøre en bestemt procentdel af den ydede kredit eller finansieringsgrundlaget, kan situationen nu være dén, at sikringskontoen ikke længere har den krævede størrelse. I så fald vil factor i praksis have krav på, at gælden nedbringes og/eller at sikkerheden øges. *Nedbringelse af gælden* kan opnås, *enten* ved at factor tilbageholder indkomne fakturabeløb, indtil tabet er dækket ind, *eller* ved at virksomheden indbetaler det manglende beløb kontant (hvorefter fakturaen overføres til kontoen for »ikke-finansierbare fakturaer« eller tilbageføres til virksomheden). *Forøgelse af sikkerheden* kan opnås ved, at factor ophører med at yde kredit på grundlag af overdragne fakturaer, indtil sikringskontoen atter har den krævede størrelse. En sikkerhedsforøgelse kan selvsagt også opnås ved, at factor beder om og får pant i fordringer, som ikke er omfattet af factoringaftalen. Den sidstnævnte fremgangmåde vil imidlertid have særlige omstødelsesmæssige konsekvenser, jf. herom nedenfor i afsnit 7.2.2.

Ofte anvendes sikringskontoen til alle posteringer vedrørende virksomheden, d.v.s. at både betalinger og fakturaoverdragelser føres over denne konto. Herefter foregår belåningen på den måde, at der ved pantsætning af en faktura på 5.000 kr. »hæves« et tilsvarende beløb på fakturabelåningskreditten, hvorefter dette beløb »indsættes« på sikringskontoen. Fra sikringskontoen udbetales herefter 4.000 kr. til kunden, mens de resterende 1.000 kr. – ofte betegnet som virksomhedens »resttilgodehavende« – tilbageholdes, indtil fakturaskyldneren betaler.

En særlig form for sikringskonto er den såkaldte »fysiske sikringskonto«. En sådan sikringskonto kan eksempelvis opbygges på den måde, at factor tilbageholder 20% af indkomne fakturabeløb, som krediteres virksomheden på kontoen, indtil saldoen udgør en på forhånd fastsat procentdel af kreditten. Kontoen kan selvsagt også etableres ved, at virksomheden indbetaler (en del af) den krævede saldo til factor. Forholdet er nu dét, at factor har pant i en fordring med factor selv som debitor, og der tales derfor om »pant i egen gæld« *(pignus debiti)*. Sikringsakten ved et sådant pant er effektiv rådighedsberøvelse, d.v.s. at kontoen skal være spærret, således at virksomheden ikke kan råde over indeståendet. Eventuelt kan midlerne for den enkelte virksomhed være indsat på en særskilt konto i et pengeinstitut i virksomhedens navn med notering af factors panteret. Hvis en sådan udskillelse er aftalt mellem factor og virksomheden, og udskillelsen rent faktisk er gennemført, indebærer ordningen, at virksomheden i tilfælde af factors økonomiske sammenbrud kan hævde sin ejendomsret til beløbet forud for factors retsforfølgende kreditorer. Virksomheden har dog selvsagt kun gavn af fortrinsretten, hvis der er et overskydende beløb, når den af factor ydede kredit er indfriet.

Der kan peges på en række faktiske og retlige forskelle mellem fysiske sikringskonti og de ovenfor beskrevne sikringskonti, som udtrykker friværdien i fakturamassen:

For det første er en fysisk sikringskonto en konto, som opbygges, indtil det forudsatte beløb står på kontoen, mens en sikringskonto over fakturamassens friværdi fungerer således, at der løbende sker udbetaling til virksomheden i takt med, at fakturaskyldnerne betaler.

For det andet er en fysisk sikringskonto udtryk for et beløb, som factor *har modtaget*. I modsætning hertil viser en sikringskonto over fakturamassens friværdi alene det beløb, som factor *vil modtage* fra fakturaskyldnerne – forudsat at skyldnerne ikke har indsigelser, og at de er i stand til at betale. Som pantesikkerhed betragtet er en »fysisk sikringskonto« dermed den bedste sikkerhed, factor kan have, idet sikkerheden (pant i egen gæld) ikke er afhængig af fakturaskyldnernes betalingsvilje og -evne.

For det tredje er sekundært pant i en fysisk sikringskonto naturligvis pant i en fordring mod factor (eller det pengeinstitut, hvori kontoen er oprettet), hvorimod pant i en sikringskonto over fakturamassens friværdi muligvis må betragtes som sekundært pant i fakturafordringerne, jf. herom nærmere nedenfor i afsnit 5.2.2 om sikringsakten ved pant i bl.a. sikringskonti. Om omstødelsesproblemerne ved pant i sådanne konti henvises til afsnit 7.3.

3.4.5.3. Arrangementer uden sikringskonto

Angiveligt har usikkerheden om, hvad en sikringskontos saldo egentlig udtrykker, været medvirkende til, at sådanne konti undertiden slet ikke anvendes. I disse tilfælde vil der typisk være indgået aftale om to kreditlofter: Dels det allerede nævnte beløbsmaksimerede kreditloft, dels et kreditloft, som indebærer, at kreditten højst må udgøre f.eks. 80% af den samlede sum af fakturaer, som er godkendt til finansiering (det ovenfor omtalte »fakturabelåningsgrundlag«).

Lidt forenklet kan en fakturas »passage« gennem et sådant system beskrives som følger: Fuldstændig som i eksemplet ovenfor pantsætter virksomheden til factor en faktura på 5.000 kr. med en løbetid på tre måneder. Virksomheden sender en kopi af den behørigt denuntierede faktura til factor. Fakturabeløbet på 5.000 indsættes på fakturakontoen, mens 4.000 kr. (80% af fakturabeløbet) udbetales til virksomheden over mellemregningskontoen.

Betaler skyldneren til forfaldstid, fjernes fakturaen på 5.000 kr. fra fakturakontoen, og 4.000 kr. indsættes på mellemregningskontoen til nedbringelse af kreditten. Restbeløbet på 1.000 kr. (med fradrag af et rentebeløb på 100 kr. – forudsat at factors rente som før er 10% p.a.) udbetales til virksomheden over mellemregningskontoen.

Betaler skyldneren ikke, udgår den pågældende faktura af fakturabelåningsgrundlaget, der således reduceres. Kommer kreditten herved til at overstige det aftalte maksimum i forhold til fakturabelåningsgrundlaget, vil det alt efter aftalens nærmere bestemmelser udløse et krav om, at virksomheden indbetaler det manglende beløb (mod tilbageførsel af fakturaen). Alternativt kan beløbet – som i eksemplet ovenfor med sikringskontoen – dækkes ind i forbindelse med senere kundeindbetalinger (som tilbageholdes) eller i forbindelse med senere fakturapantsætninger (på hvilke spærringen forhøjes).

3.4.6. Factors sanktioner

Beskrivelsen af factors funktioner ovenfor angår først og fremmest factors pligter over for virksomheden. Af beskrivelsen er det fremgået, at der imidlertid også påhviler virksomheden en række pligter over for factor. Et spørgsmål er da, hvilke sanktioner factor kan iværksætte over for virksomheden, hvis disse pligter ikke opfyldes. Opmærksomheden samles her navnlig om de tilfælde, hvor factor enten vil opsige eller ophæve factoringaftalen (og eventuelt kræve erstatning), jf. nedenfor i afsnit 3.4.6.2 henholdsvis afsnit 3.4.6.3.

3.4.6.1. Factors opsigelse

Factoringaftaler har karakter af vedvarende kontraktsforhold, og her er den deklaratoriske regel, at opsigelse kan ske med sædvanligt eller rimeligt varsel, jf. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 421. En opsigelse, som således finder sted inden for det varsel, som konkret må anses for »passende«, kan ske, uden at der kræves nogen særlig – saglig – begrundelse for at bringe kontraktsforholdet til ophør. Ved opsigelse af factoringaftaler må opsigelsesvarslet være så langt, at virksomheden gives rimelig tid til at skaffe sig anden finansiering. Ser man på de factoringaftaler, som indgås i praksis, fremgår det, at der er stor variation i de opsigelsesvarsler, der gælder fra factors side. Der ses således varsler fra syv dage til seks måneder.

Undertiden forekommer det, at factor har forbeholdt sig en helt fri adgang til opsigelse, d.v.s. til at opsige factoringkontrakten uden at kunne påvise nogen grund hertil, og uden at der gælder noget varsel herfor (eller således at der gælder et meget kort varsel, jf. ovenfor om et varsel på syv dage).

Spørgsmålet er, om sådanne vilkår har virkning efter deres indhold, eller om vilkåret kun kan gøres gældende, hvis der foreligger en saglig begrundelse for opsigelsen. Som udtrykt af *Jens Evald:* Retsmisbrug i formueretten (2001) s. 180 ff. kan det diskuteres, om en aftalt opsigelsesadgang efter omstændighederne kan have karakter af en sådan »formålsstridig« retsudøvelse, at aftalen ikke kan påberåbes – et resultat, der efter omstændighederne kan støttes på AFTL § 36. Som anført af *Jens Evald loc. cit.* var allerede *Ussing:* Dansk Obligationsret. Almindelig Del (1937) inde på spørgsmålet, idet det hos den sidstnævnte forfatter s. 365 hedder: »I andre Kontraktsforhold [end leje], der er indgaaet paa Opsigelse, kan der rejses Spørgsmaal om udfra almindelige Retsgrundsætninger at give et vist værn mod *»Misbrug« af opsigelsesretten.* Der kan navnlig være Tale herom, hvor Opsigelsen er Udslag af ren Skadeslyst og gives paa et Tidspunkt, hvor Forholdets Afbrydelse medfører særlig stort Tab for den anden Part.«

I finansieringsretten har det anførte grundsynspunkt – at en opsigelse efter omstændighederne kan være retsstridig – vist sig ved afgørelsen U 1987.963 V, der ganske vist ikke drejede sig om factoring, men om et engagement med et pengeinstitut: To selskaber benævnt henholdsvis Preco Contractors A/S og Preco Entreprenør- og Ingenørfirma A/S var kunder hos samme pengeinstitut. Pengeinstituttet søgte forgæves at udvirke, at der blev indgået forlig mellem de to selskaber i en sag, der verserede mellem dem. Få dage efter, at forligsforhandlingerne var slået fejl, opsagde pengeinstituttet sit engagement med Preco Contractors A/S. Som begrundelse herfor angav pengeinstituttet, at der var sket en fejlpostering i pengeinstituttet som følge af navneforveksling

mellem de to selskaber, og at der ikke kunne garanteres mod fremtidige lignende forvekslinger. Til overflod angaves det, at opsigelsen bortfaldt, hvis der inden en nærmere angiven frist blev indgået forlig mellem de to selskaber. Preco Contractors A/S fik – ikke overraskende – ved Tilsynet for banker og sparekasser medhold i, at pengeinstituttet ved den anvendte fremgangsmåde ikke havde handlet i overensstemmelse med god pengeinstitutpraksis (jf. den dagældende BSL § 1, stk. 6 – nu § 3 i lov om finansielle virksomheder). Under en efterfølgende retssag mod pengeinstituttet fik Preco Contractors A/S medhold i en påstand om erstatning for de omkostninger på ca. 24.000 kr. i form at gebyrer og stiftelsesprovisioner, som selskabet var blevet påført ved skift af pengeinstitut. I landsrettens præmisser lægges der bl.a. vægt på »udtalelsen fra Tilsynet med banker og sparekasser« og på, »at den skete opsigelse ikke findes at have været rimeligt begrundet over for [Preco Contractors], der efter sagens oplysninger ikke har misligholdt sin del af mellemværendet med [pengeinstituttet]«.

Dommen kan i hvert fald tages til indtægt for, at et pengeinstitut ikke med en usaglig begrundelse kan skille sig af med en uønsket kunde. Dommen er dog formentlig – mere vidtgående – udtryk for, at der gælder et krav om saglig begrundelse for at afbryde et bestående kundeforhold. Nu indeholder § 3 i lov om finansielle virksomheder (og finansielle holdingvirksomheder) ganske vist et lovkrav om, at virksomhederne (f.eks. pengeinstitutter) skal drives i overensstemmelse med redelig forretningsskik og god praksis inden for virksomhedsområdet, men det kan ikke være eneafgørende for resultatet.

Factoring har karakter af et vedvarende kontraktsforhold, hvor der gælder en særlig loyalitetspligt mellem parterne, og denne pligt synes at måtte være så stærk, at også et factoringselskab er afskåret fra uden saglig begrundelse at opsige factoringaftalen uden varsel. Ved bedømmelsen må der bl.a. lægges vægt på den typisk stærke afhængighed af factoringselskabet, der oftest vil være den væsentligste – eller en af de væsentligste – likviditetskilder for virksomheden.

Retsforholdets karakter af finansiering medfører, at de saglige grunde, som kan begrunde en umiddelbar opsigelse, skal være af kreditmæssig art. Som en saglig grund kan tænkes en væsentlig forringelse af virksomhedens soliditet og dermed en væsentligt forøget kreditrisiko for factor.

Uberettiget opsigelse fra factors side er ansvarspådragende, således at factor navnlig er ansvarlig for virksomhedens omkostninger ved skift til anden financier og for virksomhedens mistede rentefordel, jf. ovenfor i afsnit 3.4.2.

3.4.6.2. Factors ophævelse

Factor kan efter almindelige regler hæve factoringaftalen, når der foreligger væsentlig misligholdelse fra virksomhedens side.

Tillidsbrud i form af overdragelse af eksempelvis fiktive fakturaer er selvsagt hævebegrundende. Det samme gælder (forsøg på) belåning af fakturaer, som ifølge factoringaftalen ikke kan indgå i fakturabelåningsgrundlaget, jf. til illustration U 1997.697 H (der ganske vist vedrørte revisoransvar i et tilfælde, hvor aftalestridige fakturaer var inddraget i finansieringsgrundlaget).

Er grænserne for kreditgivningen overtrådt, og stiller virksomheden i den forbindelse ikke supplerende sikkerheder i form af yderligere fakturaer, eller undlader virksomheden at indbetale det manglende beløb til factor, vil der ligeledes som udgangspunkt foreligge væsentlig misligholdelse med den virkning, at kreditten forfalder til betaling.

Forfaldsvirkningen vil i reglen fremgå direkte af factoringaftalen, men må også antages at indtræde uden særlig aftale herom. Den almindelige regel ved væsentlig misligholdelse af pengeforpligtelser må således antages at være den samme, som gælder i andre kontraktsforhold, jf. *Torsten Iversen* i U 1992 B s. 327 ff. Som anført af denne forfatter *loc. cit.* s. 332 kan manglende væsentlighed skyldes, dels det udeblevne beløbs ringe størrelse, dels at ydelsen kun udebliver ganske kort tid. *Gomard:* Obligationsret, 1. Del, 3. udgave (1998) vil i modsætning til *Torsten Iversen* ikke opstille en formodning for, at udeblivelse med ydelser på pengelån medfører forfaldsvirkning. Det er imidlertid vanskeligt at se, hvorfor netop pengelån i henseende til spørgsmålet om ophævelse skulle adskille sig fra andre kontraktstyper, der reguleres af almindelige obligationsretlige regler.

Netop i factoringforhold bør spørgsmålet om virkningerne af betalingsmisligholdelse ikke give anledning til større problemer. Hele arrangementet bygger på, at factor løbende konstaterer, om det aftalte forhold mellem sikkerhedsstillelse og gæld er i overensstemmelse med aftalen, og at factor giver virksomheden påkrav, hvis dette ikke er tilfældet, således *at* der skal stilles yderligere sikkerheder, *at* der skal foretages indbetalinger, *eller at* fremtidige fakturaer ikke udløser finansiering. Factors påkrav med en rimelig betalingsfrist *(Nachfrist)* må i det mindste indebære en formodning for, at der foreligger væsentlig anteciperet misligholdelse, jf. *Torsten Iversen op. cit.* s. 333. Om påkrav kan også henvises til *Kai Krüger:* Hovedpunkter i kredittretten, 2. utgave (1987) s. 281 f. Denne forfatter går dog ganske vidt i sin antagelse af, at påkrav må gives »kanskje både en og flere ganger«.

De fleste factoringkontrakter angiver det som væsentlig misligholdelse, hvis der bliver foretaget udlæg eller arrest hos virksomheden. Undertiden angives det særskilt, at factor kan hæve, hvis der bliver foretaget udlæg eller arrest i en til factoringarrangementet hørende sikringskonto. Det sidste må også antages at være den deklaratoriske regel, idet der med udlægget – der placerer sig »bedst muligt«, jf. herved U 1979.569 H – sker et »indbrud« i den oversikkerhed i factoringarrangementet, som netop skal beskytte factor i tilfælde af, at fakturakrav viser sig uerholdne eller mødes med mangelsindsigelser.

Det fremgår oftest af factoringaftalen, at virksomhedens konkurs (eller betalingsstandsning) udgør hævebegrundende misligholdelse – eller en sådan forfaldsvirkning gøres uden støtte i aftalegrundlaget gældende ved konkursens (betalingsstandsningens) indtræden. Der indtræder selvsagt ikke forfaldsvirkning, hvis konkursboet er berettiget til at indtræde i factoringaftalen, jf. KL § 55. Afgørende er nærmere bestemt, om factoringaftalen er af en sådan »beskaffenhed«, at indtræden er udelukket, jf. KL § 53. For så vidt angår et uopfyldt tilsagn om ydelse af almindelige – usikrede – pengelån antages det i almindelighed, at indtræden må afvises, jf. således *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 362, *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 51 og *Ussing:* Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 54 f. Indtræden vil da også oftest være uden større praktisk betydning ved almindelige pengelån, idet tilbagebetalingskravet i givet fald skal opfyldes som massekrav, jf. KL § 93, nr. 3. Om KL § 53 generelt kan endvidere henvises til *Kim Sommer Jensen:* Konkursregulering (2000) s. 69 ff.

Spørgsmålet er, om det i forhold til KL § 53 gør nogen forskel, at factoring indebærer, at den ydede kredit er sikret gennem fakturafordringer. Denne omstændighed gør svaret mindre sikkert end ved usikrede pengelån, men ikke desto mindre må det formentlig som *udgangspunkt* antages, at factoringselskabet ikke har pligt til for fremtiden at tåle virksomhedens konkursbo som ny kontraktspart: En virksomhed under konkurs vil andet lige levere fakturaer med en betydeligt lavere dækningsgrad end en solvent virksomhed. Det er således velkendt at *både* risikoen for mangelsindsigelser vedrørende fakturakrav *og* insolvens hos virksomhedens købere er betydeligt større for en insolvent virksomhed end for en solvent. *Jens Edvin Andreassen:* Factoringpant (1990) s. 64 udtaler ligefrem om det norske factoringpant, at det ikke er udsædvanligt, at fordringsmassen kun udgør 20-25% af pålydende, når panthaveren træder til sit pant i forbindelse med virksomhedens konkurs.

Det er ovenfor fremhævet, at den her angivne retstilstand kun gælder som udgangspunkt. Konkret kan det tænkes, at virksomhedens produkt(er) er af en

sådan utvivlsom kvalitet, og at virksomhedens kunder er utvivlsomt solvente (f.eks. offentlige myndigheder), således at indtræden, jf. KL § 55, ikke kan afskæres ved factors ophævelse.

3.4.6.3. Factors ret til erstatning

I tilfælde af ansvarsbegrundende misligholdelse fra virksomhedens side kan factoringselskabet kræve erstatning for et lidt tab. Overholder virksomheden ikke sine forpligtelser med hensyn til afgivelse af f.eks. debitorinformationer, kan dette således påføre factor ekstra arbejde og omkostninger i forbindelse med inkasso eller førelse af bogholderi.

Mere interessant er imidlertid factors mulighed for at kræve erstatning for et eventuelt rentetab som følge af, at factoringaftalens opsigelsesvarsel ikke overholdes fra virksomhedens side. Til illustration af problemet kan henvises til J.U. 1997.448 Ø, hvor en virksomhed skiftede fra et factoringselskab til et andet uden at overholde opsigelsesfristen på seks måneder over for det første factoringselskab. Virksomheden fik ikke over for det første factoringselskab medhold i, at gælden kunne indfries til enhver tid, og virksomheden dømtes til at betale dette factoringselskab et erstatningsbeløb svarende til selskabets mistede rentemarginal.

Det kan klart ikke antages – som anført af *Lassen:* Lærebog i Obligationsrettens specielle Del, 4. udgave (1931) ved *Henry Ussing* – at skyldnerens misligholdelse indebærer en pligt til fortsat at betale renter »indtil kontraktsmæssig Frigørelsestid, f. Eks. til den Dag, til hvilken han i Misligholdelsens Øjeblik kunde opsige Gælden, dog med Fradrag for Tiden, efter at han har betalt, af de Renter, som enhver uden Bekostning og Møje kan faa for sikre Udlaan«. Det afgørende må være det konkrete tab i form af mistet rentemarginal hos kreditor (factoringselskabet). Se således *Huber:* Handbuch des Schuldrechts, bd. 2 (1999) ifølge hvem en bank – over for hvilken der er misligholdt på ansvarspådragende måde – kan kræve erstatning for mistet rentemarginal med udgangspunkt i forskellen mellem den aftalte og den gennemsnitlige udlånsrente.

Om den »spejlvendte« situation, hvor det er virksomheden, der som følge af factors ansvarspådragende misligholdelse kræver erstatning for sit rentetab, kan henvises til fremstillingen ovenfor i afsnit 3.4.2 (om factors uberettigede udnyttelse af udskydelsesretten). Når det overhovedet kommer på tale at lade factor kræve rente som led i den positive opfyldelsesinteresse, skyldes det som anført i det nævnte afsnit, at renten netop er »prisen« for den kreditydelse, der er kontraheret om. Hverken pengemangelsdoktrinen eller andre synspunkter afskærer i sådanne tilfælde et erstatningskrav på rente som prisdifferencetab.

3.4.7. Momsspørgsmål

3.4.7.1. Fakturafordringerne

I praksis yder factor typisk virksomheden finansiering på grundlag af fakturafordringernes pålydende *inklusive moms*. Normalt har kun virksomheden (overdrageren) – d.v.s. ikke factor (erhververen) – fradrag for moms i tilfælde, hvor fakturabeløbet ikke kan inddrives hos skyldneren, jf. herved momslovens § 27, stk. 6. Dette skal der selvsagt tages højde for ved beregningen af de omkostninger, som factoringarrangementet påfører virksomheden. Momsproblemet kan illustreres med et eksempel: *Sælger* virksomheden til factor en fordring på 125.000 kr. inklusive moms (25%), og går skyldneren konkurs uden dividende til kreditorerne, har factor ikke momsfradrag for de 25.000 kr., idet beløbet vedrører overdragerens momspligtige virksomhed. (Derimod har factor typisk skattemæssig fradragsret for de 125.000 kr.). *Pantsætter* virksomheden under tilsvarende omstændigheder en fordring til factor, lides tabet hos overdrageren (virksomheden), der har fuldt momsfradrag for de 25.000 kr. (Desuden har virksomheden typisk skattemæssig fradragsret for det resterende tab på 100.000 kr.) Et lignende eksempel kan ses hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 136.

Da fradragsværdien af de 25.000 kr. er større hos virksomheden (i kraft af momsfradragsretten) end hos factor (i kraft af skattefradragsretten), taler dette isoleret set for at lade overdragelsen ske til sikkerhed. Det er dog ikke afgørende, om overdragelsen i factoringaftalen er formuleret som overdragelse til eje eller til sikkerhed. Virksomheden bevarer således også momsfradraget ved overdragelse til eje, hvis det er aftalt, at der ved fakturaskyldnerens misligholdelse skal ske tilbagetransport til virksomheden, og skyldneren underrettes om, at betaling efter tilbagetransporten alene kan ske med frigørende virkning til virksomheden. Yder factor virksomheden lån kombineret med kreditrisikoforsikring, er heller ikke dette til hinder for, at virksomheden bevarer momsfradraget, jf. *Momsvejledningen (2001)* afsnit G.1.6.3.

3.4.7.2. Salgsgenstanden i ejendomsforbeholdskøb

Der opstår en række momsmæssige spørgsmål ved tilbagetagelse af en genstand, som er undergivet et ejendomsforbehold, der – tillige med den sikrede fakturafordring – er transporteret til factor.

For det første opstår et spørgsmål om factors momspligt: Misligholder ejendomsforbeholdskøberen, og får factor herefter genstanden udleveret på grundlag af ejendomsforbeholdet, må der således tages stilling til, om factor er forpligtet til at svare moms af den købesum, som opnås ved et videresalg. Momslovens ordlyd er ikke ganske klar, men det fremgår af forarbejderne til

§ 13, stk. 1, nr. 11 – der omhandler momsfritagelse for visse finansielle ydelser – at factor ikke skal betale moms i det nævnte tilfælde, jf. således FT 1993-94, tillæg A, spalte 4394. En forudsætning herfor er selvsagt, at factor ikke har ladet sig momsregistrere for salg af overtagne varer. En yderligere forudsætning er, at salget sker til en momsregistreret virksomhed, jf. U 1989.864 V, der omtales nedenfor. Konkret kan det være aftalt, at factor skal afregne moms af det indkomne provenu til ToldSkat på sælgers vegne, d.v.s. at momsbeløbet ikke er omfattet af panteretten, jf. om et sådant særligt tilfælde TfS 1993.365.

For det andet opstår spørgsmål om momsfradrag i forhold til factor. Dette spørgsmål besvares lettest med udgangspunkt i retsstillingen, når *salgsvirksomheden selv* skrider til fyldestgørelse på grundlag af ejendomsforbeholdet. Når den momsregistrerede salgsvirksomhed selv tager genstanden tilbage, foreligger en såkaldt »returvare«, hvilket indebærer, at salgsvirksomheden opnår et momsfradrag i henhold til momslovens § 27, stk. 5. En betingelse for opnåelse af fradragsretten er, at sælgeren udsteder kreditnota med deklareret moms til køberen (hvilket indebærer, at køberens fradragsberettigede købsmoms reduceres med det deklarerede momsbeløb). Anderledes når *factor* skrider til fyldestgørelse på grundlag af ejendomsforbeholdet. I forhold til factor er der således ikke tale om en returvare, hvorfor factors tilbagetagelse ikke udløser noget momsfradrag. Factor må således ikke i forbindelse med tilbagetagelsen udstede kreditnota med deklareret moms, jf. *Momsvejledningen (2001)* afsnit J.6.2.

For det tredje opstår et spørgsmål om momsreglernes betydning for det økonomiske opgør mellem factor og fakturaskyldneren, når factor tager genstanden tilbage i henhold til ejendomsforbeholdet. Således skal det solgtes værdi ved tilbagetagelsen indgå i opgørelsen mellem parterne til fordel for køberen, jf. KAL § 39, stk. 1, der også gælder i handelskøb, jf. KAL § 50 – oven i købet præceptivt i køb med ejendomsforbehold, jf. KAL § 7, stk. 2 (Reglerne om ejendomsforbeholdskøb i KAL kapitel 11 gælder dog ikke i konsignations- og forarbejdningsforhold, jf. KAL § 2, 2. pkt.). Det solgtes værdi er det beløb, som kan opnås ved salg på hensigtsmæssig måde, jf. KAL § 39, stk. 2. Spørgsmålet er, om vurderingssummen skal tillægges moms. Dette er besvaret benægtende ved U 1989.864 V (der også belyser de ovenfor behandlede spørgsmål om momspligt og momsfradrag for factor):

Ved et finansieringsselskabs tilbagetagelse af en bil købt med ejendomsforbehold blev der ikke tillagt vurderingssummen moms, hvilket blev begrundet som følger: »[Finansieringsselskabet] kan ikke ved tilbagetagelse af biler i henhold til diskonterede

misligholdte købekontrakter foretage fradrag som omhandlet i momslovens § 13, stk. 5 [nu § 27, stk. 5], og kan afsætte sådanne biler til momsregistrerede virksomheder uden at svare moms af afsætningen. [Køberen], der ved købet af bilen til erhvervsmæssig brug var momsregistreret, har kunnet afløfte den ved købet betalte moms som indgående afgift. Da finansieringsselskabet ikke ved tilbagetagelsen har kunnet udstede kreditnota med deklareret moms til [køberen], vil der ikke i anledning af tilbagetagelsen ske nogen regulering af den af [køberen] afløftede moms. Der findes herefter i det hele ikke at være grundlag for ved værdiansættelsen af den tilbagetagne vogns værdi i henhold til kreditkøbslovens § 25 [nu KAL § 39] at tillægge vurderingssummen moms«.

4. Sikringsakt

4.1. Særligt om meddelelseskravet ved factoring og fakturabelåning

Som nævnt ovenfor i kapitel 2, afsnit 2, er det med en række formuleringseksempler fra retspraksis vist, at der gælder et krav om, at GBL § 31-meddelelsen til skyldneren om overdragelsen *klart og tydeligt* angiver, at fordringen er overdraget. Et formuleringseksempel specielt beregnet på factoring ses hos *Mads Bryde Andersen:* Praktisk Aftaleret (1995) s. 445. Skyldnerens onde tro, jf. GBL § 29, om overdragelsen gør ikke meddelelsen overflødig. Tredjemands retsstilling bør således ikke være afhængig af mere eller mindre tilfældige forhold, som det efterfølgende kan være vanskeligt at bevise. GBL §§ 29 og 31 tager stilling til to principielt forskellige spørgsmål, og bestemmelserne må begribeligvis ikke sammenblandes, jf. ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.1.

Da det er velkendt, at factoring i en del tilfælde kun omfatter debitoradministration og inkassovirksomhed, er der en særlig risiko for, at skyldnerne misforstår de meddelelser, der gives som led i factoringarrangementer. Dette taler for, at kravene til klarhed og tydelighed netop på dette område håndhæves med stor strenghed. Henset til, at meddelelsen bl.a. har til formål at sætte skyldneren i stand til at oplyse om overdragelsen, kan det dog efter omstændighederne – i et snævert grænseområde – tillægges betydning, hvorledes skyldneren rent faktisk har opfattet en meddelelse, som indholdsmæssigt »ligger på vippen«.

Det er en overordentlig enkel sag at formulere en § 31-meddelelse korrekt, og det kan derfor undre, at retspraksis indeholder forholdsvis mange eksempler på meddelelser, som ikke er tilstrækkeligt klare og tydelige. Årsagen er vel undertiden ukendskab til reglerne, men en vis rolle spiller det også, at virksomheder undertiden nødig ser, at meddelelserne til kunderne formuleres alt for håndfast, idet det befrygtes, at nogle kunder vil opfatte det som et

signal om anstrengt økonomi hos deres leverandør, at kundefordringerne benyttes som finansieringsgrundlag. Det er selvforklarende, at pengeinstitutter og factoringselskaber ikke bør acceptere indholdet af meddelelserne som et punkt, der kan forhandles med den kreditsøgende virksomhed (om end visse ord og vendinger kan undgås, f.eks. ordene »pantsætning« og »belåning«, som vistnok er mere negativt ladede end f.eks. ordene »overdragelse« og »transport«).

Med hensyn til meddelelsens *form* er det i retspraksis accepteret, at meddelelsen kan gives ved en påtegning på den faktura, som virksomheden sender til kunden, jf. f.eks. U 1980.261 Ø. Fakturaen, som er det dokument, der (sammen med et eventuelt medsendt indbetalingskort) danner grundlag for kundens betalinger, forekommer da også at være et naturligt sted at oplyse om overdragelsen. Til trods herfor er en faktura ikke noget optimalt kommunikationsmiddel: *Dels* hæfter de fleste fakturaskyldnere sig vel først og fremmest ved regningsbeløbet. *Dels* »håndteres« fakturaer typisk af skyldnervirksomhedens bogholderi- og regnskabsafdeling, og gives oplysningen om overdragelsen ikke herfra videre til skyldnervirksomhedens indkøbsafdeling, kan det tænkes, at denne indgår aftaler med sælgeren i strid med factors ret, jf. således *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 232. Til trods for de nævnte fejlkilder må det fastholdes, at eventuel dårlig kommunikation i skyldnervirksomheden ikke er kreditsælgerens (overdragerens) eller factors problem. Det anførte rokker således ikke ved fakturaen som acceptabel meddelelsesform, men understreger dog, at der her må stilles strenge krav til klarhed og entydighed. De strenge krav gælder dels meddelelsens ordlyd, dels den måde, hvorpå meddelelsen er påført fakturaen. I sidstnævnte henseende må det kræves, at meddelelsen på en iøjnefaldende måde skiller sig ud fra fakturaens øvrige tekst, f.eks. ved den anvendte typestørrelse, farve og placering på fakturaen.

Blandt andre mulige meddelelsesformer kan nævnes et eventuelt indbetalingskort, som tilsendes skyldneren, samt eventuelle kontoudtog, som skyldneren modtager – eksempelvis månedligt – hvis der er et løbende samhandelsforhold mellem skyldneren og den virksomhed, som benytter sig af factoring. Indbetalingskort står i en sådan nær forbindelse med betalingen, at meddelelse herpå må accepteres (men det er ikke tilstrækkeligt, at factor blot er anført som betalingsmodtager). Til gengæld kan det som udgangspunkt ikke antages, at meddelelse på periodisk tilsendte kontoudtog er en acceptabel meddelelsesform – om end afgørelsen kan afhænge af, om fakturaskyldneren rent faktisk opfatter budskabet. Meddelelse på kontoudtog rejser tillige et konkursretligt problem, idet ikke alle transporterede fordringer kan være »sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse«, jf. KL § 70, hvis kon-

toudtog med meddelelse om de transporterede fordringer eksempelvis udsendes hver fjortende dag eller månedligt, og der har været løbende samhandel i perioden. Anvendes denne lidet anbefalelsesværdige fremgangsmåde, risikerer factor med andre ord, at der i tilfælde af virksomhedens konkurs kan ske omstødelse af (en del af) sikkerheden efter KL § 70 om pant for gammel gæld – et forhold, som dog kun får selvstændig betydning, hvis meddelelsen på kontoudtoget overhovedet tillægges virkning som sikringsakt.

Et generelt synspunkt, som undertiden hævdes, er, at der alt andet lige må stilles strengere krav til en meddelelse om overdragelse af en enkelt større fordring end til meddelelser om overdragelser af en stor mængde mindre fordringer. Se i denne retning *Munch* i U 1988 B s. 419, der begrunder synspunktet med, at et skærpet krav til overdragelse af enkeltstående fordringer lettere kan fastholdes, uden at det vil volde »for store praktiske vanskeligheder«. Man kan måske mene, at en skyldner bør kunne gå ud fra, at der udvises særlig omhu med en meddelelse om overdragelse af en enkelt større fordring, således at meddelelsen *af denne grund* underkastes en strengere bedømmelse end den normale. Derimod ses der ikke på grund af »praktiske vanskeligheder« at være grundlag for en lempeligere bedømmelse end den normale vedrørende masseoverdragelser af mindre fordringer. Det er ikke vanskeligere at meddele en skyldner, at fordringen mod ham er »overdraget«, end at meddele, at den eksempelvis er »deponeret«. Under alle omstændigheder kommer en lempelse ikke på tale i factoring, som utvivlsomt er det mest praktiske eksempel på masseoverdragelser. Tværtimod må der netop her stilles særdeles strenge krav, hvilket som nævnt skyldes, *dels* at skyldneren let kan tro, at arrangementet kun omfatter debitoradministration (bogholderi og inkasso), *dels* at meddelelsens form typisk ikke er optimal (påtegning på en faktura). Se formentlig anderledes *W. E. von Eyben* i Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm (1969), der s. 369 udtaler, at det er »besværligt at give meddelelse til et stort antal debitorer, hvad der vil være tale om, hvis det drejer sig om krav på en virksomheds kundekreds ...«.

Dette er der også til dels taget højde for ved overdragelse af en handelsvirksomhed eller en bogføringspligtig virksomhed, hvis den medfølgende overdragelse af fordringerne sker *til eje*, jf. GBL § 31, stk. 3, idet der da ikke gælder noget denunciationskrav – kravet om denunciation gælder derimod undtagelsesfrit ved *pantsætning*.

W. E. von Eyben udtaler imidlertid *op. cit.* s. 371, at »denunciation til debitor ifølge den pantsatte fordring [næppe] volder så store praktiske vanskeligheder, som man skulle tro«. – Det er udtalt, at kravet om denunciation ligefrem

virker hæmmende på långivning mod sikkerhed i bogfordringer, idet det er besværligt at underrette debitorerne for et større antal fordringer, jf. *Gomard* i Juristen 1953 s. 40. *Palle Bo Madsen* i Juristen 1976 s. 521 ff. samt *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 361 vil lempe kravene til denunciation ved massebelåning. Som nævnt ovenfor i teksten forekommer det – ved belåning af fakturaer med påført denunciationspåtegning – mere nærliggende at skærpe kravene.

4.2. Betaling til overdrageren

4.2.1. Fejlbetalinger

Hvis en fakturaskyldner, som har modtaget meddelelse om overdragelsen, bevidst eller ved en fejl betaler afdrag til overdrageren, *uden at* dette kan ske med frigørende virkning, har virksomheden selvsagt pligt til at videresende beløbet til factor, hvilket i praksis også vil være aftalt i factoringkontrakten. I sådanne tilfælde opstår imidlertid spørgsmålet, om det kræves, at meddelelsen gentages/præciseres over for den uefterrettelige fakturaskyldner, eller om det er tilstrækkeligt, at den relevante sikringsakt én gang er foretaget. Det samme spørgsmål opstår, hvis skyldneren f.eks. meddeler factor, at han forbeholder sig ret til at betale til sælgervirksomheden. Problemet er i begge tilfælde, om der ved skyldnerens betaling/tilkendegivelse er opstået en sådan usikkerhed, at meddelelsen ikke opfylder sine funktioner (navnlig den rådighedsbegrænsende funktion). Det klare udgangspunkt må være, at kreditor- og omsætningsbeskyttelse er opnået ved den én gang foretagne denunciation. Principielt kunne der dog tænkes at måtte gøres forskel på tilfælde, hvor der foreligger en fejl eller misforståelse hos skyldneren, og på tilfælde, hvor skyldneren har indtaget det standpunkt, at han ikke *vil* betale til factor. I det førstnævnte tilfælde kan det måske kræves, at skyldneren bringes ud af vildfarelsen, hvorimod et sådant krav ikke stilles i det sidstnævnte tilfælde. At factor i egen interesse – dels af hensyn til sikringsaktsproblemet, dels af hensyn til legitimationsproblemet – *bør* sørge for, at der rettes henvendelse til skyldneren, er åbenbart.

Fra retspraksis om et *til dels lignende* spørgsmål kan navnlig henvises til U 1958.744 H, hvor en bank, som havde håndpant i et ejerpantebrev, afviste en henvendelse fra et bud om notering af en tertiær håndpanteret og i stedet henviste til den sekundære panthaver. Den tertiære håndpanthaver foretog sig ikke yderligere og fandtes under disse omstændigheder ikke at have opnået nogen gyldig håndpanteret. Forskellen mellem situationen i 1958-dommen og de her behandlede tilfælde af fejlbetalinger ved simple fordringer er, at sikringsakten slet ikke blev foretaget i 1958-dommen, mens den dog én gang er

foretaget i fejlbetalingstilfældene, hvor det er en senere fejl, der bevirker, at der ikke (længere) betales til rette vedkommende. Forholdet i dommen var altså særlig grelt sammenholdt med fejlbetalingstilfældene, hvorfor forholdene netop kun ligner hinanden – men ikke er identiske.

Af hensyn til factors mulighed for at varetage sine interesser har virksomheden utvivlsomt pligt til at orientere factor, hvis en fakturaskyldner meddeler virksomheden, enten at fordringen slet ikke vil blive betalt, eller at den ikke vil blive betalt til factor. En sådan underretningspligt vil i øvrigt ofte følge direkte af factoringkontrakten.

Man kan rejse det spørgsmål, om fakturaskyldnerens betaling til virksomheden og virksomhedens oversendelse af beløbet til factor indebærer, at nedbringelsen af gælden til factor omstødelsesmæssigt skal bedømmes efter reglerne om betalinger (KL § 67) eller efter reglerne om pantsætning (KL § 70). Da betalingen er en følge af fakturaoverdragelsen, er det utvivlsomt rigtigst at antage, at forholdet stadig er omfattet af KL § 70, jf. *Gomard:* Skifteret, 2. udgave (1969) s. 234.

4.2.2. Oppebørselsret for virksomheden

Som tidligere nævnt er kreditor- og omsætningsbeskyttelse for erhververen af en simpel fordring principielt forenelig med en ordning, hvorefter overdrageren er tillagt oppebørselsret. I praksis ses det undertiden, at erhververen af fakturafordringer tillader virksomheden at oppebære de overdragne fordringer. Da ordninger af den nævnte art ikke er meget udbredt, henvises vedrørende dette spørgsmål til den generelle fremstilling ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.2. På dette sted skal blot nævnes, at sådanne ordninger let rejser alvorlige problemer for med hensyn til sikkerhedens opretholdelse. Således stilles der strenge krav til den afregning og kontrol, som skal gennemføres, for at ordningen nyder beskyttelse mod virksomhedens retsforfølgende kreditorer. Navnlig skal afregningen fra virksomheden til factor ske i en sådan tæt tidsmæssig sammenhæng med fakturaskyldnerens betaling, at der ikke ses at kunne opnås nogen særlig kreditmæssig fordel ved ordningen. Ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.2. er dette udtrykt på den måde, at en inkassofuldmagt for overdrageren ikke må fungere som kreditmiddel.

Som et andet eksempel på, at overdrageren kan modtage betalinger med frigørende virkning, kan nævnes, at betalinger til pantsætteren (sælgervirksomheden) efter omstændighederne kan være berettigede som følge af gensidighedsholdet mellem f.eks. en sælgervirksomheds leveringsforpligtelse og en købervirksomheds betalingsforpligtelse. Købervirksomheden kan således betale til sælgervirksomheden, hvis det er nødvendigt, for at sælgervirksom-

heden kan opfylde korrekt. Princippet har fundet udtryk i RPL § 511, stk. 3, hvorefter skyldneren for en udlægsbehæftet fordring kan betale til rekvisitus, hvis »det er nødvendigt for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe«. Da princippet er særlig praktisk i forbindelse med byggeritransporter er den nærmere behandling af betingelserne foretaget i kapitel 3, afsnit 5.3. Da factoringkontrakten så at sige altid vil kræve, at de fakturaer, som danner grundlag for kredit, vedrører varer, som *er* leveret, opstår problemet dog sjældent i forhold til sælgervirksomhedens leveringsforpligtelse. Derimod kan det eksempelvis tænkes, at sælgervirksomheden – ifølge aftale eller almindelige misligholdelsesregler – har pligt til at afhjælpe mangler ved den leverede genstand, og at det er nødvendigt, at køberen betaler (en del) af fakturabeløbet til sælgervirksomheden, for at afhjælpning kan foretages.

4.3. Sikringsakten ved international factoring

Ved danske virksomheders kreditsalg til udlandet foreligger samme behov for finansiering via factoring som ved indenlandske kreditsalg. Der tales i den forbindelse om »eksportfactoring«, som kendes i flere varianter, jf. *Per Boman:* Factoring och leasing (1985) s. 51 ff.

Ofte retter det danske factoringselskab (»the Export Factor«) henvendelse til et factoringselskab i fakturaskyldnerens hjemland (»the Import Factor«). Alt efter selskabernes aftale foretager det udenlandske selskab kreditvurdering, tegner kreditforsikring, udfører inkassationsarbejdet og forsyner løbende det danske factoringselskab/ den danske sælgervirksomhed med oplysninger om betalingsmønstre og reklamationer. Eventuelt overtager det udenlandske selskab tillige (risikoen for) fakturakravet, idet soliditeten af den udenlandske skyldner kan være svær at bedømme for et dansk factoringselskab, jf. tilsvarende i Sverige *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering, 3. uppl. (2001) s. 177. Typisk er det danske og det udenlandske factoringselskab medlemmer af samme factoringkæde – eksempelvis Factors Chain International eller Credit Factoring International. Den førstnævnte factoringkæde har udarbejdet »Code of International Factoring Customs« til regulering af forholdet mellem factoringselskaber beliggende i forskellige lande.

På velkendte markeder – eksempelvis det svenske og tyske – er der typisk mindre behov for en lokal forbindelse. I så fald vil det danske factoringselskab eventuelt træde i direkte forbindelse med den udenlandske kreditkøber og i det hele taget »håndtere« fordringen, som hvis der var tale om finansiering af et indenlandsk kreditsalg. En sådan ordning betegnes som »direct factoring«.

Overdragelse af simple fordringer på udenlandske debitorer rejser flere lovvalgsspørgsmål, herunder navnlig spørgsmål om erhververens tinglige beskyttelse. Da sikringsaktsreglerne vedrører forholdet til tredjemand, kan erhververens og overdragerens aftale selvsagt ikke være afgørende for, hvilket retssystems sikringsakt der skal anvendes. Afgørelsen må træffes efter dansk international privatret, der på dette område er ulovfæstet. Som udgangspunkt anvendes princippet om *lex rei sitae*, d.v.s. at beliggenhedslandets land bliver afgørende for lovvalget, jf. herom f.eks. *Ulrik Rammeskow Bang-Pedersen:* Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten (2002) s. 486 ff. (vedrørende løsøre). Ved simple fordringer kan der ikke med samme sikkerhed som f.eks. ved løsøre og fast ejendom siges noget sikkert om, hvor den simple fordring er »beliggende«. Spørgsmålet må derfor nok så meget besvares ud fra hensigtsmæssighedsbetragtninger.

I teorien er der forskellige opfattelser af, hvorledes lovvalgsspørgsmålet skal besvares, idet der er argumenteret for såvel debitors som kreditors domicillov.

For debitors domicillov, se *Allan Philip:* Dansk international privat- og procesret, 3. udgave (1976) s. 404, *Erik Siesby:* Lærebog i international privatret, 2. udgave (1976) s. 111 og *Lookofsky:* International privatret på formuerettens område, 2. udgave (1997) s. 125. Til støtte for debitors domicilland kan bl.a. anføres, at det er hér inddrivelse af fordringen skal ske, og at det er en fordel, at den inddrivende myndighed går frem efter kendte – d.v.s. nationale regler. – Det skal tilføjes, at *Philip* i visse tilfælde vil anvende »kontraktstatuttet«, således eksempelvis hvis en detailforretning overdrager hele sin *debitorportefølje*. Ifølge denne opfattelse bliver det således afgørende, hvilket lands lov de overdragne fordringer er underlagt.

For kreditors domicillov, se *Svenné Schmidt:* International formueret, 2. udgave (1999) s. 321 f. og *Brækhus* i »Festskrift till Knut Rodhe« (1976) s. 51 ff. og s. 55 f. (med henvisning til NRt 1933 s. 897 HD) samt *Ida Espolin Johnson* i TfR 1990 s. 324. Se også *Peter Arnt Nielsen:* International privat- og procesret (1997) s. 623 og *samme*: International erhvervsret (1999) s. 164. Se endelig UNCITRAL's »Draft Convention on Assignment in Receivables Financing«, Chapter IV, Section III, article 24 og 25 samt Chapter V, article 29. udkastet foreslås som almindelig regel, at overdragerens land skal være afgørende for lovvalget i prioritetskonflikter mellem overdragerens aftaleerhververe og kreditorer. Unidroit-overenskomsten af 28. maj 1988 – som ikke er gennemført i Danmark – definerer factoringaftalen som stående i forbindelse med erhvervsmæssigt varesalg, jf. artikel 1. Lovvalget følger almindelige internationalt privatretlige regler, jf. artikel 4, stk. 2.

I retspraksis indeholder U 1990.540 V støtte for at anvende kreditors/overdragerens domicillov: En dansk entreprenør, der byggede huse i Tyskland, havde

modtaget bankgaranti fra de tyske bygherrer/deres banker. Den danske entreprenør gav en tysk underleverandør transport i garantien. Transporten blev ikke denuncieret over for de tyske banker. I forbindelse med den danske entreprenørs konkurs, krævede underentreprenøren cirka 300.000 DM af garantisummen som separatist. Dette forudsatte anvendelse af debitors domicillov – d.v.s. tysk ret, der ikke kræver denunciation. Underleverandøren fik ikke medhold. Da bankgarantierne var stillet over for den danske entreprenør, der drev virksomhed i Danmark, fandtes spørgsmålet om kreditorbeskyttelse at måtte afgøres efter kreditors domicillov – d.v.s. dansk ret, der kræver denunciation. Herefter havde den tyske transporthaver alene stilling som simpel kreditor i boet. – (Da en aftale mellem entreprenøren og underentreprenøren om værneting i Tyskland ikke i forhold til konkursboet kunne anses som en bindende lovvalgsaftale, og da kontraktskonventionen alene angår forholdet mellem parterne, måtte tvisten om lovvalget afgøres efter dansk international privatret. Som anført ovenfor kunne parterne altså ikke ved aftale afgøre et lovvalgsspørgsmål, som angik forholdet til tredjemand).

Hensigtsmæssigheden af at anvende kreditors – overdragerens – domicillov viser sig navnlig ved overdragelse af en *debitorportefølje*, hvor debitorerne har hjemsted i forskellige lande med forskellige sikringsaktsregler: For det første bliver der tale om en fast tilknytningsfaktor, som er let konstaterbar for de tredjemænd, hvis interesser sikringsaktsreglerne skal varetage. For det andet bliver der tale om en ensartet bedømmelse af de enkelte fordringer i debitormassen, hvorved tilfældighedsprægede resultater undgås, jf. det instruktive eksempel hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Finans & Kredit (1992) s. 132 f.

Herefter fører dansk international privatret til anvendelse af overdragerens domicillov, hvilket indebærer, at dansk ret (GBL § 31) anvendes på overdragelse fra en dansk eksportvirksomhed til et udenlandsk factoringselskab. En overdragelse fra et dansk factoringselskab til et udenlandsk factoringselskab behandles ligeledes efter dansk ret.

5. Pant i friværdien i et factoringarrangement

Som nævnt betinger factor sig i praksis en oversikkerhed ved ydelse af kredit. Oversikkerheden – svarende til f.eks. 20% af den samlede sikkerhedsmasse – skal navnlig tjene factor til sikkerhed mod tab, som lides på uerholdne fakturaer, eller som skyldes virksomhedens manglende betaling af renter og øvrige factoringomkostninger. Virksomheden kan naturligvis – med respekt

af factors bedre ret – benytte oversikkerheden som pantsætningsobjekt over for andre kreditgivere.

Som det vil være fremgået af gennemgangen i afsnit 3.4.5, kan friværdien i et factoringarrangementet have forskellige fremtrædelsesformer. Det pant, som tilbydes virksomhedens anden kreditgiver, kan følgelig ligeledes have forskellige fremtrædelsesformer. Der kan således gives pant i udestående fakturafordringer og/eller pant i en sikringskonto, som virksomheden har hos factor. I begge tilfælde er der tale om sekundært pant, da pantsætningen sker med respekt af factors bedre ret.

En sekundær panthaver i et factoringarrangements friværdi står over for en række problemer. For det første må det i videst muligt omfang sikres, at den sekundære panthaver over for factor opnår de rettigheder, som panthaver er tilsagt af pantsætter (virksomheden), jf. herom nedenfor i afsnit 5.1. For det andet må den sekundære panthaver foretage den relevante sikringsakt for at være prioritetsbeskyttet over for virksomhedens retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe, jf. herom nedenfor i afsnit 5.2.

5.1. Forholdet mellem den sekundære panthaver og factor

En sekundær panthaver i friværdien af et factoringarrangement har navnlig i to henseender behov for at beskytte sin ret i forhold til factor. For det første ved at modvirke, at factor udbetaler overskydende beløb til virksomheden. For det andet ved at modvirke, at factor anvender friværdien til dækning af fordringer, som den sekundære panthaver ifølge aftalen med virksomheden ikke har pligt til at respektere. I begge henseender bør den sekundære panthaver have sikret sig, at virksomheden ikke fremstår som legitimeret over for factor. Dette sker mest hensigtsmæssigt ved, at panthaver underretter factor om den sekundære panteret, således at factor bringes i ond tro herom. Noget krav om formelig underretning, jf. GBL § 31, gælder dog ikke.

Hvad først angår spørgsmålet om factors betaling af overskudsbeløb til virksomheden, er svaret givet i og med det anførte legitimationssynspunkt. Factors viden eller burde-viden om den sekundære ret afskærer selvsagt factor fra at betale til virksomheden med frigørende virkning, jf. princippet i GBL § 29.

Hvad dernæst angår spørgsmålet, om factor til skade for den sekundære panthaver kan anvende friværdien til dækning af fordringer mod virksomheden, som ikke skyldes kreditgivning som led i factoringarrangementet, må det i første række undersøges, hvad der er aftalt, *dels* i forholdet mellem factor og virksomheden, *dels* i forholdet mellem virksomheden og den sekundære panthaver. Bemærkningerne i det følgende vedrører den ikke upraktiske

situation, at factor – som har en factoringaftale med virksomhed A – erhverver en fakturafordring mod A som led i et factoringarrangement, som factor har med virksomhed B (der altså har solgt på kredit til virksomhed A).

Fremgår det ikke af factoringaftalen mellem factor og A, at factor har sikkerhed for fakturafordringer mod A, som factor har erhvervet fra B, er forholdet enkelt set ud fra et panteretligt synspunkt: Factor har i så fald alene sikkerhed for kredit, som factor har ydet A, samt for aftalte renter og omkostninger. – I mangel af pantesikkerhed kan factor efter omstændighederne være interesseret i at søge de fra B erhvervede fakturafordringer fyldestgjort gennem *tvungen modregning* over for A. Modfordringen er i så fald fakturafordringen mod A, mens hovedfordringen er A's krav mod factor på betaling af de overskudsbeløb, som løbende fremkommer, når A's kunder betaler factor. Modregning er under alle omstændigheder udelukket, hvis de almindelige modregningsbetingelser ikke er opfyldt. Det vil de eksempelvis ikke være, så længe den fra B erhvervede fakturafordring (modfordringen) er uforfalden. Selv hvis de almindelige modregningsbetingelser er opfyldt, synes modregning imidlertid at måtte være udelukket. Kontraktsforholdets karakter – finansieringsformålet – indebærer således, at A har krav på *effektiv betaling* af de overskudsbeløb, som løbende fremkommer. A må således kunne indrette sig på at modtage betalinger i den forudsatte takt – f.eks. 80% ved belåning af en faktura samt yderligere 20%, når kunden betaler. Dette resultat stemmer med den traditionelle opfattelse, hvorefter en forpligtelse, som følger af tilsagn om pengelån eller kredithjælp, ikke kan afgøres ved modregning, jf. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 340. Indretningssynspunktet har her en sådan vægt, at modregning afskæres.

Factor kan endmindre modregne, hvis factoringaftalen med A alene går ud på administration af A's debitorportefølje, således at factor modtager kundebetalingerne som inkassator (fuldmægtig) for A. Modregning med fordringer, som ikke har forbindelse med inkassohvervet, er således uforenelig med hvervets karakter, jf. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 341. I de nævnte tilfælde, hvor factor allerede i forhold til A er uberettiget til at benytte fakturamassens friværdi til dækning af fakturakrav mod A, opstår ingen konflikt mellem factor og en sekundær panthaver i friværdien. Der er dog ikke noget til hinder for, at factor modregner med krav på vederlag for debitoradministrationen eller med andre krav, som udspringer af factors hverv.

Det kan selvsagt være *aftalt, at factor har ret til at modregne* over for A med fakturafordringer, som factor har erhvervet fra B. Er det aftalt, at factor kan modregne over for A, selv om de almindelige modregningsbetingelser

ikke er opfyldt, er der imidlertid reelt tale om pantsætning, jf. herom nedenfor. Dette vil eksempelvis være tilfældet, hvis det er aftalt, at factor kan modregne med uforfaldne fakturakrav mod A. I så fald vil factors fordringer erhvervet fra A være de pantesikrede fordringer, mens den fra B erhvervede fordring mod A er den pantsatte fordring.

Oftest vil det være udtrykkeligt *aftalt, at factor har pant/sikkerhed* i »krav mod factoringklienten, som factor erhverver fra klientens leverandører« el. lign. Giver A desuagtet en af sine kreditorer pant i fakturamassens friværdi forud for factors krav mod A ifølge fakturafordringer erhvervet fra B, foreligger der et *indbrud* i factors panteret. Ved fortolkningen af aftalen mellem A og den sekundære panthaver har det dog formodningen imod sig, at et sådant indbrudspant er tilsigtet, idet der er tale om et indbrud i et løbende kreditforhold. Kun hvis aftalen mellem A og den sekundære panthaver er så tilstrækkelig klar, at det tør fastslås, at et indbrud er tilsigtet, opstår der en konflikt mellem factor og den sekundære panthaver. I så fald må den sekundære panthaver have fortrinsret til fakturamassens friværdi forud for fakturafordringer mod A, som factor har erhvervet efter det tidspunkt, da factor fik meddelelse (eller kundskab/formodning) om indbrudspantet, jf. herved U 1979.566 H og U 1979.569 H (om indbrud i ejerpantebreve). Det ændrer ikke ved denne løsning, at factors fakturakrav mod A kan hidrøre fra tidligere påtagne forpligtelser, nemlig factors forpligtelser over for øvrige factoringkunder til at belåne fakturafordringer – herunder mod A. Disse forpligtelser kan factor nemlig sagtens opfylde, uden at den sekundære panthavers ret berøres.

Undertiden hedder det mere generelt i en *alskyldserklæring*: »De overdragne fakturafordringer tjener factor til sikkerhed for ethvert tilgodehavende hos virksomheden«. Om sådanne erklæringer foreligger en ganske righoldig panteretlig og kautionsretlig litteratur.

Se fra panteretten eksempelvis *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 167 f. (om det lignende problem ved sekundært håndpant i ejerpantebreve), *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 17 ff. og *Godsk Pedersen:* Ejerpantebreve & skadesløsbreve (1990) s. 93 ff. – alle med yderligere henvisninger. – Se om kaution eksempelvis *Ussing*: Kaution (1928) s. 39 og *Godsk Pedersen:* Kaution, 7. udgave (2002) s. 40 ff. med yderligere henvisninger. Om alskyldserklæringer specielt i factoringforhold kan henvises til *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 550 ff.

En alskyldserklæring har som udgangspunkt virkning efter sin ordlyd, men må efter omstændighederne fortolkes indskrænkende eller tilsidesættes efter AFTL § 36, således at visse fordringer ikke omfattes. Omfatter panteretten

herefter ikke en given fordring, har factor selvsagt heller ingen dækningsret i forhold til en sekundær panthaver (eller for den sags skyld i forhold til pantsætters øvrige kreditorer og aftaleerhververe).

Fra retspraksis kan eksempelvis henvises til U 1951.759 H (kommenteret af *Frost* i TfR 1952 s. 310 ff.). Dommen vedrørte et tilfælde, hvor en bank havde ydet en kunde en kassekredit mod sikkerhed i et ejerpantebrev, som tjente banken til sikkerhed for krav af enhver art mod kunden. Højesterets mindretal på fire dommere lagde vægt på alskyldserklæringens ordlyd og fandt vekselkravene omfattet af sikkerheden. Et flertal på fem dommere fandt, at banken havde været uberettiget til at søge sig fyldestgjort i pantet for vekselkrav, som banken havde erhvervet mod kunden *uden dennes medvirken*. U 1970.852 V nåede til det modsatte resultat vedrørende en banks sikkerhed for diskonterede veksler, men i denne sag blev det lagt til grund, at såvel pantsætter som banken var *gået ud fra*, at vekselskylden omfattedes af bankens pantesikkerhed. Se også U 1971.616 H og VLT 1931.22. Om alskyldserklæringer i kautionsforhold kan bl.a. henvises til U 1981.543 V, hvor en banks krav ifølge diskonterede veksler fandtes at falde uden for en selvskyldnerkautionsforpligtelse, idet det kendeligt fandtes at ligge helt uden for kautionistens forudsætninger, at kautionen omfattede forpligtelser, som opstod som følge af den *tilfældige omstændighed*, at vekselmodtager fik vekslerne diskonteret i banken.

Overført på generelt formulerede alskyldserklæringer i factoringforhold vil de anførte synspunkter – skyldnerens (A's) manglende medvirken og erhvervelsens tilfældige karakter – normalt trække i retning af, at factor ikke kan benytte en eventuel friværdi til dækning af fakturafordringer mod virksomhed A, som erhverves fra virksomhed B, jf. om spørgsmålet *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 245 f. og *Kolmos og Mogensen* i Justitia 1983, nr. 3, s. 33 ff. Et mere tungtvejende argument, som trækker i samme retning, er, at factoringaftalens (typiske) hovedformål er at tilføre virksomheden likviditet i en given takt, hvorfor der kan være grund til at kræve, at aftalen præcist angiver de forhold, der kan føre til, at likviditetsstrømmen reduceres eller afbrydes. Factoringaftalens nævnte formål synes i hvert fald at være til hinder for, at factor på grundlag af en alskyldserklæring tilbageholder forfaldne overskudsbeløb fra factoringarrangementet til sikkerhed for uforfaldne fakturafordringer mod A, som factor har erhvervet fra B. I det omfang virksomheden kan kræve løbende udbetaling af forfaldne overskudsbeløb, har den sekundære panthaver naturligvis samme ret. *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 555 konkluderer helt generelt: »Generalpantförbehåll kan helt enkelt jämkas i de fall de skaper likviditetsproblem utan att det finns objektivt fastställbara

og väl motiverade grunder för at orsaka sådana problem«. En sådan regel forekommer vanskeligt operationel og forfatteren betegner den da også selv som »otydlig«.

5.2. Forholdet mellem panthaver og virksomhedens kreditorer og aftaleerhververe

En panthaver, som har fået sekundært pant i friværdien i et factoringarrangement, skal naturligvis foretage den korrekte *sikringsakt* for at være beskyttet over for virksomhedens kreditorer og aftaleerhververe, som vil hævde en ret over samme friværdi. Som allerede nævnt kan pant i friværdien have forskellige fremtrædelsesformer, idet der navnlig kan være tale om (1) sekundært pant i fakturafordringerne og/eller (2) sekundært pant i virksomhedens sikringskonto hos factor. Inden de to tilfældegrupper behandles nedenfor – i afsnit 5.2.1 og 5.2.2 – skal forudskikkes den bemærkning, at det selvsagt er pantets reelle beskaffenhed – ikke parternes valg af betegnelse – som er afgørende for løsningen af eventuelle sikringsaktsproblemer. Hvis en sikringskontos saldo således blot er et bogholderimæssigt udtryk for fakturamassens friværdi, må sekundært pant i sikringskontoen selvsagt ligestilles med sekundært pant i fakturafordringerne. Se tilsvarende *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 143 vedrørende den omstødelsesmæssige behandling af sekundært pant i en sikringskonto.

5.2.1. »Sekundært pant i fakturafordringerne«. Meddelelse til factor

Har virksomheden givet »sekundært pant i fakturafordringerne«, kan den sekundære panthaver selvsagt opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved at give meddelelse til de enkelte fakturaskyldnere, jf. GBL § 31. Allerede antallet af fakturaer medfører dog, at denne fremgangsmåde er aldeles upraktisk. I retspraksis er det antaget, at en sekundær rettighedshaver i en simpel fordring på visse betingelser kan opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved at give meddelelse til den primære rettighedshaver, jf. navnlig U 1979.357 H og U 1980.261 Ø og nærmere ovenfor i kapitel 3, afsnit 4.4.1, om det fuldstændig tilsvarende problem ved byggeritransporter. Her skal blot gentages, at det afgørende synspunkt er, at meddelelsen skal virke rådighedsbegrænsende for virksomheden (overdrageren). Denne rådighedsbegrænsning skal være etableret både i forhold til fakturaskyldneren og i forhold til factor. Også i svensk ret er det ved factoring tilstrækkeligt, at en sekundær panthaver giver underretning factor, jf. *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 286, *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 189 og 193 og *samme:* Materiell konkursret, 2. uppl. (1987) s. 208. Se også *Bogdan* i TfR 1981 s. 529

og *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers retslige reglering, 3. uppl. (2001) s. 186 f. Den afgørende svenske dom på området er NJA 1986.217 HD, som accepterede konstruktionen ud fra lignende betragtninger som dem, der er anlagt i U 1979.357 H.

5.2.2. »Sekundært pant i sikringskonto«

Ovenfor er gennemgået en række sikkerhedsmæssige problemer, som kan opstå, når virksomheden giver sekundært pant i *fakturafordringerne*. Friværdien i et factoringarrangement kan i øvrigt fremstå som saldoen på en såkaldt *sikringskonto*, og i det følgende gøres nogle bemærkninger om de særlige forhold, som gør sig gældende, når virksomheden giver sekundært pant i en sådan konto. Det erindres fra gennemgangen i afsnit 3.4.5.2, at en sikringskonto navnlig kan tænkes at udtrykke *friværdien i fakturamassen* eller *beløb, som er indbetalt til factor.*

Om sekundært pant i en sikringskonto af førstnævnte type foreligger afgørelsen U 1979.919 Ø: Privatbanken havde til sikkerhed for ethvert krav mod et aktieselskab sekundært »håndpant« i to sikringskonti, som var oprettet for aktieselskabet i Nordisk Factoring. Der var givet Nordisk Factoring meddelelse om den sekundære panteret, og factoringselskabet havde skriftligt bekræftet modtagelsen af meddelelsen. Rent praktisk fungerede arrangementet således, *at* det fulde fakturabeløb debiteredes en fakturakonto, *at* den aftalte spærring krediteredes en af to sikringskonti, *og at* forskelsbeløbet udbetaltes til aktieselskabet. Når kundebetalinger berettigede hertil, afregnedes overskudsbeløb fra sikringskontoen til aktieselskabet henholdsvis banken. Da aktieselskabet gik i insolvent likvidation, opstod der tvist mellem likvidationsboet på den ene side og Privatbanken og Nordisk Factoring på den anden om retten til de to sikringskonti. Likvidationsboet gjorde bl.a. gældende, at Privatbanken ikke var beskyttet over for boet, idet der ikke var sket denunciation over for de enkelte fakturaskyldnere, men alene over for Nordisk Factoring. Privatbanken gjorde gældende, at saldiene på de to sikringskonti – med fradrag af factoringselskabets modkrav – var entydige udtryk for, hvad aktieselskabet havde til gode hos Nordisk Factoring, og at meddelelse derfor kunne gives hertil. For så vidt angik spørgsmålet om, hvem der var rette adressat for meddelelsen, udtalte Østre Landsret: »Det lægges til grund, at de hos factoringselskabet førte sikringskonti nr. 4.176 og nr. 4.191 har været reelle udtryk for [aktieselskabets] tilgodehavende hos [...] Nordisk Factoring A/S, hvilket tilgodehavende på ethvert tidspunkt har kunnet opgøres entydigt. Denne fordring har vel, ligesom factoringarrangementet som helhed, haft sit udspring i de enkelte kundefordringer, som [aktieselskabet] transporterede til factoringselskabet,

men der ses ikke at have været en sådan retlig relation mellem sikringskontiene og de enkelte kundefordringer, at [aktieselskabets] transport af sikringskontitilgodehavendet til [...] Privatbanken, har skullet denuntieres over for hver enkelt kunde for at bevare sin gyldighed over for [aktieselskabets] øvrige kreditorer«.

Efter sin formulering kan dommen tages til indtægt for, at der ikke gælder noget *krav* om denunciation over for fakturaskyldnerne. Derimod udelukker dommen ikke, at der i princippet kunne denuntieres over for de enkelte skyldnere (en fremgangsmåde, der dog er aldeles upraktisk ved netop factoring). I litteraturen er dommen udlagt således, at factor var eneste gyldige adressat for denunciationen, jf. således *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 359 og *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 104 f. Ifølge de nævnte forfattere skulle transporten på indeståendet på sikringskontoen alene have factor som debitor. Dette kan ikke tiltrædes: Afgørende er, at de overskudsbeløb, som kommer til udbetaling, stammer fra fakturaskyldnerne. At indkomne betalinger *bogføringsmæssigt* er udbetalt over en sikringskonto, må derimod være uden betydning, jf. dog anderledes *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 244. Ved kategoriseringen af en pantesikkerhed må der lægges vægt på sikkerhedens reelle karakter, ikke på dens formelle fremtræden. Det kan således tiltrædes, når *Munch*: Konkursloven med kommentarer, *7. udgave* (1993) udtaler, at resultatet »formentlig kunne være nået uden den i præmisserne anlagte tvivlsomme konstruktion«. (Udsagnet ses ikke gentaget i senere udgaver af lovkommentaren). Begrundelsen i U 1979.357 H og U 1980.261 Ø – som er nævnt ovenfor i afsnit 5.2.1 – synes lige så vel at kunne være givet for resultatet i U 1979.919 Ø.

Gives der sekundært pant i en (»fysisk«) sikringskonto – d.v.s. en konto, hvis saldo udgøres af beløb, som er *indbetalt* til factor – er der selvsagt tale om pant i en fordring mod factor. En sådan konto kan »opbygges« enten ved, at factor i henhold til aftalen tilbageholder eksempelvis 20% af de indbetalte fakturabeløb, eller ved at virksomheden indbetaler et aftalt beløb til factor. I sådanne tilfælde er factor eneste mulige adressat for denunciationen. En sekundær panthaver, som alene har pant i en sikringskonto af denne karakter, har ingen ret til de udestående kundefordringer og dermed heller ikke ret til den friværdi, som måtte findes i fakturamassen.

6. Forholdet mellem factor og fakturaskyldneren

6.1. Virksomhedens legitimation

En betingelse for, at der påhviler fakturaskyldneren en pligt til at betale til factor i stedet for til virksomheden, er som bekendt, at fakturaskyldneren hverken vidste, at virksomheden ikke længere havde ret til at modtage betaling, eller at han ikke har udvist den agtpågivenhed, som forholdene krævede. En meddelelse, som opfylder kravene i GBL § 31, jf. herom ovenfor i afsnit 4.1 og i kapitel 2, afsnit 2, må antagelig undtagelsesfrit have den virkning, at virksomheden også er frataget den i GBL § 29 indeholdte legitimation til at modtage betaling. En meddelelse kan imidlertid være så helt hjælpeløst formuleret, at den end ikke fratager virksomheden betalingslegitimationen. En skyldner, som – uden i øvrigt at have nogen grund til mistanke om, at fordringen er overdraget – blot får at vide at fordringen »administreres« af factor, er således næppe bragt i ond i GBL § 29's forstand, men sikkert er det ikke. (Til gengæld er det sikkert, at meddelelsen ikke opfylder kravene i GBL § 31). Det forekommer at være en underdrivelse, når det hos *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 179 hedder: »Tydlighedskravet skal dock inte överdrivas.« Nu anbefaler overdrivelser sig sjældent, og sagen er vel snarere den, at det er meget svært at finde eksempler på, at en underretning ikke medfører, at fakturaskyldneren i det mindste har pligt til at undersøge forholdet, inden der betales til den oprindelige skyldner. *Martinson loc. cit.* henviser til NJA 1989 s. 671 HD, hvor udtrykket »överlatelse« var anvendt i en denunciation, og hvor skyldneren herved fandtes at være bragt i ond tro.

Sagen drejede sig om et tilfælde, hvor der vedrørende en lejekontrakt for en periode af 36 måneder angående en bil skete en »överlätelse« af kontrakten til et factoringselskab. Overdragelsen angik rettighederne i henhold til kontrakten, inklusive retten til bilen, hvilket lejeren (en forbruger) bekræftede. I de følgende cirka 7 måneder betalte lejeren den aftale leje til factoringselskabet. Herefter tilbageleverede han bilen til sælgeren, som delbetaling for en anden bil, som han købte på afbetaling. Sælgeren gik senere konkurs, men factoringselskabet fortsatte med at afkræve den nu tidligere lejer for lejebetalinger. Factoringselskabet vandt sagen for Højesteret med dommerstemmerne 3 mod 2. De tre dommere fandt ikke, at lejeren havde været i den fornødne gode tro, jf. GBL § 29 analogt, hvorved der bl.a. blev lagt vægt på indholdet af ordet »överlätelse« i almindelig sprogbrug. Mindretallet udtalte, at den omstændighed, at factoringselskabet havde opnået kreditor- og omsætningsbeskyttelse (jf. den danske GBL § 31), ikke var ensbetydende med, at skyldneren var bragt i ond tro (jf. den danske GBL § 29). Disse dommere fandt, at den anvendte finansieringsform ud fra et forbrugersynspunkt var så vanskelig at forstå, at det ikke kunne kræves, at lejeren skulle kunne begribe indholdet af ordningen i hele dens rækkevidde.

I NJA 1986.44 HD fandt Højesterets flertal på fire dommere ikke, at en meddelelse om »pantforskrivning« var tilstrækkelig til at fratage overdrageren betalingslegitimationen i et tilfælde, hvor det i købekontrakten hed, at der kunne ske »överlatelse av kontraktet«. I flertallets præmisser hedder det: »Särskilda krav på klarhet och tydlighet får därför ställes på en underrättelse till konsumenten om pantsätning af kontraktet för att dennes rätt att med befriande verkan betala til säljaren skall anves avskuren.« Selv om dette generelle synspunkt kan tiltrædes, forekommer dommen meget skyldnervenlig. Mindretallet på én dommer udtalte da også, at hensynet til forbrugerinteresser ikke i den foreliggende situation kunne lede til, forbrugeren end ikke havde mistanke om, at en pantsætning havde fundet sted (med deraf følgende virkninger).

Princippet i GBL § 29 gælder ikke blot legitimationen til at modtage betalinger, men tillige andre retshandler i forhold til skyldneren. Over for en skyldner i god tro kan virksomheden således med bindende virkning for factor give tilsagn om afslag i købesummen, henstand m.v., jf. også ovenfor i afsnit 3.1 og tilsvarende *Martinson*: Kreditsäkerhed i fakturafordringar (2002) s. 193 og 201, *Bjørk* i SvJT 1983 s. 348, *Tiberg og Lenhammer:* Skuldebrev växel og check, 7. uppl. (1995) s. 43 samt *Villars-Dahl:* Gjeldsbrevloven og deponeringsloven, 6. utgave (1995) s. 111.

6.2. Indsigelser og modkrav

6.2.1. Indsigelser og modkrav fra virksomhedens side

Som forudsat fremstillingen igennem er fakturafordringer frit overdragelige, men således at factor ikke får bedre ret end fakturaskyldneren, medmindre andet følger af særlige retsregler, jf. GBL § 27. Indledningsvis skal bemærkes, at den omstændighed, at factor kan være en »hårdere« kreditor end virksomheden ikke i sig udgør nogen indsigelse, som kan fremføres mod fordringens overdragelse. Ovenfor i afsnit 3.1. er det beskrevet, hvorledes netop en mere konsekvent rykker- og inddrivelsesprocedure ofte er en del af aftalen mellem virksomheden og factor. Så længe factor holder sig inden for rammerne af gældsbrevsloven og inkassolovgivningen, er der imidlertid intet til hinder herfor. Er fordringen overdragelig, kan debitor ikke nægte af acceptere en pantsætning, jf. *Jens Edvin Andreassen Skoghøy:* Panteloven med kommentarer (1995) s. 395 og NRt 1992 s. 492 HD, der netop omhandlede factoring. Se også *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 202 og 204, der malende udtrykker det således, at »den som står i skuld är inte fri, och kan hamna i klorna på någon«.

Indsigelser og konnekse modkrav, som skyldneren kan gøre gældende over for virksomheden, kan som hovedregel også gøres gældende over for factor, jf. princippet i GBL § 27. *Ikke-konnekse modkrav*, som fakturaskyldneren

måtte have mod virksomheden, kan derimod kun bringes i modregning over for factor, hvis modkravet er erhvervet, inden skyldneren fik kundskab eller formodning om overdragelsen til factor, og modfordringen forfaldt senest samtidig med (faktura)hovedfordringen, jf. GBL § 28.

Sondringen mellem indsigelser og konnekse modkrav p.d.e.s. og ikke-konnekse modkrav p.d.a.s. påkalder sig opmærksomhed, fordi fakturaskyldneren efter de nævnte deklaratoriske regler ikke skal opfylde nær så strenge betingelser for at kunne nægte betaling af fakturakravet, hvis nægtelsen grunder sig på en indsigelse eller et konnekst modkrav, som hvis nægtelsen grunder sig på et ikke-konnekst modkrav.

Sondringen mellem indsigelser og konnekse modkrav er derimod uinteressant i denne sammenhæng, idet konnekse modkrav behandles efter indsigelsesreglerne (GBL § 27) – ikke efter modregningsreglerne (GBL § 28). Det er i norsk ret blevet kritiseret, at den udvidede modregningsadgang med konnekse fordringer ikke fremgår direkte af lovteksten, jf. således *Brækhus* i Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 57. Kritikken kan tiltrædes for dansk rets vedkommende og sættes i relief af den omstændighed, at der for så vidt angår negotiable fordringer netop er givet en regel om udvidet modregningsadgang med fordringer, som »udspringer af samme retsforhold«, jf. GBL § 18, stk. 2.

Traditionelt er det anset for afgørende ved sondringen mellem indsigelser og konnekse modkrav p.d.e.s. og ikke-konnekse modkrav p.d.a.s., om skyldnerens (mod)krav grunder sig på samme retsforhold – typisk den samme aftale – som erhververens (hoved)krav.

Som indsigelser behandles selvsagt fakturaskyldnerens krav på erstatning eller forholdsmæssigt afslag, hvis den købte vare er mangelfuld. Tilsvarende gælder fakturaskyldnerens nægtelse af at betale restkøbesummen til factor som følge af berettiget ophævelse over for sælgervirksomheden i anledning af mangler eller forsinkelse.

Som modkrav behandles bl.a. fakturaskyldnerens krav på erstatning eller forholdsmæssigt afslag som følge af sælgervirksomhedens misligholdelse af andre aftaler end den, hvorpå fakturakravet støttes. Tilsvarende gælder fakturaskyldnerens krav på tilbagebetaling over for sælgervirksomheden af eksempelvis en erlagt udbetaling i andre kreditkøb end dét, der begrunder det fakturakrav, hvori fakturaskyldneren ønsker at modregne.

Den ovenfor anførte sætning – at kravenes udspring i samme retsforhold afgør, hvorledes fakturaskyldnerens krav skal opfattes – er dog ikke undtagelsesfrit lagt til grund i retspraksis, jf. eksempelvis U 1994.307 V: En møbelfabrik modtog den 8. juni 1990 – i henhold til aftale – bestilling på et større parti møbler. Møblerne skulle leveres successivt i henhold til en leveringsoversigt.

Den 28. september samme år gav møbelfabrikken sit pengeinstitut transport i et krav på ca. 224.000 kr., som køberen skyldte for den første leverance, der udgjorde ca. 15% af den samlede bestilling. Den 5. oktober meddelte køberen pengeinstituttet, at det nævnte beløb ikke ville blive betalt. Baggrunden herfor var ifølge køberen, *at* møbelfabrikken ikke var i stand til at indkøbe yderligere træ til produktion, *at* møbelfabrikkens snarlige betalingsstandsning var forventelig, *og at* køberen som følge af manglende fremtidige leverancer ville lide et avancetab (der for landsretten opgjordes til ca. 218.000 kr.). Under sagen gjorde køberen over for pengeinstituttet bl.a. gældende, at erstatningskravet var et konnekst modkrav, som skulle behandles efter GBL § 27. Pengeinstituttet gjorde gældende, at kravet havde karakter af et modkrav, som skulle behandles efter GBL § 28. Byretten og landsrettens mindretal gav pengeinstituttet medhold med den begrundelse, at køberens blotte formodning om sælgerens udeblivelse med fremtidige leverancer ikke berettigede køberen til at gøre misligholdelsesbeføjelser gældende. Landsrettens flertal gav ligeledes pengeinstituttet medhold, men lagde vægt på, at leverancerne skulle ske successivt, og at der ikke bestod et sådant afhængighedsforhold mellem sælgerens krav på betaling for den første leverance og køberens erstatningskrav vedrørende de efterfølgende leverancer, at dette kunne begrunde en modregningsadgang over for pengeinstituttet, der forinden erstatningskravets opståen havde fået fakturakravet overdraget.

Dommens resultat – at der var tale om uberettiget ikke-konneks modregning – er bestemt ikke indiskutabelt.

For det første kunne der næppe indvendes noget imod at opfatte situationen som et tilfælde af konneks modregning: Der var tale om et køb med »successive leverancer«, hvorved efter almindelig køberetlig sprogbrug forstås, at der leveres periodisk med særskilt betaling for hver enkelt leverance. Det var således én og samme kontrakt, som begrundede køberens krav på levering og sælgerens krav på betaling. Det er ikke umiddelbart indlysende, at en køber, som har forpligtet sig til at aftage en bestemt mængde af varen fordelt over tid, skal stilles indsigelsesmæssigt ringere end en køber, som har forpligtet sig til at aftage hele den aftalte varemængde på et bestemt tidspunkt.

For det andet kunne der næppe heller indvendes noget imod den opfattelse, at de tidsmæssige betingelser i GBL § 28 rent faktisk var opfyldt. Køberens modkrav (erstatningskravet for mistet avance) kunne således vel hævdes at være opstået allerede ved købeaftalens indgåelse. Der erindres herved om, at erstatningskrav i kontrakt principielt opstår på kontraktstidspunktet, jf. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 349. D.v.s. at selv

hvis modkravet i dommen utvivlsomt havde været ikke-konnekst, kunne resultatet meget vel være blevet det samme, som hvis der havde været tale om et konnekst modkrav (hvilket som nævnt meget talte for, at der var). *Torben Bjørk* har dog i SvJT 1983 s. 345 argumenteret for, at et modkrav i GBL § 28's forstand først skal anses for opstået ved leveringen. Som begrundelse herfor anføres, at køberens manglende betalingsevne berettiger kreditsælgeren til at undlade at levere, således at der ikke behøver opstå noget tab for ham. Til det anførte er blot at sige, at kreditsælgerens ret til at undlade at levere ikke er til hinder for, at der opstår tab for ham for så vidt angår den ikke leverede del, hvilket U 1994.307 V netop er et vidnesbyrd om. Det anførte synspunkt berettiger dermed ikke til en fravigelse af det almindelige udgangspunkt, hvorefter modkravet anses for opstået ved aftalens indgåelse.

6.2.2. Modkrav fra factors side

Modregning kan også tænkes at komme på tale fra factors side, således at factors fordring mod fakturaskyldneren betegnes som modfordringen, mens fakturaskyldnerens fordring mod factor betegnes som hovedfordringen. Da factor har ret til at oppebære hele fordringen mod fakturaskyldneren, må factor også kunne bruge hele fordringen til modregning i fakturaskyldnerens krav. Da virksomheden ikke kan modsætte sig factors oppebørselsret, har virksomheden ikke mulighed for ved meddelelse til factor at spærre for modregning med den ubelånte del af fordringen, jf. *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 538. Til støtte for en ret for virksomheden til at spærre for modregning henviser denne forfatter *op. cit.* s. 534 til, at modregning i princippet øger risikoen for, at panthaveren kommer i forsinkelse med betalingen af den overskydende sikkerhed (friværdien).

Nu er denne risiko nok til at overskue, men den synes under alle omstændigheder at måtte tåles af virksomheden, som ved overdragelsen til factor har givet factor den fuldstændige oppebørselsret (med pligt til at afregne den ikkebelånte del af fordringen til pantsætter).

Se tilsvarende om spørgsmålet i almindelighed *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 363. *Håstad:* Studier i sakrätt (1980) s. 61 f. er på linje hermed, men se anderledes *Lindskog:* Kvittning, 2. uppl. (1993) s. 437, der kun vil tillade modregning med den »säkerhedsbelastede« del af modfordringen. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 328, synes kun at ville tillade panthaveren at modregne med et beløb svarende til den sikrede fordring.

Som det vil være fremgået, har det her behandlede problem henblik på factors mulighed for modregning over for fakturaskyldneren. Spørgsmålet om

factors ret til at modregne over for virksomheden er behandlet ovenfor i afsnit 5.1, hvor det blev fastslået, at factoringselskabet ikke som almindelig regel kan modregne over for virksomhed A med fordringer mod A, som factor har erhvervet fra virksomhed B. Det afgørende argument er her, at factoringaftalen indebærer et tilsagn om løbende kredithjælp, som må afskære modregning i denne situation. »Kredithjælpssynspunktet« kan derimod ikke afskære modregning over for virksomhedens egen fakturaskyldner, idet factor netop er forpligtet til at afregne det overskydende beløb til virksomheden.

Da GBL § 27 er deklaratorisk, *og da* bestemmelsen udtaler, at den ikke gælder, hvis andet »følger af særlige retsregler«, kan der selvsagt tænkes tilfælde, hvor fakturaskyldneren mister eventuelle indsigelser over for factor. Endvidere kan fakturaskyldneren ved uforsigtighed/passivitet pådrage sig erstatningspligt over for factor. Eksempler på de nævnte tilfælde gennemgås nedenfor i afsnit 6.3 og 6.4.

6.3. Cut off-klausuler

Fakturaskyldneren kan ved aftale have forpligtet sig til ikke at fremsætte indsigelse over for factor. Et eksempel på en sådan aftale er en såkaldt *cut off-klausul*, hvorved forstås, at fakturaskyldneren har fraskrevet sig retten til at fremsætte indsigelser eller modkrav over for factors krav på betaling af den overdragne fordring. I forbrugerkøb er sådanne klausuler forbudt ved præceptiv lovgivning, jf. KAL § 33, stk. 1. I erhvervskøb er cut off-klausuler bindende for køberen, (1) *hvis* de er formuleret med den fornødne klarhed, (2) *hvis* de kan anses for vedtaget som en del af aftalen, (3) *og hvis* de ikke konkret har så urimelige virkninger, at de kan tilsidesættes efter AFTL § 36.

I litteraturen fremhæves *ansvarsfraskrivelsesklausuler* ofte som eksempel på et aftalevilkår, til hvis bindende virkning der stilles særligt strenge krav i de tre ovennævnte henseender, jf. herved eksempelvis *Lennart Lynge Andersen og Palle Bo Madsen:* Aftaler og mellemmænd, 4. udgave (2001) s. 83, s. 206 og s. 362 samt *Gomard*: Obligationsretten, 2. del, 2. udgave (1995) s. 235, s. 236 og s. 238. En ansvarsfraskrivelsesklausul, der afskærer køber fra at fremsætte eksempelvis mangelsindsigelser over for *sælger*, er imidlertid mere byrdefuld for køberen end en cut off-klausul, der afskærer køber fra at fremsætte mangelsindsigelser over for *factor*. I modsætning til ansvarsfraskrivelsesklausuler afskærer en cut off-klausul nemlig ikke køber fra fortsat at holde sig til sælgeren med mangelskrav m.v. Det må således forventes, at den aftaleretlige censur vil være hårdere over for ansvarsfraskrivelsesklausuler end over for cut off-klausuler. Herfor taler efter omstændighederne også det forhold, at cut off-klausulen kan være en betingelse for, at sælgeren opnår den

refinansiering, som er nødvendig, for at køberen kan få kredit. Da kreditkøberen såvel ved cut off-klausuler som ved ansvarsfraskrivelsesklausuler mister den »sikkerhed«, der ligger i at være skyldner for en (delvist) ubetalt købesum, må der dog stilles *strenge krav* også til cut off-klausulers klarhed og tydelighed, ligesom det som nævnt ikke kan være udelukket at tilsidesætte en konkret urimelig klausul efter AFTL § 36, jf. i denne retning U 1998.47 H: En privatperson (A) havde tegnet andele i et leasingprojekt med skattemæssigt afskrivningsberettigede containere. Et gældsbrev, som blev underskrevet i forbindelse med anpartstegningen, indeholdt en cut off-klausul, som afskar indsigelser i forhold til bl.a. det pengeinstitut, som fik pant i gældsbrevet. Under en efterfølgende udlægsforretning mod A hævdede A, at hun som forbruger var uforpligtet af cut off-klausulen, og at klausulen i øvrigt var ugyldig, jf. AFTL § 36. Højesteret fandt, at aftalen om købet af containerne var af erhvervsmæssig karakter, d.v.s. at A ikke kunne påberåbe sig stilling som forbruger efter kreditkøbsloven (nu kreditaftaleloven). Der blev herved lagt vægt på, at A havde modtaget lejeindtægter og foretaget godkendte skattemæssige afskrivninger på containerne. Højesteret stadfæstede imidlertid fogedrettens afgørelse om afvisning af udlægsforretningen, som det under henvisning til RPL § 501 fandtes betænkeligt at fremme – bl.a. under hensyn til A's indsigelse om, at cut-off klausulen i gældsbrevet kunne tilsidesættes efter AFTL § 36. A havde altså krav på prøvelse af dette spørgsmål under en almindelig civil retssag.

Findes cut off-klausulen i sælgervirksomhedens standardvilkår, skærpes kravene til klausulens klarhed og tydelighed. Det klare udgangspunkt er dog stadig, at køberen er bundet af standardvilkår, som er optaget i aftaledokumentet, eller som dokumentet henviser til, jf. således *Jørgen Nørgaard* i U 1977 B s. 6. Se også *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 292, hvorefter der »bør stilles store krav til klausulens vedtagelse og klarhed«. Se endelig *Wendler Pedersen* i U 1977 B s. 160.

Fra retspraksis kan henvises til U 1975.246 V om et kreditkøb af nogle trykkerimaskiner. Parterne havde underskrevet en (standard)afbetalingskontrakt, der var udfærdiget af sælgerens sparekasse, som straks fik transport på sælgerens rettigheder. I kontrakten hed det: »Køberen [...] er indforstået med ikke over for sparekassen at kunne fremsætte modkrav med fordringer, han måtte have mod sælgeren, være sig fra dette eller andet mellemværende.« Senere nægtede køberen at betale sparekassen restkøbesummen, idet han henviste til, at han havde hævet købet på grund af væsentlige mangler. Under den efterfølgende retssag gjorde sparekassen gældende, at klausulen i afbetalingskontrakten afskar køberen fra at fremsætte mangelsindsigelser til skade

for sparekassen. Landsrettens flertal gav sparekassen medhold, idet landsretten fandt, *at* klausulen var vedtaget, *at* den var formuleret tilstrækkeligt klart, *og at* den ikke kunne tilsidesættes efter afbetalingslovens § 8, stk. 3 (nu aftalelovens § 36).

Dommen er i teorien kritiseret af *Jørgen Nørgaard* i U 1977 B s. 6 og af *Højrup:* Ejendomsret (1979) s. 112 note 20. Ifølge de to forfattere havde sparekassen med anvendelsen af ordet »modkrav« ikke udtrykt sig tilstrækkeligt klart til, at mangelsindsigelser kunne anses for omfattet af klausulen. Som det fremgår af citatet ovenfor, stod ordet »modkrav« dog ikke alene, idet det rent faktisk *var* tilføjet »være sig fra dette eller andet mellemværende«.

Det er med rette fremhævet af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 291, at trangen til at anvende cut off-klausuler er større ved meget kapitalkrævende kreditkøb (f.eks. af driftsinventar og -materiel) end ved mindre kapitalkrævende kreditaftaler (f.eks. i løbende retsforhold om vare- og tjenesteydelsesleverancer). Som begrundelse herfor angiver forfatterne, at fakturaskyldneren bør have jo større forståelse for sælgerens finansieringsbehov (og det heraf følgende behov for cut off-klausuler), desto mere kapitalkrævende en anskaffelse er. Hertil kan føjes, at sælgerens finansieringsbehov efter omstændighederne også kan være køberens, idet køberens mulighed for at opnå kredit som nævnt kan afhænge af sælgerens mulighed for opnå finansiering via kravet på købesummen. For så vidt angår cut off-klausuler vedrørende vare- og tjenesteydelsesleverancer finder *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff (loc. cit.)* behov for »enten helt at udelukke muligheden for cut off-klausuler eller fortolke dem overordentligt restriktivt og indskrænkende«. Med hensyn til vedtagelsen af cut off-klausuler vedrørende de nævnte ydelsestyper udtaler forfatterne, at »en meddelelse herom i almindelige forretningsbetingelser, ordrebekræftelser eller cirkulærer (én gang for alle) må antages at være uden retsvirkning«. Udsagnet forekommer for kategorisk og kan kun tiltrædes ubetinget for så vidt angår cut off-klausuler, der først præsenteres for køberen i en ordrebekræftelse (d.v.s. i et dokument, der fremsendes til kreditkøberen efter aftalens indgåelse).

En særlig klausultype er en såkaldt »leveringsklausul«, hvorved køberen erklærer at have modtaget det købte. Spørgsmålet er navnlig, om køberens underskrift på en sådan klausul er til hinder for, at han siden over for factor gør gældende, at sælgeren rent faktisk aldrig leverede. Køberen mister selvsagt indsigelsen om manglende levering, hvis han ved sin adfærd har forsynet kreditsælgeren med en *legitimation*, som sælgeren har benyttet over for sin financier. Et særligt klart eksempel herpå forelå i U 1949.74 H, hvor en køber af nogle møbler underskrev på en afbetalingskontrakt *og* en særskilt erklæring

om, at møblerne var leveret (hvilket de imidlertid ikke var). Afbetalingskontrakten angav, at rettighederne ifølge kontrakten var transporteret til en bank. Banken belånte kontrakten med 60% af pålydende. Da banken krævede køberen, nægtede denne at betale under henvisning til den manglende levering, hvorefter banken anlagde sag med påstand om betaling af kontraktsbeløbet. Heri fik banken medhold af Højesterets flertal, der fandt, at køberen ved sin adfærd havde givet banken føje til at gå ud fra, at leveringspligten var opfyldt. Der indtrådte en aftaleretlig binding for køberen, der altså ikke »blot« ifaldt erstatningsansvar ved sin adfærd. Se anderledes om et lignende tilfælde fra norsk ret RG 1976.244 (lagmannsretsdom), hvor skyldneren frifandtes til trods for underskrift på en afbetalingskontrakt med leveringsklausul. Ifølge *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 186 er der grund til i dansk retspraksis at følge principperne i den norske dom. *Lyngsø* henviser herved til, at der er tale om en fremgangsmåde, som er sædvanlig og praktisk. Synspunktet kan ikke tiltrædes, men der kræves formentlig ganske meget til vedtagelse af et standardvilkår, som *i strid med sandheden* oplyser, at levering er sket. På dette punkt adskilte U 1949.74 H sig fra RG 1976.244 derved, at køberen i den førstnævnte dom havde underskrevet på en særskilt klausul, hvoraf fremgik, at der skulle ske finansiering.

Forskellen mellem aftaleretlig binding og et erstatningsansvar er mere end et spørgsmål om begrundelse. Som følge af den aftaleretlige binding blev køberen forpligtet til at betale afbetalingskontraktens fulde beløb (i U 1949.74 H: kurs 100). Var køberen alene fundet erstatningsansvarlig, ville erstatningsbeløbet alene have udgjort transporthaverens tab (i U 1949.74 H: kurs 60).

U 1949.74 H er omtalt af *Drachmann Benzon* i TfR 1949 s. 93 f. En lignende afgørelse ses i U 1963.509 H. Der kan henvises til *Lyngsø* i U 1976 B s. 235 ff., der imidlertid ikke sondrer tilstrækkeligt klart mellem tilfælde af aftaleretlig binding og erstatningsansvar, hvilket kritiseres af *Jørgen Nørgaard* i U 1977 B s. 1 ff. og s. 331 f. Se også *Wendler Pedersen* i U 1977 B s. 157 ff. – Resultatet i U 1949.74 H forekommer såre oplagt. Kreditkøberens underskrift på en særskilt leveringsklausul, som signalerer »finansiering«, er en adfærd, som klart forsyner kreditsælgeren med en legitimation. Se *Gomard:* Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontrakt (1958) s. 95 og 96, hvor pro forma med rette afvises, men hvor det tillige udtales, at det ene resultat (positiv opfyldelsesinteresse) ikke havde mere for sig end det andet (negativ kontraktsinteresse).

6.4. Passivitet m.v.

Udgangspunktet er, at en fakturaskyldner – til trods for at han ikke skylder (hele) beløbet – kan forholde sig passiv over for en meddelelse om, at fordringen mod ham er overdraget, jf. også *Stefan Lindskog* i Festskrift til Ulf Nor-

denson (1999) s. 300 og s. 311 (der dog synes at gå ud fra, at der er tale om mere end et udgangspunkt). Efter omstændighederne må det dog kræves, at skyldneren underretter transporthaveren, således at skyldnerens undladelse heraf udgør en erstatningsbegrundende *passivitet*. Som et eksempel fra retspraksis kan nævnes U 1993.438 H (kommenteret af *Jørgen Nørgaard* i U 1993 B s. 433 ff.).

Dommen vedrørte et tilfælde, hvor en tømrermester (T), der havde fået bevilget en fakturabelåningskredit i et pengeinstitut, i løbet af ca. to måneder udstedte fiktive fakturaer med en af sine faste kunder (K) angivet som debitor. I den samme periode udstedtes to fakturaer, som omfattede leverancer, der rent faktisk havde fundet sted. Samtlige overdragelser blev af pengeinstituttet denuntieret over for K. K reagerede ikke over for pengeinstituttet, men K sagde flere gange til T, at »han skulle holde op«. Da det bedrageriske forhold kom for en dag, anlagde pengeinstituttet sag mod K med påstand om betaling af et beløb, der opgjordes til 90% af de fiktive fakturaers pålydende (svarende til den procentsats, hvormed der var sket belåning). Pengeinstituttet krævede sig med andre ord ikke stillet, som var K aftaleretligt forpligtet, men krævede alene erstatning for sit tab. Pengeinstituttet procederede for Højesteret dels på, at K's betalingspligt fulgte af »særlige retsregler«, jf. GBL § 27, dels på erstatningsretlige synspunkter. De »særlige retsregler«, pengeinstituttet påberåbte sig, var aftalelovens § 34 om pro forma samt regler udviklet i retspraksis, jf. bl.a. U 1949.74 H. At der ikke forelå pro forma, var åbenbart, idet der ikke i K's adfærd kunne indlægges nogen form for accept af T's fremgangsmåde (tværtimod havde K netop sagt fra over for T).

At forholdene i den domfældende afgørelse U 1949.74 H på afgørende punkter afveg fra forholdene i 1993-dommen, var ligeledes åbenbart, idet K ikke på nogen måde – ved sin underskrift på dokumenter, udtalelser m.v. – havde forsynet T med en legitimation over for pengeinstituttet. – Højesteret gav med følgende begrundelse pengeinstituttet medhold i, at K var *erstatningsansvarlig*: »Ved modtagelsen af de fiktive fakturaer og de efterfølgende denunciationsskrivelser fra banken måtte det stå [K] klart, at banken i god tro ville belåne også disse fakturaer på samme måde, som man hidtil i det flerårige mellemværende mellem [K], [T] og [banken] havde belånt de reelle fakturaer, man havde fået overdraget til sikkerhed for [T's] fakturabelåningskredit. I hvert fald under disse omstændigheder burde [K] have underrettet banken om, at de omhandlede fakturaer var fiktive«. Belåning af fakturaer for leverancer, som aldrig har fundet sted, betegnes undertiden som »luftfakturering«, jf. *Åke Tegin:* Kredithandboken, 2. uppl. (1997) s. 73 og *Axel Adlercreutz:* Finansieringsformers rättsliga reglering, 3. uppl. (2001) s. 189).

Dommen viser, at en fakturaskyldner kan ifalde erstatningsansvar ved sin blotte passivitet over for en GBL § 31-meddelelse, hvis der har været tale om en løbende (»flerårig«) ordning, hvori krav mod fakturaskyldneren er indgået. Der kan imidlertid ikke drages nogen modsætningsslutning fra præmisserne, således at en fakturaskyldner går fri, blot han har forholdt sig passiv i et kortere tidsrum end i dommen: Således lægger præmisserne med formuleringen – »i hvert fald under disse omstændigheder« – vægt på forhold, som synes at måtte gøre den konkrete sags udfald oplagt.

Ved den nærmere afgrænsning af, hvornår en fakturaskyldner kan afkræves en reaktion i anledning af fiktive fakturaer – eller fakturaer, som angår varer, som skyldneren véd er behæftet med mangler – trækker forskellige forhold i hver sin retning:

På den ene side er der tale om erstatningskrav i anledning af almindelig formueskade, hvor der typisk kræves en højere grad af tilregnelse hos »skadevolderen« end ved eksempelvis tings- og personskade, jf. herved *Torsten Iversen:* Erstatningsberegning i kontraktsforhold (2000) s. 49. Dette er muligvis baggrunden for, at Østre Landsret – der nåede samme resultat som Højesteret – fremhævede, at fakturaskyldneren havde optrådt »i hvert fald groft uagtsomt«. Karakteristikken af erstatningskravet som et krav i anledning af almindelig formueskade ses også hos *Stefan Lindskog* i Festskrift till Ulf K. Nordenson (1999) s. 299.

På den anden side er der tale om tilfælde, hvor der er en meget stor sandsynlighed for, at der lides tab, hvis reklamation undlades.

Retsstillingen kan måske sammenfattes i en sætning om, at en fakturaskyldner ifalder erstatningsansvar, hvis han undlader at reagere i en situation, hvor det må stå ham klart, at der er en nærliggende risiko for, at factor vil lide tab. For reklamationspligt taler naturligvis en tidligere – men *ikke* nødvendigvis flerårig – forretningsforbindelse mellem parterne, jf. eksempelvis U 1944.582 Ø.

I teorien udtales det ofte, at *brancheforhold* kan spille en rolle for skyldnerens pligt til at reagere. Navnlig er entreprenørbranchen fremhævet som en branche, hvor der kan være særlig grund til at forlange en reaktion fra skyldneren, fordi finansiering via fordringsoverdragelse er særlig hyppig her, jf. eksempelvis *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 188 og *Gomard*: Obligationsret, 3. del (1993) s. 101. I U 1993.438 H procederede banken da også på »branchesynspunktet«, men Højesteret undlod bevidst at fremhæve dette synspunkt i præmisserne, hvor man i stedet koncentrerede sig om det situationstypiske, jf. således *Jørgen Nørgaard* i U 1993 B s. 435. Desværre hedder det imidlertid i UfR's domshoved – helt forkert og

i modstrid med præmissernes ordlyd og intentionerne bag dem – at »Højesteret lagde vægt på, at selskabet virkede inden for byggebranchen, hvor fakturabelåning er almindelig«.

Et forhold, som efter omstændighederne kan få afgørende betydning for erstatningsspørgsmålet, er forretningsgangen i den på fakturaen opgivne skyldnervirksomhed. En faktura, der ekspederes gennem denne virksomheds bogholderi, vil ikke nødvendigvis straks blive sammenholdt med »ordrebogen«, og dette kan ret åbenbart ikke betegnes som uagtsomt i forhold til factor. Der kan således som følge af en sædvanlig og ikke-ansvarspådragende forretningsgang i den opgivne skyldnervirksomhed gå en rum tid fra fakturaens modtagelse, indtil det konstateres, at beløbet ikke skyldes. Dette øger factors risiko for at lide tab på en kredit, der ydes, inden »pseudoskyldneren« overhovedet burde have konstateret, at den pågældende faktura var fiktiv. Et sådant tab er som klart *udgangspunkt* ikke forårsaget af »pseudoskyldnerens« undladte reklamation, hvorfor erstatningspligt ikke kommer på tale.

Navnlig i to tilfælde kan det anførte udgangspunkt tænkes at måtte modificeres: *For det første* kan der være tilfælde, hvor factor nok har ydet kreditten, inden den opgivne fakturaskyldner burde have reageret, men hvor en efterfølgende reklamation fra »pseudoskyldneren« dog havde muliggjort, at factor kunne have opnået hel eller delvis fyldestgørelse (f.eks. ved at have krævet låntagervirksomheden inden dens totale sammenbrud). *For det andet* kan det ikke anses for udelukket, at fakturaskyldneren bliver (delvis) ansvarlig for tab, som opstår i forbindelse med gentagne anvendelser af fiktive fakturaer, selv om belåningen hver gang er sket, efter at den opgivne fakturaskyldner burde have reageret. Et ansvar kan i så fald begrundes med, at selv en sen reklamation i anledning en af de første fiktive fakturaer ville have fået factor til at stoppe yderligere kreditgivning.

Til *illustration* af det sidstnævnte synspunkt kan nævnes U 1997.697 H: En bank bevilgede et factoringanpartsselskab en kassekredit på 1 million kr., og det blev i den forbindelse bl.a. aftalt, at anpartsselskabets revisor hver måned skulle kontrollere og afgive erklæring om, at factoringaftalen var overholdt. Revisoren burde allerede ved afgivelsen af den første erklæring den 19. januar 1988 – og ikke som sket først den 21. april 1988 – have gjort banken opmærksom på, at factoringanpartsselskabets beholdning af fakturaer pr. 31. december 1987 omfattede tre fakturaer på i alt ca. 900.000 kr., herunder en faktura på ca. 240.000 kr. vedrørende renter, udstedt i forbindelse med en leasingaftale, hvilket var i strid med factoringaftalen. Højesteret lagde til grund, at banken, hvis den havde modtaget disse oplysninger, ville have lukket kreditten eller i hvert fald ville have afvist yderligere træk på denne, indtil forholdet var

berigtiget, og at det tab, banken havde lidt ved yderligere kreditgivning i tiden herefter, i så fald ville være undgået. For dette tab fandtes revisoren erstatningsansvarlig. (I modsætning til Højesteret havde landsretten fundet tabet inadækvat, jf. nærmere om dommen nedenfor i kapitel 5, afsnit 2.4).

En fakturaskyldner fortaber naturligvis ikke indsigelser om *mangler*, som han ikke burde have konstateret på fakturabelåningstidspunktet. Om fakturaskyldneren ifalder erstatningsansvar ved ikke at underrette factor om indsigelserne, inden kreditten udbetales, må afgøres efter de synspunkter, som er anført ovenfor vedrørende U 1993.438 H. Alt andet lige må der dog forventes en strengere bedømmelse af en fakturaskyldner i »falsktilfældene« end i »mangelstilfældene«. Det er meget enkelt for en køber at tage stilling til, om han har modtaget varen, mens en mangelsbedømmelse ofte er vanskeligere, jf. *Jørgen Nørgaard* i U 1977 B s. 6. Mangelstilfælde *kan* dog være så oplagte, at der kan være lige så god grund til at kræve en reaktion fra fakturaskyldneren hér som i falsktilfælde.

Til illustration kan nævnes U 1987.677 H, hvor en materialeleverandør via en bygherre havde fået transport på en del af en forsikringssum, der kom til udbetaling i forbindelse med den stormskade, der skulle udbedres ved hjælp af materialerne. Transporten fandt sted, efter at forsikringsselskabets assurandør havde bekræftet, at skaden var dækket af forsikringen. En senere undersøgelse rejste tvivl om forsikringsdækningen, idet det viste sig, at skaden skyldtes en konstruktionsfejl. Herom blev materialeleverandøren ikke underrettet, og leverancerne til byggeriet fortsatte. Siden rejste materialeleverandøren krav over for forsikringsselskabet, der imidlertid korrekt hævdede, at skaden ikke var forsikringsdækket. Højesteret fandt, at materialeleverandøren ikke kunne støtte ret på transporten, jf. en analogi af GBL § 27. Forsikringsselskabet fandtes imidlertid at burde have underrettet materialeleverandøren om den opståede tvivl om forsikringsdækningen, og som følge heraf blev selskabet dømt til at erstatte materialeleverandørens tab ved leverancerne til arbejdet.

Hvis fakturaskyldneren over for factor bekræfter modtagelsen om underretningen – d.v.s. »noterer transporten« – er udgangspunktet som i de rene passivitetstilfælde, at skyldneren ikke derved lider noget retstab. Udgangspunktet er dog mindre fast end i passivitetstilfældene, idet man snarere kan forvente en eventuel indsigelse fremført af den, der dog lader høre fra sig, end fra den, der forholder sig tavs. I hvert fald hvis fakturaskyldneren på tidspunktet for afgivelsen af noteringsmeddelelsen er klar over, at han har indsigelser mod fordringen, synes udgangspunktet at måtte fraviges, således at fakturaskyldneren typisk ifalder erstatningsansvar ved ikke at tage forbehold i meddelelsen, jf. dog til illustration nedenfor om U 1954.260 H.

Se i det hele *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 187 ff., *Gomard*: Obligationsret, 3. del (1993) s. 101 f., *Lennart Lynge Andersen, Peter Møgelvang-Hansen og Niels Ørgaard:* Gældsbrevsloven med kommentarer (1997) s. 176 med yderligere henvisninger og *Erik Hørlyck:* Entreprise & licitation, 5. udgave (1998) s. 50 f.

Også i disse tilfælde skal der naturligvis foreligge årsagssammenhæng mellem tabet og den ansvarspådragende adfærd. Som anført ovenfor må factor altså have ydet kreditten på baggrund af fakturaskyldnerens noteringsmeddelelse. Kan der i noteringsmeddelelsen – helt undtagelsesvis – indlægges en bekræftelse af at skylde (hele) fakturabeløbet uden hensyn til kendte indsigelser, fortaber fakturaskyldneren disse indsigelser.

I visse tilfælde må fakturaskyldneren anses at have garanteret for et rigtigt svar. Dette kan eksempelvis tænkes hvis han oplyser urigtigt om tidligere transporter, som han har modtaget meddelelse om. I disse tilfælde – som er kendetegnet ved, at der må gælde et højt beviskrav, jf. *Stefan Lindskog* i Festskrift til Ulf K. Nordenson (1999) – bliver fakturaskyldneren ikke »kun« erstatningsansvarlig for factors lidte tab, men må ud fra løftesynspunkter betale fakturaens pålydende.

I vurderingen af såvel erstatningsproblemet som garantiproblemet må indgå, om skyldneren som professionel er vant til at håndtere flere transporter. Til illustration kan nævnes U 1954.260 H, hvor der blev givet transport på krav i form af bl.a. en opsparingskonto hos en lille skibsforsikringsforening (140 skibe). Foreningen undlod i noteringsmeddelelsen at oplyse om tidligere anmeldte transporter. Det fandtes ikke uden særlig forespørgsel at have stået foreningen klart, at transporthaveren ønskede oplysninger om tidligere transporter, hvortil i øvrigt bemærkedes, at »prioritetsforholdene ikke var af ganske enkel karakter«.

Det skal afslutningsvis bemærkes, at fakturaskyldneren ikke har pligt til at notere transporten, og at han helt enkelt kan gardere sig mod »informationsansvar« ved at undlade at afgive noteringsmeddelelse, jf. herved *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 164. En sådan undladt reaktion redder dog selvsagt ikke skyldneren fra at ifalde erstatningsansvar i de ovenfor behandlede passivitetstilfælde.

6.5. Fakturaskyldnerens tilbagebetalingskrav

I det følgende skal det undersøges, om en fakturaskyldner, som *har* betalt fakturabeløbet til factor, kan kræve beløbet tilbagebetalt, hvis det senere viser sig, at (hele) beløbet ikke skyldtes (f.eks. som følge af en mangel ved det

købte). Der er så vidt ses ikke taget stilling til spørgsmålet i trykt retspraksis. Imidlertid foreligger en utrykt dom af 31. maj 1990 fra Østre Landsret (3. afd. a.s. 191/89): En industrivirksomhed (D) modtog den 26. februar 1986 en faktura fra et reklamebureau i anledning af en tidligere indgået aftale om, at bureauet for D skulle udføre noget annonceringsarbejde i England. Fakturaen angav, at International Factors A/S havde fået fordringen overdraget, og at betaling af beløbet – ca. 13.000 kr. – alene kunne ske med frigørende virkning til factoringselskabet. D betalte beløbet, men på grund af økonomiske vanskeligheder hos reklamebureauet blev annonceringen aldrig gennemført. D hævede aftalen med reklamebureauet og anlagde herefter sag mod International Factors A/S med påstand om tilbagebetaling af fakturabeløbet. Landsretten gav D medhold med følgende begrundelse: »Idet erhververen af en simpel fordring ikke vinder bedre ret end overdrageren, og idet der ikke, for så vidt angår hævebeføjelsen, kan sluttes modsætningsvis fra den særlige regel i kreditkøbslovens § 12, stk. 1, 2. pkt. [nu KAL § 33, stk. 2], findes [D] ikke ved [reklamebureauets] overdragelse af fordringen til [International Factors A/S] at have mistet sin beføjelse til at hæve kontrakten og dermed at kræve den erlagte betaling tilbage fra [International Factors A/S].«

Det ses, at dommen anvender princippet i GBL § 27 på en betaling, som *har* fundet sted. Dette resultat er vel ikke udelukket ved bestemmelsens ordlyd, hvorefter erhververen ikke får »bedre ret« end overdrageren. Resultatet er imidlertid ikke en tvungen følge af GBL § 27, idet der ikke fra udsagnet om, at erhververen ikke får bedre ret end overdrageren, kan sluttes noget om, hvilke *pligter* der påhviler erhververen, efter at betaling er sket. Hovedreglen i GBL § 27 kan således siges at være udtømt i og med den betaling, som bringer fordringen til ophør, jf. i samme retning *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002) s. 165, der udtaler, at krav fra skyldnerens side »handler om en ny fordran i motsatt riktning« og tilsvarende *Bjørk* i SvJT 1983 s. 340 f.

Herfor taler også andre argumenter. Navnlig ville skyldneren få en *bedre* retsstilling i kraft af overdragelsen, hvis et eventuelt tilbagebetalingskrav kunne rettes både mod overdrageren og erhververen. Skyldneren ville i så fald få to debitorer i stedet for én, hvilket begribeligvis ikke kan have været hensigten med GBL § 27, der har til formål at sikre, at skyldneren ikke får *dårligere* ret som følge af overdragelsen. Skyldneren kan i øvrigt ikke have nogen berettiget forventning om, at en erhverver af fordringen vil hæfte solidarisk med overdrageren for eventuelle tilbagebetalingskrav. Skyldneren løber således typisk ingen som helst risiko ved at betale til erhververen frem for til overdrageren, idet skyldneren kan rette sit tilbagebetalingskrav mod overdra-

geren – fuldstændig som hvis overdragelse ikke har fundet sted. Som følge af det anførte kan begrundelsen for resultatet i den ovenfor refererede landsretsdom ikke tiltrædes.

Det er selvsagt korrekt, når det i landsretsdommen hedder, at skyldneren ikke ved overdragelsen af fordringen fortaber sin hævebeføjelse i forhold til overdrageren. Det forekommer derimod ukorrekt, når det herefter fastslås, at skyldneren ikke »dermed« har mistet adgangen til at kræve tilbagebetaling fra erhververen. Det tilbagebetalingskrav, som skyldneren hævdes ikke at have mistet, har skyldneren nemlig aldrig haft – i hvert fald ikke på grundlag af GBL § 27. Se dog måske anderledes *Gomard:* Obligationsret, 3. del (1993) s. 95. *Gomard:* Obligationsretten i en nøddeskal, 3. hæfte (1981) vil generelt afskære tilbagesøgningskrav mod transporthaveren (medmindre betalingen må anses som et afkald på udøvelse af gensidighedsbeføjelserne).

Det hævdede resultat – at en transporthaver ikke som følge af princippet i GBL § 27 indtræder i overdragerens tilbagebetalingspligt – støttes endvidere af en modsætningsslutning fra KAL § 33, stk. 2, der såvel ifølge sin egen ordlyd som ifølge forarbejderne bekræfter en hovedregel af det modsatte indhold. Lovreglen fastslår, at *forbrugere* (men kun disse) *i oprindelige trepartsforhold* (men ikke i andre forhold) kan rejse samme pengekrav mod den pågældende kreditgiver som mod sælgeren (men kun efter at have sandsynliggjort, at sælgeren ikke har opfyldt sine forpligtelser over for køberen). Reglen taler klart imod den opfattelse, at en fakturaskyldner i almindelighed skulle kunne rette et direkte krav mod *en efterfølgende transporthaver.* Dette støttes som nævnt endvidere af bestemmelsens forarbejder, nemlig *Betænkning nr. 839/1978* s. 77 f. samt FT 1981-82, tillæg A, spalte 704 om den tilsvarende bestemmelse i den tidligere kreditkøbslovs § 12, stk. 1, 2. pkt. I bemærkningerne til lovforslaget i Folketingstidende loc. cit. hedder det eksempelvis: »Justitsministeriet finder imidlertid, at de nævnte regler er et væsentligt led i beskyttelsen af forbrugeren i kreditkøb. [...] Reglen gælder som nævnt kun i oprindelige trepartsforhold, hvor der foreligger en særlig samvirken mellem sælgeren og financieren.«

Ved et oprindeligt trepartsforhold forstås et kreditkøb, hvor købesummen helt eller delvis dækkes ved et lån, som er indrømmet køberen af en tredjemand på grundlag af en aftale herom mellem denne og sælgeren, jf. KAL § 5, nr. 2. Om de nærmere betingelser for, at en sådan aftale kan antages at foreligge, henvises til *Jørgen Nørgaard* i U 1995 B s. 409 ff. med omtale af U 1995.192 H og U 1995.432 H.

Som det fremgår af præmisserne til den ovenfor refererede utrykte landsretsdom, afviste landsretten en modsætningsslutning fra den dagældende kreditkøbslovs § 12, stk. 1, 2. pkt. – men kun for så vidt angår »hævebeføjelsen«. Det fremgår ikke af præmisserne – og forekommer i øvrigt uforståeligt – hvilke holdepunkter der skulle være for at afvise en modsætningsslutning fra kreditkøbsloven vedrørende en *enkelt* misligholdelsesbeføjelse (hævebeføjelsen), men tilsyneladende ikke for så vidt angår andre misligholdelsesbeføjelser (f.eks. beføjelsen til at kræve et forholdsmæssigt afslag i købesummen).

I en finsk højesteretsdom refereret i ND 1997.497 (om et factoringforhold) blev en erhvervsdrivende skyldner tillagt et tilbagesøgningskrav mod factor efter principperne i konsumenskyddslagens § 13. Dommen er også i dansk litteratur taget til indtægt for, at der gælder en regel om tilbagesøgning, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 290. Som det vil fremgå af det følgende, kan dette resultat ikke tiltrædes.

Om spørgsmålet kan endvidere henvises til en utrykt dom af 17. oktober 1990 fra byretten i Århus (BS 8099-2/1989): En køber af en renserivirksomhed udstedte som en del af købesummen to løsørepantebreve til sælgeren, der transporterede pantebrevene til sit pengeinstitut. Køberen betalte en række ydelser til pengeinstituttet, men hævede siden berettiget handelen over for sælgeren som følge af vanhjemmel. Da sælgeren gik konkurs, gjorde køberen på grundlag af vanhjemmelen et erstatningskrav gældende mod pengeinstituttet, der påstod frifindelse. Byretten gav pengeinstituttet medhold. Retten afviste at anvende at GBL § 27, men fandt derimod, at pengeinstituttet, der havde modtaget de enkelte betalinger i god tro, kunne beholde det modtagne i kraft af almindelige regler om betaling af penge (pengereglen).

Dommen tager – korrekt – afstand fra at anvende GBL § 27, jf. ovenfor. Pengereglen kan imidlertid klart ikke anvendes på tilfælde som de foreliggende. Reglen går ud på, at når nogen får overgivet penge af en person, som har disse i hænde, hindrer det ikke hans ret, at overdrageren manglede ret til at råde over pengene, medmindre erhververen vidste dette eller ikke har udvist den agtpågivenhed, som forholdene krævede, jf. eksempelvis *Illum*: Dansk Tingsret, 3. udgave (1976) ved *Vagn Carstensen* s. 360 med note 109 og s. 503 med note 27. De her behandlede tilfælde er åbenbart ikke dækket af pengereglen, idet betaleren på ingen måde savner ret til at råde over beløbet – problemet er, at der betales et beløb, som rent faktisk ikke skyldes.

Da såvel GBL § 27 som pengereglen må afvises som grundlag for løsningen, resterer alene de almindelige regler om betaling af gæld i urigtig formening om skyld *(condictio indebiti).*

Ofte antages der at gælde en *hovedregel*, hvorefter betaleren har ret til tilbagesøgning af beløb som er erlagt til dækning af ikke-eksisterende gæld, jf. eksempelvis *Gomard*: Obligationsret, 3. del (1993) s. 171. I forhold til dette udgangspunkt er der her tale om et lidt afvigende problem, idet det her behandlede spørgsmål ikke er, *om* betaleren kan kræve tilbagesøgning, men *hvem* der er debitor for tilbagebetalingskravet. Det, der må undersøges her, er, om den almindelige hovedregel også gælder på det her behandlede særegne tilbagesøgningsspørgsmål. Den postulerede hovedregel skal allerede i normaltilfælde anvendes med forsigtighed, idet der jo netop kendes en lang række tilfælde, hvor tilbagesøgning afskæres ud fra indretningssynspunkter eller andre konkrete forhold.

Ussing: Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 433 vil ikke opstille nogen almindelig hovedregel, men opdeler problemet i forskellige tilfældegrupper. Se også *Grathe*: Pengefordringer (1992) s. 88 ff., *A. Vinding Kruse:* Restitutioner (1950) s. 201 ff. og *Jens Ravnkilde:* Betalingskorrektioner (2001) f.eks. s. 89 med en sammenfatning af retspraksis.

Når tilbagesøgning nægtes, er det bærende synspunkt, at en betalingsmodtager i god tro bør kunne indrette sine forhold i tillid til, at beløbet virkelig tilkom ham, jf. *Ussing*: Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 432, *A. Vinding Kruse:* Restitutioner (1950) s. 213, *Gomard*: Obligationsret, 3. del (1993) s. 173. Dette synspunkt har meget for sig, også i forholdet mellem to erhvervsdrivende, hvor der er hensyn at tage til omsætningen, og hvor der derfor efter omstændighederne kan være god grund til at anse betalinger for endelige. Det skal dog understreges, at en betaling, som helt klart udgangspunkt ikke er en retshandel (et løfte), som udelukker krav om tilbagesøgning. Efter omstændighederne gælder dog noget andet ved betaling af en omtvistet eller tvivlsom fordring.

I factoringforhold vil reglerne om *condictio indebiti* formentlig typisk afskære fakturaskyldneren fra at kræve tilbagebetaling af factor, selv om det viser sig, at (hele) beløbet ikke skyldtes som følge af en mangel ved det købte:

For det første er skyldneren nærmest til konstatere eventuelle mangler inden betaling sker, hvorimod factor i reglen er helt afskåret herfra. Undtagelsesvis kan factor dog være i ond tro om mangler ved det købte, f.eks. hvis andre fakturaskyldnere tidligere har reklameret over for factor på grund af tilsvarende mangler ved den samme type vare. I sådanne tilfælde kan factor begribeligvis ikke afvise et tilbagebetalingskrav, hvis skyldneren ved betalingen var i god tro.

Om de forskellige momenter ved bedømmelsen i almindelighed kan henvises til *Ussing*: Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 428-446, *A. Vinding Kruse:* Restitutioner (1950) s. 201-298, *Gomard:* Obligationsret, 3. del (1993) s. 171-175 og *Grathe*: Pengefordringer (1992) s. 88-92

For det andet har skyldneren i de her behandlede tilfælde stadig sin umiddelbare medkontrahent at holde sig til. Skyldneren lider således ikke noget retstab, ved at tilbagesøgning afskæres, men er stillet fuldstændig, som hvis betaling var sket til den umiddelbare medkontrahent, jf. den tilsvarende argumentation ovenfor vedrørende GBL § 27. I almindelighed kan heller ikke reglerne om *condictio indebiti* føre til, at fakturaskyldneren får en »ekstra skyldner« for sit tilbagebetalingskrav som følge af fordringens overdragelse.

7. Omstødelse i konkurs

7.1. Overdragelse til sikkerhed eller til eje

Ved afgørelsen af, om overdragelse af fakturakrav til factor kan omstødes, må der i første række tages stilling til, om overdragelse er sket til sikkerhed eller til eje. Sondringen er afgørende for, om et factoringarrangement omstødelsesmæssigt skal bedømmes efter KL § 70 (om omstødelse af pant for gammel gæld) eller efter KL § 67 (om omstødelse af betalinger). *Pant* for gammel gæld kan altid omstødes, hvis pantsætningen har fundet sted inden for omstødelsesfristen. *Betaling* af gæld inden for omstødelsesfristen kan derimod kun omstødes på visse betingelser – bl.a. er det en betingelse, at betalingen ikke efter omstændighederne fremtrådte som ordinær.

I Norge anses overdragelse af pengekrav som betaling i relation til dekningslovens (den norske konkurslovs) § 5-5, 4. led. Baggrunden herfor er først og fremmest at finde i et udtrykt ønske under lovforberedelsen om at begrænse omstødelsesadgangen ved factoring, jf. herved *Huser:* Gjeldsforhandling & konkurs, bind 3 (1992) s. 252 f. Dette indebærer »at omstøtelse ved egentlig factoring bare bliver aktuelt der man har fraveket den praksis som er vanlig i bransjen«. Se nærmere om baggrunden for den norske ordning NOU 1972:20 s. 295 og NOU 1993:16 s. 150. Se også og *Brækhus* i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm, s. 353-357, *Andenæs:* Konkurs, 2. utgave (1999) s. 242 og NRt 1989.1209 HD. – Anderledes i Sverige, hvor factoring opfattes som pantsætning. Herom hedder det hos *Lennander:* Återvinning i konkurs, 2. uppl. (1994) s. 303: »En sådan generell panträtt kan vara av betydelse för factorn, om de kundefordringar som pantsatts vid et tilfälle inte

räcker för att betale den vid samma tilfälle utbetalade krediten, t.ex. darför att ett antal köpare på grund av olika reklamationer inte betalar sin fakturor. De nya fakturor som factorn erhåller vid näste tilfälle gäller då til säkerhet för denna äldra gäld. Til denne del är säkerheten emellertid återvinningsbar [omstødelig].«

Spørgsmålet, om sikkerhedsoverdragelse af fordringer i forbindelse med factoring skal betragtes som betaling, jf. KL § 67, er i dansk ret besvaret benægtende i *Betænkning nr. 606/1971* s. 152. En KL § 67-bedømmelse ville – på grund af forbeholdet for ordinære betalinger – føre til, at der ikke kunne ske omstødelse i et sædvanligt afviklet factoringarrangement (jf. til illustration U 1996.57 H og U 1996.535 H, hvor der ikke skete omstødelse af en kassekreditnedbringelse i et fakturabelåningsarrangement, der konkret blev bedømt efter betalingsreglerne). Ved anvendelse af KL § 70 kan omstødelse imidlertid efter omstændighederne komme på tale, jf. nærmere om opgørelsesmåden nedenfor i afsnit 7.2.

I factoringarrangementer med sikringskonto vil factor i tilfælde af mangel på sikkerheder eller i tilfælde af betalingsmisligholdelse fra fakturaskyldnerens side søge sig fyldestgjort gennem modregning i sikringskontoen. Aftaler om sikring gennem modregning behandles imidlertid som pant, jf. *Gomard:* Obligationsret, 3. del, (1993) s. 219 f.

Nedenfor omtales nogle typer af aftalevilkår om virksomhedens overdragelse af fakturakrav til factor. Det skal indledningsvis bemærkes, at det stedse er arrangementets reelle indhold – ikke den af parterne valgte betegnelse – som er afgørende for omstødelsesreglernes sondring mellem sikkerhedsstillelse og betaling. De tilfælde, hvor fakturafordringerne alene er overladt til factor med henblik på debitoradministration, holdes uden for gennemgangen i det følgende, idet der her hverken er tale om overdragelse til sikkerhed eller eje.

Det kan nævnes, at de GBL § 31-meddelelser, som udsendes til fakturaskyldnerne, undertiden angiver, at overdragelsen er sket til eje, selv om det af factoringkontrakten fremgår, at fakturafordringerne er overdraget til sikkerhed. Formålet hermed er antagelig at understrege over for fakturaskyldnerne, at factor er tillagt en uigenkaldelig ret til at oppebære fordringerne. – Det er dog selvsagt aftalen mellem virksomheden og factor – og ikke meddelelsen til skyldneren – som er afgørende for, om der i forhold til virksomhedens konkursbo er tale om overdragelse til eje eller til sikkerhed. Meddelelsens indhold kan alene tjene som et fortolkningsmoment, hvis aftalen skulle give anledning til tvivl.

En betingelse for at anse overdragelsen som sket til sikkerhed er, at der ikke ved overdragelsen sker et endeligt opgør mellem parterne. Sikkerhedsstillelse

indebærer således ikke, at erhververens tilgodehavende mod overdrageren endeligt nedskrives med det overdragnes værdi, jf. *Betænkning nr. 606/1971* s. 152. Der skal derimod ske en efteropgørelse – d.v.s. en opgørelse mellem overdrager og erhverver efter det pantsattes realisation, jf. *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 120 ff. Efteropgørelsen indebærer *for det første*, at overdrageren skal betale erhververen dennes (rest)-tilgodehavende, hvis realisationen af det overdragne ikke indbringer et tilstrækkeligt provenu, *og for det andet* at erhververen skal godtgøre overdrageren eventuelle beløb, som realisationen indbringer, og som overstiger erhververens tilgodehavende.

I de allerfleste factoringarrangementer savner fakturaoverdragelserne det præg af endelighed, som karakteriserer en overdragelse til eje: *Dels* hæfter virksomheden over for factor for beløb, som ikke bliver betalt af fakturaskyldnerne, *dels* er factor forpligtet til løbende at udbetale det overskudsbeløb, som opsamles i factoringarrangementet, hvis fakturaskyldnerne betaler. En efteropgørelse kommer i praksis på tale, når factoringaftalen fastslår, at fakturafordringerne er »belånt«, »overdraget til sikkerhed« eller »pantsat«. En efteropgørelse kommer ligeledes på tale, selv om factoringaftalen taler om »køb« eller »overdragelse til eje«, hvis factor ifølge aftalen har regres mod virksomheden i tilfælde af fakturaskyldnernes manglende betalingsevne. Se hertil NJA 1977 s. 20 HD (hvor der fandtes at være tale om pantsætning, og hvor der herved henvistes til virksomhedens pligt til at indløse nogle fakturaer over for en bank, som ikke havde påtaget sig kreditrisikoen). Det beløb, som factor udbetaler virksomheden ved overdragelsen i de sidstnævnte tilfælde, betegnes i praksis ofte som »forskudsbetaling« eller lignende.

Hvis factoringaftalen helt undtagelsesvis indeholder vilkår om »køb« eller »overdragelse til eje« *uden* regres i tilfælde af fakturaskyldnernes manglende betalingsevne, kan der for så vidt siges at skulle ske en efteropgørelse, hvis fordringen ikke består, jf. GBL § 9 (typisk fordi fakturaskyldneren har indsigelser), men dette indebærer begribeligvis ikke, at der reelt foreligger et sikkerhedsarrangement: Hverken en aftalt eller en legal indeståelse for, at en fordring ikke er behæftet med mangler, medfører i sig selv, at der foreligger en sikkerhedsoverdragelse.

En anden betingelse for at anse overdragelsen for sket til sikkerhed er, at den overdragne fordring (pantefordringen) skal sikre en anden fordring (den pantesikrede fordring), som erhververen har mod overdrageren. Tilfælde, hvor factor dels har sikkerhed i virksomhedens fakturafordringer, dels har overtaget kreditrisikoen, rejser i den forbindelse særlige problemer, jf. *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 123. Umiddelbart kan et sådant

arrangement minde om køb uden regres, men arrangementet indeholder dog et moment af sikkerhedsstillelse: Da risikoafdækningen ikke omfatter eventuelle tab på fordringer, som skyldes, at virksomhedens leverancer er behæftet med mangler m.v., er sådanne tab omfattet af factors sikkerhed i de øvrige fakturafordringer. Er kun en del af fordringerne omfattet af aftalen om risikoafdækning, tjener de resterende fordringer indbyrdes til sikkerhed for tab, som lides både som følge af manglende betalingsevne hos fakturaskyldnere og som følge af skyldnernes berettigede indsigelser.

Det forhold, at fakturaskyldneren for en pantsat fordring – f.eks. ved en fejl – betaler til virksomheden, som herefter afregner beløbet til factor, medfører ikke, at den herved skete gældsnedbringelse betragtes som en betaling. Det er således pantsætningen, som begrunder gældsnedbringelsen, og retsforholdet mister ikke sin karakter af pantsætning, fordi betalingen modtages af virksomheden, jf. tilsvarende ovenfor i afsnit 4.2.1.

Er der aftalt »sikkerhedsstillelse« eller »pant« i fakturafordringerne, er der selvsagt tale om sikkerhedsstillelse for så vidt angår den *ikke-belånte del* af de enkelte fakturaer – f.eks. 20% – selv om virksomheden indestår factor for skyldnernes manglende betalingsevne. Den ikke-belånte del af den enkelte faktura tjener således factor til sikkerhed mod tab, som lides også på andre fakturafordringer, ligesom der for så vidt angår denne del skal foretages en efteropgørelse. For så vidt angår den *belånte del* – f.eks. de resterende 80% – er det i litteraturen hævdet, at der skulle være tale om overdragelse til eje, jf. således *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 121, der til støtte herfor anfører, at den belånte del af fakturafordringen ikke sikrer en anden fordring. Se i samme retning *Brækhus:* Fra kreditretten og andre retsområder (1978) s. 65. Ræsonnementet forekommer tvivlsomt: Også den belånte del af fakurafordringen (pantefordringen) – som er en fordring på fakturaskyldneren – kan således siges at sikre en anden fordring, nemlig den af factor ydede kredit (den pantesikrede fordring) – som er en fordring mod virksomheden. At »de første 80%«, som betales på en given fakturafordring, måske bliver brugt til nedbringelse af den kredit, der er ydet på baggrund af den pågældende fordring, understøtter næppe den opfattelse, at der er sket en overdragelse til eje. Mere nærliggende er det at opfatte forholdet således, at factor – for så vidt angår de 80%, som udbetales på de enkelte fakturafordringer – yder virksomheden en række enkeltstående lån, og at de enkelte fakturaer med deres fulde beløb tjener til sikkerhed herfor, jf. herom nærmere nedenfor i afsnit 7.2. I omstødelsesmæssig henseende gør det imidlertid ikke nogen større forskel, om overdragelsen – for så vidt angår den belånte del – anses sket til eje eller til sikkerhed. Hvis der er tale om overdragelse til eje, kan der

således ikke ske omstødelse, hvis overdragelsen under hensyn til omstændighederne fremtrådte som ordinær (hvilket den vil gøre i et sædvanligt afviklet factoringarrangement). Hvis der er tale om overdragelse til sikkerhed, bliver der ikke tale om omstødelse, forudsat naturligvis at den enkelte faktura er sikret uden ugrundet ophold efter gældens stiftelse.

I forbindelse med *fakturabelåning* har spørgsmålet om betaling eller sikkerhedsstillelse været stillet på spidsen i U 1996.57 H og U 1996.535 H (begge kommenteret af *Jørgen Nørgaard* i U 1996 B s. 196 ff.).

U 1996.57 H angik et tilfælde, hvor en virksomhed havde såvel en kassekredit som en fakturabelåningskredit i et pengeinstitut. Ordningen fungerede således, at 10% af fakturabelåningsprovenuet blev godskrevet virksomheden på en sikringskonto, mens de resterende 90% blev overført til virksomhedens kassekredit (en såkaldt »tandemkonto«). Da virksomheden gik konkurs, påstod boet i medfør af KL § 70 omstødelse af det beløb, hvormed kassekreditten var blevet nedbragt i de sidste tre måneder før fristdagen. Boets hovedanbringende var, at fakturabelåningskreditten og kassekreditten i forhold til KL § 70 skulle betragtes som en helhed. Pengeinstituttet påstod frifindelse bl.a. under henvisning til, *at* nedbringelsen af kassekreditten ikke skulle bedømmes efter KL § 70, men efter KL § 67, *og at* omstødelse efter KL § 67 var udelukket som følge af fakturabelåningskredittens alder og ordinære forløb. Højesteret gav pengeinstituttet medhold. Præmisserne kan sammenfattes i to hoveddele: *For det første* var fakturabelåningskreditten ikke oprettet med henblik på at nedbringe debetsaldoen på en allerede overtrukket kassekredit, og overførslerne fra fakturabelåningskreditten til kassekreditten var fortsat uændret de sidste tre måneder før fristdagen. *For det andet* var de fordringer, som var overdraget til pengeinstituttet, alene overdraget til sikkerhed for fakturabelåningskreditten, men ikke til sikkerhed for kassekreditten: Der var ikke indgået aftale om, at fordringerne skulle tjene til sikkerhed for kassekreditten, og parterne havde i praksis forholdt sig i overensstemmelse hermed, idet virksomheden også i de sidste tre måneder før fristdagen frit kunne trække på kassekreditten inden for dennes maksimum.

Dommen giver *pengeinstitutter* en mulighed for at opdele kreditgivningen i en (sikret) fakturabelåningskredit og en (usikret) kassekredit, således at nedbringelse af kassekreditten ved hjælp af fakturabelåningsordningens provenu ikke skal bedømmes efter KL § 70, men efter KL § 67. Dommen er derimod uden større interesse for *factoringselskaber*, der pr. definition ikke yder usikret kredit, og som derfor ikke kan benytte en lignende opdeling.

I U 1996.535 H afviste Højesteret at anvende KL § 70 på et arrangement, som lignede ordningen i U 1996.57 H – *til trods for* at et lånedokument inde-

holdt en fortrykt bestemmelse om, at pantet sekundært hæftede for virksomhedens øvrige gæld (hvortil kassekreditten hørte). Højesteret lagde herved navnlig vægt på to forhold: *For det første* at belåningen skete med 100%. *For det andet* at virksomheden også i de sidste tre måneder inden fristdagen disponerede frit over kassekreditten. – Hvad angår det førstnævnte forhold bemærkes det, at en belåningsprocent på 100 selvsagt er egnet til at modvirke, at der i omstødelsesperioden stilles sikkerhed for mere end den i perioden ydede kredit. Dette taler imod anvendelse af KL § 70, men kan dog ikke *i sig selv* være afgørende for, om der foreligger sikkerhedsstillelse eller betaling, jf. også ovenfor, hvor der er gjort indsigelse mod den opfattelse, at den belånte del af en faktura skal anses for overdraget til eje. – Hvad angår det sidstnævnte forhold, taler det selvsagt imod anvendelse af KL § 70, at pengeinstituttet ikke på nogen måde havde ladet virksomhedens trækningsret på kassekreditten afhænge af mængden af overdragne fakturafordringer. Det må anses for ret åbenbart, at nedbringelsen af kassekreditterne i *begge* 1996-domme ville være blevet bedømt efter KL § 70, hvis trækket på kassekreditten ikke blot var begrænset af kassekredittens maksimum, men tillige af fakturamassens omfang. I så fald havde der *reelt* været tale om sikkerhedsstillelse, hvilket også ville have ramt pengeinstituttet i U 1996.57 H, selv om lånedokumenterne i denne sag som nævnt ikke indeholdt vilkår om, at fakturafordringerne skulle sikre kassekreditten.

Dommen U 1987.665 H – hvor Højesteret anvendte KL § 70 på et arrangement, som lignede ordningerne i de to 1996-domme – er egnet til at sætte betingelserne for ordningens holdbarhed i relief: *Dels* var der i 1987-dommen indgået aftale om, at fakturafordringerne tjente til sikkerhed for kassekreditten, *dels* var ordningen kompromitteret derved, at fakturafordringer i flere tilfælde var belånt direkte over kassekreditten, jf. *Jørgen Nørgaard* i U 1996 B s. 198. Dommen er refereret udførligt nedenfor i afsnit 7.2.2. Også U 1994.297 H (kommenteret af *Per Sørensen* i U 1994 B s. 431 ff.) er af interesse i denne sammenhæng. Dommen angik et tilfælde, hvor en virksomhed inden for omstødelsesfristen indgik en fakturabelåningsaftale med sit pengeinstituts factoringselskab, således at pengeinstituttet fik sekundært pant i fakturafordringerne for samtlige sine krav mod virksomheden. Under hensyn til, at fakturabelåningskreditten blev anvendt til nedbringelse af kassekreditten og var oprettet på et tidspunkt, hvor kassekreditten gennem længere tid havde været overtrukket, fandt retten, at engagementerne skulle betragtes samlet, hvorfor der skete omstødelse efter KL § 70.

Om sondringen mellem betaling og sikkerhedsstillelse kan tillige henvises til U 1999.34 H, hvor det ikke var aktuelt at anvende KL § 70 på *ikke-denun-*

tierede fakturaer. Finansieringsaftalen indebar, at kreditgiver løbende fik stillet midler til rådighed, men omstødelse efter KL § 67 kom ikke på tale, idet betalingerne fremtrådte som ordinære. Højesterets flertal fandt imidlertid, at der forelå en utilbørlig begunstigelse på bekostning af de øvrige kreditorer, og at dette havde stået kreditgiver klart. Herefter skete der efter KL § 74 omstødelse for et beløb, der skønsmæssigt fastsattes til 500.000 kr. – Se også U 1992.852 H, hvor der ikke opstod spørgsmål om anvendelse af KL § 70 på den ikke-denuntierede del af en fakturamasse. – Endvidere kan henvises til U 2000.255 Ø, hvor en virksomheds konkursbo over for et pengeinstitut påstod omstødelse af det beløb, hvormed pengeinstituttets tilgodehavende var blevet nedbragt i den sidste uge før fristdagen. Virksomheden havde bl.a. haft en fakturabelåningskredit i pengeinstituttet, men da nedbringelsen ikke kunne henføres til nogen specifik sikkerhedsstillelse, fandtes omstødelse i givet fald at måtte ske efter reglerne om betaling og ikke efter KL § 70. Herefter frifandtes pengeinstituttet for omstødelsespåstanden. Dommen er også omtalt nedenfor i afsnit 7.2.2. Ved U 2000.1791 H skete der ikke omstødelse af pantsætning af en fakturamasse, hvis provenu måtte anses stillet til fri rådighed for pantsætter inden konkursen.

7.2. Anvendelse af KL § 70 ved factoring

7.2.1. Præsentation af problemet

Ifølge KL § 70, stk. 1, kan der ske omstødelse af »[p]anteret eller anden sikkerhedsret, som ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse [...], hvis sikringsakten er foretaget senere end tre måneder før fristdagen«.

Bestemmelsen har ikke til formål at hindre sikkerhedsstillelse i omstødelsesperioden, men den rammer enhver sikkerhedsstillelse i perioden, som ikke har udløst en til sikkerheden svarende kredit, jf. *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 103.

Factors sikkerhed har karakter af en »*panteret*«, hvorfor det i nærværende sammenhæng er unødvendigt at tage stilling til, hvad der ligger i udtrykket »anden sikkerhedsstillelse«.

Det volder ikke vanskeligheder at fastlægge tidspunktet for »*gældens stiftelse*«, der klart må være det tidspunkt, da factor yder virksomheden kredit.

Ved factoring giver spørgsmålet om, hvornår sikkerheden må anses for »*tilsagt*«, derimod anledning til vanskeligheder, idet *friværdien* i de enkelte fakturaer sikrer såvel ældre som fremtidig gæld. Sammenlignet med sikkerhedsstillelse for et enkeltstående lån indebærer factoring to komplikationer:

Såvel virksomhedens gæld til factor som factors sikkerhed mod virksomheden er i praksis af varierende størrelse – også i omstødelsesperioden. Den omstødelsesmæssige behandling af sådanne tilfælde er ikke reguleret ved ordlyden af KL § 70, der har som typeforudsætning, at en sikkerhed, som tilsiges panthaver i omstødelsesperioden, kan henføres til en bestemt gæld af en given størrelse. I retspraksis er problemet løst ved anvendelse af den såkaldte *nettometode*, der gennemgås nedenfor i afsnit 7.2.2.

Mens friværdien i den enkelte faktura ikke kan henføres til nogen bestemt del af den ydede kredit, forholder det sig anderledes med *fakturaens belånte del* – f.eks. 80% af fakturabeløbet. For så vidt angår den belånte del af de enkelte fakturafordringer kan det nemlig hævdes, at factor yder virksomheden en række enkeltstående lån, således at sikkerheden i hver enkelt faktura først og fremmest skal sikre den kredit, der er ydet på baggrund af den pågældende faktura, jf. herved *John Jakobsen* i U 1993 B s. 304 og *Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen:* Kreditorforfølgning, 4. udgave (2001) s. 309.

Da sikkerheden senest må anses for »tilsagt« ved overdragelsen af de enkelte fakturaer, og da gælden må anses for »stiftet« ved factors efterfølgende udbetaling af kredit, kommer omstødelse ikke på tale, blot sikringsakten foretages uden unødigt ophold efter udbetalingen. Den belånte del af en faktura giver dermed typisk ikke anledning til omstødelsesmæssige problemer.

Det kan anføres, at sikkerheden tilsiges tidligere end ved overdragelsen af de enkelte fakturaer – nemlig ved indgåelsen af den oprindelige factoringaftale, hvorved factor modtager et løfte fra virksomheden om overdragelse af fordringerne, jf. herved U 1992.852 H og *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 132.

7.2.2. Nettometoden

I factoringforhold indebærer nettometoden, at der foretages en helhedsbedømmelse af gæld og sikkerhedsstillelse i omstødelsesperioden, således at der lægges vægt på forholdet mellem gældens størrelse og sikkerhedens størrelse ved periodens begyndelse og på fristdagen. Hvis sikkerhedsstillelsen i perioden overstiger gældsstiftelsen i perioden, kan der således ske omstødelse, i det omfang der herved er sket nedbringelse af usikret gæld. Dommen U 1987.665 H er et pædagogisk velegnet udgangspunkt til belysning af fremgangsmåden: Et anpartsselskabs driftskredit i et pengeinstitut var opdelt i en kassekredit og en fakturabelåningskredit, hvortil der var knyttet en sikringskonto. Fakturabelåningsordningen omfattede samtlige anpartsselskabets fordringer ved »normalt varesalg«, og fakturaerne var overdraget til sikkerhed for, hvad anpartsselskabet til enhver tid måtte skylde pengeinstituttet. (Det var altså utvivl-

somt, at fakturafordringerne tillige sikrede kassekreditten, og netop herved adskiller dommen sig afgørende fra U 1996.57 H og U 1996.535 H, der er omtalt ovenfor i afsnit 7.1). Ved indgangen til omstødelsesperioden var anpartsselskabets samlede gæld til pengeinstituttet ifølge kassekredit og fakturabelåningskredit ca. 457.000 kr. På fristdagen var gælden nedbragt til ca. 285.000 kr. I omstødelsesperioden var gælden altså nedbragt med ca. 172.000 kr., hvilket alene skyldtes indbetalinger fra fakturaskyldnere. Værdien af udestående fakturaer ved indgangen til omstødelsesperioden var ca. 172.000 kr., mens den tilsvarende værdi ved periodens udgang var ca. 118.000 kr. Fakturamassen var altså i perioden reduceret med ca. 54.000 kr. Af den samlede gældsnedbringelse på 172.000 kr. kunne 54.000 kr. således henføres til tiden før omstødelsesperioden, hvorfor denne del af gældsnedbringelsen var uomstødelig. Konkursboet påstod differencen på 118.000 kr. omstødt i medfør af KL § 70. Pengeinstituttet påstod frifindelse, bl.a. under henvisning til, *at* sikkerheden måtte anses for tilsagt ved fakturabelåningsaftalens indgåelse, *og at* anvendelse af KL § 70 måtte forudsætte, at der var sket en utilbørlig kreditorbegunstigelse. Konkursboet fik medhold i sin omstødelsespåstand både ved Vestre Landsret og ved Højesteret. Højesteret lagde bl.a. vægt på, at pengeinstituttet i de sidste tre måneder før fristdagen havde modtaget sikkerhed i selskabets udestående fordringer for et beløb, der oversteg den samtidige gældsstiftelse med 118.000 kr., og at sikringsakten først var blevet foretaget i dette tidsrum.

Hvad angår Højesterets henvisning til tre-månedersperioden, kan U 1987.665 H sammenholdes med U 2000.255 Ø, hvor et konkursbo over for et pengeinstitut forsøgte sig med en påstand om omstødelse i medfør af KL § 70 for et beløb svarende til den gældsnedbringelse, der – bl.a. som følge af et fakturabelåningsarrangement – havde fundet sted i den seneste *uge* før fristdagen. Da det påståede omstødelsesbeløb ikke vedrørte en specifik sikkerhedsstillelse – men alene en nedbringelse af pengeinstituttets tilgodehavende *i en periode* inden fristdagen – fandtes en eventuel omstødelse at måtte ske efter KL § 67 og ikke efter KL § 70. Herefter frifandtes pengeinstituttet.

Hvad angår Højesterets henvisning til den samtidige gældsstiftelse, kan U 1987.665 H sammenholdes med U 1993.718 H, hvor et pengeinstitut *ikke* inden for omstødelsesfristen havde modtaget sikkerhed i virksomhedens udestående fordringer for et beløb, der oversteg den samtidige gældsstiftelse, hvorfor der ikke skete omstødelse efter KL § 70.

U 1987.665 H er et meget »rent« eksempel på anvendelse af nettometoden: *For det første* var parterne enige om den talmæssige opgørelse, herunder om at kassekreditten alene var nedbragt ved fakturaindbetalinger. *For det andet*

blev samtlige fakturafordringer betalt – i hvert fald blev der ikke under sagen henvist til, at arrangementet omfattede uerholdne fordringer.

Ved anvendelsen af nettometoden er det ikke afgørende, hvilken *pålydende værdi* fakturamassen har ved omstødelsesperiodens begyndelse og på fristdagen. Afgørende er derimod den *faktiske værdi* af fakturamassen på de to tidspunkter. Udtrykt firkantet skal KL § 70-opgørelsen »renses« for fakturaer, som ikke bliver betalt som følge af manglende solvens hos fakturaskyldnere eller som følge af mangelsindsigelser m.v. Viser det sig, at en faktura på eksempelvis 20.000 kr., som indgik i fakturamassen ved periodens begyndelse, er værdiløs, bliver omstødelsesbeløbet alt andet lige 20.000 kr. større. Viser det sig, at en faktura, som indgår i fakturamassen på fristdagen, er værdiløs, bliver omstødelsesbeløbet alt andet lige 20.000 kr. mindre.

Det anførte gælder tillige, når factor har påtaget sig *kreditrisikoen* for fakturafordringer, som indgår i den belånte fakturamasse, i hvilken forbindelse det bemærkes, at også konkursboet kan påberåbe sig factors indeståelse for en fakturaskyldners manglende betalingsevne. – Ifølge *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 123 f. skal KL § 70 også anvendes ved »kombinationen debitorstyring, finansiering og kreditrisikodækning, såfremt aftalen (i større omfang) tillige omfatter fordringer, der ikke er omfattet af [factoringselskabets] kautionsforpligtelse, men i dette tilfælde skal de fordringer, der dækkes af selskabet i henhold til denne forpligtelse, sorteres fra inden anvendelsen«. Isoleret set er udsagnet korrekt, men det forekommer at bygge på en for snæver opfattelse af, hvilke fordringer der skal »frasorteres« ved anvendelsen af nettometoden. *For det første* skal fordringer, som omfattes af risikodækningen, sorteres fra, uanset om risikodækningen bliver aktuel eller ej, hvis fakturaskyldneren intet *kan* betale. *For det andet* skal der også ske en frasortering af fordringer, som slet ikke er omfattet af risikodækningen – f.eks. fordringer, som udspringer af et kreditkøb, som fakturaskyldneren berettiget har hævet, og som derfor ikke *skal* betales. Afgørende er i begge tilfælde, at der er tale om en værdiløs sikkerhed, som ikke skal medtages i KL § 70-opgørelsen.

Det fremgår af fremstillingen ovenfor, at nettometoden kræver en stillingtagen til, om der er sket en nettoforøgelse af factors sikkerhed i omstødelsesperioden. En nettosikkerhedsforstærkning kan tænkes at opstå som følge af *ændringer i factoringforholdet*, f.eks. ved at der inddrages nye typer af fakturaer i arrangementet, eller ved at belåningsprocenten sænkes – enten generelt eller på udvalgte fakturaer, som eventuelt slet ikke belånes. Som eksempel på en sådan ændring af et factoringforhold kan nævnes U 1999.1783 H (der ganske vist angik spørgsmålet om omstødelse i forhold til en sekundær pant-

haver). Dommen, der er nærmere omtalt nedenfor i afsnit 7.3, angik et tilfælde, hvor factor ifølge aftale med virksomheden ophørte med at afregne i overensstemmelse med factoringaftalen. Der skete omstødelse af den herved skabte mersikkerhed, der ikke modsvaredes af en tilsvarende ydelse af kredit.

Det hævdes undertiden, at der ikke kan ske en nettoforøgelse af factors sikkerhed, hvis *factoringforholdet er forløbet uændret* i omstødelsesperioden, jf. således *Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen:* Kreditorforfølgning, 4. udgave (2001) s. 310. Disse forfattere begrunder dette resultat med, at »krediteringer på sikringskontoen modsvares af den forøgelse af risikoen for nødlidende fordringer, som kan henføres til de i [omstødelsesperioden] transporterede fordringer«. Udsagnet er næppe korrekt i alle tilfælde: Viser det sig, at risikoen for fordringer, der skal henføres til omstødelsesperioden, ikke bliver aktuel – d.v.s. at periodens fordringer rent faktisk betales – *kan* der således blive tale om en sikkerhedsforstærkning i perioden. Problemet kan illustreres med følgende eksempel (hvor der er bortset fra renter og omkostninger): I omstødelsesperioden belånes fakturaer lydende på i alt 2 millioner kr. med 80%, hvilket sker helt i overensstemmelse med factoringaftalen og den mellem parterne tidligere anvendte fremgangsmåde. Fakturaerne har alle en kredittid på tre måneder. Factor udbetaler løbende – i forbindelse med overdragelsen af de enkelte fakturakrav – det aftalte beløb på 1,6 millioner kr. til virksomheden. De resterende 400.000 kr. godskrives virksomheden på en sikringskonto. Ved omstødelsesperiodens begyndelse viser denne sikringskonto en saldo i virksomhedens favør på 350.000 kr. Det viser sig, at alle fordringer i arrangementet er erholdne. I løbet af omstødelsesperioden udbetales således 350.000 kr. til virksomheden som følge af, at tidligere belånte fakturaer indgår. Sammenholder man factors sikkerhed ved indgangen til omstødelsesperioden (350.000 kr.) med sikkerheden på fristdagen (400.000 kr.), ses der at være sket en sikkerhedsforstærkning på 50.000 kr. Herfra kan dog ikke sluttes, at der kan ske omstødelse af de 50.000 kr., jf. KL § 70. I eksemplet er der nemlig ikke sket nedbringelse af en usikret kredit, idet factor havde oversikkerhed ved omstødelsesperiodens begyndelse. Der kan således *ikke* ske omstødelse, men factor skal naturligvis afgive den overskydende sikkerhed på 400.000 kr. til boet.

Eksemplets *resultat* er det af *Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen* hævdede – nemlig ikke-omstødelse i et ordinært afviklet factoringarrangement. Som det fremgår, er *begrundelsen* for eksemplets resultat imidlertid den faktiske omstændighed, at factoringselskabet – som det typisk vil være tilfældet i praksis – har en overskydende sikkerhed ved indgangen til omstødelsesperioden. Principielt kan det imidlertid tænkes, at et factoringselskab har et

usikret tilgodehavende ved indgangen til omstødelsesperioden. Eksempelvis kan fakturafordringer fra tiden før periodens begyndelse vise sig uerholdne i et sådant omfang, at sikringskontoen ved periodens begyndelse er utilstrækkelig til dækning af tabene. Hvis et usikret tilgodehavende ved omstødelsesperiodens begyndelse nedbringes ved (ordinær) pantsætning af (erholdne) fakturaer i perioden, fører en stringent anvendelse af nettometoden til, at kan der ske omstødelse af nedbringelsen af den gamle usikrede gæld.

Den beskrevne nettometode indebærer, at der ikke skal foretages en isoleret bedømmelse af den enkelte sikkerhed i omstødelsesperioden – når bortses fra de fordringer, som frasorteres. Fremgangsmåden kan imidlertid ikke anvendes på ethvert løbende kreditmellemværende, for hvilket der er stillet sikkerhed. Således må i hvert fald to betingelser være opfyldt:

For det første er det en betingelse for en helhedsbedømmelse af sikkerhedsstillelsen i omstødelsesperioden, at parterne ikke selv har skabt en særlig sammenhæng mellem enkelte fakturaer og en tidligere ydet kredit, jf. således *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 141 f. Som eksempel på et sådant tilfælde nævner denne forfatter, at factor stiller krav om betaling/fakturaoverdragelse, som følge af at en faktura er udgået af finansieringsgrundlaget; virksomheden fremsender herefter to fakturaer, som har nogenlunde samme værdi som den udgåede faktura. Eksemplet forekommer at være af tvivlsom rigtighed. Har virksomheden således i factoringaftalen givet tilsagn om overdragelse af samtlige fakturafordringer, er situationen ikke udtryk for andet, end at factor har rykket for opfyldelsen af en kontraktsmæssig forpligtelse, og at virksomheden har efterkommet rykkeren. Hvis sikkerheden ifølge factoringaftalen var for ringe i forhold til den ydede kredit, således at overdragelsen af de to fakturaer blot har opfyldt factors berettigede krav om yderligere sikkerhed, synes der ikke at være grundlag for en isoleret bedømmelse. En isoleret bedømmelse kommer derimod på tale, hvis factor eksempelvis beder om og får sikkerhed i yderligere fakturaer uden modsvarende kreditgivning for at opnå en *mersikkerhed i forhold til aftalen.* En isoleret bedømmelse kommer ligeledes på tale, hvis factor beder om og får sikkerhed i to *fakturaer, som slet ikke er omfattet af factoringaftalen.* Det afgørende kriterium må nemlig være, om factors sikkerhed er forøget på en måde, der indebærer en ændring af den tidligere etablerede ordning, jf. således U 1999.1783 H (der ganske vist angik spørgsmål om omstødelse af sekundært pant i en sikringskonto) og i samme retning *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 142.

For det andet er det en betingelse for en helhedsbedømmelse af sikkerhedsstillelsen i omstødelsesperioden, at overdragelserne har et vist systematisk

præg. Dette er altid tilfældet ved factoring, hvor factor ifølge aftalen har krav på at få overdraget alle virksomhedens fakturafordringer – eller dog alle fakturafordringer, som vedrører bestemte varegrupper eller kundegrupper (f.eks. indenlandske kunder). Det samme *kan* være tilfældet ved fakturabelåning i et pengeinstitut, jf. den ovennævnte U 1987.665 H. Retspraksis viser dog, at overdragelse af fakturafordringer til pengeinstitutter ikke sjældent savner det nævnte systematiske præg, idet der dels kun overdrages et beskedent antal fakturaer, dels savnes en forudgående aftale om pligt til overdragelse af fakturafordringer. I så fald kan der ikke foretages en helhedsbedømmelse af den eller de fakturafordringer, som er overdraget i omstødelsesperioden. I stedet tages der ved anvendelse af nettometoden udgangspunkt i gældens størrelse på tidspunktet for sikringsaktens foretagelse henholdsvis på fristdagen, jf. således U 1984.981 H (kommenteret af *Pontoppidan* i U 1985 B s. 37 ff.) og U 1993.268 H.

U 1984.981 H vedrørte et tilfælde, hvor et pengeinstitut i forbindelse med tilsagn om forlængelse af en kassekredit fik sikkerhed i en sikringskonto, der hidrørte fra et factoringarrangement. Den 10. marts, da sikringsakten blev foretaget, var der trukket ca. 649.000 kr. på kassekreditten. På fristdagen den 8. maj var gælden ca. 646.000. Laveste debetsaldo i den mellemliggende periode var ca. 408.000 kr., hvilket beløb udgjorde trækket på kassekreditten den 19. marts. (Ifølge referatet i dommens »hoved« var laveste debetsaldo ca. 375.000 kr., hvilket oplystes under *landsretssagen*. Referatet er på dette punkt ukorrekt: For *Højesteret* var parterne nemlig enige om, at debetsaldoen den 19. marts var ca. 408.000 kr., jf. også *Pontoppidan* i U 1985 B s. 37). Konkursboet påstod omstødelse af sikringskontoens fulde indestående på 184.000 kr. Banken gjorde gældende, at den kunne have opsagt kassekreditten ved laveste debetsaldo og betinget yderligere långivning af et nyt låneengagement. Synspunktet er udtryk for den såkaldte »lavpunktsmetode«, hvorefter udgangspunktet tages i den laveste debetsaldo efter pantsætningen, således at forøgelse af gælden efter dette tidspunkt anses for ny gæld, jf. *Pontoppidan* i U 1985 B s. 38. I det foreliggende tilfælde kunne differencen mellem laveste debetsaldo (408.000 kr.) og gælden på fristdagen (646.000 kr.) opgøres til 238.000 kr., således at lavpunktsmetoden ville føre til, at bankens sikkerhed i sikringskontoen var uomstødelig. – Højesteret afviste bankens synspunkt og gav konkursboet medhold, idet det i præmisserne hedder: »Bankens tilgodehavende på fristdagen var ca. 3.000 kr. mindre end ved sikringsaktens iagttagelse. Uanset bevægelserne på kassekreditten i den mellemliggende periode findes panteretten herefter at måtte anses som tilsagt til sikkerhed for bankens

tilgodehavende ved sikringsaktens foretagelse. Panteretten kan derfor omstødes efter reglen i konkurslovens § 70.«

I *Pontoppidans* kommentar til dommen hedder det (s. 37 og 38), at anvendelse af den laveste debetsaldo i hvert fald måtte forudsætte, at indbetalingerne på kassekreditten havde et vist definitivt præg, hvilket ikke var tilfældet i den foreliggende sag, hvor skyldneren – også efter sikkerhedsstillelsen – som hidtil kunne trække på den i forvejen overtrukne kassekredit. Det kunne på denne baggrund ikke tillægges betydning, at banken ved sikkerhedsstillelsen »tilkendegav«, at kreditmaksimum for fremtiden skulle overholdes – Se *Brækhus:* Konkursrett, utvalgte emner (1970) s. 107 ff., *Kristian Huser* Gjeldsforhandling & konkurs, bind 3 (1992) s. 395 ff. og *John Jakobsen* U 1993 B s. 297 ff. med en gennemgang af forskellige løsningsmuligheder.

I U 1984.981 H havde det næppe nogen beløbsmæssig betydning, om der blev lagt vægt på debetsaldoen på pantsætningstidspunktet eller sikringsaktstidspunktet – sikkert fordi debetsaldoen var ens på de to tidspunkter. I hvert fald var der ikke tvist herom under sagen. Spørgsmålet om, hvilket tidspunkt der skal anses for afgørende, blev imidlertid sat på spidsen i U 1993.268 H, idet der i denne afgørelse blev trukket på kassekreditten i perioden mellem pantsætningen og sikringsaktens foretagelse.

I U 1993.268 H var omstændighederne følgende: I forbindelse med udvidelsen af maksimum for en virksomheds kassekredit fik et pengeinstitut den 27. marts sikkerhed i to af virksomhedens fakturafordringer på i alt ca. 1,1 million svenske kr. Kassekredittens debetsaldo var på dette tidspunkt ca. 674.000 kr. Den 28. marts hævede virksomheden ca. 210.000 kr. på kassekreditten til lønninger til virksomhedens ansatte. Den 29. marts kom denunciationen frem til fakturafordringernes svenske skyldner. Kassekredittens debetsaldo var den 29. marts steget til ca. 884.000 kr. som følge af virksomhedens træk på kreditten dagen før. De to pantsatte fakturaer blev betalt af skyldneren i henholdsvis april og maj måned. Virksomheden gik konkurs med den 21. maj som fristdag. Kassekredittens debetsaldo var denne dag ca. 702.000. Konkursboet nedlagde påstand om omstødelse af den gældsnedbringelse på ca. 182.000 kr., der havde fundet sted i tidsrummet mellem sikringsaktens foretagelse og fristdagen (d.v.s. differencen mellem de 884.000 kr., som var trukket den 28. marts, og de 702.000 kr., som var trukket på fristdagen). Pengeinstituttet påstod frifindelse under henvisning til, at der i tidsrummet mellem pantsætningen af de to fakturaer den 27. marts og fristdagen den 21. maj var sket en gældsudvidelse (fra 674.000 kr. til 702.000 kr.). Parterne var enige om anvendelse af nettometoden. Parterne var endvidere enige om, at der ved anvendelsen af nettometoden skulle lægges vægt på debetsaldoen på

fristdagen sammenholdt med debetsaldoen på *enten* pantsætningstidspunktet *eller* sikringsaktstidspunktet. Tvisten drejede sig herefter alene om, hvilket af de to tidspunkter der skulle anvendes. Højesteret lagde i overensstemmelse med U 1984.981 H vægt på tidspunktet for sikringsaktens foretagelse. Da der fra dette tidspunkt og frem til fristdagen var sket en nettonedbringelse på 182.000 kr. fik konkursboet medhold i sin påstand om omstødelse for så vidt angik dette beløb.

Dommen udløste en række artikler i UfR, jf. således *John Jakobsen* i U 1993 B s. 297 ff., *Ørgaard* i U 1993 B s. 404 f. samt *Hans Henrik Wurlitzer og H. Lindum Møller* i U 1994 B s. 90 f. – *Ørgaard* anfører i sin ovennævnte artikel, at Højesteret lagde vægt på sikringsaktstidspunktet som følge af parternes procesvedtagelse. Dette synspunkt ses ikke at have støtte i den trykte afgørelse.

Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 285 tager 1993-dommen til indtægt for, at kreditgiveren – også ved *factoring* – bør anvende en af to muligheder: »(1) Enten effektueres den yderligere trækningsret først, når denunciation *har* fundet sted, (2) eller kreditudvidelsen etableres som en helt ny kredit, for hvilken pantet da utvivlsomt må anses for »tilsagt« ved gældens stiftelse«. Synspunktet kan tiltrædes for så vidt angår enkeltstående sikkerhedsstillelser, som forelå i U 1984.981 H og U 1993.268 H, men ikke for så vidt angår systematisk fakturabelåning/factoring, hvor der som nævnt anlægges en helhedsbedømmelse af de sikkerheder, der er stillet i omstødelsesperioden.

For så vidt angår *den enkelte fakturas belånte del* følger det af det allerede anførte, at omstødelse ikke kommer på tale, idet der er tale om et enkeltstående lån, hvor sikkerheden tilsiges før gældens stiftelse, således at sikringsakten blot skal foretages uden unødigt ophold herefter (hvilket i praksis overholdes derved, at virksomheden sender den originale faktura til kunden, samtidig med at den kreditudløsende fakturakopi sendes til factor). Se tilsvarende *John Jakobsen* i U 1993 B s. 304 samt *Bo von Eyben og Peter Møgelvang-Hansen:* Kreditorforfølgning, 4. udgave (2001) s. 310. – *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 136 anfører, at den belånte del af fordringen skal anses for overdraget til eje, hvilket udelukker omstødelse efter KL § 70. Sammesteds anfører forfatteren dog, at omstødelse efter KL § 70 af den belånte del heller ikke kommer på tale, selv om overdragelsen er sket til sikkerhed.

For så vidt angår *den enkelte fakturas ubelånte del* er situationen omvendt den, at factor ikke kan undgå eventuel omstødelse efter nettometoden ved at

lade sikringsakten foretage inden gældsstiftelsen. Den ubelånte del af den enkelte faktura sikrer som nævnt såvel fremtidig kredit som allerede ydet kredit (ældre gæld), og dette gælder, hvad enten kreditten ydes før eller efter sikringsaktens foretagelse. – Dog skal sikringsakten naturligvis stedse foretages uden unødigt ophold efter gældens stiftelse, jf. KL § 70, idet der i modsat fald kan ske omstødelse af den konkrete overdragelse.

Afslutningsvis skal gøres nogle praktiske bemærkninger: *For det første* om de forhold, som medfører, at omstødelsesproblemer i forbindelse med (systematisk) fakturabelåning opstår hyppigere for pengeinstitutter end for factoringselskaber. *For det andet* om de forhold, som ofte vil medføre, at friværdien i en fakturamasse falder inden for omstødelsesperioden (med den virkning, at omstødelse ikke kommer på tale).

(1) *Et factoringselskab* yder kun kredit på baggrund af belånte fakturaer. Som nævnt har et factoringselskab typisk oversikkerhed ved indgangen til omstødelsesperioden. Uanset om der sker en forøgelse eller en forringelse af værdien af factors oversikkerhed i tiden frem til fristdagen, giver det ikke anledning til omstødelse efter KL § 70, idet der i så fald ikke er sket nogen nedbringelse af usikret gæld (men factor skal selvsagt afgive en på fristdagen overskydende sikkerhed til konkursboet (når det er konstateret, at pengene »kommer hjem«)). – *Et pengeinstitut*, som »ved siden af« et fakturabelåningsarrangement har ydet virksomheden en kassekredit – som sekundært er sikret ved fakturafordringerne – vil langt oftere end et factoringselskab stå i den situation, at der findes usikret eller kun delvis sikret gæld ved omstødelsesperiodens begyndelse. U 1996.57 H og U 1996.535 H, som er omtalt ovenfor i afsnit 7.1, anviser den fremgangsmåde, pengeinstitutterne bør anvende, nemlig en opdeling af det samlede arrangement i en sikret fakturabelåningskredit og en usikret kassekredit, hvortil fakturabelåningens provenu løbende overføres.

(2) Såvel et factoringselskab som et pengeinstitut kan naturligvis have »undersikkerhed« ved omstødelsesperiodens begyndelse. Dette kan eksempelvis skyldes, *at* fakturamassen tjener som sekundær sikkerhed for en anden kredit end fakturabelåningskreditten (f.eks. en kassekredit i et pengeinstitut), *eller at* fakturafordringer, som vedrører tiden før omstødelsesperioden, ikke betales. En usikret kredit, som består ved omstødelsesperiodens begyndelse, kan naturligvis tænkes nedbragt i tiden frem til fristdagen (med den virkning, at nettometoden fører til omstødelse). Fortsætter finansieringsarrangementet uændret i omstødelsesperioden, vil nedbringelse af usikret kredit imidlertid ofte ikke komme på tale (hvilket udelukker omstødelse efter nettometoden).

I de sidste tre måneder før en virksomheds økonomiske sammenbrud vil et typisk »billede« nemlig være, *at* fakturamassen mindskes, *at* antallet af insolvente debitorer vokser, *og at* virksomheden i stigende grad mødes med reklamationer fra sine kunder. De nævnte forhold vil enten isoleret eller samlet ofte føre til, at en eventuel usikret kredit, som forelå ved omstødelsesperiodens begyndelse, *vokser* i tiden frem til fristdagen.

7.3 Omstødelse i forhold til sekundær panthaver

Som nævnt ovenfor i afsnit 5 kan virksomheden benytte en eventuel friværdi i factoringarrangementet som sikringsobjekt i forhold til en anden kreditgiver, i praksis typisk virksomhedens pengeinstitut, jf. eksempelvis U 1984.981 H (kommenteret af *Pontoppidan* i U 1985 B s. 37 ff.) og U 1999.1783 H. Som ligeledes anført i afsnit 5 kan den sekundære panthaver opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved meddelelse til den primære panthaver, d.v.s. factor, hvis fakturafordringerne er behørigt denuncieret over for de enkelte fakturaskyldnere. Meddelelse kan gives til den primære panthaver, uanset om oversikkerheden eksempelvis har karakter af (1) en friværdi i fakturamassen, hvoraf der løbende sker frigivelse i takt med belåning af yderligere fakturaer, (2) en sikringskonto udvisende friværdien i fakturamassen (virksomhedens resttilgodehavende), hvorfra der løbende sker afregning i takt med fakturaskyldnernes betalinger, eller (3) en »fysisk« sikringskonto, d.v.s. en form for »indlånskonto«, hvis saldo er udtryk for (faktura)beløb, som er indbetalt til factor, og som factor har tilbageholdt til sikkerhed for sit tilgodehavende. (I dette tilfælde har factor pant i egen gæld *(pignus debiti)*, og der foreligger *depositum irregulare,* idet factor ikke er forpligtet til at holde de modtagne midler adskilt fra andre midler, som factor råder over). Det *kan* endvidere være aftalt, at en fysisk sikringskonto skal oprettes som (4) en pengeinstitutkonto i virksomhedens navn med notering af factors panteret. I så fald skal meddelelse om sekundært pant gives til pengeinstituttet. (Er factor forpligtet til at holde de modtagne midler adskilt fra andre midler, som factor råder over, foreligger *depositum regulare.*)- Opregningen under (1)-(4) kan ikke anses for udtømmende, idet der i kontraktspraksis vedrørende factoring/faktura- belåning ses ganske mange forskellige arrangementer og kombinationer heraf.

Hvis det sekundære pant stilles til sikkerhed for en løbende kredit, f.eks. en kassekredit i et pengeinstitut, anvendes nettometoden, hvis der i tilfælde af pantsætters konkurs opstår spørgsmål om omstødelse, jf. U 1984.981 H. Spørgsmålet er imidlertid stedse, hvilket tidspunkt der er afgørende for den størrelsesmæssige opgørelse af den sekundære panthavers sikkerhed. I de under (1)-(3) nævnte tilfælde er det centrale spørgsmål, om der skal lægges

vægt *enten* på sikkerhedens størrelse ved den sekundære panthavers (forhånds)denunciation til den primære panthaver, *eller* på sikkerhedens størrelse ved meddelelsen om den primære transport til de enkelte fakturaskyldnere. I det under (4) nævnte tilfælde er det centrale spørgsmål, om der skal lægges vægt *enten* på sikkerhedens størrelse ved den sekundære panthavers (forhånds)denunciation til det pengeinstitut, hvor sikringskontoens midler er placeret, *eller* på sikkerhedens størrelse ved meddelelsen om den primære transport til de enkelte fakturaskyldnere.

I U 1999.1783 H lagde Højesteret vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen til den primære panthaver (et factoringselskab). Dommen angik så vidt ses en sikringskonto af type (2).

Den i denne sammenhæng relevante del af U 1999.1783 H havde følgende forløb: En virksomhed indgik i 1991 en factoringaftale med et factoringselskab. I december 1992 gav virksomheden et pengeinstitut sekundært pant dels i fakturafordringerne, dels i en sikringskonto oprettet i forbindelse med factoringaftalen. Factoringselskabet modtog behørig meddelelse herom og noterede pengeinstituttets ret i januar 1993. Når en faktura blev belånt, blev et beløb svarende til fakturaens pålydende hævet på den såkaldte »factoringkredit«, hvorefter dette beløb blev indsat på sikringskontoen. Fra sikringskontoen afregnedes herefter en så stor del af indeståendet, at der til rest blev et beløb svarende til 20% af de overdragne fakturaer. Ifølge factoringaftalen skulle indeståendet på sikringskontoen til enhver tid udgøre minimum 20% af den samlede fakturamasse. Ordningen med pengeinstituttet fungerede herefter på den måde, at overskydende beløb fra sikringskontoen løbende blev afregnet til pengeinstituttet og indsat på virksomhedens kassekredit. Virksomheden gik konkurs med den 21. maj 1996 som fristdag. Konkursboet påstod over for pengeinstituttet omstødelse efter KL § 70 af de beløb, som inden for omstødelsesfristen var tilskrevet sikringskontoen/udbetalt til pengeinstituttet uden modsvarende ydelse af kredit. Konkursboet gjorde til støtte herfor gældende, at der ved opgørelsen af sikkerhedens størrelse måtte lægges vægt på tidspunkterne for denunciation til de enkelte fakturaskyldnere. Pengeinstituttet påstod frifindelse, bl.a. under henvisning til, at den sekundære panteret var sikret mod retsforfølgning ved den forhåndsdenunciation, som var foretaget flere år tidligere, således at KL § 70 var uanvendelig. Konkursboet fik alene medhold for så vidt angik nogle betalinger, som fra udgangen af april 1996 havde medført en forøgelse af sikringskontoens indestående på en måde, der indebar en ændring af den tidligere etablerede ordning. Ændringen bestod bl.a. i, at factoringselskabet efter aftale med virksomheden ikke foretog afregning i overensstemmelse med factoringaftalen, hvilket indebar en forøgelse af sikringskontoen med ca. 534.000 kr. Omstødelse skete alene for dette beløb, men *ikke* for så vidt angik de yderligere beløb, der under alle omstændigheder skulle være indgået på sikringskontoen. For så vidt angik disse beløb udtaltes det, at pengeinstituttet ved meddelelsen til factor havde opnået en beskyttet panteret i sikringskontoen med dens *varierende indestående*, uden at der kunne stilles krav om

denunciation over for de enkelte fakturaskyldnere som betingelse for panterettens beskyttelse i relation til KL § 70.

Dommen indebærer en klar stillingtagen til det relevante tidspunkt for sikkerhedsstillelsen ved sekundært pant i den friværdi i fakturamassen, som er »indsat« på en sikringskonto, så vidt ses af type (2), jf. ovenfor. Det fremgår, at Højesteret accepterede tidspunktet for den sekundære panthavers forhåndsdenunciation som afgørende – men kun i det omfang factoringforholdet afvikledes på sædvanlig måde i overensstemmelse med aftalen. Baggrunden herfor er formentlig, at der ligger en meget betydelig fasthed i en sædvanligt afviklet factoringordning: Virksomheden har påtaget sig en retlig forpligtelse til at overdrage bestemte (typer af) fakturafordringer til factor, og i det omfang aftalen følges, har pengeinstituttet – i hvert fald som udgangspunkt – begrænsede muligheder for at påvirke størrelsen af en eventuel oversikkerhed i factoringarrangementet.

Dommen tager ikke stilling til, om der kan lægges vægt på en eventuel forhåndsdenunciation, når friværdien findes i fakturamassen (jf. type (1) ovenfor), uden at være »indsat« på en sikringskonto. Da en ordning uden sikringskonto har i hvert fald nogenlunde samme fasthed som ved en sikringskonto af type (2), og da misbrugsmulighederne – risikoen for sikkerhedsoppustning – næppe er større end ved en sikringskonto af type (2), kan man muligvis også her lægge vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen.

Mens en slutning fra U 1999.1783 H til sikkerheder af type (1) er behæftet med nogen usikkerhed, forekommer slutninger til sikringskonti af typerne (3) og (4) til gengæld sikre, således at man her må lægge vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen til henholdsvis factoringselskabet/pengeinstituttet. Hvis sådanne konti er opbygget i overensstemmelse med aftalen – f.eks. ved factoringselskabets tilbageholdelse af 20% af indbetalte fakturabeløb – har ordningen mindst samme fasthed som i U 1999.1783 H. – Det skal bemærkes, at en fysisk sikringskonto, hvis kreditsaldo ikke er steget inden for omstødelsesfristen, ikke giver anledning til omstødelsesproblemer ifølge KL § 70, hvis den sekundære panthaver har givet meddelelse til den primære panthaver (factor/pengeinstituttet) før fristens begyndelse. I så fald er der nemlig ikke som følge af det sekundære pant sket en sikkerhedsforøgelse i omstødelsesperioden. Situationen kan navnlig tænkes, hvis sikringskontoen er fuldt udbygget inden periodens begyndelse.

Hvis man lagde vægt på tidspunktet for meddelelsen til de enkelte fakturaskyldnere, ville konsekvensen så vidt ses være, at oparbejdelse og eventuel udbetaling af fakturamassens friværdi i omstødelsesperioden, skulle indgå i

KL § 70-opgørelsen til skade for den sekundære panthaver, hvis de enkelte kundefordringer var denuntieret i perioden. Den sekundære panthaver ville efter denne opfattelse ikke undgå omstødelse efter KL § 70, selv om forhåndsdenunciation var sket til factor inden periodens begyndelse. – Fremgangsmåden *kunne* have noget for sig, idet den forekommer i overensstemmelse med de principper, som anvendes, når virksomhedens konkursbo påstår omstødelse over for factor selv, jf. så vidt ses også *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 156 og 158. – Når U 1999.1783 H anvendte en anden fremgangsmåde i forhold til den sekundære panthaver end den, der ovenfor i afsnit 7.2.2 er hævdet at skulle anvendes i forhold til den primære panthaver (factor), kan forklaringen eventuelt være, *at* Højesteret opfattede saldoen på sikringskontoen som et (rest)tilgodehavende mod factor, *og at* Højesteret fandt dette tilgodehavende så tilstrækkelig fast og bestemt beskrevet i factoringaftalen, at det var forsvarligt at lægge vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen til factor.

KAPITEL 5

Finansiering ved koncerndannelse

1. Indledning

Den såkaldte finansiering ved koncerndannelse er et alternativ til traditionel factoring. I praksis benyttes således navnlig udestående kundefordringer som finansieringsgrundlag. Den kreditsøgende virksomheds formål er det samme som ved factoring: At udnytte udestående fordringer som grundlag for kreditoptagelse, således at virksomheden får tilført likviditet fra en kreditgiver, inden fakturaskyldnerne betaler for leverede varer.

Dette sker – foreløbig beskrevet i hovedtræk – på følgende måde: Et selskabs fakturafordringer overdrages koncerninternt, normalt fra et kreditsøgende moderselskab til et helejet datterselskab, et såkaldt *finansselskab.* Fakturaskyldnerne underrettes om overdragelsen, jf. GBL § 31. Moderselskabet tilføres likviditet fra datterselskabet i takt med fakturaoverdragelserne. Datterselskabet sættes i stand til at yde disse likviditetstilskud i kraft af kreditoptagelse hos en ekstern kreditgiver. Datterselskabet kommer herved til at fungere som moderselskabets eget factoringselskab. Den kredit, som datterselskabet har optaget hos den eksterne kreditgiver, nedbringes i takt med fakturaskyldnernes betaling af de denuntierede fakturafordringer. Kreditgiveren tilbydes ikke tinglig sikkerhed i fordringerne, men til gengæld begrænses datterselskabets aktiviteter, således at kreditgiveren så vidt muligt bliver datterselskabets eneste kreditor.

En status som enekreditor er tilstrækkelig sikkerhed for kreditgiveren i tilfælde af økonomisk sammenbrud i koncernen, *hvis* værdien af de overdragne fakturafordringer til enhver tid overstiger kreditgiverens tilgodehavende hos datterselskabet. I så fald vil der nemlig blive fuld dækning til kreditgiveren, selv om denne i tilfælde af datterselskabets konkurs har stilling som simpel kreditor i konkursordenen, jf. KL § 97.

I praksis kan det dog være vanskeligt helt at undgå, at datterselskabet har andre kreditorer end kreditgiveren: *For det første* kan der være tale om, at det offentlige har krav mod datterselskabet, typisk krav på skatter og afgifter. Dette må der naturligvis tages højde for ved fastsættelsen af den fakturamasse, som datterselskabet skal »indeholde«, idet der skal være plads til såvel kreditgiverens tilgodehavende som de offentligretlige krav. *For det andet* vil der typisk være tale om, at moderselskabet har krav mod datterselskabet for udført bogføring, debitoradministration og udarbejdelse af datterselskabets regnskab. Således har moderselskabet naturligvis krav på dækning af eksempelvis personale- og administrationsudgifter, som afholdes til drift af datterselskabets virksomhed. Datterselskabet må betale sædvanligt vederlag for sådanne ydelser, for at selskabet kan siges at drive en virksomhed, der er selvstændig i forhold til moderselskabets. Da kreditgiveren ikke vil tåle at konkurrere med moderselskabet om midlerne i datterselskabets eventuelle konkursbo, afgiver moderselskabet en tilbagetrædelseserklæring til fordel for pengeinstituttet.

Den netop beskrevne model – med fakturafordringer som sikringsobjekt – danner udgangspunkt for fremstillingen i det følgende. Teknikken kan imidlertid også anvendes til at fremskaffe likviditet på grundlag af en kreditsøgende virksomheds varelager:

Én mulighed er finansiering ved oprettelse af et såkaldt *lager- og salgsdatterselskab*, der løbende afkøber moderselskabet dettes færdigvarer med henblik på salg. Datterselskabet får tilført likviditet af en ekstern kreditgiver, der sikres status af enekreditor i selskabet. Hvis datterselskabet sælger varerne på kredit, vil selskabets aktiver bestå dels af færdigvarer, dels af fakturafordringer. Der skal ikke ske denunciation til fakturaskyldnerne, idet datterselskabet netop som varesælger er fordringernes oprindelige kreditor, hvorfor der ikke er noget kreditorskifte at give meddelelse om. Sammenlignet med factoringdatterselskabet sker der ved etablering af et lager- og salgsdatterselskab udskillelse af en større aktivmasse, som kan anvendes som finansieringsgrundlag, jf. *Godsk Pedersen* i U 1985 B s. 360. En væsentlig ulempe er imidlertid, at datterselskabet som en lagerførende salgsvirksomhed får en flerhed af aktiviteter og dermed også flere potentielle kreditorer, som kreditgiveren vil skulle konkurrere med i tilfælde af økonomisk sammenbrud. En yderligere ulempe er, at der lettere sker en sådan sammenblanding af moderselskabets og datterselskabets aktiviteter, at der indtræder identifikation mellem de to selskaber, jf. nedenfor i afsnit 6.

En anden mulighed er oprettelse af et *salgsdatterselskab*. Teknikken har lighedspunkter med den netop beskrevne, men til forskel fra lager- og salgsdatterselskabsmodellen sker overdragelsen af varerne fra moderselskabet

først, når en kunde *har* meddelt moderselskabet, at han ønsker at foretage et køb. Først på dette tidspunkt sælger moderselskabet den bestilte mængde af varen til datterselskabet, der herefter optræder som sælger i forhold til tredjemand. Det ses umiddelbart, at et sådant salgsdatterselskabs aktiviteter vil være mere begrænsede end et lager- og salgsdatterselskabs. Bl.a. er et salgsdatterselskab ikke selv lagerførende. Modellen synes at udnytte selskabsretten og finansieringsretten til det absolut yderste, men er dog anerkendt i retspraksis i et enkelt tilfælde, jf. således U 1986.697 V, der omtales nærmere nedenfor i afsnit 6.

En tredje mulighed er finansiering ved oprettelse af et *indkøbsdatterselskab*, der har til formål at opkøbe de råvarer, som moderselskabet anvender i sin produktion. Også her får datterselskabet tilført den fornødne likviditet af en ekstern kreditgiver med enekreditorstatus. Datterselskabet indkøber råvarerne og sælger dem kontant til moderselskabet i takt med dettes behov, således at gælden til kreditgiveren nedbringes i samme takt. Ved anvendelse af denne model vil datterselskabets aktivmasse være et råvarelager.

De forskellige »varelagermodeller« kendes i forskellige varianter og kombinationer. Det skal nævnes, at et datterselskab i første række kan fungere som indkøbsselskab, men således at forarbejdningen af varerne forestås af et koncernforbundet produktionsselskab, der efter endt fremstillingsproces overdrager færdigvarerne til datterselskabet, som herefter fungerer som lager- og salgsdatterselskab. En sådan konstruktion forsøgtes i U 1978.880 H – jf. herom nedenfor i afsnit 6 – hvor modellen dog led skibbrud, idet selskabernes forhold ikke var holdt tilstrækkelig adskilt.

De særlige problemer, som knytter sig til de omtalte »varelagermodeller«, vil kun blive omtalt sporadisk i dette kapitel. Det skal dog nævnes, at modellernes styrke er, at de muliggør finansiering på grundlag af et varelager, som jo ikke kan underpantsættes som løsøre, jf. TL § 47 b, stk. 1 (om forbud mod pant i tingsindbegreb), og som af rent praktiske årsager ofte heller ikke kan håndpantsættes på grund af kravet om rådighedsberøvelse. Modellernes svaghed er, at datterselskaberne – om end i forskelligt omfang – vil have flere aktiviteter end ved factoringmodellen. Dette vanskeliggør dels opretholdelsen af den eksterne kreditgivers status som enekreditor, dels den opsplitning i to selvstændige retssubjekter, som er selve grundlaget for finansieringsformen. »Varelagermodellerne« har næppe nogen vid udbredelse i praksis.

Hvis der herhjemme anerkendes et egentligt virksomhedspant med mulighed for pantsætning af varelager og/eller udestående kundefordringer under ét, må det antages, at interessen for finansiering ved koncerndannelse vil falde (yderligere), jf. herved

Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff i U 1995 B s. 297 f. Som det formentlig allerede er fremgået af gennemgangen ovenfor, er der ved finansiering via koncerndannelse tale om noget »kringlede« ordninger. Spørgsmålet er imidlertid, om ikke sådanne ordninger – der konkret vælges, når der opstår et behov for yderligere finansiering – er at foretrække frem for en ordning med virksomhedspant, der (afhængigt af virksomhedernes forhandlingsposition) kan udvikle sig til et »tag selv-bord« for pengeinstitutterne. Der henvises til kapitel 13, afsnit 2, som indeholder nogle mere generelle betragtninger om virksomhedspant.

I det følgende bruges for nemheds skyld betegnelsen »moderselskab« om det kreditsøgende selskab og betegnelsen »datterselskab« om det selskab, som yder moderselskabet kredit. I praksis ses dog eksempler på, at det kreditgivende selskab er f.eks. »søsterselskab« til det kreditsøgende selskab. – Om den eksterne kreditgiver bruges i det følgende betegnelsen »pengeinstituttet«. Finansiering ved koncerndannelse kan imidlertid også opnås gennem factoringselskaber: Enten optræder factoringselskabet som kreditgiver direkte i forhold til et koncerndatterselskab, eller også vælges der den mere radikale fremgangsmåde at oprette et datterselskab med factoringselskabet som moderselskab, således at dette datterselskab tilfører virksomheden kredit ved hjælp af midler, som lånes i factoringselskabet. Den sidste model betegnes undertiden som en *binavnekonstruktion*, idet factoringselskabets datterselskab i praksis vil bære den kreditsøgende virksomheds navn med tilføjelsen »Finans ApS«. Formålet med konstruktionen er navnlig at bringe den direkte kreditgiver – datterselskabet – mere på »afstand« af moderselskabet, således at det i tilfælde af virksomhedssammenbrud lettere kan hævdes, at der er sket dels en konsekvent adskillelse af selskaberne, dels en reel rådighedsberøvelse med hensyn til de aktiver (fordringer), som datterselskabet ejer, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 236.

I overensstemmelse med, hvad der er angivet i kapitel 1, afsnit 3.2 og 4, er fremstillingen også i dette kapitel søgt udarbejdet med blik for, hvordan finansieringsaftalerne er påvirket af retsregler og praktiske forhold på det helt jordnære plan. Følgelig gives der også i dette kapitel en redegørelse for det nærmere aftalegrundlag – jf. herom i afsnit 2 – samt en redegørelse for motiverne for valg af finansiering ved koncerndannelse – jf. afsnit 3. Disse afsnit har til hovedformål at placere de (øvrige) retlige problemer i en praktisk sammenhæng, jf. således afsnit 4 om datterselskabets kreditor- og omsætningsbeskyttelse, afsnit 5 om omstødelse i konkurs samt afsnit 6 om risikoen for identifikation mellem moder- og datterselskab.

I kapitlet fokuseres navnlig *dels* på det såkaldte rådighedsproblem, der er en følge af den tætte forbindelse mellem moderselskab og datterselskab, *dels*

på udsagn i nyere teori, hvorefter hele arrangementet skulle være truet, hvis moderselskabet indestår datterselskabet for fakturaskyldnernes betalinger.

2. Aftalegrundlaget

2.1. Oversigt

Normalt etableres finansiering via selskabsopsplitning på et sammensat kontraktsgrundlag mellem de forskellige parter i arrangementet. I dette afsnit skal kort omtales de vigtigste aftaledokumenter, som forekommer i praksis. *For det første* indgås der mellem moderselskab og datterselskab en factoring-lignende aftale, som også pengeinstituttet kan støtte ret på, jf. nedenfor i afsnit 2.2. *For det andet* indgås der mellem pengeinstitut og datterselskab en kassekreditlignende aftale om vilkårene for långivningen til datterselskabet, jf. nedenfor i afsnit 2.3. *For det tredje* indgås der aftale mellem pengeinstituttet og – typisk – en revisor om kontrol med arrangementets overholdelse, jf. nedenfor i afsnit 2.4. *For det fjerde* indgås der ofte aftale(r) mellem moderselskabet og pengeinstituttet om moderselskabets supplerende sikkerhedsstillelse for datterselskabets gæld, jf. nedenfor i afsnit 2.5.

2.2. Aftale om datterselskabets finansiering af moderselskabet

Et centralt aftaledokument er den finansieringsaftale, der indgås mellem moderselskab og datterselskab. Aftalen er selvsagt bindende mellem de nævnte selskaber, men selskabernes bestyrelser vil i praksis også skulle afgive forpligtende erklæringer over for pengeinstituttet, om at finansieringsaftalen vil blive overholdt. To hovedtyper af vilkår vil stå centralt i finansieringsaftalen: Dels vilkår vedrørende datterselskabet, dels vilkår vedrørende fakturaoverdragelser og pengestrømme.

Finansieringsaftalen vil bl.a. indeholde en beskrivelse af datterselskabet, herunder dets ejerforhold, ledelse, formål og selvstændige momsregistrering og beskatning. På grundlag af denne beskrivelse udarbejdes datterselskabets vedtægter. Typisk skal der være tale om et helejet datteranpartsselskab. Ledelsen forestås af en bestyrelse og/eller en direktion. Tidligere var det almindeligt, at pengeinstituttet havde ret til at udpege et bestyrelsesmedlem, men på grund af risikoen for ledelsesansvar benyttes og udnyttes sådanne klausuler sjældnere i dag. For at modvirke konkurrence fra andre kreditorer i tilfælde af datterselskabets økonomiske sammenbrud, vil det være et krav, at der er tale om et selskab, som ikke tidligere har drevet virksomhed, og at selskabets formål alene er finansiering af moderselskabet.

Det vil ligeledes fremgå af finansieringsaftalen, at datterselskabet ikke må have andre kreditorer end moderselskabet (og andre »nødvendige« kreditorer som navnlig det offentlige). En sådan klausul betegnes undertiden som en negativerklæring, jf. den udførlige redegørelse herom hos *Gorton* i Festskrift til Bernhard Gomard (2001) s. 116 ff. Værdien for modtageren af en sådan erklæring består navnlig i de retsfølger, det vil få for afgiveren at handle i strid med erklæringen. Der kan ifølge låneaftalen være knyttet forfaldsvirkning til overtrædelse af erklæringen. Forfaldsvirkning må ligeledes være udgangspunktet efter almindelige regler om væsentlig misligholdelse, jf. *Gorton* i Festskrift til Bernhard Gomard (2001) s. 135. Ved finansiering via selskabsopsplitning må udgangspunktet være særlig klart, idet datterselskabets optagelse af anden gæld kompromitterer hele finansieringsarrangementet, derved at den til pengeinstituttet »reserverede« aktivmasse angribes. Det samme er så meget desto mere tilfældet, hvis datterselskabet optager kredit med sikkerhed i selskabets aktiver. Over for en *godtroende kreditgiver* til datterselskabet er negativerklæringen som følge af sin »obligatoriske« karakter uden retsvirkning, hvis tredjemand er i god tro om negativerklæringen. En *ondtroende kreditgiver* må derimod efter omstændighederne være erstatningsansvarlig over for erklæringsmodtageren efter regler om erstatning uden for kontrakt. Det er i svensk ret udtalt, at erstatningsansvar må kræve »kvalificerad ond tro« med et klart utilbørligt præg, jf. således *Bylund* i Festskrift til Knut Rodhe (1976) s. 123. Hos *Gorton* i Festskrift til Bernhard Gomard (2001) s. 137 hedder det: »Med gällande svenska ersättninsrättsliga reglar är möjligheten för [erklæringsmodtageren] att få skadestånd utom kontrakt begränsade, men en gradvis förändrad rättsutveckling är inte utesluten.« Et erstatningskrav mod erklæringsgiveren må under alle omstændigheder kræve kvalificeret ond tro, hvorved må betænkes (1) det manglende kontraktsforhold mellem erklæringsmodtageren og den fremmede kreditgiver samt den omstændighed, at det først og fremmest er datterselskabet, som forbryder sig mod erklæringen og (2) tabets karakter af almindelig formueskade. Tabet må *i givet fald* opgøres som det beløb, kreditgiveren går glip af ved i tilfælde af erklæringsgivers økonomiske sammenbrud at måtte konkurrere med den ondtroende kreditor. Erklæringsmodtageren må *over for datterselskabet og moderselskabet* (hvis dette har tiltrådt negativerklæringen) kunne forlange, at den kredit, der er ydet i strid med erklæringen, bliver indfriet. Navnlig hvis selskaberne står på svage økonomiske fødder, vil dette dog af indlysende grunde være en klar ulempe for erklæringsmodtageren, idet der herved føres midler bort fra koncernen.

Finansieringsaftalens vilkår om fakturaoverdragelser og pengestrømme vil være meget lig en factoringaftales, jf. herom nærmere ovenfor i kapitel 4,

afsnit 3.4.5. Eksempelvis vil der være taget stilling til, hvilke fakturaer der kan indgå i finansieringsgrundlaget, d.v.s. danne grundlag for overførsel af midler fra datterselskab til moderselskab. Som ved almindelig factoring vil der ikke kunne ydes kredit på grundlag af fakturaer, som vedrører varer, der endnu ikke er leveret. Typiske fakturafordringer, som ikke kan indgå i finansieringsgrundlaget, er (1) fordringer mod usolide debitorer, (2) fordringer, mod hvilke der er fremsat indsigelser, (3) fordringer, som overstiger nærmere aftalte grænser – enten for finansieringen i det hele taget eller for finansiering på grundlag af fordringer mod enkeltdebitorer, (4) fordringer mod nærstående, herunder koncernforbundne virksomheder, (5) fordringer, som i øvrigt på grund af usikkerhed om deres værdi er holdt uden for finansieringsgrundlaget, f.eks. fordringer på udenlandske debitorer, fordringer med lang kredittid (f.eks. over 90 dage), fordringer vedrørende bestemte varegrupper og fordringer, som ikke vedrører køb og salg, men f.eks. leasing. Som eksempel på det sidstnævnte kan nævnes U 1997.697 H, hvor der aftalestridigt blev inddraget fakturaer vedrørende leasing – og med en løbetid på op til 5 år! Dommen er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 2.4.

Finansieringsaftalen vil i praksis indeholde en bestemmelse om »overforfaldne debitortilgodehavender« eller såkaldte »finansieringstolerancedage«. Aftalen vil således angive det antal dage, hvori en faktura kan indgå i finansieringsgrundlaget, selv om debitor har misligholdt. Ved fastsættelsen af fristen må der tages højde for, at selv gode debitorer undertiden betaler for sent. Dette taler for, at der i hvert fald gives en vis kortere frist.

Pligten til at overdrage fakturafordringer til datterselskabet kan også omfatte fordringer, som ikke udløser finansiering. I så fald har datterselskabet ret til at gøre disse fordringer gældende mod skyldnerne, men fordringerne udløser ingen finansiering til moderselskabet.

Ud over en beskrivelse af finansieringsgrundlaget vil der skulle tages stilling til, om overdragelserne til datterselskabet har karakter af overdragelse til sikkerhed eller overdragelse til eje. Om retsvirkningerne af de to overdragelsesformer i almindelighed henvises til kapitel 4, afsnit 3.4.1 *in fine*. Om de særlige konsekvenser ved finansiering ved koncerndannelse skal her foreløbig nævnes, at *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 238 ff. har givet udtryk for betænkeligheder ved at lade moderselskabet bære debitorrisikoen – hvilket sker ved overdragelse til sikkerhed – idet dette ifølge de nævnte forfattere er et indicium for, at selskabsopsplitningen ikke er konsekvent gennemført. Om dette problem henvises til fremstillingen nedenfor i afsnit 6, hvor det konkluderes at dette moment – debitorrisikoens placering – i *nogle* tilfælde kan blive afgørende.

En fordel ved overdragelse til sikkerhed er, at moderselskabet bevarer momsfradraget i tilfælde af en fakturaskyldners betalingsevne, jf. tilsvarende om factoring ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.4.7.1. Det forekommer jævnligt, at overdragelsen er formuleret som »køb« eller »overdragelse til eje«, men således at datterselskabet har regres mod moderselskabet i tilfælde af, at en skyldner ikke betaler, jf. *Godsk Pedersen* i U 1985 B s. 360. I så fald er der reelt tale om overdragelse til sikkerhed – og også i sådanne tilfælde bevares moderselskabets ret til momsfradrag på uerholdelige fakturaer.

I finansieringsaftalen vil være angivet de kreditlofter, som skal gælde. De kreditlofter, som er aftalt for datterselskabets kreditgivning til moderselskabet, virker efter samme principper som ved factoring. Således vil der for det første være fastsat et absolut kreditloft angivet som et bestemt beløb. Herudover vil der være fastsat mindst ét kreditloft, der er relativt i den forstand, at beløbsgrænsen afhænger af fakturamassen (eller af indeståendet på en eventuel sikringskonto, jf. herom ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.4.5.2). Eksempelvis kan det være aftalt, at datterselskabets kredit til moderselskabet ikke må overstige 80% af de fakturaer, der indgår i finansieringsgrundlaget. Grænserne for pengeinstituttets kreditgivning til moderselskabet vil normalt svare til grænserne for datterselskabets finansiering af moderselskabet. Efter omstændighederne kan der være mulighed for en *højere* finansieringsgrad i forholdet mellem datterselskab og moderselskab end i forholdet mellem pengeinstitut og datterselskab. Mulighed herfor kan bl.a. foreligge, hvis datterselskabet – ud over den fra pengeinstituttet tilførte likviditet – stiller et oparbejdet overskud til rådighed for moderselskabet. En sådan fremgangsmåde kan dog rejse tvivl om selskabsopsplitningens realitet, hvis det herved reelt udelukkes, at datterselskabet kan drives som en selvstændig erhvervsvirksomhed (d.v.s. oparbejde overskud og etablere reservedannelse). Der kan selvsagt aftales en *lavere* finansieringsgrad i forholdet mellem datterselskab og moderselskab end i forholdet mellem pengeinstitut og datterselskab. Også dette kan dog skabe vanskeligheder for pengeinstituttet. Således skal datterselskabet i forhold til moderselskabet (og moderselskabets konkursbo) have ret til at beholde indkomne fakturabeløb i et omfang, som muliggør dækning af pengeinstituttets krav.

Hvis datterselskabet har fået fordringerne overdraget til eje, kan de indkomne fakturabeløb selvsagt beholdes fuldt ud. Hvis datterselskabet har fået fordringerne overdraget til sikkerhed, kan de indkomne fakturabeløb imidlertid kun beholdes i det omfang, som er nødvendigt til dækning af *datterselskabets* krav. Er der således sket overdragelse til sikkerhed, og er der aftalt en finansieringsgrad på 80 i forholdet mellem datterselskab og moderselskab og

en finansieringsgrad på 90 i forholdet mellem pengeinstitut og datterselskab, vil der begribeligvis let opstå en situation, hvor der ikke er tilstrækkelige midler i datterselskabet til dækning af pengeinstituttets fulde tilgodehavende. Går datterselskabet eksempelvis konkurs på et tidspunkt, *hvor* den erholdne fakturamasse er på 1.000.000 kr., *hvor* datterselskabets sikrede kredit til moderselskabet er på 800.000 kr., *og hvor* pengeinstituttets kredit til datterselskabet er på 900.000 kr., er der ydet datterselskabet overfinansiering. Pengeinstituttet får umiddelbart ingen glæde af den tilsyneladende rigelige fakturamasse, idet datterselskabet kun har ret til 800.000 kr. af den samlede sikkerhed, og idet dette beløb jo er mindre end de 900.000 kr., pengeinstituttet har ydet i kredit. Differencen på 100.000 kr. tilkommer moderselskabet og vil i givet fald indgå i dette selskabs konkursbo. Netop for at undgå sådanne situationer ses der jævnligt aftalevilkår, hvorefter moderselskabet giver pengeinstituttet sekundært pant i fakturafordringerne til sikkerhed for pengeinstituttets krav mod moderselskabet. Efter omstændighederne kan moderselskabets krav på udlevering af den overskydende sikkerhed fra datterselskabet være omfattet af den tilbagetrædelseserklæring, som moderselskabet har afgivet til pengeinstituttet, og i så fald er aftaler om sekundært pant overflødige. Når sådanne aftaler alligevel indgås i vidt omfang, skyldes det, at tilbagetrædelseserklæringer typisk har sigte på gæld, som moderselskabet har til gode i datterselskabet, men ikke på krav på udlevering af overskydende sikkerhed. En tilbagetrædelseserklæring kan dog være formuleret således, at den også omfatter de sidstnævnte krav, i hvilket tilfælde allerede tilbagetrædelseserklæringen fører til, at oversikkerheden kommer pengeinstituttet til gode.

Finansiering ved koncerndannelse er en finansieringsform, der om nogen bygger på pengeinstituttets tillid til låntagervirksomheden. Som det allerede er fremgået, beror pengeinstituttets fyldestgørelsesmuligheder helt og holdent på, at fakturaoverdragelserne mellem selskaberne sker i overensstemmelse med de vilkår, som er aftalt med pengeinstituttet. Risikoen for mislige transaktioner er selvsagt større i et koncernmiljø end i forhold til en uafhængig tredjemand, jf. som et eksempel på overtrædelse af en finansieringsaftale U 1997.697 H. Hertil kommer, at økonomiske vanskeligheder i koncernen på den ene side accentuerer pengeinstituttets interesse i finansieringsaftalens overholdelse, men på den anden side *kan* lede til mindre agtpågivenhed fra selskabernes side: Rod med bogføringen i kriseramte virksomheder er ikke just noget ukendt fænomen. – »Tillid er godt, men kontrol er bedre« er et udsagn, som ofte høres. Ved finansiering via koncerndannelse bør pengeinstituttet *både* have en udstrakt tillid til den kreditsøgende virksomhed *og* føre kontrol med finansieringsaftalens overholdelse. I praksis føres der kontrol på

såvel det interne som det eksterne plan. Den interne kontrol foretages af selskaberne selv og kan f.eks. bestå i en udveksling af opgørelser og bogføringsdata. Den eksterne kontrol forestås normalt af en revisor på pengeinstituttets vegne, jf. herom nedenfor i afsnit 2.4.

2.3. Aftale om pengeinstituttets finansiering af datterselskabet

Ved finansiering ved koncerndannelse tilføres likviditeten på grundlag af en låneaftale mellem et pengeinstitut (eller et factoringselskab) og datterselskabet. Også for denne kredit vil der gælde dels en absolut beløbsgrænse for kreditgivningen, dels en grænse, som afhænger af fakturamængden i datterselskabet (f.eks. 80% af de fakturaer, som indgår i finansieringsgrundlaget). Den nærmere størrelsesmæssige sammenhæng mellem pengeinstituttets kredit til datterselskabet og datterselskabets finansiering af moderselskabet kan eventuelt fremgå af låneaftalen, men vil dog oftest være reguleret i finansieringsaftalen, jf. herom ovenfor i afsnit 2.2.

Låneaftalen vil i praksis fungere som en kassekredit, som datterselskabet kan trække på i takt med erhvervelsen af fakturaer. Kreditten betegnes undertiden som en »(faktura)belåningskredit«, selv om der ikke som ved factoring eller fakturabelåning er tale om, at pengeinstituttet har sikkerhed i fordringerne. Den nærmere fremgangsmåde ved pengeinstituttets ydelse af kredit vil i reglen være aftalt ganske nøje. Eksempelvis udløses finansiering på grundlag af en belånings- eller overførselsanmodning fra datterselskab til pengeinstitut. Anmodningen skal normalt angive, hvilke fakturaer/fakturabeløb der er overdraget til datterselskabet, og hvor stor en del heraf der kan danne grundlag for finansiering. Datterselskabet anmoder på baggrund af de givne oplysninger pengeinstituttet om at overføre et nærmere angivet beløb fra datterselskabets kassekredit til moderselskabets konto i pengeinstituttet.

2.4. Aftale med revisor

Som nævnt vil pengeinstituttet i praksis forlange, at der føres en ekstern revisorkontrol med selskabernes overholdelse af finansieringsvilkårene. Med den pågældende revisor indgås aftale om kontrollens nærmere omfang samt om pligt til at foretage rapportering til pengeinstituttet. Kontrollen skal bl.a. sikre, *at* bogholderi og bankkonti holdes adskilt, *at* fakturaer denuntieres korrekt, *at* samtlige de af finansieringsaftalen omfattede fakturaer rent faktisk overdrages til datterselskabet, *at* der ikke i finansieringsgrundlaget indgår fakturakrav mod usolide debitorer m.v., *at* datterselskabet ikke har andre kreditorer end de aftalte, *at* datterselskabet ikke driver anden virksomhed end finansieringsvirksomhed for moderselskabet, *og at* kreditlofter og belånings-

procenter ikke overskrides. Revisor skal periodisk – f.eks. månedligt – afgive erklæring om, at selskaberne opfylder deres forpligtelser på de nævnte punkter. I tilfælde af aftalebrud skal der som udgangspunkt straks ske indrapportering til pengeinstituttet. Revisor kan kun lovligt foretage indberetninger til pengeinstituttet, hvis revisors tavshedspligt ophæves i forhold, som vedrører de involverede selskaber (der altså skal samtykke heri).

Revisor vil i praksis ofte være moder- og datterselskabets koncernrevisor. Der er naturligvis intet til hinder herfor, men det bør erindres, at det ved navnlig lager- og salgsdatterselskabet kan kræve særlige forudsætninger at vurdere værdien af varelageret, der ofte vil skulle afhændes som ukurant i tilfælde af virksomhedssammenbrud, jf. herved *Munksgaard m.fl.* i INSPI nr. 2/1997 s. 29.

Revisor bærer et professionsansvar for opfyldelsen af den påtagne pligt til at føre kontrol og afgive indberetninger. Som eksempel på et tilfælde, hvor revisor culpøst havde tilsidesat sine forpligtelser, kan henvises til U 1997.697 H: Et pengeinstitut bevilgede et factoringanpartsselskab en kassekredit på 1 million kr., og det blev i den forbindelse bl.a. aftalt, at anpartsselskabets revisor hver måned skulle kontrollere og afgive erklæring om, at factoringaftalen – der gik ud på køb af fakturafordringer – var overholdt. Revisoren burde allerede ved afgivelsen af den første erklæring den 19. januar 1988 – og ikke som sket først den 21. april 1988 – have gjort pengeinstituttet opmærksom på, at factoringanpartsselskabets beholdning af fakturaer pr. 31. december 1987 omfattede tre fakturaer på i alt ca. 900.000 kr., herunder en faktura på ca. 240.000 kr. vedrørende renter, udstedt i forbindelse med en leasingaftale, hvilket var i strid med factoringaftalen. Højesteret lagde til grund, *at* pengeinstituttet, hvis det havde modtaget disse oplysninger, ville have lukket kreditten eller i hvert fald ville have afvist yderligere træk på denne, indtil forholdet var berigtiget, *og at* det tab, pengeinstituttet havde lidt ved yderligere kreditgivning i tiden herefter, i så fald ville være undgået. – Pengeinstituttet opgjorde sit tab til ca. 540.000 kr., svarende til summen af syv *fiktive* fakturaer, som var blevet udstedt i perioden fra den 27. januar til den 8. februar, d.v.s. efter at revisor burde have givet underretning om de ukontraktsmæssige fakturaer vedrørende leasingaftalerne. Revisoren fandtes erstatningsansvarlig for det nævnte beløb, selv om det ikke kunne bebrejdes ham, at han ikke havde opdaget og indrapporteret de fiktive fakturaer. – De af revisoren anførte adækvansbetragtninger – som havde medført frifindelse for landsretten – kunne ikke føre til andet resultat.

Det har antagelig været afgørende for domfældelsen af revisor, at tabet blev lidt i anledning af en skadegørende handling af *den type*, som revisorkontrol-

len skulle modvirke. Forholdet kan udtrykkes således, at kravet om adækvans i kontrakt indebærer, at skaden i kontrakt skal have »ligget i løftets retning«, jf. således *Torsten Iversen:* Erstatningsberegning i kontraktsforhold (2000) s. 92. Det var netop tilfældet i den omtalte sag. Det var således ikke nogen betingelse for opfyldelse af adækvansbetingelsen i dommen, at tabet blev lidt på netop *de* fakturaer, som revisoren burde have indrapporteret til pengeinstituttet. Revisorkontrollens formål havde bl.a. til formål at vise, om pengeinstituttet fortsat generelt kunne have tillid til ledelsen i koncernselskaberne: I sagen forelå som nævnt to typer af groft tillidsbrud, nemlig dels køb af ukontraktsmæssige fakturaer, dels køb af fiktive fakturaer. Den udviste forsømmelse vedrørte de ukontraktsmæssige fakturaer, mens tabet blev lidt som følge af de fiktive fakturaer. Finansieringen på grundlag af de førstnævnte køb viste imidlertid klart, at der ikke længere kunne fæstes lid til ledelsen, og herom burde pengeinstituttet have været advaret, således at finansieringen på grundlag af de sidstnævnte køb kunne have været undgået.

2.5. Aftale med moderselskabet om supplerende sikkerheder

Pengeinstituttet vil ofte kræve, at moderselskabet stiller visse supplerende sikkerheder. Vilkår herom kan findes i de allerede omtalte finansieringsaftaler, jf. ovenfor i afsnit 2.2 og 2.3, men kan også være aftalt særskilt.

Som allerede nævnt kan pengeinstituttet betinge sig sekundær transport i fakturafordringerne. De enkelte fakturaskyldnere behøver ikke at få GBL § 31-meddelelse herom. Det er således tilstrækkelig sikringsakt, at den primære panthaver – datterselskabet – underrettes om overdragelsen, jf. U 1979.357 H.

Et andet muligt sikringsobjekt er anparterne i datterselskabet. Sikringsakten er meddelelse til datterselskabet, jf. APL § 18, stk. 1. Er datterselskabet – i praksis undtagelsesvis – et aktieselskab, kan der tilsvarende gives pant i aktierne. Er der udstedt negotiable aktiebreve, er sikringsakten rådighedsberøvelse. Ved papirløse aktier (der ikke er registreret i en værdipapircentral) og ikke-negotiable aktiebreve er sikringsakten meddelelse til selskabet. – Ofte er pengeinstituttets interesse i datterselskabsandelene ikke primært økonomisk, men udslag af et ønske om at kunne kontrollere ledelsen og blokere for vedtægtsændringer. Den deklaratoriske panteretlige regel er imidlertid, at stemmeretten på pantsatte anparter og aktier udøves af pantsætter. En panthaver, som vil sikre sig kontrol med datterselskabet, må følgelig sørge for, at pantsætningsaftalen indeholder et særskilt vilkår om, at også stemmeretten er overdraget.

Det er allerede nævnt, at pengeinstituttet vil kræve, at moderselskabet afgiver en tilbagetrædelseserklæring vedrørende sine krav mod datterselska-

bet. Sikringsakten er atter denunciation til datterselskabet, der er fordringens debitor, jf. GBL § 31. Viden om tilbagetrædelseserklæringen hos relevante personer i datterselskabet kan antagelig ikke erstatte denunciation, jf. herved U 2001.380 H. Formålet med erklæringen er i første række at undgå konkurrence med moderselskabets krav i tilfælde af datterselskabets økonomiske sammenbrud. Tilbagetrædelseserklæringen er dog samtidig en sikkerhedsret for pengeinstituttet. Således er erklæringens virkning i tilfælde af datterselskabet konkurs, at den dividende, der falder på moderselskabets fordring(er), udbetales til fyldestgørelse af pengeinstituttet, jf. om tilbagetrædelseserklæringer nedenfor i kapitel 11.

Jævnligt vil der blive stillet krav om, at moderselskabet kautionerer for datterselskabets gæld til pengeinstituttet. Hvis datterselskabet har ydet moderselskabet overfinansiering, eller hvis fakturakrav i større omfang har vist sig uerholdelige eller er mødt med indsigelser, har pengeinstituttet den sikkerhed, der ligger i at kunne kræve moderselskabet. Betalinger (afdrag) fra moderselskabet reducerer ikke pengeinstituttets anmeldelsesret i datterselskabets konkursbo, jf. KL § 47, stk. 1, nr. 1. – Afslutningsvis skal nævnes, at der i litteraturen er rådet til tilbageholdenhed med generelt at lade moderselskabet indestå (kautionere) over for datterselskabet for de overdragne fordringers bonitet, d.v.s. for fakturaskyldnernes betalingsevne, jf. således *Lennart Lynge Andersen* og *Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 240. Ifølge de nævnte forfattere er en blancoindeståelse vedrørende alle overdragne fordringer et indicium for, at adskillelsen ikke er konsekvent gennemført. Spørgsmålet tangeres nedenfor i afsnit 6, hvor betydningen af moderselskabets overtagelse af kreditrisikoen over for datterselskabet er behandlet nærmere.

3. Kort om nogle fordele og ulemper ved finansieringsformen

Umiddelbart indebærer den behandlede finansieringsform en række fordele. Hvad angår factoringdatterselskaber samt lager- og salgsdatterselskaber, opnås den fordel, at kredittens størrelse har sammenhæng med mængden af udestående fordringer. Derved bliver der tale om øget likviditetstilførsel i de perioder, hvor mængden af udestående fordringer er størst, d.v.s. på det tidspunkt, hvor likviditetspresset mod virksomheden alt andet lige er mest føleligt. – Som en anden fordel kan nævnes, at koncerndannelse giver mulighed for at anvende den kreditsøgende virksomheds varelager som finansieringsgrundlag. Ud over det ikke særligt praktiske håndpant giver retsordenen ikke nogen generel mulighed for en sådan anvendelse.

Sammenlignes finansieringsformen med factoring, ses det, at man ved finansiering ved koncerndannelse undgår den dobbeltadministration – med heraf følgende omkostningsforøgelse – som *kan* forekomme ved factoring. Dette giver efter omstændighederne en besparelse, navnlig når der er tale om mange små kundefordringer, som det kan være uforholdsmæssigt dyrt at få administreret eksternt. Som et eksempel på, at netop fakturastørrelsen – og dermed administrationsomkostningerne – blev afgørende for valget mellem sædvanlig factoring og finansiering ved koncerndannelse, kan nævnes U 1986.697 V, der omtales nærmere nedenfor i afsnit 6.

Som nævnt ovenfor i kapitel 4, afsnit 2, antages det undertiden, at factoring som følge af fakturaoverdragelserne udsender et signal om, at overdrager har en anstrengt økonomi. Den risiko løbes næppe ved finansiering via selskabsopsplitning, der snarere signalerer vækst i organisationen.

Sammenlignet med factoring indebærer finansiering ved koncerndannelse, at den hidtidige hovedkreditgiver – typisk et pengeinstitut – kan bevares: Sædvanlig factoring kræver en organisation, der er indrettet til debitoradministration, hvilket en pengeinstitutfilial ikke er. Som nævnt kan et pengeinstitut derimod udmærket fungere som ekstern kreditgiver, når factoringordningen administreres koncerninternt.

Endelig skal til sammenligning med factoring nævnes, at finansiering ved koncerndannelse ikke berører den direkte kundekontakt: Fakturaer opkræves og inddrives af datterselskabet, ligesom henstand m.v. kan forhandles med dette selskab.

Til trods for de opregnede fordele har finansiering ved koncerndannelse antagelig været på retur i de senere år. Problemer med i praksis at fastholde den nødvendige strenge adskillelse mellem selskaberne har været en medvirkende årsag. I forlængelse heraf kan nævnes, at den i afsnit 2.4 omtalte revisorkontrol, som skal sikre både den nævnte adskillelse og finansieringsaftalernes overholdelse, er omkostningskrævende. Også startomkostningerne er høje, idet der navnlig kræves stiftelse af et datteranpartsselskab med en anpartskapital på minimum 125.000 kr.

Kreditgiverens retlige problemer kan inddeles i tre hovedtyper: For det første kan nævnes, at kreditgiverens sikkerhed afhænger af, at datterselskabets ret til de overdragne aktiver er beskyttet over for moderselskabets kreditorer, jf. herom nedenfor i afsnit 4. For det andet er kreditgiverens sikkerhed afhængig af, at ingen dispositioner til fordel for datterselskabet eller kreditgiveren kan rammes af reglerne om omstødelse i konkurs, jf. herom nedenfor afsnit 5. For det tredje er det som nævnt flere gange en forudsætning for hele arrangementets holdbarhed, at de medvirkende selskaber er selvstændige retssub-

jekter, d.v.s. at de ikke i en eller flere henseender identificeres med hinanden, jf. herom nedenfor i afsnit 6.

4. Datterselskabets kreditor- og omsætningsbeskyttelse

4.1. Betydning for selskabsopsplitningen

Det følger af det foregående, at formålet med selskabsopsplitningen ikke opnås, medmindre datterselskabet med hensyn til de erhvervede aktiver er beskyttet mod moderselskabets retsforfølgende kreditorer. Har datterselskabet ikke opnået tinglig beskyttelse, risikerer pengeinstituttet, at datterselskabet ikke kan håndhæve sin ret over en tilstrækkelig mængde aktiver til fyldestgørelse af pengeinstituttets tilgodehavende. For at være beskyttet over for moderselskabets kreditorer skal datterselskabet dels kunne påvise (identificere) de overdragne fordringer og genstande, jf. nedenfor i afsnit 4.2, dels have foretaget den relevante sikringsakt, jf. nedenfor i afsnit 4.3.

4.2. Det overdragnes identitet

Ved sikkerhedsoverdragelse af fordringer volder det sjældent vanskeligheder for datterselskabet at føre det fornødne bevis for, hvad pantsætningsaftalen omfatter. De overdragne – nummererede – fakturaer vil fremgå af særlige lister samt af bogholderiet og vil i øvrigt være denuntieret over for skyldnerne ved stempel på de udsendte fakturaer – et stempel, som også til intern brug vil findes på fakturakopien. Det undgås således forholdsvis let, at de overdragne fakturafordringer ikke kan påvises i moderselskabets fakturamasse og derfor kan gøres til genstand for retsforfølgning af moderselskabets retsforfølgende kreditorer.

De praktiske vanskeligheder er større ved lager- og salgsdatterselskaber, hvor datterselskabet løbende køber moderselskabets produktion af færdigvarer. Ved specieskøb er datterselskabet beskyttet mod moderselskabets kreditorer fra købeaftalens indgåelse. Ved genuskøb udtrykkes forholdet ofte således, at der skal være foretaget en bindende individualisering af det købte, for at køber kan håndhæve sin ejendomsret over for sælgers retsforfølgende kreditorer. En bindende individualisering er kendetegnet ved ikke ensidigt at kunne omgøres af sælger. I de tilfælde, som behandles her, vil individualiseringen navnlig være bindende, hvis den er baseret på moderselskabets løfte(r) til datterselskabet, jf. om bindende individualisering *Carstensen:* Ting og Sager 1 (1982) s. 85 ff. Da datterselskabet bør råde over særskilte lagerlokaler – der eventuelt kan være lejet af moderselskabet – er det sikreste natur-

ligvis, at de købte færdigvarer anbringes for sig selv i disse lokaler. Er der tale om køb af varer, som kan identificeres ved eksempelvis stel-, batch- eller andet produkt- eller løbenummer, kan der indgås aftale om de enkelte varer, uden at nogen fysisk udskillelse er nødvendig ifølge de tingsretlige regler. Når det alligevel i disse tilfælde må anbefales, at der sker en fysisk udskillelse til datterselskabets lokaler, skyldes det, at datterselskabet vanskeligt kan siges at være en selvstændig, lagerførende virksomhed, hvis det ikke står aldeles klart, hvilke lagerlokaler selskabet råder over, og hvor meget selskabet betaler i leje herfor. Som anført af *Godsk Pedersen* i U 1985 B s. 360 giver det arrangementet en vis fasthed, hvis varerne straks efter produktionen bringes uden for moderselskabets rådighed og område.

4.3. Sikringsaktsproblemer

Ved overdragelse mellem koncernforbundne selskabet afhænger det som i andre forhold af det overdragne aktivs art, hvilken sikringsakt – om nogen – der kræves til beskyttelse mod overdragerens retsforfølgende kreditorer.

Ved overdragelse af fordringer til eje eller sikkerhed er sikringsakten denunciation til skyldneren, jf. GBL § 31, stk. 1 og 2. Om de nærmere krav til meddelelsens indhold og form kan i det hele henvises til kapitel 2, afsnit 2. Det skal dog bemærkes, at *Nis Jul Clausen* i U 1992 B s. 359 har argumenteret for, at der på baggrund af bl.a. U 1992.501 V må gælde skærpede krav til professionelle kreditgivere, herunder ved finansiering ved koncerndannelse, hvor hele ordningen er etableret, som følge af at det kreditgivende pengeinstitut har forlangt sikkerhed for den ydede kredit. *Torsten Iversen og Lars H. Kristensen* har i U 1992 B s. 477 ff. modsat anført, at der ikke gælder særlige krav til de af datterselskabet afgivne meddelelser, blot fordi de er udformet af en professionel kreditgiver. Derimod kan andre forhold – f.eks. risikoen for forveksling af moderselskabets og datterselskabets navne – bevirke, at der gælder skærpede til meddelelsens klarhed og tydelighed. – Ifølge *Kiilerich-Hansen* i U 1982 B s. 429 bør denunciationen ved finansiering ved koncerndannelse angive, om overdragelsen sker til eje eller til sikkerhed. En sådan angivelse turde her som i andre forhold være unødvendig, og GBL § 31 stiller da heller ikke noget krav herom.

I forbindelse med et moderselskabs pantsætning af simple fordringer til sit helejede datterselskab kan der spørges, om der ved GBL § 31-meddelelsen opnås den rådighedsbegrænsning, som er meddelelsens hovedformål. Selv om factoringdatterselskabet har oppebørselsretten, kan der være et sådant personsammenfald med hensyn til moderselskabets ledelse og medarbejdere, at moderselskabet principielt har adgang til datterselskabets midler – en adgang,

som ikke ville bestå, hvis overdragelsen var sket til en uafhængig tredjemand. Det kan endvidere hævdes, at der på grund af interessesammenfaldet mellem moder- og datterselskab består en særlig risiko for transaktioner, som forringer stillingen for kreditorerne i moderselskabet.

Det er et almindeligt princip, at en fri oppebørselsret for pantsætteren er uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for erhververen. Det er dette princip, der sættes på prøve ved etablering af factoringdatterselskaber.

I praksis foretages der typisk en ganske vidtgående adskillelse af moderselskab og datterselskab, både med hensyn til særskilte bankkonti, CVR-numre og medarbejdere og i henseende til særskilt bestyrelse, direktion, bogføring, administration, beskatning o.s.v. Som anført af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 236 kræver de selskabsretlige regler ikke en så vidtgående adskillelse, men en sådan ønskes »ud fra en fornemmelse af, at grundlæggende principper om rådighedsberøvelse så vidt muligt alligevel skal iagttages, såfremt den selskabsretlige konstruktion også finansieringsretligt skal respekteres i tilfælde af moderselskabets sammenbrud. Dette gælder med særlig styrke for så vidt angår de typer af formuegoder, for hvilke pantsætningsformerne er karakteriseret ved rådighedsberøvelse, dvs. ved pant i udestående fordringer, håndpant i varelager m.v.«.

Problemet er rammende udtrykt af *Erik Werlauff* i R&R 1992, nr. 6, s. 56: Hvor mange af adskillelsesforanstaltningerne kan man give køb på, før den tilsigtede, i forvejen sporadiske rådighedsberøvelse definitivt er bortfaldet? – Der kan ikke gives noget sikkert svar på spørgsmålet, men der kan peges på nogle adskillelsesforanstaltninger, som er vigtigere end andre. Netop fordi spørgsmålet er, hvem der kan råde over beløb, som betales til datterselskabet, kommer adskillelsen af selskabernes midler – både med hensyn til opbevaring og håndtering – til at stå i fokus. Det må således være et minimumskrav, at selskaberne i det hele har strengt adskilte økonomier, herunder med hensyn til bankkonti og eventuel kassefunktion. Adskillelsen bør selvfølgelig kunne dokumenteres overbevisende gennem regnskaber og særskilt bogføring for selskaberne. Ved håndteringen af midler skal det endvidere stå klart, hvilke beløb der er underlagt datterselskabets eksklusive rådighedssfære, d.v.s. på hvilket selskabs vegne der disponeres.

Til illustration kan henvises til U 1971.616 H om det lignende – men *ikke* identiske problem – ved negotiable dokumenter. Den omfattende sag angik bl.a. følgende problem: Et holdingselskab ejede 51% af aktiekapitalen i et datterselskab. Der var et betydeligt sammenfald mellem bestyrelsesmedlemmerne i de to selskaber. Datterselskabet udstedte et ejerpantebrev med henblik på håndpantsætning til holdingselskabet.

En advokat (A) udfærdigede pantebrevet og anmeldte det til tinglysning. A var både formand for datterselskabets bestyrelse og bestyrelsesmedlem i holdingselskabet. Efter endt tinglysningsekspedition sendte A pantebrevet til B, der var bestyrelsesformand i holdingselskabet og bestyrelsesmedlem i datterselskabet. Det antoges, at udfærdigelsen af pantebrevet og tinglysningsekspeditionen *klart* var sket på holdingselskabets (panthaverens) vegne. Dette viste sig bl.a. ved den indbyrdes aftale mellem A og B, og ved at A straks efter den endelige tinglysningsekspedition havde sendt pantebrevet til B. – Da A som nævnt havde besiddet ejerpantebrevet på panthaverens vegne, var rådighedsberøvelse ikke først foretaget ved oversendelsen til B (hvilket i givet fald ville have medført, at pantsætningen var omstødelig). – Ved U 1982.1167 V nåede Vestre Landsret til det modsatte resultat i et tilfælde, hvor besidderen af et ejerpantebrev frit kunne handle på pantsætters vegne, og hvor pantsætter ikke var underrettet om forløbet af pantsætningen. – Dommene er bl.a. omtalt af *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1986) s. 128 ff. og af samme forfatter i RevisionsOrientering, F 17 s. 9.

Dommen refereret i U 1971.616 H synes at vise, at personsammenfald i de to selskaber som udgangspunkt er uden betydning for spørgsmålet om kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Hos *Nis Jul Clausen* i RevisionsOrientering F 17 s. 9 hedder det træffende, at »de personer, der indtager en dobbeltstilling, [må] være *klart instrueret om, på hvilket selskabs vegne de enkelte opgaver udføres*, ligesom den faktiske handlemåde skal vise, at man *i praksis har fulgt de givne instrukser om at holde selskabernes forhold adskilte*«. Dette er f.eks. relevant for moderselskabets bogholder, hvis den pågældende tillige har deltidsarbejde i datterselskabet.

Et særligt spørgsmål er, om der i tilknytning til de netop angivne adskillelsesforanstaltninger gælder et krav om, at pengeinstituttet løbende kontrollerer, at selskaberne overholder vilkårene for finansieringen. Baggrunden for et sådant krav skulle i givet fald være, at rådighedsberøvelsen ved koncerninterne overdragelser ikke kan blive lige så effektiv som ved en overdragelse til en uafhængig tredjemand. Kontrol som »kompensation« for en (lidt) mangelfuld rådighedsberøvelse kendes i andre sammenhænge, jf. om håndpant *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 301 og *Lars Hedegaard Kristensen* i Festskrift til Juridisk Klub (1998) s. 75 f. Kontrolaspektet kendes også ved pant i simple fordringer, hvor det antages, at panthaver kan give pantsætter en oppebørselsfuldmagt, hvis pantsætter løbende og umiddelbart afregner de modtagne beløb, og panthaver fører *kontrol* hermed, jf. U 1956.444 H og nærmere om problemet ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.2.

Om kontrolaspektet ved finansiering ved koncerndannelse hedder det hos *Nis Jul Clausen* i RevisionsOrientering F 17 s. 11: »Omfanget af denne kontrol må afhænge

af den konkrete situation. Men normalt må det kontrolleres: *at* alle aktiver omfattet af ordningen rent faktisk bliver overdraget fra moderselskabet til datterselskabet: *at* sikringsakterne iagttages: *at* den faktisk ydede kredit har den i kreditaftalen fastsatte sammenhæng med værdien af de overdragne aktiver, herunder sikre at der sker en regulering af kreditten, såfremt fordringerne ikke indgår: samt *at* fejlbetalinger og andre fejl søges rettet og undgået i fremtiden«. Se også *Godsk Pedersen* i U 1985 B s. 359: »I lighed med hvad der antages for konsignation, er det nærliggende at antage, at kontrolforanstaltninger tillige er nødvendige for, at opdelingen er juridisk holdbar«. Se endvidere *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 197, der anfører, at kontrol »muligvis kan have en finansieringsretlig betydning«. *Berning*: Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 197 er generelt tilbageholdende med at tillægge kontrolforanstaltninger betydning: »Om panthaver, der er efterladende i denne henseende, tager en risiko for, at pantet smuldrer væk mellem hans fingre, må være hans egen sag.«

For en praktisk betragtning er det vanskeligt at forestille sig, at en kreditgiver vil indlade sig på at yde finansiering ved koncerndannelse, uden at der er etableret ganske vidtgående kontrolforanstaltninger. Det er da også beskrevet ovenfor i afsnit 2.4, hvorledes der typisk indgås aftale med en revisor om kontrol med finansieringsaftalernes overholdelse. Der kan imidlertid næppe gives noget sikkert svar på, om – eller i hvilket omfang – en sådan kontrol er en *retlig* betingelse for datterselskabets kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 236 hedder det, at »eftersom rådighedsberøvelsen kun er sporadisk og kun påses periodevis på kreditors vegne, [fremkommer] et underligt juridisk amfibium, hvis retsgyldighed alle har en nagende tvivl om«.

Der kan antagelig sondres mellem forskellige tilfældegrupper:

Hvad først angår de tilfælde, hvor der er sket en klar opsplitning af selskabernes aktiviteter og økonomiske forhold, og hvor aftalerne løbende er overholdt, skal konstruktionen antagelig accepteres af moderselskabets retsforfølgende kreditorer, uanset om der er ført kontrol eller ej. Det er således et almindeligt panteretligt princip, at der ved afgørelsen af, om en rådighedsberøvelse har været tilstrækkelig effektiv, kan lægges vægt på, om kravet om rådighedsberøvelsen rent faktisk har været overholdt.

Hvad dernæst angår de tilfælde, hvor moderselskabet i strid med de indgåede aftaler har forsynet sig af datterselskabets midler i videre omfang, hjælper det næppe, at der har været ført en nok så indgående kontrol. Dels har kontrollen i disse tilfælde været forgæves, dels kan ingen kontrol afhjælpe en klart mangelfuld rådighedsberøvelse.

Mellem de to ydergrupper findes en mellemgruppe af tilfælde, hvor udførelse af kontrol – og kontrollens omfang – synes at kunne blive afgørende. Da det er vanskeligt eller umuligt for pengeinstituttet på forhånd at vide, om den tilsigtede klare adskillelse af selskabernes aktiviteter og økonomiske forhold vil lykkes, må valget i praksis falde på en løsning med indgående kontrol.

Ved finansiering ved koncerndannelse er der en særlig risiko for, at en fakturaskyldner overser selv et korrekt denuntieret kreditorskifte. Således har selskaberne typisk samme adresse samt navne, der ikke adskiller sig meget fra hinanden. De nævnte forhold øger risikoen for fejlbetalinger. Man kan søge at gardere sig via særligt klart formulerede denunciationer og vedlæggelse af indbetalingskort lydende på datterselskabets navn. Ofte er dette dog ikke tilstrækkeligt til helt at undgå, at der undertiden – fejlagtigt – sker betaling til moderselskabet. Problemet er, at manglende korrektion af sådanne fejlbetalinger kan indikere, at der ikke har været realitet i rådighedsberøvelsen. Beløb, som fejlagtigt betales til moderselskabet, skal derfor snarest overføres til datterselskabet. Hertil kommer, at der om nødvendigt må rettes henvendelse til den pågældende skyldner, der skal gøres opmærksom på fejlen. Datterselskabet har selvsagt ikke sikkerhed i fejlbetalte fordringer, som ikke er blevet korrigeret med moderselskabet. Passivitet over for fejlbetalinger kan imidlertid mere vidtgående være udtryk for, at der ikke har være en klar opgavefordeling på moderselskab og datterselskab for de personer, der har tilknytning til begge selskaber. I værste fald kan den manglende rettelse af fejl – eventuelt sammen med andre momenter – medføre, at datterselskabet slet ikke anses at have sikkerhed i nogen fordringer overhovedet, jf. *Nis Jul Clausen* i RevisionsOrientering F 17 s. 9 og nedenfor i afsnit 6.

Der kan spørges, om der ved finansiering ved koncerndannelse er mulighed for, at datterselskabet giver moderselskabet inkassofuldmagt til at oppebære de overdragne fordringer, hvis de sædvanlige betingelser med hensyn til hurtig afregning og kontrol er overholdt. Muligvis er der ikke noget til hinder herfor, men for en praktisk betragtning ses der ikke at kunne opnås noget særligt ved fremgangsmåden: Det er stedse et krav, at meddelelsen klart angiver, at der er sket en overdragelse til datterselskabet, og en inkassofuldmagt kan naturligvis ikke anvendes til at føre debitoradministrationen »tilbage« til moderselskabet med henblik på at undgå kravene om, *at* det skal stå klart, på hvis vegne midler håndteres, *og at* datterselskabet skal betale de sædvanlige (løn)omkostninger, der er forbundet med administrationen af selskabets midler.

Ved de såkaldte *lager- og salgsdatterselskaber*, som er omtalt i afsnit 1, sker der overdragelse til af eje af moderselskabets færdigvarer til datterselska-

bet. Datterselskabet er beskyttet mod moderselskabets kreditorer, når de overdragne løsøregenstande er bindende individualiseret, jf. ovenfor i afsnit 4.2. Ifølge *Kiilerich-Hansen* i U 1982 B s. 431 må det yderligere kræves, at moderselskabet berøves rådigheden over de solgte varer. Som begrundelse for dette krav angives, at overdragelsen sker i sikringsøjemed, således at der sker »afsmitning« fra reglerne om håndpant. Synspunktet kan ikke tiltrædes. Koncernforbundne selskaber kan handle med hinanden på samme måde som uafhængige parter, og kreditorbeskyttelse må kunne opnås, blot der er foretaget den sædvanligvis fornødne individualisering. På den ene side må det ganske vist erkendes, at der som følge af interessefællesskabet mellem selskaberne principielt består en øget risiko for forstikkelse af aktiver for sælgerens (moderselskabets) kreditorer og en tilsvarende øget risiko for begunstigelse af køberens (datterselskabets) kreditorer. På den anden side har individualiseringskravet netop til formål at modvirke sådan forstikkelse og kreditorbegunstigelse. At en eller flere aktiviteter udskilles i et koncernselskab med det formål at begrænse tredjemands risiko, er som udgangspunkt helt legitimt og kendes bl.a. ved rekonstruktioner. Det nævnte formål kan ikke begrunde nogen anvendelse af reglerne om håndpant. Det bemærkes, at der ingenlunde er tale om en prisgivelse af moderselskabets kreditorer, der jo er beskyttet dels af reglerne om omstødelse i konkurs, jf. nedenfor i afsnit 5, dels af almindelige uskrevne selskabsretlige regler om identifikation, jf. nedenfor i afsnit 6.

5. Omstødelse i konkurs

5.1. Oversigt over de enkelte tilfælde

Som beskrevet ovenfor i afsnit 1 og 2 indebærer finansiering ved koncerndannelse, at der sker overførsel af ydelser mellem tre parter: Moderselskab, datterselskab og pengeinstitut. Pengeinstituttets fyldestgørelsesmuligheder afhænger *dels* af moderselskabets overførsel af aktiver til datterselskabet, *dels* af datterselskabets betalinger *og endelig* af eventuelle supplerende sikkerheder fra moderselskabet. Som følge heraf kan der i ikke mindre end fire relationer opstå omstødelsesproblemer, som vil påvirke pengeinstituttets stilling:

For det første kan der i tilfælde af moderselskabets konkurs opstå spørgsmål om omstødelse af overdragelse af fakturaer og andre ydelser fra moderselskab til datterselskab, jf. nedenfor i afsnit 5.2. Disse overdragelser skal være uomstødelige, idet moderselskabets konkursbo i modsat fald kan møde datterselskabet med et omstødelseskrav, som pengeinstituttet vil skulle konkurrere med. (Moderselskabets konkursbo har ret til dette omstødelseskrav, som ikke

kan gøres gældende af pengeinstituttet i kraft af en tilbagetrædelseserklæring afgivet af moderselskabet uden for konkurs).

For det andet kan der i tilfælde af datterselskabets konkurs opstå spørgsmål om omstødelse af datterselskabets afregning af indkomne fakturabeløb, jf. nedenfor i afsnit 5.3.

For det tredje kan der i tilfælde af moderselskabets konkurs opstå spørgsmål om omstødelse af supplerende sikkerheder stillet over for pengeinstituttet, jf. nedenfor i afsnit 5.4.

For det fjerde kan der opstå spørgsmål om omstødelse af en eventuel nedbringelse af moderselskabets kredit i pengeinstituttet, jf. nedenfor i afsnit 5.5. Omstødelsesproblemerne i de enkelte relationer er nærmere behandlet hos *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1986) s. 157 ff. Om omstødelse i forbindelse med finansiering ved koncerndannelse kan også henvises til *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 183 ff.

5.2. Omstødelse af moderselskabets overførsler til datterselskabet

En finansiering ved koncerndannelse, der bygger på sikkerhedsoverdragelse af fordringer, har væsentlige lighedspunkter med et sædvanligt factoringarrangement. Det afgøres efter KL § 70, om der kan ske omstødelse – i givet fald som udgangspunkt efter den såkaldte nettometode, der er beskrevet ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.2. Omstødelsesmæssigt bliver der kun den forskel fra factoring, som følger af, at factoringaftalens parter er et moderselskab og et datterselskab, som er nærstående i konkurslovens forstand, jf. KL § 2, nr. 3. Som følge heraf er omstødelsesfristen to år, dog således at omstødelse ikke kan ske, hvis det godtgøres, at moderselskabet hverken var eller ved pantsætningen blev insolvent, jf. KL § 70, stk. 2. I de tilfælde, hvor nettometoden finder anvendelse under den forlængede omstødelsesfrist, må der tages udgangspunkt i det seneste tidspunkt, hvor solvensbevis ikke kan føres, jf. tilsvarende *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 185. Der kan således ske omstødelse af den nettosikkerhedsforstærkning, der har fundet sted efter det nævnte tidspunkt.

Hvis datterselskabet køber ydelser af moderselskabet til underpris, kan der ske omstødelse efter gavereglen i KL § 64. Omstødelse kan i givet fald ske for differencen mellem den aftalte pris og markedsprisen. Noget sådant kan eksempelvis komme på tale ved et salgs- og lagerdatterselskabs køb af moderselskabets varer. Tilsvarende gælder med hensyn til andre ydelser, som datterselskabet aftager af moderselskabet – f.eks. husrum, bogholderiarbejde, edb-faciliteter og debitoradministration. Normalt siges der at foreligge en gave-

disposition, hvis dispositionen tilfører den begunstigede en vederlagsfri formuefordel, og hvis dispositionen er et udslag af gavmildhed. Kravet om en vederlagsfri formuefordel er opfyldt, når der er købt til underpris. Kravet om en gavmildhedshensigt må antages at svækkes eller eventuelt bortfalde, når dispositionen foretages af en insolvent person, der jo først og fremmest disponerer på bekostning af sine kreditorer. Kravets nærmere indhold skal ikke behandles her, idet der simpelt hen må antages at bestå en formodning for, at dispositioner, som medfører formueforskydninger, er begrundede i gavmildhed, når dispositionerne foretages mellem selskaber, der er så tæt interesseforbundne, som tilfældet er her.

De netop nævnte formueforskydninger til fordel for datterselskabet indebærer en forøgelse af datterselskabsanparternes værdi. Da moderselskabet typisk er eneanpartshaver, kan det diskuteres, om der overhovedet er påført moderselskabet et tab ved de formueforskydende dispositioner. Om spørgsmålet kan henvises til *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999), der s. 185 anfører, at der allerede som følge af pengeinstituttets panteret i datterselskabsanparterne må antages at være påført moderselskabets konkursbo et tab. Således medfører den nævnte panteret, at værdiforøgelsen af datterselskabet kommer pengeinstituttet og ikke moderselskabet til gode.

5.3. Omstødelse af datterselskabets betalinger til pengeinstituttet

Som nævnt nedbringer datterselskabet den i pengeinstituttet optagne kredit ved betalinger i takt med, at datterselskabet modtager betalinger fra fakturaskyldnerne. Denne kreditnedbringelse rejser ikke særlige problemer ved finansiering via selskabsopsplitning, og de relevante omstødelsesregler skal derfor blot nævnes kort: Der er åbenbart tale om ordinære betalinger, når beløb fra fakturaskyldnerne løbende indsættes på datterselskabets konto i pengeinstituttet. Omstødelse efter KL § 67 kommer herefter ikke på tale, selv om datterselskabets betalingsevne ved overførslen eksempelvis er blevet »afgørende forringet«. – Omstødelse kan ske efter KL § 72, stk. 1, for så vidt angår betalinger til pengeinstituttet, som har fundet sted efter fristdagen (i datterselskabet). En betingelse for omstødelse er dog, at pengeinstituttet vidste eller burde vide, at datterselskabet var i betalingsstandsning, eller at der var indgivet begæring om konkurs eller akkordforhandling. – Omstødelse kan endvidere ske, hvis betalingen begunstigede pengeinstituttet utilbørligt, såfremt betalingen gjorde datterselskabet insolvent, og pengeinstituttet kendte eller burde kende insolvensen og de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig, jf. KL § 74. Omstødelse efter KL § 74 kan eksempelvis ske, hvis koncerndannelsen er foretaget på et tidspunkt, hvor hovedvirksomheden

var uden reelle overlevelsesmuligheder, og hvor arrangementet blev etableret med henblik på at skaffe pengeinstituttet en fordel på bekostning af moderselskabets øvrige kreditorer

Det er værd at bemærke, at et omstødelseskrav mod pengeinstituttet måske nok bringer yderligere midler ind i datterselskabets konkursbo, men at det først og fremmest er pengeinstituttet selv, der som følge af sine enekreditorstatus vil nyde godt af den forøgede bomasse. Som beskrevet har moderselskabet jo i praksis afgivet et løfte til pengeinstituttet om at træde tilbage med sine krav mod datterselskabet.

5.4. Moderselskabets sikkerhedsstillelse over for pengeinstituttet

Pengeinstituttet vil typisk fra moderselskabet erhverve en række sikkerheder, der i givet fald skal dække pengeinstituttets krav mod datterselskabet. Sikkerhederne vil for en dels vedkommende angå tredjemands – datterselskabets – gæld. Dette vil være tilfældet for så vidt angår moderselskabets tilbagetrædelseserklæring samt en eventuel kautionserklæring for pengeinstituttets krav mod datterselskabet. Sikkerhederne vil derudover for en dels vedkommende (tillige) angå moderselskabets egen gæld. Dette vil være tilfældet for så vidt angår pengeinstituttets pant i datterselskabets anparter samt den sekundære transport i fakturafordringerne til sikkerhed for pengeinstituttets krav mod moderselskabet. Om anvendelse af konkurslovens omstødelsesregler ved tredjemandspant og kaution skal her blot henvises til kapitel 11, afsnit 8, om tilbagetrædelseserklæringer. Om anvendelse af den såkaldte »nettometode« ved omstødelse af sekundært pant i fakturafordringer henvises til kapitel 4, afsnit 7.2, om factoring.

5.5. Nedbringelse af moderselskabets kassekredit

Hvis moderselskabet selv har nedbragt sin kassekredit inden for den relevante omstødelsesfrist, kan dette give anledning til at overveje omstødelse efter de almindelige regler om omstødelse af betaling af egen gæld, jf. herved navnlig KL §§ 67, 72 og 74. Disse almindelige spørgsmål skal ikke behandles her. Derimod skal der gøres nogle kortfattede bemærkninger om den omstødelsesmæssige behandling af den nedbringelse af moderselskabets kredit, der skyldes betalinger fra datterselskabet.

Når datterselskabet yder kredit på grundlag af fordringer, som overdrages fra moderselskabet, sker dette i praksis på den måde, at det af datterselskabet ydede lånebeløb trækkes på datterselskabets konto og indsættes på moderselskabets konto i pengeinstituttet. Set fra pengeinstituttets synspunkt har forholdet en vis lighed med almindelig fakturabelåning: Dels yder pengeinstituttet

en »fakturabelåningskredit« (som er sikret ved pengeinstituttets enekreditorstatus i datterselskabet). Dels sker der fra fakturabelåningskreditten løbende overførsler til en »tandemkonto« (som i fakturafordringerne i praksis kan være stillet til sekundær sikkerhed for).

Spørgsmålet er, om de løbende indbetalinger på moderselskabets kassekredit omstødelsesmæssigt skal bedømmes efter KL § 70. Hvis forholdene er som i U 1996.57 H og U 1996.535 H – refereret ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.1 – må sagen være klar: Forholdet falder uden for KL § 70, når »tandemkontoen« er usikret, og der ikke er skabt nogen sammenhæng mellem trækningsretten på denne konto og fakturamassen. Da dette resultat efter de to domme ligger fast, når pengeinstituttets arrangement med »fakturabelåningskreditten« og »tandemkontoen« haves med én og samme juridiske person, kan resultatet naturligvis ikke blive et andet, når der ligefrem tilføjes et ekstra retssubjekt. Det er imidlertid relevant at rejse spørgsmålet, om en eventuel sekundær pantsætning af fakturafordringerne til pengeinstituttet til sikkerhed for moderselskabets gæld – en i praksis ofte anvendt fremgangsmåde – indebærer, at KL § 70 kan anvendes på nedbringelsen af moderselskabets kassekredit (»tandemkontoen«). Det fremgår forudsætningsvis – men klart – af de to ovennævnte højesteretsdomme, at en eventuel sikkerhedsstillelse for tandemkontoen ville have aktiveret KL § 70 til fordel for konkursboet efter det selskab, som havde de to konti. Det kan nu spørges, om tilføjelsen af et ekstra retssubjekt – datterselskabet – er tilstrækkeligt til, at KL § 70 kan afvises, eller om der må anlægges en omstødelsesmæssig helhedsbetragtning, således at KL § 70 anvendes på den nedbringelse af moderselskabets gæld, som finder sted ved overførsler fra datterselskabets konto.

Den sidstnævnte løsning støttes så vidt ses af *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 209 f. samt så vidt ses forudsætningsvis af en utrykt Vestre Landsrets dom af 6. februar 1995 (B-0402-1995), som denne forfatter refererer. I dommen skete der ganske vist ikke omstødelse efter KL § 70, men dette blev konkret begrundet bl.a. med, *at* pengeinstituttet ikke havde sikkerhed i fakturaerne, *og at* der ikke var sikkerhed for, at beløb, som blev trukket på datterselskabets kassekredit, blev indsat på moderselskabets kassekredit. – Et vægtigt argument for at anvende KL § 70 er, at formålet med datterselskabets fakturabelåningskredit er at sikre moderselskabets kassekredit. Et yderligere argument for at anvende KL § 70 er, at det er moderselskabets egne aktiver – de krav, som løbende opstår mod datterselskabet – der udløser nedbringelsen af moderselskabets kassekredit, jf. i det hele *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 209 f. Selv om der er tale om fakturabelåning mellem to adskilte selskaber forekommer løsningen

at have meget for sig, når de beløb, datterselskabet trækker på fakturabelåningskreditten ifølge aftalen med pengeinstituttet, *skal* overføres til moderselskabets kassekredit, således at datterselskabet reelt er afskåret fra at råde over midlerne til andre formål.

6. Identifikation

Som udtrykt af *Paul Krüger Andersen:* Studier i dansk koncernret (1997) s. 262 er der »grund til at understrege og fastholde et princip om, at koncernselskaberne opfører sig som selvstændige og uafhængige enheder«. Det vil blive uddybet nærmere nedenfor, hvad dette princip nærmere indebærer.

Ovenfor har det stedse været forudsat, at dispositionerne mellem moderselskab og datterselskab skulle betragtes som dispositioner mellem selvstændige retssubjekter. Datterselskabets og moderselskabets aktiviteter kan imidlertid være sammenblandede i en sådan grad, at selskabernes selvstændige identitet ikke kan fastholdes. Den identifikation, der således kan blive tale om, kan være mere eller mindre omfattende, d.v.s. gælde i en eller flere henseender. Navnlig om den selskabsretlige identifikation findes der en omfattende litteratur. På dette sted skal alene gøres nogle bemærkninger om identifikation med hensyn til retten til datterselskabets beholdning af aktiver: Kan datterselskabet ikke håndhæve retten til disse aktiver, opstår der i tilfælde af moderselskabets konkurs kun ét konkursbo – omfattende både moderselskabets og datterselskabets aktiver og passiver. Datterselskabet er i så fald uden kreditor- og omsætningsbeskyttelse med hensyn til de fordringer og/eller varer, som er søgt udskilt i selskabet, og pengeinstituttet kan ikke søge sig fyldestgjort som enekreditor selskabet. Retshandlerne mellem selskaberne betragtes simpelthen som ikke foretagne. Pengeinstituttet er dermed stillet, som havde det ydet usikret kredit direkte til moderselskabet.

Der indgår en lang række momenter i den helt konkrete identitetsbedømmelse. Inden nogle af momenterne omtales nedenfor, skal det nævnes, at der foreligger ét grundlæggende undersøgelsestema: *Om selskaberne materielt har taget de fulde konsekvenser af den formelle opdeling, herunder navnlig med hensyn til en adskillelse af aktiver og funktioner – såvel indadtil i koncernen som udadtil i forhold til omverdenen.* Dommene U 1978.880 H og U 1986.697 V er af særlig interesse for identifikationsproblemet i forbindelse med finansiering ved koncerndannelse, jf. nærmere *Nis Jul Clausen* i U 1987 B s. 82 ff.

U 1978.880 H: Da et aktieselskab (A), som drev fabrikationsvirksomhed inden for tekstilbranchen, kom i betalingsvanskeligheder, blev der indgået en moratorieordning med bl.a. et engelsk finansieringsselskab (B), der indvilgede i fortsat at yde A finansiering. Finansieringen skulle foregå gennem et dansk aktieselskab (C) med B som eneaktionær. Ifølge en samarbejdsaftale skulle A udføre lønarbejde (tekstilfabrikation) for C, som skulle levere råvarer (stof) til A og sælge de af A forarbejdede færdigvarer. Som vederlag for arbejdet modtog A færdigvarernes salgspris med fradrag af råvarernes indkøbspris og moms, og med yderligere fradrag af 1% af det samlede salg eksklusive moms. Tab ved salg af varerne skulle bæres af A, der ligeledes indestod for betalingen fra kunderne. Da A trådte i insolvent likvidation, påstod C sig tillagt separatiststilling i A's bo som ejer af det hos A beroende varelager, hvis provenu var indsat på en særlig konto, og de på en girokonto indgåede betalinger for solgte varer. A's bo bestred, at C var separatist i boet. Højesteret gav boet medhold. I Højesterets præmisser hedder det bl.a., at formålet med ordningen alene havde været at sikre B's tilgodehavende, og at C ikke havde udøvet nogen virksomhed, hverken med hensyn til køb af råvarer eller salg af færdigvarerne, der solgtes for A's regning og risiko. Under disse omstændigheder fandtes der ikke skabt en ret for C, der kunne medføre separatiststilling.

Den manglende separatiststilling for datterselskabet var reelt ensbetydende med en tilsidesættelse af konstruktionen. Præmisudtalelsen om, at formålet med ordningen alene var at sikre kreditgiverens tilgodehavende er dog ikke en generel undsigelse af selskabskonstruktioner, som er dannet i finansieringsøjemed, jf. herved også *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1987) s. 140. Dette første led i præmisserne skal læses i sammenhæng med det andet led – at C ikke have udøvet nogen virksomhed *med hensyn til køb og salg*. Dette stod bl.a. klart på grundlag af aftalen om, at risikoen for varekøbernes betalingsevne lå hos A og ikke hos C. Det er således et centralt kendetegn for en *reelt* selvstændig erhvervsvirksomhed, at den bærer sine egne forretningsmæssige risici. Et salgsselskab, der vil opfattes som ejer af bl.a. et varelager i forhold til en koncernforbundet produktionsvirksomhed, skal ikke blot formelt stå som ejer, men skal reelt drive virksomhed med hensyn til varebeholdningen. Hertil hører som noget grundlæggende, at selskabet bærer risikoen for sine kunders betalingsevne. Antagelig har det også haft betydning, at C's dækningsbidrag var så lille som 1%, hvilket har umuliggjort indtjening og reservedannelse i selskabet, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 234. At hele ordningen vanskeligt ville kunne have været gennemført med en uafhængig kontraktspart, har næppe heller været befordrende for arrangementets holdbarhed.

U 1986.697 V: Da et anpartsselskab (A), der drev en gros-virksomhed med salg af chokolade- og sukkervarer, kom i likviditetsvanskeligheder, aftaltes en særlig finansieringsordning med A's pengeinstitut. Ordningen gik ud på, at der stiftedes et helejet datteranpartsselskab, som fik bevilget en kredit i det pengeinstitut, hvor A i forvejen havde en kassekredit. A stod fortsat for indkøb af råvarer og produktion af færdigvarer, men når A modtog en ordre fra en kunde, udstedtes en faktura til kunden i datterselskabets navn samt en faktura til datterselskabet med en rabat på 5%. Ordningen indebar, at datterselskabet købte færdigvarerne af A med en rabat på 5% og straks efter videresolgte varerne til kunderne til »normalprisen«. Kundebetalingerne indgik til datterselskabet og indsattes på dette selskabs konto i pengeinstituttet. Også datterselskabets betalinger til A udbetaltes fra denne konto. Efter at A var erklæret konkurs, påstod A's bo i medfør af KL §§ 72 og 74 omstødelse af nogle betalinger foretaget af datterselskabet til pengeinstituttet efter fristdagen. Konkursboet gjorde til støtte herfor gældende, at betalingerne måtte anses som foretaget af A selv. Boet fik ikke medhold i, at de to selskaber således måtte betragtes som en enhed. Landsretten lagde herved vægt på, at selskabernes økonomi havde været holdt adskilt, ligesom selskaberne hver især havde haft eget regnskab og egne konti i pengeinstituttet. Landsretten lagde endvidere vægt på, at datterselskabet havde betalt for varerne på den måde, at købesummen i tilknytning til de enkelte køb blev overført fra datterselskabets til moderselskabets konto i pengeinstituttet. Herefter og under hensyn til baggrunden for oprettelsen af datterselskabet fandt landsretten ikke grundlag for at antage, at de to selskaber var identiske.

Som det fremgår, er begrundelsen for at opretholde arrangementet i U 1986.697 V langt mere konkret end begrundelsen for at tilsidesætte arrangementet i U 1978.880 H. Antagelig er man ved U 1986.697 V helt ude ved den yderste grænse af, hvad der bør accepteres – og måske længere ude. Det må ved dommen være lagt til grund, at der på trods af den snævre tidsmæssige sammenhæng mellem moderselskabts salg til datterselskabet og datterselskabets salg til kunderne, reelt var tale om en overdragelse af varer, ikke fakturafordringer. I sidstnævnte tilfælde havde sikringsakten være denunciation til fakturaskyldnerne, hvilket ikke var sket, jf. *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1987) s. 146. Når selskabernes selvstændige retssubjektivitet opretholdtes i det pågældende tilfælde var årsagen, at man – *så vidt sagen var oplyst* – syntes at have taget de nødvendige konsekvenser af opdelingen: *Dels* forelå der efter det oplyste ingen sammenblanding af midler i selskaberne, der havde særskilte konti og regnskaber, *dels* betalte datterselskabet reelt moderselskabet for købte varer, *og endelig* var datterselskabet den reelle sælger af varerne i forhold til kunderne, hvilket bl.a. viste sig ved, at datterselskabet bar risikoen for kundernes betalingsevne.

Henvisningen i landsrettens præmisser til »baggrunden for oprettelsen af datterselskabet« er antagelig udtryk for, at landsretten tillagde det betydning,

at selskabsopsplitningens formål var at sikre virksomheden tilførsel af ny kapital, ikke at sikre ældre kreditorer en fortrinsstilling. Konstruktionen tjente således ikke noget illoyalt formål i forhold til de oprindelige kreditorer i A, hvilket nok har spillet en afgørende rolle for Vestre Landsret. Dette moment er utvivlsomt af generel betydning, og vil påvirke bedømmelsen af de trufne adskillelsesforanstaltninger i så at sige ethvert konkrete tilfælde.

Det bemærkes, at præjudikatværdien af U 1986.697 V forekommer noget tvivlsom. Det hedder i dommen, at den datterselskabet indrømmede rabat skulle dække selskabets administrationsomkostninger (og tab på eventuelle debitorer). Hvad der nærmere ligger i betegnelsen »administrationsomkostninger«, er ikke ganske klart i sammenhængen. I hvert fald forekommer dommen kun korrekt, hvis datterselskabet enten havde eget personale, eller datterselskabet dog betalte moderselskabet for det arbejde (herunder for bogføring, debitoradministration og udarbejdelse af regnskab), som moderselskabet lod udføre for datterselskabet. Som ufravigelige betingelser for selvstændig identitet må et salgsdatterselskab bære *både* debitorrisikoen ved tab på uerholdne fordringer *og* de omkostninger, der er forbundet med afsætningen. I modsat fald kan datterselskabet ikke siges at drive en reel – fra moderselskabet adskilt – salgsvirksomhed.

Som nævnt ovenfor i afsnit 2.2 er der i litteraturen rejst tvivl om holdbarheden af arrangementet, hvis debitorrisikoen bliver hos moderselskabet, jf. navnlig *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 238, 239 og 240. Dette moment var tillige fremme i begge de ovenfor nævnte domme U 1978.880 H (hvor debitorrisikoen var placeret hos moderselskabet) og U 1986.697 V (hvor debitorrisikoen var placeret hos datterselskabet). Da de i praksis anvendte konstruktioner med overdragelse af fakturakrav så vidt ses ofte er baseret på sikkerhedsstillelse eller overdragelse til eje med regres – alt med den virkning, at moderselskabet bærer debitorrisikoen – er det et vigtigt spørgsmål, hvilken vægt dette moment kan tillægges i konkrete tilfælde.

Der kan være grund til først at bemærke, at spørgsmålet ved overdragelser af fakturakrav er afgørende for løsningen det momsmæssige problem. Ved fakturaoverdragelser inklusive momsbeløbet kan kun sælgeren – moderselskabet – opnå momsrefusion på uerholdelige fakturafordringer, hvorimod datterselskabet ikke har denne mulighed, men dog har skattefradrag for det fulde tab – fakturasummen inklusive moms – på tab på uerholdelige fordringer, jf. nærmere ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.4.7.1. Når dette er nævnt, synes der imidlertid at være en klar forskel mellem stillingen ved *på den ene side* salgs-

og varelagerdatterselskaber *og på den anden side* finansdatterselskaber, som ikke får overdraget varer, men alene fakturaer.

At lager- og salgsdatterselskaberne i U 1978.880 H og U 1986.697 nødvendigvis måtte bære debitorrisikoen for at kunne drive den i datterselskaberne udskilte virksomhed, er som nævnt næppe overraskende. Der var i begge domme tale om datterselskaber, som drev salgsvirksomhed, og det er allerede nævnt ovenfor, hvordan en sådan virksomhed vanskeligt kan tænkes at have nogen særlig realitet, hvis tredjemand bærer den forretningsmæssige risiko for tab forbundet med virksomheden. Uden at det skal hævdes at være eneafgørende for det forskellige udfald i de to sager, var kreditgiveren i U 1978.880 H »bagud på point« allerede som følge af debitorrisikoens placering hos moderselskabet. Anderledes i U 1986.697 V, hvor den etablerede ordning var fulgt op af en bestemmelse om debitorrisikoens placering hos den reelle sælger, nemlig datterselskabet.

Mens det således kan konstateres, at debitorrisikoens placering har central betydning for holdbarheden af lager- og salgsdatterselskaber, er spørgsmålet, om dette moment har tilsvarende betydning ved de i praksis oftere anvendte finansdatterselskaber, hvor der overdrages fordringer til selskabet. En måske afgørende forskel mellem modellerne er, at der ved salgs- og lagerdatterselskaberne etableres en finansieringsordning med en udskilt lagerførings- og afsætningsfunktion, mens der ved finansdatterselskaberne etableres en ren finansieringsvirksomhed, som ikke er tiltænkt andre funktioner i koncernen. Som allerede nævnt må det antages, at datterselskabet – på samme måde som en ekstern kreditgiver – *kan* drive en finansieringsvirksomhed med fakturabelåning i forhold til moderselskabet. Det følger da også af AL § 115, litra a, at datterselskaber – som en undtagelse til forbuddet mod aktionærlån i AL § 115, stk. 1 – kan yde lån til deres moderselskaber. På denne baggrund ville det være forbløffende, om en sådan långivning skulle kunne ske uden sikkerhedsstillelse, mens långivning mod sikkerhedsstillelse ville rejse tvivl om hele koncerndannelsens holdbarhed over for selskabernes kreditorer.

Med det anførte er det ingenlunde tilkendegivet, at det for koncipisterne af aftaler om finansiering ved koncerndannelse er uden betydning, om overdragelsen til datterselskabet sker til sikkerhed eller til eje. Når der ikke sker en overførsel af debitorrisikoen, indebærer det således en fare for, at datterselskabet blot bliver en konto, hvorpå moderselskabet indsætter og hæver midler i takt med likviditetsbehovet. Hvis forholdet får denne helt formelle karakter, kan udgangspunktet om selskabernes særskilte identitet naturligvis ikke fastholdes. Med andre ord er det ved fakturaoverdragelse til sikkerhed særlig væsentligt, at der ved konsekvent gennemførte adskillelsesforanstaltninger er

skabt »afstand« mellem selskaberne. Udtrykt lidt firkantet må et arrangement, der beror på overdragelser af fakturafordringer til eje uden regres, alt andet lige være mere modstandsdygtigt over for identitetsbetragtninger end et arrangement, der beror på overdragelse til sikkerhed. Ikke desto mindre må det som nævnt antages, at datterselskabets aktiviteter *kan* have karakter af en selvstændig og uafhængig virksomhed, selv om overdragelserne er sket til sikkerhed. Et datterselskab må således kunne drive finansieringsvirksomhed for sit moderselskab på samme måde, som en koncernfremmed kreditgiver kan drive sådan virksomhed. Dog må der antagelig stilles særlig strenge krav til adskillelsen af de to selskaber. Her skal blot nævnes nogle af de allerede omtalte adskillelsesforanstaltninger: Undladelse af sambeskatning og fælles momsregistrering, personsammenfald, debitoradministration, bogholderi, regnskab, advokat, revisor og edb-faciliteter, som datterselskabet enten selv må forestå ved ansættelse af selvstændigt personale eller dog må betale moderselskabets personale for udførelsen af. Atter skal de nævnte adskillelsesforanstaltninger bedømmes i lyset af konstruktionens formål: Er der varetaget et loyalt formål med henblik på tilførelse af ny kredit, eller har ordningen skullet tilgodese visse ældre kreditorer? I den forbindelse kan der bl.a. lægges vægt på selskabsretlige synspunkter om underkapitalisering, jf. herved *Paul Krüger Andersen:* Studier i dansk koncernret (1997) s. 262.

Det er allerede nævnt ovenfor i afsnit 4.3, hvorledes manglende korrektion af fejlbetalinger kan skabe tvivl, om der ved overdragelsen til datterselskabet er skabt den rådighedsberøvelse, som er en betingelse for, at datterselskabet kan anses at have foretaget den fornødne sikringsakt. Manglende korrektion af fejlbetalinger kan imidlertid også influere på afgørelsen af, om selskabskonstruktionen i det hele taget er holdbar. Er beløb, som er indbetalt til datterselskabet, ikke holdt adskilt fra moderselskabets midler, kan dette have to virkninger:

For det første har datterselskabet ikke fortrinsret til midler, som er »blandet sammen« med moderselskabets på en sådan måde, at de ikke kan identificeres. Sammenblandingen medfører, at datterselskabet for de pågældende beløb må konkurrere på lige fod med moderselskabets øvrige kreditorer. Moderselskabet har med andre ord mistet sin enekreditorstatus i relation til datterselskabets aktiver.

For det andet kan en sammenblanding af moderselskabets og datterselskabets midler få den mere vidtrækkende virkning, at der antages at være identitet mellem de to selskaber. I så fald behandles selskaberne som ét konkursbo med den virkning, at kreditgiverens status som enekreditor går tabt – ikke blot i relation til de sammenblandede midler, men tillige i relation til midler, som

rent faktisk har været holdt adskilt. – Mens den førstnævnte virkning under alle omstændigheder indtræder i relation til sammenblandede midler på f.eks. moderselskabets bankkonti, beror det på en mere sammensat bedømmelse om den sidstnævnte virkning indtræder.

Identitetsbedømmelsen skal således foretages på grundlag af en række faktorer, hvoraf sammenblanding blot er ét – om end meget væsentligt – moment. Sammenblandingen af midler skal således ses i sammenhæng med eventuelle andre forhold, som tyder på, at moderselskab og datterselskab reelt har været drevet som én virksomhed. Der findes ikke retspraksis, som klart viser, hvor megen sammenblanding af midler et belåningsarrangement kan »tåle«, før identitetsvirkningen indtræder. Antagelig vil der blive foretaget en ganske streng bedømmelse, således at det måske ligefrem er udgangspunktet, at der antages identitet, hvis moderselskabet har tilegnet sig datterselskabets midler, medmindre der er tale om relativt beskedne beløb, som ved en fejl er overført til moderselskabet og ikke siden er blevet tilbageført til datterselskabet.

7. Andre formålsbestemte datterselskaber

I forbindelse med de netop omtalte datterselskabskonstruktioner, som overvejende anvendes med fakturafordringer som kreditgrundlag, er det naturligt at gøre nogle kortfattede bemærkninger om en anden selskabskonstruktion, som bygger på lignende principper. Fænomenet betegnes ofte som *securitisation*. Meget kortfattet beskrevet sker der udskillelse af bestemte aktiver i en særskilt juridisk enhed, idet formålet er, at de udskilte aktiver skal danne grundlag for udstedelse af værdipapirer, som kan afsættes på værdipapirmarkedet. Relevante aktivtyper kan f.eks. være virksomhedens faste ejendomme eller en pantebrevsportefølje eller andre værdipapirer. Den særskilte juridiske enhed, der ofte betegnes som *a special purpose vehicle* (SPV) udsteder værdipapirer med SPV'et selv som skyldner. Disse værdipapirer har de særligt udskilte aktiver som sikkerhedsbasis. Noget lignende kendes fra det danske realkreditsystem, der – om man vil – kan betegnes som en lovreguleret, forfinet form for *securitisation*. Den virksomhed, hvis aktiver udskilles i SPV'et kan på denne måde »rejse kontanter« på bestemte aktiver ved at sælge værdipapirerne (der i øvrigt i praksis vil være udstedt som fondsaktiver gennem værdipapircentralen, jf. herom nedenfor i kapitel 9). De udstedte værdipapirer er naturligvis med hensyn til løbetid, rente og andre lånevilkår indrettet således, at de er »spiselige« for værdipapirmarkedet. Eventuelt udstedes værdipapirerne med vilkår, som er særligt attraktive for en enkelt

eller nogle få aftagere. Én variant går ud på, at der i SPV'et indlægges (udenlandske) værdipapirer, som har vist sig »uspiselige« for det danske værdipapirmarked. På grundlag af den således udsondrede aktivmasse udstedes værdipapirer, som modsvarer ønsker hos danske værdipapirkøbere. Om securitisation skal her blot henvises til *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 241 ff. med yderligere henvisninger samt til *Andreas Tamasauskas* i Julebog 2002 s. 183 ff.

KAPITEL 6

Pant og modregning i indlånskonti

1. Indledning

Pengeinstitutternes to traditionelle hovedaktiviteter er ydelse af kredit og modtagelse af indlån. Da et pengeinstitut meget ofte har mellemværender i form af kreditgivning og indlån med de samme kunder, består der så at sige et naturligt modregningsmiljø: Pengeinstituttet er kreditor for den ydede kredit og debitor for det modtagne indlån og kan således efter omstændighederne opnå fyldestgørelse af kreditten ved (tvungen) modregning i indlånet. Det er denne fyldestgørelsesmulighed, som behandles i det følgende. Ved modregning ophører fordringerne at bestå i det omfang, de dækker hinanden, og fra det tidspunkt, modregningserklæringen kommer frem, ophører rentetilskrivning, jf. *Munch:* Renteloven med kommentarer, 2. udgave (2002) ved *Lars Lindencrone Petersen* s. 135.

Et pengeinstituts modregningsadgang kan følge enten af almindelige modregningsregler eller af en særlig modregningsaftale. Som eksempel på det sidste kan nævnes en aftale om, at indlånet er pantsat til pengeinstituttet til sikkerhed for kreditten. Et sådant pant tvangsrealiseres nemlig ved modregning. Modregning kan her ske i videre omfang end efter almindelige regler. Hvis den fornødne sikringsakt er foretaget, er pantet – og dermed modregningsadgangen – således beskyttet mod kontohaverens retsforfølgende kreditorer (og aftaleerhververe). Eksempelvis afskærer udlæg i kontoen ikke pengeinstituttet fra at modregne, selv om pengeinstituttet ikke havde en forfalden modfordring mod kontohaveren på udlægstidspunktet. Denne udvidede modregningsadgang er et hovedemne i dette kapitel. Der er imidlertid en sådan sammenhæng mellem den dækningsmulighed, som følger af de almindelige

modregningsregler, og den dækningsmulighed, som følger af en aftale om pant/udvidet modregningsadgang, at begge de nævnte muligheder omtales.

Opmærksomheden samles navnlig om de tilfælde, hvor spørgsmålet om pengeinstituttets adgang til at søge sig fyldestgjort i indlånskontoen opstår over for indlånerens retsforfølgende kreditorer, f.eks. indlånerens udlægshaver eller konkursbo. I afsnit 2 behandles den modregningsadgang, der følger af almindelige modregningsregler uden foretagelse af sikringsakt. I afsnit 3 behandles den videre modregningsadgang, der kan opnås på grundlag af en aftale om pant og foretagelse af sikringsakt (spærring af kontoen).

Særlige indlån som f.eks. pensionsopsparingskonti og investeringsfondskonti holdes stort set uden for fremstillingen i det følgende, idet der kun gøres enkelte spredte bemærkninger herom til illustration af begrænsninger i et pengeinstituts modregningsret. Om modregning i sådanne konti henvises til *Lennart Lynge Andersen:* Pengeinstitutters modregning i særlige indlån (1988).

Retspolitisk har i nyere tid navnlig *Kai Krüger* med styrke udtalt sig kritisk mod en almindelige modregningsadgang for pengeinstitutter, jf. således denne forfatter i Pengekrav, 2. udgave (1984) s. 358, hvor det hedder: »Banker har i forveien alle praktiske muligheter for å sikre sine utlån gjennom pant og garantier, slik at det neppe kan være noe tungtveiende saklig behov for motregningsrett i tillegg. Overfor innskytere og brukere av betalingstjenestene representerer motretningsretten en form for summarisk inkasso – og overfor kreditorfellesskapet i konkurs innebærer modregningsretten et klart brudd på likhetsprinsippet.« Også hos *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 341 findes der et almindeligt holdt udsagn om forbud mod pengeinstitutters modregning i almindelige indlånskonti.

Her skal blot indledningsvis anføres, at selv om kontantindeståender meget muligt fra kundens side er tænkt som en likviditetskilde, har retspraksis ikke anset dette hensyn for tilstrækkeligt tungtvejende til at ville afskære modregning i almindelige indlånskonti, jf. også *Kæstel:* Bankjura, 4. udgave (1981) s. 306 og nærmere nedenfor i afsnit 2.1.

2. Modregningsbetingelser. Modregningsbegrænsninger

2.1. Modregning over for kontohaver

Dette afsnit indeholder alene nogle kortfattede bemærkninger om forholdet mellem pengeinstitut og kontohaver. Disse bemærkninger har henblik på de vigtigste modregningsbegrænsninger, som gælder mellem pengeinstitutter og

deres kunder. I det omfang et pengeinstitut ikke kan modregne i en indlånskonto som følge af forholdet til kunden, er pengeinstituttet som udgangspunkt tillige afskåret fra modregning til skade for de kreditorer, der søger sig fyldestgjort ved retsforfølgning mod indlånskontoen.

En indlånskontos positive saldo er en simpel fordring, der har indlåneren som kreditor og pengeinstituttet som debitor. Vil pengeinstituttet modregne, er indlånskontoen efter sædvanlig modregningsterminologi hovedfordringen, mens den af pengeinstituttet ydede kredit er modfordringen.

Som udgangspunkt kan pengeinstituttet modregne efter almindelige regler over for kontohaveren. Som tre betingelser for tvungen modregning fremhæves i reglen (1) gensidighed, (2) komputabilitet (udjævnelighed) og (3) afviklingsmodenhed.

Kravet om *gensidighed* indebærer, at fordringerne skal bestå mellem de samme personer (selskaber). Udtrykt anderledes skal kreditor for modfordringen være debitor for hovedfordringen – og omvendt. Betingelsen er ikke opfyldt, hvor pengeinstituttet alene er formidler af en betaling. I så fald er pengeinstituttet ikke skyldner for en (hoved)fordring og kan således ikke modregne i udbetalingskravet. Et eksempel kan være, at en varekøber, der er kontohaver i pengeinstitut A, anmoder om at få en købesum overført til sin sælgers konto i pengeinstitut B. Pengeinstitut A er her alene formidler i forhold til sælgeren og kan ikke modregne i beløbet med krav, som pengeinstituttet måtte have mod sælgeren. – Gensidighedsbetingelsen er heller ikke opfyldt, hvis der sker overførsel af indlånskontoen, eksempelvis hvis der foretages udlæg heri. I så fald gælder dog på visse betingelser en undtagelse til kravet om gensidighed, jf. GBL § 28, der er omtalt nedenfor i afsnit 2.2.

Kravet om *komputabilitet* indebærer, at fordringerne skal være udjævnelige. Modfordringen skal med andre ord kunne tjene til rigtig opfyldelse af hovedfordringen. Betingelsen er opfyldt, hvis begge krav lyder på betaling af penge. Det er ikke til hinder for modregning, at fordringerne lyder på forskellige valutaer, hvis pengeinstituttet har ret til at betale hovedfordringen med den valuta, som hovedfordringen lyder på, jf. GBL § 7. Ifølge bestemmelsen kan debitor for en gæld i fremmed valuta vælge mellem at opfylde ved betaling med lånevalutaen eller at opfylde ved betaling med betalingsstedets valuta. Denne valgfrihed kan dog selvsagt være fraveget ved aftale, hvilket eksempelvis må antages at være tilfældet, når en pengeinstitutkunde har anmodet om at få leveret et beløb i fremmed valuta. Ifølge *Werlauff* i U 1998 B s. 403 kan et krav i euro modregnes i en gæld i danske kroner, hvorimod et krav i danske kroner ikke skulle kunne modregnes i en gæld i euro. Det sidste forekommer tvivlsomt, når betalingsstedet for euro-gælden er beliggende i Danmark. – Der

foreligger begribeligvis ikke komputabilitet mellem en pengeinstitutkredit og en aktiepost, som låntageren har i pengeinstituttet.

Kravet om *afviklingsmodenhed* indebærer, at modfordringen skal være forfalden, og at frigørelsestiden for hovedfordringen skal være kommet. Med andre ord skal modregneren på modregningstidspunktet dels have krav på betaling, dels have ret til at indfri hovedfordringen. Navnlig spørgsmålet om modfordringens forfaldstid har givet anledning til en række afgørelser i pengeinstitutforhold. Disse afgørelser, der stort set alle har vedrørt forholdet til udlægshavere i indlånskonti, er behandlet nærmere nedenfor i afsnit 2.2.

Når modregning sker mod kontohaverens vilje, har situationen lighedspunkter med tvangsfuldbyrdelse gennem retsforfølgning. Af samme grund er den klare hovedregel, at modregning er udelukket, når der ikke kan foretages udlæg i indlånskontoen. Udlæg i indlånskontoen eller en del heraf kan eksempelvis være afskåret som følge af trangsbeneficiet i RPL § 509, som også må respekteres ved modregning, således at kontohaveren har tilstrækkelige midler frem til næste lønudbetaling. Skattebegunstigede pensionsopsparingsformer som f.eks. ratepension og kapitalpension er undtaget fra retsforfølgning under forløbet, jf. § 11 i lov nr. 293 af 24. april 1996 om visse civilretlige forhold m.v. ved pensionsopsparing i pengeinstitutter. I sådanne konti kan der følgelig heller ikke modregnes under forløbet. Når midlerne udbetales som følge af pensionsbegivenhedens indtræden, kan der som hovedregel ske kreditorforfølgning. Pengeinstituttet kan imidlertid ikke opfylde sin forpligtelse til at udbetale beløbet (med fradrag af skatter) ved modregning. Dette resultat kan ikke begrundes med udlægsfritagelsen, der ophører ved udbetalingen, men må begrundes med formålet med ordningen (pensionshensynet), jf. *Lennart Lynge Andersen:* Pengeinstitutters modregning i særlige indlån (1988) s. 48. Hæves beløbet i utide, gælder der begribeligvis ikke noget forbud mod retsforfølgning. Der kan ligeledes ske modregning, blot de almindelige betingelser er opfyldt, jf. *Lennart Lynge Andersen:* Begunstigelse og pension, 2. udgave (1999) s. 110. Som et sidste eksempel på en regel om udlægsfritagelse – med deraf følgende udelukkelse af modregning – skal nævnes RPL § 513, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse kan der ikke foretages udlæg i invaliditets- eller forsørgertabserstatning, som ved indsættelse på særskilt konto i bank eller sparekasse eller på anden måde er holdt klart adskilt fra skyldnerens øvrige formue.

Modregning over for indlåneren kan være afskåret som følge af den såkaldte »*øremærkningslære*«. Denne lære – hvis rækkevidde er omdiskuteret – indebærer, at der efter omstændighederne ikke kan ske modregning i indlån foretaget med et bestemt (beskyttelsesværdigt) formål, hvis formålet derved

ville forspildes. Oprindelig ville *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 341 generelt afskære modregning i almindelige indlåns- og checkkonti, som har til formål at holde kontohaveren likvid. Dette synspunkt er dog alt for vidtgående og er bl.a. afvist ved U 1972.672 Ø.

Et eksempel på en øremærket konto er en konto, der kendeligt for pengeinstituttet er oprettet med henblik på opsamling af midler til gennemførelse af en kreditorordning (i forbindelse med betalingsstandsning, akkord eller gældssanering). Fra praksis kan nævnes U 1980.1048 SH vedrørende en konto oprettet af »[forlaget D] under betalingsstandsning« med henblik på afholdelse af boomkostninger og opnåelse af tvangsakkord. Kontoen fandtes oprettet under den kendelige forudsætning, at der ikke kunne modregnes heri. Se også Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sag 215/1990 om en opsamlingskonto i forbindelse med en gældssanering. Der kunne ikke modregnes i kontoen.

Det er næppe endeligt afgjort, om budget- og terminskonti kan anses for øremærkede. Spørgsmålet har været diskuteret i teorien, jf. således *Bo von Eyben* i U 1982 B s. 221 og s. 421 og *Eigil Lego Andersen* i U 1982 B s. 331. I sag 348/1991 fandt Pengeinstitutankenævnet ikke, at en bank kunne modregne i en kundes budgetkonto, der bl.a. anvendtes til betaling af husleje.

I forbindelse med en (ejendoms)handel vil køberen ofte deponere en del af købesummen på en hertil oprettet konto. Beløbet deponeres på vilkår, at det skal frigives til sælger, når visse betingelser er opfyldt (typisk når det over for pengeinstituttet er dokumenteret, at sælger har præsteret tinglyst anmærkningsfrit skøde). Det er umiddelbart klart, at pengeinstituttet er uberettiget til at modregne over for køberen, idet modregningen kan medføre, at køberen ikke kan opfylde sin betalingsforpligtelse. Derimod antages det normalt, at pengeinstituttet ved frigivelse af beløbet til sælger er berettiget til at modregne over for denne, jf. således *Gomard:* Obligationsret, 3. del (1993) s. 205 og *Søren Theilgaard* i U 1991 B s. 393 med kritik af U 1975.613 SH, hvor modregning over for sælgerens konkursbo blev nægtet (dog med den begrundelse, at tinglyst, anmærkningsfrit skøde først blev dokumenteret over for banken efter konkursens indtræden).

Efter omstændighederne vil kontohaveren som følge af retsforholdets art kunne kræve *»effektiv betaling«* med den virkning, at pengeinstituttet ikke kan afgøre sit mellemværende med kontohaveren ved modregning. Det klassiske eksempel er en checkmodtagers præsentation af checken til betaling i et pengeinstitut. Pengeinstituttet kan selvsagt ikke give tilsagn om at honorere checken og herefter afgøre sin betalingsforpligtelse ved modregning med krav på checkejeren, jf. *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 331 og *Godsk Pedersen og Anders Ørgaard:* Checkloven med

kommentarer (1999) s. 183 f. – Efterkommer et pengeinstitut en ordre fra en kunde om salg af værdipapirer/fondsaktiver, kan pengeinstituttet ikke opfylde sin forpligtelse til at afregne salgssummen ved modregning. Afregnes beløbet til sælgerens konto i pengeinstituttet, kan der dog ske modregning, men antagelig først når sælgeren har haft en reel mulighed for genplacering af beløbet.

2.2. Modregning over for udlægshaver

Ved udlæg i en indlånskonto gælder reglerne i gældsbrevslovens kapitel 3 analogt. Et udlæg i indlånskontoen (eller anden retsforfølgning mod kontoen) indebærer en overførsel af hovedfordringen og her gælder GBL § 28 analogt, jf. tilsvarende *Brækhus* i Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 340.

Som følge af overførslen består modfordringen og hovedfordringen ikke længere mellem de samme parter. Overførslen indebærer med andre ord, at en gængs betingelse for modregning – gensidighedsbetingelsen – ikke længere er opfyldt. Imidlertid kan pengeinstituttet til trods for den manglende gensidighed modregne, hvis kravene er konnekse – jf. herom nedenfor – eller betingelserne i GBL § 28 er opfyldt: For det første skal pengeinstituttet have en modfordring mod indlåneren på det tidspunkt, da pengeinstituttet fik kundskab eller formodning om udlægget, jf. GBL § 28, 1. pkt. For det andet skal pengeinstituttets modfordring forfalde senest samtidig med hovedfordringen, jf. GBL § 28, 2. pkt. Den første af de to betingelser har så vidt ses ikke givet ikke anledning til trykt domspraksis. Det er da også ret enkelt at fastslå, hvilke krav pengeinstituttet havde mod indlåneren på det relevante tidspunkt – typisk det tidspunkt, da pengeinstituttet af fogeden eller rekvirenten blev underrettet om udlægget. Den anden af de to betingelser har derimod givet anledning til en række trykte domstolsafgørelser. Forklaringen herpå er formentlig, at en indlånskonto ikke som en typisk aftalefordring har et på forhånd fastsat forfaldstidspunkt. Medmindre andet er aftalt, er en indlånskonto nemlig en foliokonto, d.v.s en konto, hvorpå der kan hæves på anfordring. Når fogeden eller rekvirenten anmoder om at få beløbet udbetalt eller kontoen spærret – hvilket sker ved selve underretningen om udlægget – må kontoens indestående anses for forfaldent. På dette tidspunkt er det for sent for pengeinstituttet at bringe sig i modregningsposition, f.eks. ved opsigelse eller ophævelse af indlånerens kreditter. Pengeinstitutterne har imidlertid forsøgt sig med forskellige aftalevilkår, som har haft til formål at afhjælpe denne – set ud fra et pengeinstitutsynspunkt – svaghed ved modregningsreglerne. Vilkårene, som typisk har kunnet findes i pengeinstitutternes kreditdokumenter eller alminde-

lige forretningsbetingelser, har tilsigtet at udvirke en fremrykning af forfaldstidspunktet for pengeinstitutternes modfordringer (kreditterne), således at GBL § 28, 2. pkt., ikke ville være til hinder for modregning. De forskellige konstruktioner, som i visse tilfælde har været rene fiktioner, er konsekvent blevet knust ved sammenstød med udlægshavere, jf. den nedenfor omtalte retspraksis.

I TfS 1986.563 Ø hed det i den fortrykte tekst til et gældsbrev udstedt i anledning af et banklån: »Endvidere kan banken betragte lånet som forfaldent til indfrielse uden opsigelse i tilfælde af, at debitor eller en kautionist udsættes for individuel retsforfølgning i form af udlæg eller arrest [...].« Da der foretoges udlæg i bankkundens indlånskonto, ville pengeinstituttet modregne med lånefordringen i indlånskontoen til skade for udlægshaveren.

Landsretten afviste modregning. Som begrundelse anførtes kort, at udlægget måtte anses for foretaget, før banken gjorde sin modregningsret gældende. Dommen er korrekt, men begrundelsen er blevet kritiseret af *Jan Staal Andersen* i U 1994 B s. 92. Ifølge denne forfatter burde begrundelsen have været, at pengeinstituttet ikke havde en forfalden modfordring på udlægstidspunktet. Kritikken er formentlig berettiget. Hvis retten har været af den opfattelse, at vilkåret om udvidet modregningsadgang kun gjaldt inter partes, og at det *derfor* var nødvendigt, at pengeinstituttet havde erklæret modregning inden udlæggets foretagelse, må begrundelsen dog være korrekt.

I TfS 1986.564 Ø påstod et pengeinstitut sig ligeledes berettiget til at modregne over for en udlægshaver. Pengeinstituttet påberåbte sig *blandt andet* de individuelle lånevilkår. Heri hed det, at pengeinstituttet – uanset det aftalte opsigelsesvarsel – var berettiget til »straks« at betragte hele gælden som forfalden til betaling, bl.a. i tilfælde af eksekution.

Landsretten betegnede vilkåret som en »misligholdelsesklausul« og udtalte, at misligholdelsen (d.v.s. udlægget i indlånskontoen) ikke var gjort gældende, da modregningserklæringen blev afgivet. Herefter fandtes pengeinstituttet afskåret fra at modregne over for udlægshaveren, jf. analogien af GBL § 28, 2. pkt. Betingelsen i denne bestemmelse – at modfordringen skal være forfalden senest samtidig med hovedfordringen – ansås altså ikke for opfyldt i et tilfælde, hvor modfordringen forfaldt *som følge af* retsforfølgning mod hovedfordringen.

I TfS 1986.564 Ø påstod pengeinstituttet sig endvidere berettiget til at modregne, idet pengeinstituttets almindelige forretningsbetingelser gav ret til *modregning med uforfaldne krav*. Det tilsvarende problem forelå i U 1995.396 Ø, hvor det i pengeinstituttets forretningsbetingelser meget vidtgående hed, at der kunne modregnes med »ethvert forfaldent eller uforfaldent tilgodehavende«.

Det blev naturligvis ved begge de nævnte domme afvist, at pengeinstitutterne på denne måde kunne formulere sig ud af modregningsbegrænsningen i GBL § 28. I de to domme hedder det, at vilkåret tjente »et pantsætningslignende formål« henholdsvis var udtryk for en »en panteretslignende sikkerhed«. Det fremgår af begge afgørelser, at en udvidet modregningsadgang kun nyder beskyttelse, hvis der er sket spærring af kontoen eller anden tilsvarende effektiv indskrænkning i indlånerens dispositionsfrihed. Dommene er udslag af, hvad der må antages at gælde som almindelig retsgrundsætning: At en aftale om adgang til modregning over for tredjemand, der rækker videre end GBL § 28, må anses for en sikkerhedsret, der kræver iagttagelse af en sikringsakt i form af rådighedsberøvelse, jf. herom nærmere nedenfor i afsnit 3. Når der utvivlsomt må siges at være tale om en sikkerhedsret i disse tilfælde, skyldes det, at vilkår om udvidet modregningsadgang jo tilsigter at skaffe pengeinstituttet en fortrinsstilling i forhold til indlånerens øvrige kreditorer.

U 1988.589 V er en sand studie i, hvorledes pengeinstitutterne har forsøgt sig med forskellige vilkår for at komme først i det kapløb, som GBL § 28 giver anledning til. Dommen angik et tilfælde, hvor det i et pengeinstituts almindelige forretningsbetingelser for det første hed: »[Pengeinstituttet] er berettiget til at betragte alle engagementer med kunden som ét mellemværende.« For det andet hed det: »[Pengeinstituttet] er berettiget til, uanset eventuelt aftalte opsigelsesvarsler, at overføre beløb mellem kundens forskellige konti i [pengeinstituttet] til dækning af forfaldne fordringer på kunden.« For det tredje hed det, at pengeinstituttet »til enhver tid kan bringe kundeforholdet til ophør uden varsel«. Atter opstod modregningsproblemet over for en udlægshaver i en indlånskonto.

Det første vilkår, hvorefter der var tale om ét mellemværende, havde åbenbart karakter af en fiktion. Reelt havde kunden således forskellige konti med saldi, som udtrykte henholdsvis indlån og udlån. Landsretten udtalte da også, at sagen på trods af den nævnte formulering angik spørgsmålet om pengeinstituttets adgang til modregning. – Det andet vilkår om fri adgang til overførsel mellem de forskellige konti blev heller ikke tillagt nogen betydning. Landsretten udtalte herom, at de almindelige modregningsbetingelser ikke ved den nævnte formulering var fraveget med en sådan fornøden klarhed, at pengein-

stituttet kunne modregne *over for kunden*. Landsretten ville altså end ikke tillægge dette vilkår betydning *inter partes*. Følgelig havde vilkåret heller ingen virkning i forhold til tredjemand. – Det tredje vilkår, hvorefter kundeforholdet kunne bringes til ophør uden varsel, frakendtes ligeledes betydning. Landsretten fandt ikke, at vilkåret indebar, at pengeinstituttets krav mod indlåneren kunne anses som forfaldne på udlægstidspunktet. – Samtlige pengeinstituttets vilkår led altså modregningsmæssigt skibbrud, og udlægget opretholdtes.

I forlængelse af de netop omtalte afgørelser skal det nævnes, at forholdet mellem pengeinstitut og indlåner kan være tilrettelagt således, at der *reelt* bliver tale om ét – og kun ét – mellemværende. Dette er f.eks. muligt ved at kombinere kassekredit og indlån på én og samme konto, hvilket undertiden sker under betegnelsen »totalkonto«. I så fald sker der løbende modregning, når beløb indsættes på kontoen, og saldoen er i pengeinstituttets favør. En allerede gennemført modregning må naturligvis respekteres af f.eks. en udlægshaver, som foretager udlæg i kontoen på et tidspunkt, hvor saldoen er i kundens favør. Der foreligger i så fald slet ikke noget GBL § 28-problem, idet der simpelthen ikke er en fordring at gøre udlæg i. For en ordens skyld skal det bemærkes, at en totalkonto, som kun bogholderimæssigt »samler« kundens konti (af hensyn til overblikket over det samlede engagement), naturligvis ikke indebærer, at der på den beskrevne måde foregår løbende modregning.

Det kan sammenfattende konkluderes, at pengeinstituttets modfordring kun kan bringes i modregning i en indlånskonto til skade for en udlægshaver, hvis modfordringen forfalder før og uafhængigt af udlægget.

Efter at det således er afvist, at pengeinstitutterne kan smyge sig uden om GBL § 28 ved diverse aftalevilkår, skal der gøres nogle bemærkninger om bestemmelsens betydning for de typiske pengeinstitutkreditter. Som et eksempel fra retspraksis kan nævnes U 1993.794 V.

I modsætning til de ovenfor omtalte afgørelser angik denne dom ikke et tilfælde, hvor pengeinstituttet støttede sin påstand om modregning på aftalevilkår om udvidet modregningsadgang. – Den 4. januar 1993 blev der foretaget udlæg i en indlånskonto. Under fogedforretningen, som foregik i pengeinstituttets lokaler, aftaltes det af praktiske grunde, at beløbet ikke skulle udbetales straks, men at kontoen skulle spærres. Senere samme dag blev fogeden kontaktet telefonisk af pengeinstituttet, der oplyste om et modkrav. Kravet var en fordring på en låneydelse, som var forfalden den 1. januar. Den 7. januar begærede fogeden indeståendet på kontoen udbetalt. Dette afviste pengeinstituttet under henvisning til modfordringen. Under retssagen gjorde rekvirenten gældende, at modregning måtte være udelukket, idet modregningserklæring ikke var afgivet under fogedforretningen, og idet der ikke var foretaget nogen sikringsakt

i form af spærring af kontoen, som indlåneren frit kunne disponere over. Pengeinstituttet fik medhold i, at det kunne modregne ifølge GBL § 28. Modregningsadgangen fandtes ikke at være fortabt som følge af, at bankens personale havde spærret kontoen under fogedforretningen uden hverken at afgive modregningserklæring eller tage forbehold om modregning.

Ved dommen er det fastslået, at en bestående modregningsadgang for pengeinstituttet ikke skal opfattes som en tinglig sikkerhed med deraf følgende krav om foretagelse af en sikringsakt. En »hvilende« modregningsadgang er tilstrækkeligt beskyttet ved GBL § 28 alene. Bestemmelsen bygger netop på det hovedsynspunkt, at en modregningsadgang, som bestod over for overdrageren, også kan gøres gældende over for erhververen, jf. *Jan Staal Andersen* i U 1994 B s. 92. GBL § 28 er dermed en regel, som forhindrer, at overførsel af simple hovedfordringer virker modregningsblokerende, når hovedfordringens debitor *kunne* have en forventning om mellemværendets afgørelse ved modregning. Om pengeinstituttet rent faktisk *havde* en konkret forventning om modregning, er derimod underordnet, jf. herved også *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig Del, 4. udgave (1967) s. 331. Hovedprincippet er det fra GBL § 27 kendte: Erhververen får ikke bedre ret end overdrageren, hvilket ved GBL § 28 viser sig på den måde, at en bestående modregningsadgang beskyttes over for senere erhververe.

Dommen viser endvidere, at det ikke er en betingelse for modregning over for udlægshaveren, at modregningen er erklæret over for indlåneren inden udlæggets foretagelse. Et sådant krav kan da heller ikke udledes af GBL § 28. – Dommen viser endelig, at en modregningsadgang ikke fortabes, blot fordi modregning ikke gøres gældende under fogedforretningen. Pengeinstituttet i dommen protesterede over udlægget allerede samme dag, som udlægget var foretaget. Dommen giver således ringe vejledning med hensyn til, hvor lang en frist der kan indrømmes. Man kan næppe komme det nærmere, end at pengeinstituttet må have en rimelig frist – i hvert fald nogle dage – til at skaffe sig en engagementsoversigt og fremkomme med sin modregningserklæring.

I det følgende gøres nogle bemærkninger om fastsættelse af forfaldstidspunktet for de typiske modfordringer (pengeinstitutkreditter), som i praksis vil blive modregnet i indlånskonti.

Hvad angår almindelige pengelån, vil forfaldsdagen for de enkelte ydelser naturligvis fremgå af lånedokumentet. Også en kassekredit kan have en udløbsdato eller en »afdragsprofil«, eksempelvis således at trækningsretten ifølge aftale reduceres til et mindre beløb på nærmere angivne tidspunkter. Udgangspunktet er, at *den pågældende ydelse* eller kredit uden videre forfal-

der, når det aftalte forfaldstidspunkt indtræder, d.v.s. uanset om pengeinstituttet har afgivet påkrav. Anderledes, dersom pengeinstituttet som følge af undladt erlæggelse af en ydelse vil gøre gældende, at *hovedstolen* er forfalden. Her indtræder forfaldstiden først, når pengeinstituttets hæveerklæring er kommet frem til kunden, jf. nærmere nedenfor. Pengeinstituttets undladelse af at forfølge et krav på betaling af en forfalden ydelse kan efter omstændighederne indebære et tilsagn om henstand med ydelsen, således at kravet herpå ikke (længere) kan anses for forfaldent. Noget sådant kan i hvert fald tænkes ved en kassekredit, der ikke bliver nedbragt til aftalt tid og derfor kommer i overtræk, jf. om overtræk nærmere nedenfor.

Det må anses for tvivlsomt, om løbedage på en låneydelse udskyder forfaldsdagen. Formentlig må dette antages. Er der således aftalt syv løbedage for en låneydelse pr. 11. juni, kan der modregnes med den fordring, ydelsen repræsenterer, fra og med den 19. juni. Resultatet kan begrundes med, at låntageren ifølge låneaftalen har ret til at udnytte den i forfaldsdagene liggende kredittid – som der i øvrigt også vil være taget højde for i en professionel rentefastsættelse – og at denne ret ikke ensidigt bør kunne fratages låntageren gennem modregning. Se formentlig tilsvarende *Gomard:* Obligationsret, 3. del (1993) s. 186 men anderledes *Ussing:* Obligationsretten. Almindelig Del, 4. udgave (1967) s. 323.

Opsigelse af en låneaftale på grundlag af vilkår herom i f.eks. en kassekreditaftale (eller på grundlag af lovregler herom, jf. navnlig GBL § 5), medfører selvsagt først forfaldsvirkning, når opsigelsen er gjort gældende (helt præcist: på det tidspunkt, da det i opsigelsen liggende påbud er kommet frem til kunden). Kan opsigelse ske »til enhver tid«, betyder dette altså, at pengeinstituttet til enhver tid kan *bringe* kreditten til forfald, men ikke at kreditten til enhver tid *er* forfalden. Gælder der et opsigelsesvarsel – »kassekreditten kan til enhver tid opsiges med 14 dages varsel« – indtræder forfaldstiden efter opsigelsesperiodens udløb. Det skal blot en passant bemærkes, at det også over for erhvervsdrivende pengeinstitutkunder er i strid med god pengeinstitutskik at opsige en kassekredit uden saglig (i praksis: kreditmæssig) begrundelse, jf. f.eks. U 1987.963 V.

Ophævelse af en låneaftale som følge af låntagers væsentlige misligholdelse må som klart udgangspunkt kræve en hæveerklæring fra pengeinstituttet. Det må imidlertid være muligt at *aftale*, at en kredit forfalder »automatisk« – d.v.s. uden at påkrav er fornødent – i tilfælde af låntagerens væsentlige misligholdelse. Har låntageren ifølge aftalen en frist til at rette for sig efter påkrav, indtræder forfaldsvirkningen først efter fristens udløb. Det samme er tilfældet, hvor der er aftalt en frist, som skal være udløbet, før ophævelsen får virkning.

Sådanne frister ses undertiden i navnlig kassekreditkontrakter. Et vilkår herom kan f.eks. være formuleret således, at »kassekreditten [i misligholdelsestilfælde] kan hæves med syv dages varsel«.

Er der først foretaget udlæg i en indlånskonto, er indlånet forfaldent, hvorefter det som klart udgangspunkt er »for sent« for pengeinstituttet at bringe sig i modregningsposition ved opsigelse eller ophævelse af kontohaverens kredit. Anderledes ved de såkaldte »*aftaleindskud*«, d.v.s. indlån foretaget på vilkår, at beløbet er bundet i pengeinstituttet i en periode (f.eks. 14 eller 30 dage). Udlæg i en sådan konto bringer ikke kontoens indestående til forfald, idet udlægshaveren ligesom kontohaveren må respektere bindingsperioden. Foretages der udlæg i et aftaleindskud, har pengeinstituttet efter omstændighederne mulighed for at opfylde betingelserne i GBL § 28 ved at opsige eller ophæve kontohaverens kredit til forfald inden bindingsperiodens udløb. Har kontohaveren – i praksis undtagelsesvis – ifølge kontoaftalen *krav* på mod rentedekort at få aftaleindskuddet udbetalt inden bindingsperiodens udløb, må det antages, at udlægshaveren har samme ret, således at udlægget i disse tilfælde kommer til at virke modregningsblokerende, jf. GBL § 28, på samme måde som ved almindelige indlån.

Overtræk på en kassekredit må som udgangspunkt anses for forfaldent, straks overtrækket opstår. Ved overtræk forstås i denne sammenhæng ubevilget kredit. Bevilgede overtræk er selvsagt uforfaldne, indtil de kræves nedbragt, eller fristen for overtræksretten udløber.

Fra retspraksis kan henvises til U 1988.821 Ø. Der foretoges udlæg i en indlånskonto den 29. november 1985. Modkravet bestod i overtræk på en lønkonto opstået henholdsvis den 25. og den 28. november. Pengeinstituttet havde ikke krævet overtrækket indfriet, men blot udsendt sædvanligt kontoudtog den 28. november. Overtrækket fandtes ikke herved at være accepteret. Landsretten udtalte, at kunden havde gjort sig skyldig i et »retsstridigt forhold«, og modregning blev tilladt. Se også TfS 1990.311 B, hvor der var tale om et overtræk, som var bevilget af banken med en udløbsdato den 15. maj. Den 15. juni foretoges udlæg i indlånskontoen. Pengeinstituttet havde på intet tidspunkt efter den 15. maj krævet overtrækket indfriet. Pengeinstituttet fandtes at have accepteret det fortsatte overtræk. Herefter afvistes modregning.

Det fremgår af den sidstnævnte afgørelse, at der er grænser for, hvor længe pengeinstituttet kan lade et overtræk bestå som en »hvilende« modregningsadgang til skade for indlånerens udlægshavere. Overtræk kan navnlig opstå som følge af kundens hævninger eller som følge af en rentetilskrivning. I begge tilfælde må kassekreditten anses for uberettiget overtrukket. Måske tør det antages, at der skal mindre til, for at pengeinstituttet har accepteret henstand

som følge af et overtræk, der skyldes rentetilskrivning, end for at pengeinstituttet har accepteret henstand som følge af kundens egenmægtigt etablerede overtræk i form af hævninger.

Modregning over for kautionister (og til skade for disses udlægshavere) kan give anledning til særlige problemer. Fordringen mod kautionisten i henhold til kautionsløftet – d.v.s. modfordringen – forfalder således først, efter at gælden i hovedskyldforholdet er forfalden. Ved selvskyldnerkaution indtræder forfaldstiden for kautionisten antagelig dagen efter, at kravet mod hovedmanden er forfaldent. Det forhold, at der er tale om selvskyldnerkaution, fritager ikke pengeinstituttet fra at bringe hovedskyldforholdet til forfald ved opsigelse eller ophævelse over for hovedmanden. Dette må også gælde i tilfælde, hvor kautionisten er hoved- eller eneaktionær i et selskab (hovedmanden), som har optaget kreditten i pengeinstituttet. Derimod er det ufornødent at afgive påkrav over for selvskyldnerkautionisten for at bringe forpligtelsen i henhold til kautionsløftet til forfald.

Problemet illustreres af U 1995.396 Ø. Et selskab, der havde trukket ca. 380.000 kr. på sin kassekredit i et pengeinstitut, gik konkurs med den 5. november som dekretdag. En kautionist for kassekreditten – der var eneaktionær i selskabet – havde samtidig en indlånskonto i pengeinstituttet. På denne konto henstod ca. 80.000 kr., da der den 29. november blev foretaget udlæg i indeståendet. Over for udlægshaveren gjorde pengeinstituttet gældende, at man modregnede med fordringen i henhold til kautionsløftet for kassekreditten. I tiden mellem den 5. og den 29. november havde pengeinstituttet ikke gjort andet end at spærre kassekreditten. Der var således navnlig ikke afgivet nogen hæveerklæring over for boet. Fogedretten – hvis afgørelse på dette punkt tiltrådtes af landsretten – udtalte, at det ikke var aftalt mellem pengeinstituttet og selskabet, at kassekreditten uden videre forfaldt i tilfælde af konkurs, og at der endvidere ikke gjaldt nogen almindelig regel herom. Pengeinstituttet fik ikke medhold i sin påstand om udlæggets ophævelse, idet heller ikke nogle af pengeinstituttet påberåbte aftalevilkår om modregningsadgang (jf. herom ovenfor) medførte, at pengeinstituttet havde en forfalden modfordring ved udlæggets foretagelse, jf. analogien af GBL § 28, 2. pkt.

Konneksitet foreligger sjældent ved modregning i indlånskonti. I flere sager har pengeinstitutterne imidlertid gjort gældende, at deres modkrav måtte anses for konnekse med de udlægsramte indlån. Pengeinstitutternes interesse i konneksitetssynspunktet skyldes, at der kan modregnes med en konneks modfordring, selv om betingelserne i GBL § 28 ikke er opfyldt. Konneksitet siges i reglen at foreligge, hvis fordringerne udspringer af samme retsforhold, f.eks. af samme aftale. Det skal imidlertid understreges, at »kundeforholdet« mellem pengeinstitut og kunde ikke i sig selv indstifter et retsforhold, som gør

gæld og indlån konnekse. Det gør i den forbindelse ingen forskel, om de forskellige konti måtte være oprettet ved en og samme aftale. Det gør heller ingen forskel, at eksempelvis (gunstige) rentevilkår på en kassekredit afhænger af indlånets eksistens og størrelse. Det gør endelig ingen forskel, om pengeinstituttet ved indrømmelse af en kredit har lagt nok så stor vægt på en bestående indlånskonto med et erfaringsmæssigt stort indlån – og måske tillige har meddelt kontohaveren dette. At de midler, som er indsat på indlånskontoen, beviseligt er provenu fra den ydede kredit, bringer heller ikke fordringerne i retsforhold med hinanden. I alle de nævnte tilfælde er hovedfordringens eksistens en tilfældig omstændighed for pengeinstituttet, idet pengeinstituttet netop ikke har krav på, at det beløb, som hæves på (kasse)kreditten, indsættes og forbliver på indlånskontoen.

Om det sidstnævnte forhold kan henvises til TfS 1986.563 Ø: Indeståendet på den udlånskonto, hvor*i* banken ønskede at modregne, stammede fra det banklån, hvor*med* banken ønskede at modregne. Dette udvidede ikke bankens modregningsadgang, som i øvrigt fandtes afskåret (ganske vist med den tvivlsomme begrundelse, at modregningsretten ikke var gjort gældende inden udlæggets foretagelse).

Det sker ofte, at et pengeinstitut løbende, automatisk/elektronisk overfører beløb fra en kassekredit til en indlånskonto i henhold til forhåndsaftale herom med kontohaveren. Sådanne overførsler sker typisk til en indlånskonto, af hvis midler kontohaveren afholder løbende udgifter, f.eks. til terminsydelser. Selv i disse tilfælde må det fastholdes, at der ikke foreligger konneksitet mellem kassekreditten og indlånskontoen. Atter bemærkes det, at pengeinstituttet ikke har noget krav på, at beløbet indestår i pengeinstituttet, indtil det anvendes til det påtænkte formål.

I TfS 1990.311 B stammede indeståendet på den terminskonto, hvor*i* pengeinstituttet ønskede at modregne, fra den kassekredit, hvor*med* pengeinstituttet ønskede at modregne. Midlerne på terminskontoen indsattes i henhold til en forhåndsaftale løbende og automatisk på indlånskontoen af pengeinstituttet, der overførte beløbene fra kassekreditten. Kravene fandtes ikke at være konnekse.

Fra retspraksis kan gives ét eksempel på, at et pengeinstitut har fået medhold i at kunne modregne ud fra konneksitetsbetragtninger:

U 1995.223 Ø angik et tilfælde, hvor et pengeinstitut ifølge sine almindelige forretningsbetingelser havde krav på et gebyr på 350 kr. for notering af udlæg på kontoen. Ifølge dommen var der en sådan sammenhæng mellem retten til gebyr og hovedfor-

dringen, at pengeinstituttet fandtes berettiget til at modregne, selv om gebyret først forfaldt, efter at banken fik meddelelse om udlægget.

Afgørelsens resultat kan tiltrædes (idet bemærkes, at gebyrets størrelse – der forekommer at ligge på grænsen af, hvad der er foreneligt med god pengeinstitutskik – ikke var omtvistet under sagen).

2.3. Modregning over for konkursbo

Et pengeinstituts modregningsadgang er i en helt central henseende mere vidtrækkende over for kontohaverens konkursbo end over for kontohaverens individualforfølgende kreditorer. Den begrænsning, som ifølge GBL § 28, 2. pkt., gælder over for kontohaverens udlægshaver, gælder således ikke over for kontohaverens konkursbo. Over for konkursboet kan pengeinstituttet nemlig modregne med uforfaldne krav, jf. KL § 42, stk. 1. Bestemmelsen løser det forfaldstidsproblem, som pengeinstitutterne i mange tilfælde selv – forgæves – har søgt at løse i deres standardvilkår, jf. gennemgangen heraf i det foregående afsnit. Pengeinstituttet kan kort og godt fremkalde afviklingsmodenhed ved at begære kontohaveren konkurs. I den forbindelse erindres om, at der som udgangspunkt kan afsiges konkursdekret over en skyldner på baggrund af en uforfalden fordring, jf. *Ørgaard*: Konkursret, 8. udgave (2002) s. 34.

Det er en betingelse for den nævnte udvidelse af modregningsadgangen efter KL § 42, stk. 1, at såvel indlånet som den ydede kredit er stiftet før fristdagen. Er begge fordringer erhvervet efter fristdagen, men inden konkursdekretets afsigelse, gælder dog en tilsvarende modregningsadgang, jf. KL § 42, stk. 2. Fordringen mod pengeinstituttet i form af indlånet er erhvervet ved de enkelte indsættelser på kontoen. Modregningsmæssigt må denne fordring derfor deles op i en del, som vedrører tiden før, og en del, som vedrører tiden efter fristdagen. Pengeinstituttets fordring mod kontohaveren i form af en kassekredit er erhvervet ved de enkelte hævninger på kontoen. Modregningsmæssigt må også denne fordring derfor deles op med fristdagen som skæringsdag. Herefter kan pengeinstituttet ikke modregne *med* en kassekreditfordring for så vidt angår det nettobeløb, der er trukket efter fristdagen, *i* indeståender for så vidt angår beløb, der er indsat på indlånskontoen før fristdagen. Pengeinstituttet kan heller ikke modregne *med* en kassekreditfordring for så vidt angår det nettobeløb, der er trukket før fristdagen, *i* indeståender for så vidt angår beløb, der er indsat på indlånskontoen efter fristdagen.

Har pengeinstituttet påtaget sig at garantere over for tredjemand for en forpligtelse, som påhvilede kontohaveren, anses pengeinstituttets regreskrav i anledning af garantien for at være opstået samtidig med kontohaverens

forpligtelse, jf. KL § 39. Regreskravet er dog en betinget fordring, som pengeinstituttet kun kan benytte til modregning, hvis betingelsen – f.eks. kontohaverens manglende betalingsevne – er aktuel. Er betingelsen ikke aktuel – er der eksempelvis garanteret for, at et byggeri er mangelfrit – må pengeinstituttet udbetale indestående på indlånskontoen til boet, jf. KL § 44, 1. pkt. Bliver betingelsen aktuel under konkursen, kan pengeinstituttet kræve betaling på massekravsniveau af det beløb, som kunne have været afgjort ved modregning, jf. KL § 44, 2. pkt. Er det ved boets opgørelse uafklaret, om betingelsen vil blive opfyldt, afsættes det fornødne beløb til dækning af pengeinstituttets mulige krav, jf. KL § 44, 3. pkt.

Det følger af KL § 71, at udlæg, der er foretaget hos skyldneren senere end tre måneder før fristdagen, ikke har virkning i forhold til konkursboet. Udlægget bortfalder automatisk som følge af konkursen (uden at omstødelsessag er nødvendig), og kravet om, at pengeinstituttet skal have en forfalden modfordring, gælder ikke længere fra dette tidspunkt, jf. *Betænkning 1971/606* s. 157. Det kan herefter spørges, om pengeinstituttet ved at begære skyldneren konkurs kan opnå at »slippe af med« udlægget for derefter at modregne i indlånskontoen. Svaret må være, at omstødelse af udlægget, jf. KL § 71, ikke giver en videre modregningsadgang for pengeinstituttet. Navnlig to hovedsynspunkter kan inddrages i behandlingen af problemet.

Det første hovedsynspunkt er, at det fremgår af KL § 71, at udlægget er uden virkning i forhold til *boet*, hvilket taler imod, at omstødelsen skulle komme pengeinstituttet til gode. Det skal dog straks erkendes, at dette argument ikke har været afgørende for Højesteret i U 1967.86 H (kommenteret af *Trolle* i U 1967 B s. 97 ff.) vedrørende retsvirkningen af omstødelse af udlæg, der stod inde i en prioritetsrække i en fast ejendom. Højesteret fastslog, at efterpanthaverne rykkede op, hvilket *dels* fandtes bedst overensstemmende med oprykningstilfældene i TL § 40, stk. 1, *dels* fandtes at have støtte i, at konkurslovens omstødelsesregler må komme samtlige konkursboets kreditorer til gode, herunder underpanthaver i den ved loven fastsatte orden. – Efter dommen kunne man rejse det spørgsmål, om denne retsstilling var speciel for fast ejendom, hvor der jo ifølge TL § 40, stk. 1, ikke kan foretages retsforfølgning mod ledige pladser i prioritetsrækken. Princippet fra 67-dommen er imidlertid senere anvendt i U 1991.822 H om oprykning i en fordring som følge af et udlægs bortfald. Denne dom er nærmere behandlet af *Godsk Pedersen* i U 1992 B s. 262, hvor konklusionen er, at den ved omstødelse ledigblevne plads tilfalder efterfølgende rettighedshavere i aktivet (uanset dettes art), jf. tilsvarende *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 129 f. Overføres argumentationen på det her nævnte konkurs- og panteretlige problem – såle-

des at man altså opfatter pengeinstituttets »hvilende« modregningsadgang som en sikkerhedsret – skulle pengeinstituttet som følge af en konkurs kunne opnå, at udlægget »vaskes af«, hvorefter der er plads til pengeinstituttets modregningsadgang. En sådan retsstilling er ikke uden videre hensigtsmæssig, idet den inviterer til konkursbegæringer, der alene har til formål at opnå omstødelse af udlæg (m.v.) til fordel for en enkelt kreditor. Om det er tilstrækkeligt til at afvise fremgangsmåden, forekommer usikkert. Uhensigtsmæssighederne er næppe større end ved den ordning, som allerede er accepteret ved U 1967.86 H og U 1991.822 H, så spørgsmålet er, om den ved disse domme fastslåede retsstilling fortjener en videre udbredelse – d.v.s. en udbredelse til andet end panterettigheder – hvad den næppe gør.

Det andet hovedsynspunkt er, at pengeinstituttet ikke synes at opfylde alle modregningsbetingelser i KL § 42, stk. 1: Pengeinstituttet kan således kun modregne med krav, som »tilkom« pengeinstituttet på fristdagen. Det kan hævdes, at hvis kontoen på fristdagen var udlægsbehæftet, måtte kontoens indestående da siges at »tilkomme« udlægshaveren. Uanset hvad man måtte mene om retsstillingen vedrørende oprykning ved omstødelse af pant, jf. herom ovenfor, er problemet et andet ved modregning, hvor KL § 42 udgør en specialregel. Herefter må retsstillingen være den indledningsvis angivne: At udlægget bortfalder ved konkursdekretet, hvorefter indeståendet på indlånskontoen skal udbetales til konkursboet.

Det fremgår af KL § 42, stk. 1, at modregning kan være udelukket som følge af fordringernes beskaffenhed. I praksis kan navnlig indlånets beskaffenhed udelukke modregning. Noget sådant kan tænkes, hvis krav om effektiv betaling eller øremærkningslæren er til hinder for modregning over for kontohaveren, jf. ovenfor i afsnit 2.1. I så fald kan modregning som udgangspunkt heller ikke ske over for konkursboet, jf. *Betænkning 1971/606* s. 111 samt *Bo von Eyben* i U 1982 B s. 221 f. Hvis den beskyttelsesværdige interesse, der oprindeligt begrundede øremærkningen, ikke foreligger i forhold til kontohaverens konkursbo, må pengeinstituttet dog kunne modregne over for boet. Således ses modregning at være tilladt i U 1980.335 SH (etableringskonto) og U 1988.987 H (investeringsfondskonto). Se nærmere *Lennart Lynge Andersen:* Pengeinstitutters modregning i særlige indlån (1988) s. 61.

Det er ovenfor beskrevet, hvorledes der i konkurs gælder en *udvidelse* af modregningsadgangen i forhold til almindelige modregningsregler, derved at der er undtaget fra kravet om afviklingsmodenhed. Det er ligeledes beskrevet, hvorledes der gælder en *indskrænkning* af modregningsadgangen, derved at der stilles krav til fordringernes stiftelsestidspunkt. Afslutningsvis skal blot kort nævnes en yderligere indskrænkning af modregningsadgangen i konkurs:

At hovedfordringen ikke må være erhvervet under sådanne omstændigheder, at erhvervelsen i forbindelse med modregning må sidestilles med en omstødelig betaling, jf. KL § 42, stk. 4. Efter omstændighederne kan indbetaling på indlånskontoen betragtes som en omstødelig betaling, jf. KL § 67, medmindre betalingen fremtrådte som ordinær. Indbetaling på indlånskontoen kan endvidere omstødes efter KL § 74, hvis indbetalingen er udtryk for en utilbørlig begunstigelse af pengeinstituttet, og kontohaveren var eller ved indbetalingen blev insolvent, og pengeinstituttet var i ond tro om insolvensen og de omstændigheder, som gjorde dispositionen utilbørlig. En modregning foretaget forud for konkursen kan omstødes efter KL § 69, hvis der efter reglerne i KL § 42 ikke kunne være modregnet efter konkursdekretets afsigelse (d.v.s. over for konkursboet). Se eksempelvis U 1984.860 Ø, hvor der skete omstødelse af et pengeinstituts modregning i en indlånskonto, jf. KL § 69, jf. § 74, jf. § 42. Som begrundelse anførtes, at pengeinstituttet var bekendt med kontohaverens insolvens ved indsættelsen af beløbet. Af præmisserne fremgår udtrykkeligt, at omstødelse kunne ske, selv om banken ikke havde udvist noget initiativ med hensyn til beløbets indsættelse på kontoen, og selv om indsættelsen ikke var sket med det formål at skaffe pengeinstituttet sikkerhed gennem modregning.

2.4. Modregning ved kontrabog

Ved udlæg i en indlånskonto, for hvilken der er udstedt en kontrabog (en bankbog), gælder dels de almindelige modregningsregler, jf. ovenfor i afsnit 2.1 og 2.2, dels den særlige begrænsning i modregningsadgangen, som følger af GBL § 35. Bestemmelsen er knyttet sammen med GBL § 34 om overdragelse af en kontrabog til eje eller pant. Ifølge GBL § 34, stk. 1, kræves det til beskyttelse af en ejendomsret eller en panteret, *at* erhververen har givet pengeinstituttet meddelelse om sin ret, *at* pengeinstituttet har noteret denne ret, *og at* pengeinstituttet har givet erhververen meddelelse om noteringen med angivelse af indeståendet på kontoen. (At det herudover kræves, at kontohaveren er berøvet rådigheden over en eventuel kontrabog, er uden interesse i denne sammenhæng). I norsk ret har denne omstændelige fremgangsmåde været kritiseret, jf. således *Krüger:* Pengekrav, 2. utgave (1984) s. 175 f. med henvisning til bl.a. *Augdahl:* Den norske obligasjonsretts almindelige del, 5. utgave (1978) s. 317. Således har det bl.a. været gjort gældende, at meddelelsen er tilstrækkelig sikringsakt, mens de øvrige krav alene skulle være ordensforskrifter. Over for lovens klare ordlyd og forarbejdernes angivelse af, at der er tiltænkt en skærpelse af sikringsaktskravet i GBL § 31, stk. 1 og 2, må det dog fastholdes, at samtlige de i § 34 opregnede krav skal

opfyldes, hvis der skal etableres kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Se *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 51.

Ifølge GBL § 35, stk. 1, 1. pkt., kan pengeinstituttet ikke over for erhververen modregne med fordringer på kontohaveren, når pengeinstituttet har givet meddelelse som nævnt i GBL § 34. GBL § 35 er dermed udtryk for en begrænsning i den modregningsadgang, som pengeinstituttet ifølge GBL § 28 måtte have over for erhververen. GBL § 35 er ikke til hinder for, at pengeinstituttet tager forbehold om modregning. Dog synes henvisningen til GBL § 34-meddelelsen og formålet med denne regel – at erhververen skal oplyses om omfanget af sin ret – at måtte indebære, at pengeinstituttet ikke generelt kan tage »forbehold for modregning med mulige modkrav«. Det må således antages, at pengeinstituttet kun kan modregne med krav, der bestod på meddelelsestidspunktet, og kun hvis der tages konkret forbehold for modregning hermed. Se tilsvarende *Erik Werlauff og Lennart Lynge Andersen:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 91.

Hvad angår modregning over for en udlægshaver i en kontrabog, opnås kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved udlæggets foretagelse (dog at rækkefølgen mellem flere udlæg afgøres af tidspunktet for indgivelse af anmodning om udlæg, jf. RPL § 526). Således opnås beskyttelsen uden foretagelse af sikringsakt, d.v.s. uden at det er nødvendigt at iagttage reglerne i GBL § 34. Noget andet er, at en ihændehaverbog selvsagt *bør* fratages rekvisitus, ligesom kontoen *bør* spærres. Disse skridt har dog alene til formål at fratage kontohaveren legitimationen over for pengeinstituttet, jf. RPL § 524, mens de ikke er nødvendige for udlægshaverens kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Selv om udlæg i en kontrabog ikke er omfattet af GBL § 34, må det formentlig antages, at GBL § 35 finder tilsvarende anvendelse over for en udlægshaver, jf. *Brækhus* i Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 60. Dette er dog uden større praktisk betydning. Hvis pengeinstituttet – efter at have haft lejlighed til at gennemgå det samlede engagement, jf. U 1993.794 V (omtalt ovenfor i afsnit 2.2) – bekræfter udlæggets notering og meddeler kontoens indestående, må en eventuel modregningsadgang således under alle omstændigheder anses for fortabt.

3. Sikringsakten ved pant og aftalt modregning

3.1. Pant i en indlånskonto

Når det er aftalt, at en skyldner skal have sikkerhed i et krav, som en kreditor har mod skyldneren selv, tales om pant i egen gæld *(pignus debiti)*. Det er den

situation, der foreligger, når et pengeinstitut får pant i et »eget« indlån. Pant i egen gæld er en af de stærkeste sikkerheder, der findes: For det første har panthaver kontrol over pantets værdi. For det andet opnår panthaver en likviditetsforbedring ved pantets etablering. For det tredje sker tvangsfuldbyrdelse på en helt enkel måde, nemlig ved afgivelse af modregningserklæring (d.v.s. at tvangsfuldbyrdelse sker udenretligt).

Pant i indlånskonti betegnes i pengeinstitutternes kreditdokumenter normalt som »håndpant«. Denne betegnelse er ikke ganske retvisende: Et af håndpantets kendetegn er, at det håndpantsatte efter pantsætters indfrielse af den sikrede gæld skal tilbageleveres til pantsætter. Dette kendetegn ses ikke ved pant i egen gæld, idet panthaver ikke har nogen pligt til at tilbagelevere bestemte sedler og mønter til pantsætter. Panthaver kan tværtimod lade det modtagne beløb indgå i sin egen formue og anvende det frit. Panthaver bliver med andre ord ejer af det modtagne beløb, mens pantsætters ejendomsret ophører og overgår til at blive en fordring mod panthaver, jf. tilsvarende *Lindskog* i SvJT 1983 s. 536.

Lindskog loc. cit. drøfter individualiseringskravet i forbindelse med pant i egen gæld (specialitetsprincipen). I forhold til panthaveren (pengeinstituttet) foreligger ingen individualisering, hvilket vil komme pantsætteren (kontohaveren) til skade i tilfælde af panthaverens konkurs, hvor pantsætter alene er stillet som simpel kreditor, jf. også *Brækhus* i Rett og humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 338. I forhold til pantsætter foreligger heller ingen individualisering med hensyn til de pågældende sedler og mønter, men heri ligger intet problem, jf. også *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard:* »Atter må der sondres mellem individualiseringen af det pantsatte krav og individualiseringen af de ydelser, som skal præsteres. Er blot det pantsatte krav individualiseret, er sagen for så vidt i orden.«

Pant i egen gæld må herefter karakteriseres som *pant i en fordring*. Fraværet af tilbageleveringspligt indebærer imidlertid, at der kan tales om et irregulært pant (*pignus irregulare). Hagerup:* Den norske panteret, 4. udgave (1925) udtaler s. 38, at der i disse tilfælde ikke foreligger en »sand« panteret. *Hagerup loc. cit.* beskriver forholdet således:

»Med hensyn til de til sikkerhed overleverede gjenstande foreligger der en ubetinget *ejendomsoverdragelse* forenet med en betinget obligatorisk tilbagebetalingspligt. Og med hensyn til den særlige adgang til dækkelse, som denne form for sikkerhedsstillelse giver, bestaar den i en ret for modtageren til *kompensation* af den fordring, han har paa overdrageren med den fordring, den sidstnævnte har på tilbagebetaling af den til sikkerhed ydede sum penge el. a. lign. [...] – en kompensation, som imidlertid i flere

henseender vil være underkastet særegne regler, begrundede i dens særegne øjemed at tjene den kompensationsberettigede til sikkerhed for en bestemt gæld.«

Særegent for forholdet er, at den fordring, som pantsættes til pengeinstituttet, har pengeinstituttet selv som skylder. Der foreligger således identitet mellem den pantsatte fordrings skyldner og panthaver. I et sådant tilfælde savner det ganske mening at kræve iagttagelse af den sædvanlige sikringsakt ved overdragelse af simple fordringer, d.v.s. meddelelse til skyldneren, jf. GBL § 31, stk. 1 og 2. Pengeinstituttet måtte i så fald give meddelelse til sig selv, hvilket ville være aldeles meningsløst: Et af formålene bag meddelelseskravet er jo, at der efterfølgende – i tilfælde af en prioritetskonflikt – skal kunne foretages en prioritetskonstatering ved henvendelse til en person, som står uden for det sikrede skyldforhold. GBL § 31 har kort og godt ikke henblik op tilfælde, hvor der er identitet mellem skyldneren og erhververen. Som anført af *Lindskog loc. cit.* er det vigtigste imidlertid, at skintransaktioner modvirkes. Dette lader sig vel gøre ved pant i egen gæld. Hovedformålet med meddelelseskravet i GBL § 31 – at etablere rådighedsberøvelse i forhold til fordringens overdrager – kan således udmærket tilgodeses på anden vis, nemlig ved *spærring af kontoen*, jf. også *Lindskog* i SvJT 1983 s. 543.

Det er en almindelig grundsætning, at en panteret kun nyder retsbeskyttelse i forhold til overdragerens kreditorer, hvis der er foretaget rådighedsberøvelse i forhold til overdrageren selv. Det nævnte princip er i lovgivningen navnlig udtrykt i RPL § 514, stk. 3. Fri hæveadgang for pantsætteren af en indlånskonto er med andre ord uforenelig med kreditorbeskyttelse for det panthavende pengeinstitut. Den nævnte panteretlige grundsætning skal her – som andre steder – påtvinge pantsætter det »offer«, at han ikke kan tilbyde sikkerhed i noget, som han selv kan råde frit over. Grundsætningen har til formål at modvirke pro forma-transaktioner og kreditorbesvigelser.

Et pengeinstitutindestående kan som andre simple fordringer principielt bruges som sikringsobjekt i forbindelse med optagelse af kreditter af enhver art. Pantsatte indlånskonti gives i praksis undertiden særlige betegnelser som f.eks. »sikringskonto«, »marginkonto«, »opsamlingskonto« el.lign. Disse betegnelser er dog selvsagt ikke afgørende for retsforholdets art. Afgørende er, om der er indgået en *aftale* om pant. Som praktiske eksempler på, at et pengeinstitut får pant i en »egen« indlånskonti i forbindelse med specifikke kreditarrangementer, kan nævnes: (1) En sikringskonto tilknyttet en fakturabelåningskredit. Pengeinstituttet har ydet en salgsvirksomhed kredit mod sikkerhed i virksomhedens fakturafordringer. Til fakturabelåningskreditten er knyttet en såkaldt sikringskonto, som eksempelvis skal udgøre mindst 20

procent af kreditten eller fakturamassen. På sikringskontoen tilbageholder pengeinstituttet en aftalt procentdel af fakturabeløbene. Fra sikringskontoen sker der løbende udbetalinger til virksomheden, når saldoen kommer op over den aftalte procentsats. (2) En opsamlingskonto, hvorpå der løbende opbygges en saldo, som er pantsat til pengeinstituttet til sikkerhed for pengeinstituttets regreskrav som følge af en afgivet bankgaranti. F.eks. sker der løbende indsættelse af beløb, som skal anvendes til betaling af halvårlige ydelser på et udlandslån, for hvilket pengeinstituttet har garanteret. (3) En byggekonto, hvorpå der indsættes et forhåndslån fra en kreditforening til opførelse af et byggeri. Pengeinstituttet indestår som selvskyldnerkautionist realkreditinstituttet for lånets tilbagebetaling. Pengeinstituttet får kontrapant i byggekontoen til sikkerhed for sit regreskrav mod bygherren, hvis kautionsforpligtelsen bliver aktuel. (4) En sikringskonto tilknyttet en konto i værdipapircentralen. F.eks. har pengeinstituttet ydet et lån til investering i aktier og obligationer. De købte fondsaktiver figurerer på en konto i værdipapircentralen, hvori pengeinstituttet har fået pant. Ved salg af fondsaktiver trækkes salgsprovenuet direkte ud på en sikringskonto, således at salget ikke indebærer en sikkerhedsreduktion for pengeinstituttet.

Ved samtlige de nævnte arrangementer er det en betingelse for pengeinstituttets kreditor- og omsætningsbeskyttelse, at der er sket en *spærring* af den pantsatte konto, således at indlåneren/pantsætteren er berøvet rådigheden herover. Et centralt spørgsmål er, om – og i givet fald på hvilke betingelser – pengeinstituttet kan lade indlåneren hæve på kontoen uden at miste sin tinglige sikkerhed.

I første række skal spærringen være *etableret*. I praksis sker dette ved en elektronisk spærringsmarkering. Spærringen skal naturligvis være effektiv i samtlige filialer af pengeinstituttet. Begår pengeinstituttets medarbejdere en fejl, således at der er adgang til at hæve på kontoen, har pengeinstituttet ingen sikkerhed. Som aldeles klart udgangspunkt opnår pengeinstituttet ikke tinglig beskyttelse, blot fordi man havde føje til at tro, at spærringen blev etableret, jf. herved U 1993.96 V (om det tilsvarende problem ved håndpant i løsøre). Checkhæfte eller hævekort må fratages kontohaveren. Begrundelsen herfor er, at pengeinstituttet i modsat fald vil være forpligtet til at honorere betalingsanvisninger inden for rammerne af pengeinstitutternes indløsningsaftaler. Er der udstedt en kontrabog (bankbog) for indlånet, og kan der hæves på bogen af dens ihændehaver, skal indlåneren berøves rådigheden over bogen, jf. GBL § 34, stk. 3. Så at sige alle kontrabøger er forsynet med ihændehaverklausul. En sådan klausul skal være indført i kontrabogen på en iøjnefaldende måde, jf. GBL § 33, stk. 1.

Det må i anden række kræves, at spærringen er *opretholdt*. Dette krav kan udstykkes i tre betingelser, som alle skal være opfyldt, jf. *Lars H. Kristensen* i Festskrift til Juridisk Klub (1998) s. 74.

For det første skal spærringen være *absolut*. Dette indebærer, at indlåneren ikke må have ret til at hæve noget som helst beløb på kontoen, uanset hvor lille dette beløb end måtte være.

For det andet skal spærringen være *sikker*. Dette indebærer navnlig, at indlåneren ikke må kunne »komme til« kontoen på grund af pengeinstituttets fejl eller uhensigtsmæssige forretningsgange. En elektronisk spærringsmarkering, som viser sig på kontooversigten for den kassemedarbejder, der måtte blive konfronteret med indlånerens hæveanmodning, er i så henseende tilstrækkelig.

For det tredje skal rådighedsberøvelsen være udtryk for en *realitet*. Der skal således lægges vægt på det reelle (om pengeinstituttet har tilladt hævning) frem for det formelle (at en pengeinstitutmedarbejder har udbetalt beløbet). Har pengeinstituttet imødekommet en eller flere hæveanmodninger, er det op til pengeinstituttet at bevise, at frigivelserne fra kontoen ikke blot har været »automatiske« reaktioner på kontohaverens henvendelser ved kassen. Beviset kan let føres, hvis der i et enkeltstående tilfælde er indgået aftale om udbetaling af et bestemt beløb f.eks. »200.000 kr.« eller »terminsydelsen pr. 1. juni«. En sådan frigivelse kan f.eks. skyldes, at det sikrede skyldforhold er blevet nedbragt, eller at det i pengeinstituttet er blevet besluttet, at man kan »leve med« en sikkerhedsreduktion. Beviset kan ikke/kun vanskeligt føres, hvis der løbende er sket udbetaling til kontohaveren ved dennes henvendelse til pengeinstituttets kassemedarbejder.

Der er selvsagt et område mellem den enkeltstående frigivelse (som ikke truer pantesikkerheden) og hyppige udbetalinger fra f.eks. en »arbejdskonto« (der er uanvendelig som sikringsobjekt). Det er næppe muligt med sikkerhed at sige, hvor grænsen skal trækkes i dette mellemområde. Ud over antallet af hævninger og størrelsen af de hævede beløb må der selvsagt lægges vægt på pengeinstituttets dokumentation for at have truffet en reel beslutning om frigivelse. Det må således anbefales, at der ved frigivelse fra kontoen udfærdiges et egentligt bevillingsbrev, således at der efterfølgende kan føres bevis for, at udbetalingen ikke blot var en automatisk reaktion på indlånerens hæveanmodning ved kassen. Det må antages, at pengeinstituttet vil blive bedømt ganske strengt – formentlig strengere, end hvis pengeinstituttet havde pant i en simpel fordring på tredjemand. Baggrunden herfor er, at der i normalsituationen ved pant i fordringer – i modsætning til indlånssituationen – kan fås

bekræftelse på overdragelsen ved henvendelse til en person, som står uden for pantsætningsforholdet, nemlig den pantsatte fordrings skyldner.

Ovenfor i bl.a. kapitel 2, afsnit 1.4.2, er det beskrevet, hvorledes meddelelsen skal virke rådighedsbegrænsende i normalsituationen. Det blev her anført, at kravet om rådighedsbegrænsning ikke er til hinder for, at overdrageren indrømmes en inkassofuldmagt, d.v.s. en ret til at oppebære ydelser på fordringen under forudsætning af, at de modtagne ydelser løbende og umiddelbart afregnes til fordringens erhverver. En tilsvarende *ret* til at hæve fra en pantsat indlånskonto med efterfølgende pligt til afregning må antages at være uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for pengeinstituttet. Kontohaveren må således ikke have krav på at få penge udbetalt fra kontoen. Hvis beløb i enkeltstående tilfælde skal kunne udbetales til kontohaveren efter pengeinstituttets konkrete beslutning herom, bør pengeinstituttet for en praktisk betragtning have sikret sig, *at* der gælder klare kompetenceforhold med hensyn til, hvem der kan give tilladelsen, *og at* der er foreskrevet en procedure med udfærdigelse af bevillingsbrev til dokumentation af beslutningen.

Det skal dog understreges, at denne fremgangsmåde kun er sikker ved enkeltstående, konkrete frigivelser, og at der kun er tale om en procedure til sikring af *bevis*. Fremgangsmåden redder ikke pengeinstituttet ved blot nogenlunde hyppige frigivelser eller i tilfælde, hvor det er aftalt, at en ubestemt del af indlånskontoen skal udgå af sikkerheden (f.eks. hvor det er aftalt, at der »indtil videre« trækkes beløb til ydelser på et kreditforeningslån eller et udlandslån). I disse tilfælde er rådighedsberøvelsen ikke reel, og efterlevelse af den beskrevne fremgangsmåde vil blot være staffage. Måske kan det dog antages, at sikkerheden kan opretholdes, hvis det underliggende skyldforhold er nedbragt med – eller umiddelbart nedbringes med – beløb, som mindst svarer til de frigivne. I så fald imødekommes i hvert fald det grundlæggende hensyn bag kravet om rådighedsberøvelse – nemlig at pantsætteren ikke får et likviditetsoverskud ud af frigivelserne (der herefter i mange tilfælde vil være uden praktisk interesse).

3.2. Aftaler om udvidet modregningsadgang

Ovenfor i afsnit 2.2 er det vist, at den almindelige modregningsadgang fører til, at et pengeinstitut for en praktisk betragtning står stærkere end kontohaverens øvrige kreditorer ved fyldestgørelse af nødlidende fordringer i indeståendet på en indlånskonto. De almindelige modregningsregler indeholder imidlertid begrænsninger i modregningsadgangen. De væsentligste begrænsninger viser sig, når der foretages udlæg i indlånskontoen, inden pengeinstituttets modfordring er forfalden, eller mens modfordringen endnu er betinget

(f.eks. hvor pengeinstituttet har garanteret for en forpligtelse, som påhviler kontohaveren).

Fra retspraksis kendes som nævnt en række eksempler på aftalevilkår, der tilsigter at give pengeinstitutterne en videre modregningsadgang end efter almindelige regler, f.eks. en adgang til at modregne med uforfaldne (eller betingede) fordringer. Det er allerede kort angivet, at sådanne modregningsaftaler har karakter af sikkerhedsrettigheder, som kun har virkning over for tredjemand, hvis der er foretaget den fornødne sikringsakt. Dette er også lagt til grund i eksempelvis TfS 1986.564 Ø og U 1995.396 Ø. Denne betragtningsmåde kan ikke mødes med den indvending, at en aftale om udvidet adgang til modregning blot er en begrænsning i pengeinstituttets forpligtelse som skyldner – en begrænsning som uden videre må respekteres af senere tilkomne rettighedshavere, jf. herved GBL § 27.

Ganske vist kan der normalt uden foretagelse af sikringsakt og med virkning for senere rettighedshavere aftales begrænsninger i skyldnerens forpligtelser (det kan endog aftales, at fordringen skal være uoverdragelig), men dette synspunkt slår ikke igennem her: En aftale om ret til modregning med uforfaldne (eller betingede) fordringer har ikke i første række henblik på pengeinstituttets stilling som skyldner for en hovedfordring, men derimod på pengeinstituttets stilling som kreditor for en modfordring, jf. *Brækhus* i Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 65.

Aftalen tilsigter således at give pengeinstituttet et dækningsprivilegium, d.v.s. en mulighed for fyldestgørelse af modfordringen forud for kontohaverens øvrige kreditorer. Princippet om, at en fortrinsberettiget kreditor skal foretage en sikringsakt, er utvivlsomt stærkere, end princippet om, at erhververen ikke får bedre ret end overdrageren. Dette ses umiddelbart ud af gældsbrevslovens system, hvor GBL § 31 er en »stærkere« regel end GBL § 27: Overdrager A en ham tilhørende fordring til B, hvorefter A's kreditor C foretager udlæg i den samme fordring, er C således ikke afskåret fra at få bedre ret end A, jf. princippet i GBL § 27. Som bekendt kan C jo netop få bedre ret, idet B's ret fortrænges, hvis han ikke har givet den foreskrevne meddelelse, jf. GBL § 31, stk. 2. C opnår altså en ret fra A, som A ikke selv havde på grund af den tidligere overdragelse til B. Afvejningen mellem på den ene side den individuelle interesse i ikke at miste ret ved overførsel af fordringen og på den anden side den generelle interesse i et system, som til bevarelse af en fortrinsret kræver foretagelse af en sikringsakt, *er* altså foretaget i gældsbrevsloven – og afvejningen er faldet ud til, at interessen i et system med krav om foretagelse af en sikringsakt er stærkest.

Hvad angår de nærmere krav til denne sikringsakt, er der ingen forskel på, om pengeinstituttet har fået »pant« i indlånskontoen, eller om det er aftalt, at pengeinstituttet har »adgang til modregning med uforfaldne og betingede krav«. I begge tilfælde tilstræbes der en fortrinsstilling i forhold til kontohaverens øvrige kreditorer, og dét er udslagsgivende.

3.3. Særligt om kontohaverens konkurs

Pengeinstituttets pant i en »egen« indlånskonto har til formål at sikre, at indeståendet er til stede på kontoen, når pengeinstituttets modfordring forfalder, eller når modregning i øvrigt bliver mulig, f.eks. i forbindelse med kontohaverens konkurs. Særreglen i KL § 42 om modregning i konkurs er ganske vist præceptiv, men bestemmelsen er ikke til hinder for, at en kreditor med behørigt sikret pant opnår en videre modregningsadgang end den, der følger af KL § 42. Dette indebærer bl.a., at et pantsat indestående fra tiden før fristdagen kan sikre pengeinstituttets modfordring, som er opstået efter fristdagen. At reglerne om pant således går forud for KL § 42, synes også at fremgå af *Betænkning 1971/606* s. 112, hvorefter en udvidet modregningsadgang sikres »f.eks. ved spærring af skyldnerens konto, i hvilket tilfælde formentlig reglerne om pant kommer til anvendelse«.

Pant i en indlånskonto kan naturligvis som andet pant omstødes efter navnlig KL § 70 (om pant for gammel gæld) og KL § 74 (om utilbørlige kreditorbegunstigelser). Det samme gælder en aftale om udvidet modregningsadgang.

Ved afgørelsen af, om pantet i indlånskontoen er *»tilsagt«* senest ved gældens stiftelse, jf. KL § 70, stk. 1, må der lægges vægt på pantsætningsaftalen, hvis pant gives i et allerede indbetalt beløb. Har pengeinstituttet fået pant i »indeståendet på konto 969 til enhver tid«, og sker der i henhold til senere aftale indbetalinger på kontoen med henblik på at forøge sikkerheden, må pantet anses for tilsagt ved de enkelte nye aftaler. Om pant i sikringskonti som led i factoringarrangementer henvises til fremstillingen ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.2. Her skal blot kort nævnes, at der ved anvendelse af den såkaldte nettometode lægges vægt på, om der er sket en nettosikkerhedsforstærkning, jf. nærmere U 1984.981 H, hvor et pengeinstitut *i omstødelsesperioden* fik pant i en sikringskonto oprettet som led i et factoringarrangement. Der skete omstødelse af sikkerheden, idet panteretten fandtes tilsagt ved sikringsaktens foretagelse, og idet den sikrede gæld på fristdagen var 3.000 kr. mindre end ved sikringsaktens foretagelse. Illustrerende er endvidere U 1999.1783 H, hvor et pengeinstitut *inden omstødelsesperiodens begyndelse* fik sekundært pant i en løbende sikringskonto. Højesteret lagde ved anvendelse af nettome-

toden her vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen til factoringselskabet, således at der ikke skete omstødelse af indeståendet, der på sædvanlig måde havde varieret i omstødelsesperioden.

Tidspunktet for *»gældens stiftelse«*, jf. KL § 70, stk. 1, vil typisk være tidspunktet for pengeinstituttets udbetaling af kreditten. Det vil jævnligt forekomme, at en indlånskonto er pantsat til pengeinstituttet til sikkerhed for pengeinstituttets regreskrav mod kontohaveren som følge af en afgivet garanti for kontohaverens opfyldelse af en betalingsforpligtelse (f.eks. tilbagebetaling af et kreditforeningslån (forhåndslån) eller et udlandslån). Regreskravet mod kontohaveren anses da for stiftet samtidig med forpligtelsen i hovedforholdet, jf. KL § 39. Garanterer pengeinstituttet således for en bestående gæld, samtidig med at pengeinstituttet modtager pant for sit regreskrav, er der tale om pant for gammel gæld, jf. *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 471. Retsvirkningen af omstødelse er, at pengeinstituttet mister den med pantet tilsigtede fortrinsret. Det forhold, at der sker omstødelse af *sikkerhedsretten*, er imidlertid ikke til hinder for, at pengeinstituttet falder tilbage på den vide *modregningsadgang* i KL § 42 (som bl.a. fritager fra kravet om, at pengeinstituttet skal have en forfalden modfordring), jf. herved *Brækhus* i Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 73. Denne mulighed består dog ikke, hvis indbetalingen af beløbet til pengeinstituttet er sket under sådanne omstændigheder, at pengeinstituttets erhvervelse af indlånet i forbindelse med modregning må sidestilles med en omstødelig betaling. I så fald kan indlånet omstødes, jf. KL § 42, stk. 4, og herom ovenfor i afsnit 2.3.

Del II

Depotsikkerheder

En studie i reglerne om pant
i skiftende formuemasser
– negotiable dokumenter og fondsaktiver

KAPITEL 7

Generelt om sikkerhedsdepoter

1. Problemstilling

I denne del II gennemgås de sikkerhedsretlige problemer, som knytter sig til pant i værdipapirer. De værdipapirer, som behandles, er dels fysiske værdipapirer i form af negotiable pantebreve og aktiebreve (som behandles i kapitel 8) dels dematerialiserede værdipapirer i form af fondsaktiver, navnlig obligationer og aktier (som behandles i kapitel 9). Der gøres en række generelle bemærkninger om pant i de to aktivtyper, men hovedvægten er lagt på de sikkerhedsproblemer, som opstår, når aktiverne indgår i et sikkerhedsdepot. Ved et sikkerhedsdepot forstås her en vekslende aktivmasse bestående af værdipapirer, der er pantsat under ét, typisk til et pengeinstitut.

De to kapitler indledes med en beskrivelse af de respektive aktivtyper. Herefter fokuseres på de sikkerhedsretlige problemer, der navnlig adskiller sig fra hinanden ved, at sikringsakten ved pant i negotiable dokumenter er rådighedsberøvelse, jf. GBL § 22, mens sikringsakten ved fondsaktiver er registrering i en værdipapircentral, jf. VPHL § 66. Det skal dog allerede her nævnes, at en registreret panthaver i en konto med fondsaktiver ikke nyder kreditorbeskyttelse, hvis det tillades pantsætter frit at udtage fondsaktiver af depotet uden panthavers medvirken.

Et værdipapirdepot kan bruges som sikringsobjekt i forbindelse med optagelse af kreditter af enhver art. I praksis vil et sådant depot undertiden ligge til sikkerhed for en (spekulations)kredit, som netop anvendes til opkøb af værdipapirer, der skal indlægges i depotet. Navnlig ved negotiable dokumenter forekommer det, at værdipapirerne løbende opkøbes af en vekselerer eller pantebrevshandler, som finansierer købene ved optagelse af kredit i et pengeinstitut, som betinger sig sikkerhed i værdipapirmassen. Værdipapirerne indgår herefter i vekselererens eller pantebrevshandlerens egen portefølje,

eller de overdrages i passende »portioner« til et forsikringsselskab, en pensionskasse eller andre, der som led i almindelig formuepleje besidder en portefølje af den pågældende værdipapirtype.

De sikkerhedsproblemer, som opstår ved håndpant i et værdipapirdepot, er til dels de samme, som kendes fra håndpant i et vekslende varelager. Retspraksis og litteratur om lagerpant er dermed også af interesse for det her behandlede emne, hvilket vil fremgå allerede nedenfor i afsnit 2 og 3. At der med kravet om rådighedsberøvelse ved pantsætning af negotiable gældsbreve er tilsigtet samme retstilstand som ved håndpant i løsøre, fremgår i øvrigt direkte af forarbejderne til gældsbrevsloven, jf. *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 43. Se også *Ussing og Dybdahl:* Gældsbrevslovene, 2. udgave (1940) s. 62.

Et sikkerhedsdepot kan give anledning til alle mulige typer af sikkerhedsretlige problemer, hvilket vil afspejle sig i gennemgangen af reglerne om værdipapirtyperne. *Opmærksomheden samles imidlertid særligt om de tilfælde, hvor det er meningen, at værdipapirer løbende skal indlægges i og udtages af depotet.* Dette kan f.eks. ske i forbindelse med, at panthaver giver tilladelse til ombytning af værdipapirer i depotet eller i tilfælde af frigivelse af sikkerheder. Navnlig kravet om *identifikation/individualisering* af pantet samt kravet om *rådighedsberøvelse*, som panthaver skal opfylde for at være beskyttet mod pantsætterens retsforfølgende kreditorer, kan give anledning til vanskeligheder, når dokumenterne indgår i en sådan »flydende« sikkerhedsmasse, d.v.s. et depot, hvorfra pantet i perioder vil »sive« for i andre perioder at blive genopbygget eller forøget.

Kapitel 8 og 9 omhandler både tilfælde, hvor der er givet (1) pant i indholdet af et sikkerhedsdepot »til enhver tid«, (2) pant i en del af indholdet af et sikkerhedsdepot og (3) pant for et nærmere angiven kredit med sikkerhed i et værdipapirdepot.

Inden der nedenfor i de to kapitler foretages en gennemgang af de problemer, som skyldes aktivtypernes forskelligartede karakter, gøres nogle generelle bemærkninger om to gennemgående problemtyper, som optræder i forskellige forklædninger ved negotiable dokumenter og fondsaktiver: For det første omtales nedenfor i afsnit 2 de almindelige krav, der gælder til pantegenstandens individualisering. For det andet omtales nedenfor i afsnit 3 det også tidligere i fremstillingen berørte »rådighedsproblem«, der her har karakter af et krav om effektiv rådighedsberøvelse.

2. Generelt om identifikation og individualisering

2.1. Kort om begreberne

En panthaver har naturligvis kun fortrinsret til at søge sig fyldestgjort i dokumenter (eller andre aktiver), som bevisligt er omfattet af panteretten. Dette udtrykkes ofte således, at panthaveren skal kunne føre det nødvendige *identifikationsbevis*, jf. *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 53.

Det er en betingelse for, at identifikationsbeviset kan føres, at pantet er individuelt bestemt, hvilket ofte udtrykkes som et krav om pantets *individualisering*. Sondringen mellem pantets individualisering (ved aftalen) og muligheden for at føre identifikationsbevis (når panteretten gøres gældende) har været omdiskuteret, jf. f.eks. *Heidmann og Sinding* i U 1989 B s. 393 ff. og *W. E. von Eyben* i U 1990 B s. 15 ff. Da individualiseringskravet ikke er et materielt beskrivelseskrav – d.v.s. et krav om, at det *alene* på grundlag af pantsætningsaftalen skal være muligt at bestemme det pantsatte – er sondringen dog uden særlig interesse. Som anført af *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 54 opstår problemet i praksis nemlig som et identifikationsproblem. Ved læsning af domspraksis og litteratur må det stedse haves for øje, at betegnelserne »identifikation« og »individualisering« ikke altid bruges i samme betydning. Som eksempel kan nævnes den nedenfor i afsnit 2.2 omtalte afgørelse U 1988.368 H, hvor Højesterets flertal udtalte, at der ikke forelå fornøden »individualisering« af et lagerpant i et tilfælde, hvor problemet var, at panthaver ikke kunne bevise, hvilken del af lageret der var pantsat. Betegnelsen »individualisering« bruges i samme betydning i dette kapitel.

Det skal bemærkes, at der kan tænkes tilfælde, hvor pantet vel lader sig bestemme med fornøden klarhed ved pantsætningsaftalens indgåelse, men senere ikke kan identificeres, eksempelvis fordi pantsatte dokumenter er blandet sammen med tilsvarende dokumenter, som ikke er pantsat, jf. eksempelvis U 1964.315 V (der dog angik løsøre solgt med ejendomsforbehold). Det skal endvidere bemærkes, at betegnelsen »individualisering« ikke blot er omdiskuteret i teorien, men også ifølge retsregler har et varierende indhold alt efter sikringsaktens beskaffenhed. Eksempelvis gælder ved tinglyst underpant i løsøre som hovedregel et forbud mod pant i tingsindbegreb (d.v.s. pant i samlinger af ensartede eller til fælles brug bestemte ting, jf. TL § 47 b, stk. 1), mens et tilsvarende forbud ikke gælder ved håndpant. – Ved underpant i løsøre håndhæver tinglysningsdommeren et formelt beskrivelseskrav, som skal modvirke, at der senere på det materielle plan opstår tvivl om, hvad pantet gælder. Tinglysningen er dog ikke nogen garanti for, at pantet er tilstrækkelig individualiseret og kan gøres gældende over for pantsætterens

konkursbo. Omvendt er en afvisning af pantebrevet på grund af en utilstrækkelig formel beskrivelse ikke ensbetydende med, at pantet ikke ville kunne have været identificeret i en eventuel konfliktsituation. Det formelle tinglysningsmæssige beskrivelseskrav er med andre ord uden betydning for løsningen af individualiseringsproblemer, som opstår uden for tilfælde af underpant.

2.2. Individualiseringskravets formål og indhold

I almindelighed tjener individualiseringskravet flere formål: For det første vil sikringsakten ved håndpant normalt kun kunne iagttages, hvis det pantsatte kan udsondres fra pantsætters øvrige ejendom, som ikke er pantsat. Kravet om individualisering skal således bl.a. modvirke, at A pantsætter ét af sine flere værdipapirer til B, hvorefter A over for sine retsforfølgende kreditorer kan påstå, at et hvilket som helst af værdipapirerne er pantsat, jf. *Lyngsø:* Gældsbrevloven, 3. udgave (1989) s. 164. For det andet modvirker kravet, at pantsætters kreditorer besviges ved, at der inddrages yderligere eller mere værdifulde aktiver under pantet end dem, som rent faktisk er pantsat. Som anført af *Håstad* i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 318 må man ved bedømmelsen af nye juridiske konstruktioner »kritiskt granska« de konkrete formål, som individualiseringskravet skal tjene.

Kravet er dog næppe specielt strengt ved håndpant, idet det eksempelvis må være muligt at pantsætte indholdet af et værdipapirdepot (eller et varelager) til »enhver tid«, jf. eksempelvis *Håstad op. cit.* s. 309 og nærmere nedenfor i kapitel 8, afsnit 5.1. Ved værdipapirdepoter gives en sådan sikkerhed jævnlig til det pengeinstitut, som samtidig fører depotet for pantsætter. Sådanne arrangementer giver dog særlige problemer med hensyn til opretholdelse af rådighedsberøvelsen, hvis meningen er, at der skal kunne udtages dokumenter fra depotet, jf. herom nedenfor i kapitel 8, afsnit 6 (for så vidt angår negotiable dokumenter) og i kapitel 9, afsnit 4.3.2 (for så vidt angår fondsaktiver).

Når panthaver skal føre identifikationsbeviset, vil selve pantsætningsaftalen normalt være det centrale bevismiddel (men som sagt uden at der kan siges at gælde noget materielt beskrivelseskrav). I tvivlstilfælde vil den etablerede og opretholdte rådighedsberøvelse af de pantsatte værdipapirer normalt blive afgørende. Rådighedsberøvelsen løser dog ikke problemet i alle tilfælde. U 1988.368 H om håndpant i et varelager belyser dette:

Et vinfirma (V) havde optaget et lån i et pengeinstitut (P) og i den forbindelse givet P håndpant i et parti vin, som V havde oplagt hos en speditør (S). Vinflaskerne var opregnet i en håndpantsætningserklæring med angivelse af antal, vinmærke og årgang. Kun S havde nøgle til lagerlokalet. Det var aftalt, at V ikke kunne udtage nogen del af

lageret uden P's samtykke, og der var enighed om, at der ikke var sket udtagning (hverken med eller uden P's samtykke) i perioden mellem pantsætningen og V's betalingsstandsning. Efter at betalingsstandsningen var endt med V's konkurs, opstod der mellem konkursboet og P tvist om, hvorvidt pantet var tilstrækkeligt individualiseret. Baggrunden for tvisten var, at der ved gennemgangen af V's lager hos S havde vist sig uoverensstemmelser med angivelserne i håndpantsætningserklæringen og lagerbeholdningen. Navnlig var der en betydelig forskel for så vidt angik antallet af flasker: Det samlede antal pantsatte vinflasker var ifølge håndpantsætningserklæringen 40.412, mens lagerbeholdningen var 52.242. De pantsatte vinflasker var ikke holdt adskilt fra de ikke-pantsatte. Konkursboet fik af Højesterets flertal (tre dommere) medhold i sin principale påstand, hvorefter P som følge af utilstrækkelig individualisering ikke over for boet kunne støtte ret på håndpantsætningserklæringen. Flertallet lagde vægt på, *at* der var konstateret »betydelige forskelle« mellem mængdeangivelserne i dokumenterne og den faktiske lagerbeholdning, *og at* den pantsatte del af lagerbeholdningen ikke var holdt adskilt fra den øvrige beholdning. Under disse omstændigheder »og som sagen i øvrigt [var] oplyst« fandtes individualiseringen utilstrækkelig.

Den sidstnævnte udtalelse i Højesterets præmisser er interessant, idet det mere end antydes, at hverken den talmæssige uoverensstemmelse eller den manglende adskillelse *i sig selv* gjorde arrangementet uholdbart. Udtalelsen er formentlig udtryk for, at flertallet fandt det tvivlsomt, om parterne overhovedet selv var klar over, hvad håndpantsætningen egentlig omfattede (hvilket i øvrigt også kunne have skabt uklarhed med hensyn til omfanget af rådighedsberøvelsen). (Mindretallet i U 1988.368 H (to dommere) fandt individualiseringen tilstrækkelig. Mindretallet fandt, at kun en del af lageret var håndpantsat, og at denne del var individualiseret ved håndsætningserklæring og oplagsbevis).

Læses flertallets præmisser som angivet, skulle der ikke være noget til hinder for, at der f.eks. gives »håndpant i 4.000 af de 5.000 flasker Margaux 1982, som ligger på lager hos speditør NN«. Denne retsstilling giver da heller ikke anledning til særlige betænkeligheder. Dels er misbrugsmulighederne klart mindre, end hvis der gives »håndpant i mit vinlager hos speditør NN til enhver tid«. Dels forekommer misbrugsmulighederne ikke større end ved pantsætning af pengefordringer, hvor det traditionelt antages, at der udmærket kan gives »pant i 40.000 kr. af min fordring på 50.000 mod NN«, uden at det præciseres, om det er de rangførste eller de rangsidste 40.000 kr., som pantet angår, jf. således *Illum* i U 1959 B s. 127. Se tilsvarende om fordringer også *Håstad* i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 327.

Hvad angår spørgsmålet om individualisering, ses der ikke at være grund til at stille strengere krav ved pantsætning af fordringer, som lyder på generisk – eller halvgenerisk – bestemte varer eller dokumenter, end ved fordringer,

som lyder på penge. Sammenfattende kan det ved pant i fordringer lydende på penge, såvel som ved pant i fordringer lydende på andet genus, alene være et krav, at fordringen er individuelt bestemt, hvorimod dette krav ikke gælder for de midler eller genstande, hvormed fordringen kan opfyldes. Dette har for pant i værdipapirdepoter den betydning, at der – under forudsætning af fornøden klarhed – kan gives pant i en del af indholdet af et værdipapirdepot, jf. herom nærmere nedenfor i kapitel 8, afsnit 5.1 (vedrørende negotiable dokumenter) og i kapitel 9, afsnit 4.2 (vedrørende fondsaktiver).

3. Generelt om rådighedsberøvelse

Ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4, om rådighedsproblemet ved *simple fordringer* er der argumenteret for, at der terminologisk bør tales om, at GBL § 31-meddelelsen har en *rådighedsbegrænsende* frem for en *rådighedsberøvende* funktion. Årsagen hertil er, at kravet om overdragerens urådighed er behæftet med så vidtgående undtagelser, at betegnelsen rådighedsberøvelse ikke forekommer træffende. Bl.a. kan overdrageren på visse betingelser tillægges en oppebørselsfuldmagt, ligesom princippet i RPL § 511, stk. 3, medfører, at skyldneren kan betale til overdrageren, hvis det er nødvendigt for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe. Ikke desto mindre må det erkendes, at betegnelsen rådighedsberøvelse meget ofte bruges i forbindelse med simple fordringer, jf. således f.eks. *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209 ff. Der sker da heller ikke nogen skade ved denne begrebsanvendelse, hvis blot retsvirkningerne haves *in mente*.

Mens rådighedsproblemet ved simple fordringer først og fremmest er et spørgsmål om, hvorledes overdrageren skal være afskåret fra at modtage betalinger, er problemet et ganske andet ved negotiable fordringer (og fondsaktiver), hvor urådigheden etableres ved besiddelsesafgang af et fysisk dokument (henholdsvis registrering i en værdipapircentral). Ved simple fordringer giver det ikke megen mening at tale om håndpant, fordi selve besiddelsen af det dokument, der er udstedt for fordringen, er uden sikkerhedsmæssig relevans (om end besiddelsen af dokumentet selvsagt kan have bevismæssig værdi). Anderledes ved negotiable dokumenter og fondsaktiver, hvor det er besiddelsesafgangen/ registreringen – ikke urådighed med hensyn til at modtage betalinger – der er relevant ud fra et sikringsaktssynspunkt. Ved negotiable dokumenter og fondsaktiver truer det således ikke panthaverens sikkerhed, at det er tilladt pantsætter fortsat at oppebære ydelser i henhold til

et negotiabelt dokument eller fortsat at oppebære beløb, som fremkommer ved udløb af pantsatte obligationer, der er udstedt som fondsaktiver.

Man kan ganske vist tale om, at det negotiable dokument/registreringen »bærer« fordringen, fordi udgangspunktet er, at retten til at modtage betalinger som deklaratorisk regel tilkommer panthaveren. Som nævnt er det imidlertid ikke herom, interessen samler sig ud fra et sikringsaktssynspunkt, hvor oppebørselsretten er løsrevet fra spørgsmålet om kreditor- og omsætningsbeskyttelse.

Det er allerede fremgået, at det centrale i kravet om rådighedsberøvelse er besiddelsesafgangen, d.v.s. det negative, at pantsætter ikke kan råde over dokumentet. Derimod stilles der ikke krav om det positive, at panthaveren selv har fået dokumentet i hænde. Som det vil blive uddybet nedenfor i kapitel 8, afsnit 6.2.2, kan en tredjemand således udmærket besidde dokumentet på panthavers vegne.

Kravet om rådighedsberøvelse skal grundlæggende modvirke kreditorbesvigelser og skuffelser af godtroende omsætningserhververe. *Almgren* har vedrørende håndpant i løsøre udtrykt forholdet således, at kravet om overgivelse er egnet til at »förebygga simulerede pantsätningar«, jf. artiklen »Pantsätning genom överlämnanda av nyckler« i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet af Phillips Hult (1960) s. 14. Overleveringen er et ydre faktum, som gennemsnitligt er let at konstatere, jf. *Ussing og Dybdahl:* Gældsbrevslovene, 2. udgave (1940) s. 63. A kan vanskeligt være interesseret i at overgive det negotiable gældsbrev til B (eller lade B stå som registreret kontohaver), når der ikke er etableret et reelt skyldforhold mellem A og B. Kravet om rådighedsberøvelse påtvinger med andre ord A det »offer«, at hans forklaring om pantsætning ikke kan stå alene, men skal være suppleret af en beviselig, faktisk rådighedsberøvelse/registrering. En sådan opgivelse af rådigheden kan A vanskeligt være interesseret i, hvis pantsætningen ikke er reel: Dels afskæres A fra selv at råde, dels løber A den risiko, at B misbruger sin rådighed over et negotiabelt dokument.

Grundlæggende er det atter det flere gange omtalte selvbåndlæggelsessynspunkt som dukker op – her blot i en anden forklædning end ved pant i simple fordringer: Fri rådighed for pantsætteren er uforenelig med kreditorbeskyttelse for panthaveren. Princippet er allerede uddybet ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4.1, vedrørende simple fordringer. Forskellen til de her behandlede aktivtyper er, at det ved simple fordringer ikke kan tillades pantsætteren at råde i form af en fri adgang til at oppebære fordringen, mens det ved negotiable gældsbreve og fondsaktiver ikke kan tillades pantsætteren at råde ved disposi-

tioner over selve dokumentet henholdsvis den pantsatte konto i værdipapircentralen.

Oprindelig opfattedes kravet om overlevering af negotiable dokumenter som let at opfylde, jf. således *Ussing og Dybdahl:* Gældsbrevslovene, 2. udgave (1940) s. 64. Den voldsomme vækst i mængden af cirkulerende obligationer og aktier efter gældsbrevslovens vedtagelse i 1935 medførte, at denne opfattelse måtte forlades i løbet af 1960'erne og 1970'erne. I 1977 kom *Betænkning nr. 793/1977* om »Det obligations- og aktieløse samfund – EDB-indskrivning i stedet for papir«. Betænkningen indeholdt et grundlæggende opgør med den hidtidige, meget omstændelige værdipapirhåndtering – og samtidig et grundlæggende opgør med den klassiske formueret på et centralt samfundsområde. Overgangen til dokumentløse fondsaktiver skete i 1983. Herved gennemførtes betydelige lettelser i *handelen* med værdipapirer, der ikke længere skulle flyttes fra sælger til køber i papirform, men i stedet kunne handles via et elektronisk kontosystem. Ændringen fik imidlertid tillige betydning for *pantsætningen* af de nye aktiver – og et helt nyt panteretligt problemkompleks dukkede op.

Der er betydelige faktiske og retlige forskelle på de sikkerhedsdepoter, der består af traditionelle negotiable dokumenter og fondsaktiver. Selv om reglerne om de forskellige depotsikkerheder i mange henseender tjener samme formål, og visse almindelige individualiserings-/identifikationsprincipper og rådighedsberøvelsesprincipper er gennemgående, vil en samlet detaljeret beskrivelse være særdeles uhensigtsmæssig – derfor opdelingen i et kapitel 8 (om negotiable dokumenter) og et kapitel 9 (om fondsaktiver). Blot som én grundlæggende forskel skal nævnes, at GBL § 22 kun omhandler pantsætning (og anden overdragelse til sikkerhed) og kun beskyttelse mod kreditorforfølgning. I modsætning hertil gælder registreringskravet ved fondsaktiver enhver ret over fondsaktiverne, og kravet skal opfyldes til beskyttelse mod både retsforfølgende kreditorer og godtroende aftaleerhververe, jf. VPHL § 66.

Om de forskellige særegne rådighedsproblemer ved de to aktivtyper henvises til henholdsvis kapitel 8, afsnit 6, og kapitel 9, afsnit 4.3.2.

4. Realisation af pantet

Hvis realisation så at sige sker løbende, som følge af at panthaver oppebærer ydelser på f.eks. et pantsat pantebrev, kan der opstå den situation, at panthaver kommer i besiddelse af et større beløb, end panthaver har til gode ifølge det sikrede skyldforhold. Eksempelvis oppebærer panthaver (en ydelse på) 15.000

kr., mens den underliggende sikrede fordring kun er på 10.000 kr. Herudover har panthaver et krav mod pantsætter på 12.000 kr. Gælden på de 10.000 kr. bringes ud af verden i og med betalingen af de 15.000 kr. Modregning i de yderligere 5.000 kr. med kravet på de 12.000 kr. kan ske, hvis panthaver har ret til at modtage betalingen på det fulde beløb på 15.000 kr. Hvis der i et løbende arrangement med belåning af pantebreve, som indlægges i sikkerhedsdepot, sker afregning til pantsætter som led i en finansieringsordning, forekommer resultatet dog at være mere tvivlsomt. I så fald *kan* panthavers belåningstilsagn have en sådan karakter af tilsagn om kredithjælp, at der ikke kan modregnes, jf. tilsvarende om factoring ovenfor i kapitel 4, afsnit 5.1, og om disse særlige tilfælde *Ussing:* Obligationsretten, Almindelig del, 4. udgave (1967) s. 340. Om panthaverens mulighed for modregning over for skyldneren – mod hvem panthaveren har et krav – henvises til kapitel 4, afsnit 6.2.2, om det tilsvarende problem ved factoring.

Hvis den fordring, som er sikret ved et værdipapirdepot, misligholdes (væsentligt), kan panthaver skride til *tvangsfuldbyrdelse* i sikkerhedsdepotet. Medmindre andet er aftalt, sker tvangsfuldbyrdelse efter reglerne i RPL § 538 a. Pantsatte fordringer kan inddrives, efterhånden som de forfalder, jf. bestemmelsens stk. 3, eller de kan bortsælges på tvangsauktion, jf. stk. 1. Oppebørselsretten gælder alle forfaldne ydelser på fordringen, herunder renter og beløb, som fremkommer ved udtrækning eller udløb af obligationer eller ved indfrielse af et pantebrev. Værdipapirer, som har kurs på en fondsbørs – hvilket typisk er tilfældet for de i kapitel 9 behandlede fondsaktiver – bortsælges dog gennem en værdipapirhandler, jf. VPHL § 4, stk. 3. Fogedretten kan i øvrigt bestemme, at værdipapirer, der har kurs på en autoriseret markedsplads, jf. VPHL § 7, nr. 2, jf. § 40, skal sælges gennem en værdipapirhandler.

Andre fyldestgørelsesmåder kan være aftalt mellem parterne og vil ofte være det – typisk således at det panthavende pengeinstitut har ret til at realisere sikkerheden ved et underhåndssalg. Sådanne aftaler må dog forstås således, at pengeinstituttet kun har ret til at realisere så stor en del af sikkerheden, som er nødvendig til opfyldelse af pengeinstituttets krav. Der ses (forhåbentlig) sjældent vilkår om, at pengeinstituttet kan beholde en eventuel overskydende sikkerhed. Sådanne vilkår må også uden videre kunne tilsidesættes efter aftalelovens § 36, idet man her – jf. bestemmelsens forhistorie – befinder sig i kernen af § 36's urimelighedskriterium.

Som anført af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 160 f. påhviler der ved realisationen panthaver en loyalitetspligt over for pantsætter. Panthaver skal altså søge at opnå den bedst mulige pris – så et eventuelt overskudsbeløb kan udbetales til pantsætter – og

må altså ikke realisere sikkerheden til den lavere pris, som blot skaffer panthaver dækning. Panthaver er kun berettiget til at overtage sikkerheden ved selvindtræde, hvis noget sådant er aftalt. En aftale om selvindtræde er ikke et »tag selv-bord« for panthaver. Også her er panthaver forpligtet til at sørge for, at pantsætter får markedsprisen for den realiserede sikkerhed. Som anført af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff loc. cit.* er det panthaver, som har bevisbyrden for, at dette sker.

RPL § 538 a indeholder en bestemmelse, hvorefter det påhviler panthaver med en uges varsel og pr. anbefalet brev at opfordre pantsætter til at indfri det sikrede skyldforhold. Denne fristregel gælder også, når der er aftalt andre fyldestgørelsesmåder end de i RPL § 538 a fastsatte, jf. således *Betænkning nr. 606/1971* s. 292 f. Omkostninger, som panthaver inden ugefristens udløb afholder med henblik på tvangsrealisation, er pantsætter uvedkommende. Fristreglen gælder ikke, hvis panthaver ifølge RPL § 538 a, stk. 3, skrider til realisation af pantet ved oppebørsel af fordringen. Reglen gælder heller ikke, hvis omgående salg er nødvendigt for at undgå eller begrænse tab.

Panthaver er separatist i pantsætters konkursbo, jf. KL § 91 og *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 364. Panthaver kan altså uafhængigt af konkursbehandlingen forfølge sin ret efter RPL § 538 a – eller efter en særlig aftalt realisationsmåde.

KAPITEL 8

Negotiable dokumenter – sikkerhedsdepoter

1. Indledning

I dette kapitel gennemgås de sikkerhedsretlige problemer, som opstår ved pantsætning af negotiable dokumenter. Der fokuseres især på nogle i praksis hyppigt forekommende negotiable dokumenter, nemlig pantebreve i fast ejendom og negotiable aktiebreve, og især på tilfælde, hvor dokumenterne er indlagt i et sikkerhedsdepot, jf. kapitel 7, afsnit 1.

For så vidt angår pantebreve i fast ejendom og andre negotiable gældsbreve kan de såkaldte negotiabilitetsvirkninger inddeles i følgende hovedgrupper: *For det første* fortaber skyldneren svage indsigelser over for dén, der ad omsætningsvejen erhverver ret over gældsbrevet ved en gyldig og uomstødelig aftale samt får gældsbrevet i hænde i god tro, jf. nærmere GBL § 15. *For det andet* mistes rettigheder over gældsbrevet over for dén, der ad omsætningsvejen erhverver ret over gældsbrevet ved en gyldig og uomstødelig aftale samt får gældsbrevet i hænde i god tro fra en person med en i formen gyldig adkomst, jf. nærmere GBL § 14. *For det tredje* kan skyldneren kun modregne over for en erhverver, som har fået omsætningsgældsbrevet i hænde, hvis erhververen var i ond tro, dels om modregningsadgangen, dels om at skyldneren ville lide tab, hvis overdragelsen afskar modregning, jf. nærmere GBL § 18. *For det fjerde* kan skyldneren i god tro betale med frigørende virkning til dén, der har gældsbrevet i hænde og kan fremvise en i formen lovlig adkomst, jf. GBL § 13 og §§ 19-21. *For det femte* er en panteret over et omsætningsgældsbrev alene beskyttet over for pantsætters retsforfølgende kreditorer, hvis panthaver har fået gældsbrevet i hænde (eller hvis pantsætter i øvrigt er berøvet rådigheden over gældsbrevet).

Det fremgår, at alle de nævnte regler knytter særlige virkninger til ihændehavelse (eller rådighedsberøvelse) af dokumentet, og der tales derfor om, at dokumentet er bærer af fordringen. Mens pantebreve i fast ejendom (og andre negotiable gældsbreve) har samtlige de nævnte virkninger knyttet til sig, er forholdet anderledes ved negotiable aktier, der netop ikke er gældsbreve men beviser for ejerandele i et selskab. Sikringsaktsreglerne ved de to dokumenttyper er dog de samme, jf. nærmere nedenfor i afsnit 3, hvilket er det centrale i forbindelse med de problemer, som behandles i dette kapitel.

2. Pantebrevet som negotiabelt dokument

Et gældsbrev, der giver pant i fast ejendom (eller registreret skib eller luftfartøj), er som udgangspunkt et omsætningsgældsbrev (og dermed negotiabelt), jf. GBL § 11, stk. 2, nr. 3. Ved et gældsbrev forstås normalt en i hovedsagen ensidig, ubetinget, skriftlig skylderklæring, som går ud på betaling af et bestemt pengebeløb, jf. *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 18.

Selv om et gældsbrev efter definitionen skal have karakter af en skylderklæring, anses også pantebreve uden personligt ansvar for gældsbreve: Således må pantebrevsskyldneren betale aftalte ydelser, hvis han vil undgå, at panthaver søger fyldestgørelse i (en del af) skyldnerens formue (den pantsatte ejendom).

Kravet om, at fordringen i hovedsagen skal være ensidig, indebærer navnlig, at fordringen ikke må være afhængig af, at kreditor skal erlægge en modydelse. Kravet om, at fordringen i hovedsagen skal være ubetinget, indebærer navnlig, at fordringen ikke må være betinget af uvisse fremtidige begivenheder; at forfaldstiden er afhængig af sådanne begivenheder udelukker imidlertid ikke, at der foreligger et gældsbrev. Ingen af de to krav giver anledning til særlige problemer ved pantebreve i fast ejendom.

Et ejerpantebrev med pant i fast ejendom er negotiabelt, selv om udstederen er både debitor og kreditor for skylderklæringen, og skyldforholdet dermed er en fiktion, jf. eksempelvis U 1984.123 H (dissens), der angik et sikkerhedsdepot.

Ved dommen fandtes frempantsætning af nogle ejerpantebreve at være beskyttet over for frempantsætterens konkursbo, jf. GBL 22. Dette var dog i dommens situation bemærkelsesværdigt, idet de ved ejerpantebrevene sikrede simple fordringer *ikke* var medoverdraget, således at der altså ikke for disse fordringer var givet underretning til skyldnerne, jf. GBL § 31, stk. 1. Ikke desto mindre antoges frempanthaveren i forhold

til konkursboet at være berettiget til at oppebære »belåningsværdien« af pantebrevene som separatist. Dommens rigtighed er omdiskuteret, jf. *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 107. På dette sted skal blot kort bemærkes, at kritikken kan tiltrædes, allerede fordi et ejerpantebrev ikke kan »bære« en fordring, hvorfor der – *når* den underliggende fordring er medoverdraget – må foretages to sikringsakter, hvis sikkerheden i ejerpantebrevet skal kunne tjene til dækning for den medoverdragne fordring: (1) Rådighedsberøvelse af ejerpantebrevet, jf. GBL § 22, og (2) meddelelse til skyldneren for fordringen, jf. GBL § 31. Se dog anderledes *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 390, der anser dokumentbesiddelsen for lige så egnet til prioritetskonstatering som meddelelse. Argumentet er så vidt ses, at dette synspunkt er »bedst stemmende med den meget praktiske holdning«, som flertallet i U 1984.123 H angiveligt gav udtryk for. Denne holdning forekommer i bedste fald betænkelig, men er også udtrykt hos *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 170 f. – Om dommen skal i øvrigt bemærkes, at dens resultat bl.a. blev begrundet med, at »viderebelåningen skete i overensstemmelse med den sædvanlige fremgangsmåde ved fondsbørsvekselereres viderebelåning af sikkerhedsdepoter«. Dommen kan altså under ingen omstændigheder – som af *Lyngsø loc. cit.* – tages til indtægt for en generel regel om dokumentbesiddelse som mulig sikringsakt for en simpel fordring ved overdragelse af ejerpantebreve. Hvordan frempantsætters og frempanthavers erhverv i øvrigt skulle kunne have betydning for retten til fordringerne i forhold til frempantsætters konkursbo, lader sig vanskeligt forklare.

Et skadesløsbrev er ikke noget gældsbrev, og dermed heller ikke et negotiabelt gældsbrev. Et skadesløsbrev lyder således ikke på et bestemt pengebeløb, men giver alene en panteret begrænset til et maksimumbeløb.

Et pantebrev i fast ejendom er negotiabelt, selv om det ikke er tinglyst. Det er endmindre et krav, at betingelserne for tinglysning er opfyldt. Eksempelvis er det ikke en betingelse, at pantebrevet er underskrevet af rette adkomsthaver.

Et pantebrev er ikke negotiabelt, hvis det indeholder en såkaldt rektaklausul, d.v.s. en klausul om, at pantebrevet ikke kan overdrages, jf. GBL § 11, stk. 2, nr. 3. Dette kan udtrykkes ved ord og vendinger som »ikke til ordre«, »uoverdrageligt« eller »uomsætteligt«, eller at beløbet skyldes til kreditor »personligt«. De nævnte formuleringer er ikke til hinder for, at pantebrevet sælges eller bruges som sikkerhedsobjekt, men i så fald gælder reglerne om overdragelse af simple fordringer.

For dén, der opkøber pantebreve med henblik på pantsætning ved indlæggelse i et sikkerhedsdepot, repræsenterer hvert enkelt pantebrev normalt en belåningsværdi, som kan benyttes i arrangementer med det depotførende pengeinstitut. Alt andet lige vil der derfor være en interesse i at kunne udnytte pantebrevet som sikringsobjekt på det tidligst mulige tidspunkt. Det negotiable dokument skal imidlertid være kommet til eksistens – jf. herved de

ovennævnte betingelser – for at der kan etableres en depotsikkerhed. Så længe betingelserne ikke er opfyldt, foreligger der en simpel fordring. Ved overdragelse af en sådan fordring er sikringsakten meddelelse til skyldneren, jf. GBL § 31, hvorimod overgivelse (rådighedsberøvelse) af eventuelle dokumenter gående ud på pantebrevets levering er uden sikkerhedsmæssig relevans. Se herved til illustration U 1984.1017 Ø:

Et vekselererfirma (V) optog markedslån, for hvilke et garantiforsikringsselskab (G) indestod. Til sikkerhed for sit eventuelle regreskrav mod V fik G håndpant, dels i V's pantebrevsdepoter i et pengeinstitut (P), dels i en indlånskonto i P (»konto 14«) med provenuerne for de optagne markedslån. V opkøbte successivt pantebreve, som »portionsvis« solgtes til pensionskasser, hvorefter lånene blev indfriet. De opkøbte pantebreve blev betalt af V med midler fra konto 14, når enten det originale, tinglyste pantebrev eller en indeståelse for pantebrevets fremkomst blev indlagt i depotet i P. Indeståelserne var afgivet af advokater og pengeinstitutter. De var afgivet over for V og gik ud på levering af pantebreve til P. I forbindelse med V's konkurs blev det konstateret, at et betydeligt antal pantebreve, som allerede havde udløst en belåning ved indlæggelse af indeståelseserklæringer, var indgået i depotet, dels inden for tremånedersfristen i KL § 70, dels efter konkursdekretets afsigelse. Under en efterfølgende omstødelsessag gjorde konkursboet gældende, at der var tale om pant for gammel gæld for så vidt angik de pantebreve, som var indlagt i depotet inden for tre-månedersfristen i KL § 70, og at der var sket eksstinktion ved kreditorforfølgning for så vidt angik de pantebreve, der var indlagt i depotet efter konkursdekretet. Boet anførte, at den korrekte sikringsakt for så vidt angik indeståelserne var meddelelse til de advokater og pengeinstitutter, der havde afgivet indeståelseserklæringerne, jf. herved GBL § 31. Sådanne meddelelser var ikke givet. G gjorde gældende, at der ved indeståelseserklæringerne var skabt et retsforhold mellem afgiverne og P, således at der havde bestået en forpligtelse til at levere pantebrevene til P. Ifølge G eksisterede der herefter ingen pligt til – ligesom der heller ikke var behov for – at give meddelelse til erklæringsgiverne. Østre Landsrets flertal fandt, at indeståelserne alene indeholdt en forpligtelse over for V (d.v.s. ikke over for P). Herefter skulle panteretten i indeståelseserklæringerne være sikret ved meddelelse til afgiverne. Da dette ikke var sket, fik V's konkursbo medhold i sine påstande om omstødelse, jf. KL § 70, og om kreditoreksstinktion, jf. GBL § 31. (Dissens af én dommer, der fandt, at afgiverne af indeståelseserklæringerne havde været forpligtede til at levere pantebrevene til P og således havde besiddet pantebrevene på P's vegne. Som følge heraf fandtes G at have opnået kreditorbeskyttelse. Den dissentierende dommer fandt ikke forholdet omfattet af GBL § 31 eller dennes analogi).

Det ses af flertalsudtalelsen, at advokat- eller pengeinstitutindeståelserne om at ville levere de negotiable pantebreve sikkerhedsmæssigt blev behandlet som simple fordringer. Det forekommer klart rigtigt at behandle en indeståelse for

en skyldners opfyldelse af sin forpligtelse efter analogien af GBL § 31, uanset at skyldnerens forpligtelse er at underskrive og overgive et negotiabelt pantebrev.

Resultatet er særlig oplagt, når der er tale om et endnu ikke eksisterende pantebrev, men må også gælde i øvrigt, idet indeståelsen ikke udgør nogen ret over det negotiable dokument. I tilfælde af at pantebrevet ikke kommer til eksistens eller ikke kommer i erklæringsgiverens besiddelse, bliver kravet mod erklæringsgiveren da heller ikke noget krav på et negotiabelt dokument, men et erstatningskrav på objektivt grundlag for pantebrevsskyldnerens ikkeopfyldelse. I U 1984.1017 Ø er flertallets resultat derfor klart at foretrække frem for mindretallets. Sikringsakten ved overdragelse af sådanne indeståelseserklæringer må følgelig være meddelelse til erklæringsgiverne, jf. herved GBL § 31.

Spørgsmålet er imidlertid, om meddelelsen efter omstændighederne kan gives til den tredjemand (f.eks. det pengeinstitut), der skal modtage pantebrevet. Er en indeståelse afgivet over for en af skyldneren uafhængig tredjemand, således at pantebrevet alene kan leveres med frigørende virkning til denne, kan meddelelse dog muligvis også gives til den pågældende tredjemand, jf. princippet i U 1979.357 H (om meddelelse til en primær transporthaver i en simpel fordring). Dette synspunkt blev gjort gældende af panthaveren i U 1984.1017 Ø, men det måtte under alle omstændigheder lide skibbrud, idet indeståelserne i dommen var afgivet over for pantsætteren. Da pantsætteren var adressat for indeståelseserklæringerne, kunne kun pantsætteren støtte ret herpå, og det var i den forbindelse uden betydning, at erklæringerne ifølge deres helt klare ordlyd gik ud på levering af pantebreve til den tredjemand, som havde fået meddelelse om panteretten.

Hvis meddelelse til tredjemand (d.v.s. en anden end skyldneren) skal være en mulig sikringsakt, når fordringen går ud på levering af pantebreve, må det nemlig som i U 1979.357 H være en klar betingelse, at der består en uigenkaldelig leveringsforpligtelse over for den pågældende tredjemand, således at pantsætteren ikke selv er rådig over udleveringsspørgsmålet (og eksempelvis ikke ved et simpelt påkrav til afgiverne af indeståelseserklæringerne kan kræve pantebrevene udleveret til sig selv).

3. Aktiebrevet som negotiabelt dokument

Aktier er ikke gældsbreve og følgelig ikke omfattet af gældsbrevsloven. Aktieselskabsloven indeholder imidlertid et udgangspunkt om negotiabilitet,

jf. AL § 4, stk. 1, nr. 12, hvorefter det skal fremgå af selskabets vedtægter, hvis selskabets aktier skal være ikke-omsætningspapirer. Aktiebreve er således udstyret med de fleste af de negotiabilitetsvirkninger, som gældsbrevsloven knytter til negotiable gældsbreve, og hvad angår disse virkninger, kan gældsbrevslovens regler om negotiable dokumenter anvendes analogt.

Udgangspunktet om negotiabilitet gælder både for ihændehaveraktier (som ikke er udstedt til nogen bestemt person) og navneaktier (som indeholder en angivelse af aktionæren). Medmindre andet fremgår af vedtægterne, er aktier frit omsættelige, jf. AL § 18, men dette er ikke en negotiabilitetsbetingelse. Aktier er altså som udgangspunkt negotiable, selv om f.eks. bestyrelsen skal give samtykke til aktieovergang, eller selv om der i vedtægterne er fastsat bestemmelser om f.eks. forkøbsret for andre aktionærer, ejerloft eller indløsningsret, jf. i det hele nærmere AL §§ 18-20 a. En aktie er kun ikke-negotiabel i aktieselskabslovens forstand, hvis der i henhold til bestemmelse herom i selskabets vedtægter er taget et utvetydigt og iøjnefaldende forbehold herom i aktiebrevet, jf. AL § 24, stk. 1. Forbeholdet kan lyde på, *at* aktien »ikke er til ordre«, *at* den er »uomsættelig«, *eller at* den er »ikke-negotiabel«. Derimod er det som nævnt ikke tilstrækkeligt til at fravige udgangspunktet om negotiabilitet, at aktien angiver aktionærens navn.

Som nævnt finder gældsbrevslovens negotiabilitetsregler som udgangspunkt anvendelse på et aktiebrev, som er negotiabelt i aktieselskabslovens forstand. Ifølge AL § 24, stk. 1, finder GBL § 14 om fortabelse af rettigheder over for *godtroende aftaleerhververe* således tilsvarende anvendelse på aktier. Bestemmelsen indeholder imidlertid ikke nogen henvisning til GBL § 22 om en panthavers beskyttelse mod pantsætterens retsforfølgende kreditorer. Ikke desto mindre må det også ved negotiable aktier antages, at kreditorbeskyttelse kun opnås, hvis pantsætteren er afskåret fra at råde over aktierne, d.v.s. berøvet rådigheden over aktiebrevene.

Mens negotiabilitetsreglerne om sikringsakter og rettighedseksstinktion også gælder for negotiable aktier, er der som nævnt ovenfor andre negotiabilitetsvirkninger, som ikke kan anvendes eller kun kan anvendes i modificeret form. Som det vigtigste eksempel skal her nævnes negotiabilitetsreglerne om fortabelse af indsigelser. Således kan aktieselskabets – eller aktionærernes – indsigelser, som støttes på vedtægtsbestemmelser, ikke eksstingveres af en godtroende aktieerhverver, jf. nærmere *Paul Krüger Andersen:* Aktie- og anpartsselskabsret, 7. udgave (2002) s. 158.

For så vidt angår papirløse aktier og aktiebreve, der angiver at være ikke-omsætningspapirer, er sikringsakten meddelelse til selskabet, jf. AL § 25 b, stk. 1 og 2 (om papirløse aktier). For så vidt angår aktier registreret i en

værdipapircentral er sikringsakten registrering. Om de sidstnævnte aktier indeholder værdipapirhandelsloven dog regler om fortabelse af indsigelser, som har væsentlige lighedspunkter med gældsbrevslovens regler. Herom samt om pantsætning af fondsaktiver i det hele taget henvises til fremstillingen nedenfor i kapitel 9.

4. Overdragelse til eje eller overdragelse til sikkerhed

Da overdragelse til eje af et bestemt pantebrev eller et bestemt aktiebrev er beskyttet mod overdragerens retsforfølgende kreditorer fra aftalens indgåelse, mens overdragelse til sikkerhed kun nyder beskyttelse mod retsforfølgning, hvis overdrageren er berøvet rådigheden over dokumentet, jf. GBL § 22, er sondringen mellem de to overdragelsesformer helt afgørende ud fra en sikkerhedsretlig betragtning. Også ud fra en konkursretlig synsvinkel er sondringen afgørende, idet KL § 70 om omstødelse af »pant for gammel gæld« kun finder anvendelse, hvis der er sket overdragelse til sikkerhed. Da panthavers stilling både med hensyn til sikringsakt og omstødelsesrisiko er ringere ved overdragelse til sikkerhed end ved overdragelse til eje, kan erhververen efter omstændighederne være interesseret i, at en sikkerhedsstillelse gives udseende af at være et salg. Se til illustration U 1984.929 H:

Et aktieselskab (A), der drev virksomhed med køb og salg af fast ejendom, havde den ordning med et pengeinstitut (P), at P til dagskurs købte de sælgerpantebreve, som fremkom ved A's ejendomssalg. Beløbene blev afskrevet på A's kassekredit. Ved A's konkurs opstod der tvist om retten til tre pantebreve. Under en retssag mellem konkursboet og P gjorde boet bl.a. gældende, at den generelle aftale om, at P skulle have adgang til at overtage A's pantebreve, alene indebar en overdragelse til sikkerhed. P gjorde gældende, at der for alle pantebreves vedkommende havde været tale om en overdragelse til eje. Højesteret udtalte, at den mellem A og P praktiserede generelle ordning ikke i sig selv var udtryk for en for kreditorerne bindende aftale om overdragelse af pantebrevene til eje, og at der ikke ved individuelle aftaler var truffet bestemmelse herom. Overdragelsen fandtes således at være sket til sikkerhed (og den i GBL § 22 foreskrevne sikringsakt var ikke foretaget, henholdsvis ikke foretaget uden for omstødelsesfristen i KL § 70, stk. 1, jf. KL § 73).

Sondringen mellem overdragelse til eje og overdragelse til sikkerhed må i øvrigt drages ud fra de samme kriterier som ved simple fordringer, hvor sondringen dog ikke er relevant for sikringsaktsproblemet, idet sikringsakten her er meddelelse til skyldneren uanset overdragelsens art, jf. GBL § 31. Ved

overdragelse af simple fordringer er spørgsmålet ikke desto mindre særdeles relevant – nemlig når der skal tages stilling til, om der kan ske omstødelse af »pant for gammel gæld«, jf. KL § 70. Dette spørgsmål er for så vidt angår simple fordringer behandlet nærmere ovenfor i kapitel 4, afsnit 7.1, og de her nævnte momenter er ligeledes afgørende for fastlæggelsen af retsstillingen ved pant i negotiable dokumenter. Som anført i det nævnte afsnit er to forhold afgørende for sondringen:

For det første må der lægges vægt på, om der ved overdragelsen er sket et endeligt opgør mellem parterne (hvilket taler for køb), eller om en efteropgørelse kommer på tale (hvilket taler for sikkerhedsstillelse). Ved en efteropgørelse forstås, dels at overdrageren skal betale erhververen et eventuelt resttilgodehavende, hvis realisationen ikke indbringer et tilstrækkeligt provenu, dels at erhververen skal betale overdrageren et eventuelt overskudsbeløb, hvis realisationen indbringer mere end erhververens tilgodehavende.

For det andet må der lægges vægt på, om den overdragne fordring (pantebrevet) tjener til sikkerhed for en anden fordring (en underliggende kredit). Denne sidste betingelse volder ikke særlige problemer ved overdragelse af negotiable dokumenter. Ifølge *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 31 er det i tvivlstilfælde afgørende, om formålet med overdragelsen har været at sikre erhververen (panthaver) betaling af et bestående eller samtidig stiftet krav mod overdrageren (pantsætter), således at erhververen kun har skullet holde sig til den overdragne negotiable fordring, såfremt overdrageren ikke betaler det skyldige beløb. Ifølge *Bent Iversen:* Sikkerhedsrettigheder, 2. udgave (1998) s. 247 er der en formodning for, at der er tilsigtet sikkerhedsstillelse, hvis der inden overdragelsen består et økonomisk mellemværende mellem parterne. Dette moment er også tillagt betydning af *Frederik Vinding Kruse:* Pant i løsøre og rettigheder (1928) s. 57. De nævnte udsagn kan tiltrædes som forenelige med U 1984.929 H.

5. Identifikation og individualisering

5.1. Nogle formuleringseksempler

Som nævnt ovenfor i kapitel 7, afsnit 2.1, har en panthaver kun fortrinsret til at søge sig fyldestgjort i dokumenter (eller andre aktiver), som bevisligt er omfattet af panteretten. Som nævnt i kapitel 7, afsnit 2.2, er individualiseringskravet egnet til at varetage to hovedformål. For det første er individualisering normalt en betingelse for, at der overhovedet kan etableres den kræve-

de rådighedsberøvelse. For det andet modvirkes kreditorbesvigelser ved inddragelse af yderligere eller mere kostbare genstande under pantet.

Indledningsvis kan der være grund til at fastslå, at det ikke giver anledning til individualiseringsproblemer, at der er tillagt pantsætter en ret til – med panthaverens medvirken – at foretage ombytninger med andre dokumenter. Der er herefter anledning til at se på nogle i praksis anvendte formuleringseksempler.

> Eksempel 1. Til sikkerhed for enhver skyld giver pantsætter det depotførende pengeinstitut »håndpant i nominelt 100.000 kr. af de nominelt 500.000 kr. aktier i Albatros A/S, som jeg har liggende i depot i pengeinstituttet«.
>
> Eksempel 2. Til sikkerhed for enhver skyld giver pantsætter det depotførende pengeinstitut »håndpant i nominelt 100.000 kr. af de aktier i Albatros A/S, som jeg har liggende i depot i banken til enhver tid«.
>
> Eksempel 3. Til sikkerhed for enhver skyld giver pantsætter det depotførende pengeinstitut »håndpant for 100.000 kr. i de pantebreve, som jeg har liggende i depot i banken til enhver tid«.

Eksempel nr. 1 bør efter det ovenfor anførte ikke give anledning til særlige individualiseringsproblemer. Pantsætter har en fordring mod pengeinstituttet på nominelt 500.000 kr. aktier, og af denne fordring pantsættes en aktiemængde – en halvgenerisk fordring – på nominelt 100.000 kr. aktier til pengeinstituttet selv. Aktiemængden på nominelt 500.000 kr. er klart afgrænset fra pantsætterens eventuelle øvrige aktier af samme art. Det udgør ikke noget problem, at aktiemængden på nominelt 100.000 kr. ikke er holdt adskilt fra de øvrige nominelt 400.000 kr. ikke-pantsatte aktier.

I U 1988.368 H, som er gennemgået ovenfor i kapitel 7, afsnit 2.2, faldt et lagerpant ganske vist i et tilfælde, hvor pantsatte vinflasker var sammenblandet med ikke-pantsatte vinflasker. I modsætning til situationen i dommen er det imidlertid i det her behandlede aktieeksempel aldeles klart, hvad der er pantsat. I dommen var det tilsyneladende tvivlsomt, om det var hele varelageret eller kun en del heraf, som var tilsigtet pantsat. Denne tvivl foreligger ikke i eksemplet. Der ses således ikke at foreligge nogen misbrugsmulighed i forhold til pantsætters øvrige kreditorer. Disse kan naturligvis søge sig fyldestgjort i den ikke-pantsatte aktiemængde på nominelt 400.000 kr. Beskrivelsen af det pantsatte ses heller ikke at rejse tvivl om rådighedsspørgsmålet.

Pengeinstituttet kan således frigive en aktiemængde på op til nominelt 400.000 kr., uden at pantet kommer i fare.

Eksempel nr. 2 må ud fra tilsvarende synspunkter være en holdbar konstruktion. Der er lige så lidt som i eksempel nr. 1 tvivl om, hvilken aktiemængde der er pantsat. Forskellen fra eksempel nr. 1 er i første række, at pantsætters fordring mod pengeinstituttet ikke som i eksempel nr. 1 er størrelsesmæssigt fikseret fra arrangementets start. Dette er imidlertid ikke til hinder for, at pengeinstituttet kan føre det krævede identifikationsbevis. Forskellen fra eksempel nr. 1 er i anden række, at der kan hævdes at foreligge en vis misbrugsrisiko, når aktiemængden er mindre end nominelt 100.000 kr., idet depotet i så fald kan »fyldes op«, indtil det indeholder nominelt 100.000 kr. Dette sidstnævnte problem er dog først og fremmest af konkursretlig art, jf. også nedenfor. *Håstad* i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 328 vil lægge vægt, dels på hvilke praktiske vanskeligheder som er forbundet med et krav om udskillelse, dels på de risici, som en ordning uden udskillelse af det pantsatte kan rejse ud fra »allmän panträttslig synspunkt«. *Håstad* er tilbøjelig til at ville kræve udskillelse, men udtaler, at det er »önskvärdt«, om en sådan kan undgås. Efter dansk ret synes der ikke at kunne lægges vægt på, at udskillelse af en pantsat mængde på 1.000 kubikmeter olie i en beholder med 10.000 kubikmeter volder større praktiske vanskeligheder end udskillelse af 1.000 pantsatte aktier i Albatros A/S i et depot med 10.000 af disse aktier. Pantet holder i begge tilfælde. Dette er da også konklusionen hos *Håstad op. cit* s. 330, når lageret indeholder varer af »jämngod kvalitet«. Det afgørende må være, at pantsætter ikke på egen hånd kan råde over den pantsatte mængde (jf. dog herom *Håstad* nedenfor under eksempel 3), og at de formål, som individualiseringskravet skal varetage, rent faktisk opfyldes (hvilket som påvist ovenfor er tilfældet). Pengeinstituttet kan tillade, at pantsætter udtager op til 400.000 kr. nominelt af depotet, uden at pantet derved kommer i fare, og i samme omfang kan pantsætters kreditorer søge sig fyldestgjort i depotet.

Eksempel nr. 3 er nok den i praksis mest anvendte konstruktion ved håndpant i almindelighed. For en umiddelbar betragtning medfører konstruktionen en større misbrugsrisiko end de to forrige, idet pantet i eksempel nr. 3 i princippet kan suppleres ubegrænset ved indlæggelse af yderligere pantebreve i depotet. Det er ganske vist almindeligt anerkendt, at der kan gives pant i fremtidige erhvervelser, blot de kan bestemmes og beskrives med den fornødne klarhed, jf. *Bent Iversen:* Panteret i fast ejendom og løsøre (2000) s. 66, men formuleringseksemplet i nr. 3 er helt åbent med hensyn til, hvilke pantebreve der i fremtiden kan blive indlagt i depotet. Ud fra en *panteretlig* betragtning forekommer konstruktionen imidlertid ikke så betænkelig:

For det første kunne pantsætter og panthaver opnå nøjagtig det samme resultat ved at indgå nye pantsætningsaftaler, hver gang yderligere pantebreve blev overgivet til panthaver, men et krav herom – der i givet fald ville være et materielt beskrivelseskrav – kan ikke antages at gælde. Et sådant krav ville næppe i noget betydende omfang modvirke kreditorbesvigelser: Er pantsætter og panthaver virkelig indstillede på at besvige pantsætters kreditorer ved overgivelse af negotiable pantebreve til panthaver, er der ingen grund til at tro, at et krav om en fornyet aftale – der i øvrigt kunne være mundtlig – ville holde parterne tilbage.

For det andet giver formuleringseksempel nr. 3 ikke anledning til nogen sammenblandingsproblemer, idet der jo netop skabes en fuldstændig klarhed om pantets omfang, når pantsætter *siden* indlægger bestemte dokumenter i depotet. Sammenfattende må det således konkluderes, at der fra indlæggelsestidspunktet – rådighedsberøvelsestidspunktet – er stiftet en kreditorbeskyttet panteret for pengeinstituttet. Situationen er blot ét eksempel på, hvad der ofte er tilfældet ved håndpant: At panthaveren bliver i stand til at føre identifikationsbeviset som følge af den foretagne (nødvendige) rådighedsberøvelse. Om problemet kan også henvises til *Håstad* i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 319: »Men om pantsätteran, efter att ha [pantsat] alla aktier i en viss depå, överlamnar aktier till panthavaren eller depositarien för at läggas in i depån, måste de överlämnande aktierne efter inlemmandet naturligtvis anses omfattade av pantsättningen.« Det forhold, at der i eksempel 3 er tale om et værdimæssigt begrænset pant, medfører heller ifølge *Håstad op. cit.* s. 332 f., at forholdet må behandles anderledes end i eksempel 1 og 2. *Håstad* s. 335 finder dog samlet, at en fri adgang for pantsætteren til at råde over »overskuddet« ikke er gyldig. Dette kan ikke tiltrædes for dansk rets vedkommende, når blot panthaver ved hver udtagning/ombytning har ført kontrol med, at det resterende pant er tilstrækkeligt, jf. i det hele om rådighedsproblemet nedenfor i afsnit 6. Som nævnt under gennemgangen af eksempel 1 og 2 kan pantsætters kreditorer søge sig fyldestgjort i oversikkerheden.

Det kan nævnes, at der også kan gives sekundært pant i de værdipapirer, som for fremtiden – d.v.s. efter at den sekundære panthaver har givet meddelelse til besidderen – indlægges i depotet, jf. *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 113. Om sekundært håndpant henvises i øvrigt til afsnit 6.2.2.

Ifølge *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 87 er der mulighed for at pantsætte eksempelvis »værdipapirer, som en bankkreditor [efterhånden] måtte komme i besiddelse af«. Denne udtalelse kan tiltrædes. Som begrundelse for resultatet udtales det, ligeledes på s. 87: »[D]er er praktisk trang til

sådanne aftaler, og faren for misligheder herved er forholdsvis ringe«. Også denne udtalelse kan tiltrædes, men det er ikke ganske klart, hvorledes udtalelsen hænger sammen med fremstillingen på s. 85 om håndpant i lagervarer, hvorom det hedder at »man [har anerkendt], at panteretten omfatter det til enhver tid værende lager, *i hvert fald når det drejede sig om mindre dele, der blev udskiftet*«. Den (her) kursiverede tilføjelse kan ikke tiltrædes som en betingelse for, at lagerpant skal anses for tilstrækkeligt klart beskrevet. Betingelsen ses i øvrigt heller ikke opstillet hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 151 ff. om udtagning og ombytning af lagerpant. Noget andet er, at udtagninger fra varelageret let rejser spørgsmål, om rådighedsberøvelsen har været effektiv, d.v.s. om sikringsakten er iagttaget, jf. således også *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 296.

Et helt andet forhold er, at formuleringen i eksempel nr. 3 ud fra en *konkursretlig* betragtning – d.v.s. ud fra et omstødelsessynspunkt – kan medføre en misbrugsmulighed, eksempelvis hvis der inden for tre-månedersfristen i KL § 70 indlægges pantebreve i depotet, som ikke udløser en til sikkerhedsforøgelsen svarende kreditgivning. Spørgsmålet om panterettens gyldige stiftelse er imidlertid ikke identisk med spørgsmålet om (risikoen for) omstødelse, hvilket allerede ses deraf, at omstødelsesproblemet overhovedet kun opstår i forhold til konkurskreditorerne. Det skal dog nævnes, at den panthaver, som ikke kan fremlægge dokumentation for de tidspunkter, hvor dokumenter er indlagt i depotet, efter omstændighederne let kommer i vanskeligheder i forhold til et konkursbo, som nedlægger påstand om omstødelse af (en del af) depotsikkerheden. Her skal blot bemærkes, at det forhold, at depotet stiger i værdi som følge af kursstigninger på værdipapirerne, ikke giver anledning til omstødelsesproblemer.

Om de nævnte formuleringseksempler skal nævnes, at det kun bliver aktuelt at drøfte individualiseringsproblemer, fordi pantsætter og panthaver i eksemplerne har valgt at *beskrive* pantet som genus. Imidlertid er hverken pantebreve eller aktiebreve fungible: Pantebreve kan beskrives individuelt ved angivelse af ejendommens matrikelnummer, debitors navn og/eller pantebrevets pålydende. Aktiebreve kan – om ikke andet – beskrives individuelt ved angivelse af det aktiebrevet påførte nummer. Hvis hvert enkelt pantebrev eller aktiebrev således er angivet som en specie, er individualiseringsproblemet naturligvis dermed løst.

5.2. Særligt om negotiable dokumenter i såkaldt samledepot

Et særligt individualiseringsproblem – som dog ikke knytter sig specifikt til håndpant – foreligger ved såkaldte samledepoter. Ved et samledepot forstås, at ét og samme depot hos en værdipapirhandler (f.eks. et pengeinstitut eller et

fondsmæglerselskab, jf. VPHL § 4) indeholder flere kunders værdipapirer, således at ejerforholdet til værdipapirerne fremgår af et register, som føres af værdipapirhandleren, jf. nærmere VPHL § 6, stk. 3. I tilfælde af retsforfølgning mod værdipapirhandleren kan den enkelte kunde på grundlag af registeret udtage sine værdipapirer af samledepotet, jf. VPHL § 6, stk. 4. Lovens regler om værdipapirer finder anvendelse ikke blot på aktier, men eksempelvis tillige på omsættelige pantebreve med pant i fast ejendom eller løsøre.

Fra retspraksis foreligger U 1997.762 H. Et vekselererfirma (V) havde for et dansk pengeinstitut (P) indkøbt nogle portugisiske og nogle spanske aktier. Aktierne var indlagt i et samledepot i henholdsvis en portugisisk og en spansk bank sammen med tilsvarende aktier tilhørende andre kunder hos V. Da V gik konkurs, opstod der tvist om, hvorvidt P kunne udtage aktierne som separatist. Højesteret fastslog, at en sådan udtagelse »i hvert fald« kunne ske i det foreliggende tilfælde, hvor depoterne ikke indeholdt tilsvarende aktier tilhørende V. Udtagelse kunne således ske i overensstemmelse med den af V foretagne »pålidelige« bogføring, jf. herved VPHL § 6, stk. 3 og 4 (hvortil der henvistes, selv om disse regler ikke var gældende, da V i juni 1988 blev erklæret konkurs).

Reglerne om samledepoter har som nævnt ikke specifikt henblik på pantsætningstilfælde, men kan dog også få betydning her. Har ejeren af et parti dokumenter indlagt i samledepot hos en værdipapirhandler pantsat dokumenterne, nyder panthaveren således ikke ringere beskyttelse over for værdipapirhandlerens konkursbo end ejeren (pantsætteren). Den udtagelsesret, som ejeren (pantsætteren) har på grundlag af det af værdipapirhandleren førte register, jf. VPHL § 4, kommer dermed panthaveren til gode. Det skal bemærkes, at de særlige regler om samledepoter i værdipapirhandelsloven alene vedrører forholdet til *værdipapirhandlerens* retsforfølgende kreditorer, men ikke forholdet til *pantsætterens* retsforfølgende kreditorer. Om pantet kan påvises med tilstrækkelig klarhed i forhold til de sidstnævnte kreditorer, må afgøres efter de ovenfor beskrevne almindelige regler:

Har ejeren givet pant i sin samlede, aktuelle del af depotet (f.eks. »nominelt 1 million kr. aktier i Albatros A/S«), og indlægger ejeren ikke senere tilsvarende aktier i depotet, opstår der ikke noget identifikationsproblem. Anderledes derimod, *hvis* (1) der senere indlægges tilsvarende dokumenter i depotet, *hvis* (2) pantsætningsaftalen vedrører en del af en mængde ensartede dokumenter, *eller hvis* (3) pantsætningen gælder de aktier eller pantebreve, som ligger i depotet »til enhver tid«.

Vedrørende situation (1) bemærkes, at der foreligger den fornødne klarhed med hensyn til, hvad der er pantsat, hvis der f.eks. er givet pant i »min aktuel-

le beholdning af aktier i Albatros A/S, indlagt i samledepot hos NN« eller »nominelt 500.000 kr. aktier i Albatros A/S, indlagt i samledepot hos NN«, selv om der senere indlægges flere tilsvarende aktier i depotet.

Det samme er tilfældet vedrørende situation (2), hvis pantsætningsaftalen angår »nominelt 500.000 kr. af 1 million kr. aktier, indlagt i samledepot hos NN«. Selv om de pantsatte aktier ikke er holdt adskilt fra de ikke-pantsatte, er der i ingen af de to tilfælde tvivl om, hvor mange aktier der er omfattet af panteretten. Dermed er der ikke den uklarhed om pantets omfang, som forelå i den ovenfor omtalte U 1988.368 H (hvor panteretten i en del af et lager faldt, idet der bl.a. blev lagt vægt på sammenblandingen mellem pantsatte og ikke-pantsatte lagervarer). Problemet er det samme, som ovenfor i afsnit 5.1 er behandlet vedrørende formuleringseksemplerne nr. 1 og nr. 2.

Problemet i situation (3) er identisk med problemet i formuleringseksempel nr. 3 ovenfor i afsnit 5.1. Selv om håndpant i en andel af et samledepot »til enhver tid« giver mulighed for en i princippet ubegrænset udvidelse af pantet, må det antages, at beskrivelsen er tilstrækkelig klar: Dels bliver der ikke tale om sammenblanding mellem pantsatte og ikke-pantsatte aktier; dels kunne pantsætter og panthaver opnå nøjagtig det samme resultat ved at indgå en ny pantsætningsaftale, hver gang yderligere aktier blev indlagt i depotet, men et krav herom ses ikke at tjene noget fornuftigt formål og kan som allerede nævnt ikke antages at gælde.

Også når der er tale om negotiable dokumenter indlagt i samledepot, skal panthaveren etablere rådighedsberøvelse, jf. GBL § 22 modsætningsvis. Da ejeren (pantsætteren) i disse tilfælde ikke selv er i besiddelse af dokumenterne, som befinder sig hos tredjemand, kan sikringsakten helt enkelt foretages ved at give meddelelse om håndpanteretten til besidderen.

6. Rådighedsberøvelse

6.1. Generelt om sikringsakten

Det følger af GBL § 22, at pantsætning af et negotiabelt gældsbrev ikke har gyldighed – d.v.s. ikke nyder beskyttelse – mod pantsætters kreditorer, medmindre panthaver har fået dokumentet i hænde. Kravet om panthavers »ihændehavelse« skal dog ikke forstås bogstaveligt, idet det er tilstrækkeligt, at pantsætter er berøvet den faktiske rådighed over det pantsatte dokument. Afgørende er altså ikke det positive: at panthaver besidder dokumentet, men det negative: at pantsætter ikke besidder dokumentet. Der er intet til hinder for, at tredjemand besidder dokumentet på panthavers vegne, hvilket i øvrigt

nærmest forekommer undtagelsesfrit, når der er givet sekundært pant i et negotiabelt dokument. Her vil den primære panthaver ofte i forvejen besidde dokumentet på egne vegne, således at den sekundære panthaver kan etablere den nødvendige rådighedsberøvelse til beskyttelse af *sin* ret ved helt enkelt at give meddelelse herom til den primære, der herefter også besidder dokumentet på den sekundæres vegne. Beskyttelse af en håndpanteret kan også opnås ved meddelelse til en (af pantsætteren uafhængig) tredjemand, der besidder dokumentet, selv om den pågældende tredjemand ikke har nogen materiel ret over dokumentet. I praksis kan en sådan tredjemand f.eks. være et pengeinstitut, hvori dokumentet er indlagt i opbevaringsdepot. Meddelelsen skal i de nævnte tilfælde medføre, at pantsætter er effektivt afskåret fra faktisk af disponere over selve det fysiske dokument (d.v.s. selve pantebrevet eller aktiebrevet). Meddelelsen skal med andre ord have den virkning, at tredjemand ikke er berettiget til at udlevere dokumentet til pantsætteren uden panthaverens samtykke, jf. *Bent Iversen:* Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988) s. 137.

Bestemmelsen i GBL § 22 vedrører som anført alene forholdet til pantsætterens retsforfølgende kreditorer. Det kan heraf modsætningsvis udledes, at der ikke kræves rådighedsberøvelse til opnåelse af beskyttelse mod pantsætters omsætningserhververe. Beskyttelsen indtræder i denne relation allerede ved aftalens indgåelse. I praksis må panthaver imidlertid i egen interesse etablere rådighedsberøvelse for at være beskyttet mod mislige transaktioner fra pantsætters side. I modsat fald risikerer panthaver, at hans ret bliver ekstingveret af pantsætters aftaleerhververe, der har fået dokumentet i hænde i god tro i henhold til en gyldig og uomstødelig overdragelse, jf. herved GBL § 14.

Det bemærkes, at det ved negotiable dokumenter ikke er en betingelse for opnåelse af kreditorbeskyttelse, at skyldneren (pantebrevets debitor henholdsvis aktieselskabet) alene kan betale ydelser (renter og afdrag henholdsvis udbytte) til panthaveren. At panthaver lader pantsætteren oppebære pengeydelser, som skal betales i henhold til det pantsatte dokument, truer således ikke rådighedsberøvelsen i GBL § 22's forstand. Det krav om rådighedsberøvelse, som følger af den nævnte bestemmelse, knytter sig nemlig som beskrevet til besiddelsen af dokumentet, ikke til oppebørsel af fordringen. Vedrørende aktieudbytter – der efter klassisk panteretlig terminologi betegnes som »frugter« – er det ligefrem den deklaratoriske regel, at udbytte oppebæres af pantsætter (dog således at panthaver kan fratage pantsætter oppebørselsretten i tilfælde af pantsætters misligholdelse af det sikrede skyldforhold). Se til-

svarende *Illum* i U 1959 B s. 128 og *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 100 f.

Rådighedsproblemet består af to led. *For det første* skal rådighedsberøvelsen være etableret. Ved pant i negotiable dokumenter kan navnlig spørgsmålet om adressaten for en meddelelse om en sekundær panteret give anledning til tvivl, jf. nærmere nedenfor i afsnit 6.2. *For det andet* skal rådighedsberøvelsen efterfølgende være opretholdt. Problemer i denne henseende kan navnlig tænkes at opstå, hvis panthaver tillader, at der udtages dokumenter fra depotet, jf. nedenfor i afsnit 6.3.

6.2. Rådighedsberøvelsens etablering

6.2.1. Almindelige bemærkninger

Ved primært håndpant i negotiable dokumenter vil rådighedsberøvelsen i praksis blive etableret ved overgivelse af dokumenterne til panthaveren eller ved meddelelse til en af pantsætter uafhængig besidder af dokumenterne (f.eks. et depotførende pengeinstitut).

Som eksempel på et tilfælde, hvor den tredjemand, der var rådig over dokumenterne, ikke havde den fornødne uafhængighed i forhold til pantsætteren, kan nævnes U 1982.1167 V: Et aktieselskab håndpantsatte nogle ejerpantebreve til en udlandsdansker (A) til sikkerhed for lån, som A havde ydet selskabet. Håndpantsætningen var kommet i stand på den måde, at A's advokat, der ejede hovedparten af aktierne i selskabet og var legitimeret til at disponere med virkning for selskabet, havde underskrevet en håndpantsætningserklæring på selskabets vegne til A. Advokaten handlede samtidig på A's vegne i kraft af en generalfuldmagt fra A til bestyrelse af A's formue i Danmark. Efter at ejerpantebrevene var tinglyst, blev de af tinglysningsdommeren sendt til amtet til stempelresolution, men inden de blev udleveret herfra, var aktieselskabet blevet erklæret konkurs. Der fandtes ikke at være stiftet nogen gyldig håndpanteret for A i forhold til konkursboet, idet aktieselskabet ikke på noget tidspunkt effektivt havde været berøvet rådigheden over pantebrevene, jf. GBL § 22.

Det kan spørges, om det er tilstrækkeligt, at panthaver havde føje til at tro, at rådighedsberøvelsen var effektivt etableret, hvis rådighedsberøvelsen ikke reelt er blevet effektiv som følge af de trufne foranstaltninger. Dette spørgsmål må som klart udgangspunkt besvares benægtende. Noget andet er, at det efter omstændighederne er tilstrækkeligt, at panthaver har foretaget sådanne foranstaltninger, som er (klart) *egnede* til at bringe rådighedsberøvelsen i stand, medmindre der er noget at bebrejde panthaveren, jf. *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 301. Ved U 1957.264 H (om et nøglepant) synes der at være stillet meget lave krav til rådighedsberøvelsen, idet denne

ansås tilstrækkelig, selv om panthaveren ikke havde sikret sig, at der ikke var ekstra nøgler til låsen. At pantet må holde i sådanne tilfælde antages også af *Walin:* Panträtt, 2. uppl. (1998) s. 91. Se dog mere tilbageholdende *Illum* i U 1959 B s. 1 ff., *Frederik Vinding Kruse* i TfR 1959 s. 9 ff. og *Almgren:* »Pantsättning genom överlämnanda av nyckler« i Rättsvetenskapliga studier ägnade minnet af Phillips Hult (1960) s. 31. Som anført af den sidstnævnte forfatter kan panthaveren altid gardere sig ved sørge for, at der anbringes en ny lås til opbevaringsrummet (noget der dog ikke er aktuelt, når der er tale om pant i et værdipapirdepot, som opbevares i et pengeinstitut).

Ved pant i værdipapirdepoter kan problemet i praksis snarere tænkes at opstå i forbindelse med urådighedens fortsatte opretholdelse (jf. U 1984.1071 H og nedenfor i afsnit 6.3) end i forbindelse med urådighedens etablering. Dog kan til illustration af problemet i den sidstnævnte forbindelse henvises til U 1993.96 H om håndpant i et varelager: Ifølge håndpantsætningserklæringen var varelageret oplagt hos en speditør, der overfor håndpanthaveren (et pengeinstitut) bl.a. havde forpligtet sig til ikke at frigive varerne uden håndpanthaverens tilladelse. Imidlertid var varepartiet ved håndpantsætningserklæringens afgivelse oplagt i nogle haller, som pantsætteren selv havde lejet og havde fri og uhindret adgang til. Dette forhold blev ikke senere ændret, hverken ved flytning af varerne eller aflåsning af hallerne. Med andre ord blev pengeinstituttet, der ikke selv foretog nogen kontrol af urådighedens etablering, slemt svigtet af speditøren. Landsretten fastslog, at der under de anførte omstændigheder ikke var foretaget en behørig sikring af håndpanteretten, uanset om pengeinstituttet måtte have haft føje til at antage, at rådighedsberøvelse var sket (ved foranstaltninger truffet af speditøren).

6.2.2. *Særligt om sekundært håndpant*

Spørgsmålet om rådighedsberøvelsens etablering har i teorien navnlig givet anledning til uenighed om, hvad en sekundær panthaver skal foretage sig for at opnå beskyttelse mod pantsætterens retsforfølgende kreditorer, jf. GBL § 22. Nogen tvivl består dog ikke, når den primære panthaver selv besidder det negotiable dokument, idet den sekundære da som ovenfor nævnt blot skal anmelde sin ret over for den primære. Angår den primæres panteret imidlertid et negotiabelt dokument, som er indlagt (til administration) i f.eks. et pengeinstitut, er det omdiskuteret, om meddelelsen skal gives til den primære håndpanthaver eller til besidderen (pengeinstituttet).

Dette spørgsmål opstod i U 1984.598 SH, der bl.a. vedrørte følgende situation: En person (L) gav et aktieselskab (og dettes datterselskaber) primært håndpant i et ejerpantebrev, som blev indlagt i depot i et pengeinstitut (P) med en notering, hvorefter der kun kunne disponeres over pantebrevet med samtykke af håndpanthaver. L var aktionær i aktieselskabet og havde betydelige interesser heri. Siden blev ejerpantebrevet

sekundært håndpantsat til en af aktieselskabets kreditorer. Den sekundære håndpanthaver gav ikke meddelelse om sin håndpanteret, hverken til den primære håndpanthaver eller til P, idet den medvirkende advokat anså sådan meddelelse for overflødig på grund af personsammenfald mellem L og den primære håndpanthaver. Under den efterfølgende retssag om retten til ejerpantebrevet fandt Sø- og Handelsrettens flertal ikke, at personsammenfaldet »kunne begrunde en afvigelse fra det sædvanligt, blandt andet til sikring imod misbrug, fastholdte krav om denunciation af yderligere pantsætningsdispositioner over *for den primære håndpanthaver*« [min udhævning]. (*Dissens* af en dommer, der på grund af personsammenfaldet fandt, at krav om en formel denunciation ville have været »en meningsløshed eller i hvert fald en ren formalitet«).

Flertallets begrundelse er navnlig kritiseret af *Willumsen* i Juristen 1988 s. 133 ff. Ifølge *Willumsen* burde begrundelsen have været, at meddelelse om den sekundære håndpanteret ikke var givet til besidderen (pengeinstituttet). Se tilsvarende *Lyngsø:* Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989) s. 168 f. og formentlig tilsvarende *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 316. Anderledes derimod *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 325. Disse forfattere tager afstand fra kritikken, idet det netop i U 1984.598 SH var noteret hos pengeinstituttet, at der kun kunne disponeres over pantebrevet med den primære håndpanthavers samtykke, d.v.s. at det var den primære håndpanthaver, der styrede besiddelses- og rådighedsspørgsmålet. Se også *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 45, der vil tillade valgfrihed mellem meddelelse til besidderen og den primære panthaver i tilfælde, hvor besidderen ikke kan udlevere dokumentet til pantsætter uden primærpanthaverens accept. *Håstad* i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 312 udtaler helt generelt, at meddelelsen skal gives til »den som innehar värdepappern«.

Det kan uden videre fastslås, at den sekundære håndpanthaver under alle omstændigheder kan give meddelelse til besidderen. Spørgsmålet er alene, om den sekundære i stedet kan vælge at give meddelelse den primære håndpanthaver, når denne ikke besidder dokumentet. Når der under alle omstændigheder kan gives meddelelse til besidderen, skyldes det, at besidderen – der i forvejen har dokumentet i hænde på den primæres vegne – ved meddelelsen tillige kommer til at besidde dokumentet på den sekundæres vegne. – Det kan ikke indvendes mod det anførte, at den primære alt efter de indgåede aftaler »styrer« udleveringsspørgsmålet og eksempelvis kan kræve dokumentet udleveret til sig selv. Besidderen er nemlig uberettiget til at udlevere dokumentet til den primære uden samtidig at oplyse om den sekundæres ret. Efter besidderens udlevering til den primære vil den primære med andre ord også besidde dokumentet på den sekundæres vegne. – Det kan heller ikke indven-

des mod det anførte, at den sekundære er nødt til at meddele sig til den primære, hvis den sekundære vil være sikker på, at der ikke mellem den primære og pantsætteren indgås aftale om, at sikkerheden skal dække yderligere kredit. Indrømmer den primære yderligere kredit under sikkerheden, rejser dette således alene spørgsmål om, hvilket beløb den sekundære skal respektere *i forhold til den primære*, men ikke spørgsmål om, hvilken prioritetsstilling den sekundære har *i forhold til pantsætterens retsforfølgende kreditorer.*

At meddelelse til besidderen under alle omstændigheder er korrekt sikringsakt – og at præmisserne til U 1984.598 SH dermed er uheldige – synes da også klart at fremgå af dommen refereret i U 1958.744 H, jf. herved *Willumsen* i Juristen 1988 s. 72, note 10. I flertallets præmisser hedder det således, at underretning kunne ske til banken, »der som førstepanthaver havde pantebrevet i besiddelse«, hvorimod meddelelse til en advokat var uden betydning for sikkerhedsspørgsmålet, »idet advokaten ikke havde pantebrevet i besiddelse«. Den nævnte afgørelse synes kun at kunne læses således, at meddelelse til besidderen (på daværende tidspunkt) var eneste korrekte sikringsakt.

Siden U 1958.744 H er der sket en udvikling i retspraksis i retning af i højere grad at acceptere alternative sikringsakter ud fra hensigtsmæssighedshensyn. Her skal blot nævnes U 1979.357 H, hvor en sekundær transporthaver i en *simpel* fordring antoges at være beskyttet mod pantsætterens kreditorer i kraft af en meddelelse til den primære transporthaver. Meddelelse til skyldneren, jf. GBL § 31, ansås med andre ord for overflødig, idet skyldneren kun kunne betale med frigørende virkning til den primære transporthaver, således at arrangementet alt i alt indebar en effektiv rådighedsberøvelse, jf. *Torben Jensen* i U 1979 B s. 209 ff. Det er dog almindeligt antaget, at dommen må læses således, at der ved simple fordringer består et system med alternative sikringsakter, idet en sekundær transporthaver må kunne vælge mellem at give meddelelsen enten til skyldneren eller til den primære transporthaver, jf. nærmere ovenfor i kapitel 3, afsnit 4.4.2.

Man kan rejse spørgsmålet, om det system med alternative sikringsakter, som kendes fra simple fordringer, kan anvendes til løsning af det til dels tilsvarende – men ikke identiske – problem, som her er skitseret vedrørende negotiable fordringer. Grundlæggende panteretlige betragtninger taler dog imod noget sådant, jf. allerede ovenfor i kapitel 1, afsnit 4: Hvor alternative sikringsakter er blevet anerkendt af domstolene, er dette sket ud fra hensyn til panthaveren – eller i et videre perspektiv ud fra hensyn til kreditgivningen – men de forskellige alternative sikringsaktssystemer har altid haft omkostninger. Ved indførelse af alternative sikringsakter skabes der således usikkerhed om, hvilke(n) sikringsakt(er) der giver den ønskede beskyttelse.

I øvrigt sker indførelsen af alternative sikringsakter stedse i et eller andet omfang på bekostning af pantsætters øvrige retsforfølgende kreditorer eller aftaleerhververe, der ikke længere kan henvende sig ét bestemt sted for at få oplysning om eventuelle foranstående rettigheder; med andre ord svækkes sikringsakternes offentliggørende funktion.

Ved sekundære transporter i simple fordringer er denne omkostning betalt med åbne øjne, jf. *Torben Jensen* i U 1979 B s. 215, hvor det udtrykkeligt udtales, at kriteriet »effektiv rådighedsberøvelse« var det *eneste*, som Højesteret tillagde vægt ved afgørelsen U 1979.357 H. En tilsvarende betragtning kan anlægges ved sekundært håndpant i negotiable dokumenter, idet det *kan* hævdes, at rådighedsberøvelsen bliver effektiv ved meddelelse til primære håndpanthaver, som styrer rådighedsspørgsmålet i forhold til det pengeinstitut, hvori det negotiable dokument er indlagt i depot. Dette ændrer dog ikke ved de ovenfor anførte principielle argumenter imod en sådan retstilstand. I øvrigt må det betænkes, at retsstillingen vedrørende pant i simple fordringer nok så meget er begrundet i praktiske hensyn, jf. således udtrykkeligt *Torben Jensen* i U 1979 B s. 217 (om den særlige baggrund for ordningen i byggebranchen). Helt så tungtvejende praktiske hensyn foreligger næppe ved sekundært håndpant i negotiable dokumenter.

Det skal nævnes, at det behandlede problem også kan opstå med hensyn til negotiable dokumenter indlagt i såkaldte samledepoter, jf. herved VPHL § 6, stk. 3–5, og ovenfor i afsnit 5.2 om sådanne depoter. Eksempelvis kan der opstå spørgsmål, om meddelelse skal gives til den værdipapirhandler (f.eks. en fondsbørsmægler), som har oplagt depotet i et pengeinstitut, eller til det pengeinstitut, som besidder depotet. Spørgsmålet må besvares ud fra de ovenfor anførte synspunkter.

Afslutningsvis bemærkes, at der ud fra en rent *praktisk* betragtning bør gives meddelelse såvel til den primære håndpanthaver som til besidderen, når disse ikke er identiske: Dels hersker der som sagt uenighed om retstilstanden. Dels vil meddelelsen til primære håndpanthaver bringe denne i ond tro, jf. princippet i GBL § 29, og således fratage den primære legitimationen til at foretage kreditudvidelser på forprioriteten til skade for den sekundære (jf. dog ovenfor i kapitel 3, afsnit 9.3, om de synspunkter, der kan føre til, at en kreditudvidelse på forprioriteten må respekteres).

6.3. Rådighedsberøvelsens opretholdelse

6.3.1. Almindelige bemærkninger

Er der givet håndpant i et pantebrevsdepot, som er i håndpanthavers besiddelse, således at rådighedsberøvelse er etableret, opstår der ikke problemer med

hensyn til rådighedsberøvelsens opretholdelse, hvis håndpantsætter hverken har adgang til depotet eller får udleveret dokumenter herfra. Er depotet indlagt til administration i et pengeinstitut, opstår der under i øvrigt tilsvarende omstændigheder ikke noget rådighedsproblem, hvis håndpanthaveren har givet pengeinstituttet meddelelse om, at det skal besidde depotet på håndpanthaverens vegne.

Mens det således er let at give eksempler på, at rådighedsberøvelsen må anses for effektivt opretholdt, er det tilsvarende let at give eksempler på det modsatte: Eksempelvis får håndpantsætteren (f.eks. en ansat) overgivet nøglerne til det pengeskab, hvori håndpanthaveren (arbejdsgiveren) har indlagt negotiable dokumenter, der tjener til sikkerhed for et ydet lån. Eller det aftales, at håndpantsætteren uden begrænsninger – f.eks. blot »efter behov« – har krav på, at håndpanthaveren udleverer ham dokumenter fra depotet.

6.3.2. Særligt om pant i skiftende formuemasser

6.3.2.1. Problemet belyst ved U 1984.1071 H

De største vanskeligheder opstår i de tilfælde, hvor rådighedsberøvelsen nok er etableret, men hvor det er meningen, at der skal udleveres dokumenter fra – og eventuelt indlægges dokumenter i – depotet som led i pantsætterens aktive formuepleje. Sådanne depoter, der undertiden betegnes som »arbejdsdepoter«, er bl.a. kendetegnet ved, at sikkerhedsmassen er »flydende«, d.v.s. består af skiftende dokumenter. Hvis der sker en reduktion af den samlede værdi af et depot – som følge af, at udtagninger og indlæggelser af dokumenter værdimæssigt ikke går »lige op« – kan man tale om, at panter »siver«.

Pantsætterens ønske om frigivelse fra et værdipapirdepot kan have mange forskellige årsager. Eksempelvis kan det tænkes, at pantsætter ønsker at få udleveret dokumenter fra depotet med henblik på salg, således at det indkomne provenu (1) straks placeres i andre investeringsobjekter, (2) holdes i kontanter med henblik på senere investeringer, (3) anvendes til nedbringelse af gæld eller (4) anvendes til almindeligt forbrug.

Det truer ikke rådighedsberøvelsen, hvis håndpanthaver i enkeltstående tilfælde giver sit konkrete samtykke til, at dokumenter udgår af sikkerheden, og udleverer disse dokumenter til håndpantsætter. Mere problematisk er situationen, når der løbende sker frigivelser, f.eks. fra et såkaldt arbejdsdepot. Den grundlæggende indvending, som kan tænkes rejst mod den sikkerhedsmæssige holdbarhed i disse tilfælde, er, at rådighedsberøvelsen kompromitteres, hvis håndpantsætters anmodninger om frigivelse af dokumenter fra depotet mere eller mindre konsekvent imødekommes af håndpanthaver.

Spørgsmålet er, hvilke betingelser der skal være opfyldt, for at rådighedsberøvelsen i sådanne tilfælde kan betragtes som *reel*.

I teorien har dette spørgsmål navnlig været omtalt i forbindelse med håndpant i varelagre. Se *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 296, hvorefter »der vist er almindelig enighed om, at håndpantsætning af varelagre kun er en brugbar finansieringsform, hvis der er tale om varelagre, der ikke skal tages af jævnligt«. Udtalelsen skal muligvis læses således, at håndpant i et varelager ikke er en særlig anvendelig sikkerhedsform som følge af de *praktiske* problemer, som er forbundet med rådighedsberøvelsen.

Se også *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 85 hvor det hedder, at »man [har anerkendt], at panteretten omfatter det til enhver tid værende lager, i hvert fald når det drejede sig om mindre dele, der blev udskiftet«. Den sidstnævnte udtalelse har dog alene henblik på spørgsmålet om pantets individualisering, jf. herom ovenfor i afsnit 5.1.

Andre forfattere vil på visse betingelser tillade håndpant i vekslende aktivmasser (omsætningsaktiver), jf. således *Bent Iversen:* Panteret i fast ejendom og løsøre (2000) s. 269 (om håndpant i varelager), *Ørgaard*: Sikkerhed i løsøre, 3. udgave (1998) s. 18 f. (om håndpant i varelager) samt *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 152 ff. (om håndpant i varelager) og s. 326 (om håndpant i sikkerhedsdepoter med negotiable dokumenter). De nærmere betingelser omtales nedenfor efter gennemgangen af U 1984.1071 H, som er den ledende dom om rådighedsproblemet ved arbejdsdepoter, og som derfor skal refereres udførligt her: Et vekselererfirma (V) havde lånt et større beløb af et aktieselskab (A). Til sikkerhed for lånet havde V givet A pant i et værdipapirdepot, som var indlagt i et pengeinstitut (P). Det var aftalt, at kursværdien af aktierne i depotet til enhver tid skulle svare til størrelsen af V's gæld til A med en overdækning på 10%. Såvel dette vilkår som øvrige vilkår for depotsikkerheden fremgik af en skrivelse, som var sendt til P. I skrivelsen hed det bl.a., at der hver mandag – med fredag som skæringsdag – skulle udarbejdes en depotopgørelse, som skulle sendes til A den følgende hverdag (d.v.s. tirsdag). Originalen af skrivelsen var af P blevet forsynet med følgende påtegning: »Herved bekræftes ovenstående og at vi har modtaget en ligelydende genpart«. V havde den ene og P den anden af de to nøgler, som gav adgang til boksen med depotet. Ordningen blev herefter praktiseret således, at V næsten dagligt indlagde aktiebreve i og udtog aktiebreve fra depotet. P's repræsentant var til stede med nøgle ved de enkelte indlægninger og udtagninger og undersøgte i den forbindelse, om forandringerne i depotet var i overensstemmelse med angivelserne i det følgebrev, som V's repræsentant medbragte. Ugeopgørelserne blev udarbejdet af P hver mandag bortset fra to tilfælde, hvor skæringsdagen var tirsdag henholdsvis onsdag, og bortset fra et yderligere tilfælde, hvor ugeopgørelse slet ikke blev udarbejdet. Efter de foretagne ombytninger var der stedse en overdækning på mere end 10% bortset fra ét tilfælde, hvor overdækningen

kun var på 9,98%, og et andet tilfælde – efter økonomisk sammenbrud af et af de dominerende selskaber i aktieporteføljen – hvor der var en underdækning på 22,96%. I forbindelse med V's konkurs blev det konstateret, at P ikke havde foretaget nogen kurskontrol, hverken ved de enkelte ombytninger eller ved udarbejdelsen af ugeopgørelserne. (Ved ugeopgørelserne kastede man alene »et blik« på de af V anførte kurser for at konstatere »om de nogenlunde svarede til den almindelige fornemmelse af kursniveauet«). Heller ikke A, som havde modtaget ugeopgørelserne, havde foretaget nogen kurskontrol, idet man var gået ud fra, at P havde foretaget kontrollen. Under en efterfølgende retssag mellem V's konkursbo og A nedlagde boet påstand om, at depotet eller værdien heraf måtte indbetales til boet, idet der ikke var foretaget den fornødne sikringsakt: rådighedsberøvelse. A påstod frifindelse og henviste i første række til, at overdækningen havde været i overensstemmelse med det aftalte bortset fra den sidste opgørelse, hvor den manglende dækning skyldtes kursfald. A henviste i anden række til, at det – hvis kontrollen fandtes utilstrækkelig – ikke kunne komme A til skade, at P ikke havde foretaget den fornødne kontrol. Højesterets flertal på tre dommere lagde til grund, at hverken P eller A førte kontrol med, at værdipapirernes kursværdi også efter ombytninger »stedse« opfyldte kravene i vekselererfirmaets skrivelse til P om pantsætningsvilkårene. Herefter hedder det i præmisserne: »Efter de foreliggende oplysninger findes [A] ikke ved denne skrivelse at have givet [P] instruktion om at foretage en sådan kontrol. Der har således været adgang for [V] til at fravige vilkårene for den trufne ordning. Det tiltrædes herefter, at der ikke ved denne er sket en sådan effektiv rådighedsberøvelse, som må kræves, for at en håndpantsætning skal kunne opnå beskyttelse over for pantsætterens øvrige kreditorer. Det findes herved uden betydning, om [V] i det væsentlige måtte have overholdt de for pantsætningen gældende vilkår«. (Dissens af to dommere, som fandt, at P havde været forpligtet til at føre kontrol, og at panteretten ikke var bortfaldet som følge af, at P ikke – trods A's berettigede forventning herom – havde ført nøje kontrol med overholdelsen af vilkårene).

Som nævnt ovenfor kan hyppige – in casu: næsten daglige – udtagninger fra et sikkerhedsdepot rejse tvivl om rådighedsberøvelsens effektivitet. *Så* hyppige udtagninger kan efter omstændighederne tyde på, at pantsætterens (V's) anmodninger mere eller mindre »automatisk« er blevet imødekommet. Nok må panthaver medvirke – in casu: ved med nøgle at oplåse en bokslås – når pantsætter får adgang til depotet, men dette kan hævdes mere at være udtryk for en formel medvirken end for en reel rådighedsberøvelse, når udtagningerne er så hyppige som i U 1984.1071 H.

Det var for Højesterets flertal ikke afgørende, at pantsætningsaftalens krav med hensyn til opgørelsestidspunkter og krav til overdækning rent faktisk var blevet overholdt (bortset fra tre forsinkede/udeblevne ugeopgørelser og to tilfælde af underdækning i den godt 6 måneder lange periode, der gik fra sikkerhedens etablering til pantsætterens konkurs). Afgørende var derimod,

at der ikke var ført nogen *kontrol*. Se så vidt ses anderledes *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 155, der læser dommen således, at pantet faldt, fordi »den aftalte sammenhæng mellem gæld og pant ikke *opretholdtes*« [min udhævning].

Højesterets flertal er på linje med det almindelige panteretlige *udgangspunkt*, hvorefter den blotte mulighed for, at arrangementets tilrettelæggelse indebærer, at pantsætter kan komme til pantet på egen hånd, medfører panterettens bortfald, selv om adgangen rent faktisk ikke er benyttet. I U 1984.1071 H synes Højesterets mindretal konkret at have tillagt det vægt, at vilkårene i det væsentlige var overholdt. I hvert fald fremhæver mindretallet, at alle opgørelser – på nær to – viste en overdækning på mindst 10%.

Selv om pantet ikke nød beskyttelse mod retsforfølgning i U 1984.1071 H, bygger dommen på en klar forudsætning om, at det netop beskrevne rådighedsproblem i forbindelse med arbejdsdepoter kan løses ved iværksættelse af særlige kontrolforanstaltninger. Dette er også i udmærket overensstemmelse med, hvad der i teorien antages at gælde som en panteretlig grundsætning, nemlig at en (lidt) mangelfuld rådighedsberøvelse efter omstændighederne kan »repareres« ved udførelse af kontrol, jf. *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 301. I den forbindelse skal dog bemærkes, at det under alle omstændigheder er nødvendigt, at panthaver eller dennes repræsentant rent fysisk skal medvirke, for at pantsætter kan komme til dokumenterne i depotet, idet der i modsat fald ikke foreligger den fysiske/faktiske rådighedsberøvelse, som må kræves efter GBL § 22. Der bliver altså under ingen omstændigheder tale om, at selv nok så indgående kontrolforanstaltninger kan *erstatte* den fysiske rådighedsberøvelse.

Den kontrol, som skulle have været – men ikke var blevet – foretaget i U 1984.1071 H, var en kontrol af sammenhængen mellem pantets værdi og den pantesikrede fordrings størrelse. To spørgsmål trænger sig herefter på. For det første, hvor hyppig en kontrol dommens panthaver skulle have foretaget. For det andet, om en sådan kontrol også skal foretages i tilfælde, hvor der ikke – som i dommen – er truffet nogen nærmere aftale om et bestemt værdiforhold mellem pantet og den sikrede fordring.

Hvad angår spørgsmålet om krav til kontrollens hyppighed, indeholder Højesterets præmisser som nævnt en udtalelse om, at depotet efter foretagne ombytninger »stedse« skulle opfylde kravene i skrivelsen til P om pantsætningsvilkårene – herunder vilkåret om overdækning på 10%. Udtalelsen tyder på, at der må foretages værdikontrol (in casu: kurskontrol) ved hver eneste ombytning. Således skal dommen dog næppe læses. Henvisningen til den nævnte skrivelse er helt generel og omfatter tillige vilkåret om ugentlig kon-

trol »bagud« hver mandag (på baggrund af de foreskrevne ugeopgørelser). Dommen giver ikke svar på spørgsmålet, om sikkerheden også ville have holdt, hvis det havde været aftalt, at den bagudrettede kontrol skulle foretages med større intervaller end én uge – og en sådan kontrol rent faktisk var foretaget. Flere forhold kan tænkes at spille ind ved afgørelsen af, hvor lange tidsintervaller der kan accepteres. Bl.a. må der formentlig lægges vægt på, hvor ofte der er udleveret dokumenter fra depotet. Hyppige udtagninger som i U 1984.1071 H taler således for krav om en hyppig kontrol. Den i dommen – formentlig – indeholdte forudsætning om, at en ugentlig kontrol ville have været tilstrækkelig, forekommer ganske lempelig. I øvrigt vil ved kontrolintervallernes længde antagelig spille ind, hvor kompliceret kontrollen er at udføre. Er det forbundet med større praktiske problemer at foretage værdiopgørelsen, kan der muligvis tillades længere tidsintervaller end i U 1984.1071 H, hvor pantets værdi helt enkelt kunne opgøres på grundlag af offentliggjorte børskurser.

Om dommen skal i øvrigt bemærkes, at Højesterets flertal (i modsætning til mindretallet) ikke fandt, at P var blevet instrueret om at foretage kurskontrol. Som følge heraf havde flertallet næppe anledning til at komme ind på betydningen af, at A måske kunne siges at have en vis føje til at anse kontrollen for foretaget af P, der jo havde »bekræftet« indholdet af skrivelsen med angivelse af kravene til overdækning. Udgangspunktet må imidlertid være, at en sådan »føje« ikke kan kompensere for en mangelfuld – endsige manglende – kontrol, jf. tilsvarende om dette spørgsmål ovenfor i afsnit 6.2. I U 1984.1071 H lagde mindretallet imidlertid vægt på A's »berettigede forventning« om, at der var foretaget kurskontrol i overensstemmelse med den pligt hertil, som P efter mindretallets opfattelse havde påtaget sig.

6.3.2.2. Intet aftalt om sammenhæng mellem sikkerhed og gæld

Hvad angår spørgsmålet, om der gælder et kontrolkrav, når pantsætter og panthaver *ikke* har indgået aftale om en sammenhæng mellem sikkerhed og gæld, giver U 1984.1071 H ingen vejledning. Således hviler det i dommen opstillede kontrolkrav som nævnt på en henvisning til de aftalte pantsætningsvilkår. Det kan således alene udledes af dommen, at *når* der ifølge pantsætningsaftalen gælder et krav om overdækning – og der ikke siden er aftalt fravigelser herfra – bliver dette krav målestok for, om kontrollen har været tilstrækkelig. Om der i øvrigt gælder et kontrolkrav, må afgøres ud fra almindelige panteretlige regler, der imidlertid på dette punkt er problematiske, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 155: »Til opretholdelsen af en effektiv rådighedsberøvelse hører et

aspekt, som er både omstridt og problematisk. Dette aspekt, som har relevans for både omsætnings- og kreditorbeskyttelsen, kan beskrives således, at gælden (d.v.s. det obligationsretlige forhold) *ikke ukontrollabelt må overhale pantet* (d.v.s. det tingsretlige forhold). Hvis en kredit er pantesikret, og man betragter de to værdisøjler, der udgøres af henholdsvis gælden og pantet, må disse to søjlers indbyrdes værdiforhold ikke ukontrollabelt komme til at afvige. Gældssøjlen må ikke ukontrollabelt vokse, og pantsøjlen må ikke ukontrollabelt svinde ind.« Om det tilsvarende problem ved sikkerhedsdepoter hedder det hos *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff op. cit.* s. 326 (med henvisning til U 1984.1071 H): »Det ville i disse situationer være forkert at ræsonnere, at det må være panthavers egen sag, om han vil affinde sig med, at omfanget og værdien af pantet reduceres, uden at kreditrammen tilsvarende reduceres.« Disse udsagn har ikke uden videre støtte i U 1984.1071 H. Det ses ikke, at en gældsudvidelse kan true opretholdelsen af den effektive rådighedsberøvelse, og det ses heller ikke, at panthaver skulle være afskåret fra at træffe beslutning om, at han kan leve med en mindre sikkerhed.

Se om spørgsmålet også *Bent Iversen:* Panteret i fast ejendom og løsøre (2000) s. 269: »Ved håndpantsætning af *omsætningsaktiver* er det næppe tilstrækkeligt til at opretholde beskyttelsen i forhold til kreditorer, at varer kun udtages under panthavers kontrol. Selv en *kontrolleret* reduktion af pantet må normalt – medmindre der ligefrem sker en ændring af lånemellemværendet, eller udtagningen af pantet er begrundet i konkrete forretningsmæssige overvejelser – være kombineret med en tilsvarende *nedbringelse af låneengagementet*«. Se også *Ørgaard*: Sikkerhed i løsøre, 3. udgave (1998) s. 18 f.

Krav om kontrol (af sikkerhedens størrelse) og nedbringelse af den sikrede kredit kendes fra andre områder inden for tingsretten, således navnlig i kreditkonsignationsforhold. Ved kreditkonsignation bevarer ejendomsforbeholdssælgeren en fortrinsret til de på ejendomsforbehold solgte genstande i forhold til køberens *retsforfølgende kreditorer*, selv om køberen kan råde frit over genstandene i forhold til *aftaleerhververe* (ved videresalg uden respekt af det oprindelige ejendomsforbehold). Som betingelser for, at denne anomali med hensyn til kreditorbeskyttelse kan accepteres, gælder der navnlig krav om, *at* køberen nedbringer gælden til sælgeren i en takt, som afhænger af køberens videresalg, *og at* sælgeren kontrollerer, at en sådan afregning finder sted, og i øvrigt fører kontrol med størrelsen af køberens lager (d.v.s. varemængden/antallet af vareenheder), jf. nærmere om kravene *Carstensen:* Ting og sager 2 (1984) s. 92 ff.

På den ene side adskiller situationen ved håndpant sig væsentligt fra situationen ved kreditkonsignation, idet sikkerhedsretten ved konsignation (d.v.s. ejendomsforbehold) som udgangspunkt nyder kreditorbeskyttelse uden foretagelse af sikringsakt, mens kreditorbeskyttelse ved håndpant kræver, at der etableres effektiv rådighedsberøvelse.

På den anden side er der dén lighed mellem tilfældene, at genstande/dokumenter løbende udgår af en flydende sikkerhedsmasse under omstændigheder, som ikke (ganske) opfylder de krav til kreditorbeskyttelse, som normalt stilles. Den nævnte lighed er dog langt fra fuldstændig: Ved kreditkonsignation er der som nævnt tale om en decideret tingsretlig anomali, som kun kan accepteres, hvis der på det *materielle* plan stilles krav om afregning og kontrol. Ved håndpant i en flydende sikkerhedsmasse er situationen dén, at hyppige udtagninger/ombytninger efter omstændighederne kan begrunde en mistanke om, at rådighedsberøvelsen mere har været en formalitet end en realitet.

Ved flydende håndpant må håndpanthaver sikre sig, at han er i stand til at afkræfte denne mistanke på det *bevismæssige* plan. Den fremgangsmåde, som anbefales af *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 155, er for så vidt sikker: Hvis det således i forbindelse med udtagninger – eventuelt med kortere intervaller, jf. U 1984.1071 H – kontrolleres, at sikkerheden ikke er forringet forholdsmæssigt sammenlignet med kreditten, er sagen klar: Fastholdelsen af forholdet mellem sikkerhed og kredit viser, at håndpanthaveren har anstillet konkrete overvejelser om frigivelserne, således panthaveren kan mane enhver tvivl om rådighedsberøvelsens realitet i jorden.

Om forholdet mellem sikkerhed og gæld skal dog fremhæves to forhold, som kan indebære en forskydning af forholdet mellem gæld og sikkerhed, uden at dette giver anledning til tvivl om rådighedsberøvelsens effektivitet.

For det første skal det atter bemærkes, at kravet om rådighedsberøvelse – og dermed kravet om kontrol – alene får betydning ved sikkerhedsforringelser, der opstår som følge udtagninger af depotet. Den relative sikkerhedsforringelse, der skyldes en udvidelse af kreditten, giver ikke anledning til noget rådighedsproblem. Med andre ord er den kontrol, som skal udøves fra panthavers side, en kontrol, som alene skal udøves ved afgang fra pantet – d.v.s. *ikke* en kontrol, som skal udøves ved træk på en (kasse)kredit. Mens en (eventuelt midlertidig) kreditforøgelse ikke ses at give anledning til panteretlige problemer, kan der dog opstå et omstødelsesproblem, hvis der indrømmes yderligere kredit, og pantet herefter forøges i værdi. I så fald foreligger der nemlig pant

for gammel gæld, og omstødelse efter KL § 70 kan komme på tale, hvis pantsætter går konkurs.

For det andet truer kursfald eller anden værdinedgang af pantet ikke i sig selv beviset for realiteten i urådigheden, selv om værdien af depotet herved kommer under den aftalte grænse. En sådan forholdsmæssig forskydning er jo netop ikke en følge af, at der er sket fysisk afgang af dokumenter fra depotet.

Håndpantsætteren må imidlertid kunne føre sit bevis for opretholdelse af den effektive rådighedsberøvelses på anden måde end ved en fastholdelse af forholdet mellem sikkerhedsmassens værdi og gældens størrelse. Se således *Bent Iversen:* Panteret i fast ejendom og løsøre (2000) s. 269 (citeret i småtrykket ovenfor), der så vidt ses »blot« vil kræve, at panthaveren har gjort sig »konkrete forretningsmæssige overvejelser«. Bevis for en udtrykkelig bevilling til en sikkerhedsforringelse er antagelig tilstrækkelig i så henseende. Det må være op til håndpanthaveren, om han kan leve med en ringere sikkerhed, d.v.s. om han kan leve med en reduktion af sikkerheden sammenholdt med gælden. Panthaver kan f.eks. tænkes at reducere sit oprindelige krav til sikkerhedens størrelse eller at fravige de oprindelige begrænsninger for kredittens størrelse, simpelthen fordi pantsætters kreditværdighed skønnes at være blevet bedre, eller fordi panthaver beslutter sig for at løbe en større risiko. Se dog anderledes *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 326. Et sådant andet bevis kan i øvrigt være den eneste udvej for håndpanthaveren vedrørende de dokumenttyper, der behandles i dette kapitel (pantebreve og ikke-børsnoterede aktier), idet det kan være forbundet med betydelige praktiske vanskeligheder at opgøre værdien af en portefølje af sådanne dokumenter. Kursværdien af det enkelte pantebrev afhænger af en række faktorer, hvoraf i hvert fald nogle kan give anledning til en værdimæssig usikkerhed. For pantebreves vedkommende skal blot nævnes den konkrete ejendoms værdi og den konkrete pantebrevsskyldners økonomiske soliditet. For aktiers vedkommende skal blot nævnes det konkrete selskabs økonomiske stilling og aktiernes fordeling mellem aktionærerne i det konkrete selskab.

Hvad angår spørgsmålet om beviset for urådighedens opretholdelse, er den for håndpanthaver problematiske situation kendetegnet ved følgende forhold: (1) Pantet gælder en flydende dokumentmasse, hvorfra der løbende udtages dokumenter (f.eks. i forbindelse med ombytninger). (2) Som følge af disse udtagninger – men altså ikke som følge af kursfald eller gældsforøgelse – er sikkerheden blevet reduceret i forhold til kreditrammen. (3) Panthaver kan ikke bevise, at han i forbindelse med udtagningerne under (1) har gjort sig konkrete overvejelser om sikkerhedsreduktionen under (2). Sammenfattende

kan den problematiske situation beskrives således, at pantet »umærkeligt siver«, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff op. cit.* s. 156. Den panthaver, som vil være på den sikre side, må altså enten kontrollere værdiforholdet i forbindelse med udtagninger eller på anden måde føre bevis for sin konkrete bevilling til en sikkerhedsreduktion.

6.4. Udlevering af dokumenter til begrænset formål

Afslutningsvis skal bemærkes, at negotiable dokumenter – uden tab af kreditorbeskyttelse – kan udleveres til pantsætteren for en kortere periode med henblik på et begrænset formål (eksempelvis med henblik på en tinglysningsekspedition vedrørende et pantebrev eller som led i et aktieselskabs ombytning af aktiebreve).

Se U 1981.169 Ø, hvor panthaver udleverede et håndpantsat ejerpantebrev til pantsætter med henblik på tinglysning af en respektpåtegning i forbindelse med optagelse af et nyt kreditforeningslån. Som følge af en fejl blev pantebrevet liggende hos pantsætter i ca. 1 år. Da pantsætter – uden at uråd igheden var genoprettet – gik konkurs, kunne panthaver ikke hævde nogen panteret over for konkursboet. I landsrettens præmisser hedder det: »Under hensyn til, at [...] panthaver [...] udleverede pantebrevet direkte til pantsætter, uden at [panthaver] straks ved udleveringen eller senere tog skridt til at sikre sig, at udleveringen kun skete til et bestemt begrænset formål, og at tilbagelevering skete snarest efter, at dette formål var opfyldt, må det – også når den forløbne tid tages i betragtning – lægges til grund, at håndpantsætningen i forhold til [håndpantsætters] kreditorer er bortfaldet.« Se også U 1950.560 V om udlevering af kreditforeningsobligationer (der på daværende tidspunkt udstedtes som negotiable dokumenter og ikke som fondsaktiver). Selv om der var gået ca. et halvt år fra udleveringen, som var sket med henblik på ombytning efter udtrækning, og selv om pantsætter ikke havde reageret på flere rykkere, opretholdtes pantsætningen over for pantsætters konkursbo. Dommen forekommer at stille alt for slappe krav til panthaveren og er i øvrigt næppe forenelig med den nyere og langt strengere landsretsdom refereret i U 2000.725 Ø, hvor håndpanteretten i et maleri ansås for bortfaldet over for pantsætters konkursbo. Maleriet var udleveret med henblik på forevisning for en liebhaver og havde været i pantsætters besiddelse i ca. 1 måned, i hvilken periode pantsætter havde ignoreret én rykker fra panthaver om tilbagelevering.

Bemærkningerne ovenfor har alene henblik på forholdet til håndpantsætterens retsforfølgende kreditorer. Over for håndpantsætterens godtroende aftaleerhververe er problemet således et ganske andet, idet GBL § 14 finder anvendelse i denne relation. Således mister håndpanthaveren sin ret over dokumentet til håndpantsætterens godtroende aftaleerhververe, der har fået dokumenter i hænde i henhold til en gyldig og uomstødelig overdragelse fra en person, der

fremstod som legitimeret til at disponere som sket. Dette gælder, uanset hvor kortvarigt det formålsbestemte udlån til håndpantsætteren har været.

KAPITEL 9

Fondsaktiver – sikkerhedsdepoter

1. Indledning

Fondsaktiver defineres som (1) omsættelige (2) dematerialiserede værdipapirer, der er (3) registreret i en værdipapircentral, jf. værdipapirhandelslovens (VPHL) § 59, stk. 2. Fremstillingen i det følgende har særligt henblik på *aktier* og *obligationer*, som opfylder de tre betingelser. De sikkerhedsretlige problemer, som kan opstå i forbindelse med aktier og obligationer, er imidlertid stort set identiske med de sikkerhedsretlige problemer, der kan opstå i forbindelse med andre fondsaktiver som f.eks. futures, options, warrants og swaps. Som anført af *Kåre Lilleholt:* Godtruerhverv og kreditorvern, 3. utgave (1999) s. 71 er ordene værdi*papirer* og værdi*papir*central for så vidt misvisende, idet de formuegoder, som registreres i en sådan central, netop ikke er knyttet til noget dokument.

Ved *»omsættelige«* værdipapirer forstås, at der er tale om værdipapirer, som kan overdrages, uden at der ændres ved retsforholdet mellem udstederen af værdipapiret og erhververen heraf, jf. FT 1995-96, 2. samling, tillæg A, s. 2015. Begrebet »omsættelige« er ikke anvendt synonymt med »negotiable«, jf. *Bo von Eyben m.fl.:* Lærebog i Obligationsret II (2000) s. 99. Obligationer, aktier og de fleste øvrige finansielle instrumenter og kontrakter er omfattet af lovens omsættelighedsbegreb. Hvis en overdragelse forudsætter, at erhververen skal indgå en ny aftale med udstederen eller med tredjemand, er værdipapiret ikke omsætteligt i værdipapirhandelslovens forstand. Udenfor falder herefter de af FUTOP Clearingcentralen A/S udstedte værdipapirer, for så vidt som der er tale om finansielle kontrakter indgået mellem en udsteder eller en erhverver og FUTOP Clearingcentralen A/S. Overdragelse af disse værdipapirer indebærer dermed i princippet indgåelse af en ny kontrakt mellem parter-

ne. Selv om overdragelse er mulig, er kravene til omsættelighed i værdipapirhandelslovens forstand således ikke opfyldt.

Betegnelsen *»værdipapir«* er i værdipapirhandelsloven brugt i meget vid betydning. Således omfatter betegnelsen ikke blot aktier og obligationer, men også forskellige finansielle kontrakter og instrumenter samt pantebreve med pant i fast ejendom og løsøre, jf. nærmere VPHL § 2 og herom *Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen:* Børsretten (2000) s. 55 ff. Det bemærkes, at fondsaktiver er atypiske værdipapirer, idet der ikke som ved f.eks. negotiable aktiebreve og gældsbreve – jf. herom ovenfor i kapitel 8 – findes dokumenter, som bærer de rettigheder, der knytter sig til fondsaktiverne. I overensstemmelse hermed hedder det i VPHL § 59, stk. 1, at fondsaktiver er papirløse (dematerialiserede). Hvor der ved fysiske, negotiable værdipapirer er knyttet retsvirkninger til dokumentbesiddelsen, er der ved fondsaktiver knyttet retsvirkninger til registreringen. Det var netop et hovedformål med indførelsen af fondsaktivet som ny aktivtype at afhjælpe de problemer, som håndteringen af de efterhånden meget store mængder af fysiske dokumenter gav anledning til, jf. *Betænkning nr. 948/1982* s. 51.

At et værdipapir skal være *»registreret«* i en værdipapircentral, betyder, at både *udstedelse* og *indskrivning af rettigheder* (herunder panterettigheder) over værdipapiret skal ske gennem et register i en værdipapircentral, jf. VPHL § 59, stk. 3. Fondsaktiver kan kun opstå ved registrering i en værdipapircentral, men ikke ved udstedelse af et dokument, ligesom der heller ikke kan udstedes noget dokument, som »bærer« rettigheder over fondsaktiver, jf. *Bo von Eyben m.fl.:* Lærebog i obligationsret II (2000) s. 101. Registreringen er den relevante sikringsakt for rettigheder over et fondsaktiv, jf. VPHL § 66, hvilket er det væsentligste i nærværende sammenhæng. Dog skal det nævnes, at registreringen også har betydning i andre henseender, således f.eks. med hensyn til hvem der er legitimeret til at råde over fondsaktivet eller til at modtage betalinger i form af renter og udbytte m.v. – Børsnotering er ikke en registreringsbetingelse, endsige en betingelse for, at der foreligger et fondsaktiv. Også udenlandske værdipapirer kan udstedes og overdrages som fondsaktiver gennem registrering i en dansk værdipapircentral. VPHL § 59, stk. 3, må forstås således, at rettigheder over et fondsaktiv skal indskrives i den værdipapircentral, gennem hvilken det pågældende fondsaktiv er udstedt. Der er dog ikke noget til hinder for, at en delmængde af et givet fondsaktiv ifølge aftale mellem to værdipapircentraler overføres til en anden central med henblik på indskrivning af rettigheder dér. I så fald må fondsaktivet forsynes med en ny aktividentifikation.

Reglerne om fondsaktiver findes først og fremmest i VPHL kapitel 19-24 samt i de af medfør af loven udstedte bekendtgørelser nr. 925 af 17. oktober 1996 (registreringsbekendtgørelsen) og nr. 1032 af 5. december 1996. Værdipapirhandelsloven er senest bekendtgjort som lovbekendtgørelse nr. 587 af 9. juli 2002. Forud for loven fandtes reglerne om fondsaktiver i værdipapircentralloven, der blev vedtaget som lov nr. 179 af 14. maj 1980. I tilknytning til den sidstnævnte lov blev der afgivet to betænkninger, nemlig *Betænkning nr. 793/1977* om det obligations- og aktieløse samfund samt *Betænkning nr. 948/1982* om gennemførelse af lov om en værdipapircentral. I 1996 skete der i forbindelse med den såkaldte Børsreform II en overførsel af regelsættet om fondsaktiver fra værdipapircentralloven til værdipapirhandelsloven. I den forbindelse blev der kun foretaget mindre ændringer i regelsættet. De to nævnte betænkninger har dermed retskildeværdi som forarbejder også for værdipapirhandelslovens regler om fondsaktiver.

Værdipapirhandelsloven indeholder i §§ 55 og 56 regler om automatisk/lovbestemt pant for såkaldte afviklingskreditter, d.v.s. lån, som ydes af en clearingcentral eller en clearingdeltager til en clearingdeltager i forbindelse med afvikling af værdipapirhandler i clearingcentralen. Disse specielle regler behandles ikke i det følgende. Den clearing og afvikling af værdipapirhandel, som navnlig pengeinstitutter foretager på deres kunders vegne, er ikke omfattet af de særlige regler i VPHL §§ 55 og 56.

2. Oversigt over registreringsproceduren

2.1. Kontosystemet

Som følge af fondsaktivers fungible, ikke-fysiske karakter *må* der nødvendigvis etableres en ordning, der – som minimum – muliggør identifikation af en given aktivmængde og de (væsentligste) rettigheder herover. Denne ordning har stedse været det såkaldte »kontosystem«. Systemet har væsentlige lighedspunkter med det, som kendes i Norge, jf. herom *Brækhus:* Omsetning og kreditt 3 og 4 (1998) s. 162 ff. og *Olav Torvund:* Lov om verdipapirsentral med kommentarer (1987) s. 162 ff.

Enhver konto i værdipapircentralen skal ifølge registreringsbekendtgørelsens § 31, stk. 1, i det mindste angive (1) det kontoførende institut (jf. herom nedenfor), (2) en aktividentifikation og den pålydende værdi af fondsaktiverne, (3) kontohaverens navn og adresse samt CPR- eller CVR-nummer, hvor dette kræves, og (4) den eller dem, til hvem værdipapircentralen kan betale med frigørende virkning. Ifølge registreringsbekendtgørelsens § 31, stk. 3,

skal tillige tidspunktet for retsvirkningerne af registreringen fremgå af registeret.

Da retsvirkningerne indtræder på tidspunktet for den endelige prøvelse i værdipapircentralen, jf. VPHL § 66, stk. 3, er det dette tidspunkt, der – angivet som klokkeslæt – skal fremgå af registeret. I norsk ret er tidspunktet for »innføring i daglig journal i Verdipapirsentralen« afgørende, jf. *Falkanger:* Tingsrett, 5. utgave (2000) s. 529.

Som nævnt ovenfor under (3) skal kontohaverens navn angives på kontoen. Det bemærkes herved, at kontohaveren ikke nødvendigvis er ejer af fondsaktiverne på kontoen. Dette følger forudsætningsvis af registreringsbekendtgørelsens § 31, stk. 2: For det første skal det således fremgå af kontoen, hvis kontohaveren ikke er ejer (den såkaldte *nominee-ordning*). For det andet skal det fremgå af kontoen, hvis kontoen føres på vegne af flere ejere (hvilket er tilfældet ved såkaldte *samledepoter*, d.v.s. depoter (konti), som føres af en værdipapirhandler, og som indeholder flere kunders værdipapirer, jf. nærmere VPHL § 6, stk. 3-5).

Kontosystemet fungerer således, at fondsaktiverne indsættes på elektronisk førte konti, jf. registreringsbekendtgørelsens § 31. Ved *udstedelse* af fondsaktiver indsættes den samlede aktivmasse på udstederens konto. (Dette gælder dog ikke, hvis de nyudstedte fondsaktiver tilkommer andre – hvilket f.eks. er tilfældet for så vidt angår fonds*aktier*, der jo tilkommer de hidtidige aktionærer og derfor indsættes på disses konti). Ved *salg* af fondsaktiver overføres aktiverne normalt direkte fra sælgerens til køberens konto. Ved stiftelse af begrænsede rettigheder – f.eks. *pant* eller *udlæg* – i fondsaktiver registreres retten på den relevante konto, jf. registreringsbekendtgørelsens § 32, stk. 1, 1. pkt., og herom umiddelbart nedenfor. En tilsvarende registrering finder på kurators foranledning sted i tilfælde af kontohaverens *konkurs*, jf. § 32, stk. 2, 2. pkt. Ved pant i obligationer og aktier registreres (1) oplysninger om tidspunktet for retsvirkningens indtræden, (2) panterettens art, (3) de pantsatte aktiver, (4) panthaverens navn og adresse samt (5) den eller dem, til hvem værdipapircentralen kan betale med frigørende virkning, samt (6) for aktiers vedkommende oplysning om notering på navn, såfremt anmelderen begærer det, jf. nærmere registreringsbekendtgørelsens § 32, stk. 1, 1. pkt. Omfatter en registrering efter § 32 alene en del af de fondsaktiver, der er registreret på en konto, registreres dette på kontoen, jf. registreringsbekendtgørelsens § 43, 1. pkt. Ifølge § 43, 2. pkt., kan de pågældende fondsaktiver udskilles på en ny konto, hvilket er den fremgangsmåde, der følges i praksis. Pantsættes eksempelvis nominelt 60.000 kr. ØK-aktier af nominelt 100.000 kr. ØK-aktier, som står på samme konto, overføres de pantsatte aktier til en særskilt konto. Se

anderledes om norsk ret, hvor der er adgang til at pantsætte en del af en kontobeholdning, jf. *Falkanger:* Tingsrett, 5. utgave (2000) s. 585.

Den registrering, der ifølge registreringsbekendtgørelsens § 32 kan finde sted på en konto, har lighedspunkter med den tinglysning, der ifølge tinglysningsloven kan finde sted på en fast ejendoms blad i tingbogen, jf. tilsvarende i norsk ret *Falkanger:* Tingsrett, 5. utgave (2000) s. 648. Navnlig virker registrering som sikringsakt, jf. VPHL § 66 (der stort set svarer til TL § 1), og den gyldighedsvirkning (legitimationsvirkning), der følger af en foretaget tinglysning, følger også af en foretaget registrering i en værdipapircentral, jf. VPHL § 69 (der stort set svarer til TL § 27), jf. om den tilsvarende lighed i norsk ret *Brækhus:* Omsetning og kreditt 3 og 4 (1998) s. 170. Der er imidlertid også væsentlige forskelle mellem registreringssystemerne i værdipapirhandelsloven og tinglysningsloven. Navnlig kan oplysninger om den pantesikrede fordrings størrelse og prioritetsstilling ikke registreres, jf. registreringsbekendtgørelsens § 32, stk. 1, 2. pkt. Om de nærmere konsekvenser heraf henvises til afsnit 5 om prioritetsforhold ved pant i fondsaktiver.

I modsætning til, hvad der gælder med hensyn til tinglysningsmyndighederne, har en rettighedshaver over et fondsaktiv ikke mulighed for selv at træde i direkte forbindelse med en værdipapircentral ved anmeldelse af sin ret hertil. Kontakt til værdipapircentralen formidles gennem et såkaldt kontoførende institut, der har ret til at foretage indrapportering til registrering i værdipapircentralen med de retsvirkninger, der følger af værdipapirhandelsloven (nærmere bestemt lovens §§ 66-75). De kontoførende institutter, der er opregnet i VPHL § 62, stk. 1, omfatter: (1) Danmarks Nationalbank og Finansstyrelsen, (2) pengeinstitutter, (3) visse fondsmæglerselskaber, (4) realkreditinstitutter, (5) virksomheder, der drives i fællesskab af virksomheder, som omfattes af nr. 2-4, og som har til formål at forvalte værdipapirer, (6) obligationsudstedende institutter, for så vidt angår fondsaktiver der er udstedt af det pågældende institut og (7) clearingcentraler. Herudover har også værdipapircentralen selv ret til at foretage registrering på andres vegne, jf. VPHL § 62, stk. 1. Denne adgang har navnlig betydning for såkaldte *storkunder* (f.eks. institutionelle investorer), der har indgået tilslutningsaftale med en værdipapircentral, således at værdipapircentralen kan fungere som kontoførende institut, jf. VPHL § 62, stk. 2, jf. § 64, stk. 2, og *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 122. De nævnte storkunder har mulighed for selv at træde i direkte forbindelse med værdipapircentralen, jf. nærmere registreringsbekendtgørelsens § 26.

2.2. Anmeldelse og prøvelse. Reaktionsmuligheder

Anmeldelse af en (pante)ret, som ønskes registreret, sker til det kontoførende institut, jf. registreringsbekendtgørelsens § 34, stk. 1. På baggrund af anmeldelsen foretager det kontoførende institut en prøvelse af, om registrering kan finde sted: *For det første* skal det kontoførende institut sikre sig, at den anmeldte rettighed hidrører fra rette vedkommende – d.v.s. fra dén, der ifølge registeret i værdipapircentralen er berettiget. Dokumentation herfor kan navnlig ske ved forevisning af pantsætningsaftale eller ved forevisning af begæring fra pantsætter om notering af pant til fordel for en bestemt tredjemand, jf. *Betænkning nr. 948/1982* s. 26. *For det andet* skal det kontoførende institut sikre sig, at der foreligger det fornødne grundlag for registrering i værdipapircentralen. Ifølge registreringsbekendtgørelsens § 35 skal anmeldelsen i det mindste angive (1) rettighedshaverens identitet, herunder navn og adresse, (2) de fondsaktiver, anmeldelsen angår, (3) det kontoførende institut, (4) rettighedens art og (5) den eller dem, til hvem værdipapircentralen kan betale med frigørende virkning. De oplysninger, som skal (eller kan) fremgå af anmeldelsen, svarer selvsagt til de oplysninger, som skal (eller kan) fremgå af registeret, jf. § 35 sammenholdt med §§ 31 og 32.

Det følger af registreringsbekendtgørelsens § 41, at det kontoførende institut ikke blot skal foretage en prøvelse af, om anmeldelsen opfylder kravene i § 35, men tillige en prøvelse af, om der overhovedet er stiftet en ret af en sådan beskaffenhed, at registrering kan ske. De nærmere krav til den ret, som ønskes registreret, fremgår af bekendtgørelsens § 36, hvor det hedder: »En privat stiftet ret skal for at kunne registreres gå ud på at fastslå, stifte forandre eller ophæve en ret over nærmere angivne fondsaktiver og hidrøre fra den efter registeret berettigede«. Da en aftale om pant i fondsaktiver utvivlsomt både er »en privat stiftet ret« og går ud på at »stifte [...] en ret« over de pantsatte fondsaktiver, skal registreringsbekendtgørelsens rettighedsbegreb ikke behandles nærmere her. Det kan nævnes, at bekendtgørelsens § 36 har en formulering, som er nærmest identisk med formuleringen af TL § 10. Der kan derfor i det hele henvises til retspraksis og litteratur om denne bestemmelse, jf. navnlig *Hans Willumsen:* Tinglysningsloven med kommentarer (1997) s. 92 ff. og *Peter Mortensen:* Tinglysning – rettigheder over fast ejendom, 3. udgave (2001) s. 76 ff.

Hvis anmeldelsen opfylder de ovenfor angivne krav – og der i øvrigt ikke er noget til hinder for den anmeldte ret – foretages der efter den såkaldte endelige prøvelse registrering i værdipapircentralen, jf. registreringsbekendtgørelsens § 46. Denne endelige prøvelse er samtidig retsvirkningstidspunktet for den anmeldte ret, jf. VPHL § 66, stk. 3. Ifølge forarbejderne til den sidst-

nævnte bestemmelse er »prøvelsen« et værdipapircentralretligt begreb, som indebærer, at det undersøges i værdipapircentralen, *om* anmelderen er berettiget til at anmelde rettigheder over fondsaktiver på en konto, *om* de angivne fondsaktiver er til stede på kontoen, *og om* der er registreret rettigheder, der er i konflikt med det anmeldte (hvilket f.eks. kan være sket i tidsrummet mellem prøvelsen i det kontoførende pengeinstitut og prøvelsen i værdipapircentralen), jf. FT 1995-96, tillæg A, s. 2019.

Hvis anmeldelsen i en eller flere henseender er mangelfuld, afføder dette – som ved en mangelfuld anmeldelse til tinglysning – en af flere mulige reaktioner. Den mest vidtgående reaktion er *afvisning* af anmeldelsen. Afvisning sker, hvis der foreligger grundlæggende mangler ved anmeldelsen, jf. bekendtgørelsens § 42, der som afvisningsgrunde bl.a. angiver, *at* anmeldelsen ikke er indgivet til rette kontoførende institut, *at* det anmeldte slet ikke kan registreres (f.eks. fordi den angivne aktivenhed ikke eksisterer), *at* det anmeldte allerede er registreret, *eller at* anmodningen om registrering ikke indeholder de oplysninger, som kræves efter § 35, jf. herom ovenfor. Enten afvises selve anmeldelsen, hvilket i givet fald sker ved det kontoførende institut, jf. bekendtgørelsens § 42, eller også afvises indrapporteringen af anmeldelsen, hvilket i givet fald sker ved værdipapircentralen, jf. § 47.

En anden reaktionsmulighed er, at værdipapircentralen foretager *registrering med anmærkning*. Anmærkning gives i de tilfælde, hvor der i forvejen er registreret rettigheder over det fondsaktiv, som den anmeldte ret vedrører, jf. VPHL § 68, stk. 1, 2. pkt., og registreringsbekendtgørelsens § 48. Anmærkningen er alene en oplysning til anmelderen om – d.v.s. en advarsel om – at noget *kan* være til hinder for, at anmelderen opnår den ønskede ret. Anmærkningen har dermed ikke – lige så lidt som en retsanmærkning i henhold til tinglysningsloven – nogen betydning for den materielle prioritetsstilling mellem f.eks. flere panthavere og/eller udlægshavere. Da der som nævnt slet ikke kan ske registrering af panterettigheders prioritetsstilling, gives der også anmærkning om en tidligere registreret panteret, som en senere panteret angiver at respektere. Anmærkning gives også, selv om der for den først registrerede panteret er givet et forhåndstilsagn om rykning for den senere panteret. Et sådant forhåndstilsagn kan nemlig heller ikke registreres.

En tredje reaktionsmulighed er, at der sker *registrering med frist*. Fristen gives af det kontoførende institut i visse tilfælde, hvor der mangler fornøden dokumentation eller fornødne oplysninger, jf. nærmere registreringsbekendtgørelsens § 44. Fristen er på maksimalt 14 dage med mulighed for forlængelse i indtil yderligere 14 dage. Berigtiges forholdet inden fristens udløb, regnes registreringens retsvirkning fra prøvelsestidspunktet for den oprindelige

anmeldelse. Berigtiges forholdet ikke inden fristens udløb, slettes registreringen, jf. § 44, stk. 2. Der må herefter foretages endnu en anmeldelse, og der indtræder i den forbindelse først retsvirkninger på tidspunktet for den fornyede prøvelse i værdipapircentralen.

En fjerde reaktionsmulighed er, at det kontoførende institut foretager indrapportering til værdipapircentralen til *foreløbig registrering*. Fremgangsmåden anvendes, *dels* hvis det kontoførende institut er i tvivl om faktiske eller retlige forhold af betydning for en registrering, jf. VPHL § 67 og registreringsbekendtgørelsens § 45, *dels* hvis nogen over for det kontoførende institut hævder, at den påtænkte registrering vil krænke den pågældendes ret, jf. VPHL § 67. Sker der indrapportering til foreløbig registrering, afgør værdipapircentralen, hvorledes den endelige registrering skal finde sted. Åbenbart ubegrundede indsigelser fra tredjemand bør ikke medføre henvisning til afgørelse ved værdipapircentralen. I disse tilfælde må det kontoførende institut således indrapportere til endelig registrering. Mere tvivlsomt er det, hvorledes det kontoførende institut skal forholde sig, hvis instituttet finder, at anmelderens ret materielt berøres af tredjemands indsigelse. Hos *Boye Jacobsen:* Lov om en værdipapircentral (1983) s. 62, hedder det om den til VPHL § 67 svarende bestemmelse i den tidligere værdipapircentrallovs § 9, at »der næppe er pligt til foreløbig registrering, såfremt det kontoførende institut giver indsigeren medhold«. Udsagnet forekommer tvivlsomt – *hvis* det skal forstås således, at det kontoførende institut skal afvise anmeldelsen i tilfælde af, at instituttet finder, at den af tredjemand fremsatte indsigelse er til hinder for registrering. En sådan afvisning vil nemlig næppe være i overensstemmelse med formålet bag VPHL § 67, 2. pkt., der synes at tillægge værdipapircentralen en eksklusiv kompetence til at afgøre netop sådanne spørgsmål.

Før Børsreform II i 1996, hvor retsvirkningstidspunktet blev rykket frem fra anmeldelsestidspunktet til tidspunktet for den endelige prøvelse i værdipapircentralen, lå der endvidere den beskyttelse i værdipapircentralens eksklusive prøvelsesadgang, at anmelderen var kreditor- og omsætningsbeskyttet, mens prøvelsen i værdipapircentralen stod på (forudsat naturligvis, at prøvelsen endte med at falde ud til anmelderens fordel). Der kunne nemlig udmærket opnås kreditor- og omsætningsbeskyttelse fra selve anmeldelsen, d.v.s. allerede inden forholdene blev afklaret, jf. FT 1979-80, 2. samling, tillæg A, sp. 3938.

Registreringsproceduren afsluttes med, at der gives meddelelse – en såkaldt *kundemeddelelse* – om registreringen dels til den eller dem, som ifølge registeret er berettigede, dels til anmelderen, jf. VPHL § 68, 1. pkt. I norsk ret sendes denne »endringsmelding« til kontohaveren, men også til en panthaver,

hvis det bliver begæret, jf. også *Falkanger:* Tingsrett, 5. utgave (2000) s. 530. Meddelelsen er egnet til at forebygge misbrug, jf. herved *Betænkning nr. 793/1977* s. 84. Da meddelelsen gives til såvel rettighedshavere som anmelderen, sikres det endvidere, at konflikter hurtigt kommer for dagens lys. Kundemeddelelsen skal afsendes snarest muligt og senest to hverdage efter, at registreringen har fundet sted, jf. registreringsbekendtgørelsens § 49, stk. 3. Først når panthaveren har modtaget meddelelse om, at der er sket registrering – uden uventede anmærkninger – kan han udbetale kreditten til pantsætteren uden risiko for at blive eksstingveret af retsforfølgende kreditorer eller omsætningserhververe. Nærmere regler om kundemeddelelser er indeholdt i VPHL § 68 og registreringsbekendtgørelsens §§ 49 og 50. – Her skal blot nævnes, at meddelelsen vil angive eventuelle hindringer for en anmeldt ret, jf. VPHL § 68, stk. 1, 2. pkt. Dermed vil parterne hurtigt blive opmærksomme på eventuelle prioritetskonflikter – f.eks. mellem en ejendomsret og en panteret eller mellem panterettigheder indbyrdes. Det er herefter op til rettighedshaverne selv at søge konflikten løst. Løsningen må i sidste instans findes under en retssag. Når forholdet er afklaret, ændrer det kontoførende institut registreringerne på grundlag af dokumentation for den materielle retsstilling, jf. *Betænkning nr. 948/1982* s. 17.

3. Panterettens omfang

3.1. Pantsætningsaftalen

Som ved andet pant afhænger omfanget af pant i fondsaktiver først og fremmest af aftalen herom. Kun hvor intet er aftalt, må man falde tilbage på de deklaratoriske panteretlige regler om bl.a. »surrogater« og »accessorier«.

Når en konto med fondsaktiver pantsættes, sker det oftest til et pengeinstitut, og denne situation danner udgangspunkt for behandlingen af de panteretlige problemer i det følgende.

En *typisk aftale* vil indebære, at der sker pantsætning af indestående på VP-kontoen »til enhver tid«. Her skal blot nævnes, at denne formulering er at foretrække, hvis det er meningen, at pantet skal omfatte senere indsatte fondsaktiver, eller at der senere skal ske ombytning af pantsatte fondsaktiver. Om de sikkerhedsretlige spørgsmål, som den nævnte formulering rejser, henvises i øvrigt til afsnit 4.2 og 4.3. Til den pantsatte VP-konto knytter der sig en eller flere konti i det panthavende pengeinstitut (der normalt tillige er det kontoførende institut). Oftest er det aftalt, at beløb, som fremkommer *ved* udtrækninger af obligationer, *ved* obligationers udløbstid eller *ved* salg fra VP-konto-

en, indsættes på en sikringskonto – d.v.s. en konto, der er pantsat til pengeinstituttet – indtil beløbene eventuelt genplaceres. Sådanne beløb er dermed omfattet af pantet. Det samme kan naturligvis være aftalt for så vidt angår renter af obligationer og udbytte af aktier. En anden mulighed er, at renter og udbytter udbetales til pantsætters fri rådighed ved indsættelse på en foliokonto (d.v.s. en konto, som ikke er pantsat til pengeinstituttet, og som pantsætter frit kan hæve på). På denne måde sikres pantsætteren rådigheden over afkastet af sin formue, i det omfang afkastet ikke er pantsat.

Er intet aftalt om pantets omfang, gælder de deklaratoriske regler. Disse gennemgås nedenfor i afsnit 3.2 (om indestående på VP-kontoen), i afsnit 3.3 (om surrogater) og i afsnit 3.4 (om accessorier).

3.2. Indestående på VP-kontoen

I mangel af aftale om andet må det antages, at en panteret i en VP-konto som udgangspunkt omfatter de fondsaktiver, som er registreret på kontoen ved anmeldelsen til værdipapircentralen, men ikke fondsaktiver, som er indsat på kontoen efter dette tidspunkt, jf. også *Blok* i U 1986 B s. 89, men så vidt ses anderledes *Olav Torvund:* Lov om verdipapirsentral med kommentarer (1987) s. 191, hvor det hedder: »Sammenligner man med pant i fysiske verdipapirer, vil pantsettelse av en konto tilsvare pantsettelse av et verdipapirdepot slik dette er til enhver tid.« *Bloks* resultat må tiltrædes for dansk rets vedkommende, idet det synes at måtte kræve særlige holdepunkter, at panthaver får sikkerhed i fondsaktiver, som senere indsættes på kontoen, uden at panthaver på forhånd kunne regne hermed.

Lyder pantsætningsaftalen f.eks. på et nummer på en VP-konto, er der altså ikke hermed givet pant i de fondsaktiver, som står på kontoen til enhver tid. Det skal dog bemærkes, at allerede registreringsreglerne fører til, at kontoens indestående må bringes på det rene. Dette indestående skal nemlig oplyses over for det kontoførende institut ved anmeldelsen til registrering, jf. registreringsbekendtgørelsens § 35, nr. 2, og § 36 og herom nedenfor i afsnit 4.2. Udgangspunktet må herefter være, at (kun) den i anmeldelsen oplyste mængde fondsaktiver er omfattet af pantet. Om muligheden for at opnå sikkerhed i indeståendet på en konto »til enhver tid« henvises til afsnit 4.2.

Fondsaktiver, der ved en fejl er overført til kontoen, og som det ikke var meningen skulle pantsættes, er naturligvis ikke som følge af registreringen omfattet af panteretten, jf. *Knut Bergo:* Børs- og verdipapirrett (1999) s. 522 og NRt 1993 s. 1464 HD. Dommen angik et tilfælde, hvor en køber af aktier krævede erstatning for kurstab af et pengeinstitut, som retsstridigt havde nægtet at overføre aktier fra sælgerens konto – som var pantsat til pengeinsti-

tuttet – til køberens konto. Det drejede sig om nytegnede aktier, som kunne have været registreret på en ny konto, og det ansås som en fejl, at dette ikke var sket.

3.3. Surrogater (udtrækninger, salgsprovenuer)

Panteretten omfatter selvsagt beløb, som træder i stedet for de pantsatte fondsaktiver. Sådanne beløb har karakter af surrogater, som i modsætning til accessorier (f.eks. renter og udbytter) tilfalder panthaver – også i tilfælde, hvor den pantesikrede fordring ikke er misligholdt.

Det beløb, som træder i stedet for pantsatte obligationer i tilfælde af udtrækning eller udløb, er uden videre omfattet af pantet som surrogat, jf. også *Olav Torvund:* Lov om verdipapirsentral med kommentarer (1987) s. 191. Det samme gælder ved pant i aktier for det likvidationsprovenu, som fremkommer ved likvidation af aktieselskabet. Også fondsaktier tilfalder panthaver, idet udstedelse af fondsaktier blot er udtryk for, at selskabets værdi spredes på et større antal aktier.

Et provenu, som fremkommer ved salg af fondsaktiver, er omfattet af panteretten, medmindre andet er aftalt med panthaver. Denne deklaratoriske regel har dog ringe praktisk betydning: Pantsætter kan ikke sælge pantsatte fondsaktiver uden panthavers tilladelse, og netop fortolkning af denne tilladelse er afgørende for, om der er givet samtykke til en reduktion af pantet. Hvis der ikke foreligger momenter, som tyder på andet, er (fortolknings)udgangspunktet, at en tilladelse til salg tillige indebærer et samtykke til, at de pågældende fondsaktiver udgår af sikkerheden, d.v.s. at pantsætter kan råde frit over salgsprovenuet. Hvis panthaver derimod alene har givet samtykke til salg i forbindelse med en adgang for pantsætter til at ombytte de pantsatte fondsaktiver, er såvel det fremkomne salgsprovenu som de fondsaktiver, der indkøbes herfor, omfattet af panteretten som surrogater.

3.4. Accessorier (renter og udbytter)

Er der ikke indgået aftale om retten til renter (af obligationer) og udbytter (af aktier), har pantsætter krav herpå indtil det tidspunkt, da det sikrede skyldforhold misligholdes. Efter dette tidspunkt kan panthaver kræve, at renter og udbytter udbetales til ham, jf. f.eks. *Illum* i U 1958 B s. 128 og *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 76 (og tilsvarende Pengeinstitutankenævnets afgørelse i sag nr. 11/1993).

Hvad angår de registreringsmæssige forhold, følger det af registreringsbekendtgørelsens § 35, nr. 5, at anmeldelsen i det mindste skal angive den eller dem, til hvem den pågældende værdipapircentral kan betale med frigørende

virkning. Oplysningen herom registreres på den pågældende konto, jf. bekendtgørelsens § 32, stk. 1. Registreringsbekendtgørelsen »tvinger« så at sige parterne til at få spørgsmålet afklaret senest i forbindelse med anmeldelsen til registrering. Er det aftalt og anmeldt, at betalinger tilfalder panthaver (til afskrivning på gælden), er spørgsmålet om renter og udbytter hermed endelig afgjort. Er det derimod aftalt og anmeldt, at betalinger tilfalder pantsætter, kan den deklaratoriske regel ikke dermed anses for fraveget. Selv om panthaver ikke har taget forbehold herom, må panthaver således have krav på, at renter og udbytter betales til ham fra tidspunktet for den sikrede fordrings misligholdelse. Panthaver har i så fald endvidere krav på, at pantsætter medvirker ved gennemførelsen af de nødvendige registreringsmæssige ændringer. Pantsætters nægtelse af at medvirke rokker naturligvis ikke ved panthavers materielle ret. Panthaver må derfor også have mulighed for ensidigt at få foretaget ændringen i registeret. Er panthaver og kontoførende institut ét og samme pengeinstitut, giver registreringsændringen ikke anledning til særlige vanskeligheder, idet panthaver da selv kan træde i forbindelse med værdipapircentralen, jf. ovenfor i afsnit 2.1. Foreligger der ikke et sådant sammenfald, må panthaver have krav på, at det kontoførende institut – mod forevisning af bevis for pantsætters misligholdelse – medvirker ved registreringsændringen.

Hvad angår tegningsrettigheder – warrants – som udstedes på grundlag af pantsatte aktier, er retsstillingen næppe ganske afklaret. Antagelig tilfalder tegningsretten pantsætter, når tegningskursen (mindst) svarer til kursen på de gamle aktier; er der tale om tegning til favørkurs, har pantsætter vel fortsat tegningsretten, men således at dét, der opnås – penge ved salg af tegningsretten eller aktier ved udnyttelse heraf – indgår under pantet. Synspunktet stemmer med retsstillingen vedrørende fondsaktier, for så vidt der med hensyn til favørkursen er tale om, at en værdi i selskabet spredes på et større antal aktier. Ifølge *Carstensen og Rørdam:* Pant, 7. udgave (2002) s. 92 og *Illum* i U 1959 B s. 128 tilfalder tegningsrettighederne panthaver. Efter denne opfattelse kan panthaver dog ikke blot sælge tegningsrettighederne, men har pligt til at tilbyde pantsætter at udnytte dem, mod at pantet forøges med nytegnede aktier for et beløb svarende til tegningsrettighedernes værdi.

4. Kreditor- og omsætningsbeskyttelse

4.1. Oversigt over problemtyperne

I forbindelse med pant i fondsaktiver kan der opstå sikkerhedsretlige problemer af snart sagt enhver art. I det følgende samles opmærksomheden om de problemer, der skyldes fondsaktivernes særlige karakter. Det bemærkes herved, at et fondsaktiv er en formuerettighed *sui generis*, og at fondsaktiver altså ikke lader sig indpasse hverken i tinglysningssystemet (som dog på en række punkter har dannet forbillede for værdipapirhandelslovens registreringsordning) eller i gældsbrevslovens værdipapirsystem (som dog i videst muligt omfang er tilsigtet opretholdt). Denne opfattelse af fondsaktiver som særegne sikringsobjekter er i overensstemmelse med *Betænkning nr. 948/1982* s. 45, hvor »Arbejdsgruppen drager den konklusion, at pantsætning af fondsaktiver ikke lader sig indpasse i de eksisterende pantsætningsregler. Ved pant i fondsaktiver er der således hverken tale om underpant i fordringer eller om håndpant i fordringer men om »pant i fondsaktiver««. Det anførte er selvsagt ikke nogen undsigelse af almindelige panteretlige regler og principper – blot er disse regler og principper underlagt et særligt regelværk.

De særlige sikkerhedsretlige problemer, som opstår i forbindelse med pant i fondsaktiver, kan inddeles i nogle hovedtyper: (1) Problemer vedrørende kravet til det pantsattes identifikation/individualisering, når det pantsatte som her er fungible aktivenheder, jf. herom nedenfor i afsnit 4.2. (2) Problemer vedrørende sikringsakten »registrering« i en værdipapircentral – herunder om forholdet til almindelige panteretlige principper om rådighedsberøvelse, jf. herom nedenfor i afsnit 4.3. (3) Problemer, som skyldes registreringssystemets begrænsede omfang – herunder navnlig, at den pantesikrede fordrings størrelse og prioritetsstilling ikke kan registreres, jf. herom nedenfor i afsnit 5.

4.2. Identifikation og individualisering

For så vidt angår begreberne »identifikation« og »individualisering« samt formålet med identifikations-/individualiseringskravet kan i det hele henvises til fremstillingen ovenfor i kapitel 7, afsnit 2, og kapitel 8, afsnit 5. Her skal blot kort rekapituleres, *at* begreberne ofte anvendes i flæng, og at der navnlig tilsigtes to virkninger af sikkerhedsmæssig betydning: For det første må det kræves, *at* det pantsatte kan udsondres fra pantsætters øvrige ejendom, som ikke er pantsat. Der skal således kunne føres *identifikations*bevis på det tidspunkt, da pantet gøres gældende. For det andet modvirker kravet om identifikation/individualisering, at pantsætters kreditorer besviges ved, at der inddrages yderligere eller mere værdifulde aktiver under pantet end dem, som rent

faktisk er pantsat. Der gælder dog ikke i den forbindelse noget materielt beskrivelseskrav, d.v.s. et krav om, at pantsætningsaftalen skal beskrive pantet på en sådan måde, at »oppustning« af sikkerheden er udelukket. I *den* forstand opstilles der altså ikke i almindelighed noget individualiseringskrav. Et sådant krav synes heller ikke at følge af de særlige regler om registrering af rettigheder over fondsaktiver. Ganske vist fremgår det af registreringsbekendtgørelsens § 36, at bl.a. en panteret for at kunne registreres skal angå »nærmere angivne fondsaktiver«, og af bekendtgørelsens § 35, nr. 2, at anmeldelsen til registrering skal angive »de fondsaktiver, som anmeldelsen angår«, men hermed udtrykkes næppe andet end en registreringsbetingelse gående ud på, at anmeldelsen skal angive, hvilke fondsaktiver der aktuelt står på kontoen. Som det vil fremgå af det følgende, synes de nævnte bestemmelser imidlertid ikke at være til hinder for, at der i kraft af en oprindelig registrering opnås sikkerhed i fondsaktiver, som senere indsættes på kontoen.

En gennemgang af to eksempler synes at kunne dække de i praksis forekommende problemer. Se tillige gennemgangen af eksemplerne ovenfor i kapitel 8, afsnit 5.1, om sikkerhedsdepoter.

Eksempel 1. Til sikkerhed for enhver skyld giver pantsætter et pengeinstitut (P) pant i nominelt 200.000 kr. ØK-aktier af de nominelt 300.000 kr., som står på kontoen.

Eksempel 2. Til sikkerhed for enhver skyld giver pantsætter et pengeinstitut (P) pant i de fondsaktiver, som står på kontoen til enhver tid.

Ad eksempel 1. Hvis der sker anmeldelse af en pantsætningsaftale med det i eksemplet angivne indhold, vil der i praksis blive overført nominelt 200.000 kr. ØK-aktier til en ny konto, på hvilken pantet registreres, jf. registreringsbekendtgørelsens § 43, 2. pkt. Der er i bekendtgørelsen åbnet mulighed for registrering af en aftale om »delpant« på kontoen, jf. bekendtgørelsens § 43, 1. pkt., men så vidt vides er noget sådant (endnu) ikke praktisk muligt som følge af indretningen af værdipapircentralens registre. Se også fra norsk ret *Kåre Lilleholt:* Godtruerhverv og kreditorvern, 3. utgave (1999) s. 73 og den norske lov om verdipapirsentral § 4-4, hvorefter »En pantsettelse kan omfatte hele eller deler av den pantsatte konto«.

Sker der udskillelse af det pantsatte på en særskilt konto, er identifikationsproblemet dermed løst. Selv under den nuværende ordning kan det dog tænkes, at problemet ikke løser sig »automatisk« ved registreringen. Eksempelvis kan det tænkes, at panthaver oprindelig har haft sikkerhed i samtlige 300.000

kr. ØK-aktier på kontoen, men siden har givet afkald på pant i nominelt 100.000 kr. af aktierne. En sådan aftale kræver ikke registrering for at få virkning – hverken i forholdet mellem pantsætter og panthaver eller i forhold til pantsætters retsforfølgende kreditorer. Det pantsattes fungible karakter er heller ikke i et sådant tilfælde til hinder for, at der kan føres det fornødne identifikationsbevis: Det er i eksemplet klart, hvilken aktivmængde der er pantsat, og der foreligger dermed ikke nogen risiko for sikkerhedsoppustning.

Forholdet kan udtrykkes således, at pantsætteren har en fordring mod værdipapircentralen lydende på de fondsaktiver, der står på kontoen. Denne fordring skal selvsagt kunne identificeres i den forstand, at fordringen skal være afgrænset fra pantsætterens øvrige formue, men det er ikke noget krav, at de enkelte genstande (in casu: aktivenheder) for fordringen kan identificeres. Det er således i overensstemmelse med almindelige panteretlige regler, når det i registreringsbekendtgørelsens § 43, 1. pkt., er forudsat, at der på en konto kan stå såvel pantsatte som ikke-pantsatte fondsaktiver af samme art, uden at dette truer panthaverens sikkerhed, jf. også for norsk rets vedkommende *Knut Bergo:* Børs- og verdipapirrett (1999) s. 522. Afgørende for, hvilke fondsaktiver på kontoen der er omfattet af pantet, er aftalen mellem pantsætter og panthaver.

Det kan for fuldstændighedens skyld nævnes, at pant i en delmængde af ensartede fondsaktiver ikke i sig selv giver anledning til noget *rådighedsproblem*. Således kan panthaveren tillade pantsætteren at udtage op til nominelt 100.000 kr. ØK-aktier af sikkerheden, uden at dette bringer pantet i fare. Pantsætteren kan endog gives tilladelse til at sælge denne aktivmængde på egen hånd, hvis panthaveren – f.eks. det kontoførende pengeinstitut – etablerer en elektronisk spærring, som ikke effektuerer salgsordrer vedrørende den pantsatte aktivmængde på nominelt 200.000 kr. ØK-aktier.

Ad eksempel 2. Formuleringen, hvorefter der er givet pant i de fondsaktiver, som står på kontoen »til enhver tid«, er formentlig den i praksis hyppigst anvendte. Ved investering i børsnoterede fondsaktiver ligger det i sagens natur, at en omplacering af porteføljen kan komme på tale, uden at det på forhånd – d.v.s. ved den oprindelige pantsætningsaftale – kan angives, hvilke fondsaktiver der på et eventuelt senere tidspunkt vil blive indsat på kontoen. Formuleringen må da også være acceptabel ud fra et identifikationssynspunkt: *For det første* kan de på en given VP-konto stående fondsaktiver til enhver tid udsondres fra pantsætterens eventuelt øvrige fondsaktiver, som jo står på andre VP-konti. Ved formuleringen i eksempel nr. 2 opstår der således endnu mindre end ved formuleringen i eksempel nr. 1 noget »sammenblandingsproblem«. *For det andet* indebærer formuleringen i eksempel nr. 2 ikke en

risiko for sikkerhedsoppustning ud over, hvad der ovenfor i kapitel 8, afsnit 5.1, er accepteret ved pant i fysiske værdipapirdepoter. Her accepteredes pant i indholdet af et sikkerhedsdepot »til enhver tid« til trods for risikoen for underskydelse af yderligere værdipapirer under pantet. Ved pant i fondsaktiver er risikoen for kreditorbesvigelser ret beset *mindre* end ved pant i fysiske sikkerhedsdepoter. Således kan der ved pant i fondsaktiver til enhver tid føres bevis for, om der er sket en sikkerhedsforøgelse. Beviset kan føres ved fremlæggelse af f.eks. kontoudskrifter. Af disse kontoudskrifter vil tillige fremgå, *hvornår* en eventuel sikkerhedsforøgelse har fundet sted. Dermed er ordningen også ud fra en omstødelsesbetragtning mere sikker end ordningen ved pant i fysiske sikkerhedsdepoter: Når pantsætningstidspunktet fremgår umiddelbart, kan der vanskeligere stilles »pant for gammel gæld«, jf. KL § 70, uden at pantsætters konkursbo efterfølgende kan konstatere, at en sådan omstødelig pantsætning har fundet sted.

Et særegent, lovreguleret identifikationstilfælde – som dog ikke har specielt henblik på pantsætning – foreligger ved de såkaldte *samlekonti*. Ved en samlekonto forstås en VP-konto, hvorpå en værdipapirhandler (f.eks. et pengeinstitut eller en fondsmægler) har indsat flere kunders fondsaktiver, således at ejerforholdet til fondsaktiverne fremgår af – og kan håndhæves på grundlag af – et register, som føres af værdipapirhandleren, jf. helt tilsvarende ovenfor i kapitel 8, afsnit 5.2, om samle*depoter* med fysiske værdipapirer. En værdipapirhandler i værdipapirhandelslovens forstand – jf. nærmere VPHL § 4 – har udtrykkelig hjemmel til på visse betingelser at føre sådanne samlekonti (som efter omstændighederne indebærer en betydelig lettelse af værdipapirhandlerens forretningsgang). Betingelserne er opregnet i VPHL § 6, stk. 3, hvorefter det kræves, *at* værdipapirhandlerens kunde skal være informeret om retsvirkningerne af opbevaring på en samlekonto, *at* kunden har samtykket heri, *og at* værdipapirhandleren på betryggende måde fører et register, hvoraf ejerforholdene fremgår. I særlige tilfælde – og når de ovenfor angivne betingelser er opfyldt – kan Finanstilsynet give tilladelse til, at en værdipapirhandler opbevarer egne og kunders fondsaktiver på samme konti. I tilfælde af retsforfølgning mod værdipapirhandleren kan den enkelte kunde på grundlag af registeret udtage sine fondsaktiver fra samlekontoen. Denne udtagelsesret er en fordel for en panthaver, som har fået pant i en ejers (pantsætters) andel af depotet. Over for *værdipapirhandlerens* retsforfølgende kreditorer er panthaveren således beskyttet allerede som følge af pantsætterens beskyttede ejendomsret. Det mere praktiske spørgsmål er dog, hvad der kræves til beskyttelse af panthaverens ret over for *pantsætterens* retsforfølgende kreditorer. Antagelig er registrering af panteretten i værdipapircentralen en betingelse for

opnåelse af kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Sikringsakten er dermed den samme, som hvis det ikke var en andel af en samlekonto, der blev pantsat. For at muliggøre registreringen i værdipapircentralen må de pantsatte fondsaktiver flyttes fra samlekontoen til en særskilt konto. Alternativt kunne man forestille sig, at sikringsakten var meddelelse til den pågældende værdipapirhandler, der herefter noterede panteretten i registeret under ejerens (pantsætterens) navn, jf. VPHL § 6, stk. 3. En sådan meddelelse ville principielt være en fuldt ud effektiv sikringsakt, idet værdipapirhandlerens register i forvejen er det eneste sted, hvor ejerforholdet er opført med retsvirkning over for tredjemand. Når fremgangsmåden alligevel må antages at være uholdbar, skyldes det, *at* VPHL § 6, stk. 3, efter sin formulering kun angår beskyttelse over for værdipapirhandlerens kreditorer, *og at* bestemmelsen kun angår beskyttelse af ejendomsret, men ikke beskyttelse af begrænsede rettigheder (som f.eks. en panteret). – Om identifikationsproblemet i forbindelse med samledepoter kan i øvrigt henvises til U 1997.762 H (omtalt ovenfor i kapitel 8, afsnit 5.2). Se også *Jørgen Ruben Andersen* i Justitia 1995, nr. 3 om individualisering af værdipapirer i udenlandsk samledepot (fra tiden før VPHL § 6, stk. 3).

4.3 Sikringsakt. Registrering og rådighedsberøvelse

4.3.1. Registrering

For enhver rettighed i fondsaktiver er sikringsakten som nævnt registrering i en værdipapircentral. Registrering er således sikringsakten ved pantsætning, herunder frempantsætning, jf. DL 5-7-4. Ved registreringen opnår panthaveren beskyttelse mod pantsætterens retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe, jf. VPHL § 66, stk. 1. Registreringen har dermed en *værnende funktion*. Registreringen har ifølge VPHL § 66, stk. 2, også en *eksstinktiv funktion*. Ifølge denne bestemmelse kan en uregistreret panteret således fortrænges af en senere stiftet ret. Den aftale eller retsforfølgning, der skal kunne fortrænge en uregistreret ret, skal selv være registreret, og en erhverver ifølge aftale – men altså ikke en retsforfølgende kreditor – skal være i god tro ved anmeldelsen til det kontoførende institut. De nævnte bestemmelser har efter deres formulering tydeligvis TL § 1 som forbillede. Hensigten har dog nok så meget været at overføre de almindelige principper, som udledes af gældsbrevsloven, hvorefter en panthavers meddelelse til en tredjemand, der besidder et negotiabelt gældsbrev, anses for tilstrækkelig sikringsakt, jf. *Betænkning nr. 793/1977* s. 59.

Tidspunktet for kreditor- og omsætningsbeskyttelsens indtræden er tidspunktet for den endelige prøvelse i værdipapircentralen, jf. VPHL § 66, stk. 3. Her svarer værdipapirhandelslovens regler ikke til tinglysningslovens.

Ifølge TL § 25, 3. pkt., sker der således automatisk ligestilling af rettigheder, som anmeldes samme dag. Ifølge VPHL § 66, stk. 3, er det dels ikke anmeldelsestidspunktet, men prøvelsestidspunktet, der er afgørende for prioritetsstillingen ved fondsaktiver, dels indtræder prioritetsvirkningen ikke blot på en dato, men på et givet klokkeslæt. Når klokkeslættet for prøvelsen – og ikke blot datoen – er gjort til det afgørende prioritetsskabende tidspunkt ved pant i fondsaktiver, skyldes det, at sådanne aktiver ofte handles hyppigt, ikke sjældent flere gange samme dag. – Prøvelsen i værdipapircentralen er en efterprøvelse af, *at* de angivne fondsaktiver er til stede på den angivne konto, *at* der ikke er registreret rettigheder, som kan være til hinder for den anmeldte ret, *og at* anmelderen har ret til at anmelde rettigheder over den pågældende konto, jf. *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 329 og *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 128.

Det er vigtigt for anmelderen af en ret over fondsaktiver, at tidsrummet mellem anmeldelsen til det kontoførende institut og indrapporteringen til værdipapircentralen bliver så kort som mulig. Indtil den endelige prøvelse i værdipapircentralen risikerer anmelderen nemlig at blive fortrængt af konkurrerende rettigheder. For at modvirke, at der indtræder eksstinktion som følge af langsommelig arbejdsgang i et kontoførende institut, er der i VPHL § 66, stk. 4, fastslået en pligt for ethvert kontoførende institut til *uden ophold* at indrapportere modtagne anmeldelser til registrering i en værdipapircentral. I bestemmelsens forarbejder antages det, at en anmelder ved ekspeditionens afslutning har krav på at få en kvittering med angivelse af tidspunktet for den skete indrapportering til værdipapircentralen, jf. FT 1995-96, tillæg A, s. 2019.

Et kontoførende instituts tilsidesættelse af pligten til uden ophold at foretage indrapportering til værdipapircentralen, jf. VPHL § 66, stk. 4, er uden betydning for anmelderens prioritetsstilling. Således er tidspunktet for den endelige prøvelse afgørende, også i tilfælde af en for langsommelig arbejdsgang i det kontoførende institut. Noget andet er, at det kontoførende institut efter omstændighederne kan ifalde erstatningsansvar for tab, som anmelderen måtte lide som følge af tilsidesættelse af indrapporteringspligten ifølge VPHL § 66, stk. 4.

Problemet illustreres af U 1993.904 H, der ganske vist angik retsstillingen på et tidspunkt, hvor kreditor- og omsætningsbeskyttelse indtrådte ved anmeldelsen til det kontoførende institut, jf. den dagældende regel i værdipapircentrallovens § 8, stk. 3. Dommen vedrørte et tilfælde, hvor et pengeinstitut fik pant i en post obligationer.

Pantet tjente til sikkerhed for en kassekredit, som pengeinstituttet ydede pantsætteren. Som følge af en fejl fra pengeinstituttets side foretog værdipapircentralen en såkaldt systemteknisk afvisning. Pengeinstituttets fejl bestod i, at man på en og samme dag dels havde anmeldt en panteret vedrørende en del af fondsaktiverne, dels havde anmeldt, at en del af fondsaktiverne skulle overføres til en anden rettighedshaver. Som følge af endnu en fejl blev anmeldelsen af panteretten ikke straks gentaget over for centralen. Da pantsætteren ca. et år senere gik konkurs – hvilket blev registreret i værdipapircentralen – fik pengeinstituttet panteretten registreret med angivelse af den oprindelige registreringsdato. Højesteret udtalte bl.a., at bestemmelsen i værdipapircentrallovens § 8, stk. 3, der tillægger registreringen retsvirkning fra anmeldelsen til det kontoførende institut, må anses for at bygge på den forudsætning, at det kontoførende institut overholder forpligtelsen til at indrapportere en anmeldelse til værdipapircentralen samme dag, som anmeldelsen er modtaget i instituttet. I tilfælde af en systemteknisk afvisning som den, der overgik pengeinstituttets panteret, må det kontoførende institut genindrapportere, således at registrering kan ske i dagene umiddelbart efter afvisningen. En sådan hurtig genindrapportering skete ikke, og bankens panteret var endnu ikke registreret, da konkursen blev registreret. Under disse omstændigheder havde panteretten ikke opnået beskyttelse mod konkursboet, jf. lovens § 8, stk. 1 og 2.

I forholdet mellem flere uregistrerede rettighedshavere gælder det almindelige princip om tidsprioritet. Princippet indebærer, at den først stiftede ret går forud for den senere stiftede ret *(prior tempore potior jure)*. Registrering er dog uden betydning for panterettens eksistens i forholdet mellem parterne samt i forhold til pantsætters arvinger. I de nævnte relationer gælder altså intet registreringskrav. Tidsprioriteten er uden større praktisk betydning. Dette skyldes dels registreringens prioritetsvirkning, dels at registrering er nødvendig, for at den berettigede kan modtage betalinger som renter, udbytter m.v. i henhold til f.eks. en pantsætningsaftale, jf. registreringsbekendtgørelsens § 31, stk. 1, nr. 4, og § 35, nr. 5.

En (pante)ret kan som nævnt fortrænge en tidligere stiftet ret, hvis (pante)retten registreres, og den berettigede (panthaveren) var i god tro ved anmeldelsen til det kontoførende institut. I modsætning til, hvad der gælder efter tinglysningsloven, er det relevante tidspunkt for den gode tro således ikke sammenfaldende med retsvirkningstidspunktet (den endelige prøvelse i værdipapircentralen). I modsætning til, hvad der gælder ved prioritetskonflikter under tinglysningsloven (hvor ond tro forudsætter grov uagtsomhed), er det i øvrigt dansk rets almindelige god tros-begreb, som anvendes ved prioritetskonflikter under værdipapirhandelsloven (d.v.s. at simpel uagtsomhed er nok til at statuere ond tro). Helt i overensstemmelse med almindelige tingsretlige regler kræves der ikke god tro hos retsforfølgende kreditorer, ligesom der

ikke kræves god tro hos en aftaleerhverver, som var først i tid, og som altså blot ønsker at *bevare* den prioritetsstilling, der følger af princippet om tidsprioritet.

Det må antages, at en rettighedshavers eksstinktionsmulighed ifølge VPHL § 66 består i forhold til såvel registrerbare som ikke- registrerbare rettigheder. Et eksempel på en rettighed, som ikke kan registreres, er et løfte fra en forpanthaver til en efterpanthaver om at ville rykke for efterpanthaveren. Efterpanthaverens ret i henhold til et sådant løfte kan antagelig eksstingveres af retsforfølgende kreditorer og godtroende aftaleerhververe, som afleder ret fra forpanthaveren, jf. nærmere om problemet nedenfor i afsnit 5.4.

Ved pantsætning af fondsaktiver er det som nævnt en hyppigt forekommende formulering, at der gives pant i VP-kontoens indestående »til enhver tid«. Et praktisk vigtigt spørgsmål er derfor, om panthaver kan opnå en sådan sikkerhed i kraft af den oprindelige registrering, eller om der kræves fornyet registrering af pantsætningsaftalen ved indsættelser på kontoen. Af *Betænkning nr. 948/1982* fremgår flere steder (f.eks. s. 49 og s. 51), at værdipapircentralloven (nu værdipapirhandelsloven) havde til formål i videst muligt omfang at bevare den hidtidige fremgangsmåde ved pantsætning af obligationer. Intentionen var altså tydeligvis ikke at afskaffe muligheden for at opnå kreditor- og omsætningsbeskyttelse for de også tidligere meget anvendte aftaler om pant i indholdet af et sikkerhedsdepot »til enhver tid«.

Også i forbindelse med ombytning kan der opstå spørgsmål om nødvendigheden af fornyet registrering af panteretten. Lyder pantsætningsaftalen på en nærmere afgrænset mængde fondsaktiver (f.eks. »100.000 kr. ØK-aktier« eller »VP-kontoens indestående«), kan der formentlig heller ikke kræves fornyet registrering, hvis pantsætter udnytter en oprindelig aftalt ombytningsret. Er ombytningsret ikke aftalt senest ved den oprindelige registrering, men sker ombytning i henhold til en efterfølgende aftale mellem panthaver og pantsætter, må der derimod nok kræves ny registrering, jf. *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 60.

4.3.2. Rådighedsberøvelse

4.3.2.1. Pantsætters rådighed over pantsatte fondsaktiver

Før værdipapircentrallovens ikrafttræden foregik handler og pantsætning af børsnoterede aktier og obligationer i praksis ved fysisk overgivelse eller ved meddelelse til en besidder af dokumenterne (f.eks. et pengeinstitut). Overgivelsen/meddelelsen havde et rådighedsberøvende formål, jf. for pantsætnings vedkommende GBL § 22 om beskyttelse mod pantsætters retsforfølgende kreditorer. Det fremgår af *Betænkning nr. 948/1982* s. 49 (med henvisning til

værdipapircentralens skrivelse af 16. juni 1981), at det var et hovedsigte med loven at erstatte den tidligere sikringsakt (rådighedsberøvelse) med registrering. Udtalelsen i forarbejderne *kunne* lede til den opfattelse, at registreringssystemet skulle kunne løse ethvert rådighedsproblem i forbindelse med fondsaktiver. Således skal forarbejderne imidlertid næppe læses. Det rådighedsproblem, som tilsigtedes løst med registreringsordningen, var problemet med hensyn til den *faktiske* rådighedsberøvelse, der skulle foretages i forbindelse med et meget stort antal transaktioner over en enorm mængde obligationer og aktiebreve. Dette fremgår bl.a. af *Betænkning nr. 793/1977* s. 7 ff. og *Betænkning nr. 948/1982* s. 51, hvoraf ses, at det var problemerne i forbindelse håndteringen af dokumenterne, som tilsigtedes løst. Spørgsmålet, om der fortsat gælder et krav om *retlig* rådighedsberøvelse, er ikke omtalt i forarbejderne (eller i værdipapirhandelsloven). Som udgangspunkt løser registreringen i sig selv problemet. Er det således registreret, at fondsaktiverne på en VP-konto er pantsat, er pantsætteren som udgangspunkt afskåret fra at råde herover ved salg, pantsætning m.v. I praksis er der imidlertid et stort behov for, at pantsætteren selv – efter tilladelse fra panthaveren – kan lade registrere udtagninger fra en pantsat VP-konto (eksempelvis i forbindelse med ombytning af de pantsatte fondsaktiver). En fri adgang for pantsætteren til at råde over fondsaktiverne er imidlertid efter almindelige panteretlige regler uforenelig med kreditorbeskyttelse for panthaveren, jf. herved princippet i RPL § 514, stk. 3. Bestemmelsen i VPHL § 66, stk. 1, om registreringens prioritetsskabende virkning har næppe henblik på tilfælde, hvor der er givet pantsætter en fri adgang til råden. I disse tilfælde er registrering med andre ord ikke i sig selv tilstrækkelig sikringsakt. Dette antages da også de steder i teorien, hvor problemet er omtalt, jf. således *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 123 f., *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 2001 B s. 77 ff. og *Lars Hedegaard Kristensen* i Festskrift til Juridisk Klub (1998) s. 79 f. Kravet om rådighedsberøvelse skal sikre, at en foretagen pantsætning er reel. Dette sker – som ved fysiske værdipapirer – ved, at pantsætteren påtvinges det »offer«, som ligger i, at han ikke kan råde frit over det pantsatte. Til sammenligning kan det nævnes, at den norske »Forskrift om registrering i værdipapirsentralen« § 4, litra f, giver mulighed for at registrere, om der skal være »Disposisjonsrett for kontohaver« over den pantsatte konto. Bestemmelsen synes at bygge på en forudsætning om, at råderet for pantsætteren ikke er uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for erhververen, jf. herved *Olav Torvund:* Verdipapirsentralloven med kommentarer (1987) s. 193. *Olav Torvund* begrunder resultatet med, at en begrænsning i pantsætterens adgang til at realisere fondsaktiver ikke kan begrundes i hensy-

net til panthaver. Dette kan tiltrædes. *Olav Torvund* begrunder videre resultatet med, at der heller ikke synes at være noget hensyn til de andre kreditorer som kan begrunde en sådan begrænsning, idet disse kreditorers dækningsmulighed tværtimod øges, hvis pantsætter reducerer pantet. Det fremgår, at det sidstnævnte synspunkt ikke er i overensstemmelse med det i dansk ret almindeligt antagne, hvorefter fri råderet for pantsætter medfører, at hele pantet falder.

Spørgsmålet er da, på hvilke betingelser panthaver kan give pantsætter adgang til kontoen. Svaret er antagelig, at der stilles samme krav som ved pant i værdipapirdepoter i øvrigt, jf. herom ovenfor i kapitel 8, afsnit 6.3.2. Herefter truer det ikke rådighedsberøvelsen, at panthaver i enkeltstående tilfælde giver samtykke til afgang fra den pantsatte konto. Har panthaver derimod løbende samtykket i udtagninger fra en såkaldt »arbejdskonto«, kan det være svært for panthaver at bevise, at rådighedsberøvelsen har været effektiv, og at samtykke i de enkelte tilfælde ikke er givet mere eller mindre »pr. automatik«. Har panthaver og pantsætter truffet aftale om en sammenhæng mellem sikkerhed og kredit – f.eks. at der skal være en overdækning på mindst 10% – må det kontrolleres, at denne aftale faktisk overholdes. Er der ikke truffet en sådan aftale, kan panthaver føre beviset for effektiv rådighedsberøvelse *enten* ved at bevise, at det oprindelige forhold mellem sikkerhed og kredit(ramme) er fastholdt, jf. *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 2001 B s. 80 – *eller* ved at de enkelte frigivelser er sket ud fra konkrete forretningsmæssige/kreditmæssige overvejelser.

Gives pantsætter adgang til selv – f.eks. på grundlag af en fuldmagt fra panthaver – at udtage fondsaktiver fra kontoen, påhviler det panthaver at føre kontrol med udtagningernes omfang, herunder om et aftalt krav om f.eks. sikkerhedsmæssig overdækning er overholdt. Det kontoførende institut har ikke nogen almindelig pligt til at påse, at ombytningsvilkår overholdes, men det kan naturligvis aftales, at dette institut fører kontrollen på panthaverens vegne. Ifølge *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 124 må en tilstrækkelig kontrol »normalt kunne etableres ved, at panthaver på baggrund af løbende modtagelse af ændringsmeddelelser, jf. VPHL § 69 og registreringsbekendtgørelsen § 49, påser, at de foretagne ombytninger er i overensstemmelse med det aftalte«, således at der straks gribes ind, hvis ombytningsvilkårene ikke overholdes. En ordning som den beskrevne indebærer, at kontrol udføres i forbindelse med hver enkelt udtagning/ombytning og i tæt tidsmæssig sammenhæng hermed. Således skal værdipapircentralen snarest og senest to dage efter registreringen afsende ændringsmeddelelse til (bl.a.) panthaveren, jf. § 49 stk. 3. Til trods herfor er en kontrolordning på

baggrund af ændringsmeddelelser næppe tilstrækkelig til opnåelse af kreditor- og omsætningsbeskyttelse.

En bagudrettet kontrol af, hvad pantsætteren allerede *har* udtaget fra VP-kontoen, giver under alle omstændigheder anledning til betænkeligheder, jf. ovenfor i kapitel 8, afsnit 6.3.2.1, om U 1984.1071 H (om et tilfælde, hvor pant i et fysisk værdipapirdepot ikke opretholdtes på grund af manglende kurskontrol). Selv om dommen læses således, at en kontrol »bagud« ville have været tilstrækkelig i det konkrete tilfælde, kan dette resultat ikke uden videre overføres på pantsætters dispositionsadgang ved pant i fondsaktiver. Betænkelighederne er således langt større ved pantsætters udtagninger på egen hånd fra et VP-depot end pantsætterens udtagninger under panthaverens medvirken fra et fysisk værdipapirdepot. Ved pant i en VP-konto har pantsætteren principielt den mulighed simpelthen at rydde kontoen og anvende salgsprovenuet, medmindre der er truffet særlige foranstaltninger til at hindre dette. Pantsætteren kan altså som udgangspunkt disponere helt frit over hele pantet. Foretager pantsætteren en sådan retsstridig disposition, hjælper det ikke meget, at panthaveren nogle dage senere modtager en ændringsmeddelelse, som viser, at sikkerheden *er* forsvundet. Se også *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 2001 B s. 81: »Hvis pantsætteren reelt har beføjelse til at tømme depotet [d.v.s. VP-kontoen], er rådighedsberøvelsen ikke opretholdt, og panteretten er dermed tabt.«

Situationen er anderledes ved værdipapirdepoter indeholdende negotiable dokumenter end ved fondsaktiver. Ved værdipapirdepoter må panthaver (eller dennes repræsentant) fysisk medvirke ved udtagninger. Selv i et tilfælde som U 1984.1071 H, hvor pantet faldt, kunne pantsætteren ikke uden videre have ryddet depotet. Det ville være blevet konstateret og forhindret af panthaverens pengeinstitut, som skulle medvirke ved ombytninger.

I praksis aftales det ofte mellem pantsætter og panthaver, at pantsætter har »ombytningsret« eller lignende. I lyset af det netop anførte er det afgørende, om sådanne aftaler giver pantsætteren fri adgang til kontoen, eller om panthaveren stadig må medvirke ved ombytningerne. I litteraturen hedder det flere steder, at en aftale om ombytningsret må betragtes som en fuldmagt fra panthaver til pantsætter om at foretage ombytningen på egen hånd, jf. *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 58 og *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 124. Hvis man – som i teksten ovenfor – antager, at en bagudrettet kontrol af ombytningsvilkårenes overholdelse er utilstrækkelig, kan den i litteraturen anlagte fortolkning ikke tiltrædes. Denne fortolkning vil nemlig give pantsætteren en sådan adgang til pantet, at pantsætningen ikke nyder kreditor- og omsætningsbeskyttelse.

Der er i praksis et stort behov for, at pantsætter kan handle med de pantsatte fondsaktiver. Meget ofte er det hensigtsmæssigt, at sådanne handler kan foretages hurtigt og umiddelbart, d.v.s. uden panthaverens medvirken. En sådan medvirken kan dels indebære en tidsmæssig forskydning af handlerne og modvirke effektiv porteføljepleje, dels virke fordyrende som følge af de gebyrer, som panthaveren vil beregne sig. Det er dog allerede i dag muligt at indrette panthaveres/pantsætteres edb-systemer således, at den fornødne kontrol kan gennemføres rent elektronisk, jf. herom *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 2001 B s. 77 ff. Eksempelvis kan pantsætteren gives adgang til VP-kontoen, men således at panthaverens edb-systemer overhovedet kun tillader gennemførelse af handler, som er i overensstemmelse med de aftalte vilkår. Som vilkår for *udtagninger* kan det eksempelvis være aftalt, at kursværdien af de tilbageværende fondsaktiver mindst skal svare til den sikrede gæld (eventuelt med en nærmere angiven overdækning). Forsøger pantsætteren at foretage en transaktion, som strider mod kravene til sikkerhedens kursværdi, konstateres dette ved en automatisk, elektronisk kurskontrol, hvorefter systemet nægter at gennemføre transaktionen. Eventuelt kan der til VP-kontoen være knyttet en spærret pengeinstitutkonto, som ligeledes er pantsat, således at indestående på denne konto medregnes ved den elektroniske dækningskontrol. I så fald nægter systemet at gennemføre transaktioner, som indebærer, at kursværdien af VP-kontoen med tillæg af indestående på pengeinstitutkontoen kommer under den tilladte grænse. I forbindelse med *ombytninger* foretages en tilsvarende dækningskontrol. Systemet kan eventuelt indrettes således, at også andre vilkår end kursvilkår skal være opfyldt, for at ombytningen kan gennemføres. F.eks. kan der stilles krav, som skal modvirke, at pantsætter foretager dispositioner, som panthaver finder (for) risikobetonede. Sådanne krav kan gå ud på, at der i forbindelse med ombytningen kun må indlægges børsnoterede obligationer (men ikke aktier) i depotet. Er aktiehandel tilladt, kan der eventuelt spærres for udenlandske aktier. Ombytninger kan ske efter én af to hovedmodeller. Én mulighed er, at der først sker salg af de fondsaktiver, som pantsætter ønsker ombyttet. Provenuet indgår på en spærret pengeinstitutkonto, som medregnes ved dækningskontrollen (jf. ovenfor om udtagninger). De »nye« fondsaktiver indkøbes med midler fra den spærrede konto, og handelen tillades kun gennemført, hvis der er tale om aktiver, som ifølge pantsætningsaftalen kan indgå i dækningsberegningen. En anden mulighed er, at de nye fondsaktiver indsættes på kontoen, før der sker noget salg. Den overdækning, der opstår ved denne indsættelse, kan pantsætter disponere over. Pantsætter kan altså sælge en mængde fondsaktiver fra VP-kontoen, som opgjort efter kursværdi svarer til den overskydende sikkerhed.

Det beløb, som fremkommer ved pantsætters salg af overskydende sikkerhed, kan stilles til fri rådighed for pantsætter, uden at pantesikkerheden derved kommer i fare.

4.3.2.2. Pantsætters rådighed over salgsprovenuer m.v. (surrogater)

Ved håndteringen af de beløb, som fremkommer ved udtrækning/udløb af obligationer eller ved salg af aktier og obligationer, bør panthaveren have opmærksomheden henledt på et aspekt af rådighedsberøvelsen, som ikke blot har betydning for spørgsmålet om kreditor- og omsætningsbeskyttelse, men tillige for spørgsmålet om omstødelse i tilfælde af pantsætterens konkurs. Problemet viser sig ved en gennemgang af de fire måder, hvorpå udtrækningsbeløb og salgsprovenuer i praksis navnlig kan tænkes anvendt: (1) Beløbet indsættes på en foliokonto, d.v.s. en indlånskonto, hvorpå pantsætter frit kan hæve. (2) Beløbet indsættes på en sikringskonto, d.v.s. på en pantsat, spærret indlånskonto. (3) Beløbet afskrives på panthavers tilgodehavende. (4) Beløbet anvendes til køb af fondsaktiver, som ifølge aftalen med pantsætter er omfattet af panteretten.

Ad 1. Denne situation giver ikke anledning til særlige problemer. Har panthaver tilladt, at beløb, som fremkommer ved salg og udtrækninger af pantsatte fondsaktiver, overføres til en åben konto, må panteretten i de overførte beløb anses for frafaldet allerede i forhold til pantsætter. I samme omfang er panthaver selvsagt uden beskyttelse over for pantsætters kreditorer og aftaleerhververe. Overførslen truer ikke panthavers sikkerhed i VP-kontoens resterende indestående, hvis den for VP-kontoen relevante sikringsakt – registrering/rådighedsberøvelse – er iagttaget, jf. herom ovenfor.

Ad 2. Panthaver bevarer sikkerheden i det fremkomne beløb, hvis sikringskontoen er spærret, jf. herom nærmere ovenfor i kapitel 6. Kontoen skal altså være spærret for pantsætter. Svigter spærringen, falder pantet i sikringskontoen, men ikke i VP-kontoen. Spærringen er vigtig, ikke blot af hensyn til opretholdelsen af rådighedsberøvelsen, men også af hensyn til reglerne om omstødelse i konkurs. Det er således vigtigt, at beløbet ikke inden indsættelsen på sikringskontoen har været undergivet pantsætters fri rådighed. Således må pant i beløb, hvorover pantsætter på et tidspunkt har haft fri rådighed, omstødelsesmæssigt bedømmes efter KL § 70 om »pant for gammel gæld«. Sikkerhed i beløb, som har været ude på en åben konto, er således tidligst »tilsagt« ved aftalen om overførsel til en spærret konto. Sikringsakten, som skal foretages »uden unødigt ophold efter gældens stiftelse«, er først foretaget, når der er sket overførsel til den spærrede konto. Konsekvensen af, at de pågældende beløb ikke til stadighed er holdt i et »lukket kredsløb«, kan altså være, at et

uomstødeligt pant i fondsaktiver overgår til at være et omstødeligt pant i en fordring (eventuelt med panthaver selv som debitor).

Ad 3. Også hvis udtrækningsbeløb eller salgsprovenuer skal anvendes til nedbringelse af den sikrede gæld, er det vigtigt, at panthaver har sikret sig, at beløbene har været unddraget pantsætters fri rådighed, indtil nedbringelsen sker. I modsat fald må nedbringelsen omstødelsesmæssigt bedømmes efter KL § 67 (eventuelt KL §§ 72 eller 74). Manglende rådighedsberøvelse kan altså efter omstændighederne medføre, at et uomstødeligt pant i fondsaktiver transformeres til en omstødelig betaling af gæld.

Ad 4. Ved genkøb af fondsaktiver i forbindelse med ombytning, skal panthaver sikre sig, *at* erhvervelsen af de nye fondsaktiver er sket ved anvendelse af provenuet af salg af pantsatte fondsaktiver, *og at* det nævnte provenu ikke inden anskaffelsen af de nye fondsaktiver har været undergivet pantsætters fri rådighed. Har det provenu, som er fremkommet i forbindelse med salg af pantsatte fondsaktiver, været ude på en åben konto inden genanskaffelsen, må panteretten i de nye fondsaktiver omstødelsesmæssigt bedømmes efter KL § 70. Pantet i disse fondsaktiver kan tidligst anses for »tilsagt« ved anskaffelsen. Sikringsakten er først foretaget ved indsættelsen på den pantsatte VP-konto. Panthaver skal med andre ord sikre sig, at de salgsprovenuer, som fremkommer i forbindelse med ombytninger, forbliver i et for pantsætter »lukket kredsløb«. Konsekvensen af at lade salgsprovenuer være til fri rådighed inden genanskaffelse kan altså være, at et oprindelig uomstødeligt pant i en VP-konto bliver helt eller delvis omstødeligt.

4.3.2.3. Pantsætters rådighed over renter og udbytter (accessorier)

Som nævnt ovenfor i afsnit 3.4 er den deklaratoriske regel, at panthaver *af pantsætter* kan forlange betaling af renter og udbytter, når det pantesikrede skyldforhold misligholdes. Her skal gøres nogle bemærkninger om, i hvilket omfang panthaver af *pantsætters retsforfølgende kreditorer* kan forlange betaling af sådanne beløb. Indledningsvis bemærkes, at panthaver ikke har nogen ret til fremtidige renter og udbytter, hvis panthaver ikke kan hævde sin ret til hovedaktivet, d.v.s. fondsaktiverne.

For så vidt angår *renter og udbytter, som er udbetalt til pantsætter* – herunder indsat på en åben konto i pantsætters navn – må panthaver anses at have givet afkald på sin panteret i disse beløb allerede over for pantsætter selv. Herefter kan panthaver selvsagt ikke hævde nogen ret over sådanne beløb i forhold til pantsætters retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe.

For så vidt angår renter og udbytter, som ikke er udbetalt til pantsætter, kan der principielt sondres mellem (1) tilfælde, hvor sådanne beløb hidtil er

oppebåret af panthaver (ifølge aftale), og (2) tilfælde, hvor sådanne beløb hidtil er oppebåret af pantsætter (ifølge den deklaratoriske regel eller aftale), jf. ovenfor i afsnit 3.4). I tilfældegruppe (1) opstår ingen problemer. Har pantsætter været berøvet rådigheden over renter og udbytter, er det oplagt, at panthaver også kan hævde sin ret hertil i forhold til pantsætters kreditorer og aftaleerhververe. I tilfældegruppe (2) er spørgsmålet for det første, om panthavers samtykke til, at pantsætter oppebærer renter og udbytter, er til hinder for, at panthaver siden ensidigt tiltager sig retten til renterne og udbytterne – nemlig når det pantesikrede skyldforhold misligholdes. Svaret må være benægtende: Pantsætters ret til oppebørsel er en foreløbig ret, der ophører ved misligholdelse. For det andet er spørgsmålet, om en fri oppebørselsret for pantsætter, som panthaver kan omgøre i forhold til pantsætters retsforfølgende kreditorer, indebærer et brud på den almindelige panteretlige grundsætning, hvorefter fri råden for pantsætter er uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for panthaver. Renternes og udbytternes karakter af accessorier (frugter) medfører, at også dette spørgsmål må besvares benægtende (og hermed er panthaver stillet som i tilfældegruppe (1)). Har panthaver en kreditor- og omsætningsbeskyttet ret til fondsaktiverne, kan han selvsagt også søge sig fyldestgjort i aktivernes afkast. Dette er særlig tydeligt ved tvangsrealisation af fondsaktiverne, jf. RPL § 538 a, som jo også indebærer en tvangsrealisation af retten til det fremtidige afkast. En panthaver, som vil holde sig til den kapitalværdi, der ligger i afkastet, er dog ikke henvist til at foranstalte et tvangssalg. Som det mindre i det mere er panthaver – også i forhold til pantsætters retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe – berettiget til at kræve renter og udbytter erlagt til sig, når det pantesikrede skyldforhold er misligholdt.

5. Prioritetsforhold ved pant i fondsaktiver

5.1. Regelgrundlaget

Registrering i en værdipapircentral løser én grundlæggende konflikt mellem flere panthavere i fondsaktiver: Registreringen angiver tidsprioriteten, jf. VPHL § 66. Det indbyrdes forhold mellem panthaverne er i øvrigt uomtalt i værdipapirhandelsloven og registreringsbekendtgørelsen. Værdipapirhandelslovens registreringssystem er dermed på væsentlige punkter forenklet i forhold til tinglysningslovens system. Forenklingen viser sig navnlig ved, at en række af de pantsætningsvilkår, som kan tinglyses på en fast ejendom, ikke kan registreres på en konto med fondsaktiver. Blandt de ikke-registrerbare forhold

ved pant i fondsaktiver skal nævnes oplysninger om den pantesikrede fordrings størrelse samt om panterettens prioritetsstilling, jf. således registreringsbekendtgørelsens § 32, stk. 1, 2. pkt. Til sammenligning kan det nævnes, at den norske »Forskrift om registrering i verdipapirsentralen« § 4, litra e, giver mulighed for at registrere »De beløp rettigheten skal dække«.

Baggrunden for det forenklede registreringssystem fremgår af *Betænkning nr. 948/1982* s. 46: »Sammenlignet med pantsætning af fast ejendom forekommer pantsætning af fondsaktiver kun i beskedent omfang. Pantsætning af samme obligationer til flere – og navnlig flere end to – er ikke ofte forekommende, mens det er hovedreglen ved fast ejendom.« Betænkningens udsagn om, at pantsætning er mindre brugt ved fast ejendom end ved fondsaktiver, er stadig korrekt. Dog er det utvivlsomt rigtigt at hævde, at pantsætning af fondsaktiver er mere udbredt i dag end ved vedtagelsen af den oprindelige værdipapircentrallov i 1980. Bl.a. er der antagelig sket en betragtelig vækst i antallet af pengeinstitutkreditter, som er sikret ved pant i de fondsaktiver, der er indkøbt for kreditterne. Dermed er der også sket en forøgelse af antallet af tilfælde, hvor der i praksis opstår prioritetskonflikter mellem flere panthavere. Som følge af de manglende registreringsmuligheder må prioritetsforholdene mellem flere panthavere i fondsaktiver finde deres løsning uden for værdipapirhandelslovens system. Konflikter må således i vidt omfang løses ud fra almindelige panteretlige regler, som de navnlig kommer til udtryk ved fordringer og løsøre – og i et vist omfang ved fast ejendom.

5.2. Oprykningsret

I modsætning til tidligere antages der i dag at gælde en almindelig deklaratorisk regel om oprykningsret for en efterstående panteret i løsøre og fordringer, når gælden på forprioriteten nedbringes. En tilsvarende regel må antages at gælde ved pant i fondsaktiver, jf. *Betænkning nr. 948/1982* s. 43 f., *Blok* i U 1986 B s. 88 f., *Nis Jul Clausen:* Pant i fordringer, 3. udgave (2000) s. 132, *Boye Jacobsen:* Lov om en værdipapircentral (1983) s. 49 samt *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 61. I modsætning til, hvad der ifølge TL § 40, stk. 3, gælder om pant i fast ejendom, kræves det altså ikke, at oprykningsret er aftalt, eller at nedbringelsen af gælden på forprioriteten var påregnelig for efterpanthaveren. Som følge af den deklaratoriske regel om oprykningsret er det ikke noget større problem, at *aftaler* om oprykningsret ikke kan registreres. Den manglende registreringsmulighed medfører således ikke risiko for, at rettighedshavere på forprioriteten eksstingverer efterpanthaverens oprykningsret: Oprykningsretten må respekteres såvel af retsforfølgende kreditorer som af aftaleerhververe (der selvsagt ikke kan hævdes at være

i god tro som følge af manglende kendskab til indholdet af retsreglen om oprykning).

Princippet om oprykningsret indebærer, at der som udgangspunkt ikke opstår ledige pladser i prioritetsrækken. Når bortses fra visse tilfælde af ombytning, jf. herom nedenfor, opstår der altså ikke ved gældsnedbringelse nogen friværdi, som pantsætter kan disponere over.

For så vidt angår den deklaratoriske hovedregel om oprykningsret vil der være sammenfald mellem den *formelle* prioritetsstilling, som fremgår af værdipapircentralens register, og den *materielle* prioritetsstilling, som følger af den deklaratoriske prioritetsregel i VPHL § 66. Princippet i VPHL § 66, hvorefter registreringstidspunktet er afgørende for prioritetsstillingen, stemmer nemlig overens med reglen om automatisk oprykningsret, jf. således *Blok* i U 1986 B s. 89. I det omfang der er overensstemmelse mellem det materielle og det registrerede, opstår der ingen eksstinktionsproblemer.

Princippet om oprykningsret brydes af den såkaldte *»ombytningslære«*. Således kan pantsætter foretage ombytning af en panteret på forprioriteten, uden at efterpanthaverne rykker op. Betingelserne er, at der skal være såvel reel som formel sammenhæng (samtidighed) mellem indfrielsen af den oprindeligt sikrede fordring og stiftelsen af den nye fordring og panteretten herfor, jf. herom nærmere *Blok* i U 1986 B s. 82 f. og ovenfor i denne fremstillings kapitel 3, afsnit 10 om oprykning ved pant i fordringer. Ombytningsretten må eksempelvis antages at bortfalde, hvis forprioriteten afregistreres, uden at efterprioriteten er anmeldt til registrering.

5.3. Ombytning

En pantsætter af fondsaktiver kan navnlig have interesse i en ombytning af panteretten på forprioriteten, hvis det er muligt at indfri det oprindelige lån med provenuet fra et nyt lån, som kan optages på mere gunstige vilkår, f.eks. med hensyn til rente eller løbetid. Som nævnt i det foregående afsnit er det muligt at gennemføre en sådan ombytning, uden at efterpanthaveren kan gøre sin oprykningsret gældende.

Efter registreringen af den nye panteret er der ikke længere overensstemmelse mellem registerets udvisende og den materielle retsstilling: Dels vil i så fald den oprindelige primære panteret stadig fremstå som første prioritet, dels vil den oprindelige sekundære panteret stadig fremstå som anden prioritet. Den manglende overensstemmelse mellem det materielle og det registrerede kan efter omstændighederne give anledning til eksstinktionsproblemer, jf. nærmere nedenfor. Ved drøftelsen af de forskellige tilfælde benyttes betegnelsen »A« om den primære panthaver (som skal indfries/ombyttes), betegnelsen

»B« om den sekundære panthaver (som også efter ombytningen skal være sekundær), og betegnelsen »C« om den nye långiver (der skal overtage panteretten på første prioritet).

Hvad angår den registreringsmæssige fremgangsmåde ved gennemførelse af ombytningen, kan der sondres mellem to hovedgrupper af tilfælde:

Hvis B anerkender ombytningsretten på A's plads, og B indvilger i at medvirke ved den praktiske gennemførelse af ombytningen, kan følgende fremgangsmåde følges: *Først* anmeldes og registreres C's panteret. Denne panteret vil selvsagt få anmærkning om såvel A's som B's panteret, jf. VPHL § 68, stk. 1, 2. pkt. og registreringsbekendtgørelsens § 48. *Dernæst* (gen)anmeldes B's panteret til registrering. Denne registrering sker ligeledes med anmærkning – nu om de allerede registrerede tre prioriteter (A, B og C). Det kan spørges, om genanmeldelsen af B's panteret skal afvises ud fra det synspunkt, at retten allerede er registreret, jf. registreringsbekendtgørelsens § 42, stk. 1, nr. 5. Dette må dog afvises, idet der er tale om en ret med et nyt indhold (en ny prioritetsstilling). *Endelig* anmeldes en kvittering af A's primære panteret og af B's oprindelige, sekundære panteret. Kvitteringen af B's oprindelige panteret bør først anmeldes til registrering, efter at der er givet anmærkningsfri ændringsmeddelelse om den fornyede registrering af B's ret. I modsat fald risikerer B at skulle respektere ikke blot C's panteret, men f.eks. tillige et udlæg eller en anden mellemkommende ret, der er registreret inden den fornyede registrering af B's ret.

Om fremgangsmåden kan henvises til *Blok* i U 1986 B s. 89. Efter gennemførelse af de nævnte registreringer vil registeret være i overensstemmelse med den materielle retsstilling. Således vil der kun være registreret to panterettigheder, nemlig C's og B's – og i overensstemmelse med det tilsigtede vil C's panteret være registreret forud for B's. Herefter kan der ikke længere indtræde eksstinktion til skade for nogen af de involverede. – Så længe A's panteret står som registreret og ikke er indfriet, kan pantsætter fortabe sin ret til at kræve ombytning på forprioriteten. Dette kan ske, hvis A frempantsætter sin ret til en godtroende aftaleerhverver, der vinder ret ifølge VPHL § 69. Det kommer dog ikke på tale at lade A's retsforfølgende kreditorer eksstingvere pantsætters ret i henhold til aftalen om ombytning, jf. VPHL § 66. Således er der ikke tale om nogen prioritetskonflikt mellem flere rettighedshavere, som afleder ret fra samme person. Derimod er der tale om et legitimationsproblem, som følge af at A materielt har en mindre vidtgående ret end den, der følger af registeret – hvoraf A's pligt til at tåle ombytning jo ikke fremgår.

Hvis B ikke anerkender ombytningsretten på A's plads, og/eller B nægter at medvirke ved den praktiske gennemførelse af ombytningen, må man lade

A's oprindelige primære panteret forblive registreret. Afmeldes A's panteret, vil B – til trods for sin stilling som *materielt* sekundær panthaver – nemlig *fremstå* som primær panthaver ifølge registeret. Dette kan i givet fald påberåbes af B's godtroende aftaleerhververe (frempanthavere), jf. VPHL § 69. Derimod kan registerets udvisende næppe i et tilfælde som det foreliggende påberåbes af B's retsforfølgende kreditorer, jf. VPHL § 66 og *Blok* i U 1986 B s. 89. Dette skyldes, at de retsforfølgende kreditorer og frempanthaveren afleder deres ret fra forskellige personer – nemlig henholdsvis fra B og pantsætter. I et sådant tilfælde er der ringe risiko for kreditorbesvigelser, og VPHL § 69 (der ikke tillader kreditoreksstinktion) må derfor foretrækkes frem for VPHL § 66 (der tillader sådan eksstinktion), jf. om sondringen mellem de to bestemmelser *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 125 f.

5.4. Rykningsklausuler

En aftalt *rykningsklausul* – f.eks. om, at en primær panthaver (A) rykker for en sekundær panthaver (B) – vedrører panterettens prioritetsstilling og kan dermed ikke registreres, jf. registreringsbekendtgørelsens § 32, stk. 1, 2. pkt. En aftale om rykning vil dermed som udgangspunkt indebære, at registerets udvisende ikke svarer til den materielle prioritetsstilling. Registreringsmæssigt kan der imidlertid skabes overensstemmelse på følgende måde: *Først* anmeldes B's panteret til registrering (medmindre retten allerede er registreret). *Dernæst* (gen)anmeldes A's panteret til registrering. Da A's panteret allerede er registreret, kan det spørges, om der skal ske afvisning, jf. registreringsbekendtgørelsens § 42, stk. 1, nr. 5. Dette kan dog ikke antages, idet A's ret har fået et nyt indhold (en ny prioritetsstilling). *Endelig* anmeldes A's oprindeligt primære panteret til kvittering. Denne kvittering bør først ske, når der er givet anmærkningsfri ændringsmeddelelse om den fornyede registrering af A's panteret. I modsat fald risikerer A at skulle respektere ikke blot B, men også f.eks. et udlæg eller en anden mellemkommende ret, der er stiftet inden den fornyede registrering af A.

Om fremgangsmåden kan henvises til *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 61 samt *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 130. Når den beskrevne registreringsprocedure er gennemført, svarer registerets udvisende til den materielle retsstilling. Bringes registerets udvisende ikke i overensstemmelse med det materielle, kan der opstå prioritetskonflikter mellem p.d.e.s. B og p.d.a.s. A's retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe. Konflikter kan opstå, hvis A frempantsætter sin panteret, eller hvis der foretages retsforfølgning mod A's krav mod kontohaveren og den hertil hørende sikkerhedsret i fondsaktiverne. Spørgsmålet er, om konflik-

ter af denne type skal løses efter den ovennævnte bestemmelse i VPHL § 66 (svarende til TL § 1) eller bestemmelsen i VPHL § 69 (svarende til TL § 27) om registreringens gyldighedsvirkning. Som ifølge tinglysningsloven er svaret også ifølge værdipapirhandelsloven afgørende, fordi såvel retsforfølgende kreditorer som aftaleerhververe kan eksstingvere ifølge VPHL § 66, mens kun godtroende aftaleerhververe kan eksstingvere ifølge VPHL § 69. Formentlig skal konflikten løses efter VPHL § 66, således at der altså kan ske eksstinktion til fordel for såvel godtroende aftaleerhververe som retsforfølgende kreditorer, jf. tilsvarende *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 7. udgave (1984) s. 501 og formentlig tilsvarende 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 312 f. Såvel B som den retsforfølgende kreditor afleder deres ret fra A. Endvidere *var* A materielt berettiget til at give rykningstilsagn for B og *havde* været materielt berettiget ved retsforfølgningen, således at VPHL § 66 er relevant som følge af risikoen for kreditorbesvigelser. Se anderledes *Boye Jacobsen:* Lov om en værdipapircentral (1983) s. 60, der antager, at såvel aftaleerhververe som retsforfølgende kreditorer må respektere aftaler mellem panthaverne om prioritetsstillingen. Resultatet begrundes med, at sådanne aftaler ikke kan registreres. Se tillige anderledes *Gram og Mebus:* Værdipapircentralloven (1984) s. 60, der antager, at godtroende aftaleerhververe – men antagelig ikke kreditorer – kan eksstingvere. *Blok* tiltræder i U 1986 B s. 89 det sidstnævnte synspunkt. Det samme gør *Nis Jul Clausen:* Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000) s. 130.

5.5. Den pantesikrede fordrings størrelse

Som nævnt ovenfor kan den pantesikrede fordrings størrelse ikke registreres. Da registeret ikke indeholder oplysning herom, vil forholdet heller ikke fremgå af den i medfør af VPHL § 68, stk. 1. 1. pkt., udsendte kundemeddelelse, som f.eks. en sekundær panthaver modtager efter at have fået registreret sin ret. Med andre ord er den sekundære panthaver afhængig af oplysninger fra pantsætter og /eller den primære panthaver.

Se i modsætning hertil norsk ret, hvor en panteret skal angive »det beløp rettsstiftelsen skal dække«, jf. verdipapirsentrallovens § 4-4, litra e. Bestemmelsen antages dog ikke at være til hinder for, at fondsaktiver kan pantsættes til sikkerhed for »ethvert mellemværende« op til en angivet sum, jf. *Olav Torvund:* Verdipapirsentrallov med kommentarer (1987) s. 198 f.

En panthaver har i kraft af registreringen alene sikkerhed for det beløb (f.eks. angivet som maksimum på en kassekredit), som blev *aftalt* i forbindelse med

den oprindelige registrering. Udvides det sikrede beløb (den sikrede beløbsramme) ved en senere aftale, må der antagelig ske ny registrering. For udvidelsen haves i så fald alene prioritet efter forholdene på tidspunktet for den seneste endelige prøvelse i værdipapircentralen.

Ofte har den primære panthaver sikkerhed i fondsaktiver for ethvert krav mod pantsætteren. I så fald opstår det velkendte spørgsmål, om en primær panthaver kan indrømme pantsætteren yderligere kredit til skade for en eventuel sekundær panthaver. Det samme problem opstår, hvis den sekundære panteret stiftes på et tidspunkt, hvor en (kasse)kredit på forprioriteten ikke er fuldt udnyttet. Dette kreditudvidelsesproblem må løses ud fra tilsvarende synspunkter, som finder anvendelse på forholdet mellem en primær og en sekundær håndpanthaver i f.eks. et ejerpantebrev i fast ejendom, jf. herved U 1979.566 H og U 1979.569 H. Om problemet kan henvises til fremstillingen ovenfor i kapitel 3, afsnit 9. Her skal blot nævnes, at der ved afgørelsen af, om den sekundære bremser kreditudvidelse på forprioriteten, må tages udgangspunkt i aftalen med pantsætter. Udgangspunktet er, at aftalen mellem pantsætter og den sekundære panthaver indebærer, at den sekundære får bedst mulig prioritet, d.v.s. placerer sig efter pantsætters aktuelle gæld til den primære (indbrudsprioritet).

Dette udgangspunkt kan dog ikke fastholdes, hvor det vil føre til, at der bremses for kreditudvidelse på en forprioritet, som sikrer en løbende kreditfacilitet for pantsætter (f.eks. en virksomheds kassekredit). I disse tilfælde kræves særlige holdepunkter i aftalen, for at indbrud kan anses for tilsigtet. Eksempelvis kan det være aftalt, at den sekundære alene respekterer »den aktuelle gæld« til den primære.

Hvis indbrud har været tilsigtet, må den primære panthaver ved meddelelse – eller på anden måde – bringes i ond tro herom. Så længe den primære panthaver er i god tro, fremstår pantsætter nemlig som legitimeret over for den primære, jf. herved GBL § 29, og kreditudvidelse kan ske til skade for den sekundære. Selve registreringen, jf. VPHL § 66, bringer ikke den primære panthaver i ond tro. Registrering er således uden sikkerhedsmæssig relevans for kreditudvidelsesproblemet. Heller ikke den ændringsmeddelelse, som den primære modtager om registreringen af den sekundære panteret, jf. VPHL § 68, stk. 1, 1. pkt., bringer den primære i ond tro i de tilfælde, hvor den primæres panteret sikrer en løbende kreditfacilitet. I disse tilfælde må den primære nemlig kunne gå ud fra, at pantsætter ikke har villet afskære sig selv fra yderligere træk på kreditten. Følgelig må der stilles krav om, at den sekundære angiver sit prioritetskrav med en vis klarhed og ikke blot ved en »neutral« meddelelse. I visse tilfælde har en primær panthaver sikkerhed på forpriorite-

ten for krav, som er opstået selv efter meddelelse om indbrudsprioritet for den sekundære ret. Her skal blot nævnes, at sådan sikkerhed haves for »automatisk« opstående krav som f.eks. renter af den primært sikrede fordring. I øvrigt henvises til den nærmere fremstilling ovenfor i kapitel 3, afsnit 9.

Nedbringes gælden på forprioriteten, rykker den sekundære panthaver op, medmindre andet er aftalt eller følger af den såkaldte »ombytningslære«, jf. herom ovenfor i afsnit 5.2. Efter en sådan oprykning kan kreditten udvides op til det beløb, som den sekundære oprindelig angav at skulle respektere.

Del III

Efterstillede kreditter

Reglerne om speciel og generel tilbagetræden – Tilbagetrædelseserklæringer og ansvarlig lånekapital

KAPITEL 10

Generelt om efterstillede kreditter

1. Indledning

Ved en efterstillet kredit forstås en kredit, som er ydet på det vilkår, at en kreditor (K1) i fyldestgørelsesrækkefølgen står tilbage for en eller flere andre kreditorer (K2) i en kreditoptagende virksomhed (D). Efterstillingen kan alt efter aftalen angå *enten* forholdet til én eller flere bestemte kreditorer i D *eller* forholdet til samtlige D's kreditorer. I de førstnævnte tilfælde benyttes betegnelsen »tilbagetrædelseserklæring« om efterstillingsvilkåret, jf. herom kapitel 11. I de sidstnævnte tilfælde benyttes betegnelsen »ansvarlig lånekapital« om efterstillingsvilkåret, jf. herom kapitel 12. I de tilfælde, som behandles i de to kapitler, forudsættes D stedse at være et aktie- eller anpartsselskab, idet udbredelsen af efterstillede kreditter er størst ved netop disse selskabstyper.

Som det vil blive uddybet nedenfor i kapitel 11, er hovedvirkningen af en tilbagetrædelseserklæring, at dividenden på den fordring, der i tilfælde af D's konkurs (eller anden insolvensbehandling) falder på K1's fordring, udbetales til K2.

Som det vil blive uddybet nedenfor i kapitel 12, er hovedvirkningen af et ansvarligt lån, at den dividende, der i tilfælde af D's konkurs (eller anden insolvensbehandling) falder på K1's fordring, kommer alle – eller næsten alle – D's kreditorer til gode.

Hovedformålet med kapitlerne er at give dén samlede fremstilling af de to emner, som ikke på nuværende tidspunkt findes i dansk juridisk litteratur. Der findes en række korte beskrivelser af enkeltproblemer, men en nærmere beskrivelse af forpligtelsesgrundlaget for og retsvirkningerne af de nævnte efterstillingsvilkår savnes. De foreliggende litteraturudsagn vedrører i øvrigt helt overvejende tilfælde, hvor D er kommet under konkurs (eller anden insolvensbehandling) – d.v.s. tilfælde, hvor efterstillingsvilkårene er blevet aktuelle (med den ovennævnte virkning for dividendeudbetalingen).

Nok så interessant er imidlertid også retsstillingen for de efterstillede kreditter *inden* D's økonomiske sammenbrud, idet der i denne periode så at sige indtræder en række »skyggevirkninger«, som bliver afgørende for retsstillingen. Eksempelvis har det ingen mening at tale om, at K1 er efterstillet, hvis K1 på egen hånd – eller efter aftale med D – uden videre kan omgøre efterstillingsvilkåret, når D først *er* kommet i økonomisk uføre. Forklaringen herpå ligger lige for: Et hovedformål med efterstillingen er, at efterstillingsvilkåret – som jo forbedrer en eller flere kreditorers fyldestgørelsesmuligheder ved D's sammenbrud – skal motivere kreditorerne til *at* yde yderligere kredit, *at* yde kredit på bedre vilkår for D og/eller *at* skaffe D henstand m.v. Andre formål vil blive behandlet under omtalen af de to efterstillingsformer, men allerede det her angivne hovedformål tilsiger, at det ikke vil være muligt at motivere D's kreditorer til yde kredit gennem efterstillingsvilkår, samtidig med at muligheden for at tilintetgøre efterstillingsvilkåret forbeholdes for det tilfælde, at D kommer i økonomiske vanskeligheder.

Om de nævnte »skyggevirkninger« skal her gøres følgende bemærkninger:

To hovedgrupper af tilfælde påkalder sig særlig interesse: *For det første* forekommer det i mange aftaler om efterstillede kreditter, at »skyggevirkningerne« er helt uomtalte, hvilket kan lede til den – forfejlede – opfattelse, at K1 kan kræve den ydede kredit indfriet efter almindelige regler om pengeforpligtelser (eller at D og K1 kan aftale indfrielse, som de finder det for godt). *For det andet* forekommer det i andre tilfælde, at der nok i aftalen er taget stilling til, hvorledes retsstillingen skal være forud for D's eventuelle økonomiske sammenbrud, men at vilkårene herom er af en sådan karakter, at de er på kollisionskurs med efterstillingsvilkårets formål (idet det f.eks. er aftalt, at K1 har en mere eller mindre fri adgang til at opsige eller ophæve låneforholdet).

I begge tilfælde er det første grundlæggende spørgsmål, hvem der kan støtte ret på efterstillingsvilkåret – d.v.s. har modtaget et løfte om efterstilling. Dette kan navnlig volde vanskeligheder ved ansvarlig lånekapital, hvor oplysningen om, at D har modtaget et ansvarligt lån, er meddelt omverdenen i D's årsregnskab. Der må altså i denne forbindelse tages stilling de formueretlige virkninger af udsagn i årsregnskabet. Det hævdes i kapitel 12, at D's kreditorer som udgangspunkt kan støtte ret på en årsregnskabsoplysning om, at D har modtaget et ansvarligt lån.

Når intet er aftalt om efterstillingsvilkårets retsvirkninger, er opgaven at fastslå, hvilke regler der gælder, så længe efterstillingsvilkåret ikke er aktuelt. Som antydet kan der ikke med hensyn til K1's krav om betaling eller aftaler om indfrielse antages at gælde regler, som strider mod efterstillingsvilkårets formål.

I de tilfælde, hvor aftalen om efterstilling rummer vilkår, som strider mod efterstillingens formål, jf. ovenfor, må det ved fortolkning afgøres, om efterstillingsvilkåret eller de herimod stridende vilkår skal have forrang. Det hævdes i kapitel 12, at efterstillingens formål – at virke kreditskabende for D – klart taler for det udgangspunkt, at vilkår, som reelt tilintetgør efterstillingen, må bortfortolkes.

2. Finansieringsret og selskabsret. En oversigt

For dén K1, der har ydet et selskab, D, et ansvarligt lån, kommer det i praksis *fyldestgørelsesmæssigt* ud på ét, om K1 i stedet havde ydet et kapitaltilskud i form af aktie- eller anpartskapital. Således bliver der som følge af lånets efterstillede karakter kun dividende til K1, hvis i hvert fald de simple KL § 97-kreditorer i D's bo fyldestgøres fuldt ud – d.v.s. at dividenden i D's bo overstiger 100. Efterstillingen løfter ikke det ansvarlige lån ud af finansieringsretten, og kravet på tilbagebetaling af det ansvarlige lån hører regnskabsmæssigt hjemme blandt den del af selskabets passiver, som udgøres af fremmedkapitalen. Lånet kan under ingen omstændigheder medtælles på egenkapitalsiden (men visse særregler for pengeinstitutter medfører, at ansvarlig lånekapital, der er optaget på visse betingelser, kan medregnes ved afgørelsen af, om et pengeinstitut opfylder bank- og sparekasselovens solvenskrav), jf. nærmere nedenfor i navnlig kapitel 12, afsnit 2 og afsnit 8. De problemer, som knytter sig til ansvarlig lånekapital, reguleres først og fremmest af aftaleretlige, obligationsretlige og insolvensretlige regler.

I modsætning til finansieringsretten beskæftiger selskabsretten sig med de problemer, som knytter sig til den del af virksomhedens regnskabsmæssige passiver, som udgøres af *egenkapitalen*. De relevante regler herom findes i selskabslovgivningen.

Om en virksomhed skal finansiere sine aktiviteter ved hjælp af fremmedkapital eller egenkapital, er først og fremmest et spørgsmål, om der overhovedet består en valgmulighed, og dernæst et spørgsmål om, hvad der er økonomisk mest favorabelt. Som en meget grov hovedregel er finansiering med egenkapital vel ofte *økonomisk* gunstigere for virksomheden end finansiering med fremmedkapital. Imidlertid spiller talrige faktorer ind, og det forholder sig naturligvis ikke således, at virksomheder kun finansierer sig med fremmedkapital (eventuelt efterstillet fremmedkapital), hvis egenkapitalberedskabet ikke slår til. De økonomiske aspekter ved valget skal ikke behandles her, men det kan nævnes, at tilførsel af egenkapital har nogle *retlige* omkostninger, som

ikke skal »betales«, når der sker finansiering med fremmedkapital. Da efterstillede kreditter og selskabskapital i reglen har økonomisk skæbnefællesskab i tilfælde af virksomhedssammenbrud, kan der være grund til her indledningsvis at gøre nogle enkelte bemærkninger om udvalgte typiske, retlige karakteristika ved de to former for kapitaltilførsel. Enkelte af de omtalte forskelle dukker atter op i kapitel 12, afsnit 4.1, om behandlingen af de særlige vilkår, der kan være aftalt for et ansvarligt lån. På dette sted skal særligt fremhæves:

For det første medfører optagelse af egenkapital, at der må afgives indflydelse på virksomheden, hvis egenkapitalen indskydes af andre end de hidtidige ejere. Eksempelvis vil en forhøjelse af aktie- eller anpartskapitalen øge antallet af stemmer i selskabet, og udgangspunktet er, at de nye aktier og anparter har samme stemmevægt som de gamle aktier og anparter, jf. herved AL § 17, stk. 1, 1. pkt., og APL § 14). (Dog kan det være bestemt, at stemmeretten i aktieselskaber skal være gradueret i maksimalt forholdet 1:10, og i anpartsselskaber er der ligefrem mulighed for at udstede stemmeløse anparter). I modsætning til hvad der gælder for aktie- og anpartskapital, giver fremmedkapital ikke noget krav på indflydelse på virksomheden. Dog kan der ved aftale være tillagt en kreditgiver en sådan indflydelse, og der er tillige mulighed for, at kreditgiverens indflydelse sikres gennem repræsentation i selskabets bestyrelse, jf. herved AL § 49, stk. 2, 2. pkt. Noget sådant kan navnlig være naturligt, hvis kreditgiveren har indvilget i at være efterstillet.

For det andet medfører optagelse af egenkapital, at indskyderen får andel i virksomhedens værditilvækst. Aktier og anparter indbringer deres ejere en forholdsmæssig andel af en eventuel værditilvækst i selskabet, herunder i form af kursstigninger og udbytte. Fremmedkapitalen giver ikke uden særlig vedtagelse nogen andel i værditilvæksten eller i udbyttet. Det kan dog være særlig aftalt, at gældsbreve skal kunne konverteres til selskabsandele eller være udbyttegivende, jf. herved nærmere AL §§ 41 og 43. Også noget sådant kan navnlig være naturligt, hvis kreditgiveren har indvilget i at være efterstillet.

For det tredje er vederlaget til egenkapitalen set fra selskabets side umiddelbart økonomisk tungere at bære end vederlaget til fremmedkapitalen. Således er udbytte af aktier og anparter i modsætning til renter ikke fradragsberettigede. Undertiden vil dette dog blive mere end opvejet af, at egenkapitalen i et aktie- eller anpartsselskab overhovedet kun kan honoreres med udbytte, hvis der efter de selskabsretlige regler er grundlag herfor i overført overskud og frie reserver, jf. nærmere AL § 110, stk. 1, og APL § 45, stk. 2. Økonomisk set er egenkapitalen dermed mere »tålmodig« end fremmedkapitalen, idet fremmedkapitalen som udgangspunkt skal vederlægges med renter uanset selskabets dårlige økonomiske resultater. En vis »tålmodighed« kan

dog også være indbygget i et ansvarligt lån, hvis det er aftalt, at renten skal være helt eller delvis overskudsafhængig, jf. AL § 43.

For det fjerde er egenkapitalen i aktie- og anpartsselskaber mere bundet end fremmedkapitalen. Således kræver en nedsættelse af aktie- eller anpartsselskabskapitalen med henblik på udbetaling til deltagerne, at selskabet gennemgår en lovreguleret kapitalnedsættelsesprocedure, som bl.a. indebærer, *at* der efter kapitalnedsættelsen skal være fuld dækning for aktie- eller anpartskapitalen (og bundne reserver), jf. AL § 44 a, stk. 2, og APL § 47, stk. 1, *og at* selskabets kreditorer skal indkaldes ved proklama i Statstidende, jf. nærmere AL § 46, stk. 1, og APL § 47, stk. 1. Ingen af de nævnte regler skal iagttages i forbindelse med aftale mellem skyldner og kreditor om tilbagebetaling af fremmedkapital. Noget andet er, at der på det obligationsretlige plan kan – og ofte vil – være hindringer for, at kreditor ensidigt kræver gælden betalt, henholdsvis at der indgås aftale med skyldneren om førtidig indfrielse. Sådanne obligationsretlige bindinger vil i særdeleshed ofte gælde for efterstillede lån, jf. ovenfor i afsnit 1 om efterstillingsvilkårs skyggevirkninger og nedenfor i kapitel 12, afsnit 4.

For det femte må egenkapitalen *alt andet lige* være mere risikovillig end fremmedkapitalen, idet der i tilfælde af sammenbrud i skyldnervirksomheden overhovedet kun bliver tale om udlodning til f.eks. aktionærer og anpartshavere, hvis der er fuld dækning til fremmedkapitalen, jf. nærmere AL § 124, stk. 1, 1. pkt., og APL § 57, stk. 1, 1. pkt. Denne forskel i risikovillighed er dog mere teoretisk end praktisk for en efterstillet kreditor, der fyldestgørelsesmæssigt sjældent opnår en bedre stilling end en aktionær eller anpartshaver. Principielt må det imidlertid fastholdes, at den ansvarlige lånekapital går forud for udlodning til et selskabs ejere i tilfælde af selskabets økonomiske sammenbrud.

KAPITEL 11

Tilbagetrædelseserklæringer

1. Indledning

Ved en tilbagetrædelseserklæring *(privilegium exigendi)* forstås en erklæring, hvorved en kreditor, som har en fordring mod en skyldner, lover at være efterstillet en anden kreditor, som har en fordring mod samme skyldner. Hovedvirkningen af erklæringen viser sig ved skyldnerens konkurs eller tvangsakkord, hvor dividenden på den fordring, der er trådt tilbage *med*, udbetales til fortrinsvis fyldestgørelse af den kreditor, der er trådt tilbage *for*. Hovedforskellen mellem et ansvarligt lån og en tilbagetrædelseserklæring kan udtrykkes således, at et ansvarligt lån virker generelt dividendeforhøjende (for næsten alle skyldnerens kreditorer), mens en tilbagetrædelseserklæring virker specielt dividendeforhøjende (for den bestemte kreditor, der kan støtte ret på erklæringen).

For at lette fremstillingen sprogligt benyttes i det følgende betegnelsen »K1« om den tilbagetrædende kreditor, betegnelsen »K2« om den kreditor, der er trådt tilbage for, og betegnelsen »D« om skyldneren for K1's og K2's fordringer. I praksis vil D og K1 ofte være koncernforbundne selskaber, eller K1 vil være en fysisk person, som er hovedaktionær eller hovedanpartshaver i aktie- eller anpartsselskabet D. K2 vil ofte være D's pengeinstitut eller anden hovedkreditgiver. Hvor ikke andet er anført, har fremstillingen i det følgende henblik på tilfælde som de nævnte.

I praksis er en tilbagetrædelseserklæring ofte ganske kortfattet, idet det i erklæringens centrale del eksempelvis blot hedder, at »K1 står tilbage for K2«, at »K1 træder tilbage for K2«, at »K1 er efterstillet K2«, eller at »K1 viger for K2's krav mod D« el.lign. Samtlige de nævnte formuleringer indebærer – trods tavshed herom – en overdragelse af K1's krav på dividende i tilfælde af D's konkurs eller tvangsakkord, jf. herved *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 21. Det er dog anbefalelsesvær-

digt, at den dividendeoverdragende virkning præciseres i erklæringen. – Ofte vil det i tilknytning til de nævnte formuleringer hedde, at K1 ikke kan modtage betalinger fra D, så længe K2 ikke er fuldstændig fyldestgjort for sit krav. Dette vil i de fleste tilfælde også være udfyldningsreglen, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.

Formålet med såvel dividendeoverdragelsen som betalingsforbuddet er begribeligvis at styrke D's kreditværdighed over for K2 – f.eks. i forbindelse med stiftelse, udvidelse eller forlængelse af D's kassekredit i pengeinstituttet K2.

En tilbagetrædelseserklæring kan bl.a. anvendes som sikringsinstrument i forbindelse med en rekonstruktion af D eller i forbindelse med en udvidelse af D's aktiviteter. Specielt i koncernforhold kan en tilbagetrædelseserklæring anvendes som middel til at skaffe koncernens pengeinstitut (K2) status af enekreditor i selskabet D. Teknikken kendes navnlig fra den såkaldte »finansiering via selskabsopsplitning«, der eksempelvis kan gå ud på, at et datterselskab (D) som eneste formål har at erhverve moderselskabets (K1's) udestående kundefordringer – og dermed finansiere moderselskabet – ved hjælp af midler tilvejebragt ved D's kreditoptagelse i pengeinstituttet (K2). Pengeinstituttet får ikke sikkerhed i kundefordringerne, men ved arrangementets tilrettelæggelse tilstræbes det at skaffe pengeinstituttet status af enekreditor i D. Da det typisk vil være hensigtsmæssigt, at D afkøber K1 stort set alle ydelser, som er fornødne til varetagelsen af finansieringsformålet i forhold til K1, f.eks. arbejdskraft, husrum m.v., bliver K1 kreditor over for D for betalingen af de nævnte ydelser. Pengeinstituttet vil i sådanne tilfælde kræve en tilbagetrædelseserklæring fra K1 for ikke at skulle konkurrere med K1's fordringer i tilfælde af D's konkurs eller andet økonomisk sammenbrud, jf. i det hele nærmere ovenfor i kapitel 5.

Tilbagetrædelseserklæringer er ofte optaget som vilkår i kreditdokumenter, som har et andet primært sigte, f.eks. i dokumenter, hvorved K1 påtager sig at kautionere eller stille anden sikkerhed for D's gæld til et pengeinstitut.

I modsætning til et ansvarligt lån indebærer en tilbagetrædelseserklæring en *tinglig sikkerhed* for K2. Således indeholder tilbagetrædelseserklæringen et løfte til K2 om en fortrinsret til fordringen frem for K1's øvrige kreditorer. I forhold til D's kreditorer bliver der imidlertid ikke tale om nogen fortrinsret (medmindre D har stillet sikkerhed for den fordring, K1 er trådt tilbage med, og sikkerheden må anses for medoverdraget til K2).

Til forskel fra en sædvanlig transport erhverver K2 ganske vist ikke ved en tilbagetrædelseserklæring nogen umiddelbar oppebørselsret, men K2's krav

dels på eventuel dividende, dels på fordringens »indefrysning« i D, er begge rettigheder, som kræver iagttagelse af en sikringsakt.

Når et tilsagn om *generel* efterstilling, som er indeholdt i en aftale om et ansvarligt lån, ikke på tilsvarende måde indebærer en sikkerhedsret, skyldes det, at efterstillingsvilkåret er aftalt mellem låntager og långiver. Et lånevilkår kan ikke fortrænges ved retsforfølgning mod lånefordringen, idet långivers retsforfølgende kreditorer ikke får bedre ret end långiver selv.

Hvis K1 over for K2 er trådt tilbage med en simpel fordring, jf. gældsbrevslovens kapitel 3, er sikringsakten over for K1's retsforfølgende kreditorer og aftaleerhververe meddelelse til D, jf. herved GBL § 31 og nærmere nedenfor i afsnit 7. Da K1 ved tilbagetrædelseserklæringen stiller sikkerhed for et tilgodehavende, som K2 har mod tredjemand (D), har sikkerheden karakter af et *tredjemandspant*. Se anderledes *W.E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 21, hvor det udtales, »at forholdet falder uden for panteretsbegrebet, uanset at der i disse tilfælde opnås en vis fortrinsstilling«. Udsagnet er ikke helt let at komme til klarhed over, idet netop fortrinsstillingen i forhold til K1's kreditorer – på lignende måde som ved en sædvanlig transport – synes at indebære, at der må tales om en panteret (om end en særegen sådan). At der er tale om en panteret, viser sig også ved, at der til beskyttelse mod K1's godtroende omsætningserhververe og retsforfølgende kreditorer som nævnt kræves foretagelse af en sikringsakt (hvilket også antages af *W.E. von Eyben loc. cit.*).

2. Forskellige typer af tilbagetrædelseserklæringer

Tilbagetrædelseserklæringer kan inddeles i forskellige typer. Ved inddelingen kan der lægges vægt dels på erklæringens indhold, dels på erklæringens adressat. Ud fra disse kriterier kan der opstilles en række typetilfælde, hvoraf tre skal nævnes her:

(1) K1 lover K2 at stå tilbage for denne.
(2) K1 lover D at stå tilbage for K2.
(3) K1 lover K2 at stå tilbage for D's øvrige kreditorer.

K1 kan naturligvis også love *D* at være efterstillet samtlige dennes kreditorer. I så fald foreligger imidlertid ikke en tilbagetrædelseserklæring, men et ansvarligt lån, jf. herom nedenfor i kapitel 12.

Som det fremgår af fremstillingen ovenfor i afsnit 1, kan K1's tilbagetræden være udtrykt ved anvendelse af andre vendinger end »stå tilbage«, uden at dette har betydning for erklæringens retsvirkninger.

Den under (1) nævnte type er den »klassiske« tilbagetrædelseserklæring, som oftest anvendes i praksis, og som anvendes som udgangspunkt for fremstillingen i de følgende afsnit 3-9. Her skal alene knyttes nogle bemærkninger til de mere atypiske tilfælde (2) og (3), jf. umiddelbart nedenfor i afsnit 2.1 og 2.2.

2.1. K1 lover D at stå tilbage for K2

Denne type tilbagetrædelseserklæring er kendetegnet ved alene at være afgivet over for D, d.v.s. ikke over for den kreditor (K2), som erklæringen efter sit indhold skal tilgodese.

En ret for K2 kan selvsagt grunde sig på en transport fra D. I kraft af en sådan transport får K2 dog ikke bedre ret over for K1, end D havde, jf. herved princippet i GBL § 27.

Det aldeles klare udgangspunkt er, at K1's erklæring ikke indeholder et egentligt tredjemandsløfte til fordel for K2. Erklæringens formål – at skaffe D kreditmæssige fordele – ville ganske forspildes, hvis K2 kunne støtte umiddelbar ret på løftet. Det er i teorien hævdet, at der i visse tilfælde foreligger et egentligt tredjemandsløfte, jf. *Berning:* Finansieringsret (1977) s. 438, der som eksempel anfører en tilbagetrædelseserklæring, som et moderselskab (K1) har afgivet over for sit salgsdatterselskab (D), og som vedrører kredit ydet af det pengeinstitut (K2), der har påtaget sig at finansiere datterselskabets køb af moderselskabets varer. *Berning* begrunder resultatet med, at løftegiveren (K1) er »den materielle yder«, og at løftemodtageren (D) derfor ikke bør kunne give afkald på retten i henhold løftet. Ræsonnementet forekommer urigtigt og synes at bero på for vidtgående slutninger fra *Ussing:* Aftaler, 3. udgave (1950) s. 387, hvortil *Berning* henviser.

Fremstillingen hos *Ussing:* Aftaler, 3. udgave (1950) s. 384-388 vedrører tredjemandsløfter, der går ud på at skaffe tredjemand en fordel, som økonomisk hidrører fra løftegiveren. Som nævnt i teksten er formålet med en tilbagetrædelseserklæring imidlertid at opnå en modydelse fra tredjemand (K2), og der foreligger derfor ikke et egentligt tredjemandsløfte. Se nærmere *Torsten Iversen* i TfR 1994 s. 76 f.

Har parterne ikke taget stilling til, om et tredjemandsløfte er egentligt eller uegentligt, må der først og fremmest lægges vægt på løftets formål. Blandt andet ved tilsagn om sikkerhedsstillelse må det i *meget* høj grad have formodningen imod sig, at det er tilsigtet at skabe en umiddelbar ret for kreditgiveren (K2). Som nævnt ovenfor ville formålet med tilbagetrædelseserklæringen herved ganske forspildes, og dette synspunkt har fuld gennemslagskraft i det af *Berning* opstillede eksempel. – Alt i alt er det uhensigtsmæssigt, at aftaler om speciel efterstilling indgås med skyldneren (D).

Følgende eksempel inspireret af *Lindskog* i SvJT 1992 s. 626 er egnet til at illustrere problemet nærmere: Mellem K1 og D aftales, at K1 skal stå tilbage for K2, således at K1 først kan kræve betaling, når K2 har opnået fyldestgørelse af sin fordring mod D. K1 forpligter sig ikke over for K2, som heller ikke erhverver nogen transport fra D. Siden tages D under konkursbehandling. Til rådighed for de simple kreditorer i boet er en aktivmasse på 300.000 kr. De simple kreditorers tilgodehavender er på i alt 1,2 millioner kr., hvoraf K1's fordring udgør 200.000 kr., mens K2's fordring udgør 100.000 kr. – Ifølge *Lindskog loc. cit.* skal dividenden beregnes således, at der bortses fra K1's fordring, indtil K2 er fyldestgjort. Aktivmassen på 300.000 kr. fordeles herefter mellem de øvrige fordringshavere, som har tilgodehavender på 1 million kr. Dividenden bliver som følge heraf 30% (d.v.s. 30.000 kr. til K2). Havde man ikke bortset fra K1's fordring på 200.000 kr., skulle aktivmassen på 300.000 kr. have være fordelt mellem tilgodehavender på 1,2 million kr., hvilket havde medført en dividende på 25% (d.v.s. 25.000 kr. til K2).

Det ses, at aftalen mellem D og K1 ifølge *Lindskog* kommer alle kreditorer til gode, idet beregningsmåden indebærer en generel dividendeforøgelse fra 25% til 30%. K1's tilbagetrædelseserklæring får således fuldstændig samme virkning, som hvis K1 havde ydet D et ansvarligt lån. Det kan selvsagt ikke afvises, at D og K1 kan have tilsigtet denne virkning, men løsningen forekommer at have formodningen imod sig, idet aftalen mellem D og K1 efter sin egen formulering alene skal tilgodese K2. Også *Jakhelln* i TfR 1967 s. 438 afviser, at en tilbagetrædelseserklæring afgivet over for D kommer de øvrige kreditorer til gode. *Jakhelln* vil imidlertid behandle en tilbagetrædelseserklæring, som afgives over for D, på samme måde som en tilbagetrædelseserklæring, der afgives over for K2. Overført på taleksemplet ovenfor fører denne opfattelse til, at dividenden i boet bliver 25%, men således at de 50.000 kr., der falder på K1's fordring, udbetales til K2 (der selvsagt også får 25.000 kr. i dividende på sin egen fordring). Imidlertid kan heller ikke denne løsning tiltrædes. Således kan K2 begribeligvis ikke *som følge af konkursen* støtte ret på et løfte om efterstilling, som alene er afgivet over for D.

Den rette løsning i eksemplet forekommer at være, at alle kreditorer – d.v.s. også K1 – modtager en dividende på 25%. Mod denne løsning kan næppe indvendes, at K1 »slipper billigere«, end han ifølge aftalen med D måtte regne med. Således er K1 ikke stillet anderledes end en hvilken som helst kautionist eller tredjemandspantsætter, som har forpligtet sig over for skyldneren, men hvis løfte om kaution/tredjemandspant skyldneren aldrig videregav (transporterede) til den pågældende kreditgiver.

2.2 K1 lover K2 at stå tilbage for (alle) andre kreditorer

Denne type tilbagetrædelseserklæring er kendetegnet ved, at den kun er afgivet over for en enkelt af D's kreditorer (K2), selv om erklæringen efter sit indhold skal tilgodese andre kreditorer.

En formulering, hvorefter K1 lover K2 at være »efterstillet kreditor« m.v. kunne umiddelbart tyde på, at K1 har accepteret en stilling som ansvarlig långiver. En formålsfortolkning vil dog typisk føre til, at erklæringen må behandles på samme måde, som hvis den var formuleret alene til fordel for K2. Når erklæringen kun er afgivet over for K2, må der således gælde en formodning for, at den kun skal komme K2 til gode, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen:* RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 8 f.

Den nævnte formodning kan afkræftes af de konkrete omstændigheder. Har K1 eksempelvis lovet K2, at et lån til D har karakter af »ansvarlig lånekapital«, må det antages, at hensigten har været at tilgodese samtlige D's kreditorer. I disse tilfælde vil en ret for D – og dermed D's konkursbo – ofte kunne støttes på synspunkter om selvkontrahering. Dette kan tænkes, hvis K1 er ledelsesmedlem i og/eller medejer af aktie- eller anpartsselskabet D.

Et pengeinstitut (K2) kan efter omstændighederne have interesse i, at en hovedaktionær eller hovedanpartshaver (K1) i et selskab (D) træder tilbage (også) i forhold til en bestemt anden kreditor i selskabet, f.eks. selskabets hovedleverandør (K3). En aftale herom mellem K1 og K2 skaber dog selvsagt ikke nogen umiddelbar ret for K3. Således må K3 modtage enten et direkte løfte fra D eller en transport fra K2. Det førstnævnte er at foretrække for K3, der i så fald ikke – under forudsætning af fornøden god tro – kan mødes med indsigelser fra D, jf. princippet i AFTL § 30.

3. Fordringer, som omfattes af tilbagetrædelseserklæringen

En tilbagetrædelseserklæring bør angive, dels hvilke af K1's fordringer der trædes tilbage *med*, dels hvilke af K2's fordringer der trædes tilbage *for*. I

mangel af en sådan angivelse gælder formentlig følgende typeløsninger: Som udgangspunkt må det antages, *at* K1 står tilbage med alle de fordringer, han havde mod D på tilbagetrædelsestidspunktet (mere præcist: afgivelsestidspunktet), *og at* K1 står tilbage for alle de fordringer, K2 havde mod D på samme tidspunkt. Har K2 ydet D en kassekredit – eller anden kredit af vekslende omfang – er udfyldningsløsningen formentlig, at K1 står tilbage for K2's tilgodehavende i henhold til kassekreditten til enhver tid (dog inden for den oprindeligt gældende kreditramme).

I praksis vil en tilbagetrædelseserklæring ofte angive, *at* K1 står tilbage med ethvert krav mod D, *og at* K1 står tilbage for K2's krav til enhver tid. Når D og K1 indgår i en koncern og i længere tid har K2 som (fælles) pengeinstitutforbindelse, kan strukturændringer i koncernen – og heraf følgende ændringer i pengestrømme mellem selskaberne samt i omfanget af K2's finansiering – rejse tvivl om rækkevidden af en sådan bredt formuleret tilbagetrædelseserklæring. I sådanne udpræget erhvervsmæssige forhold skal der imidlertid foreligge særdeles tungtvejende grunde til at fravige erklæringens ordlyd ud fra forudsætningssynspunkter eller lignende. Dette gælder også, når erklæringen er helt ubegrænset såvel med hensyn til de fordringer, der trædes tilbage med, som med hensyn til de fordringer, der trædes tilbage for. Et illustrativt eksempel ses i U 1982.1141 SH:

Afgørelsen vedrørte en tilbagetrædelseserklæring, som var afgivet af et selskab (K1), som indgik i koncern med D. Erklæringen var i 1960 afgivet til et pengeinstitut (K2), som på dette tidspunkt havde givet D tilsagn om en kassekredit på op til 250.000 kr. I erklæringen hed det bl.a. andet: »Til sikkerhed for prompt og skadesløs betaling af, hvad D af hvilkensomhelst skyldgrund måtte være eller blive K2 skyldig, erklærer undertegnede K1, at vi til fordel for K2 træder tilbage med vort tilgodehavende til enhver tid hos D [navne erstattet med forkortelser].« I 1974 gennemførtes en ændring af strukturen i den koncern, hvori D og K1 indgik. Ændringen indebar, at K1, der hidtil havde været produktionsselskab, nu blev indkøbsselskab for hele koncernen, og at D, der hidtil alene havde været salgsselskab, nu blev såvel produktions- som salgsselskab i koncernen. Som følge af overdragelse af maskiner fra K1 til D opnåede K1 et tilgodehavende mod D på ca. 8 millioner kr. Som led i omstruktureringen ydede K2 en finansiering på yderligere 3 millioner kr., som blev stillet til rådighed for D over den »gamle« kassekredit, uden at tilbagetrædelseserklæringen blev omtalt. Samme år trådte såvel D som K1 i likvidation. K2 krævede dividende i D's likvidationsbo – ikke blot af sin egen fordring, men også af K1's fordring på 8 millioner kr. Kravet blev bestridt af D's likvidationsbo (bortset fra et beløb svarende til dividenden af den oprindelige kassekredit på 250.000 kr.). Likvidationsboet henviste *til*, at parternes forudsætninger havde ændret sig, *til* rimelighedsbetragtninger, *samt til* at K2 bar risikoen for, at erklæringens betydning og rækkevidde ikke blev klarlagt ved kreditudvidelsen. Sø- og

Handelsretten fandt, at tilbagetrædelseserklæringen dækkede hele den kredit, der var blevet ydet til D, uanset at hverken K1's eller K2's ledelse havde været opmærksomme på tilbagetrædelseserklæringens eksistens ved kreditudvidelsen med 3 millioner kr. K2 fik således medhold i, at dividenden på K1's fulde fordring mod D skulle tjene til fortrinsvis fyldestgørelse af K2's fulde tilgodehavende mod D.

I koncernforhold vil der ofte være en mellemregningskonto mellem koncernselskaberne, eksempelvis således at datterselskabet (D) har en løbende trækningsret hos moderselskabet (K1). Er K1 trådt tilbage med sit tilgodehavende »til enhver tid«, men således at K2 har tillagt K1 fri oppebørselsret i forhold til D, er K2 dog næppe i kraft af denunciationen til D beskyttet over for K1's aftaleerhververe og retsforfølgende kreditorer, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.

En tilbagetrædelseserklæring, som moderselskabet (K1) har afgivet til fordel for datterselskabets (D's) pengeinstitut (K2), er undertiden formuleret som tilbagetræden *med en bestemt del* af det varierende tilgodehavende, som moderselskabet har mod datterselskabet. Erklæringen kan eksempelvis være udformet således, at moderselskabet træder tilbage »med ethvert tilgodehavende mod datterselskabet, dog minimum med et beløb på 1 million kr.«. Ordningen indebærer, at der – i forhold til K2 – kan ske betalinger mellem D og K1 over mellemregningskontoen, blot D's gæld til K1 ikke nedbringes til under det nævnte beløb. For så vidt angår den del af K1's fordring, som måtte overstige 1 million kr., og som K1 frit har kunnet oppebære, er K2 dog næppe kreditor- og omsætningsbeskyttet i kraft af denunciationen til D, jf. nærmere nedenfor i afsnit 7.

Det kan i øvrigt efter omstændighederne være tvivlsomt, hvilke(t) krav K1 er trådt tilbage *med*: Tilbagetrædelseserklæringen kan være tavs herom – således at den ovenfor opstillede udfyldningsregel kommer til anvendelse – eller erklæringen kan på grund af sin formulering give anledning til tvist. Et eksempel på det sidste ses i U 1975.308 Ø:

Et aktieselskab (D) fik i 1960 af sin bank (K2) tilsagn om en kassekredit på 25.000 kr. D's direktør (K1) – der tillige var hovedaktionær i D – kautionerede for kreditten og afgav tillige en »vigeerklæring«, hvori det bl.a. hed: »[K1] skal vige for [K2's] krav til enhver tid og af hvilkensomhelst skyldgrund, således at [K2] i tilfælde af [D's] insolvens er berettiget til at anmelde [K1's] ovennævnte tilgodehavende [ca. 50.000 kr.] i boet og modtage dividende deraf, indtil [K2] har opnået fuld dækning for sit krav.« I februar 1961 opnåede D af K2 et eksportlån på 50.000 kr., for hvilket Eksportkreditrådet (E) hæftede som følge af en garanti givet til K2. I forbindelse med en senere forhøjelse af kassekreditten fik K2 af K1 håndpant i et ejerpantebrev på 25.000

kr. i en K1 tilhørende ejendom. Ejerpantebrevet tjente K2 til sikkerhed for, hvad D »til enhver tid måtte være eller blive [K2] skyldig«. K1 kautionerede ligeledes for forhøjelsen, således at K1 i forbindelse med D's efterfølgende likvidation – der ikke gav dividende til kreditorerne – måtte indfri kassekreditten (ca. 75.000 kr.). E betalte 50.000 kr. til nedbringelse af eksportkreditten, hvorefter E gjorde gældende at være indtrådt i K2's sikkerheder mod K1. E påstod principalt at kunne søge sig fyldestgjort i ejerpantebrevet for dets fulde pålydende. Til støtte herfor gjorde E bl.a. gældende, at »vigeerklæringen« var en sikkerhedsret, hvori E var indtrådt med den virkning, at K1's regreskrav måtte vige for E's krav. Subsidiært påstod E at kunne søge sig fyldestgjort i ejerpantebrevet for 16.666,67 kr. Til støtte herfor henviste E til forholdet mellem E's og K1's hæftelse for eksportlånet (d.v.s. 50.000/25.000). – Østre Landsret gav E medhold i den *subsidiære* påstand. Derimod fandtes vigeerklæringen »[ikke] efter sit indhold at omfatte det [K1] efter indfrielsen af kassekreditten tilkommende regreskrav«.

Om dommen hedder det hos *Gomard*: Introduktion til obligationsretten (1979) s. 79: »En tilbagetrædelseserklæring har kun [...] virkning for den [kreditor] eller de kreditorer, som er omfattet af erklæringen, og til hvem erklæringen er afgivet, jf. UfR 1975.308.« Udsagnet er korrekt, men U 1975.308 Ø ses ikke at være et udslag af det af *Gomard* hævdede synspunkt. Afgørende for sagens udfald var således, at K1 alene var efterstillet *med* det tilgodehavende på ca. 50.000 kr., som han havde mod D ved tilbagetrædelseserklæringens afgivelse, hvorimod K1 ikke var efterstillet med andre tilgodehavender mod D – d.v.s. heller ikke med det ved ejerpantebrevet delvis sikrede regreskrav i anledning af K1's indfrielse af kassekreditten. Se således også *Torsten Iversen* i TfR 1994 s. 76. Afgørelsen forekommer *på dette punkt* at være åbenbart korrekt (men se nedenfor om regresopgøret). Det kan tilføjes, at det tilgodehavende, hvormed K1 var trådt tilbage, var værdiløst: Der var tale om tilbagetræden med et *usikret* tilgodehavende, og D's bo gav ikke dividende til kreditorerne. Tilbagetrædelseserklæringen var dermed også værdiløs som sikkerhed for K2 og ville derfor under alle omstændigheder være betydningsløs for opgøret mellem K1 og E. Principielt må en indfriende kautionist imidlertid efter almindelige regler kunne have regres mod en sikkerhed (et tredjemandspant), som K2 har mod K1 i form af en tilbagetrædelseserklæring.

Som en sidebemærkning skal nævnes, at det i dommen foretagne regresopgør forekommer at være af tvivlsom rigtighed, idet der så vidt ses ikke blev taget hensyn til, at ejerpantebrevet tjente *både* til sikkerhed for eksportkreditten, hvorpå E betalte 50.000 kr., *og* til sikkerhed for kassekreditten, som K1 som kautionist havde indfriet med ca. 75.000 kr. K1's samlede hæftelse udgjorde ca. 100.000 kr. (nemlig ca. 75.000 kr. som følge af kautionsforpligtelsen for kassekreditten samt 25.000 kr. som følge af hånd-

pantsætningen af ejerpantebrevet – der forudsættes at have været sit pålydende værd). E's kautionsforpligtelse blev gjort gældende med 50.000 kr. Tabet på i alt ca. 125.000 kr. synes herefter at skulle have været fordelt i forholdet 2:1 – d.v.s. med 83.333,33 kr. til K1 og 41.666,66 kr. til E. E, som havde betalt 50.000 kr., skulle efter denne opfattelse alene have været tillagt regres mod ejerpantebrevet for 8.333,37 kr. – og ikke som ved dommen med 16.666,67 kr. Se tilsvarende *Krag Jespersen og Grathe:* Kaution. Garantier. Indeståelser (Afdelingen for Privatret, 1996) s. 482 ff. men anderledes *Godsk Pedersen:* Ejerpantebreve og skadesløsbreve (1990) s. 168 ff.

4. Betalinger. Modregning

Hvad angår de fordringer, som K1 træder tilbage med, bør tilbagetrædelseserklæringen angive, i hvilket omfang K1 er berettiget til løbende at modtage betalinger fra D. Det er som nævnt sikkert, at dividenden på K1's fordring tilkommer K2 ved D's konkurs og tvangsakkord – også selv om dette ikke er udtrykkeligt angivet. Mindre sikkert er det imidlertid, om K1 er uberettiget til at modtage betalinger fra D inden D's eventuelle økonomisk sammenbrud. *Udfyldningsløsningen* må dog være, at K1 er uberettiget til at modtage betalinger fra D på de fordringer, der er trådt tilbage med, jf. også *Kiilerich-Hansen* i U 1982 B s. 432. Denne forfatter henviser til støtte for resultatet til *Betænkning nr. 606/1971* s. 113, der imidlertid ikke synes at indeholde nogen klar stillingtagen til spørgsmålet.

Til støtte for den nævnte udfyldningsløsning kan for det første anføres, at den i tilbagetrædelseserklæringen liggende sikkerhed ville være så godt som værdiløs for K2, hvis fordringen til enhver tid kunne tilbageføres til K1. Til støtte for løsningen kan for det andet anføres, at K2 ville være uden beskyttelse over for K1's kreditorer, hvis K1 frit kunne oppebære fordringen, jf. eksemplerne ovenfor i afsnit 3 og nærmere om sikringsaktsproblemet nedenfor i afsnit 7.

Resultatet har særlig meget for sig i de tilfælde, hvor K1 er moderselskab til eller hovedaktionær i D, idet ræsonnementet i disse tilfælde ofte synes at være, at K2 kan have større tiltro til D, hvis også K1 har stillet lånekapital til rådighed for selskabet – oven i købet lånekapital, som er efterstillet K2's eget tilgodehavende. Den hævdede udfyldningsløsning gælder antagelig, selv om K1's fordring mod D har en på forhånd fastsat afdragsprofil, som er K2 bekendt. K1 fremstår dog selvsagt som legitimeret i forhold til D, hvis D hverken vidste eller burde vide, at K1 ikke længere var berettiget til at modtage betalinger, jf. princippet i GBL § 29. Da der typisk er en tæt forbindelse mellem D og K1, vil D i praksis sjældent kunne hævde at være i god tro.

Ordentligvis bør K2 dog sørge for, at D modtager en formelig underretning om tilbagetrædelseserklæringen og dens retsvirkninger – *også* for at fratage K1 legitimationen i forhold til D.

Selv om K1 i forhold til D er frataget legitimationen til at modtage betalinger, må D principielt kunne betale til K1 med frigørende virkning, hvis det er nødvendigt for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe, jf. herved princippet i RPL § 511, stk. 3, om den såkaldte negligeringsret. Situationen kan tænkes, hvis K1 på grund af økonomiske vanskeligheder er ude af stand til at præstere modydelsen for det pengekrav, som K1 er trådt tilbage med. Når K1 har hovedaktionærstatus i forhold til D, må der dog som følge af parternes interessefællesskab utvivlsomt stilles særlig strenge krav til D's (K1's) bevis for de omstændigheder, der medfører nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe m.v. Dette indebærer, at betingelserne for negligeringsretten formentlig kun helt undtagelsesvis kan anses for opfyldt. Om negligeringsretten henvises i øvrigt til kapitel 3, afsnit 5.

Det kan være aftalt eller forudsat, at K1 har ret til at modtage betalinger fra D, selv om tilbagetrædelseserklæringen eksempelvis angiver, at K1 er trådt tilbage med sine fordringer mod D »til enhver tid«. Typisk må det være forudsat, at et datterselskab (D) kan afkøbe sit moderselskab (K1) varer og tjenesteydelser i sædvanligt omfang og på sædvanlige vilkår, så længe der ikke er tale om en omgåelse af tilbagetrædelsen. Eventuelt kan det være aftalt, at D kan betale til K1 efter tilladelse fra K2 i hvert enkelt tilfælde. I en aftale om, at K1 generelt kan oppebære en fordring mod D, må sædvanligvis være underforstået, at retten til at modtage betalinger ophører ved D's betalingsvanskeligheder/insolvens, hvor efterstillingsvilkåret så at sige bliver aktuelt. Se nedenfor i kapitel 12, afsnit 4.5, om det lignende problem ved ansvarlig lånekapital. Se også *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 9.

Hvis den fordring, hvormed K1 træder tilbage, er rentebærende, er renterne efter almindelige panteretlige regler om frugter omfattet af K2's sikkerhedsret. Dog har K1 formentlig som deklaratorisk regel ret til at oppebære renterne, så længe det sikrede skyldforhold ikke er misligholdt. En ret til oppebørsel af renterne kan endvidere følge af aftalen med K2. K1's eventuelle oppebørselsret må – hvad enten den beror på almindelige panteretlige regler eller aftale – antages at ophøre ved D's betalingsvanskeligheder/insolvens, jf. tilsvarende ovenfor om retten til at modtage betalinger.

Da K1 og K2 har aftalt tilbagetrædelse – og ikke transport – har K2 ikke krav på at modtage betalinger uden for de tilfælde, hvor D er gået konkurs, er kommet under tvangsakkordbehandling eller efter omstændighederne under

behandling i henhold til en frivillig gældsordning. Konsekvensen af, at K1 uberettiget modtager betalinger fra D, er således ikke, at K2 kan kræve beløbet af K1. I overensstemmelse med det nævnte udgangspunkt kan K2 derimod kræve, at beløbet tilbageføres til D. K1 vil dog typisk være erstatningsansvarlig for et tab, som K2 måtte lide som følge af uberettigede betalinger. Er K1 et selskab, vil erstatningsansvar for de disponerende ledelsesmedlemmer ligeledes kunne komme på tale. Er K1 ikke legitimeret over for D, jf. GBL § 29, kan D's uretmæssige betaling til K1 efter omstændighederne udgøre en væsentlig misligholdelse af D's låneaftale med K2, således at K2 kan hæve denne aftale og kræve lånet indfriet. Også D's bestyrelse og/eller direktion kan i disse tilfælde ifalde erstatningsansvar for K2's tab.

I samme omfang, som K1 er uberettiget til at modtage betalinger fra D, er K1 afskåret fra at modregne i fordringer, som D har mod ham. D kan ikke modregne over for K2 med fordringer, som D har erhvervet mod K1 efter det tidspunkt, da D fik kundskab eller formodning om overdragelsen, jf. herved GBL § 28. Som udgangspunkt kan D modregne med fordringer erhvervet mod K1 inden det nævnte tidspunkt. D kan dog have givet afkald på modregning med sådanne fordringer. Et sådant afkald må ofte anses for (stiltiende) afgivet, hvis K1 ved tilbagetrædelsen tillige kunne forpligte D i denne henseende (eksempelvis hvis K1 var administrerende direktør i D).

5. Retsstillingen ved D's konkurs

En tilbagetrædelseserklæring, som K1 har afgivet over for K2, må antages at indeholde en overdragelse af *retten til at begære D taget under konkursbehandling*, jf. KL § 17, stk. 1, på grundlag af den eller de fordringer, der er trådt tilbage *med*. Fremkaldelse af D's konkurs er netop det middel, hvorved den i tilbagetrædelseserklæringen liggende sikkerhed kan tvangsrealiseres.

Om K2 kan begære D taget under konkursbehandling på grundlag af den eller de fordringer, der er trådt tilbage *for*, er formentlig i praksis af mindre betydning. Spørgsmålet må anses for besvaret ved KL § 20, stk. 1, nr. 2 og 3, om fordringer, som er sikret ved pant eller anden sikkerhed stillet af tredjemand. Herefter er K2 kun afskåret fra at fremkalde D's konkurs, hvis tilbagetrædelseserklæringen indebærer en »betryggende« sikkerhed for K2. Selv om dette – helt undtagelsesvis – antages, er K2 afskåret fra at forlange D erklæret konkurs, hvis hans egen fordring er uforfalden, eller fremkaldelse af D's konkurs vil stride mod vilkårene for K1's tilbagetrædelse.

K1 kan begribeligvis ikke antages at have givet afkald på at fremkalde D's konkurs på grundlag af andre fordringer, han måtte have mod D.

En tilbagetrædelseserklæring, hvorved K1 træder tilbage for K2, har ingen betydning for *konkursordenen*, idet dividenden på K1's fordring som tidligere nævnt udbetales til K2, jf. også *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 148. Resultatet er fastslået ved U 1964.253 H, der dog angik et noget specielt tilfælde:

Et aktieselskab (D) opnåede i foråret 1960 to eksportkreditlån i sit pengeinstitut på i alt 200.000 kr. Handelsministeriet (K2) garanterede pengeinstituttet for D's betaling af lånene. I forbindelse med garantistillelsen afgav D's tre søsterselskaber (K1) erklæringer til K2, hvori det ganske kortfattet hed, at de trådte tilbage med nærmere angivne tilgodehavender (på i alt ca. 203.000 kr.) for K2's regreskrav mod D (d.v.s. det regreskrav, som ville blive aktuelt, hvis pengeinstituttet gjorde garantien gældende). Den 8. november 1960 trådte D i betalingsstandsning, og på et kreditormøde den 16. samme måned meddelte D's bestyrelsesformand, at K1 nu havde givet tilsagn om tilbagetrædelse i forhold til *alle* aktieselskabets kreditorer. K2 protesterede straks og gjorde gældende, at den generelle tilbagetrædelseserklæring var i strid med den erklæring, som tidligere var afgivet over for K2. Siden indfriede K2 pengeinstituttets krav mod D med ca. 96.000 kr., og D gik konkurs. K2 anlagde herefter sag mod konkursboet og påstod herunder boet tilpligtet at anerkende, at dividenden på de fordringer, som K1 var trådt tilbage med, tilkom K2. D's konkursbo gjorde gældende, at tilbagetrædelseserklæringen – der intet udtalte om dividendespørgsmålet – alene indebar, at K2 havde krav på, at der ved beregningen af dividende til dækning af K2's regreskrav skulle bortses fra K1's fordringer, hvorimod K2 ikke havde krav på at modtage dividenden på fordringerne. Såvel landsretten som Højesterets flertal gav K2 medhold med bl.a. følgende præmisudtalelse: »Retten må mene, at K1's tilsagn om at ville træde tilbage med sit tilgodehavende til fordel for en af D's andre kreditorer (K2) naturligst opfattes som havende til formål i videst muligt omfang at sikre fyldestgørelse af K2's krav i likvidations-, konkurs- eller lignende tilfælde, hvor der ikke vil blive fuld dækning til alle skyldnerens kreditorer [navne erstattet med mine forkortelser].«

Det følger af dommen, at der anvendes helt forskellige dividendeberegningsmåder ved ansvarlig lånekapital og tilbagetrædelseserklæringer: Ved ansvarlig lånekapital bortses der fra lånefordringen ved dividendeberegningen. Ved en tilbagetrædelseserklæring fra K1 til K2 indgår K1's fordring på sædvanlig vis i dividendeberegningen, men således at dividendebeløbet tjener til fortrinsvis fyldestgørelse af K2.

Alternativet til det resultat, som blev fastslået af Højesterets flertal, ville være at opfatte en tilbagetrædelseserklæring – der ligesom i U 1964.253 H ikke specifikt indeholdt vilkår om dividendeoverdragelse – som et løfte til K2

om, at der ved dividendeberegningen i forhold til K2 alene skulle *bortses* fra K1's krav. I så fald ville den dividendeforhøjende virkning i forhold til K2 procentuelt svare til forholdet mellem K1's krav og den øvrige debitormasse. Dette kan illustreres med et eksempel (hvor alle krav for nemheds skyld anses for simple): K1's krav mod D er 1 million kr. K2's krav mod D er 500.000 kr. Aktivmassen i D's konkursbo er 1 million kr. Fordringerne i boet er på i alt 5 millioner kr. Bortses der fra K1's krav ved beregningen af dividende til K2, bliver K2 fyldestgjort med 25% – 125.000 kr. – af sit tilgodehavende (svarende til forholdet mellem aktivmassen på 1 million kr. og en passivmasse på 4 millioner kr.) Dividenden til K2 bliver altså 25.000 kr. større, end hvis K2 også skulle have konkurreret med K1's krav, i hvilket tilfælde K2 alene ville have fået 100.000 kr. De øvrige kreditorer med tilgodehavender på 3,5 millioner kr. berøres efter denne opfattelse ikke af tilbagetrædelseserklæringen og får den dividende på 20%, som de under alle omstændigheder skulle have haft (i alt 700.000 kr.) I K1's dividendekrav fragår de 25.000 kr., som er udbetalt til K2, således at K1's restdividende bliver 175.000 kr. – et beløb, som K1 i øvrigt som i U 1964.253 H kunne disponere over ved afgivelse af et løfte om efterstilling i forhold D's samtlige øvrige kreditorer. Den gennemgåede beregningsmåde, der bygger på en stringent *ordlydsfortolkning* af en erklæring, hvori K1 alene lover at »træde tilbage« el. lign., blev så vidt ses lagt til grund af Højesterets mindretal på én dommer. Efter flertallets opfattelse ville K2 i eksemplet få 20% i dividende på sin egen fordring (100.000 kr.) samt 20% i dividende på K1's fordring (200.000 kr.), eller i alt 300.000 kr. Højesterets flertal anlagde, som det fremgår af de ovenfor citerede præmisser en *formålsfortolkning*. Formålsfortolkningen har udgangspunkt i den betragtning, at når en tilbagetrædelseserklæring kun er afgivet over for K2, skal den også i videst muligt omfang komme K2 til gode i tilfælde af D's økonomiske sammenbrud – også selv om erklæringen er tavs om dividendespørgsmålet.

Har K2 anmeldt K1's fordring i D's konkursbo, kan K1 selvsagt ikke anmelde noget regreskrav i boet. At den fulde anmeldelsesret tilkommer tredjemandspanthaver på tredjemandspantsætters bekostning, gælder i almindelighed, jf. KL § 47, stk. 1, nr. 1, jf. KL § 52, men er i særdeleshed oplagt, når tredjemandspantet har karakter af en tilbagetrædelseserklæring, idet pantet her *er* anmeldelsesretten i boet.

En fordring i D's konkursbo kan i forskellige henseender indebære *stemmeret/indflydelse på bobehandlingen,* således navnlig ved kuratorvalg, jf. KL § 113, ved nedsættelse af kreditorudvalg, jf. KL § 115, og i forbindelse med beslutninger på skiftesamlinger, jf. KL § 118. Med hensyn til kuratorvalg foreligger afgørelsen U 1983.1116 Ø:

En udenlandsk eneaktionær (K1) i et dansk aktieselskab (D) afgav en tilbagetrædelseserklæring (»Declaration of postponement«) over for Teknologistyrelsen (K2). Erklæringen angav udtrykkeligt, at en eventuel dividende på K1's tilgodehavende på ca. 6 millioner kr. skulle tjene til fortrinsvis fyldestgørelse af K2, som ydede D et lån på 300.000 kr. til fremme af teknisk og industriel udvikling. Siden gik D konkurs, i hvilken forbindelse der opstod tvist om valg af kurator. Såvel K1 som K2 hævdede at være stemmeberettiget i henhold til fordringen på de ca. 6 millioner kr. K2 gjorde gældende, »at det er en naturlig følge af overdragelsen af dividenderetten til en fordring, at kreditorrettighederne tilkommer transporthaveren, *indtil fuld dækning er opnået*, uanset om det udtrykkeligt er angivet i erklæringen. Det er herved forholdene på tidspunktet for kuratorvalget, der er afgørende« [min udhævning]. Landsretten gav K2 medhold i henhold til de af K2 anførte grunde. – Det er værd at bemærke, at afgørelsen angik et tilfælde, hvor det på grund af størrelsen af den fordring, der var trådt tilbage med (ca. 6 millioner kr.), var meget sandsynligt, at der ville blive fuld dækning til den fordring, der var trådt tilbage for (K2's fordring i konkursboet var på ca. 250.000 kr.). Landsretten fandt ikke, at KL § 121 (på dommens tidspunkt KL § 122) afskar K2 fra at udøve stemmeretten. I bestemmelsen hedder det bl.a., at når en fordring tilkommer flere efter hinanden, udøves stemmeretten af den, der for tiden må anses for nærmest berettiget. »Nærmest berettiget« er altså K2, indtil fyldestgørelse er opnået.

Selv om afgørelsen alene vedrører kuratorvalg, synes resultatet at kunne overføres på alle de forhold, hvori K1's fordring giver stemmeret – således at forholdene på afstemningstidspunktet er afgørende.

K2 stemmer naturligvis tillige på »sin egen fordring«. Ifølge KL § 120, stk. 2, har en fordringshaver ganske vist kun stemmeret for den del af fordringen, som efter skifterettens skøn ikke dækkes af pant eller anden sikkerhed. Bestemmelsen gælder imidlertid kun pant i skyldnerens ejendom, d.v.s. ikke tredjemandspant.

Retsstillingen kan herefter sammenfattes således, at K2 stemmer dels på »sin egen« fordring, dels på K1's fordring, indtil K2 har opnået fuld dækning.

Har skyldneren stillet pant for den fordring, som K1 træder tilbage med, må panteretten anses for medoverdraget til K2, medmindre der er holdepunkter for, at pantet mod D er opgivet. I det omfang, K1 ikke kunne have stemt på fordringen som følge af pantesikkerheden, jf. KL § 120, stk. 2, er K2 ligeledes afskåret herfra, hvis K2 har fået sikkerheden medoverdraget. Skifterettens afgørelse af, om sikkerheden er tilstrækkelig, kan ikke indbringes for højere ret, jf. KL § 249, stk. 1.

6. Retsstillingen ved D's tvangsakkord

Også i tilfælde af D's tvangsakkord tilkommer *dividenden* på K1's fordring K2, indtil denne er fyldestgjort. Resultatet kan atter støttes på U 1964.253 H, der ganske vist angik retsstillingen ved D's konkurs, men dog i præmisserne indeholder et generelt udsagn om K2's ret til dividende i »likvidations-, konkurs- eller lignende tilfælde, hvor der ikke vil blive fuld dækning til alle skyldnerens kreditorer«.

Stemmeretten på K1's fordring må også ved D's tvangsakkord tilkomme K2, indtil denne er fyldestgjort, jf. herved U 1983.1116 Ø (der ganske vist ligeledes angik retsstillingen ved D's konkurs). Eksempelvis tilkommer stemmeretten K2 ved afgørelsen om åbning af tvangsakkordforhandling, jf. KL § 166, og ved vedtagelsen af tvangsakkord, jf. KL § 176. Begge de nævnte bestemmelser stiller krav til tilslutningen fra fordringshaverne såvel efter antal som efter fordringernes størrelse.

Til åbning af tvangsakkord kræves således tiltrædelse fra mindst 40% af fordringshaverne efter antal og efter fordringernes størrelse, jf. KL § 166, stk. 1, nr. 2. Til vedtagelse af tvangsakkord kræves tilslutning fra 60% af de stemmeberettigede fordringshavere, jf. KL § 176, stk. 1, samt et kvalificeret flertal beregnet efter fordringernes størrelse, jf. KL § 176, stk. 2. Fordringer giver kun stemmeret, i det omfang de berøres af akkorden uden at bortfalde ved denne, jf. KL § 174, stk. 1. Småfordringer, der efter akkordforslaget dækkes fuldt ud, jf. KL § 158, stk. 2, nr. 4, samt fordringer, der fuldt ud dækkes ved pant eller anden sikkerhed i *D's* ejendom, jf. KL § 175, stk. 1, jf. KL § 120, deltager ikke i afstemningen. (Bestemmelsen i KL § 175, stk. 1, jf. § 120, udelukker ikke, at der stemmes på fordringer, som er sikret ved *tredjemandspant*. K1's tilbagetræden over for K2 afskærer således ikke K2 fra at stemme fuldt ud på sin egen fordring, jf. tilsvarende ovenfor i afsnit 5 om konkurs).

I det omfang der stemmes efter fordringernes antal, har hver fordringshaver kun én stemme, selv om han har flere fordringer, jf. KL § 123, stk. 1, 1. pkt., jf. § 175, stk. 1. K2 erhverver altså ikke som følge af K1's tilbagetrædelseserklæring nogen ekstra antalsstemme, men alene en mere tungtvejende beløbsstemme. Overdragelse af en fordring efter fristdagen – herunder ved tilbagetrædelseserklæring – kan i øvrigt ikke medføre en forøgelse af antallet af stemmeberettigede fordringshavere, jf. KL § 123, stk. 1., 2. pkt., jf. § 175, stk. 1, men der kan stemmes beløbsmæssigt på sådanne fordringer.

I tvangsakkord har skyldnerens (D's) nærstående ikke stemmeret, jf. habilitetsreglen i KL § 174, stk. 3. Da K1 i praksis ofte er nærstående (f.eks. moder-

selskab til D), mens K2 (f.eks. D's pengeinstitut) ikke har denne status, opstår spørgsmålet, om K2 kan beløbsstemme på den fordring, som ikke gav K1 stemmeret. VLK af 14. marts 1991, refereret i Fuldmægtigen 1991 s. 136, har så vidt ses besvaret spørgsmålet bekræftende i et tilfælde, hvor skyldnerens nærstående havde *overdraget* nogle fordringer til et pengeinstitut, som ikke var nærstående. Som anført af *Poul Holm* i Fuldmægtigen 1992 s. 4 må det antages, at landsretten havde nået samme resultat, hvis der havde været tale om en tilbagetrædelseserklæring. Så vidt ses tiltrædes resultatet endvidere af *Heiberg, Lindencrone Petersen og Ørgaard:* Rekonstruktionsret (2002) s. 205. Afgørelsen forekommer dog at gå på kompromis med de habilitetshensyn, som ligger bag reglen i KL § 174, stk. 3. Således vil skyldnerens nærstående generelt være indstillet på en overdragelse til en tredjemand, som ikke er nærstående, og som vil kunne motiveres til at stemme for et akkordforslag, der indbringer en dividende, der er højere end salgskursen på fordringen. Dette problem er særlig aktuelt ved tilbagetrædelseserklæringer, idet der ikke i praksis betales nogen kurs herfor. Under alle omstændigheder skal K2 dog selvsagt nægtes stemmeret, hvis der konkret er tale om en omgåelse af habilitetsreglen i KL § 174, stk. 3.

7. K2's kreditor- og omsætningsbeskyttelse

Som nævnt ovenfor i afsnit 1 har en tilbagetrædelseserklæring karakter af en sikkerhedsret, hvorfor K2 skal foretage en sikringsakt for at være beskyttet over for K1's aftaleerhververe og retsforfølgende kreditorer. En prioritetskonflikt mellem K2 og K1's retsforfølgende kreditorer kan opstå såvel før som i forbindelse med D's konkurs m.v. Før D's konkurs vil konflikten navnlig kunne opstå i forhold til K1's retsforfølgende kreditorer, som ikke vil respektere K2's krav på, at fordringen forbliver »indefrosset« i D. I forbindelse med D's konkurs vil konflikten navnlig kunne opstå i forhold til K1's retsforfølgende kreditorer, som ikke vil respektere K2's krav på dividenden af K1's fordring.

Hvis K1 er trådt tilbage med en *simpel fordring*, er den relevante sikringsakt meddelelse til D, jf. herved GBL § 31. Bestemmelsen omhandler overdragelse af simple gældsbreve til eje eller til sikkerhed, men anvendes analogt på rettigheder over simple fordringer i det hele taget. At en tilbagetrædelseserklæring ikke er formuleret som en overdragelse af et dividendekrav, bringer selvsagt ikke forholdet uden for GBL § 31's anvendelsesområde. K2 bør sikre sin ret i henhold til tilbagetrædelseserklæringen, straks efter at K1 har forplig-

tet sig over for ham: Forholdet kan begribeligvis ikke opfattes på den måde, at overdragelsen først finder sted ved D's konkurs, således at K2 kan vente med at give meddelelse indtil dette tidspunkt. Det kræves ikke, at meddelelsen er formuleret som overdragelse af et dividendekrav – en meddelelse om, at fordringen slet og ret er »overdraget« må være tilstrækkelig. Som anført ovenfor i kapitel 2, afsnit 2, stilles der heller ikke krav om, at en meddelelse om en sædvanlig transport angiver, om den er sket til eje eller til sikkerhed. Afgørende er, at D sættes i stand til at oplyse senere omsætningserhververe og kreditorer om, at tidligere stiftede rettigheder *kan* være til hinder for deres ret.

Ifølge forarbejderne til gældsbrevsloven gælder der ikke noget krav om, at en meddelelse i henhold til GBL § 31 skal være bindende i den forstand, at meddelelsen skal afskære skyldneren fra at betale til overdrageren, jf. således *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 49. Forarbejderne forudsætter således klart, at en erhverver af en simpel fordring (K2) kan være kreditor- og omsætningsbeskyttet, selv om skyldneren (D) har ret til at betale til overdrageren (K1). Eksempelvis kan skyldneren have ret til at betale til overdrageren, hvis det er nødvendigt for at undgå nærliggende risiko for tab eller væsentlig ulempe (jf. princippet i RPL § 511, stk. 3), eller overdrageren kan af erhververen være indrømmet en inkassofuldmagt. Det forhold, at der ikke stilles krav om, at meddelelsen skal være bindende i den ovenfor angivne forstand, indebærer selvsagt ikke, at kreditorbeskyttelse for K2 kan forenes med en ordning med *fri* oppebørselsret for K1. Ifølge almindelige synspunkter om selvbåndlæggelse kan overdragerens retsforfølgende kreditorer således ikke afskæres fra at søge sig fyldestgjort i en fordring, som overdrageren kan råde frit over ved aftale, jf. i det hele nærmere om GBL § 31-meddelelsens rådighedsberøvende funktion ovenfor i kapitel 2, afsnit 1.4. Se tilsvarende *W. E. von Eyben:* Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved *Henning Skovgaard* s. 21: »Ved anmeldelse over for skyldneren kan man hindre, at denne med frigørende virkning betaler til den tilbagetrædende kreditor, og der kan herved opnås beskyttelse over for denne kreditors kreditorer«. Se tilsvarende *Kæstel:* Bankjura, 4. udgave (1981) s. 158. Denne forfatter udtaler i øvrigt s. 157, at tilbagetrædelseserklæringer ofte anvendes over for pengeinstitutter, når K1's tilgodehavende er beregnet på at skulle henstå i længere tid som lån til D. Som det vil være fremgået, anvendes tilbagetrædelseserklæringer imidlertid også ofte på mellemregningskonti mellem D og K1 – konti, hvorpå der snart debiteres, snart krediteres beløb i parternes favør. En sådan tilbagetrædelseserklæring har selvsagt virkning mellem K1 og K2 ved D's økonomiske sammenbrud, men hvis K2 har tilladt, at der frit føres midler fra D til K1 over

mellemregningskontoen, er den fornødne rådighedsbegrænsning ikke etableret.

I forhold til D's kreditorer gælder der ikke noget krav om foretagelse af en sikringsakt, hvis den fordring, der er trådt tilbage med, er usikret. Hvis dén fordring, K1 træder tilbage med, er sikret ved pant eller ejendomsforbehold m.v. mod D, gælder der en formodning for, at sikkerheden er medoverdraget til K2, som således vil kunne gøre den gældende ved D's økonomiske sammenbrud, jf. om det lignende problem ved overdragelse af fordringer sikret ved ejendomsforbehold ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.4.3.2. *I forhold til D's kreditorer* skal en eventuel sikringsakt selvsagt være iagttaget, for at sikkerheden kan gøres gældende ved D's konkurs. *I forhold til K1's kreditorer* er det tilstrækkeligt, at K2 har foretaget den sikringsakt, som gælder for den pantesikrede fordring (d.v.s. meddelelse, jf. GBL § 31, hvis fordringen er simpel).

Foreligger der ingen konflikter med aftaleerhververe eller retsforfølgende kreditorer, som afleder ret fra K1, kan K2 kræve dividenden af K1's (rest)fordring i D's konkursbo, uanset en aftale om fri oppebørselsret for K1.

Afgørelsen U 1964.253 H, der er også er omtalt ovenfor i afsnit 5, er egnet til at illustrere forskellen mellem legitimationsspørgsmålet og spørgsmålet om kreditor- og omsætningsbeskyttelse ved tilbagetrædelseserklæringer. Afgørelsen vedrørte et tilfælde, hvor K1 først afgav nogle tilbagetrædelseserklæringer *over for K2*. Senere afgav K1 et tilsagn om generel efterstilling *over for D*, der nu var i betalingsstandsning – og siden gik konkurs. Konflikten mellem K2, som krævede hele dividenden på K1's fordring, og D's konkursbo, som hævdede at kunne støtte ret på tilsagnet om generel efterstilling, blev afgjort til K2's fordel. Principielt kan situationen opfattes på én af to måder: (1) Enten som en prioritetskonflikt mellem flere rettighedshavere, d.v.s. som et spørgsmål om omsætningsbeskyttelse, eller (2) som et spørgsmål, om K1 var legitimeret over for D, da K1 forpligtede sig ved tilsagnet om generel efterstilling. Efter den under (1) nævnte opfattelse kan K2 alene gives medhold, hvis K2 har sikret sin ret ved meddelelse over for D, inden K1 gav tilsagn om generel efterstilling, jf. herved GBL § 31. Efter den under (2) nævnte opfattelse må K2 gives medhold, blot D var i ond tro om K2's ret, da K1 gav tilsagn om generel efterstilling, jf. herved princippet i GBL § 29. De to betragtningsmåder blev ikke gjort gældende under sagen, og domsreferatet indeholder ikke oplysning, hverken om K2 havde sikret sin ret ved meddelelse til D, eller om D's kendskab til K2's ret. *Lindskog* anfører i SvJT 1992 s. 643, at tilfældet må bedømmes som en dobbeltoverdragelse, således at K1's tilbagetræden over for K2 betragtes som den første overdragelse, mens K1's tilsagn til D om generel

efterstilling betragtes som den anden overdragelse. Synspunktet kan ikke tiltrædes. Når en overdrager (K1) indgår en aftale med skyldneren (D), som strider mod erhververens (K2's) ret, må der således rettelig være tale om et legitimationsproblem. Ganske vist angår GBL § 29 efter sin direkte ordlyd kun overdragerens legitimation til at modtage betalinger, men princippet i bestemmelsen finder tilsvarende anvendelse på andre retshandler, som indgås mellem skyldneren og overdrageren, og som strider mod erhververens ret. I U 1964.253 H var K1 og D søsterselskaber, hvilket gør det nærliggende at antage, at D havde viden eller burde-viden om K2's ret, og at K1 følgelig ikke over for D var legitimeret til at aftale en ændring i kreditvilkårene til skade for K2.

Hvis K1 træder tilbage med en *negotiabel fordring* – f.eks. et pantebrev i fast ejendom – skal K2 foretage den sikringsakt, der kræves ved pantsætning. Dette indebærer, at K2 for at være beskyttet mod K1's retsforfølgende kreditorer, skal sørge for, at K1 berøves rådigheden over gældsbrevet, jf. GBL § 22. Rådighedsberøvelsen kan eksempelvis gennemføres ved deponering, jf. *Kæstel*: Bankjura (1981) s. 157 f. K2 bør naturligvis også sikre sin ret over for K1's aftaleerhververe, der kan fortrænge løftet om tilbagetrædelse, hvis de i god tro får det negotiable gældsbrev i hænde i henhold til en gyldig og uomstødelig overdragelse, fra en i formen legitimeret overdrager, jf. GBL § 14. Den rådighedsberøvelse, som ifølge GBL § 22 skaffer K2 beskyttelse mod retsforfølgning, vil udelukke, at aftaleerhververe kan opfylde kravet om ihændehavelse, jf. GBL § 14. Også en påtegning på gældsbrevet (som ikke let kan fjernes) om K2's ret kan skaffe K2 beskyttelse mod aftaleerhververe, men en sådan påtegning beskytter ikke K2 mod retsforfølgning fra K1's kreditorer.

8. Omstødelse ved K1's konkurs

Afgivelse af en tilbagetrædelseserklæring kan i tilfælde af K1's konkurs give anledning til spørgsmål om omstødelse i forhold til såvel D som K2. I forhold til K2 bliver omstødelse selvsagt kun aktuel, hvis K2 har opnået kreditorbeskyttelse ved foretagelse af den relevante sikringsakt, d.v.s. typisk meddelelse til D, jf. GBL § 31. I det følgende forudsættes det, at sikringsakten er foretaget. I øvrigt vil det fremgå, at tilbagetrædelseserklæringer i omstødelsesmæssig henseende behandles som (andet) tredjemandspant.

K1's konkursbo kan tænkes at gøre gældende, at tilbagetrædelseserklæringen har karakter af en *gave* til K2 eller D, som kan omstødes efter KL § 64. En gave foreligger, hvis modtageren har opnået en vederlagsfri formuefordel,

der kan anses som udslag af gavmildhed fra giverens side. Det er antaget, at det konkursretlige gavebegreb er mere objektivt end det almindelige formueretlige gavebegreb, idet der navnlig kan være grund til at slække på kravet om gavmildhed/gavehensigt, hvis K1 er insolvent, jf. *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 84. En tilbagetrædelseserklæring fra en solvent K1 vil typisk have en forretningsmæssig begrundelse, som udelukker et gaveelement, jf. umiddelbart nedenfor.

Over for D kommer omstødelse ifølge KL § 64 normalt ikke på tale ved tilbagetrædelseserklæringer (eller andet tredjemandspant), idet sikkerhedsstillelsen modsvares af kautionistens eller tredjemandspantsætterens regreskrav mod D. Går D konkurs, tilkommer anmeldelsesretten i boet som nævnt K2, men D hæfter stadig over for K1 for det fulde pålydende af den fordring, hvormed K1 er trådt tilbage. Hvis D var ude af stand til at betale K2 på tidspunktet for K1's tilbagetræden, kan der helt eller delvis være tale om en gavedisposition. Dette er dog langt fra altid tilfældet, idet K1 f.eks. som moderselskab for D udmærket kan have en forretningsmæssig interesse i K2's kreditgivning til selv et insolvent datterselskab. Var K1 selv insolvent ved kreditgivningen, kan der være god grund til at statuere gave, men i dette tilfælde er omstødelse i forhold til det betalingsudygtige selskab D af langt mindre interesse end omstødelse i forhold til K2.

I forhold til K2 kommer omstødelse efter KL § 64 ikke på tale, hvis K2 har krævet tilbagetrædelseserklæringen som betingelse for at yde D kredit, idet K2's kreditydelse i så fald må anses som vederlag for tilbagetrædelseserklæringen. At vederlaget er »erlagt« til D og ikke til K2, gør ikke KL § 64 anvendelig. En tilbagetrædelseserklæring, som K1 afgiver til K2, efter at denne har ydet D kredit, kan efter omstændighederne være vederlagt ved K2's kreditudvidelse, henstand eller anden lempelse af kreditvilkårene. I sådanne tilfælde, hvor der kan anføres en forretningsmæssig begrundelse for sikkerhedsstillelsen, gælder KL § 64 ikke. En efterfølgende tilbagetrædelseserklæring kan dog helt eller delvis være omfattet af bestemmelsen – især hvis K1 selv er insolvent og afgiver erklæringen til fordel for en allerede stiftet, uerholdelig forpligtelse, som påhviler D over for K2, jf. herved *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 84, der om det tilsvarende problem ved kaution rammende udtrykker forholdet således, at det mulige forretningsmæssige element fortaber sig i kautionistens egen konkursrisiko.

Hvis tilbagetrædelseserklæringen omstødes i sin helhed, og D er gået konkurs, er retsvirkningen, at dividendekravet på K1's fordring udbetales til K1's konkursbo, eller at konkursboet kan afkræve K2 en allerede modtaget

dividende, som i dette tilfælde må udgøre såvel kreditorernes tab som K2's berigelse, jf. KL § 75.

Det må anses for tvivlsomt, om en tilbagetrædelseserklæring fra K1 til K2 kan fordres omstødt af K1's konkursbo med hjemmel i KL § 70 (om pant for ældre gæld). Ofte udtales det, at reglen ikke gælder, når der – som ved tilbagetrædelseserklæringer – stilles pant for tredjemands (D's) gæld, jf. eksempelvis *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 106. Ordlyden af § 70 tager ikke stilling til spørgsmålet, og bestemmelsens forarbejder er næppe ganske entydige, idet det heri blot hedder, at »[t]rediemands pant [ikke] omfattes af bestemmelsen«, jf. således *Betænkning nr. 606/1971* s. 155. Udtalelsen indebærer, at der naturligvis ikke kan ske omstødelse, når *tredjemand* har stillet sikkerhed for skyldnerens gæld, hvorimod det er mere tvivlsomt, om udtalelsen omfatter tilfælde, hvor tredjemandspantet er stillet af den senere *fallent*. Antagelig må udtalelsen i forarbejderne dog læses som omfattende tredjemandspant stillet af den senere fallent: En naturlig læsemåde må føre til, at de dispositioner, som omtales i betænkningen, er dispositioner, som er truffet af skyldneren – og ikke af tredjemand.

I U 1985.232 V er det med udtrykkelig henvisning til forarbejderne udtalt, at et konkursbo efter en falleret eneanpartshaver ikke kunne kræve omstødelse efter KL § 70 af en kautionsforpligtelse, som eneanpartshaveren tidligere havde påtaget sig for selskabets gæld til et pengeinstitut. Afgørelsen, der klart støtter den opfattelse, at KL § 70 *ikke* er anvendelig på tredjemandspant stillet af den senere fallent, er i teorien både betegnet som (1) »åbenbart rigtig«, jf. *Nis Jul Clausen:* Finansiering via selskabsopsplitning (1987) s. 176., og som (2) »formentlig (til dels) en misforståelse af udtalelsen i betænkningen«, jf. *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 189. Selv om den sidstnævnte opfattelse måtte være den rette, medfører dette ikke uden videre, at KL § 70 skal anses for anvendelig. Bestemmelsen henhører således under den kategori af omstødelsesregler, som skal modvirke kreditorforrykkende dispositioner, d.v.s. dispositioner, som begunstiger en eller flere kreditorer på de øvriges bekostning. K1's tilbagetrædelse over for K2 indebærer imidlertid ingen *forrykkelse* af forholdet mellem K1's kreditorer – men en *forringelse* af fyldestgørelsesmulighederne for alle K1's kreditorer, hvilket synes at tale afgørende imod anvendelse af KL § 70. Derimod er KL § 64, som er omtalt ovenfor, en af de omstødelsesregler, som har specielt henblik på forringende dispositioner.

I U 1998.612 H fandt Højesteret, at nogle tilbagetrædelseserklæringer omstødelsesmæssigt skulle bedømmes efter KL § 70, men at der i det konkrete tilfælde ikke var tale om sikkerhedsstillelse for gammel gæld. Det ofte hævdede synspunkt – at KL § 70 ikke gælder fallentens sikkerhedsstillelse for tredjemands gæld – blev end ikke *antydningsvis* berørt under sagen. Således

har afgørelsen formentlig ikke taget stilling til det principielle spørgsmål om anvendeligheden af KL § 70 på tredjemandspant stillet af den senere fallent. Tilbagetrædelseserklæringerne i sagen var afgivet til fordel for en koncernforbindelse, hvilket er udlagt som en tendens til, at domstolene i koncernforhold vil anvende KL § 70 ud fra en helhedsbetragtning, jf. således *Lasse Højlund Christensen:* Fremtidige fordringer (1999) s. 195 f. Synspunktet kan ikke afvises, men det er dog ikke afgørende bekræftet ved U 1998.612 H, hvor heller ikke identifikations- eller helhedsbetragtninger så meget som *antydningsvis* berørtes. (*Hvis* der statueres (konkursretlig) identifikation mellem flere selskaber – f.eks. som følge af en sammenblanding af selskabernes økonomi og øvrige forhold – kan sikkerheder, som selskaberne har stillet »for hinanden«, kræves bedømt efter KL § 70, jf. eksempelvis U 1977.526 H. Se også U 1991.555 H (vedrørende KL § 67)).

Såvel KL § 72, stk. 2 (om dispositioner efter fristdagen) som KL § 74 (om utilbørlige kreditorbegunstigelser/forringelse af skyldnerens økonomiske forhold) kan efter omstændighederne anvendes på tilbagetrædelseserklæringer. Omstødelse efter de to bestemmelser over for K2 forudsætter, at denne er i ond tro om de i bestemmelserne nærmere angivne forhold. Begge bestemmelser indeholder imidlertid fordele for konkursboet derved, *at* de kan anvendes på såvel forringende som forrykkende dispositioner, *og at* omstødelseskravet er et erstatningskrav, som opgøres efter almindelige regler, jf. KL § 76. Kravet er altså ikke begrænset til kreditors berigelse, således som det følger af KL § 75, når omstødelse sker efter eksempelvis KL §§ 64 og 70.

9. Regnskabsmæssig behandling

Et årsregnskabspligtigt selskab (K1), som har afgivet en tilbagetrædelseserklæring for K2's krav mod K1's dattervirksomhed eller en associeret virksomhed (D), optager det særlige vilkår i balancen under overskriften »Tilgodehavender hos tilknyttede virksomheder«/»Tilgodehavender hos associerede virksomheder«. Tilbagetrædelseserklæringen skal i det mindste oplyses i noterne, jf. således *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten, 3. udgave (2001) s. 1085, der dog kun vil stille et sådant noteoplysningskrav, hvis der er tale om et væsentligt beløb efter kreditorselskabets forhold (medmindre forpligtelsen er blevet så sandsynlig, at den skal indregnes i balancen som hensættelse). Da en tilbagetrædelseserklæring – i den forstand, hvori begrebet er brugt i dette kapitel – har karakter af en pantsætning, må der (tillige) gælde et ubetinget krav om at oplyse om tilbagetrædelseserklæringen efter de regler, som gælder

om pantsætninger, jf. ÅL §§ 64, stk. 4, og 94. For virksomheder i regnskabsklasse B skal der gives oplysning om det samlede omfang af pantsætningerne samt de pantsatte aktivers samlede regnskabsmæssige værdi, jf. ÅL § 64. En specifikation på aktiver og aktivtyper kræves således ikke for disse virksomheder. Et krav om specifikation af de enkelte poster gælder derimod for virksomheder i regnskabsklasse C, jf. ÅL § 94 og nærmere *Hasselager m.fl. op. cit.* s. 633. Kravet gælder endvidere for virksomheder i regnskabsklasse D, jf. ÅL § 102, stk. 1, der henviser til ÅL § 94.

KAPITEL 12

Ansvarlig lånekapital

1. Indledning

Ved et »ansvarligt lån« forstås et pengelån, som er ydet på det vilkår, at långivers krav på tilbagebetaling er efterstillet (næsten) alle andre krav mod låntager. Hovedvirkningen af efterstillingsvilkåret viser sig ved låntagers konkurs eller anden insolvensbehandling. Her har den ansvarlige långiver kun mulighed for fyldestgørelse, hvis der helt undtagelsesvis viser sig at være fuld dækning til de simple kreditorer. Med andre ord bortses der ved dividendeberegningen fra det ansvarlige lån.

Mens den ansvarlige långiver er efterstillet låntagers øvrige kreditorer, går långivers tilbagebetalingskrav krav dog forud for virksomhedsejernes krav på udlodning af egenkapital. Et ansvarligt lån kan således siges at indtage en mellemstilling i forhold til virksomhedens egenkapital på den ene side og de øvrige fordringshavere på den anden, jf. således *Jakhelln* i TfR 1967 s. 422, men kritisk over for denne karakteristik *Lindskog* i SvJT 1992 s. 614. I praksis er låntager oftest en erhvervsvirksomhed, som drives i aktie- eller anpartsselskabsform. Hvor ikke andet er anført, har fremstillingen i det følgende henblik på denne situation. Udtrykt lidt forenklet kan dette kapitel således siges at indeholde en gennemgang af de regler, som gælder i *grænseområdet mellem selskabskapital og almindelige erhvervskreditter.*

Et ansvarligt lån er én af de to hovedtyper af efterstillede kreditter, som ses i praksis. Den anden hovedtype er den såkaldte »tilbagetrædelseserklæring«, der foreligger, når en af skyldnerens kreditorer lover at være efterstillet en bestemt anden kreditor, jf. herom ovenfor i kapitel 11. Hovedvirkningen af en tilbagetrædelseserklæring ved skyldnerens insolvensbehandling er, at dividenden på den fordring, der er trådt tilbage *med,* udbetales til den kreditor, som den efterstillede kreditgiver er trådt tilbage *for*, jf. U 1964.253 H. En afgørende forskel mellem et ansvarligt lån og en tilbagetrædelseserklæring er, at det

ansvarlige lån virker generelt dividendeforhøjende (nemlig for næsten alle skyldnerens øvrige kreditorer), mens en tilbagetrædelseserklæring virker specielt dividendeforhøjende (nemlig for den kreditor, der kan støtte ret på erklæringen).

Det har været drøftet, om det konkursretlige ligerangsprincip, som har fundet udtryk i KL § 97, overhovedet kan fraviges ved aftaler om efterstilling, jf. således *Lindskog* i SvJT 1992 s. 616 ff., der bl.a. anfører, at konkursloven fremstår som et »genomtänkt og slutet system«, og at en yderligere prioritetskategori i konkursordenen kun bør accepteres, hvis tungtvejende grunde taler herfor. Konkursordenens prioritetskategorier forekommer herved at være tillagt overdreven vægt. I hvert fald taler hverken hensynet til fallenten, den efterstillede kreditor eller de øvrige kreditorer for at opfatte konkursloven som et lukket system, der kan forhindre, at aftaler om ansvarlige lån har virkning efter deres indhold. Dette ender da også med at blive *Lindskogs* konklusion, jf. SvJT 1992 s. 621. At tilsagn om efterstilling også efter svensk ret utvivlsomt er gyldige, er da også antaget af eksempelvis *Rodhe:* Handbok i sakrätt (1985) s. 487. Afgørende er, at efterstillingsvilkåret ikke forringer – men tværtimod forbedrer – fyldestgørelsesmulighederne for de øvrige kreditorer. I den danske konkurslov er det i øvrigt klart forudsat, at efterstillingsvilkår har virkning, jf. KL § 174, stk. 2 (om stemmeret i tvangsakkord) og KL § 169 (hvorefter fordringshaverne skal behandles lige, medmindre de samtykker i en *mindre* gunstig behandling). Bestemmelserne er omtalt i *Betænkning 606/1971* om konkurs og tvangsakkord s. 242 og s. 250.

I kontraktspraksis og litteratur anvendes forskellige betegnelser om ansvarlige lån. Undertiden benævnes sådanne lån under ét som *subordinerede.* Undertiden siges det, at kreditor har givet tilsagn om at *stå tilbage for* låntagers samtlige øvrige kreditorer, eller at kreditor er *efterstillet* eller har givet tilsagn om *tilbagetræden* i forhold til låntagers samtlige øvrige kreditorer. Uanset hvilken terminologi der benyttes, er det vigtigt at holde sig for øje, at de anvendte betegnelser ikke i sig selv giver anledning til sikre slutninger om, hvilke retsvirkninger der knytter sig til kreditors løfte om efterstilling: Navnlig tilsagn om »tilbagetræden« kan give anledning til tvivl, om der foreligger et ansvarligt lån eller en tilbagetrædelseserklæring. Afgørende er som nævnt, om tilsagnet gælder generelt i forhold til alle låntagers kreditorer, eller om det gælder specielt i forhold til en bestemt kreditor.

I den følgende fremstilling anvendes betegnelsen »ansvarligt lån«. Mod betegnelsen kan indvendes, at lånet ikke er ansvarligt i egentlig forstand. Långiver påtager sig således ikke som virksomhedens ejere nogen hæftelse over for kreditorerne, men accepterer alene en forringet mulighed for fyldestgørelse.

Når betegnelsen alligevel anvendes i det følgende, skyldes det, at den er almindeligt indarbejdet i juridisk sprogbrug – såvel i litteratur som i kontraktspraksis.

2. Motiver for optagelse og ydelse af ansvarlig lånekapital

Virksomhedens motiver for optagelse af ansvarlig lånekapital kan være talrige. Her skal blot nævnes nogle af de vigtigste:

For det første kan optagelse af ansvarlig lånekapital styrke virksomhedens kreditværdighed: Dels indebærer det ansvarlige lån en forbedret fyldestgørelsesmulighed for virksomhedens øvrige kreditorer, dels kan nogle kreditgivere tænkes at lægge vægt på, at et aktie- eller anpartsselskabs ejere påtager sig en yderligere risiko ved at yde et sådant lån. En styrkelse af kreditværdigheden kan opnås både over for virksomhedens kreditgivere generelt og over for en konkret kreditgiver – eksempelvis virksomhedens pengeinstitut. Er formålet alene at styrke kreditværdigheden over for en konkret kreditgiver, er en tilbagetrædelseserklæring dog et nærliggende alternativ til et ansvarligt lån.

For det andet kan et ansvarligt lån indgå som et led i en rekonstruktion af en kriseramt virksomhed. Dette var bl.a. baggrunden for, at der i ÅL § 93, stk. 2, blev indsat et udtrykkeligt oplysningskrav om sådanne lån for årsregnskabspligtige virksomheder i regnskabsklasserne C og D (store og mellemstore virksomheder samt børsnoterede og statslige aktieselskaber), jf. FT 2000-01, tillæg A, side 3206 ff. under omtalen af lovforslaget til § 93, stk. 2. Det ansvarlige låns rekonstruktive funktion er også omtalt af *Mogens Munch m.fl.:* Konkursloven med kommentarer. 9. udgave (2001) s. 108 f. og 187 samt af *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten (2001) s. 632. Den rekonstruktive virkning kan indtræde på flere måder: Dels kan efterstillingstilsagnet muliggøre tilførsel af yderligere kapital. Dels kan de forbedrede fyldestgørelsesmuligheder for de øvrige kreditorer overbevise dem om, at der kan være fornuft i ikke straks at søge virksomheden likvideret. – Det særlige spørgsmål, om ydelse af ansvarlig lånekapital kan afværge et selskabs likvidation som følge af kapitaltabsreglerne i AL § 69 a henholdsvis APL § 52, er nærmere behandlet nedenfor i afsnit 8.

For det tredje kan optagelse af ansvarlig lånekapital være et smidigt alternativ til en kapitalforhøjelse i f.eks. aktieselskaber. Således kræver en kapitalforhøjelse en generalforsamlingsbeslutning med vedtægtsændringsmajoritet, jf. nærmere AL § 29, samt iagttagelse af reglerne om fortegningsret, jf. AL § 30, mens optagelse af ansvarlig lånekapital som udgangspunkt kan ske ved en

bestyrelsesbeslutning, jf. AL § 54, stk. 3, jf. stk. 1. Ansvarlig lånekapital kan derimod ikke optages af selskabets direktion, idet en sådan disposition ikke henhører under den »daglige ledelse«, jf. AL § 54, stk. 2. Heller ikke bestyrelsen er kompetent, såfremt lånet er tillagt konverteringsret, jf. AL § 41, eller såfremt långiver skal have ret til andel selskabets overskud, jf. AL § 43. I begge de nævnte tilfælde må bestyrelsen indhente en bemyndigelse fra generalforsamlingen, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.1.) – Hertil kommer, at betaling af ydelser på et ansvarligt lån afhænger af aftalen herom, hvorimod sådanne betalinger ikke er reguleret i aktie- eller anpartsselskabsloven. Tilbagebetaling kan således efter de selskabsretlige og årsregnskabsretlige regler foregå på en mere smidig måde end udbetaling af udbytte eller provenu, som fremkommer ved en kapitalnedsættelse, jf. *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten (2001) s. 1090. Ifølge ÅL § 93, stk. 2, kan et ansvarligt lån som nævnt ikke holdes skjult over for omverdenen i årsregnskabspligtige virksomheder i regnskabsklasserne C og D. Ikke blot skal lånet optages i årsrapporten, men for hver forpligtelse, som er omfattet af tilbagetrædelsen, skal der gives oplysning om det udestående beløb, tidspunktet for forfald og eventuelle særlige vilkår for tilbagetrædelsen.

Ifølge aktieselskabsloven er der mulighed for betaling af renter og afdrag på lånet, selv om der ikke er mulighed for at betale udbytte, jf. AL § 109. Heller ikke AL § 112 om generalforsamlingens godkendelse af udbyttebetaling gælder ved betaling af ydelser på lånet. Betaling af sådanne ydelser skal heller ikke som ved kapitalnedsættelse med efterfølgende udlodning besluttes af generalforsamlingen med vedtægtsændringsmajoritet, jf. AL §§ 44 og 44 a. – Det forhold, at *selskabsretlige* regler ikke er til hinder for tilbagebetaling af det ansvarlige lån, indebærer dog ikke, at lånet frit kan tilbageføres til långiver. Som følge af *aftaleretlige* bindinger vil der således oftest gælde begrænsninger i adgangen til at tilbageføre lånet. Disse begrænsninger kan bestå dels i det interne forhold mellem långiver og låntager, dels i det eksterne forhold til låntagers kreditorer, jf. herom nedenfor i afsnit 3 og 4. I virksomheder i årsregnskabsklasse C og D, jf. herom ovenfor, skal der endvidere gives oplysninger om lån udstedt mod konvertible obligationer samt udbyttegivende gældsbreve, jf. ÅL § 93, stk. 1.

Den ansvarlige långivers interesse i at erklære sig tilfreds med en reduceret fyldestgørelsesmulighed er for en umiddelbar betragtning vanskeligere at få øje på: Hvis låntagervirksomheden lider økonomisk sammenbrud, bliver der i praksis så godt som aldrig nogen som helst dækning til den ansvarlige långiver. Hvis låntagervirksomheden derimod overlever – måske ligefrem får succes – får den ansvarlige långiver som deklaratorisk regel ingen andel i

værditilvæksten, ligesom han ikke har den indflydelse på virksomheden, som tilkommer en ejer (en aktionær eller anpartshaver). Udtrykt firkantet kan et ansvarligt lån siges at forene de mest byrdefulde sider af fremmedkapitalen (ingen ret til overskudsandel og ingen indflydelse) med den mest byrdefulde side af egenkapitalen (den fulde erhvervsmæssige risiko).

Ansvarlig lånekapital *er* dog fremmedkapital og behandles som sådan såvel selskabsretligt, regnskabsmæssigt som skattemæssigt. Når en långiver er indstillet på at leve med de ovennævnte betydelige ulemper, er forklaringen typisk, at han har en nærmere forbindelse til låntagervirksomheden. Navnlig ses det ofte, at den ansvarlige långiver har *ejerinteresser* i det aktie- eller anpartsselskab, hvortil lånet ydes. Långiver har i disse tilfælde en økonomisk interesse i virksomheden, som rækker ud over forrentningen og tilbagebetalingen af det efterstillede lån. Med andre ord vil de fordele, som ovenfor er opregnet for låntagervirksomheden, typisk indebære afledte fordele for den långiver, der tillige er ejer.

I praksis kan et selskabs pengeinstitut eller anden hovedfinancier i øvrigt lægge et betydeligt pres på f.eks. større aktionærer ved at betinge yderligere kreditgivning af, enten at aktionærerne yder selskabet et ansvarligt lån, eller at kreditter, som aktionærerne allerede har ydet, konverteres til ansvarlig lånekapital.

Det er dog ikke kun ejerinteresser, men også *kreditorinteresser,* der kan begrunde ydelse af ansvarlige lån. Ét moment er naturligvis, at et ansvarligt lån alt andet lige vederlægges med en højere rente end et lån på sædvanlige vilkår. Eventuelt kan långiver tage sig betalt ved konverteringsret, jf. AL § 41, ved tegningsoptioner, jf. AL § 40 a, eller ved ret til andel i virksomhedens overskud, jf. AL § 43, således at virksomhedens succes i heldigste fald kan medføre en mangedobling af långivers kapitalanbringelse. Ifølge ÅL § 93 stk. 1, 1. pkt., skal det angives i virksomhedens årsregnskab for virksomheder i klasse C og D, hvis der er optaget lån mod udstedelse af konvertible gældsbreve. De væsentligste vilkår for konverteringen skal ligeledes være angivet. Ifølge ÅL § 93, stk. 2, skal det for de samme virksomheder tillige anføres, hvis der er optaget lån mod obligationer eller andre gældsbreve med ret til rente, hvis størrelse er helt eller delvis afhængig af virksomhedens udbytte. For hvert enkelt lån gælder der oplysningskrav vedrørende det udestående lånebeløb samt den aftalte rente, herunder om rentens størrelse varierer med udbyttet eller virksomhedens overskud, jf. *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten, 3. udgave (2001) s. 632.

Et marked for såkaldt »venturekapital« – d.v.s. særlig risikovillig kapital – har længe været kendt i udlandet og er i de senere år tillige opstået i Dan-

mark. Enkelte finansieringsselskaber yder således ansvarlige lån til lovende – men risikable og likviditetskrævende – virksomheder mod en rente, der er fast og/eller resultatafhængig. Disse »fremmede investorer« påtager sig en særlig risiko mod en særlig høj betaling. »Mezzaninkapital« bruges undertiden som betegnelse for sådanne ansvarlige lån. Betegnelsen stammer fra det italienske »mezzanino«, der betyder »mellemste« – d.v.s. en kapitalform der figurerer mellem egenkapitalen og fremmedkapitalen. I praksis har denne »fremmede ansvarlige lånekapital« bl.a. vist sig velegnet ved finansiering af ejer- og generationsskifter, ved finansiering af mindre og mellemstore virksomheder med stort vækstpotentiale, samt ved finansiering i forbindelse med strategiske opkøb og fusioner. Långivers vederlag er typisk en relativt lav grundrente med tillæg af en såkaldt resultatafhængig rente. – Den resultatafhængige rente beregnes efter nøje aftalte retningslinjer, typisk som en procentdel af årets overskud (resultat før renter). Eventuelt beregnes den resultatafhængige renteandel af egenkapitalen, f.eks. således at långiver i forbindelse med salg af virksomheden har krav på en andel af salgssummen. Fordelen ved et resultatlønnet kapitaltilskud er set fra låntagers side, at kapitalen er »tålmodig« i økonomisk vanskelige tider, hvor den vil være relativt billig og dermed mindre belastende end anden fremmedkapital; oven i købet er lånet jævnligt afdragsfrit de første 1 til 2 år. Derimod stiger rentebetalingen med en øget indtjening. Udtrykt lidt firkantet kan situationen siges at være den modsatte af, hvad der kendes fra det typiske pengeinstitutlån: Sådanne lån er »utålmodige« over for den kriseramte virksomhed, som skal betale den fulde rente – der efter omstændighederne oven i købet kan være særlig høj, hvis pengeinstituttet anser engagementet for risikabelt. Til gengæld er kreditten billigere, når det går virksomheden godt. – Et selskab, der har optaget et (ansvarligt) lån med en resultatafhængig rente er mindre udsat ved en faldende indtjening, der ligeledes vil medføre et fald i renteudgifterne. Også delvis resultatlønnet ansvarlig lånekapital er dog mere likviditetskrævende end aktie- og anpartskapital, der kun vederlægges med udbytte. – Der kan eventuelt aftales et loft over långivers resultatafhængige rente. Et sådant loft må imidlertid alt andet lige betales med en forhøjelse af den grundrente, der skal betales, uanset om virksomheden opnår overskud eller ej.

En kreditor, der allerede *har* ydet et lån, kan tænkes at ville påtage sig rollen som ansvarlig långiver for at undgå tab på en allerede ydet kredit. Står virksomheden eksempelvis over for en truende konkurs, kan situationen være den, at en kreditor har meget lidt at tabe ved at aftale med debitorvirksomheden, at hans kredit for fremtiden skal have karakter af et ansvarligt lån. Efter omstændighederne kan en sådan aftale sikre virksomhedens foreløbige overle-

velse, hvorved kreditor i det mindste bevarer muligheden for siden at opnå fyldestgørelse for sit fulde tilgodehavende.

Pengeinstitutter kan i et vist omfang opfylde lovgivningens solvenskrav ved optagelse af særlige former for ansvarlig lånekapital, jf. nærmere lovbekendtgørelse nr. 654 af 7. august 2002 §§ 21-22. En sådan mulighed foreligger ikke i »almindelige« aktie- og anpartsselskaber, jf. nedenfor i afsnit 8. Bank- og sparekasseloven sondrer mellem to former for ansvarlig lånekapital: For det første såkaldte »gældsinstrumenter«, jf. BSL § 22, stk. 1. Denne gæld må kun tilbagebetales på pengeinstituttets initiativ og med Finanstilsynets tilladelse tidligst 10 år efter indbetalingen, dog således at Finanstilsynet under særlige omstændigheder kan tillade indfrielse tidligst 5 år efter udstedelsen. For det andet såkaldt »supplerende kapital« og »andre kapitalindskud«, som ikke må kunne tilbagebetales på ihændehaverens initiativ eller uden Finanstilsynets godkendelse. BSL § 22, stk. 1 og 2, indeholder nærmere regler om de vilkår, på hvilke de to former for ansvarlig lånekapital skal være optaget. Udstedes de i stk. 1 og 2 nævnte kapitalformer som massegældsbreve, skal disse benævnes »kapitalbeviser«, jf. § 22, stk. 3. Formålet med den krævede betegnelse er at signalere over for omverdenen, at den efterstillede kapital er mere risikobetonet end eksempelvis stats- og realkredit*obligationer*. Hovedprincippet i solvensreglerne er, at pengeinstitutter skal opfylde et krav om en given grad af konsolidering i forhold til de samlede aktiver. Ved vurderingen af, om kravet er opfyldt, vægtes aktiverne efter deres formodede (debitor)risiko. Med andre ord stiger solvenskravet i takt med pengeinstituttets samlede udlån/risici. Af særlig betydning i denne sammenhæng er, at solvenskravet bl.a. kan være opfyldt, hvis den ansvarlige kapital udgør mindst 8% af pengeinstituttets risikovægtede aktiver, jf. BSL § 21, stk. 1, 2. pkt. Et pengeinstitut, som optager ansvarlig kapital på de krævede vilkår, opnår altså navnlig mulighed for et større samlet udlån og mere risikobetonede placeringer. Der gælder ikke noget lovkrav om, at en beslutning om optagelse af ansvarlig kapital skal træffes af generalforsamlingen eller have hjemmel i vedtægterne. Bestyrelsen har kompetence til at optage ansvarlig kapital, medmindre der er tale om en meget vidtrækkende disposition, eller lånet er tillagt konverteringsret (AL § 41) eller udbytteret m.v. (AL § 43).

3. Låntagers kreditorer og efterstillingsvilkåret

I dette afsnit skal det undersøges, i hvilke tilfælde – d.v.s. på hvilket grundlag – låntagers kreditorer kan påberåbe sig det efterstillingvilkår, der er indeholdt i aftalen mellem långiver og låntager. Det typiske hovedformål med ydelse af et ansvarligt lån er som nævnt at opnå en styrkelse af låntagers kreditværdighed, og denne virkning indtræder kun, hvis låntagers kreditorer *dels* gøres bekendt med efterstillingsvilkåret, *dels* kan støtte ret herpå. Da låntagers kreditorer ikke er parter i låneaftalen, følger det af almindelige aftaleretlige

regler, at de ikke uden videre kan støtte ret på efterstillingsvilkåret. *Werlauff:* Selskabsmasken (1991) s. 207 kræver ikke noget løfte til kreditorerne, for at disse kan støtte ret på aftalen om, at lånet er ansvarligt. Udsagnet kan kun tiltrædes for så vidt angår de tilfælde, hvor låntager er gået konkurs, jf. nærmere nedenfor:

(1) *Låntagers konkursbo får ikke dårligere ret, end låntager selv havde.* Kreditorerne kan således påberåbe sig efterstillingsvilkåret for et lån, som långiver har ydet i henhold til et gyldigt lånetilsagn. Se tilsvarende *Tore Sandvik:* Lærebok i materiell konkursret (1985) s. 136.
(2) Hvis der foreligger et *løfte til almenheden* – f.eks. via låntagers årsregnskab – kan låntagers kreditorer støtte ret herpå. Ved et løfte til almenheden forstås et løfte, der er afgivet over for en videre kreds af personer, eventuelt hele offentligheden. Sådanne løfter til almenheden er almindeligt kendte i den aftaleretlige teori. *Ussing* taler i disse tilfælde om »udlovelser« eller »løfter til ubestemte personer«, jf. *Ussing:* Aftaler, 3. udgave (1950) s. 51 f. I tysk ret findes i BGB § 658 en bestemmelse om sådanne løfter.
(3) Kreditorerne kan støtte ret på efterstillingsvilkåret, hvis *låntager har overdraget sin ret ifølge løftet* til sine kreditorer. Der foreligger i så fald en transport på løftet.
(4) Låntagers kreditorer kan støtte ret på efterstillingsvilkåret, hvis långiver har afgivet et *løfte direkte over for kreditorerne.* Et sådan løfte kan f.eks. være givet ved en cirkulæreskrivelse til låntagers kreditorer eller ved en pressemeddelelse.

Hvad først angår (1) – låntagers konkurs – får låntagers kreditorer hverken bedre eller dårligere ret, end låntager havde. At konkursboet ikke får bedre ret, end låntager havde, indebærer navnlig, at indsigelser, som långiver måtte have mod låntager, ligeledes kan gøres gældende over for boet. At konkursboet ikke får dårligere ret, end låntager havde, indebærer navnlig, at kreditorerne kan påberåbe sig efterstillingsvilkåret, selv om de ikke kan støtte ret på et løfte, som har været meddelt dem på en af de under (2) – (4) nævnte måder. – Det nævnte hovedsynspunkt – at boet får samme ret som låntager – gælder kun et ansvarligt lån, som er udbetalt til låntager inden konkursen. For så vidt angår et uopfyldt tilsagn om ydelse af et ansvarligt lån må det afgøres efter konkurslovens kapitel 7, om boet ved indtræden i låneaftalen, jf. KL § 55, kan kræve betaling af lånebeløbet. Indtræden må imidlertid afvises på grund af »retsforholdets beskaffenhed«, jf. KL § 53. Dette resultat antages normalt ved

almindelige – ikke-efterstillede – pengelån, jf. således *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 362, *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 51 og *Ussing:* Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946) s. 54 f. – Resultatet må være så meget desto mere sikkert ved ansvarlige lån. – Efterstillingsvilkåret kunne boet i øvrigt under ingen omstændigheder påberåbe sig ved indtræden, idet långivers tilbagebetalingskrav ville have karakter af massekrav, jf. KL § 93, nr. 3.

Hvad angår tilfældene (2)-(4) begrunder de alle en efterstilling uden for konkurssituationen. Dette indebærer navnlig, at låntagers kreditorer i tilfælde af lånets tilbagebetaling før skyldnervirksomhedens sammenbrud ikke blot er beskyttet af konkurslovens omstødelsesregler, men også kan støtte ret på løftet om efterstilling. Omfanget af den aftaleretlige beskyttelse afhænger selvsagt af løftets indhold, f.eks. med hensyn til lånets løbetid, jf. herom nedenfor i afsnit 4.

En tilkendegivelse i låntagers årsregnskab om et ansvarligt lån må som hovedregel indebære (2) et løfte fra låntager til kreditorerne om at være rådig over et sådant lån på de i regnskabet angivne vilkår, jf. også *Werlauff:* Selskabsmasken (1991) s. 207 og *Werlauff* i U 1991 B s. 416. Se anderledes *Lindskog* i SvJT 1992 s. 638 f., der dog ikke anser tredjemandsvirkninger for udelukkede, når det har været hensigten, at det ansvarlige lån skulle oplyses over for omverdenen. Når en løftevirkning normalt kan indlægges i regnskabsoplysningerne, skyldes det, at tilkendegivelsen dels har til *formål* at få låntager til at fremstå som mere kreditværdig, dels har en kreditværdighedsskabende *virkning*.

Et løfte til en videre personkreds – *en udlovelse* – har to særlige kendetegn: For det første gælder løftet også til fordel for personer, som ikke har fået kundskab herom (f.eks. fordi de aldrig har læst låntagers årsregnskab). For det andet kræves det ikke, at løftet accepteres, hvilket skyldes, at det alene tillægger modtagerne fordele. Se nærmere om de aftaleretlige anomalier ved udlovelser *Ussing:* Aftaler, 3. udgave (1950) s. 51 f.

Særligt for så vidt angår virksomheder, der i årsregnskabsloven rubriceres i regnskabsklasse C (»store og mellemstore selskaber«) samt virksomheder, der rubriceres i regnskabsklasse D (»børsnoterede og statslige aktieselskaber«) indeholder ÅL § 93 som nævnt et udtrykkeligt krav om, at optagelse af ansvarlig lånekapital skal fremgå af årsregnskabet. Som ligeledes nævnt er baggrunden for lovkravet, at ansvarlig lånekapital ofte bruges i rekonstruktivt øjemed. Også forfaldstiden skal fremgå af regnskabsangivelsen. Dette rejser spørgsmålet, om et låntagerselskab i en ÅL § 93, stk. 2-situation kan anføre, at det ikke har været tilsigtet at oplyse om lånet som en villighed fra selska-

bets side – men alene som følge af et lovkrav – således at der i disse tilfælde ikke foreligger noget formueretligt bindende løfte i regnskabsoplysningen. En sådan argumentation må klart afvises. Formålet med oplysningskravet har været at styrke positionen for selskabets øvrige kreditorer – ikke at forringe den. Antog man, at der ikke som udgangspunkt lå et forbud mod førtidig indfrielse i den lovbestemte oplysningspligt, ville der foreligge en decideret vildledning af regnskabslæserne. Man ville hermed komme på kollisionskurs med grundlæggende regnskabsprincipper, herunder det grundlæggende krav om, at årsregnskabet skal give »et retvisende billede« af selskabets økonomiske stilling. Om man i de nævnte tilfælde vil udtrykke forholdet således, at der foreligger et løfte fra selskabets side, fordi selskabet – ledelsen – er bekendt med, at det ansvarlige lån skal oplyses med løbetid, eller om man vil udlede en forpligtelse for låntagerselskabet direkte af årsregnskabsloven, forekommer at være af mindre betydning.

Låntager kan (3) overdrage sin ret i henhold til låneaftalen til kreditorerne. En sådan overdragelse kan eksempelvis ske ved en tilkendegivelse i låntagers årsregnskab, jf. umiddelbart ovenfor. I det omfang regnskabsoplysningerne om det ansvarlige lån tillægges løftevirkning, har således både låntager og långiver mistet rådigheden over efterstillingsvilkåret. Eksempelvis kan parterne ikke med virkning for låntagers kreditorer aftale en forkortelse af den løbetid for det ansvarlige lån, som er blevet lovet kreditorerne, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.2-4.5. Det skal nævnes, at låntager ikke kan anses for den ansvarlige långivers fuldmægtig ved videregivelsen af løftet til almenheden: Der kan således ikke indfortolkes nogen fuldmagt i långivers løfte om ydelse af det ansvarlige lån. – *Lindskog* drøfter i SvJT 1992 s. 636 med note 80 tillige muligheden for at anse låntager som *negotiorum gestor* for kreditorerne. Også denne mulighed må afvises.

Långiver kan som nævnt have afgivet (4) et direkte løfte over for låntagers kreditorer. Eksempelvis kan det tænkes, at et moderselskab støtter sit datterselskab ved at meddele omverdenen eller datterselskabets hovedkreditgivere, at der er ydet selskabet et ansvarligt lån.

Forskellen på de tilfælde, hvor låntagers kreditorer har modtaget et direkte løfte fra långiver, og de tilfælde, hvor kreditorernes ret grunder sig på en transport fra låntager, er velkendt: Over for en direkte løftemodtager i god tro kan den ansvarlige långiver ikke påberåbe sig svage indsigelser vedrørende aftalen med låntager, eksempelvis en indsigelse om, at låntager har udvist svig ved at meddele urigtige oplysninger om sine økonomiske forhold, jf. herved AFTL § 30. Over for en transporthaver kan långiver – uanset transporthavers gode tro – som udgangspunkt gøre både stærke og svage indsigelser gælden-

de, jf. analogien af GBL § 27. Selv om den ansvarlige långiver naturligvis er kreditor for lånefordringen, er han debitor for efterstillingsvilkåret, og det er på den heraf følgende forpligtelse, GBL § 27 kan anvendes analogt. På grund af retsforholdets særlige karakter – det ansvarlige låns kreditværdighedsskabende funktion – må det imidlertid kræves, at den ansvarlige långiver reklamerer hurtigt i anledning af eventuelle indsigelser, jf. herved U 1993.126 H (om for sen reklamation i anledning af en selskabsaftales ugyldighed).

Låntagerselskabets ledelse ifalder erstatningsansvar, hvis det ansvarlige lån uretmæssigt tillades tilbageført før det tidspunkt, der er lovet kreditorerne. I denne situation har långiver ligeledes en tilbagebetalingspligt – der f.eks. kan være en pligt til uafhængigt af omstødelsesregler at tilbagebetale det ansvarlige lånebeløb til D's konkursbo. Boet kan under samme retssag nedlægge påstand om erstatning over for D's ledelse og påstand om tilbagebetalingspligt over for långiver, jf. RPL § 250. I det omfang D's ledelse pålægges erstatningsansvar, kan ledelsesmedlemmerne efter omstændighederne have et regreskrav mod den ansvarlige långiver. Et regreskrav må dog være udelukket, hvis långiver har modtaget tilbagebetalingen i god tro. Et regreskrav kommer selvsagt heller ikke på tale, hvis ledelsen har handlet ansvarspådragende over for långiver, f.eks. ved at have udvirket låneaftalen ved urigtige oplysninger om D's økonomi.

Afslutningsvis skal det for fuldstændighedens skyld bemærkes, at aftalen mellem långiver og låntager ikke indeholder et egentligt tredjemandsløfte til låntagers kreditorer. Typisk er formålet med låneaftalen at skaffe låntager kreditmæssige fordele, og dette formål ville ganske forspildes, hvis låntagers kreditgivere kunne støtte ret direkte på aftalen. Noget andet er, at der næppe skal meget til, for at tilkendegivelser over for omverdenen anses at indeholde et løfte til låntagers kreditorer, jf. ovenfor. Efter omstændighederne kan der tænkes at foreligge et egentligt tredjemandsløfte i tilfælde, hvor en revisor som betingelse for at anse et selskab for »going concern« kræver – og får – et tilsagn fra f.eks. hovedaktionæren om, at dennes tilgodehavender mod selskabet for fremtiden har karakter af ansvarlig lånekapital. Både revisors rolle som »interessebærer« for kreditorerne og formålet med efterstillingsvilkåret taler for at afskære hovedaktionæren og selskabet fra at tilintetgøre vilkåret ved en indbyrdes aftale, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 7.

4. Lånevilkår. Deklaratoriske og særligt aftalte vilkår

Det i låneaftalen indeholdte efterstillingsvilkår indebærer typisk en række særlige begrænsninger, *dels* i långivers adgang til at ophæve eller opsige låneaftalen, *dels* i låntagers adgang til at indfri lånet *og endelig* i parternes modregningsadgang. Disse begrænsninger, der gælder »ved siden af« almindelige obligationsretlige regler om adgangen til at bringe pengeforpligtelser til ophør, behandles nedenfor i afsnit 4.2-4.5 samt i afsnit 5. Forinden gives i afsnit 4.1 en oversigt over en række »atypiske« lånevilkår, som kan have særlig interesse ved ansvarlige lån.

4.1. Oversigt over »atypiske« lånevilkår

I tilfælde af låntagers økonomiske sammenbrud vil den ansvarlige långiver i reglen være lige så ilde stedt som ejerne af egenkapitalen, d.v.s. aktionærerne og anpartshaverne. Dette »risikofællesskab« indebærer, at der undertiden opleves et behov for at indrømme långiver visse beføjelser på det selskabsretlige plan, jf. de nedenstående fire eksempler og *Werlauff* i U 1991 B s. 414.

For det første kan der aftales en ret for långiver til at forlange en *medrevisor* udpeget. Ved et sådant lånevilkår – som kræver hjemmel i selskabets vedtægter, jf. AL § 82, stk. 1, 2. pkt. – kan långiver opnå en styrkelse af kontrollen med selskabet. Den udpegede medrevisor er på den ene side ikke underlagt långivers instruktionsbeføjelse, men kan på den anden side til enhver tid afsættes af långiver, jf. lov om statsautoriserede revisorer § 6 b, stk. 2, 3. pkt., og lov om registrerede revisorer § 4 b, stk. 2, 3. pkt., og *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten, 3. udgave (2001) s. 822.

For det andet kan der aftales en ret for långiver til at udpege et medlem af låntagerselskabets bestyrelse. Ved et sådant lånevilkår – som kræver hjemmel i selskabets vedtægter, jf. AL § 49, stk. 2, 2. pkt. – kan långiver ligeledes opnå en styrkelse af kontrollen med selskabet. I praksis vil långiver endvidere kunne opnå indflydelse på selskabets beslutninger, om end det udpegede bestyrelsesmedlem ikke er underlagt långivers instruktionsbeføjelse. Bestyrelsesmedlemmet kan til enhver tid afsættes af långiver, jf. AL § 50, stk. 1, 3. pkt.

For det tredje kan der aftales en ret for långiver til at kræve en rente, som enten helt eller delvis afhænger af udbyttet af selskabets aktier eller af selskabets overskud, jf. herved AL § 43. Ved et sådant vilkår opnår långiver en »præmie« for den påtagne særlige risiko – *hvis* selskabet får økonomisk succes. Aftalen kræver hjemmel i en generalforsamlingsbeslutning med simpelt flertal, således at låntagerselskabets bestyrelse indgår aftalen efter

generalforsamlingens bemyndigelse. I finansieringsselskabernes almindelige betingelser for ansvarlig lånekapital er der ofte aftalt en fast (lav) rente, som suppleres af en variabel (høj) rente, der betegnes som »resultatafhængig«. For at sikre en korrekt beregning af den resultatafhængige rente vil långivers almindelige betingelser typisk indeholde vilkår om, at låntager skal fremlægge en revisorattesteret resultatopgørelse. Endvidere ses der ofte vilkår om, at låntager skal tilsende långiver årsregnskab samt eventuelle kvartals- og/eller halvårsregnskaber.

For det fjerde kan der aftales en ret for långiver til at få sit lån konverteret til aktier i låntagerselskabet. Beslutningen træffes enten af generalforsamlingen med vedtægtsændringsmajoritet, jf. nærmere AL § 41, eller af bestyrelsen efter generalforsamlingens bemyndigelse (som ligeledes skal gives med vedtægtsændringsmajoritet), jf. nærmere AL § 41 b. En konverteringsret indebærer – ligesom en ret til overskudsandel – at den ansvarlige långiver får del i selskabets eventuelle økonomiske succes.

4.2. Långivers adgang til ophævelse

Ved *almindelige pengelån* gælder der en formodning for, at låntagers udeblivelse med en ydelse indebærer en væsentlig og hævebegrundende misligholdelse, jf. således *Torsten Iversen* i U 1992 B s. 322 ff., men anderledes *Gomard:* Obligationsret, 1. Del, 3. udgave (1998) s. 13. Ved *ansvarlige lån* medfører låntagers væsentlige misligholdelse imidlertid ingen hæveadgang for långiver i lånets løbetid. Låntagers manglende betalingsevne gør netop efterstillingsvilkåret aktuelt, hvorfor en deklaratorisk regel om forfaldsvirkning ville være i strid med selve det ansvarlige låns formål. Långiver er ikke blot afskåret fra ophævelse over for låntager, men også over for låntagers kreditorer, hvis disse kan støtte ret på efterstillingsvilkåret.

Såfremt långiver og låntager har *aftalt forfaldsvirkning* i tilfælde af låntagers betalingsmisligholdelse – en såkaldt *clausula cassatoria* – må der ud fra tilsvarende betragtninger som klart udgangspunkt bortses fra dette vilkår, jf. også *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 129.

Et ansvarligt lån er ikke »ansvarligt«, hvis långiver i lånets løbetid kan hæve som følge af låntagers udeblivelse med betalinger. I finansieringsselskabernes almindelige betingelser for ansvarlig lånekapital ses undertiden detaljerede og ganske vidtgående forfaldsklausuler, eksempelvis således at långiver ikke blot kan forlange indfrielse ved udeblivelse med betalinger, men også i tilfælde af, (1) at låntager kommer under konkurs- eller anden insolvensbehandling, (2) at en bestemmende aktie- eller anpartspost i låntagerselskabet

skifter ejer, (3) at låntagers virksomhed indstilles eller overdrages, (4) at låntager ikke overholder vilkårene for beregningen af en eventuel resultatafhængig rente, (5) at låntagervirksomheden skifter revisor uden efter aftale med långiver, og (6) at væsentlige forudsætninger efter långivers skøn ikke længere er til stede. Det følger af det allerede anførte, at ingen af de nævnte forfaldsklausuler kan påberåbes over for låntagers kreditorer, i det omfang disse kan støtte ret på efterstillingsvilkåret. I samme omfang, som långiver er afskåret fra at hæve låneaftalen, er han selvsagt tillige afskåret fra – i fogedretten – at påberåbe sig eksigibilitetsklausuler, f.eks. bestemmelse om, at »låneaftalen kan tjene som grundlag for tvangsfuldbyrdelse efter RPL § 478, stk. 1, nr. 5«.

4.3. Långivers adgang til opsigelse

4.3.1. Løbetid aftalt og angivet i låntagers årsregnskab

Er der *aftalt en løbetid* for det ansvarlige lån, er långiver som deklaratorisk regel afskåret fra at opsige lånet i løbetiden. Långiver kan selvsagt ikke over for låntager påberåbe sig den deklaratoriske regel i GBL § 5 om ret til opsigelse med øjeblikkelig virkning, idet bestemmelsen netop er fraveget ved aftalen om løbetid. Den manglende opsigelsesadgang gælder imidlertid ikke kun i forhold til låntager selv, men også i forhold til låntagers kreditorer, hvis disse kan støtte ret på et løfte om lånet og dets løbetid, jf. også *Werlauff* i U 1991 B s. 416.

Et aftalt vilkår, som giver långiver *ret til med øjeblikkelig virkning at opsige lånet* til fuld indfrielse i løbetiden, er vanskeligt foreneligt med betegnelsen »ansvarligt lån«, idet vilkåret indebærer, at lånet ikke er ikke egnet til at danne grundlag for kreditgivning, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 10. Långiver må i hvert fald være afskåret fra at påberåbe sig vilkåret i tilfælde af låntagers betalingsmisligholdelse, jf. tilsvarende om aftalte forfaldsklausuler ovenfor i afsnit 4.2.

Et aftalt vilkår, som giver långiver *ret til at opsige lånet med et rimeligt varsel* – eksempelvis 6 måneder – har selvsagt virkning mellem parterne. Heller ikke låntagers kreditorer kan gøre indsigelse mod en sådan opsigelse, hvis opsigelsesvilkåret fra begyndelsen har været meddelt kreditorerne i eksempelvis låntagers årsregnskab. Såfremt der inden opsigelsesperiodens udløb indtræder »kvalificerede« betalingsvanskeligheder for låntager, kan indfrielse dog næppe finde sted, jf. nedenfor nærmere nedenfor i afsnit 4.5.

Der må antagelig stilles strenge krav til »vedtagelsen« af vilkår, som stiller kreditorerne dårligere, end de efter udtrykket »ansvarligt lån« kunne regne

med. Det strenge »vedtagelseskrav« kan tænkes at ramme tilkendegivelser om en usædvanlig kort løbetid eller en usædvanlig kort opsigelsesfrist.

4.3.2. Løbetid ikke aftalt, men lånet meddelt i låntagers årsregnskab

Er der ikke aftalt en løbetid, er långiver begribeligvis ikke i al fremtid afskåret fra at kræve lånet indfriet. Indledningsvis skal dog nævnes, at den deklaratoriske regel i GBL § 5 om kreditors ret til over for debitor at opsige med øjeblikkelig virkning ikke finder anvendelse: Selv om bestemmelsen ikke er udtrykkeligt fraveget, som når en løbetid er aftalt, jf. ovenfor i afsnit 4.3.1, må den anses for fraveget ved efterstillingsvilkåret, der forudsætter, at långiver ikke har en fuldstændig fri opsigelsesadgang, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 10.

Hvis der er afgivet et løfte over for låntagers kreditorer i eksempelvis låntagers årsregnskab, har et sådant løfte karakter af en udlovelse, jf. nærmere ovenfor i afsnit 3. Se anderledes *Lindskog* i SvJT 1992 s. 638 med note 84, hvor det afvises, at et ansvarlig lån kan have »tredjemandsvirkninger«, hvis løbetiden ikke er angivet. Ifølge *Ussing:* Aftaler, 3. udgave (1950) s. 51 kan udlovelser uden frist tilbagekaldes, når der er forløbet en rimelig tid. Der kan imidlertid ikke fra *Ussings* sætning sluttes noget sikkert, hverken om fremgangsmåden ved tilbagekaldelse af efterstillingsvilkår, eller om længden af den frist, som kreditorerne må indrømmes. Med andre ord må der udfindes en fremgangsmåde eller procedure, som ikke krænker kreditorernes ret.

I U 1991 B s. 416 drøfter *Werlauff* muligheden for at anvende selskabslovenes proklamaregler ved kapitalnedsættelse ved *aftaler om indfrielse* af ansvarlige lån. Reglerne findes i AL § 46 og APL § 47, der i hovedtræk foreskriver, *at* selskabskreditorerne skal indkaldes ved bekendtgørelse i Statstidende, *at* indkaldelsen skal give kreditorerne et varsel på mindst tre måneder til anmeldelse af deres krav, *og at* udbetaling først kan finde sted, når anmeldte, forfaldne krav er fyldestgjort, og der er stillet sikkerhed for uforfaldne krav. *Werlauff* omtaler kun anvendelse af proklamareglerne i de tilfælde, hvor der *er* aftalt noget om løbetiden, og afviser her med rette reglernes anvendelse, fordi »meddelelsen til kreditorerne om den ansvarlige lånekapitals vilkår betegner et egentligt formueretligt løfte til kreditorerne, som der ikke synes at være hjemmel til ensidigt at fravige«. – Fremgangsmåden er imidlertid heller ikke anvendelig, når der *ikke* er aftalt noget om løbetiden, og långiver ønsker at *opsige* låneaftalen. Det kan begribeligvis ikke være den ansvarlige långiver, der skal opfylde kravene om betaling af forfaldne fordringer henholdsvis sikkerhedsstillelse for uforfaldne fordringer, idet långiver ikke har påtaget sig nogen hæftelse for låntagerselskabets forpligtelser. Den ansvarlige

långiver må også være afskåret fra at kræve, at låntagerselskabet – som følge af långivers opsigelse – opfylder disse særdeles vidtgående og meget byrdefulde krav. Anvendelse af proklamareglerne må således afvises som en anvendelig fremgangsmåde ved långivers opsigelse.

Når omverdenen har fået meddelelse om det ansvarlige lån via låntagers årsregnskab, er det ifølge almindelige aftaleretlige synspunkter nærliggende at kræve, at en opsigelse meddeles på samme måde. En typeløsning på opsigelsesspørgsmålet kunne herefter tænkes at gå ud på, at et ansvarligt lån, der er meddelt låntagers kreditorer i kalenderårsregnskabet for år 1, kan opsiges ved meddelelse herom i årsregnskabet for år 2, således at lånet (tidligst) tilbageføres til långiver ved udgangen af regnskabsår 3, d.v.s. den 31. december dette år, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 11. Da årsregnskabet for år 2 skal være modtaget i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen senest 5 måneder efter dette regnskabsårs afslutning, jf. årsregnskabslovens § 138, indebærer fremgangsmåden, at kreditorerne får mindst 7 måneders varsel. I børsnoterede og statslige aktieselskaber omfattet af regnskabsklasse D er indsendelsesfristen 4 måneder efter årsregnskabets slutning, så her får kreditorerne 8 måneders varsel. Såfremt der inden udløbet af varslet indtræder »kvalificerede« betalingsvanskeligheder for låntager, kan indfrielse dog ikke finde sted, jf. nedenfor i afsnit 4.5. – Et problem ved den skitserede fremgangsmåde er, at det kræver låntagers faktiske medvirken at få meddelelsen om opsigelsen kommunikeret til kreditorerne i årsregnskabet for regnskabsår 2. Nægter låntager at medvirke, må det være tilstrækkeligt, at långiver har meddelt låntager opsigelsen så betids, at låntager havde praktisk mulighed for at optage den i årsregnskabet.

4.4. Låntagers adgang til indfrielse

4.4.1. Løbetid aftalt og angivet i låntagers årsregnskab. Renter

I den aftalte løbetid er låntager i forhold til långiver som udgangspunkt afskåret fra at indfri lånet. Den deklaratoriske regel om indfrielsesret i GBL § 5 er således fraveget ved vilkåret om løbetid. I praksis vil långiver dog typisk ikke modsætte sig førtidig indfrielse af et ansvarligt lån, hvorfor det praktiske spørgsmål bliver, om långiver og låntager kan *aftale* en sådan indfrielse.

Hvis det ansvarlige lån og løbetiden er meddelt låntagers kreditorer på bindende måde, er indfrielse i løbetiden – herunder som følge af en aftale mellem låntager og långiver – afskåret som følge af kreditorernes ret, jf. tilsvarende *Werlauff* i U 1991 B s. 416 og *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 129. Efter lånets meddelte udløbstid kan indfrielse selvsagt finde sted. Tilsvarende kan der ske løbende indfriel-

se ved betaling af afdrag efter en afdragsordning, som er meddelt kreditorerne senest samtidig med meddelelsen om det ansvarlige lån.

Långiver kan formentlig kræve en aftalt rente, selv om oplysning om renten ikke er medtaget i årsregnskabet. Et rentevilkår er en så almindelig del af en låneaftale, at det ikke bør komme bag på nogen kreditor. Renten må dog selvsagt ikke være så høj, at betegnelsen »ansvarligt lån« bliver vildledende. En pligt til at oplyse om den aftalte rente kan følge af ÅL § 93, stk. 1, som foreskriver sådan oplysning, hvis der er optaget lån mod obligationer eller mod andre gældsbreve med ret til rente, hvis størrelse helt eller delvis er afhængig af det udbytte, som virksomheden deklarerer, eller af årets overskud. Den aftalte forrentning skal i så fald gives for hvert enkelt lån.

De nævnte betalinger – af hovedstol, afdrag og renter – kan ikke kræves, hvis der inden betalingstiden er indtrådt »kvalificerede« betalingsvanskeligheder hos låntager, jf. nærmere nedenfor i afsnit 4.5.

4.4.2. Løbetid ikke aftalt, men lånet meddelt i låntagers årsregnskab

Er der ikke aftalt nogen løbetid, har låntager i forhold til långiver som deklaratorisk regel ret til at indfri lånet til enhver tid, jf. GBL § 5. Spørgsmålet er herefter, i hvilket omfang og på hvilken måde lånet kan indfries, uden at låntagers kreditorer efterfølgende kan gøre indsigelse herimod.

Indledningsvis bemærkes, at indfrielse selvsagt må antages at være berettiget, hvis det ansvarlige lån ombyttes med et tilsvarende efterstillet lån, eller hvis der i forbindelse med indfrielsen foretages en tilsvarende forhøjelse af aktie- eller anpartskapitalen i låntagerselskabet.

Werlauff antager i U 1991 B s. 416, at hvor der ikke er meddelt kreditorerne nogen løbetid, kan indfrielse ske, hvis indfrielsen konkret er i låntagers interesse, f.eks. fordi det ansvarlige lån forrentes med en sats, som ligger betydeligt over markedsrenten. Rækkevidden af synspunktet forekommer tvivlsom. Oplysningen om det ansvarlige lån i låntagers årsregnskab indeholder nemlig – også ifølge *Werlauff* – et løfte til låntagers kreditorer. Selv om en særlig løbetid ikke er tilkendegivet kreditorerne, synes disse at måtte kunne regne med det ansvarlige lån *indtil videre*. Se dog anderledes *Lindskog* i SvJT 1992 s. 638.

Udgangspunktet må følgelig være, at indfrielse ikke kan ske uden forudgående varsel. Da aftalen om det ansvarlige lån selvsagt skal fortolkes under hensyntagen til lånets kreditorbegunstigende formål, *kan* der dog tænkes tilfælde, hvor en indfrielse indebærer så betydelige økonomiske fordele, at uvarslet indfrielse må tillades af hensyn til låntagers kreditorer. Et særlig klart eksempel herpå foreligger, hvis en solvent låntager vil anvende en fordring

mod en insolvent ansvarlig långiver til modregning i den ansvarlige låneforderling, jf. herom nedenfor i afsnit 5.2.

Når bortses fra disse mere specielle tilfælde, må det formentlig kræves, at der gives låntagers kreditorer et vist varsel inden indfrielse. Den deklaratoriske regel, der er opstillet ovenfor i afsnit 4.3.2 – meddelelse i kalenderårsregnskabet for år 2 om, at indfrielse vil ske pr. 31. december i år 3 – må opfylde varslingskravet. Derimod synes indrykkelse af proklama ikke at være nogen farbar vej, jf. ovenfor i afsnit 4.3.2 om AL § 46 og APL § 47. Som beskrevet lægger »proklamametoden« så store byrder på debitorselskabet, at fremgangsmåden ikke er praktisk. Herudover rejser fremgangsmåden hjemmelsproblemer i forhold til Erhvervs- og Selskabsstyrelsens eventuelle afgørelse af, om tilbudte sikkerheder for forfaldne forpligtelser er betryggende.

4.5. Betalingsvanskeligheder hos låntager

Når låntagers betalingsvanskeligheder har nået et vist »niveau«, må efterstillingsvilkåret siges at være blevet aktuelt, således at tilbagebetaling af det ansvarlige lån *af denne grund* er afskåret. Sådanne kvalificerede betalingsvanskeligheder må i hvert fald antages at foreligge, hvis konkursbetingelserne er opfyldt, d.v.s. hvis låntager er blevet ude af stand til at opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, jf. KL § 17. Foreligger der betalingsvanskeligheder af den nævnte art på tidspunktet for låntagers i øvrigt retmæssige betaling af (ydelser på) lånet, har det betydning i en række henseender:

En hel eller delvis indfrielse på udløbstidspunktet for det ansvarlige lån – herunder på tidspunktet for udløbet af en opsigelsesfrist – er retsstridig, hvis der forinden er indtrådt betalingsvanskeligheder for låntager.

Efter indtræden af de nævnte betalingsvanskeligheder kan låntager ikke længere foretage i øvrigt retmæssige betalinger af afdrag eller renter til långiver.

Det er låntagers kreditorer – eventuelt låntagers konkursbo – som har bevisbyrden for, at betalingsvanskeligheder forelå ved låntagers betaling. Bevisbyrden må typisk anses for løftet, hvis det godtgøres, at låntager har betalt långiver under en betalingsstandsning eller efter ved retsforfølgning at være fundet ude at stand til at betale sin gæld, jf. herved KL § 18 om insolvensformodning i de nævnte tilfælde. Også længden af tidsrummet mellem betalingen og konkursens indtræden må indgå i bedømmelsen – og kan i øvrigt i sig selv skabe en formodning for, at der forelå betalingsvanskeligheder hos låntager på tilbagebetalingstidspunktet.

Rækkevidden af det anførte synspunkt – at det ansvarlige lån »låses« i selskabet, selv om betalingstiden indtræder – er omdiskuteret. Hos *Lennart*

Lynge Andersen og Erik Werlauff: Kreditretten, 3. udgave (2000) hedder det således på s. 130, at et uindfriet ansvarligt lån rykker op og bliver et simpelt krav ved udløbstid. Der er tale om en klar og retsteknisk enkel fremgangsmåde, men når fremgangsmåden ikke kan tiltrædes som den almindelige regel, skyldes det, at den let kommer til at modarbejde det ansvarlige låns rekonstruktive formål. Med en sådan regel »tvinges« låntagerselskabets kreditorer nemlig til at indgive konkursbegæring mod selskabet, hvis det har en usolid økonomi, og tidspunktet for det ansvarlige låns forfaldstid nærmer sig. Noget andet er, at kreditorerne kan få bevisvanskeligheder, hvis konkursbegæring ikke indgives inden det ansvarlige låns udløb, og en konkurs alligevel siden indtræder. Bevisvanskelighederne angår låntagerselskabets økonomiske stilling på tilbagebetalingstidspunktet. Forelå der insolvensformodning på dette tidspunkt, jf. KL § 18, og/eller er der en ikke alt for fjern tidsmæssig sammenhæng mellem tilbagebetalingen og konkursens indtræden, må bevisbyrden dog være løftet.

4.6. Uretmæssig tilbagebetaling af det ansvarlige lån

Ovenfor i afsnit 4.2-4.5 er omtalt en række tilfælde, hvor tilbagebetaling af det ansvarlige lån – eller af ydelser på lånet (afdrag og renter) – ikke kan ske retmæssigt i forhold til låntagers kreditorer. Spørgsmålet er herefter, hvad der gælder, hvis låntager alligevel betaler til långiver. Det ledende synspunkt må være, at långiver ikke som følge af en uretmæssig tilbageførsel skal stilles bedre over for låntagers kreditorer, end hvis tilbageførsel var sket retmæssigt. Hvis kreditorerne kan støtte ret på efterstillingsvilkåret, må svaret på det stillede spørgsmål være, at långiver i tilfælde af låntagers insolvens *som udgangspunkt* hæfter for beløbets tilbagebetaling, jf. tilsvarende *Werlauff* i U 1991 B s. 416. Se også *Jakhelln* i TfR 1967 s. 445, der vil støtte kravet mod den ansvarlige långiver på grundsætningen om *actio Pauliana.* Går låntager konkurs, kan kravet mod den ansvarlige långiver rejses af konkursboet. Konkursboets nævnte krav er ikke et omstødelseskrav, men en følge af, at der ved den uretmæssige tilbageførsel er handlet i strid med den ret, kreditorerne har opnået ved løftet om tilstedeværelsen af det ansvarlige lån.

En tilbagebetalingspligt som den nævnte kan dog ikke antages at påhvile långiver ud i al fremtid. Er det eksempelvis i årsregnskabet for år 1 – uden angivelse af løbetiden – meddelt, at långiver har ydet et ansvarligt lån, og er lånet ikke optaget som passiv i årsregnskabet for år 2, må det for så vidt konstateres, at der er sket en uretmæssig tilbageførsel. Er låntager – stadig – solvent ved udgangen af år 3, må det formentlig som udfyldningsløsning antages, at långiver ikke længere kan pålægges en tilbagebetalingspligt. – En

oprindelig fristangivelse – f.eks. en løbetid på 5 år – kan dog ikke afkortes gennem en førtidig indfrielse, selv om fristangivelsen kan læses ud af låntagers årsregnskab. Sker indfrielse alligevel, og er låntager stadig solvent på det oprindelig meddelte udløbstidspunkt, kan der imidlertid ikke rettes noget tilbagebetalingskrav mod långiver, jf. tilsvarende *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 13.

Som anført af *Werlauff* i U 1991 B s. 416 vil en uretmæssig indfrielse af et ansvarligt lån medføre erstatningspligt for de personer (ledelsesmedlemmer), som medvirkede ved indfrielsen – uanset om låntagerselskabet ved indfrielsen forekom solvent. *Ansvarsgrundlag* foreligger som følge af selve den uretmæssige indfrielse. Låntagerselskabets kreditorer kan have lidt et *tab*, hvis långivers økonomiske forhold er forværret efter lånets uretmæssige indfrielse, således at tilbagebetalingskravet enten slet ikke kan inddrives hos långiver eller dog kun kan inddrives delvis, f.eks. som dividende i långivers konkursbo. *Årsagssammenhæng* foreligger, fordi låntagers kreditorer ikke ville have lidt tabet uden den uretmæssige indfrielse. *Adækvansbetingelsen* må anses opfyldt derved, at indfrielsen har øget tabsrisikoen for låntagers kreditorer.

En indfrielse af det ansvarlige lån, som isoleret betragtet er retmæssig – f.eks. sket efter udløbet af den offentliggjorte løbetid – *kan* være sket under sådanne omstændigheder, at betalingen kan omstødes efter reglerne i konkurslovens kapitel 8 – f.eks. efter KL § 67 (om bl.a. usædvanlige betalingsmidler samt om betalinger, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne). Her skal blot bemærkes, at det for så vidt er overflødigt at tage stilling til de enkelte omstødelsesbetingelser, hvis kreditorerne over for långiver kan støtte ret på et løfte om det ansvarlige lån. Har kreditorerne modtaget et sådant løfte, er omstødelse efter KL § 72 ufornøden ved førtidig indfrielse, idet efterstillingsvilkåret er aktuelt i den situation, som bestemmelsen omhandler (betalinger efter fristdagen i låntagers konkursbo). Omstødelse efter KL § 74 vil ligeledes oftest være ufornøden. Således kræver bestemmelsen bl.a., at skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent, og i denne situation er efterstillingsvilkåret aktuelt, således at lånet allerede som følge af insolvensen ikke retmæssigt kan tilbagebetales – end ikke selv om udløbstiden er kommet.

4.7. Sikkerhedsstillelse for ansvarligt lån

Låntagers sikkerhedsstillelse for et ansvarligt lån er af indlysende grunde ikke nogen praktisk foreteelse. Da spørgsmålet er berørt flere steder i litteraturen, skal der alligevel her gøres nogle kortfattede bemærkninger om dette særegne tilfælde.

Se *Werlauff:* Selskabsmasken (1991) s. 208, *Werlauff* i U 1991 B s. 415, *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 128, *Lindskog* i SvJT 1992 s. 618 og s. 632, *Jakhelln* i TfR 1967 s. 447 og *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 15.

I det omfang låntagers kreditorer ikke kan støtte ret på efterstillingsvilkåret, er der tale om et internt anliggende mellem låntager og långiver. Indgås aftalen om efterstilling og pant på samme tid, må udfyldningsløsningen i det ansvarlige låns løbetid være, at pantsætningen viger for efterstillingsvilkåret. Pantet vil således være »hvilende« indtil lånets udløbstid, hvorefter det kan påberåbes af långiver, medmindre låntager forinden er kommet i betalingsvanskeligheder. Indgås aftalen om pantsætning efterfølgende, må låntager normalt anses at have opgivet det oprindelige vilkår om efterstilling, således at pantet af denne grund kan påberåbes af långiver, jf. således også *Lindskog* i SvJT 1992 s. 632 med note 68.

I det omfang låntagers kreditorer kan støtte ret på efterstillingsvilkåret, kan långiver og låntager selvsagt ikke omgøre efterstillingen ved en pantsætningsaftale. Indgås aftalen om pantsætning efter låneaftalen, er pantsætningen derfor uden virkning for kreditorerne i den lovede løbetid. Først efter lånets udløbstid kan den tidligere efterstillede fordring gives fortrinsret ved låntagers sikkerhedsstillelse – og kun hvis låntager ikke forinden er kommet i betalingsvanskeligheder.

Mens et vilkår om pant for et ansvarligt lån må bortfortolkes i lånets løbetid, når det er låntager, der har stillet pantet, har en aftale om kaution eller tredjemandspant for det ansvarlige lån helt almindelige virkninger. Er der således tale om selvskyldnerkaution, kan den ansvarlige långiver kræve selvskyldnerkautionisten på dagen efter forfaldstiden for det ansvarlige lån.

5. Modregning

5.1. Långivers modregningsadgang

Det er et almindeligt konkursretligt princip, at efterstillede fordringer ikke kan benyttes til modregning. Princippet kendes fra konkurslovens eget system, idet det i KL § 43 udtrykkeligt hedder, at de i KL § 98 efterstillede krav ikke kan benyttes til modregning. Dette må nødvendigvis være ordningen, idet der ellers kunne indtræde den yderst uhensigtsmæssige situation, at et krav, som ifølge loven var efterstillet, opnåede fortrinsstilling som følge af en modregningsadgang. Princippet gælder også for ansvarlig lånekapital, men suppleres

her af betragtninger om de tidsmæssige betingelser for modregning. *Walin:* Materiell konkursrätt, 2. uppl. (1987) s. 80 antager det samme resultat *»in dubio«*.

I det ansvarlige låns løbetid er långiver afskåret fra *tvungen modregning*, allerede fordi forfaldstiden ikke er kommet for modfordringen – det ansvarlige lån. Långiver er afskåret fra modregning såvel i forhold til låntager som i forhold til låntagers kreditorer, hvis disse kan støtte ret på efterstillingsvilkåret.

I samme omfang som långiver og låntager på grund af kreditorernes ret er afskåret fra at aftale en indfrielse af det ansvarlige lån, jf. ovenfor i afsnit 4.2-4.4, er de ligeledes afskåret fra at *aftale modregning*.

Går låntager *konkurs*, følger det af KL § 42, stk. 1, at der over for boet kan modregnes med uforfaldne fordringer. Bestemmelsen gælder imidlertid klart ikke for uforfaldne ansvarlige lånefordringer, hvor den udvidede modregningsadgang må anses for fraveget ved aftalen om efterstilling.

Se i det hele *Betænkning nr. 606/1971* s. 113, *Werlauff* i U 1991 B s. 415, *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff:* Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 128, *Peer Schaumburg-Müller* i Advokaten 1993 s. 17 f., *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i Advokaten 1993 s. 72 samt *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 13 f. Se også *Jakhelln* i TfR 1967 s. 446 samt *Lindskog* i SvJT 1992 s. 631. Den sidstnævnte forfatter bemærker korrekt, at modregning ikke er afskåret, hvis låntagers kreditorer opnår fuld dækning; denne situationen vil dog kun helt undtagelsesvis foreligge i praksis.

Forholdet er i retspraksis udtrykt således, at modregning er udelukket på grund af den ansvarlige lånefordrings »beskaffenhed«, jf. U 1997.1601 H (der ganske vist ikke angik modregning *med*, men modregning *i* en ansvarlig lånefordring, jf. nærmere om dommen nedenfor i afsnit 5.2).

Kan långiver kræve indfrielse efter de regler, der er omtalt ovenfor i afsnit 4.2-4.3, er han tillige berettiget til modregning: Efterstillingsvilkåret er bortfaldet, og modregning kan ske efter almindelige regler. En betingelse er dog, at låntager ikke er kommet i betalingsvanskeligheder inden lånets udløbstidspunkt (herunder inden udløbet af et eventuelt opsigelsesvarsel), jf. nærmere ovenfor i afsnit 4.5.

5.2. Låntagers modregningsadgang

I det ansvarlige låns løbetid er låntager afskåret fra *tvungen modregning*, allerede fordi frigørelsestiden ikke er kommet for hovedfordringen – det ansvarlige lån. Låntager er ikke blot afskåret fra modregning overfor långiver,

men også over for sine kreditorer, hvis disse kan støtte ret på efterstillingsvilkåret.

I samme omfang som långiver og låntager på grund af kreditorernes ret er afskåret fra at tilbageføre det ansvarlige lån, jf. ovenfor i afsnit 4.2-4.4, er de ligeledes afskåret fra at *aftale modregning*.

Som nævnt ovenfor i afsnit 4.4.2 er det i teorien anført, at indfrielse efter omstændighederne kan tillades, hvis det ansvarlige låns *løbetid* ikke er meddelt låntagers kreditorer, og hvis indfrielsen konkret er i låntagers interesse, jf. således *Werlauff* i U 1991 B s. 416. Som anført i det nævnte afsnit er rækkevidden af reglen tvivlsom, hvis man antager, at låntagers kreditorer kan støtte ret på efterstillingsvilkåret i henhold til et af långiver afgivet løfte. Netop ved låntagers modregning kan der imidlertid gives et helt sikkert eksempel på, at den i modregningen liggende indfrielse må tillades af hensyn til låntager/låntagers kreditorer:

Går långiver *konkurs*, følger det af KL § 42, stk. 1, at der over for boet kan modregnes i fordringer, hvis frigørelsestid endnu ikke er kommet. Nu kunne det hævdes, at låntager – på samme måde som långiver – var uberettiget til at påberåbe sig en modregningsadgang efter KL § 42, i det omfang låntagers kreditorer kunne støtte ret på efterstillingsvilkåret, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 14 f. Dette ræsonnement vil imidlertid kun undtagelsesvis være korrekt. Er låntager nemlig selv solvent, må modregning over for långivers konkursbo tillades, idet det ansvarlige låns dividendeforstærkende virkning i modsat fald ville komme *långivers* kreditorer til gode, jf. *Lennart Lynge Andersen og Niels Ørgaard* i U 1998 B s. 157 og de samme forfattere i Advokaten 1993 s. 72. Det er naturligvis en forudsætning, at de øvrige betingelser i KL § 42 er opfyldt. Modregning er således udelukket mellem en fordring, som er stiftet før fristdagen, og en fordring, som er kommet til eksistens efter fristdagen.

Ved modregningen mellem lån, som opfylder de nævnte tidsmæssige betingelser, går låntager ganske vist glip af dividende på sin (simple) modfordring, men låntager opnår til gengæld, at det ansvarlige lån indfries og ikke senere skal tilbagebetales med det fulde beløb. Forestiller man sig eksempelvis, *at* den ansvarlige lånefordring er på 1 million kr., *at* låntagers simple modfordring ligeledes er på 1 million kr., *og at* dividenden i långivers konkursbo er på 10%, indebærer låntagers modregning, at han går glip af et dividendekrav på 100.000 kr. men til gengæld ikke senere skal tilbagebetale det ansvarlige lån med 1 million kr. Eksemplet er kun korrekt, hvis låntager selv er solvent. Er låntager derimod insolvent – eksempelvis selv under konkursbehandling – er modregning typisk til skade for låntagers kreditorer.

Forklaringen er begribeligvis, at den ansvarlige lånefordring er efterstillet ved låntagers insolvensbehandling (d.v.s. at den i praksis ikke vil indbringe dividende), og at låntager/hans konkursbo ved at undlade modregning kan opnå en dividende på 100.000 kr. på den simple modfordring i långivers konkursbo.

En yderligere fordel ved låntagers modregning er, at låntager fra modregningstidspunktet slipper for at betale renter på det ansvarlige lån – et forhold, der har særlig interesse, fordi låntagers eget krav på renter (af den simple modfordring) er efterstillet fra dekretdagen i långivers konkursbo, jf. KL § 98, nr. 1.

Fra retspraksis kan henvises til U 1997.1601 H: Et finansselskab under betalingsstandsning lå inde med erhvervsobligationer lydende på 29,3 millioner kr. i tre pengeinstitutter, som havde et samlet tilgodehavende på ca. 48 millioner kr. i finansselskabet. Erhvervsobligationerne, der angav en udløbsdato i år 2001, havde karakter af såkaldt »supplerende kapital« i pengeinstitutterne, jf. BSL § 22, hvilket bl.a. indebar, *at* de var udtryk for et ansvarligt kapitalindskud, *og at* de kun kunne indfries med Finanstilsynets tilladelse (dog således at indfrielse efter obligationernes egen ordlyd først kunne ske den 15. december 1998). Pengeinstitutterne meddelte efter betalingsstandsningens indtræden den 21. september 1992, at de ønskede at benytte deres ovennævnte krav mod finansselskabet til modregning i finansselskabets krav ifølge erhvervsobligationerne. Betalingsstandsningstilsynet bestred, at modregning kunne finde sted og henviste herved til erhvervsobligationernes »særlige beskaffenhed«. Pengeinstitutterne indgav herefter den 3. november 1992 konkursbegæring mod finansselskabet, og kort efter – den 6. november – blev obligationerne solgt. Et af pengeinstitutterne, der den 22. oktober 1992 havde søgt Finanstilsynet om tilladelse til førtidsindfrielse af obligationerne, fik afslag herpå den 16. november samme år. I afslaget hed det blandt andet: »Formålet med BSL § 22, stk. 1, er at tilvejebringe et yderligere kapitalgrundlag af en fast, stadig karakter. Det har ikke været hensigten med supplerende indskudskapital, at den skal kunne indløses delvist under de af banken beskrevne former«. Finansselskabet blev siden erklæret konkurs, og pengeinstitutterne påstod under en efterfølgende retssag såvel konkursboet som betalingsstandsningstilsynet tilpligtet at anerkende et erstatningsansvar i anledning af salget af obligationerne den 6. november. Til støtte herfor gjorde pengeinstitutterne gældende, *at* salget af obligationerne havde forhindret dem i at foretage modregning, *og at* konkurslovens § 42 samt § 45 (om boets ansvar ved overdragelse af fordringer, hvori der kan modregnes) måtte anvendes analogt. Dette blev bestridt af konkursboet og betalingsstandsningstilsynet, der i øvrigt bl.a. gjorde gældende, *at* erhvervsobligationernes frigørelsestid ikke var indtrådt, *og at* modregning i øvrigt var udelukket dels som følge af obligationernes karakter af ansvarlig kapital, jf. BSL § 22, dels fordi der ikke forelå tilladelse fra Finanstilsynet til førtidsindfrielse. I modsætning til landsretten fandt Højesteret ikke, at pengeinstitutterne havde været berettiget til at modregne (og dermed kom Højesteret ikke til at tage stilling til erstatningsspørgsmålet). I Højesterets præmisser hedder det kort, at den i bank- og sparekasseloven krævede tilladelse til tilbagebetaling

ikke forelå, og »at obligationerne i hvert fald under disse omstændigheder [havde] en sådan beskaffenhed, at modregning også ville være udelukket under [finansselskabets] senere konkurs«.

Dommen er behandlet af *Lennart Lynge Andersen og Niels Ørgaard* i U 1998 B s. 156 ff., der karakteriserer *Finanstilsynets* afgørelse som forkert. Mod afgørelsens begrundelse kan da også rettes den indvending, at en nægtelse af førtidig indfrielse, som udelukker modregning, medfører en umiddelbar reduktion af et solvent pengeinstituts egenkapital, hvilket afgjort ikke er til benefice for pengeinstituttets indlånere, som BSL § 22 netop tilsigter at beskytte. Hvis man derimod tillader modregning, opnår pengeinstituttet (låntager) den fordel, at det ansvarlige kapitalindskud afvikles, således at det ikke skal indfries til kurs pari ved udløbstid. (Til gengæld går pengeinstituttet selvsagt glip af dividende på den del af modfordringen, som fyldestgøres gennem modregningen).

Det følger af det anførte, at *Lennart Lynge Andersens og Niels Ørgaards* kritik af *begrundelsen* for Finanstilsynets afgørelse kan tiltrædes. Afgørelsens *resultat* kan derimod næppe kritiseres. Efter referatet i UfR synes Finanstilsynet således i *1992* at have haft mulighed for at nå det samme resultat som i dommen – modregningsforbud – med en anden begrundelse end den givne. Efter det i dommen oplyste indeholdt erhvervsobligationerne således et for pengeinstitutterne *aftaleretligt* bindende vilkår om, at obligationerne først kunne indfries med Finanstilsynets godkendelse den 15. december *1998*. Der *blev* procederet på dette synspunkt af konkursboet og betalingsstandsningstilsynet, men Højesteret lagde vægt på, at der rent faktisk ikke forelå nogen godkendelse, hvorfor modregning »i hvert fald under disse omstændigheder« var udelukket. Som sagen forelå, havde Højesteret i øvrigt ikke mulighed for at prøve Finanstilsynets afgørelse – d.v.s. hverken resultatet eller begrundelsen herfor.

6. Virkninger i forbindelse med låntagers konkurs

6.1. Indtræden af konkurs

I forbindelse låntagers konkurs opstår to spørgsmål om selve konkursens indtræden. *For det første* om långiver selv er afskåret fra at indgive konkursbegæring mod låntager. *For det andet* om långivers tilsagn om efterstilling kan afskære andre kreditorer fra at indgive konkursbegæring. Fælles for de to spørgsmål er, om det ansvarlige lån påvirker bedømmelsen af, om konkursbe-

tingelserne er opfyldt. Forinden de to spørgsmål besvares, gøres der nedenfor nogle kortfattede bemærkninger om konkursbetingelserne i almindelighed.

Ifølge KL § 17, stk. 1, skal en insolvent skyldners bo tages under konkursbehandling, når det begæres af skyldneren eller en fordringshaver. Ifølge KL § 17, stk. 2, er en skyldner insolvent, hvis han ikke kan opfylde sine forpligtelser, efterhånden som de forfalder, medmindre betalingsudygtigheden må antages blot at være forbigående. Bestemmelsen indebærer, at det er manglende betalingsdygtighed – ikke underbalance/fravær af egenkapital – som begrunder, at skyldnerens bo kan tages under konkursbehandling. Bestemmelsen indebærer endvidere, at bevisbyrden for skyldnerens – ikke forbigående – insolvens påhviler fordringshaveren. KL § 18 opregner en række tilfælde, hvor insolvens i almindelighed må antages at foreligge, således (1) hvis skyldneren erkender insolvens, (2) hvis skyldneren har standset sine betalinger, eller (3) hvis der ikke har kunnet opnås fyldestgørelse hos skyldneren ved udlæg inden for de sidste tre måneder før konkursbegæringen. KL § 18 er dog alene en formodningsregel: Dels har skyldneren mulighed for at føre solvensbevis, dels indeholder bestemmelsen ikke en udtømmende opregning af de omstændigheder, som kan føre til antagelse af insolvens.

Med hensyn til *långivers konkursbegæring* på grundlag af den ansvarlige lånefordring ses to opfattelser i teorien. *Efter den ene opfattelse* er långiver ikke afskåret fra at begære låntager taget under konkursbehandling, hvis långiver kan dokumentere en retlig interesse heri, jf. således *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 209 f. og tilsvarende *Jakhelln* i TfR 1967 s. 446. Ifølge *Walin:* Materiell konkursrätt, 2. uppl. (1987) hindrer efterstillingsvilkåret »i och för sig« ikke, at den ansvarlige långiver begærer låntager erklæret konkurs.

Efter den anden opfattelse gælder der en almindelig fortolkningsregel gående ud på, at et tilsagn om ansvarlig lånekapital indeholder et stiltiende løfte om afkald på at fremkalde låntagers konkurs, jf. *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 28. Imod en sådan fortolkningsregel kunne tale, at konkurs kan være långivers eneste mulighed dels for at angribe omstødelige dispositioner, dels for at få sin fordring prøvet, jf. *Lindskog* i SvJT 1992 s. 629.

En fordring, der er således stillet i konkursordenen, at den ikke vil kunne opnå dividende, prøves dog ikke, jf. KL § 130, stk. 3. Heri ligger, at prøvelse kun finder sted, hvis der er reel mulighed for udlodning til den ansvarlige långiver, jf. *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 676 (om fordringer, som er efterstillede ifølge KL § 98).

Formålet med ydelse af ansvarlig lånekapital – styrkelse af låntagers kreditværdighed – kunne synes at støtte en fortolkningsregel om afkald på adgangen til at fremkalde konkurs. Et sådant afkald ses imidlertid ikke at have nogen særlig kreditværdighedsskabende virkning. Af de to opfattelser forekommer *Munchs* således at være den rette. Kravet om retlig interesse indebærer, at en konkursbegæring fra långiver må imødekommes, medmindre det er sikkert, at der intet vil fremkomme til dækning af den efterstillede gæld, og långiver ikke i øvrigt kan anføre nogen rimelig interesse i at fremkalde konkurs, jf. således *Munch loc. cit.*

Imod *Munchs* løsning kan næppe indvendes, at långiver er afskåret fra at bringe lånet til forfald ved opsigelse/ophævelse: I de tilfælde, hvor långivers konkursbegæring – helt undtagelsesvis – imødekommes, vil der således med stor sikkerhed blive fuld dækning til de simple kreditorer. Det almindelige udgangspunkt, hvorefter det ikke er nogen betingelse, at konkursrekvirenten har en forfalden fordring, må i øvrigt også antages at gælde ved ansvarlige lån. Se om denne almindelige regel *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 26 f., *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 204 og *Betænkning nr. 606/1971* s. 73. Det kan spørges, om långiver ved ydelse af det ansvarlige lån (stiltiende) har påtaget sig begrænsninger i adgangen til at begære låntager taget under konkursbehandling på grundlag af en anden – ikke-efterstillet – fordring, som långiver har mod låntager. Dette kan som helt klart udgangspunkt ikke antages. For så vidt angår den ikke-efterstillede fordring må långiver behandles som enhver anden af låntagers kreditorer.

Tilstedeværelsen af det ansvarlige lån forhindrer ikke, at låntager bliver taget under konkursbehandling på grundlag af *en konkursbegæring fra låntager selv eller andre fordringshavere,* idet det ansvarlige lån ikke afhjælper låntagers mere end blot forbigående betalingsudygtighed. Noget andet er, at det ansvarlige lån efter omstændighederne kan forbedre låntagers muligheder for at opnå kredit hos tredjemand, ligesom optagelse af ansvarlig lånekapital kan afholde låntagers kreditorer fra at indgive konkursbegæring som følge af de forbedrede muligheder for fyldestgørelse, jf. nærmere ovenfor i afsnit 2 om det ansvarlige låns rekonstruktive funktion.

6.2. Indflydelse på bobehandlingen

Fordringshaverne i et konkursbo har i flere henseender indflydelse på boets behandling. Således vælger de stemmeberettigede fordringshavere en eller flere *kuratorer*, som forestår bobehandlingen, jf. KL § 113. Endvidere kan en tredjedel af de stemmeberettigede fordringshavere kræve, at der nedsættes et *kreditorudvalg*, jf. nærmere KL § 115.

Kreditorudvalget har bl.a. krav på af kurator at blive holdt underrettet om alle vigtigere dispositioner, jf. KL § 110, stk. 3, samt ret til at afkræve kurator oplysninger om boets forhold, jf. KL § 125, stk. 6. Ethvert medlem af kreditorudvalgtet kan forlange, at skifteretten indkalder til skiftesamling, jf. § 118.

Endelig kan fordringshaverne træffe *beslutninger på skiftesamlinger*, som er indkaldt af skifteretten, kurator eller et medlem af kreditorudvalget, jf. KL § 118 – således kan ethvert boanliggende forelægges skiftesamlingen. Fordringer og andre krav skal ikke prøves på en skiftesamling, men prøvelsen sker på møder, som holdes af kurator, jf. KL §§ 131-134. Tvister afgøres af skifteretten ved dom, jf. KL § 246.

I samtlige de ovennævnte henseender gælder det, at den ansvarlige långiver ikke har stemmeret, hvis skifteretten vurderer, at han uanset afstemningens udfald ikke kan opnå dækning, jf. KL § 120. Om den ansvarlige långiver har stemmeret, kommer i princippet til at afhænge af en konkret vurdering for hvert enkelt afstemningstema. I praksis vil det dog i næsten alle tilfælde ligge klart, at der ikke bliver nogen dividende til den ansvarlige långiver, og at der derfor heller ikke tilkommer denne nogen stemmeret, jf. tilsvarende *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 640 om fordringer, som er efterstillede ifølge KL § 98. Skifterettens afgørelser om stemmeret efter KL § 120 kan ikke kæres, jf. KL § 249.

6.3. Konkursordenen

Den ansvarlige långiver er bundet af sit løfte om efterstilling i tilfælde af låntagers konkurs. Dog kan konkursboet ikke ved indtræden i en ikke-opfyldt låneaftale kræve, at lånebeløbet udbetales til boet, jf. KL § 53 og nærmere ovenfor i afsnit 3.

Konkursloven indeholder ikke regler om, hvor i konkursordenen det ansvarlige lån skal placeres. Mens aftaler om fortrinsret i tilfælde af skyldnerens konkurs kræver sikkerhedsstillelse og iagttagelse af den relevante sikringsakt, har parternes aftale om efterstilling umiddelbar virkning efter sit indhold. I praksis har parterne imidlertid sjældent taget mere præcist stilling til, hvad der ligger i en aftale om, at et lån er »ansvarligt« eller »efterstillet låntagers øvrige kreditorer«, jf. også *Lindskog* i SvJT 1992 s. 627. I så fald må spørgsmålet om lånets placering afgøres ved fortolkning og udfyldning af aftalen.

En *tilbagetrædelseserklæring* gående ud på, at en kreditor skal være efterstillet en bestemt anden kreditor, har ingen indflydelse på konkursordenen. I tilfælde af låntagers konkurs indebærer erklæringen, at dividenden på den fordring, der er trådt tilbage *med*,

udbetales til dækning af den fordring, der er trådt tilbage *for*, jf. herom nærmere ovenfor i kapitel 11.

Følgende krav – ud over de særligt sikrede, som naturligvis også må respekteres af den ansvarlige långiver – skal dækkes forud for det ansvarlige lån, jf. *Werlauff* i U 1991 B s. 413.

(1) Massekrav af første klasse, d.v.s. visse omkostninger, som er forbundet med konkursen, jf. KL § 93.
(2) Massekrav af anden klasse, bl.a. visse omkostninger, som er forbundet med rekonstruktion/likvidation m.v. jf. KL § 94.
(3) Privilegerede lønkrav, jf. KL § 95.
(4) Visse afgiftskrav (dog ikke moms- og skatterestancer, jf. KL § 96).
(5) Simple fordringer, jf. KL § 97.

Derimod kan det være tvivlsomt, i hvilket omfang den ansvarlige långiver må stå tilbage for de tre typer af efterstillede fordringer, som er nævnt i KL § 98:

(6) Krav på renter, som påløber efter konkursdekretets afsigelse (dog undtaget renter af massekrav, der behandles som massekrav), jf. KL § 98, nr. 1.
(7) Krav på bøder, tvangsbøder og værdikonfiskation, krav på tilbagebetaling af tillæg til skat som følge af urigtig eller undladt selvangivelse samt krav på konventionalbod i det omfang, boden ikke er erstatning for lidt tab, jf. § 98, nr. 2.
(8) Krav ifølge gaveløfter, jf. § 98, nr. 3.

Endvidere kan det være tvivlsomt, om den ansvarlige långiver skal stå tilbage for:

(9) Krav ifølge andre ansvarlige lån.

En prioritering af den ansvarlige lånefordring i forhold til de nævnte efterstillede krav kommer kun på tale i de yderst sjældne tilfælde, hvor der er fuld dækning til de simple kreditorer.

I finansieringsselskabernes almindelige betingelser for ansvarlig lånekapital ses undertiden vilkår om, at det ansvarlige låns hovedstol samt renter heraf går forud for samtlige de i § 98 opregnede efterstillede fordringer. En sådan aftale har kun virkning efter sit indhold, hvis det ansvarlige lån enten ikke er oplyst

over for låntagers kreditorer eller dog er oplyst over for kreditorerne med angivelse af det særlige vilkår. Det er åbenbart, at det ikke i det interne forhold mellem långiver og låntager kan aftales med virkning for kreditorerne, at det ansvarlige lån skal være placeret foran andre kreditorers efterstillede rentekrav, jf. KL § 98, nr. 1, d.v.s. renter, som påløber efter dekretet. Det er ligeledes åbenbart, at renter af det ansvarlige lån, som påløber efter dekretet, ikke ved aftale kan placeres forud for andre rentekrav efter dekretet, jf. KL § 98, nr. 1. I det følgende undersøges det, hvorledes det ansvarlige lån er stillet, når der ikke er truffet aftale om lånets placering i forhold til de i KL § 98 nævnte fordringer.

Der er almindelig enighed om, at den ansvarlige långiver må stå tilbage for (6) krav på efterstillede renter, jf. således *Munch:* Konkursloven, 9. udgave (2001) s. 586, *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 147 og *Werlauff* i U 1991 B s. 413. Denne typeløsning kan tiltrædes som værende i overensstemmelse med det ansvarlige låns kreditværdighedsskabende formål. Derimod kan formålet med det ansvarlige lån næppe bære en typeløsning gående ud på, at lånet tillige må stå tilbage for (7) diverse krav på bøder, men se herimod *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 147, *Werlauff* i U 1991 B s. 413 og *Gomard:* Skifteret, 2. udgave (1969) s. 168. Anderledes måske for så vidt angår de i § 98, nr. 2, omtalte krav på konventionalbod. Det ansvarlige lån kan nemlig tænkes at have haft en vis kreditskabende virkning i forhold til den aftale, hvori vilkåret om bod er indeholdt, jf. *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, E 5, Artikler 72 s. 21.

Medmindre andet er aftalt, kan det ikke antages, at det ansvarlige lån står tilbage for (8) krav ifølge gaveløfter, jf. tilsvarende *Ørgaard:* Konkursret, 8. udgave (2002) s. 147, *Gomard:* Skifteret, 2. udgave (1969) s. 168. Anderledes *Werlauff* i U 1991 B s. 413, der vil lade gaveløfter få fortrin for det ansvarlige lån, forudsat at gaveløftet er tilsagt i overensstemmelse med de nærmere regler i AL § 114. Det ansvarlige lån kan begribeligvis ikke være tiltænkt en kreditværdighedsskabende virkning med hensyn til sådanne løfter.

For så vidt angår den ansvarlige långivers stilling i forhold til (9) krav ifølge andre ansvarlige lån må typeløsningen være ligestilling, jf. tilsvarende *Lindskog* i SvJT 1992 s. 618 og s. 642, men anderledes *Jakhelln* i TfR 1967 s. 439, der antager, at senere ydede ansvarlige lån som udgangspunkt er efterstillet tidligere ydede ansvarlige lån. Selv om *Jakhellns* løsning næppe er udgangspunktet, har den noget for sig som typeløsning i en række tilfælde, således navnlig hvis det først ydede ansvarlige lån stammer fra en ekstern kreditgiver, mens det senere ydede ansvarlige lån stammer fra selskabets hovedaktionær/hovedanpartshaver. Et senere ydet ansvarligt lån kan i øvrigt

ved aftale være forsynet med vilkår om enten fortrinsret eller efterstilling i forhold til et tidligere ydet ansvarligt lån. Undertiden ses låneaftaler med vilkår om, at »lånet dækkes forud for eventuel senere ydet ansvarlig lånekapital« m.v. Det er åbenbart, at en sådan klausul ikke giver en ansvarlig långiver fortrinsret i forhold til en senere ansvarlig långiver, som ikke kendte vilkåret. I forhold til den senere långiver er udgangspunktet som nævnt ligestilling, medmindre den senere långiver har betinget sig fortrinsstilling i forhold til den tidligere långiver. Når det må antages, at forholdet mellem flere ansvarlige långivere afhænger af aftalen med den tidsmæssigt seneste långiver, skyldes det navnlig, *at* denne långiver kunne have ydet en ikke-efterstillet kredit, som ved låntagers konkurs ville kunne anmeldes som simpel fordring, jf. KL § 97, d.v.s. forud for tidligere ansvarlige lån, *og at* långiver som det mindre i det mere må kunne opnå en placering efter de simple fordringer, jf. KL § 97, men forud for andre ansvarlige lån.

Hvad særligt angår *renter* på et ansvarligt lån, må disse være efterstillede på samme måde som lånet selv, jf. tilsvarende *Jakhelln* i TfR 1967 s. 440 f. Såvel forfaldne som uforfaldne rentekrav har således samme placering i forhold til andre efterstillede fordringer som det ansvarlige låns hovedstol. Det anførte indebærer bl.a., at renter på lånet vedrørende tiden efter låntagers konkursdekret er efterstillet renter af simple fordringer, jf. KL § 98, nr. 1. Finansieringsselskabernes almindelige betingelser for ansvarlig lånekapital vil typisk indeholde bestemmelser om, at låntager i tilfælde af betalingsmisligholdelse skal betale långiver en særlig høj *morarente* samt *gebyr* for udsendelse af rykkerbreve m.v. Sådanne krav er efterstillede på samme måde som det ansvarlige lån i øvrigt.

7. Låntagers tvangsakkord

Nogle af de mest omdiskuterede problemer i forbindelse med ansvarlig lånekapital opstår ved låntagers tvangsakkord. *Lindskog* har i SvJT 1992 s. 619 ff. ligefrem udtalt, at problemerne er så vanskelige, at de kan anføres som en indvending mod overhovedet at tillægge det ansvarlige lån retsvirkninger ved bl.a. tvangsakkord. Indvendingen må dog afvises, hvilket også er *Lindskogs* konklusion i SvJT 1992 s. 621.

Da tvangsakkord og ansvarlig lånekapital begge er tjenlige redskaber til at redde virksomheder i økonomisk krise, vil de to størrelser jævnligt »mødes« i praksis. Konkursloven tager imidlertid kun i en enkelt henseende stilling til behandlingen af ansvarlig lånekapital i tvangsakkord – nemlig med hensyn til

den ansvarlige långivers stemmeret, jf. nedenfor i afsnit 7.4. Opgaven er således at opstille løsninger, som forener *aftaler* om efterstilling med de i øvrigt detaljerede *lovregler* om tvangsakkord. I praksis er der ofte ikke aftalt nærmere om det ansvarlige låns stilling ved tvangsakkord. Der må derfor opstilles udfyldende regler for behandlingen, dels i forbindelse med akkordens åbning, dels under akkordforhandlingen og endelig efter akkordens opfyldelse. De udfyldende regler må – som også i andre henseender – i vidt omfang formuleres med udgangspunkt i det ansvarlige låns formål. Det må dog stedse erindres, at hverken parternes aftale eller typeløsninger baseret på formålsbetragtninger i nogen henseende må stille den ansvarlige långiver bedre, end de almindelige akkordkreditorer er stillet i henhold til tvangsakkordreglerne.

7.1. Oversigt over tvangsakkordformerne

Konkursloven giver mulighed for tre former for tvangsakkord: Ifølge KL § 157 kan en tvangsakkord være (1) en *almindelig tvangsakkord,* d.v.s. en procentvis nedsættelse af den ikke-fortrinsberettigede gæld, (2) en *likvidationsakkord,* d.v.s. en fordeling af skyldnerens formue eller en del af denne mellem hans fordringshavere, mod at skyldneren frigøres for den del af gælden, som ikke bliver dækket, og (3) et *moratorium,* d.v.s. en betalingsudsættelse. I modsætning til konkurs, hvor kreditorerne bevarer deres restfordring mod fallenten, jf. KL § 156, indebærer såvel (1) almindelig tvangsakkord som (2) likvidationsakkord en sanering af skyldnerens økonomi, idet kreditorerne ikke efter akkorden kan rette krav mod skyldneren for den del af deres fordringer, som ikke blev dækket gennem akkorddividenden. Hertil kommer, at en række af de fordringer, som er efterstillede i konkurs, jf. KL § 98, helt bortfalder i tvangsakkord, jf. KL § 159, der eksempelvis omfatter renter af de berørte fordringer for tiden efter tvangsakkordens åbning.

De følgende afsnit har navnlig henblik på almindelig tvangsakkord – eventuelt i kombination med betalingsudsættelse. Likvidationsakkord har ingen større praktisk betydning som konkursalternativ for de typiske modtagere af ansvarlig lånekapital, nemlig aktie- og anpartsselskaber, idet formålet her – som ved konkurs – er at afvikle virksomheden med størst muligt udbytte for kreditorerne.

7.2. Det ansvarlige låns betydning for akkorddividenden

Långivers løfte om at være efterstillet indebærer ved låntagers tvangsakkord – ligesom ved låntagers konkurs – et afkald på dividende til fordel for låntagers øvrige kreditorer. I svensk ret er den almindelige opfattelse, at en tvangsakkord ikke kan komme i stand, medmindre kreditorerne for de efterstillede

fordringer er indstillet på eftergivelse. Synspunktet er refereret – men også kritiseret – af *Lindskog* i SvJT 1992 s. 620 f.

Også ved låntagers tvangsakkord kan det ansvarlige lån således siges at virke generelt dividendeforhøjende. Dette opnås ved, at der bortses fra det ansvarlige lån ved dividendeberegningen, jf. tilsvarende *Werlauff* i U 1992 B s. 263. Som følge heraf bliver det i øvrigt alt andet lige lettere at opnå den minimumsdividende på 25%, som er konkurslovens udgangspunkt, jf. KL § 161.

Den ansvarlige långivers afkald på dividende gælder i forhold til alle kreditorer, som i tilfælde af låntagers konkurs ville være simple eller fortrinsberettigede. Et særligt problem opstår imidlertid vedrørende fordringer, som er efterstillede i konkurs, jf. KL § 98. Det følger nemlig af KL § 159, at visse af de fordringer, som ifølge KL § 98 er *efterstillede* i konkurs, enten bortfalder eller behandles som almindelige fordringer i tvangsakkord. De fordringer, som bortfalder i tvangsakkord, er »gaveløfter, krav på renter af de af akkorden omfattede fordringer for tiden efter akkordforhandlingens åbning og krav på konventionalbod i det omfang, boden ikke er erstatning for lidt tab«, jf. KL § 159 stk. 1. De øvrige i KL § 98 nævnte krav har i akkorden samme stilling som almindelige fordringer, jf. KL § 159, stk. 2. Det anførte indebærer, at den ansvarlige långiver i konkurs går forud for visse fordringer, som han i tvangsakkord må stå tilbage for, således f.eks. krav på bøder og tvangsbøder, jf. nærmere KL § 98, nr. 2.

7.3. Det ansvarlige låns stilling efter tvangsakkorden

Efter tvangsakkorden består de akkorderede fordringer ikke længere, jf. KL §§ 157 og 190, 2. pkt. (medmindre akkorden undtagelsesvis *alene* går ud på betalingsudsættelse, jf. KL § 157, nr. 3). Det er imidlertid et særdeles omdiskuteret spørgsmål, hvorledes den ansvarlige långiver er stillet efter tvangsakkorden. I teorien er tre muligheder drøftet:

(1) Lånefordringen bortfalder helt.
(2) Lånefordringen består fortsat, men kun i et omfang, som svarer til akkorddividenden, f.eks. med 25% af pålydende.
(3) Lånefordringen består fortsat i sin fulde udstrækning.

Der findes ingen retspraksis om spørgsmålet, og i teorien er alle tre løsninger drøftet.

Løsning (1) er støttet af *Polack* i U 1992 B s. 142 og s. 336, af *Lindskog* i SvJT 1992 s. 630 samt af *Paulsen:* Insolvensret, 2. udgave (1995) s. 360.

Løsning (2) er støttet af *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 734, af *Werlauff* i U 1991 B s. 417 med note 21 og i U 1992 B s. 263 f., af *Torsten Iversen og Lars Hedegaard Kristensen* i RevisionsOrientering, Artikler 72 E 5, s. 22 f. samt *af Henry Heiberg, Lars Lindencrone Petersen og Anders Ørgaard:* Rekonstruktionsret (2002) s. 148.

Løsning (3) er støttet af *Jakhelln* i TfR 1967 s. 454.

Løsning (3) kan umiddelbart afvises som stridende mod KL § 160, der fastslår, at fordringshaverne skal behandles lige, medmindre de samtykker i en mindre gunstig behandling. Bestemmelsen er udtryk for en lighedsgrundsætning, jf. også forarbejderne i *Betænkning nr. 606/1971* s. 242. Det kan *ikke* indvendes mod anvendelsen af denne lighedsgrundsætning, at den ansvarlige långiver får en mindre gunstig behandling end de øvrige kreditorer, fordi han ikke modtager akkorddividende, og fordi han er henvist til en usikker dækning i selskabets fremtidige overskud. Den blotte mulighed for, at den ansvarlige långiver engang i fremtiden opnår betaling af en større del af sin fordring, end de akkorderede fordringer opnåede ved akkorden, udgør et brud på grundsætningen. Det kan heller ikke indvendes mod anvendelse af lighedsgrundsætningen, at nedsættelse eller bortfald af den ansvarlige lånefordring stiller den ansvarlige långiver dårligere end låntagerselskabets aktionærer/anpartshavere, som vil opnå en gevinst, hvis låntagerselskabet siden får økonomisk succes. Det er således helt i overensstemmelse med den almindelige tvangsakkords gældssanerende/rekonstruktive formål, at den fremtidige »gevinstchance« ligger hos *skyldneren* (låntageren). Kreditorerne har intet krav på andel heri, hvad enten de er efterstillede eller ej. Tvangsakkord er således udtryk for den atypiske løsning, at aktie- og anpartskapitalen »lever«, mens der sker en akkordering af fremmedkapitalen (hvortil den ansvarlige lånekapital hører). – Kun hvis akkordkreditorerne samtykker i, at den ansvarlige lånefordring består ubeskåret efter akkorden, må det antages, at tvangsakkorden kan stadfæstes med dette indhold. Resultatet kan umiddelbart forekomme stridende mod KL § 179, stk. 1, nr. 3, hvorefter skifteretten skal nægte stadfæstelse, hvis akkorden ikke er forenelig med bestemmelserne i konkursloven. Imidlertid kan akkordkreditorerne som nævnt ifølge KL § 160 give samtykke til en mindre gunstig behandling end den, som følger af lighedsgrundsætningen. Et sådant samtykke må de almindelige akkordkreditorer følgelig kunne give til fordel for den ansvarlige långiver.

Efter at løsning (3) er afvist, står valget mellem løsning (1) bortfald af den ansvarlige lånefordring og løsning (2) nedsættelse af den ansvarlige lånefordring til en procentsats svarende til akkorddividenden. I teorien er hjemmelsbetragtninger påberåbt til støtte for begge løsninger: Til støtte for det ansvarli-

ge låns bortfald anfører *Polack* i 1992 B s. 142, at der savnes hjemmel til at give den ansvarlige lånekapital nogen form for dividende, hvis de almindelige kreditorer ikke dækkes fuldt ud. Til støtte for at lade det ansvarlige lån bestå i et omfang, som svarer til akkorddividenden, anfører *Werlauff* i U 1992 B s. 263, at der savnes hjemmel til at akkordere en bestemt del af fremmedkapitalen (den ansvarlige lånekapital) i videre omfang end den øvrige del.

Ingen af de nævnte hjemmelsbetragtninger kan umiddelbart løse problemet, idet udgangspunktet må tages i fortolkning og udfyldning af *aftalen*. Først når denne fortolkning og udfyldning er foretaget, må forholdet til tvangsakkordreglerne undersøges.

Den typiske aftale om ydelse af et ansvarligt lån tager ikke udtrykkeligt stilling til lånefordringens stilling efter skyldnerens tvangsakkord. Problemet er herefter i første række at opstille en udfyldningsløsning – en typeløsning, om man vil. Her kan det med *Werlauff* hævdes, at der – når bortses fra tilfælde, hvor låntagerselskabet opløses – ikke er noget, som taler for, at den ansvarlige långiver skulle have accepteret *bortfald* i videre omfang, end hvad der rammer de øvrige kreditorer. En sådan udfyldningsløsning kan for så vidt også støttes på den betragtning, at parterne ikke har tilsigtet at lade den ansvarlige lånefordring bortfalde *helt* i tilfælde, hvor aktie- og anpartskapitalen »lever«. Mod denne betragtningsmåde kan dog rettes den vægtige indvending, *at* det ansvarlige låns dividendepotentiale som følge af tvangsakkorden er overført til låntagers øvrige kreditorer, *og at* det herefter har formodningen imod sig, at långiver og låntager har tilsigtet, at det ansvarlige lån efter tvangsakkordens opfyldelse skulle kunne belaste låntagers økonomi endnu en gang. Synspunktet kan illustreres med følgende eksempel: Til rådighed for akkorden i et aktieselskab er en aktivmasse på 1 million kr. Aktieselskabets passiver udgør 2,5 millioner kr. – inklusiv en ansvarlig lånefordring på 500.000 kr. Ved dividendeberegningen bortses fra det ansvarlige lån, jf. ovenfor i afsnit 7.2, hvilket muliggør en dividendeudlodning på 50%, idet aktivmassen på 1 million kr. fordeles mellem de almindelige akkordkreditorer, som har 2 millioner kr. til gode. Tilstedeværelsen af det ansvarlige lån indebærer imidlertid *ikke*, at skyldneren slipper billigere, end hvis lånet havde været en almindelig akkordfordring. I så fald havde aktivmassen på 1 million kr. blot måttet fordeles på almindelige akkordfordringer lydende 2,5 millioner kr. (d.v.s. at dividenden var blevet 40%). At lånet er ansvarligt indebærer altså, at lånets dividendepotentiale – som er 40% af 500.000 kr. = 200.000 kr. – overføres til de øvrige akkordkreditorer, men set ud fra skyldnerens synspunkt er den økonomiske belastning nøjagtig den samme, nemlig 1 million kr.

Det må meget klart have formodningen imod sig, at et ansvarligt lån *både* indebærer en dividendeoverførsel på 200.000 kr. som beskrevet *og* består efter akkorden med en procentsats svarende til akkorddividenden (d.v.s. med 50% af 500.000 kr. = 250.000 kr.). Herved kommer det ansvarlige lån – hvis låntager igen kommer økonomisk på fode – til at belaste skyldnerens økonomi med i alt 450.000 kr. Det ansvarlige lån bliver med andre ord langt mere byrdefyldt for låntager end andre almindelige kreditter, som låntager har optaget. Ræsonnementet medfører, at løsning (2) må forkastes som udfyldningsløsning, allerede fordi den umuligt kan være i overensstemmelse med, hvad parterne gennemsnitligt har tilsigtet. Udfyldningsløsningen må herefter være, at det ansvarlige lån bortfalder ved skyldnerens tvangsakkord, jf. ovenfor under (1). Det tilsvarende resultat antages i svensk ret af *Welamson:* Konkurs, 9. uppl. (1996) s. 201. Resultatet rejser ingen hjemmelsproblemer i forhold til tvangsakkordreglerne.

Det fremgår også af *Betænkning nr. 606/1971* s. 242, at løsning (1) kan følge af en fortolkning af efterstillingsvilkåret og dets forudsætninger. – *Polack* argumenterer i U 1992 B s. 142 generelt for det ansvarlige låns bortfald ved tvangsakkorden. *Polack* anfører til støtte for resultatet, at nogle af skyldnerens midler går til dækning af den ansvarlige lånekapital i stedet for til betaling af de øvrige kreditorer. Dette argument, som bygger på *hensynet til låntagers kreditorer* – ikke på *hensynet til låntager*, jf. ovenfor i teksten – kan ikke tiltrædes. I og med at der bortses fra det ansvarlige lån ved dividendeberegningen, får de almindelige akkordkreditorer nøjagtig, hvad der tilkommer dem – hverken mere eller mindre.

Hvad angår parternes eventuelle aftaler om det ansvarlige låns stilling efter tvangsakkorden, er det umiddelbart klart, at en aftale om, at det ansvarlige lån består fuldt ud efter tvangsakkorden, strider mod lighedsgrundsætningen i KL § 160. Derimod er der antagelig ikke noget til hinder for, at parterne aftaler, at den ansvarlige lånefordring består efter tvangsakkorden, men nedsat med samme procentsats som skyldnerens foranstående gæld, jf. formuleringseksemplet hos *Werlauff* i U 1991 B s. 264. Der må dog selvsagt ikke ske betaling til den ansvarlige långiver, inden dividende er udloddet til akkordkreditorerne. Selv efter udlodning forekommer hensynet bag reglerne om almindelig tvangsakkord (gældssanering/ rekonstruktion) at måtte indebære en vis fredningsperiode af skyldneren.

En retsteknisk enkel regel lader sig næppe opstille, men det grundlæggende synspunkt må være, at långiver ikke kan kræve sin fordring betalt, så længe låntagervirksomheden må konsolideres yderligere. I hvert fald når virksomheden atter udlodder overskud til ejerne – f.eks. udbytte til aktionærer eller

anpartshavere – må den ansvarlige långiver dog kunne kræve sin nedsatte fordring betalt (forudsat forfaldstiden er kommet). Hvad angår renter af det ansvarlige lån, følger det af KL § 159, stk. 1, at den ansvarlige långiver ikke kan kræve renter for tiden mellem akkordforhandlingens åbning og akkordens opfyldelse. Retten til at kræve renter – af den ikke-akkorderede del af fordringen – genopstår muligvis, allerede når akkorddividende er udbetalt til de almindelige akkordkreditorer, men i hvert fald fra udløbet af den ovennævnte »fredningsperiode«.

7.4. Ret til at stemme

I selve begrebet *tvangs*akkord ligger, at et – kvalificeret – flertal af akkordkreditorerne kan tvinge de øvrige kreditorer til at tåle, at også deres fordringer mod skyldneren nedsættes, således at skyldneren befries for de af afstemningen omfattede fordringer mod betaling af den vedtagne akkorddividende.

De nærmere krav til flertallets størrelse fremgår af KL § 176, der til vedtagelse af en almindelig tvangsakkord indeholder et dobbelt majoritetskrav: For det første kræves tiltrædelse fra mindst 60% af de fordringshavere, der deltager i afstemningen. For det andet skal de fordringshavere, der tiltræder akkorden, repræsentere mindst lige så mange procent af det stemmeberettigede beløb, som akkordtilbuddet i procent ligger under 100, dog mindst 60%. Til vedtagelsen stilles der med andre ord krav såvel til fordringshavernes antal som til fordringernes vægt. Til vedtagelse af en tvangsakkord lydende på de 25%, der som udgangspunkt er minimumsdividenden, jf. KL § 161, kræves tilslutning *dels* fra 60% af de fordringshavere, der deltager i afstemningen, *dels* fra fordringshavere, som repræsenterer mindst 75% af den stemmeberettigede gæld.

De nærmere regler om stemmeret findes i KL § 174. Ifølge denne bestemmelses stk. 2 giver en fordring stemme, »selv om fordringshaveren har indvilget i at stå tilbage for de øvrige fordringshavere«. Med denne formulering skulle man tro, at spørgsmålet om stemmeret i alle tilfælde måtte besvares bekræftende for den ansvarlige långivers vedkommende, jf. anderledes for så vidt angår ret *Welamson:* Konkurs, 9. uppl. (1996) s. 201. Af forarbejderne til KL § 174, stk. 2, fremgår imidlertid, at bestemmelsen har henblik på tilfælde, hvor »en fordringshaver før eller under akkordforhandlingen indgår på, at han først skal have dividende udbetalt, når de øvrige kreditorer har fået deres, eller på, at han slet intet skal have, dersom akkorden stadfæstes«, jf. *Betænkning nr. 606/1971* s. 250. Bestemmelsen har således kun henblik på tilfælde, hvor en fordringshaver – typisk når en tvangsakkord blive aktuel – betinger sin tilbagetræden, f.eks. af at akkorden stadfæstes med en bestemt mindstedividende.

Det »almindelige« ansvarlige lån, der ikke indeholder sådanne betingelser, er ikke reguleret ved KL § 174, stk. 2.

For så vidt angår sådanne ansvarlige lån gælder bl.a. hovedreglen om stemmeret i KL § 174, stk. 1, hvorefter »[f]ordringer giver stemme i det omfang, de berøres af akkorden uden at bortfalde ved denne«. I det omfang et ansvarligt lån bortfalder ved tvangsakkorden – hvilket der er argumenteret for i afsnit 7.2 – tilkommer der ikke långiver nogen stemmeret. En stemmeret kan dog tænkes at bestå i særlige tilfælde, hvor det forslag, der er sat til afstemning, indebærer en fyldestgørelsesmulighed for långiver. Navnlig forslag om anlæggelse af omstødelsessag, jf. KL § 186, kan tænkes at indebære en sådan mulighed. Til vedtagelse af beslutning om anlæggelse af omstødelsessag kræves i øvrigt alene simpel majoritet, og der stemmes efter fordringernes beløb, jf. KL § 119, stk. 1, hvortil KL § 175 henviser. Se *Munch:* Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) s. 781.

Afslutningsvis skal nævnes, at skyldnerens nærstående ikke har stemmeret, jf. KL § 174, stk. 3. Bestemmelsen har særlig interesse ved ansvarlige lån, der typisk ydes af personer eller selskaber, som direkte eller indirekte ejer en væsentlig del af låntagerselskabets kapital, jf. nærmere KL § 2.

8. Kapitaltab i aktie- og anpartsselskaber

AL § 69 a og APL § 52 indeholder regler, som pålægger bestyrelsen særlige pligter i tilfælde af kvalificeret kapitaltab. I et aktieselskab foreligger en kapitaltabssituation, hvis selskabet har tabt 50% eller mere af aktiekapitalen; eksempelvis hvis aktiekapitalen er på 1 million kr., mens nettoaktivmassen alene udgør 500.000 kr. I et anpartsselskab foreligger en kapitaltabssituation, hvis selskabet har tabt 40% eller mere af anpartskapitalen; eksempelvis hvis anpartskapitalen er på 1 million kr., mens nettoaktivmassen alene udgør 600.000 kr.

Et selskab kan komme ud af en § 69 a/§ 52-situation ved at foretage dispositioner, som øger nettoaktivmassen i forhold til aktie- eller anpartskapitalen. Dette kan ikke opnås ved, at selskabet optager et lån, idet forøgelsen af selskabets aktiver regnskabsmæssigt modsvares af en tilsvarende forøgelse af passiverne. At lånet er ansvarligt – og i årsregnskabet figurerer som sådant – medfører ingen forskel heri, idet ansvarlig lånekapital *er* fremmedkapital.

Eksempel: Et anpartsselskab har en anpartskapital på 1 million kr., en bruttoaktivmasse på 900.000 kr. samt passiver lydende på 300.000 kr., d.v.s. at nettoaktivmassen er

600.000 kr. Selskabet optager et ansvarligt lån på 600.000 kr. – men opnår herved intet, når det gælder APL § 52. Låneoptagelsen indebærer blot, at bruttoaktivmassen stiger til 1,5 millioner kr., samt at passivposterne stiger til 900.000 kr. Nettoaktivmassen er uændret 600.000 kr. – og det vil den i øvrigt være, uanset hvor stort et ansvarligt lån der optages.

I både aktie- og anpartsselskaber har bestyrelsen – eller i givet fald direktionen i et anpartsselskab uden bestyrelse – ifølge de ovennævnte regler pligt til at indkalde til en generalforsamling, som skal afholdes inden seks måneder efter det kvalificerede kapitaltab. På generalforsamlingen skal bestyrelsen bl.a. redegøre for selskabets økonomiske stilling.

I *aktieselskaber* har bestyrelsen pligt til om fornødent at stille forslag om foranstaltninger, som bør træffes. Et forslag fra bestyrelsen om optagelse af ansvarlig lånekapital kan efter omstændighederne opfylde pligten.

I *anpartsselskaber* skal bestyrelsen stille forslag til beslutning, der fører til fuld dækning af anpartskapitalen eller stille forslag om opløsning af selskabet. Et forslag fra bestyrelsen om optagelse af ansvarlig lånekapital kan aldrig opfylde pligten, idet optagelse af fremmedkapital ikke kan forøge nettoaktivmassen, jf. eksemplet ovenfor. Ifølge APL § 52, stk. 2, kan Erhvervs- og Selskabsstyrelsen give en frist til retablering af anpartskapitalen ved selskabets egen indtjening. En erklæring fra navnlig anpartshavere om, at de yder selskabet ansvarlig lånekapital – eller står tilbage med allerede stiftede fordringer mod selskabet – kan tillægges betydning ved fastsættelsen af fristens længde, jf. *Werlauff:* Rekonstruktion (1992) s. 56 og antagelig tilsvarende *Ida Rosenberg, Lone Sneholt og Niels Thomsen:* Anpartsselskabsloven med kommentarer, 6. udgave (1999) s. 316.

Kommer låntagerselskabet i økonomiske vanskeligheder, således at valget står mellem rekonstruktion og likvidation, har den ansvarlige långiver sjældent meget at miste ved at medvirke til rekonstruktionen ved at indvilge i, at lånekapitalen konverteres til egenkapital, jf. nærmere AL § 33 a og APL § 40. Herved opnås ikke blot en styrkelse af selskabets kreditværdighed, men efter omstændighederne også en løsning på et *aktieselskabs* § 69 a-problem. Konvertering af gæld til anpartskapital kan imidlertid ikke i sig selv løse et *anpartsselskabs* § 52-problem. Konvertering af gæld kan nok reducere passivposterne i forhold til anpartskapitalen, men anpartskapitalen kan aldrig retableres fuldstændig ved gældskonvertering, hvilket som nævnt er kravet i APL § 52.

Eksempel: Et anpartsselskab har en anpartskapital på 1 million kr., en bruttoaktivmasse på 1,2 millioner kr., samt passiver lydende på 1,2 millioner kr. (hvoraf et ansvarligt lån udgør 125.000 kr.). Anpartsselskabet har således tabt hele anpartskapitalen – der er

ingen nettoaktivmasse – og befinder sig i en kapitaltabssituation. Den ansvarlige långiver indvilger i at lade det ansvarlige lån konvertere til anpartskapital, og et forslag herom vedtages af anpartshaverne, jf. nærmere APL § 40, jf. § 37. Herefter udgør anpartskapitalen 1,125 millioner kr., bruttoaktivmassen 1,2 millioner kr. og passiverne 1,075 millioner kr. Nettoaktivmassen er herefter 125.000 kr. Det ses, at gældskonverteringen har frembragt en positiv nettoaktivmasse, men dette er ikke tilstrækkeligt til at opfylde kravet i § 52 om fuldstændig retablering af anpartskapitalen. Selskabets § 52-problem – men ikke nødvendigvis andre problemer – kan imidlertid løses ved, at anpartskapitalen i forbindelse med gældskonverteringen nedsættes til 125.000 kr., jf. nærmere APL § 46, idet anpartskapitalen herefter vil svare præcis til nettoaktivmassen.

Undertiden ses det, at aktie- og anpartstegning er forbundet med en pligt til at yde selskabet ansvarlig lånekapital i et omfang, som afhænger af antallet af tegnede aktier og anparter. Ordningen indebærer en styrkelse af selskabets likviditet samt en styrkelse af selskabets kreditværdighed, hvis der skiltes med den ansvarlige lånekapital over for omverdenen, f.eks. i låntagerselskabets årsregnskab. Ordningen indebærer imidlertid ikke, at selskabet kan tåle større tab, end hvis selskabet havde optaget lån uden efterstillingsvilkår.

9. Regnskabsmæssig behandling

Hvis såvel långiver som låntager er årsregnskabspligtige – eksempelvis fordi der er tale om et lån mellem aktie- og/eller anpartsselskaber – har den regnskabsmæssige behandling af ansvarlig lånekapital to sider: Behandlingen i långivers regnskab og behandlingen i låntagers regnskab.

I *långivers årsregnskab* skal der gives oplysning om ansvarlig lånekapital, som er ydet »tilknyttede virksomheder« eller »associerede virksomheder«, jf. nærmere *Hasselager m.fl.*: Årsrapporten, 3. udgave (2001) s. 1109. Tilgodehavender skal selvsagt fremgå af balancen, jf. *Hasselager m.fl. op. cit.* s. 1071 – og ved sandsynlighed for tab skal der ske hensættelse. Det er allerede nævnt ovenfor, at en kreditor, som har ydet ansvarlig lånekapital, skal oplyse herom i sit årsregnskab, således at der for hver forpligtelse omfattet af tilbagetrædelsen skal oplyses om det udestående beløb, tidspunktet for forfald og eventuelle særlige vilkår for tilbagetrædelsen, jf. ÅL § 93, stk. 2. Denne særlige oplysningspligt gælder for virksomheder i regnskabsklasse C og D (d.v.s. for »store og mellemstore virksomheder« samt for »børsnoterede og statslige aktieselskaber«).

I *låntagers årsregnskab* kan den ansvarlige lånekapital under ingen omstændigheder angives som en del af egenkapitalen, jf. *Werlauff* i U 1991 s.

414 ved og med note 15 og i samme retning *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten 3. udgave (2001) s. 1091. Et ansvarligt lån er og bliver fremmedkapital, jf. U 1968.595 H, hvor det afvistes, at udtrykket egenkapital omfatter ansvarlig lånekapital, som »repræsenterer kreditorinteresser«. Det er imidlertid tilladt i noterne at vise summen af egenkapital og ansvarlig lånekapital som en samlet »ansvarlig kapital«. Ansvarlig lånekapital opføres i balancen under passiver – gældsforpligtelser – eventuelt som en særskilt arabertalspost. Om gæld skal opføres som kortfristet eller langfristet, afhænger af, om den forfalder til betaling tidligere eller senere end fem år efter balancetidspunktet, jf. nærmere årsregnskabslovens §§ 63 og 92. Der kan ikke oprettes romertalsposter til angivelse af det ansvarlige lån, idet årsregnskabsbekendtgørelsen her må anses for udtømmende, jf. ÅL § 23 modsætningsvis og *Hasselager m.fl.:* Årsrapporten, 3. udgave (2001) s. 269 og 1091.

10. Tvungen efterstilling af lån fra hovedaktionærer og -anpartshavere

Et lån til en virksomhed kan være ydet på så *atypiske vilkår,* at der i forhold til virksomhedens kreditorer anses at foreligge en form for selskabsdannelse. Hovedvirkningen heraf er, at »lånet« i forhold til kreditorerne anses for egenkapital, således at tilbagebetalingskravet i tilfælde af virksomhedens økonomiske sammenbrud viger for kreditorernes krav på fyldestgørelse. Et eksempel på et atypisk aftalevilkår, som bevirker en sådan utilsigtet efterstilling, er et vilkår om, at »långiver« har medejendomsret til virksomhedens aktiver, jf. U 1978.205 V. Spørgsmålet om, *hvor* atypiske vilkår en låneaftale i øvrigt kan indeholde, uden at den nævnte utilsigtede virkning indtræder, er udførligt behandlet i litteraturen og skal derfor ikke undersøges nærmere her. Der henvises til *Noe Munck, Lars Hedegaard Kristensen og Jørgen Nørgaard:* Selskabsformerne, *3. udgave* (1997), kapitel 3 med yderligere henvisninger.

I det følgende skal det derimod drøftes, om en bestemmende aktionærs eller anpartshavers lånefordring mod et selskab kan efterstilles *alene* som følge af tilknytningen til selskabet, d.v.s. uden at efterstilling er aftalt, og uden at låneaftalen indeholder sådanne atypiske vilkår, som i øvrigt kan begrunde efterstilling, jf. ovenfor. I Tyskland findes der i GmbH-Gesetz § 32 a en bestemmelse, hvorefter lån til selskabet fra selskabsdeltagerne tvangsmæssigt efterstilles, såfremt långivningen skete under omstændigheder, hvor der i stedet burde være tilført egenkapital. I dansk ret har navnlig *Werlauff* argumenteret for, at en lignende tvangsmæssig efterstilling kan komme på tale

uden lovhjemmel. Som betingelser for en sådan efterstilling vil *Werlauff* så vidt ses kræve, (1) at der er ydet et betydeligt lån (indskud) i forhold til egenkapitalen (suppleret med et skøn over aktivitetsniveauet), og (2) at lånet (indskuddet) er ydet på et tidspunkt, hvor selskabet ikke kunne opnå kredit på markedsmæssige vilkår. Se således *Werlauff:* Selskabsmasken (1991) s. 210 f, *samme* i U 1991 B s. 414 ved og med note 4, *samme* i R&R 1992 s. 57 f. og *samme* i Koncernretten (1996) s. 121 f. Mod en sådan regel kan imidlertid rejses en række indvendinger: *For det første* er kriterierne vanskeligt operable, idet det ikke umiddelbart lader sig fastslå, dels hvad der konkret er et acceptabelt forhold mellem lånet og selskabets egenkapital, dels hvad der nærmere ligger i, at kredit ikke kan opnås på »markedsmæssige vilkår«. *For det andet* vil de bestemmende selskabsdeltagere typisk være ansvarlige efter almindelige erstatningsregler, hvis et tabsgivende selskab videreføres under de nævnte omstændigheder. *For det tredje* er erstatningsreglerne langt mere egnede til at sikre dækning af kreditorernes individuelt lidte tab end en regel om tvungen efterstilling, som indebærer en generel dividendeforhøjelse, og som derfor kommer alle kreditorer til gode i samme omfang – eksempelvis uanset om de har indrømmet selskabet kredit, før eller efter selskabsdeltageren ydede det lån, som muliggjorde videreførelse af virksomheden. *For det fjerde* er det ud fra økonomiske effektivitetsbetragtninger uheldigt, at selskabsdeltagere, som er villige til at spæde til i økonomiske krisetider, og som derved påtager sig en yderligere risiko, skal anstille særlige overvejelser om indholdet af en uskreven og uklar regel. *For det femte* kan der anføres den mere retstekniske indvending, at det er vanskeligt foreneligt med årsregnskabslovens regler om pligt til at oplyse om efterstillingsvilkår, jf. ÅL § 64 og ÅL § 93, stk. 2, såfremt der skulle gælde vidtgående uskrevne regler om tvungen efterstilling, jf. således også *Gomard:* Aktie- og anpartsselskaber, 4. udgave (2000) s. 63 med omtale af den tidligere ÅL § 46.

Del IV

Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater - perspektivering

KAPITEL 13

Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater – perspektivering

1. Sammenfatning af fremstillingens hovedresultater

I kapitel 1 er det postuleret, at det giver mening at tale om »erhvervsfinansieringsret« som en selvstændig juridisk disciplin. Det er påvist, at postulatet giver fremstillingsmæssige og praktiske fordele, *fordi* der herved ikke stedse skal foretages afstikkere til forskellige særregler for forbrugere, *fordi* erhvervsfinansieringsaftalerne i mange tilfælde har deres egen typicitet, således at de problemer, som er behandlet i denne fremstilling, for en stor dels vedkommende ikke eller kun sjældent opstår for forbrugere, *og fordi* den klassiske formueret herved viser sine stærke og svage sider, når det gælder moderne erhvervsvirksomheders finansieringsbehov. Den anvendte fremgangsmåde har ikke udelukket, at der har kunnet tages hensyn til generelle regler om eksempelvis »god skik«, hvor sådanne regler findes, eksempelvis i lov om finansielle virksomheder § 3. Den valgte fremgangsmåde hævdes at have ført til en fremstilling, hvor de formueretlige og insolvensretlige regler har udfoldet sig »frit«, uden at der stedse har skullet tages forbehold for forskellige forbrugerretlige regler og forbrugerhensyn.

Det er ligeledes i kapitel 1 postuleret, at en dækkende behandling af de forskellige erhvervsfinansieringsaftaler forudsætter, at der på én gang inddrages obligationsretlige, tingsretlige og insolvensretlige regler, således at erhvervsfinansieringsretten i kraft af sin udspænding over de forskellige regelsæt har en integreret karakter. Dette hævdes at være påvist i samtlige fremstillingens kapitler om de konkret behandlede finansieringsformer (bortset fra kapitel 12 om ansvarlig lånekapital, der ikke indeholder nogen omtale af særlige tingsretlige regler).

Det er endelig i kapitel 1 udtalt, at et formål med fremstillingen er at vise, hvorledes den klassiske formueret brydes med moderne erhvervsvirksomheders finansieringsbehov på en række udvalgte områder. Det må konkluderes, at formueretten har bestået prøven, idet det næsten overalt er muligt at etablere praktikable sikringsarrangementer, som opfylder erhvervslivets finansieringsbehov. Sådanne arrangementer kan altså etableres, uden at der gøres vold på eksempelvis grundlæggende principper om rådighedsberøvelse og individualisering. Konklusionen støttes af, at der i vidt omfang er udviklet arrangementer, som tilgodeser et grundlæggende behov ved pant i flydende aktivmasser: Nemlig det behov for sammenhæng mellem sikkerhedsmassen og den ydede kredit, der er hensigtsmæssig – både set ud fra en kreditgiversynsvinkel, en låntagersynsvinkel og et samfundsmæssigt nyttesynspunkt. Uden at det er gjort til genstand for undersøgelse i denne fremstilling, skal det fremhæves, at konklusionen kun er holdbar for de behandlede aktivtyper, d.v.s. navnlig fordringer – simple, negotiable og fondsaktiver – men at konklusionen næppe er holdbar, når det gælder mulighed for belåning af eksempelvis varelagre, hvor kravet om rådighedsberøvelse kommer i vejen for en effektiv finansieringsmulighed.

Fremstillingsformen i de foregående kapitler har været kasuistisk i den forstand, at der ved behandlingen af de enkelte problemer er taget udgangspunkt i konkrete typer af finansieringsaftaler. Gennemgangen har ikke været lige intensiv for alle de problemtyper, som knytter sig til de givne finansieringsaftaler, idet formålet som nævnt i kapitel 1 har været dobbelt. P.d.e.s. har det ganske vist været tilsigtet at gennemgå (nogenlunde) samtlige bestanddele af de enkelte finansieringsaftaler, men p.d.a.s. således at der er sat ind med særlig intensitet over for uafklarede, omdiskuterede eller mere eller mindre ubehandlede spørgsmål. Dette har ført til *dels* konkrete konklusioner, som formentlig alene har betydning for de pågældende finansieringstyper, *dels* til mere generelle konklusioner, som er af almindelig formueretlig eller insolvensretlig betydning og interesse. I den nedenstående sammenfatning af fremstillingen lægges hovedvægten på de fremkomne konklusioner af begge typer:

I kapitel 2 redegøres for GBL § 31-meddelelsens formål og funktion som sikringsakt. Opmærksomheden samles særligt om rådighedsproblemet og i særdeleshed om det helt generelle spørgsmål, hvorvidt oppebørselsret for overdrageren lader sig forene med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for erhververen. P.d.e.s. stiller GBL § 31 ikke krav om, at oppebørselsret for

overdrageren skal være udelukket, og i forarbejderne udtales alene, at det ikke kræves, at meddelelsen skal være »bindende« i den forstand, at overdrageren skal være afskåret fra at betale til erhververen, jf. *Udkast til Lov om Gældsbreve* (1935) s. 49. P.d.a.s. gælder der et almindeligt princip om, at fri råderet for pantsætteren ikke kan kombineres med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for panthaveren. I overensstemmelse med hvad der sædvanligvis antages, konkluderes det, at der ikke er noget til hinder for, at overdrageren indrømmes en inkassofuldmagt. Undersøgelsen angår spørgsmålet om, hvad der nærmere ligger heri, navnlig spørgsmålet om hvor lang kredittid erhververen kan indrømme overdrageren uden at miste kreditor- og omsætningsbeskyttelse. Ud fra en finansieringsretlig synsvinkel er netop dette spørgsmål relevant, fordi længden af den tilladte afregningsperiode i forholdet mellem overdrager og erhverver er afgørende for inkassofuldmagtens likviditetsskabende virkning for overdrageren. I modsætning til, hvad der udtales i store dele af litteraturen, konkluderes det, at afregningen skal foregå løbende og umiddelbart, således at inkassofuldmagten ikke benyttes som kreditmiddel. Det er i hvert fald det resultat, man må nå til, hvis man som flere forfattere vil anlægge konsignationslignende betragtninger på forholdet. Således er det efter retspraksis om kreditkonsignation nok den aftalte afregningstid, der er afgørende for, om konsignanten bevarer sikkerheden i de solgte *varer*, mens der stilles et krav om løbende og umiddelbar afregning, hvis konsignanten skal kunne håndhæve en aftalt sikkerhed i konsignatarens udestående *fordringer*.

I kapitel 3 om byggeritransporter gennemgås de forskellige problemer i forbindelse med byggelån og forhåndslån, der kan opstå ved transporter på de fordringer, der udspringer af bygge- og anlægsvirksomhed.

I afsnit 2 om den såkaldte »mellemfinansiering« behandles i afsnit 2.2 byggelånstilsagnets atypiske fordringskarakter – herunder i forbindelse med byggelånstransporter. Dette sker ved en gennemgang af en række sædvanligt forekommende byggelånsbetingelser. Der sættes spørgsmålstegn ved den generelle holdbarhed af de undertiden meget vidtgående byggelånsbetingelser – hvorefter pengeinstituttet har forbeholdt sig en helt fri adgang til at afbryde likviditetsstrømmen til byggeriet – selv om byggeriet rent faktisk gennemføres i overensstemmelse med, hvad der er aftalt med pengeinstituttet. – Ved behandlingen af de såkaldte »forhåndslån« i afsnit 2.3 er der bl.a. taget stilling til, om det efter dansk ret er muligt at subrogere i en panteret, som ifølge pantsætningsvilkårene er »uoverdragelig«. Spørgsmålet er relevant for et pengeinstitut, som har garanteret et realkreditinstitut for tilbagebetalingen af et af realkreditinstituttet ydet forhåndslån til bygherren. Bliver garantien

aktuel, som følge af at den endelige realkreditfinansiering ikke kommer på plads (f.eks. fordi byggeriet ikke er blevet færdiggjort, således at det endelige kreditforeningslån kan komme til udbetaling), har pengeinstituttet selvsagt en interesse i at kunne gøre sit regreskrav mod bygherren for forhåndslånets indfrielse gældende på kreditforeningens plads i prioritetsrækkefølgen. Spørgsmålet, om pengeinstituttet i et sådant tilfælde kan subrogere i realkreditinstituttets – efter omstændighederne – uoverdragelige panteret, besvares bekræftende.

I afsnit 3 gennemgås betalingsreglerne for de fordringer, som i byggeriforhold gøres til genstand for transporter. Formålet hermed er at vise sammenhængen mellem de obligationsretlige regler om betalingsforpligtelserne og den sikkerhedsmæssige værdi af transporterne – en sammenhæng, som (antagelig af pædagogiske grunde) forekommer at være negligeret i de almindelige panteretlige fremstillinger.

I afsnit 4 behandles de forskellige transportformer. Rådighedsproblemet dukker her atter op, således både i forbindelse med primære og sekundære transporter. Ved *hovedtransporter*, jf. afsnit 4.1, opstår der et rådighedsproblem, hvis det primært panthavende pengeinstitut – som det sker i praksis – lader ydelser fra eksempelvis bygherren indgå på den pantsættende hovedentreprenørs kassekredit. Det konkluderes på baggrund af retspraksis – herunder om factoring – at konstruktionen ikke er uforenelig med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for pengeinstituttet. Afgørende praktiske hensyn tilsiger, at en sådan fremgangsmåde må være mulig. En betingelse er dog, at pengeinstituttet kan kontrollere betalingsstrømmen og har mulighed for at afbryde denne (f.eks. ved at hindre yderligere træk på kassekreditten). Rådighedsproblemet ved *sekundære transporter*, jf. afsnit 4.4.2, går kort beskrevet ud på, at der formentlig gælder skærpede krav til hovedentreprenørens (eller anden transportgivers) urådighed med hensyn til oppebørsel af fordringen, hvis den sekundære transporthaver i overensstemmelse med princippet i U 1979.357 H har sikret sin transport ved meddelelse til den primære. De i en del af teorien fremsatte udtalelser om, at den sekundære transporthavers meddelelse til den primære transporthaver er tilstrækkelig sikringsakt, selv om overdrageren er tillagt inkassofuldmagt, afvises. – Under gennemgangen af de forskellige transportformer gøres der bl.a. nogle bemærkninger om et forhold, som ikke sjældent overses i pengeinstitutternes transportdokumenter. Spørgsmålet er, hvilken værdi en videretransport (på kravet mod bygherren) – som et pengeinstitut jo ofte modtager i forbindelse med finansiering af f.eks. en underentreprenør – har for pengeinstituttet, hvis dette ikke tillige får eftertransport på den fordring (mod hovedentreprenøren), som videretransporten

skulle sikre. Som det fremgår af afsnit 4.3, er pengeinstituttet ikke tilstrækkeligt sikret i kraft af videretransporten, hvis overdrageren af eftertransporten (underentreprenøren) er på økonomisk svage fødder og eventuelt går konkurs. Sammenhængen mellem den pantesikrede (eftertransporterede) fordring og den pantsatte (videretransporterede) fordring medfører i så fald, at den videretransporterede fordring (eller dividenden herpå) kommer underentreprenørens konkursbo til gode.

I afsnit 5 behandles navnlig bygherrens såkaldte negligeringsret, jf. herved princippet i RPL § 511, stk. 3. Det gøres gældende, at afgørelsen af, om betingelserne for negligeringsretten er opfyldt, ikke »kun« beror på en objektiv vurdering af, om byggeriet kan gennemføres, men også på en subjektiv vurdering af, hvilke opfyldelseshindringer bygherren havde føje til at befrygte. Det er bygherren, der skal bevise negligeringens berettigelse, og det vil han selvsagt have størst vanskelighed ved i den sidstnævnte situation. Tilsvarende bliver bygherrens bevisproblemer større i tilfælde, hvor entreprenøren f.eks. »blot« er forsinket, end hvor byggeriet simpelt hen er gået i stå.

Afsnit 6 indeholder en kort oversigt over de problemer, der kan opstå i forholdet mellem flere transporthavere. De forskellige problemer behandles nærmere i afsnit 7-9, hvor der fremsættes følgende hovedsynspunkter:

I afsnit 7 fastslås det, at der ikke gælder specielt strenge krav til identifikationen af den pantsatte fordring i forholdet mellem flere panthavere, jf. U 1994.812 H, men at der må antages at skulle anlægges en strengere bedømmelse, når konflikten opstår i forhold til pantsætterens retsforfølgende kreditorer.

I afsnit 8 fastslås det som den deklaratoriske regel, at en transport placeres bedst muligt. Først og fremmest er det dog transportaftalerne, som er afgørende for, om der overhovedet opstår en prioritetskonflikt. Et typisk aftalevilkår er AB 92 § 5, stk. 2 – reglen om vedkommende transporters forrang. De forskellige begrænsninger i reglen gennemgås, og der gøres op med det i dele af teorien fremsatte synspunkt, at en entreprenørs pengeinstitut generelt skal opfattes som vedkommende transporthaver, uanset om kreditten er ydet entreprenøren til det pågældende byggeri eller ej. Synspunktet har ikke støtte i retspraksis, og det har i øvrigt ikke meget for sig, når henses til, at baggrunden for reglen er at fremme den konkrete byggeproces mest muligt. – Fordele og ulemper ved en aftale om ligerang gennemgås, men i modstrid med en del af den ældre litteratur hævdes det, at der ikke gælder nogen deklaratorisk regel om ligerang mellem transporthaverne. Forholdet mellem disse afhænger som nævnt i første række af indholdet af de pågældende transportaftaler og i anden række af den prioritetskonstatering, der sker ved meddelelse til bygherren, jf.

GBL § 31 (dog med forbehold for vedkommende transporthaveres forrang, jf. nærmere AB 92 § 5, stk. 2).

I afsnit 9 behandles den primære transporthavers ret til kreditudvidelse til skade for efterstående transporthavere. Det hævdes at have formodningen imod sig, at der med den sekundære transport er sket et kreditudvidelsesblokerende indbrud i den byggekredit, som er indrømmet af det primært panthavende pengeinstitut, og i den forbindelse fremsættes forskellige kritiske bemærkninger i tilknytning til U 1987.374 V. Der må kræves klare holdepunkter for at antage, at det primært panthavende pengeinstitut, som yder løbende kredit til f.eks. hovedentreprenøren, har givet afkald på at udvide kreditten på forprioriteten – f.eks. ved notering af eller passivitet over for den sekundæres denunciationsskrivelse. Der må dog kræves aldeles klare holdepunkter for at antage, at den primære transporthaver er berettiget til at udvide kreditten på forprioriteten med gæld, som er det konkrete byggeri uvedkommende. Dommen refereret i U 1989.430 H synes at gå ganske langt – og måske for langt – i retning af at indrømme en sådan kreditudvidelsesret, der let vil gøre den sekundære transport fuldstændig værdiløs. – I afsnit 9.3 om den primære transporthavers adgang til at foretage kreditudvidelse på forprioriteten i tilfælde, hvor den sekundære – undtagelsesvis – er tillagt indbrudsprioritet, behandles navnlig de synspunkter, der ud fra en »nødvendighedsbetragtning« kan føre til, at kreditudvidelse kan ske. Der påvises at være et slægtskab til den såkaldte negligeringsret, som tillader bygherren at betale til overdrageren, hvis det er »nødvendigt« for at undgå nærliggende fare for tab eller væsentlig ulempe, jf. det tilsvarende princip i RPL § 511, stk. 3. Nok har kreditudvidelsesretten først og fremmest den primære transporthaver som interessesubjekt, og nok har negligeringsretten bygherren (eller en anden skyldner) som interessesubjekt, men de to »nødvendighedssynspunkter« – som begribeligvis ikke må sammenblandes – er begge fremmende for byggeprocessen. Det er i øvrigt i vidt omfang de samme momenter – om end ud fra forskellige synsvinkler – som må inddrages ved afgørelsen af, om betingelserne for tilsidesættelse af tredjemands sikkerhed er opfyldt.

I afsnit 10 behandles den almindelige deklaratoriske regel om oprykningsret for efterstillede transporthavere. Vedrørende aftaler om oprykningsret gøres den pointe, at de lige så lidt som aftaler om placering af den sekundære transporthaver kan tænkes at være tiltænkt en kreditudvidelsesblokerende virkning.

Kapitel 4 om factoring omhandler en række af de problemer, som kan opstå i forbindelse med en virksomheds systematiske overdragelse af sine fakturafordringer.

I afsnit 1-3 gives på grundlag af en gennemgang af en lang række factoringkontrakter samt på grundlag af interviewundersøgelser en udførlig redegørelse for de praktiske overvejelser i forbindelse med etablering af factoringarrangementer, ligesom der gives en beskrivelse af betalingsstrømmene i de typiske arrangementer. I den forbindelse gennemgås factors forpligtelser og ansvarsgrundlag, og factoringkundens typiske misligholdelsesbeføjelser omtales i sammenhæng hermed. Det gøres gældende, at der i tilfælde af ophævelse som følge af væsentlig ansvarspådragende misligholdelse fra modparten kan kræves erstatning for mistede renter efter reglerne om prisdifferencetab, jf. afsnit 3.4.2 (og afsnit 3.4.6.3), idet kontraktsforholdet har karakter af finansiering, og renten således er »prisen« for kreditten. Hovedvægten er imidlertid lagt på en beskrivelse af factors finansieringsfunktion(er). – I afsnit 3.4.3 er særligt spørgsmålet om factors ret til en genstand solgt på ejendomsforbehold gjort til genstand for en nærmere undersøgelse. I modsætning til, hvad der er hævdet i en del af nyere teori, påvises det, at ejendomsforbeholdet ikke kan opfattes som et surrogat for den overdragne fordring, men har karakter af en accessorisk sikkerhedsret, som formodningsvis medfølger ved overdragelsen til factor. Den samme teoris udtalelser om, at retten til ejendomsforbeholdsgenstanden er en håndpantelignende ret, som kun kan håndhæves ved etablering af rådighedsberøvelse – f.eks. ved meddelelse til kreditkøberen som besidder – afvises. Det samme gør teoriens udtalelser om, at det påhviler factor at føre kontrol med genstandens fortsatte tilstedeværelse hos kreditkøberen.

I afsnit 4 behandles sikringsaktskravet ved factoring. I modsætning til, hvad der anføres i teorien, gøres det gældende, at der ikke er grundlag for at slække på kravet til GBL § 31-meddelelsen ved massebelåning af fakturaer. Snarere kunne der ved factoring være grund til at stille skærpede krav, dels fordi meddelelsesformen ikke er optimal (påtegning på en faktura), dels fordi betegnelsen »factoring« udmærket kan dække over en ren inkassoordning. Risikoen for, at meddelelser overses eller misforstås, er med andre ord særlig stor ved netop factoring.

Det klassiske spørgsmål, om en fordringserhververs pligt til at gribe ind i tilfælde af, at der sker betaling til overdrageren (factoringkunden), er behandlet i afsnit 4.2.1. Det gøres gældende, at der vel kan tænkes at måtte gøres forskel på tilfælde, hvor fakturaskyldneren definitivt har meddelt, at han ikke vil betale til factor, og tilfælde, hvor betalingen til overdrageren beror på en

fejl. I de førstnævnte tilfælde giver det næppe mening at kræve, at factor griber ind, hvorimod der kan være særlig grund til at kræve noget sådant i de sidstnævnte tilfælde, idet der her er en større risiko for, at meddelelsen ikke er opfattet (korrekt) af skyldneren for en fordring, der indgår i et factoringarrangement, jf. netop ovenfor om kravene til GBL § 31-meddelelsen. – I afsnit 4.3 behandles spørgsmålet om sikringsakten ved international factoring (d.v.s. factoring, hvor fakturaskyldneren er en udenlandsk kunde). Det er i teorien navnlig omdiskuteret, om der skal ske anvendelse af sikringsaktsreglerne i skyldnerens eller overdragerens domicilland. Det konkluderes, at dansk international privatret taler for det sidstnævnte resultat – og at dette resultat i øvrigt er særlig sikkert ved overdragelse af debitormasser (herunder factoring), hvor der ellers let ville opstå tilfældighedsprægede resultater.

I afsnit 5 behandles de problemer, der kan opstå ved pant i friværdien i et factoringarrangement. I afsnit 5.1 undersøges retsstillingen mellem en factor som primær panthaver og en sekundær panthaver i factoringarrangementets friværdi. Bl.a. tages der stilling til den ikke upraktiske situation, at factor, som har en factoringaftale med virksomhed A, erhverver en fordring mod A som led i en factoringaftale, som factor har med virksomhed B. Det hævdes, at A som følge af kontraktsforholdets karakter af finansiering som udgangspunkt kan afvise factors modregning med fakturafordringen mod A i de beløb, som ifølge factoringaftalen løbende skal udbetales til A. Det afvises endvidere, at der kan ske modregning, selv om factor i kraft af en alskyldserklæring fra A har fået sikkerhed i A's fakturamasse til sikkerhed for factors tilgodehavende mod A »til enhver tid«. En modregningsadgang over for A med fordringer erhvervet fra B skal med andre ord være udtrykkeligt aftalt. – I afsnit 5.2 behandles problemerne i forbindelse med sekundært pant i en sikringskonto. Det afvises, at en sikringskonto, hvorpå factoringkunden er godskrevet friværdien af de enkelte ubetalte fakturafordringer, alene skulle have factoringselskabet som debitor. Der tages afstand fra forskellige litteraturudtalelser i modsat retning, ligesom begrundelsen for afgørelsen i U 1979.919 Ø kritiseres.

I afsnit 6 behandles forholdet mellem factor og fakturaskyldnerne.

Der gøres i afsnit 6.2 på baggrund af U 1994.307 V nogle principielle bemærkninger om forholdet mellem indsigelser og modkrav. Det gøres gældende, at dommen, der afviste modregning med et erstatningskrav for avancetab i anledning af en ikke fuldt ud opfyldt aftale om successive leverancer, er af yderst tvivlsom rigtighed: For det første var der tale om et modkrav, som udsprang af samme aftale som kravet på betaling for det leverede, hvorfor modkravet synes at kunne have været behandlet som konnekst, d.v.s. som en

indsigelse, der kunne have være gjort gældende, jf. GBL § 27. For det andet synes betingelserne for modregning efter GBL § 28 at være opfyldt, da erstatningskravet for mistet avance synes at måtte anses for stiftet ved købeaftalens indgåelse, d.v.s. samtidig med kravet på betaling for de skete leverancer.

I afsnit 6.3 tiltrædes det almindeligt antagne synspunkt, hvorefter der stilles særlige krav til vedtagelsen af cut off-klausuler. Der tages imidlertid afstand fra den massivt fremførte kritik mod U 1975.246 V (om en mangelsindsigelse), der fandt en cut off-klausul tilstrækkelig klar i et tilfælde, hvor en køber over for en transporthaver havde givet afkald på at fremsætte »modkrav mod sælgeren, være sig fra dette eller andet mellemværende«.

Afsnit 6.4 angår virkningerne af en fakturaskyldners passivitet i tilfælde af, at de af factoringkunden udstedte fakturaer er fiktive, eller at det købte ikke er leveret eller er behæftet med mangler. Det påpeges, at transporthaverens tab som følge af manglende reaktion hos skyldneren har karakter af almindelig formueskade, hvor der sædvanligvis kræves et kvalificeret ansvarsgrundlag. Det påpeges endvidere, at der alt andet lige må stilles strengere krav til fakturaskyldnerens reklamationspligt i »falsktilfælde« end i »mangelstilfælde«. Det påpeges endelig, at der kan tænkes at foreligge årsagssammenhæng mellem tab, som factor lider, og skyldnerens manglende reaktion, selv om kreditten fra factor i hvert enkelt tilfælde er udbetalt før det tidspunkt, da skyldneren burde have reageret. Noget sådant kan tænkes, dels hvis factor kunne have nået at søge beløbet tilbage fra factoringkunden inden dennes økonomiske sammenbrud, dels hvis der løbende belånes flere fakturaer, og factor må antages at ville have stoppet belåningen af de senere fakturaer, hvis han havde modtaget en reaktion vedrørende dén eller de første »fejlbehæftede« fakturaer.

I afsnit 6.5 undersøges det i litteraturen kun sporadisk berørte problem, om en skyldner for en overdraget fordring kan rette et tilbagesøgningskrav mod factor, når det efter betaling viser sig, at beløbet rent faktisk ikke skyldtes. Det afvises, at et tilbagesøgningskrav kan støttes på GBL § 27, hvilket er lagt til grund i en utrykt landsretsdom. Denne bestemmelses virkninger må således anses for udtømt i og med betalingen. Det afvises endvidere, at et tilbagesøgningskrav kan støttes på pengereglen, hvilket er lagt til grund i en utrykt byretsdom. Der er således ikke tale om, at skyldneren mangler ret til at råde over det pågældende pengebeløb. Det afvises endelig, at et tilbagesøgningskrav skulle kunne støttes på regler om condictio indebiti. Af særlig betydning er det her, at et tilbagesøgningskrav i givet fald ville føre til det uacceptable resultat, at skyldneren kunne kræve tilbagebetaling af to debitorer – nemlig dels kreditsælgeren, dels factor. Meningen med reglerne om condictio indebiti

kan selvsagt ikke være, at skyldneren skal opnå en bedre retsstilling, end hvis han havde betalt til sin umiddelbare medkontrahent. Ved behandlingen af spørgsmålet tages afstand fra den finske højesteretsdom refereret i ND 1997.497, der også i dansk litteratur er taget til indtægt for, at der skulle gælde en almindelig regel om ret til tilbagesøgning.

I afsnit 7 behandles reglerne om omstødelse over for factoringselskabet i tilfælde af factoringkundens konkurs. Der foretages en gennemgang af den omfattende retspraksis og de mange forskellige synspunkter, der i litteraturen har været fremført om emnet. Det konkluderes, at den såkaldte nettometode finder anvendelse i normale forløb, men der tages afstand fra forskellige synspunkter om nettometodens angivelige indhold. Således tages i afsnit 7.1 – om forholdet mellem overdragelse til eje og overdragelse til sikkerhed – afstand fra det synspunkt, at den del af fakturafordringen, som straks udløser finansiering (på f.eks. 80% af fakturabeløbet), skulle være udtryk for en overdragelse til eje, og at det af *den* grund skulle være udelukket at anvende KL § 70. Det påvises ligeledes, at fakturabelåningsarrangementer med en usikret »tandemkonto« (kassekredit med trækningsret), som kan bringe nedbringelse af kassekreditten ind under reglerne om betalinger, d.v.s. KL § 67 – med den virkning, at nedbringelsen typisk er uomstødelig – ikke kan anvendes af factoringselskaber. Årsagen er, at factoring pr. definition ikke indeholder noget moment af usikret kredit. – I afsnit 7.2.2 tages der afstand fra den opfattelse, at der ikke kan ske en nettoforøgelse af sikkerheden, hvis factoringforholdet er forløbet uændret i omstødelsesperioden. Det påvises, at noget sådant udmærket kan tænkes, hvis factoringselskabet har et usikret tilgodehavende ved omstødelsesperiodens begyndelse – et tilgodehavende, som dækkes ind gennem den ordinære afvikling af arrangementet i perioden. Ligeledes i afsnit 7.2.2 påvises det, at det ikke – som hævdet i en del af litteraturen – er en betingelse for at undgå omstødelse, at factoringselskabet venter med at udbetale beløb på de enkelte fakturaer, indtil disse er denuntieret over for fakturaskyldneren. Det nævnte synspunkt beror på en fejlfortolkning af U 1993.268 H, der netop ikke angik factoring, men en enkeltstående fakturabelåning, således at der ikke var grundlag for at anvende den helhedsbedømmelse af forholdet mellem sikkerheder og gæld i omstødelsesperioden, som anvendes ved factoring, jf. eksempelvis U 1987.665 H (som stadig er udtryk for gældende ret, og som stadig er det mest »rene« eksempel på anvendelse af nettometoden ved *løbende* fakturaoverdragelser). Noget andet er, at der selvsagt som foreskrevet i KL § 70 skal ske denunciation uden unødigt ophold efter gældens stiftelse for at undgå omstødelse af de enkelte fakturaoverdragelser. – Det fastslås afslutningsvis på baggrund af U 1999.1783 H, at der ved

pantsætning af friværdien i et factoringarrangement skal lægges vægt på tidspunktet for forhåndsdenunciationen til factor ved afgørelsen af, om der er stiftet sikkerhed for gammel gæld – d.v.s. ikke på tidspunktet for denunciationen til de enkelte fakturaskyldnere.

Kapitel 5 omhandler såkaldt »finansiering ved koncerndannelse«, d.v.s. en finansieringsform, som beror på opsplitning af det kreditsøgende selskab, således at dette bliver moderselskab for et datterselskab, til hvilket moderselskabets fakturafordringer overdrages. Herefter optager datterselskabet kredit med henblik på finansiering af moderselskabet.

I afsnit 1, 2 og 3 gives på baggrund af kontraktspraksis og interviewundersøgelser en beskrivelse af baggrunden for oprettelse af disse arrangementer, deres formål og virkemåde samt fordele og ulemper herved.

I afsnit 4 behandles de særlige sikringsaktsproblemer, som arrangementerne kan give anledning til. Det flere gange omtalte rådighedsproblem dukker nu op i en ny forklædning, idet spørgsmålet her er, om det tætte fællesskab – fysisk og interessemæssigt – mellem moder- og datterselskab er en hindring for, at overdrageren (moderselskabet) reelt kan siges at være begrænset i sin rådighed over fakturafordringerne i forhold til erhververen (datterselskabet). Det er med andre ord atter det almindelige princip om, at fri oppebørselsret for overdrageren ikke kan forenes med kreditor- og omsætningsbeskyttelse for erhververen, der sættes på prøve. Det konkluderes, at selskaberne skal have strengt adskilte økonomier, således *at* der ikke sker sammenblanding af midler, *og at* denne adskillelse skal kunne dokumenteres overbevisende ved navnlig særskilt bogholderi og regnskabsføring for selskaberne. På baggrund af retspraksis om lignende problemer ved negotiable dokumenter konkluderes det, at selskaberne kan have fælles personale, men at det skal stå klart, hvornår der disponeres på de enkelte selskabers vegne. Også dette skal kunne dokumenteres overbevisende, navnlig således at datterselskabet selv betaler lønomkostningerne for udførelsen af funktioner, som foretages på moderselskabets vegne. Det konkluderes, at en nøje kontrol med selskabernes overholdelse af den beskrevne adskillelse i visse tilfælde kan blive afgørende for, om rådighedsbegrænsningen kan anses for tilstrækkelig effektiv. Vedrørende kontrolkravet drages en parallel til almindelige panteretlige regler, hvor der gælder et krav om rådighedsbegrænsning, herunder det krav om kontrol, som gælder, når en fordring er overdraget med inkassofuldmagt for overdrageren.

Afsnit 5 indeholder en kort gennemgang af reglerne om omstødelse i konkurs, og det konkluderes, at reglerne i vidt omfang er de samme som ved factoring.

I afsnit 6 behandles spørgsmålet om identifikation af selskaberne med hensyn til retten til datterselskabets beholdning af aktiver. En række af de gængse momenter gennemgås, dog således at opmærksomheden særligt rettes mod spørgsmålet om betydningen af, at moderselskabet eventuelt bærer kreditrisikoen for overdragne fordringer. Dette moment er i nyere litteratur tillagt vægt som en faktor, der skulle tale afgørende imod, at den særskilte identitet kan opretholdes. Det vises, at momentet har betydning i visse tilfælde, jf. fra retspraksis afgørelserne U 1978.880 H og U 1986.697 V. Det er dog kendetegnende for de pågældende afgørelser, at de vedrører tilfælde, hvor datterselskabet tillige var sælger af moderselskabets varer, hvorfor momentet netop her måtte være blandt de udslagsgivende. De pågældende afgørelser siger imidlertid intet om betydningen af, at moderselskabet bærer debitorrisikoen, når datterselskabet har en ren finansieringsfunktion, som varetages ved belåning af moderselskabets fakturakrav. Det konkluderes, at der ikke er noget til hinder for at lade moderselskabet bære debitorrisikoen i de sidstnævnte tilfælde, hvis den ovennævnte klare adskillelse af selskabernes forhold i øvrigt er iagttaget. Sammenfattende antages det dog, at et arrangement, som beror på overdragelse til eje *uden* regres mod moderselskabet, alt andet lige er mere modstandsdygtigt over for identifikationsbetragtninger end et arrangement, som beror på overdragelse til sikkerhed eller til eje *med* regres mod moderselskabet.

Kapitel 6 vedrører reglerne om pant og modregning i indlånskonti i pengeinstitutter. Kun pengeinstitutternes – ikke indlånernes – modregningsadgang behandles.

I afsnit 2 behandles de forskellige modregningsbetingelser og modregningsbegrænsninger. Opmærksomheden rettes særligt mod de tilfælde, hvor et pengeinstitut ønsker at modregne over for indlånerens retsforfølgende kreditorer, der søger sig fyldestgjort i indlånskontoen. Det vises ved en gennemgang af retspraksis, hvorledes pengeinstitutterne i en lang række tilfælde gennem deres kontoaftaler, forretningsbetingelser m.v. har søgt at skaffe sig en videre modregningsadgang end den, der følger af GBL § 28 (som er den afgørende bestemmelse på området). Således har man forsøgt sig med et væld af formuleringer, som har haft til formål at bringe pengeinstituttets modkrav (ifølge en kassekredit eller anden låneaftale) til forfald, inden pengeinstituttet fik kundskab eller formodning om retsforfølgningen. De forskellige forsøg herpå har stedse lidt skibbrud, bl.a. fordi en aftale om udvidet modregningsadgang korrekt er blevet opfattet som en sikkerhedsret. Denne opfattelse har ført til, at pengeinstitutterne er blevet afskåret fra at gøre aftalt udvidet modreg-

ningsadgang gældende, hvis indlåneren har haft fri rådighed over indlånskontoen. Ved behandlingen af de reelle forfaldstidspunkter for de enkelte kredittyper – som pengeinstitutterne altså ikke har kunnet fremrykke ved en simpel aftale herom – undersøges bl.a. det almindelige spørgsmål om løbedages betydning for forfaldstidspunktet i modregningsretlig sammenhæng. Spørgsmålet er ikke ofret megen opmærksomhed i litteraturen. Det konkluderes, at indrømmede løbedage på eksempelvis en låneydelse indebærer en udskydelse af det tidspunkt, hvor pengeinstituttet kan hævdes at have en forfalden modfordring. Som begrundelse anføres, at løbedage er en ret for låntageren (der også er indlåner) til at udnytte den i løbedagene liggende kredittid, og at denne ret ikke ensidigt kan fratages låntageren ved pengeinstituttets gennemførelse af modregning. – I forbindelse med modregning over for låntagerens konkursbo diskuteres det bl.a., om pengeinstituttet ved at få indlåneren begæret konkurs kan opnå, at et eventuelt udlæg foretaget i indlånskontoen bortfalder, jf. KL § 71, med den virkning, at pengeinstituttet kan modregne over for konkursboet. Dette afvises, idet der ikke findes at kunne drages slutninger fra retspraksis om omstødelse af panterettigheder, hvor den ledigblevne plads i prioritetsrækken tilfalder de efterstående panthavere, ikke konkursboet.

I afsnit 3 behandles sikringsaktsproblemerne i forbindelse med pant i indlånskonti. Igen dukker rådighedsproblemet op, og atter i en ny klædedragt. Spørgsmålet bliver, hvilke krav der må stilles til spærringen af den pantsatte indlånskonto. Det konkluderes, at spærringen skal være absolut, sikker og udtryk for en realitet. At kontoen er indrettet således, at en pengeinstitutmedarbejder nødvendigvis rent fysisk må medvirke ved frigivelser, er ikke i sig selv tilstrækkelig rådighedsberøvelse. Antagelig vil selv et begrænset antal hævninger blive anset som udtryk for, at indlånerens hæveanmodninger er blevet imødekommet mere eller mindre automatisk. En »arbejdskonto« er dermed uanvendelig som sikringsobjekt. Det afvises i øvrigt, at der ud fra tilsvarende betragtninger som ved fordringsoverdragelse med inkassofuldmagt for overdrageren kan indrømmes pantsætteren (indlåneren) en *ret* til at hæve på kontoen – med en efterfølgende kortere frist til at nedbringe kreditten eller indsætte et tilsvarende beløb på ny.

Kapitel 7 indeholder nogle indledende bemærkninger om sikkerhedsdepoter, herunder særligt om de to hovedtyper af panteretlige problemer – individualiserings-/identifikationsproblemet og rådighedsproblemet – som knytter sig til et sikkerhedsdepot med negotiable dokumenter og fondsaktiver, hvorfra der skal indlægges og udtages værdipapirer.

I afsnit 2 foretages en generel gennemgang af det panteretlige individualiseringskrav med udgangspunkt i retspraksis om løsøre. I overensstemmelse med udtalelser i teorien fastslås det, at spørgsmålet om individualisering ved såvel negotiable dokumenter som fondsaktiver i praksis vil opstå som et identifikationsproblem, når panteretten gøres gældende. På de behandlede områder er der derfor ikke grund til at indlægge et forskelligartet indhold i de to begreber. Det udtales, at kravet om rådighedsberøvelse vil løse individualiseringsproblemet i de fleste praktisk forekommende tilfælde, men at der kan være en sådan usikkerhed om, hvad pantet omfatter, at dette ikke altid er tilfældet, jf. herved U 1988.368 H om et lagerpant, der nok var rådighedsberøvet, men ikke tilstrækkelig klart individualiseret. Det konkluderes, at der udmærket kan gives pant i en del af et værdipapirdepot.

Vedrørende rådighedsproblemet, som behandles i afsnit 3, udtales det, at problemet ændrer karakter sammenlignet med rådighedsproblemet ved pant i simple fordringer. Således er problemet ved pant i simple fordringer navnlig, om pantsætter kan tillægges oppebørselsret med hensyn til den overdragne fordring, mens problemet ved negotiable dokumenter og fondsaktiver er, om der er foretaget en tilstrækkelig rådighedsberøvelse af dokumenterne henholdsvis kontoen med fondsaktiver.

Kapitel 8 omhandler negotiable dokumenter indlagt i sikkerhedsdepot.

I afsnit 2 og 3 gøres nogle bemærkninger om pantebreve og aktiebreve i deres egenskab af negotiable dokumenter. Der tages stilling til, hvornår et pantebrev – for hvilket der er afgivet indeståelse om dets fremkomst – må anses for opstået, og det konkluderes, at pantebrevet i det mindste skal være underskrevet, og at der skal være sket besiddelsesafgang fra pantsætteren, for at der er foretaget den fornødne sikringsakt, jf. GBL § 22.

I afsnit 4 behandles sondringen mellem overdragelse til eje og overdragelse til sikkerhed, som i praksis navnlig har voldt vanskeligheder ved negotiable pantebreve. Det konkluderes, at overdragelse til eje – hvor der ikke stilles krav om rådighedsberøvelse – kun kan anses for sket, hvor de individuelle vilkår for overdragelsen (herunder navnlig købesummen) er aftalt.

I afsnit 5 gennemgås med udgangspunkt i nogle konkrete formuleringseksempler individualiseringskravet ved pantsætning af pantebreve og aktiebreve. Det konkluderes, *at* der kan gives pant i en del af et værdipapirdepot (f.eks. i »100.000 kr. af de 500.000 kr. aktier i Albatros A/S, der ligger i depot hos panthaver«), *at* der kan gives pant for et givet beløb i indholdet af et depot, *og at* det tillige er muligt at pantsætte indholdet af et værdipapirdepot »til enhver tid«. Et såkaldt »flydende« pant kan altså etableres. Det afvises, at der gælder

et materielt beskrivelseskrav, og det fastslås, at det uden for tinglysningslovens område er muligt at give pant tingsindbegreb. Principperne finder tilsvarende anvendelse på pant i en andel af de samledepoter, som kan etableres efter værdipapirhandelsloven, og som består af samlinger af værdipapirer, som i fællesskab tilhører flere forskellige ejere, når de har deres værdipapirer i depot hos en værdipapirhandler, jf. VPHL § 6, stk. 4.

I afsnit 6 behandles hovedproblemet i forbindelse med pant i værdipapirdepoter, nemlig spørgsmålet om hvilke krav der skal være opfyldt, for at den i GBL § 22 krævede rådighedsberøvelse kan anses for etableret og opretholdt. Det afvises som klart udgangspunkt, at det har betydning for rådighedsberøvelsens effektivitet, at panthaver havde føje til at anse rådighedsberøvelsen for tilstrækkelig, hvis dette rent faktisk ikke var tilfældet. Det fastslås, at meddelelse om sekundært håndpant i negotiable dokumenter kan gives til besidderen, og at det vil være uheldigt at anerkende et system med alternative sikringsakter, således at meddelelse i stedet kan gives til den primære håndpanthaver. – De vanskeligste problemer knytter sig til urådighedens opretholdelse i tilfælde, hvor det er meningen, at der skal kunne udtages dokumenter af depotet, herunder i forbindelse med ombytninger. Det afvises, at der – som udtalt i teorien – gælder et materielt krav om, at pant og gæld skal holdes i samme størrelsesforhold. Under alle omstændigheder kan det alene kræves, at håndpanthaveren har hånd i hanke med, hvad der rent faktisk udtages af depotet, hvorimod en gældsudvidelse, som indrømmes, f.eks. fordi håndpanthaveren er parat til at løbe en større kreditmæssig risiko og tillader håndpantsætteren at trække på en kassekredit – uden at sikkerhedens størrelse kontrolleres ved de enkelte træk – ikke har betydning for rådighedsproblemet. Det erkendes dog, at parterne selv kan have gjort forholdet mellem gæld og kredit til målestok for rådighedsberøvelsens effektivitet, f.eks. ved en aftale om, at der stedse skal være en sikkerhedsmæssig overdækning på 10%. Det erkendes endvidere, at det generelt er et stærkt bevismiddel for urådighedens opretholdelse, at håndpanthaveren stedse har sikret, at forholdet mellem sikkerhed og gæld ikke er blevet forrykket. Beviset må dog kunne føres på anden måde, eksempelvis blot ved at håndpanthaveren har gjort sig *konkrete* forretningsmæssige overvejelser om sin forøgede risiko ved sikkerhedsreduktionen. Panthaver kan eksempelvis tænkes at reducere sit oprindelige krav til sikkerhedens størrelse eller at fravige de oprindelige begrænsninger for kredittens størrelse, simpelt hen fordi pantsætters kreditværdighed skønnes at være blevet bedre, eller fordi håndpanthaveren nu er parat til at løbe en større kreditrisiko.

Kapitel 9 vedrører fondsaktiver i sikkerhedsdepot.

I afsnit 1 og 2 afgrænses de relevante fondsaktiver, og registreringsproceduren gennemgås. Herefter gøres i afsnit 3 nogle bemærkninger om panterettens omfang, herunder med hensyn til indestående på den pantsatte konto, udtrækning/salgsprovenuer (surrogater) samt renter og udbytter (accessorier).

I afsnit 4 behandles hovedspørgsmålene om henholdsvis individualisering af de pantsatte aktiver og panthaverens sikringsakt. – Med hensyn til individualiseringskravet fastslås det, at VPHL § 36's krav om, at en panteret for at kunne registreres skal vedrøre »nærmere angivne fondsaktiver«, blot er en registreringsbetingelse, som ikke er til hinder for, at panteretten omfatter fondsaktiver, som senere indsættes på kontoen. I lighed med, hvad der blev fastslået for fysiske værdipapirer, fastslås det, at der ikke på det materielle plan er noget til hinder for, at der gives pant i en del af de fondsaktiver, som står på kontoen, ligesom der ikke er noget til hinder for, at der gives pant i de fondsaktiver, som står på kontoen »til enhver tid«. Navnlig vedrørende aftaler af den sidstnævnte type påvises det, at risikoen for sikkerhedsoppustning – og dermed kreditorbesvigelser – reelt er mindre end ved pant i fysiske værdipapirdepoter, idet det ved kontoudtog og fondsnotaer kan konstateres og dokumenteres, hvilke aktiver der er indsat på kontoen og hvornår. – Med hensyn til sikringsakten gøres det gældende, at registrering, jf. VPHL § 66, ikke i sig selv er tilstrækkelig sikringsakt, hvis pantsætteren kan råde frit over fondsaktiverne på kontoen. Registreringen må altså suppleres med et krav om effektiv rådighedsberøvelse, som det kendes ved pant i fysiske værdipapirdepoter, jf. ovenfor. Dette får betydning i forskellige henseender: *For det første* indebærer kravet om, at pantsætter ikke må råde frit, at en aftale om »ombytningsret« for pantsætter ikke – som antaget i dele af teorien – kan udlægges således, at pantsætter er berettiget til at udføre ombytningen på egen hånd, idet panthaver derved ville være uden kreditorbeskyttelse. En sådan aftale må fornuftigvis forstås således, at panthaver har forpligtet sig til at medvirke ved ombytninger (dog således, at der kan tænkes etableret elektroniske styringssystemer, som bevirker, at pantsætter alene kan råde over fondsaktiver og salgsprovenuer inden for et lukket kredsløb, hvor der er indbygget en dækningskontrol). *For det andet* kan det ikke – som antaget i dele af teorien – være tilstrækkeligt, at panthaveren fører kontrol på baggrund af de udsendte ændringsmeddelelser for efterfølgende at gribe ind, i tilfælde af at en aftalt sammenhæng mellem kredit og sikkerhed ikke overholdes. En sådan bagudrettet kontrol er ikke tilstrækkelig, bl.a. fordi pantsætter har det i sin magt på egen hånd – d.v.s. uden panthaverens indblanding – at »rydde« kontoen, hvilket panthaveren så blot efterfølgende kan konstatere, når ændringsmeddelelsen modtages. Der

gives en oversigt over forskellige praktiske fremgangsmåder ved håndtering af salgsprovenuer, som medfører, at panthaver bevarer sikkerheden, selv om der sælges aktiver fra kontoen. Det anbefales, at der etableres fremgangsmåder, som sikrer, at salgsprovenuer enten (1) overføres til en pantsat indlånskonto, (2) anvendes til nedbringelse af det sikrede skyldforhold eller (3) anvendes i forbindelse med ombytning ved køb af nye fondsaktiver, uden at beløbet forinden har været ude på en konto, som er tilgængelig for pantsætter.

I afsnit 5 behandles de særlige problemer, der følger af, at en række vilkår for panterettigheder ikke kan registreres i værdipapircentralen. Det drejer sig navnlig om aftaler om oprykning og ombytning, om rykning samt om den pantesikrede fordrings størrelse. Der gives anvisninger på, hvorledes de forskellige prioritetsproblemer kan løses registreringsmæssigt eller på anden måde.

Kapitel 10 er et generelt kapitel om efterstillede kreditter. De to typiske former for efterstillingsvilkår – tilbagetrædelseserklæringer og ansvarlig lånekapital – præsenteres, og der gøres nogle generelle bemærkninger om forholdet mellem fremmedkapital og egenkapital.

Kapitel 11 omhandler tilbagetrædelseserklæringer – et emne, der ikke tidligere er behandlet samlet i den juridiske litteratur. Disse erklæringers formål og funktion forklares, og der gives en række formuleringseksempler. I praksis er erklæringerne ofte ganske kortfattede, således at der med baggrund i almindelig formueret og insolvensret må opstilles regler om erklæringernes retsvirkninger. I tillæg til beskrivelsen af den velkendte virkning – at en tilbagetrædelseserklæring virker dividendeoverførende til modtageren – foretages en typificering af de forskellige former for tilbagetrædelseserklæringer, alt efter hvem der kan støtte ret herpå, jf. afsnit 2. I modsætning til, hvad der er udtalt i svensk teori, gøres det gældende, at en erklæring om at ville træde tilbage for en kreditor (K2), som en kreditor (K1) har afgivet til en skylder (D) – uden at K2 har fået transport på retten fra D – er uden dividendemæssige virkninger. Opmærksomheden samles dog om den typiske tilbagetrædelseserklæring, hvor en skyldners (D's) kreditor (K1) lover at stå tilbage for en bestemt anden kreditor (K2).

I afsnit 3 opstilles en typeløsning vedrørende de fordringer, som omfattes af erklæringen. Således gøres det gældende, at K1 i mangel af holdepunkter i aftalen må anses at være trådt tilbage *med* de fordringer, han havde mod D ved erklæringens afgivelse, og at K1 er trådt tilbage *for* de fordringer, K2 havde mod D på samme tidspunkt.

I afsnit 4 behandles tilbagetrædelseserklæringens virkninger inden et eventuelt økonomisk sammenbrud hos D. Det hævdes, at tilbagetrædelseserklæringen *som udgangspunkt* må indebære, at D er uberettiget til at erlægge betalinger til K1 på de fordringer, denne er trådt tilbage med. Andet kan selvsagt være aftalt eller forudsat, men uden den beskrevne »skyggevirkning« vil en tilbagetrædelseserklæring efter omstændighederne være så godt som økonomisk værdiløs for K2.

I afsnit 5 og 6 behandles retsstillingen ved D's konkurs og tvangsakkord. Hovedvirkningen er som nævnt, at K2 får dividenden på K1's fordring, således at tilbagetrædelseserklæringen altså – i modsætning til hvad der gælder ved et ansvarligt lån – ikke får indflydelse på konkursordenen/tvangsakkordordenen. Med hensyn til regresspørgsmål og stemmeret i forbindelse med konkursbehandlingen påvises det, at en tilbagetrædelseserklæring har sådanne lighedspunkter med tredjemandspant, at de herom gældende regler finder tilsvarende anvendelse.

I afsnit 7 behandles spørgsmålet om K2's beskyttelse over for K1's retsforfølgende kreditorer og omsætningserhververe. Sikringsakten er meddelelse til D, jf. princippet i GBL § 31. Også her opstår imidlertid et rådighedsproblem, hvis K1 har kunnet oppebære ydelser på de fordringer, der er trådt tilbage med. Det konkluderes, at der her må gælde samme regler som ved almindelig fordringsoverdragelse, således at kreditor- og omsætningsbeskyttelse for K2 er uforenelig med en fri oppebørselsret for K1.

I afsnit 8 gennemgås mulighederne for omstødelse af en tilbagetrædelseserklæring. Sædvanligvis antages det, at KL § 70 ikke finder anvendelse på pant for tredjemands gæld – hvilket K1's tilbagetrædelseserklæring til K2 kan hævdes at være. Imidlertid er KL § 70 anvendt på en tilbagetrædelseserklæring i U 1998.612 H. Synspunkterne forekommer uforenelige.

I afsnit 9 konkluderes det, at en tilbagetrædelseserklæring regnskabsmæssigt skal behandles på samme måde som en pantsat fordring.

Kapitel 12 vedrører ansvarlig lånekapital – et emne, der i dansk litteratur kun er behandlet i sporadisk form.

I afsnit 1 og 2 foretages en begrebsbestemmelse af det ansvarlige lån, og de forskellige motiver for optagelse og ydelse af sådanne lån gennemgås på baggrund af kontraktspraksis og interviewundersøgelser. Aftaler om ansvarlig lånekapital er – ligesom tilbagetrædelseserklæringer – ofte ganske kortfattede, således at problemerne i vidt omfang må løses ud fra en formålsfortolkning af efterstillingsvilkåret.

I afsnit 3 foretages en nærmere analyse af det grundlag, på hvilket låntagers kreditorer kan påberåbe sig efterstillingsvilkåret. I den forbindelse samles opmærksomheden særligt om betydningen af, at der i et låntagerselskabs årsregnskab findes en angivelse af tilstedeværelsen af et ansvarligt lån. Det konkluderes, at en sådan angivelse har karakter af et løfte (en udlovelse) til omverdenen – in casu: låntagerselskabets kreditorer. Den binding, der herved skabes over for kreditorerne, medfører, at låntager og långiver ikke efter årsregnskabets offentliggørelse er rådige over efterstillingsvilkåret. Dette er særlig klart, hvis tillige det ansvarlige låns løbetid er oplyst, men antages også at gælde i øvrigt.

I afsnit 4 foretages en nærmere analyse af retsvirkningerne af den netop nævnte binding. Det konkluderes, at betegnelsen »ansvarligt lån« er uforenelig med tilstedeværelsen af en forfaldsklausul i tilfælde af låntagers misligholdelse (en såkaldt *clausula cassatoria*). Det konkluderes endvidere, at en fri indfrielsesadgang for låntager samt en fri opsigelsesadgang for långiver vil være i strid med kreditorernes ret (medmindre der er givet aldeles klar oplysning herom til kreditorerne senest i forbindelse med meddelelsen om det ansvarlige lån). I samtlige de nævnte tilfælde er det relevant at tage stilling til varigheden af bindingen over for kreditorerne. Er det ansvarlige låns løbetid oplyst i årsregnskabet, gælder bindingerne kun i denne periode (medmindre låntager inden periodens udløb er kommet i kvalificerede betalingsvanskeligheder). Er det ansvarlige låns løbetid ikke oplyst i årsregnskabet, hævdes der at gælde en deklaratorisk regel, hvorefter et lån, som er oplyst i årsregnskabet for årsregnskabsår 1, kan tilbagekaldes i årsregnskabet for årsregnskabsår 2 med den virkning, at lånet i forhold til kreditorerne udløber ved udgangen af årsregnskabsår 3 (medmindre låntager inden det sidstnævnte tidspunkt er kommet i kvalificerede betalingsvanskeligheder). Der tages afstand fra det i teorien fremsatte synspunkt, hvorefter ansvarlige lån skulle kunne tilbageføres efter de kapitalnedsættelsesregler, der findes i AL § 46 og APL § 47.

I afsnit 5 behandles modregningsproblemerne i forbindelse med ansvarlig lånekapital, og det konkluderes, at modregning ikke kan finde sted fra hverken långivers eller låntagers side i tilfælde, hvor disse ikke var berettigede til at kræve betaling henholdsvis foretage indfrielse. Konkret kan det dog være af interesse for låntagerselskabets kreditorer, at der foretages modregning, selv om der ikke består en ret til indfrielse efter almindelige regler. Modregning må således kunne foretages, hvis långiver er insolvent (f.eks. under konkurs- eller anden insolvensbehandling), og låntager er utvivlsomt solvent. Ved U 1997.1601 H nåede Højesteret ganske vist til det modsatte resultat, men det må tilskrives, at dommen måtte afsiges på grundlag af en yderst tvivlsom

finanstilsynsafgørelse, hvorefter en række ansvarlige lån – der havde karakter af ansvarlige obligationer i nogle pengeinstitutter – nægtedes indfriet, selv om obligationsejeren var under insolvensbehandling.

Afsnit 6 vedrører det ansvarlige låns stilling i forbindelse med låntagers konkurs. – Det fastslås, at efterstillingsvilkåret ikke i sig selv er til hinder for, at långiver begærer låntager taget under konkursbehandling, men at betingelserne herfor kun undtagelsesvis vil være opfyldt, idet långiver skal kunne dokumentere en retlig interesse i konkursbehandlingen. – Med hensyn til långivers stemmeret i forbindelse med låntagers konkursbehandling fastslås det, at betingelserne for stemmeret så at sige aldrig vil være opfyldt, idet stemmeret ifølge KL § 120 ikke tilkommer den, som uanset afstemningens udfald ikke vil opnå dækning. – Konkursen (eller tvangsakkorden) bevirker, at det ansvarlige lån kommer til at virke dividendeforhøjende for samtlige kreditorer til og med »KL § 97-niveau« – samt for visse »KL § 98-kreditorer«, eksempelvis kreditorer, som har efterstillede rentekrav, jf. KL § 98, nr. 1. Det gøres over for de mange forskellige litteraturudsagn om spørgsmålet gældende, at hovedsynspunktet om placeringen af det efterstillede lån i forhold til KL § 98-kravene er, at der må lægges vægt på, om det ansvarlige lån er tiltænkt en kreditskabende virkning i forhold til det konkrete KL § 98-krav.

I afsnit 7 om den ansvarlige långivers stilling efter en eventuel tvangsakkord tages der afstand fra det af en næsten entydig teori fremsatte synspunkt, at det ansvarlige lån efter tvangsakkorden består med en procentsats svarende til akkorddividenden. Det påvises, at hensynet bag tvangsakkordreglerne medfører, at det ansvarlige lån (som jo ikke opnår dividende) udtømmer sin dividendemæssige virkning i og med akkorden, således at hensynet til skyldneren – hensynene bag tvangsakkordinstituttet – medfører, at långiver efter tvangsakkorden ikke kan rejse yderligere krav mod skyldneren. – Med hensyn til långivers stemmeret i forbindelse med tvangsakkord påvises det, at KL § 174, stk. 2 – som efter sin ordlyd giver stemmeret til fordringshavere »der har indvilget i at stå tilbage« – ikke gælder for »almindelige« ansvarlige lån, men nok for ansvarlige lån, hvor långiver før eller under akkorden har betinget sin tilbagetræden af f.eks. akkordens stadfæstelse med en bestemt dividende til de øvrige kreditorer.

I afsnit 8 om kapitaltab i aktie- og anpartsselskaber vises det ansvarlige låns forskelligartede virkning ved de to selskabsformer. I aktieselskaber kan et forslag om optagelse af et ansvarligt lån være en sådan »foranstaltning«, som bestyrelsen »om fornødent« har pligt til at stille forslag om, jf. AL § 69. Et ansvarligt lån kan altså efter omstændighederne bringe et aktieselskab ud af en kapitaltabssituation. Anderledes i anpartsselskaber, hvor APL § 52, stk. 1,

stiller krav om, at bestyrelsen stiller forslag, som fører til fuld inddækning af anpartskapitalen. Når det sidstnævnte ikke kan opnås ved et ansvarligt lån, skyldes det, at ansvarlig lånekapital *er* fremmedkapital, og at optagelse heraf dermed aldrig kan medføre en forøgelse af selskabets nettoaktivmasse (hvilket selvsagt også gælder i aktieselskaber). I anpartsselskaber kan det dog tænkes, at Erhvervs- og Selskabsstyrelsen vil tage hensyn til tilstedeværelsen af et ansvarligt lån ved fastsættelsen af en eventuel frist for retablering af selskabskapitalen, jf. APL § 52, stk. 2.

I afsnit 9 afvises det i litteraturen anførte synspunkt, hvorefter en simpel kredit fra en hoved- eller eneaktionær kan blive tvangsmæssigt efterstillet, hvis lånet ydes under omstændigheder, hvor der i stedet burde være tilført egenkapital.

2. Perspektivering

Næppe nogen vil bestride, at en forøgelse af mulighederne for kreditoptagelse er gunstig for samfundsudviklingen, jf. også *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringer (2002) s. 29 og s. 51, hvor det fremhæves, at flere sikkerhedsformer giver mulighed for at tilgodese flere forskellige finansieringsbehov. Tilsvarende er det et aksiom, at en forøgelse af sikringsmulighederne netop forøger mulighederne for kreditoptagelse og dermed har den nævnte gunstige virkning.

En betingelse for, at der rent faktisk opnås samfundsmæssige kreditfordele ved en forøgelse af sikringsmulighederne i skiftende formuemasser, er imidlertid, at kreditgiverne rent faktisk tilskyndes til ved etablering af hver enkelt sikkerhed at gøre sig konkrete overvejelser om omfanget af den ydede kredit på grundlag af den tilsagte sikkerhed. Det er kendetegnende for de i denne fremstilling behandlede sikringsformer, at kreditgiverne netop regelmæssigt gør sig sådanne specifikke overvejelser, jf. navnlig kapitel 4 (om factoring), kapitel 5 (om finansiering ved koncerndannelse), kapitel 8 (om pant i sikkerhedsdepoter med negotiable dokumenter) og kapitel 9 (om pant i sikkerhedsdepoter med fondsaktiver). Det forekommer at være kernen i de sikkerhedsordninger, som bør accepteres af retsordenen, at ordningerne i videst muligt omfang tilskynder til konkrete overvejelser om størrelsen af den ydede kredit og den tilsagte sikkerhed. For så vidt må de nævnte ordninger anses som velfungerende og samfundsnyttige.

Det kan imidlertid hævdes, at dansk panteret på flere områder burde anerkende mulighed for sikkerhedsstillelse i yderligere aktivtyper. Det mest

nærliggende eksempel på noget sådant er pant i erhvervsvirksomheders driftsinventar, driftsmateriel og varelagre, som under den gældende retsorden kun undtagelsesvis kan underpantsættes under ét – og for varelagres vedkommende slet ikke. Årsagen er den eksisterende hovedregel om forbud mod underpant i tingsindbegreb, jf. TL § 47 b, stk. 1, og herom nærmere nedenfor. Da værdien af driftsinventar og driftsmateriel – bl.a. på grund af hurtig værdiforringelse – er langt mindre fast end værdien af f.eks. fakturafordringer, for hvilke der kan beregnes en statistisk belåningsværdi, er problemet måske knap så stort, som man umiddelbart skulle antage. I hvert fald bør de sædvanlige finansieringsformer for driftsinventar og driftsmateriel – navnlig ejendomsforbehold, underpant og leasing – opretholdes ved siden af muligheden for at pantsætte disse aktiver under ét ved indførelsen af en yderligere pantsætningsform.

I Sverige kendes det såkaldte »företagshypotek«, der som udgangspunkt omfatter alt erhvervsløsøre, ligesom også udestående fordringer kan være omfattet, så længe de ikke er betalt. I Norge kendes det såkaldte »factoringpant«, som indebærer, at en erhvervsvirksomhed kan pantsætte sine udestående fordringer – ligesom i Sverige gennem registrering hos en offentlig myndighed. Også i Danmark er der argumenteret for et lovreguleret, egentligt virksomhedspant, som kendes ikke blot i Sverige, men tillige i Storbritannien, hvor det såkaldte »floating charge« giver mulighed for under ét at pantsætte næsten alle aktiver, der tilhører et selskab (heraf den undertiden anvendte betegnelse »company charge«).

I både Norge og Sverige er der rejst tvivl om virksomhedspantets/factoringpantets kreditskabende effekt, jf. Ot. prp. nr. 26 (1998-99) s. 168 og NOU 1993:16 s. 150 ff. om efterkontroll av konkurslovgivningen m.v. samt SOU 1999:1, Del 1 om Nya förmånsrettsregler s. 278 ff., s. 292 og s. 296. Indførelse af et mere eller mindre altomfattende virksomhedspant i danske selskaber vil indebære et opgør med to klassiske pantsætningsforbud: *For det første* et opgør med forbuddet mod generalpant i TL § 47 a, hvorefter ingen kan give pant i alt, hvad han ejer eller fremtidig erhverver. De sociale hensyn, som oprindelig begrundede denne regel, kan begribeligvis ikke bære, at man nægter selskaber mulighed for at stifte generalpant, men som retsstillingen er i dag, gælder reglen også for juridiske personer. *For det andet* et opgør med det eksisterende forbud mod underpant i tingsindbegreb, jf. TL § 47 b, stk. 1, hvorefter der ikke kan gives underpant i samlinger af ensartede eller til fælles brug bestemte ting, medmindre andet følger af andre lovregler. Blandt de særlige lovregler kan nævnes dels TL § 47 b, stk. 2, om det til virksomheden hørende driftsinventar og driftsmateriel (med visse yderligere muligheder for

landbrugsejendomme), hvis virksomheden drives fra lejede lokaler, dels TL § 37, hvorefter pantet i en til særlig erhvervsvirksomhed indrettet ejendom tillige omfatter det til virksomheden hørende driftsinventar og driftsmateriel (med tillæg af visse aktiver for så vidt angår landbrugsejendomme).

I den norske debat, hvor hensigtsmæssigheden ved factoringpantordningen som nævnt er omtvistet, har *Jens Edvin Andreassen* – der er tilhænger af ordningen – i Juristkontakt nr. 1/94 s. 18 og i Jussens Venner 1996 s. 8 bl.a. henvist til *Jesper Berning:* Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 319, hvor det påpeges, at det »ikke [må] lades ude af betragtning, at den, der det ene øjeblik er kreditor, det næste øjeblik er debitor, og hvad der kan være en ulempe i den ene situation, vil være en fordel i den anden«. Umiddelbart kunne dette synspunkt – der synes at bygge på »de store tals lov« – forekomme rigtigt. Det er det imidlertid ikke, hvad angår factoringpant/virksomhedspant, og synspunktet støtter i øvrigt ikke den opfattelse, at der uden større skade kan slækkes på sikringsaktskravene, hvilket *Berning* generelt argumenterer for. Det må herved først og fremmest betænkes, at de finansieringsbehov, som opstår for en virksomhed, der optager kredit i et pengeinstitut, factoringselskab eller hos en anden professionel kreditgiver, er nogle helt andre end de finansieringsbehov, som opstår for en virksomhed, som på kredit sælger varer og andre leverancer fra en ikke-finansiel virksomhed. I det sidstnævnte tilfælde er det navnlig behovet for på hensigtsmæssig måde at kunne yde leverandørkreditter, der trænger sig på. Set fra den enkelte erhvervsvirksomheds side er der således ikke tale om, at virksomhedens status som kreditoptager er et spejlbillede af virksomhedens status som kreditgiver.

Retspolitisk har indførelsen af et virksomhedspant vind i sejlene i Danmark, jf. således *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 1995 B s. 294 og de samme forfattere i Kreditretten, 3. udgave (2000) navnlig s. 222 ff. Se også *Lars Jacobsen og Ole Thisted* i Justitia 1996, nr. 2 og *Erik Werlauff* i U 1996 B s. 332 i en anmeldelse af *Rolf Dahlgren og Christer Rune:* Företagshypotek m.m. – en lagkommentar, 2. utgave (1996) samt *Thomas Kræmer Rasmussen og Peter Nørtved* i R&R 2002 nr. 11 s. 20 ff.

I horisonten anes muligheden for, at et sådant pant i Danmark indføres ad lovgivningsmæssig vej. Ifølge *Erik Werlauff loc. cit.* var en arbejdsgruppe under Finansrådet allerede i 1996 i gang med at udarbejde et lovudkast om virksomhedspant i Danmark. Det kan ikke undre, at netop pengeinstitutternes brancheorganisation har en særlig interesse i indførelsen af et sådant pant. Erfaringerne fra udlandet viser nemlig – ikke overraskende – at det er virksomhedernes hovedkreditgivere, d.v.s. netop pengeinstitutterne, som i praksis nyder godt af et virksomhedspant.

Der skal ikke her foretages nogen generel vurdering af det ønskelige i indførelsen af en dansk ordning med virksomhedspant, men der skal gøres nogle bemærkninger om ordningens hensigtsmæssighed med hensyn til den aktivtype, som flere af denne fremstillings kapitler omhandler, nemlig den simple fordring (specielt fakturafordringen).

Hvis der herhjemme anerkendes et egentligt virksomhedspant med mulighed for pantsætning af varelager og/eller udestående kundefordringer under ét, må det antages, at interessen for finansiering ved koncerndannelse og factoring vil falde. Finansiering ved koncerndannelse er i øvrigt netop en engagementstype, hvor man uden lovhjemmel søger at etablere ordninger, som har lighedspunkter med både det »factoringpant« (som kendes i Norge) og det »företagshypotek« (som kendes i Sverige), jf. herved *Lennart Lynge Andersen og Erik Werlauff* i U 1995 B s. 298. Det kan for så vidt betegnes som en gunstig virkning, at mere »kringlede« sikkerhedsformer som finansiering via selskabsopsplitning undgås, jf. tilsvarende ovenfor i kapitel 5, afsnit 1.

Det skal ikke bestrides, at indførelse af virksomhedspant åbner *mulighed* for yderligere tilførsel af kapital til erhvervslivet, men også svaghederne bør betænkes:

Det skal i første række fremhæves, at det ville være særdeles uheldigt, om man etablerede mulighed for et selskabernes »virksomhedspant« (generalpant), som indebar, at selskaber under ét var tvunget til at pantsætte kundefordringer sammen med erhvervsløsøre som driftsinventar, driftsmateriel og varelagre. Dette ville netop overføre de belåningsmæssige svagheder ved løsøret til kundefordringerne, således at der under samme pantsætningsform ville dannes et sammensurium af sikkerheder, som det ville være svært at værdiansætte – både enkeltvis og samlet. Pantsætningsformen ville i så fald indebære en kontaminering af de værdisikre aktiver, hvilket antagelig ville bevirke, at visse af de aktiver (fordringer), der i dag kan pantsættes med en relativt høj belåningsværdi, på grund af sammenblandingen med mindre værdisikre aktiver ville få en lavere belåningsværdi. Noget sådant ville være skadeligt for kreditgivningen, og det må derfor anbefales, at man også ved fremtidige overvejelser om virksomhedspant eller lignende ordninger fastholder, at der skal ske pantsætning aktivtype for aktivtype – eller i hvert fald således, at der er en mulighed for at holde de særligt belåningsværdige aktiver uden for ordningen.

Det skal i anden række bemærkes, at det – *selv om* der etableres en ordning med virksomhedspant med en opsplitning efter aktivtyper – må befrygtes, at pengeinstitutterne mere eller mindre rutinemæssigt vil stille krav om af få alle

mulige sikkerheder, uden at der efterfølgende vil kunne påvises konkrete kreditmæssige fordele. I praksis vil pengeinstitutterne ofte bede om og få alle de sikkerheder, som virksomhederne nu engang kan stille – eventuelt uden en nærmere gennemgang af sikkerhedernes værdi i en sammenbrudssituation. Hermed er der risiko for, at et eventuelt fremtidigt virksomhedspant blot bliver en appelsin i turbanen for det enkelte pengeinstitut – en appelsin, der altså ikke betales (fuld pris) for gennem forbedrede vilkår for de kreditoptagende virksomheder. Se i samme retning om norsk factoringpant *Brækhus:* Omsetning og kreditt 2, 2. utgave (1994) s. 143, hvor det hedder: »Underpantsettelse en bloc er en langt enklere sak, så enkel at bankene nu nærmest rutinemessig krever slik sikkerhet i tillegg til annet pant når en kreditt av noe omfang skal etableres.« Se også SOU 1999:1, Del 1 s. 280: »Att företagsinteckning tas ut till betydande belopp hos små (dock ej de minsta) og medelstore företag fremgår även av våra undersökninger. [...] Härav kan emellertid inte utan vidare dra slutsatsen att företagshypoteket i samme utsträckning har varit en nödvändig föruttsätning för krediten.«

I yderste konsekvens vil pengeinstitutterne i kraft af en ordning med virksomhedspant blot blive forsynet med yderligere sikringsobjekter, som ikke indebærer kreditfordele for virksomhederne, fordi de pågældende sikringsmuligheder simpelt hen ikke ville udløse yderligere kreditter end dem, der i forvejen indrømmes – eller i hvert fald ikke udløse kreditter, som står i noget rimeligt forhold til de stillede sikkerheder. Der vil med andre ord antagelig opstå en situation som dén, der kendes for mindre aktie- og anpartsselskaber, hvor pengeinstitutterne mere eller mindre automatisk – ofte uden nærmere overvejelser – afkræver ene- eller hovedaktionæren en kautionserklæring for selskabets gæld, jf. herved *Carsten Fode og Noe Munck:* Valg af selskabsform (2000) bl.a. s. 131 om kaution for selskabsgæld – vel at mærke uden at det efterfølgende kan påvises, hvilke konkrete kreditmæssige fordele denne kautionserklæring har.

Ved indførelsen af et virksomhedspant vil et stigende antal konkursboer utvivlsomt blive sluttet på den måde, at pengeinstitutterne simpelt hen »stryger« hele aktivmassen i sammenbrudsramte virksomheder (med de undtagelser, som følger af eventuelle regler om forrang for visse krav). Dette vil i givet fald ske til skade for leverandører og andre kreditgivere. Tilhængerne af en virksomhedspanteordning kan tænkes at ville argumentere med, at der ikke tages nogen finansieringsmulighed fra virksomhederne, der blot tilbydes en yderligere kreditsikringsmulighed. Argumentationen lyder besnærende, men som det er fremgået, er den ikke uden videre holdbar. Begynder pengeinstitutterne mere eller mindre standardmæssigt at stille krav om virksomhedspant

ved indrømmelse af kassekreditter til erhvervsvirksomheder, må det antages, at sådanne krav i praksis vil blive imødekommet af de kreditsøgende virksomheder, der typisk ikke står i nogen stærk forhandlingsposition, særligt ikke hvis de er nystartede. Når virksomhedspantet herefter er etableret, er det så som så med alternativerne, idet virksomhederne efterfølgende ikke uden videre vil kunne benytte sig af f.eks. factoring eller fakturabelåning, hvis der i en økonomisk presset situation måtte opstå behov herfor. Det risikeres altså, at virksomhederne »gratis« eller til en alt for lav pris må give afkald på den stødpude, der ligger i fakturamassen. Dette er ikke kun virksomhedernes problem, men tillige et samfundsproblem, idet noget sådant generelt ville være til skade for kreditgivningen: Likviditetspressede virksomheder ville blive bundet til deres pengeinstitutter, *som* ikke ville være forpligtet til at yde yderligere kredit på grundlag af nye sikkerheder – f.eks. yderligere fakturafordringer (idet denne sikringsmulighed allerede ville være udtømt), *men som* i tilfælde af virksomhedens misligholdelse blot kunne skride til fyldestgørelse i hele aktivmassen. Størrelsen af denne aktivmasse ville pengeinstituttet end ikke kunne være sikker på i en sammenbrudssituation, idet pantet har karakter af at være »flydende«, og idet værdien af pantet derfor ville være afhængig af bl.a. konjunkturudsving og virksomhedens ageren i tiden op til sammenbruddet.

Specielt når der sammenlignes med factoring og finansiering via selskabsopsplitning, bliver en yderligere ulempe ved virksomhedspantet tydelig: Såvel ved factoring som ved finansiering ved koncerndannelse er der i praksis tale om, at virksomhederne tilføres likviditet i takt med, at kundefordringerne overdrages. Herved skabes der – som også nævnt ovenfor i kapitel 4, afsnit 2 – en sammenhæng mellem fakturamassen (omsætningen) og likviditetstilførslen. Denne virkning er gunstig, idet de fleste virksomheders behov for driftskredit netop er størst, når omsætningen (og dermed fakturamassen) er størst. Denne fordel opnås ikke ved virksomhedspant, jf. også *Martinson:* Kreditsäkerhet i fakturafordringer (2002) s. 51 f., der i samme forbindelse påpeger, at »företagshypotek« i givet fald er at foretrække ved navnlig anlægsinvesteringer, hvor der på én gang er behov for en større tilførsel af kredit.

Det skal endvidere nævnes, at virksomhedspant utvivlsomt vil gøre dividenden i konkursboerne lavere. Undertiden vil der end ikke være midler til den konkursbehandling, som giver kreditorerne en betryggelse for, at alt er gået rigtigt til – f.eks. med hensyn til konstatering af omstødelige dispositioner og boets eventuelle erstatningskrav. I Norge er erfaringen, at antallet af boer, som sluttes på grund af manglende midler til bobehandlingen (jf. herved den danske KL § 143) er øget væsentligt i forhold til boer, som sluttes efter en

ordinær bobehandling, jf. NOU 1993:16 s. 33. Omfanget af den sidstnævnte virkning vil selvsagt afhænge af, om man vælger en ordning, som giver fortrinsret for boomkostningerne, eventuelt ved at indføje begrænsninger i panthaverens adgang til at gøre pantet gældende for hele den omfattede aktivmasse. Alt andet lige vil det under alle omstændigheder blive mere risikabelt for andre kreditgivere end virksomhedspanthaveren at yde kredit. De øvrige kreditgivere – f.eks. virksomhedernes leverandører – kan tænkes at ville beskytte sig mod denne forøgede risiko ved at stille strengere krav ved deres kreditgivning, eksempelvis i form af kortere kredittider og højere renter. Omfanget af en sådan udvikling vil afhænge af, *om* virksomhedspant fører til, at virksomhederne får tilført større kreditter fra pengeinstitutter, som er indrømmet virksomhedspant. Disse større kreditter vil nemlig i højere grad sætte virksomhederne i stand til at foretage kontantkøb af råvarer og driftsmateriel.

Sammenfattende må det dog konkluderes, at en ordning med virksomhedspant, som tillige omfatter en virksomheds udestående kundefordringer, ikke forekommer attraktiv. De problemer, som knytter sig til virksomhedspantet, løses ikke uden videre ved, at ordningen med hensyn til fordringspantsætning gøres fakultativ. Således må pengeinstitutterne i vidt omfang antages at forlange de sikkerheder under virksomhedspantet, som de kan få. Det mest hensigtsmæssige – hvis et virksomhedspant skal indføres i Danmark – vil være at holde sådanne aktiver, som isoleret betragtet har en høj belåningsværdi, uden for ordningen. Som relevante aktiver kan navnlig peges på fakturafordringer. Noget andet er, at virksomhedspant forekommer velegnet til belåning af varelagre, jf. herved NOU 1993:16 s. 147, hvor det i øvrigt om varelagerpant hedder: »Normalt ytes visstnok kun kreditt for inntill 25% av takst mot rundt 80% ved fast eiendom.« Om »taksten« kan bringes højere op ved virksomhedspant, skal her være usagt, men en registreringsordning i forbindelse med virksomhedspant vil i hvert fald løse de betydelige problemer, som under den gældende retstilstand knytter sig til kravet om rådighedsberøvelse ved pant i varelagre.

Selv om der – alt efter udformningen – kan knytte sig finansieringsretlige betænkeligheder til indførelsen af et virksomhedspant, må det erkendes, at et altomfattende virksomhedspant kan have visse fordele ved rekonstruktion af sammenbrudsramte virksomheder. Når så at sige alle aktiver er pantsat til én panthaver (et pengeinstitut), vil det være lettere i forbindelse med realisation af pantet at afhænde alle virksomhedens aktiver under ét, eventuelt således at virksomheden kan sælges – af panthaveren eller pantsætterens konkursbo – som en »going concern«. Indførelse af et virksomhedspant kan med andre ord være egnet til at redde sammenbrudte virksomheder, hvis alternativet er, at

virksomhedens aktiver i forbindelse med en konkursbehandling ville spredes for alle vinde. Hertil er dog at sige, at det forekommer bagvendt at indføre en ny *finansieringsform* for at lette muligheden for rekonstruktion af virksomheder, der *har* lidt økonomisk sammenbrud. Det ville unægtelig være mere naturligt, om forbedrede rekonstruktionsmuligheder blev givet ved ændringer af reglerne om insolvensbehandling i konkursloven. Finansieringsretten har nok så meget til formål at *forhindre*, at virksomheder overhovedet kommer i økonomiske uføre og lider sammenbrud. Erfaringerne med denne »præventive« virkning er i øvrigt ikke gunstige i Sverige. I SOU 1999:1, Del 1 s. 292 hedder det ligefrem, at företagshypoteket i så henseende ligefrem mest har negative virkninger, idet »de olika borgenärerne [inte] sidder i samme båt og gör sin beslutning uteslutande från vad som er mest lönsamt för företaget«.

Corporate Finance Law
Summary

This work concerns corporate finance law, in other words it concerns the legal aspects of borrowing by commercial undertakings from professional lenders such as banks and finance companies. Major shareholders and sole shareholders who make loans to companies which they control are included as professional lenders in this context.

Chapter 1 sets out the aims of the book and makes some general comments on the subject. It is pointed out that corporate finance law touches on widespread areas of private law, since it involves problems connected with the law of contract, the law on financial securities and insolvency law. Over the last few years in the area of private law, particularly in the law governing financial assets, there has been a tendency for there to be an 'atomisation' of the law, in which ever more legal disciplines have been established as independent areas of study. This has also happened in the area of corporate finance law and there have been good reasons for this. Financing arrangements often include aspects from so many areas of law that it is difficult to consider them within the boundaries of their traditional scope of study. The usual division between the law on financial securities and the law of contract makes it difficult to describe many financing arrangements. Those parts of individual arrangements which concern the relations between the parties to an agreement belong under the traditional law of contract. Other parts of arrangements which affect third parties (e.g., transferees of rights and the legal claims of creditors) belong under the law on financial securities. With a fragmented treatment of financing arrangements under the separate headings of the law of contract, the law on financial securities and the law of insolvency, there is a risk of loss of focus on some elements, and a loss of the overall view; it also makes it difficult to explain the relationship between the contractual aspects and the securities aspects of financing arrangements if adopting a fragmented approach. As

the title of this book suggests, it is argued that it is relevant to look specifically at the law of *corporate* finance. There are three reasons for this:

First, there are a number of regulations on commercial lending which do not relate to corporate lending, but only to consumer credit.

Second, there are many differences between the kinds of lending agreements which, for example, banks enter into with their private customers and their business customers. The great majority of the kinds of arrangements dealt with here are normally entered into with business customers.

Third, true corporate finance law is of special interest because the capital requirements of modern commercial undertakings have broken away from the classical law on financing which, at least in relation to the law on financial securities, was largely developed and regulated under very different social conditions than those existing today.

The starting point for corporate finance law is that there should be freedom of contract, meaning that it is up to the parties to the contract themselves to determine how relations between them shall be regulated. This starting point also applies to the relations between banks and their business customers. The balance of power is mostly to the advantage of the professional lenders. However, business customers are much less protected by prescriptive rules than private customers. When it is said that the principle of freedom of contract applies in corporate finance law to the relations *between* the parties, this is because the situation is very different *in relation to third parties*. Third parties can naturally not accept that agreements between those giving and receiving security, or assumptions about the terms of such agreements, should be decisive in relation to any subsequent dispute about priority. It would undermine fundamental assumptions of business and lead to a general fraud upon creditors if those giving and receiving security could decide the terms under which a given secured creditor could enjoy protection for this or other business claims. In relation to third parties (under the law on financial securities), there is a need for clear and fixed rules which must remain unaffected by agreements between the parties under contract law. The prescriptive provisions which are relevant to third parties concern, among other things, the requirements for documentation and the setting aside of such agreements in the event of insolvency. The requirement for documentation is based on the view that it is easier to deal with evidence based on a document than evidence

about the existence of an agreement, and its legitimacy, in the absence of documentation.

For the most part the traditional *jurisprudential* methods are used in this book. This study aims to investigate current Danish law, including the rules currently applied by the judicial authorities in Denmark.

As the aim of this book is to analyse current *Danish* law, it does not include comprehensive comparative analysis. However, there are extensive references to Norwegian and Swedish laws because the basic problems addressed here are mostly common to each of the Nordic countries so there is most to be learnt from references to the legal positions in these two neighbouring countries.

Another aim of this book is to give an overview of the different forms of financing both practically and theoretically, while paying particular attention to those topics which have not been thoroughly dealt with in legal practice (judicial decisions and administrative practice) or in legal literature, or on which there is doubt or disagreement. The aim has been to present issues which are well settled in short and concentrated form, and to go into greater depth when discussing questions on which there is some doubt and which are linked to the forms of financing dealt with here. The emphasis in this approach is on practicability and relevance, as well as on solving concrete legal problems.

From this it follows that, while this study is based on a number of different kinds of contract, the questions arising from them will not be discussed equally thoroughly. It is primarily the issues on which there is most doubt about the form of financing in question which will be dealt with in more detail.

A large number of documented examples of the agreements discussed have been gathered for use in this study. The practice of contract law is included in this study by the way in which the contracts themselves have prompted the analysis of concrete problems. This comprehensive source material is suitable for identifying *where* problems exist, but it is not a suitable starting point for finding the solution of problems where no agreement has been entered into. It is not possible to make any statistical analysis on the basis of the material gathered, and it would probably not serve any useful purpose to do so. It is suggested that the quantity of documented examples which have been studied is representative, though this cannot be proved, which means that it is not possible to refute any assertion that the material is random rather than representative. However, this is not critical for this study, as its aim is not to make a statistical survey of the frequency of legal problems, but to solve them.

This study has been made with a view to seeing how legal rules have a practical affect on the conditions for formulating financing arrangements. On the basis of the documentation gathered and the legal practice, this study contains practical advice on how to arrange securities agreements.

This study also looks at the problems of professional lenders and of commercial borrowers with as evenly balanced an approach as possible. However, there is an general emphasis on those elements where the risk of a mistake in a security agreement is greatest, and in practice this is most frequently on the side of the lender.

This study does not put forward any theories in the usual sense, but is based on some fundamental assumptions:

One fundamental assumption has already been referred to, and this is the assumption that it is sensible to deal with corporate finance law as an independent area of law. This is because it typically concerns issues which differ from consumer credit agreements, and because in the variety of financing agreements there are a number of agreements which are typical of a kind and which have their own characteristics.

Another fundamental assumption, frequently referred to in this study, is that: when the many different special rules on forms of financing from traditional areas of business are applied in a 'new' area, there is some loss of 'heritage' from the original financial law. The central and classical financial law does not change its character because there is a differentiation in the literature between certain topics which are dealt with under the headings of 'financial law', 'credit law' and suchlike. That is why this study includes an investigation of more recent Danish law with a view to establishing whether (1) the practice of the courts, (2) the views expressed in legal literature, and (3) the practice revealed in the documentation can stand up to a closer analysis in the light of the current Danish law on financial assets. It is argued that on occasions it fails to do so.

A third fundamental assumption is that it is useful to review a number of the securities agreements which (nearly) all have the primary purpose of transferring monetary claims. This makes it possible to undertake an ongoing comparison of the purposes and functions of the securities instruments. In this study the main focus is on the simple debt as the object to be secured. As for the required documentation, there is a focus on the question of control, i.e. the question of what rights the person giving the security has to decide on the disposal of the assets without the person receiving the security losing his creditor protection.

A fourth fundamental assumption is that the rules governing documentation work best in a single-step system, where the chosen form of security requires one, and only one, instrument. In other words, if at all possible, security should not be achieved by two or more equally valid alternatives. In this study a number of forms of security are put forward in which there are alternative instruments. The aim of the documentation is basically to counteract creditor fraud, such as pre-dated and sham agreements, as well as to prevent disappointing business expectations. Fundamentally, even important practical considerations should not override the principle of regarding alternative documentation with extreme caution, as is illustrated in the course of this study where such forms of security are recognised. Also, forms of security with alternative documentation ought only to be recognised where there are overwhelming reasons to do so, and the existing practice of the courts ought to be narrowly, rather than widely, interpreted.

A fifth fundamental assumption, which is an extension of the preceding point, is that the interests of credit are best served by fixed and clear rules with regard to security, in particular with regard to documentation. The basic view in this study is that the courts ought to be conservative and not to bend with the wind which blows from the financial sector, which is basically only interested in one thing: that it should be permitted to borrow as many assets as possible in the way which is easiest for finance companies. In practice it is the banks who stand first in line with their securities, and they will doubtless serve themselves as generously as the courts and the legislation allow. However, the courts have done their work and have laid down clear solutions for different categories, even for less typical cases.

A sixth fundamental assumption is that freedom of contract is beneficial for lending and that, all things being equal, an increase in the scope for securing loans is beneficial to society. The more kinds of security that are permitted, the more the individual needs of lenders can be satisfied, and the greater the satisfaction of the needs of society. However, this basic view is subject to the important qualification, referred to above, relating to third parties where there ought to be clear and fixed rules in securities law so that fraud on creditors and the disappointment of reasonable business expectations are avoided as far as possible.

It has already been stated that the contract-based approach to the agreements aims at determining what rights the person giving the security has to control the assets. This question concerns the rights which the person giving the security has to have control over the assets without the person receiving the security losing his creditor protection. This question is illustrated from a

number of different points of view, with a topic-based review. The problem of the right of control thus runs through this study of the different types of security arrangements, since it keeps rearing its head in different circumstances and in different guises.

This study also prompts a more detailed treatment of the Danish legal requirements for the *particularisation* of security (linking the lien or bond to a particular item). Negotiable instruments and investment securities are particularly well-suited as the starting point for such an investigation, since these securities in particular are often pledged as 'floating' assets.

The basic structure of this study is in four parts:

Part I concerns simple debts as the basis of credit, and there is a review of the arrangements for security for simple debts.

Chapter 2 is a general chapter on security for simple debts where the purpose and function of security instruments are reviewed. In connection with this, some comments are made about the content of the instrument (notification), which is a general topic and is relevant for most of forms of financing which are discussed later. There is an explanation of the purpose and function of the security instrument. Particular attention is paid to the problem of the right of control and to the general question of whether the right of the transferor to receive revenue is compatible with the creditor protection of the transferee. There is a general principle that the free right of control for the person giving security is not compatible with the creditor protection of the person to whom the security is given. In accordance with this general assumption, it is concluded that there is nothing to prevent the transferor being granted the authority to collect debts, but that such an arrangement must be supplemented by a requirement for ongoing and direct accounting to the receiver of the security.

Chapter 3 concerns the classic subject of lending for construction projects, and there is a thorough review of the not entirely persuasive legal precedents on this topic. The inappropriateness of some of the practical arrangements of the banks in relation to their assignments of securities are also referred to. There is also a discussion of bridging loans and of the atypical nature of nature of debts arising from loans for construction projects, and in connection with the assignment of loans for construction projects. This discussion is linked to a review of the customary conditions for loans for construction projects. In connection with pre-completion loans for construction projects, a view is given on, among other things, whether it is possible in Danish law to subrogate a mortgage right which, under the terms of the mortgage, is non-transferable. This is followed by a discussion of the payment rules for those

debts which, in the context of construction, are subject to assignment of security. The aim of this is to show the connection with the rules of contract law on the obligation to pay, and the security value of the assignments; this is a connection which (presumably for ease of understanding) appears to be neglected in the usual works on securities law. The different forms of assignment (transfers of debts) are dealt with in a separate section: primary lending, secondary lending, subsequent lending and supplementary lending. This review includes comments on matters which are frequently forgotten in the mortgage documentation of the banks. Then there is a discussion of the contractor's right to ignore an assignee of a security and pay the assignor – the right to disregard sub-claimants. It is argued that a decision that the conditions for ignoring the rights of sub-claimants have been satisfied depends not only on an objective assessment of whether the construction can be completed, but also on a subjective assessment of which obstacles to completion the contractor has reason to fear. As for the particularisation of liens, it has been established that there are no particularly strict requirements for identification of the secured asset in relations between several secured creditors, cf. the judgment referred to in U 1994.812 H, but it must be assumed that stricter conditions will apply when creditors of the secured creditors pursue their rights. It is established, as a declaratory rule, that an assignment shall be placed as advantageously as possible. However, it is first and foremost the agreement which determines whether a conflict of priority arises in the first place. Typical terms of agreement are the general conditions for service and supplies 1992 § 5.2, the rule on the priority of the assignment of the security in question. The different limitations of the rule are discussed, and these are reconciled with the elements of the theory put forward, that a contractor's bank should generally be regarded as the secured creditor in question, regardless of whether the credit is provided for the construction in question or not. Thereafter there is a discussion of the primary secured creditor's right to give further credit, which may prejudice the interests of subordinate creditors. It is argued that there is an presumption against the idea that secondary lending prevents an expansion of credit by the primary secured lending bank, and in this connection some critical comments are made about the practice of the courts. Finally, some of the general declaratory rules on the right to improve the priority of subordinate creditors is discussed.

Chapter 4 deals with factoring. The chapter gives a practical introduction to the use of this form of financing. By way of introduction, on the basis of a review of a large number of factoring contracts as well as interview research, there is a comprehensive discussion of the practical considerations in setting

up factoring arrangements, as well as of the payment streams in typical arrangements. The duties and responsibilities of the factor are looked at, and the factoring customer's and the factor's typical powers in cases of default. It is shown that, in the event of the termination of the agreement, as a result of breach of contract, compensation can be claimed for loss of interest, due to the financial character of the contract. The main emphasis is on the description of the financing function of the factor, and the requirement for security in factoring. In contrast to the theory, it is argued that there is no reason to relax the requirement for documentation of security with general borrowing against invoiced receivables. On the contrary, there can be good reasons for stricter requirements, partly because the form of notification is not optimal (endorsement of an invoice), and partly because the term 'factoring' can also cover pure debt collection. The question of documentation for international factoring is also dealt with (i.e., factoring where the person owing debt on an invoice is a foreign customer). There is much theoretical debate about whether the rules on securities instruments should apply in the debtor's or in the transferor's country of domicile. It is concluded that Danish private international law favours the latter. There is also a discussion of the problems which can arise with security in the floating assets of a factoring arrangement. Among other things there is an investigation of the legal position of the factor as the primary secured creditor and of secondary secured creditors over the floating assets of a factoring arrangement. This includes the possible situation where a factor, who has a factoring agreement with company A, acquires a claim against A, as part of a factoring agreement with company B. It is argued that, because of the financial nature of its contract with the factor, A can reject the right of the factor to set off the claim against A on the basis of B's invoice against the amounts payable to A under A's factoring agreement. It is concluded that there must be an express agreement to allow the factor to set off the claims against A on the basis of rights acquired from B. There then follows a discussion of the relations between the factor and those owing money on invoices. Among other things, on the basis of the decisions of the courts, some comments are made on the principles relating to objections and counterclaims. As for set-off provisions, there is general agreement with the view that there are special requirements for their adoption. This chapter also deals with the legal effects of the passivity of a recipient of an invoice or giving notice where the factor's customer has issued invoices which are fictive, or where the goods bought have not been delivered or there has been some deficiency in the delivery. It is pointed out that the factor's loss as a result of the failure of the recipient of the invoice to react is in the nature of an ordinary business loss,

in which there is normally a requirement for a qualified duty of care. There is also an investigation of the legal literature concerning a problem which is only occasionally dealt with, which is whether the debtor for an assigned claim against him can claim repayment from the factor if, subsequent to payment being made, it is shown that the payment was not in fact due. It is established that a claim cannot be made against those who have received the payment in good faith. Finally, there is consideration of the rules on setting aside the agreement with the factor if the factor's customer becomes insolvent. There is a review of the comprehensive legal practice and the many different views which have been expressed on this point in the legal literature. It is concluded that the net method applies in normal circumstances, but there are many different views about the assumed content of this method.

Chapter 5 deals with the financing of the formation of a corporate group when there is a splitting up of a borrowing company so that it becomes the parent company for a subsidiary, to which the parent company's receivables from invoices are transferred. Thereafter the subsidiary company takes up a loan in order to finance the parent company. In particular the chapter focuses on 2 situations with these arrangements: first, there is the problem of the right of control because of the close connection between the companies in the corporate group, and second there is the question of the sustainability of the arrangement if the transferor company gives a guarantee for the transferee company with regard to the receivables from the invoices. On the basis of the practice followed in contracts and from interview research, a description is given of the background to setting up these arrangements, their purpose and mode of operation, as well as their advantages and disadvantages. There is then a discussion of the special problems of the securitisation instruments which these kinds of arrangements can give rise to, and there is a short review of the rules on setting aside arrangements when there is insolvency, where it is concluded that the rules largely follow the rules which apply to factoring. Finally, the question of identifying the companies with regard to the right to the assets held by the subsidiary company is dealt with. A number of common issues are discussed, though with special attention to the significance of the parent company possibly carrying the credit risk for the transferred receivables. It is concluded that there is nothing to prevent the parent company carrying the credit risk, as long as the subsidiary company is not responsible for the sales function.

Chapter 6 deals with simple debts which are characterised by the fact that the transferee and the debtor are the same legal person, as is often the case with banks (secured debt on the one hand and deposit account on the other).

The practice of the banks on conditions for set-off are reviewed, and there is a discussion of the special problem of control over assets when the bank has obtained security over an asset (such as a deposit account) with the institute itself as debtor. In the introduction to this there is a discussion of the general principles of set-off and its limits. Special attention is then paid to the cases where a bank wishes to use set-off for the depositor's creditors who are seeking satisfaction for their claims from the deposit account. It is shown, in a review of the legal practice, that in many instances the banks have sought, in their terms and conditions etc., to obtain wider powers of set-off than are laid down in the Law on debt instruments § 28, which is the ruling provision in this area. Finally, the problems of securitisation are looked at in connection with securities linked to deposit accounts. Here again, the problem of control over secured assets rears its head in a new guise. The question is, what right is there to block a deposit account which is subject to a lien? It is concluded that the blocking of an account must be absolute, sure and an expression of reality.

Part II deals with liens over deposited securities. After a short introductory chapter (Chapter 7), Chapters 8 and 9 look at the most frequently used forms of deposited securities; negotiable instruments and investment securities. Chapter 7 contains some general comments on securities deposits, including the two main problems in connection with liens – the problem of particularisation of a lien and the problem of control – which are linked to deposits of securities of negotiable instruments and investment securities, when documents are deposited and removed. The question is what legal rights apply to a lien over floating assets, including parts of floating assets, and what demands can be made to deprive the borrower of control over assets when a lien is made on a working deposit, for example as part of an investment portfolio, where investment securities are deposited and removed?

Chapter 8 deals with negotiable instruments which are put in a securities deposit. To start with there are some comments on bonds and share certificates and their characteristics as negotiable instruments. There is discussion of when a bond, against which a deposit is made, is to be regarded as taking effect, and it is concluded that the bond shall at least be signed and that there shall be delivery of it by the person giving the bond in order for there to be the necessary execution of the bond, cf. the Law on debt instruments § 22. Thereafter the distinction between transfer of ownership and transfer for security is considered, which in practice causes problems in connection with negotiable bonds. It is concluded that transfer of ownership, where there are no restrictions on the exercise of control, can only be considered as having taken place

when all the conditions for transfer, including the purchase price, have been agreed. Further, on the basis of actual examples, there is a review of the requirement for particularisation of liens when pledging bonds and share certificates. It is concluded that it is possible to give security based on part of a deposit of negotiable instruments, and it is possible to give a security for a given sum based on the content of a deposit 'for the time being'. It is thus possible to establish a floating charge. Finally, this study looks at the major problem connected with giving a lien over deposits of negotiable instruments, which is the question of what requirements must be satisfied so the transfer of control referred to in the Law on debt instruments § 22 can be regarded as established and maintained. The idea, in theory, that there is a requirement that the lien and the debt shall be of the same order of size, is rejected. Whatever the case, it can only be required that the person giving the bond or lien shall expressly agree to the securities being taken out of the deposit, whereas for example an increase in the debt because the pledgee is willing to run a greater credit risk and allow the borrower to increase his borrowing, without the amount of the deposited securities being controlled every time the credit is drawn on, is not relevant to the question of control.

Chapter 9 deals with investment securities (electronically registered securities, for example shares or debentures) in a securities deposit. First, the relevant investment securities are defined and the registration procedure is described. Then follows a commentary on the scope of the law on giving security, including reference to the amounts on the account which are subject to a lien, withdrawals and revenues, as well as interest payments and dividends. There is also a discussion of the major questions of particularisation of items over which a lien or bond has been given and the lienholder's documentation. As has been established in connection with physical securities, it is concluded that there is nothing to prevent the giving of a lien over part of the investment securities which are registered, just as there is nothing to prevent giving a lien over investment securities which are registered in the debtor's name 'for the time being'. With regard to the debt instrument, it is argued that the registration of a right, cf. *værdipapirhandelsloven* (the Danish Securities Trading Act) § 66, is not in itself sufficient documentation if the person giving the lien has the full right to dispose of the assets in the register. Registration must be supplemented by a requirement for an effective restriction on the right to dispose of the assets, in the same way as with deposits of physical securities. Finally, there is a discussion of the special problems which arise when the conditions of a loan security cannot be registered in a central securities deposit.

Part III deals with claims which have a subordinate priority. Chapter 10 is a short general chapter on claims with subordinate priority. Apart from a review of the two classical forms of conditions for subordinate priority, disclaimers and unsecured loan capital, there are some general comments on the relationship between equity capital and loan capital. Very little has been written about disclaimers and unsecured loan capital in Danish law, and a discussion of these topics is considered of value in itself.

Chapter 11 deals with disclaimers made in favour of some other party, which is a topic which has not previously been dealt with comprehensively in the legal literature. The purpose and function of these disclaimers are explained, and a number of precedents are given as examples. In practice such declarations are often very brief, so that with regard to the purposes of such declarations it is necessary to lay down some explanatory rules on their legal effects. As a supplement to the discussion of the well known effect, that a disclaimer has the effect of transferring dividends to the beneficiary of the disclaimer, different forms of disclaimers can be categorised according to who can base a claim on them. There is a categorisation of the claims which are covered by a disclaimer. Thus, it is argued that, in the absence of anything to the contrary in an agreement, the person making the disclaimer must be regarded as having withdrawn the claims he had against the debtor at the time of entering into the agreement, and that the person making the disclaimer has withdrawn from the claims which the beneficiary of the disclaimer had against the debtor at the same time. Following this, the effects of a disclaimer are dealt with in the context of an economic breakdown by the debtor. It is argued that the disclaimer must be assumed to mean that the debtor is not entitled to make any payment to the person making the disclaimer in respect of any claims for which the disclaimer has been made. Naturally, some different arrangement can be agreed or presumed, but without the effect described, and depending on the circumstances, a disclaimer can be economically valueless for the beneficiary of the disclaimer. There follows a discussion of the legal situation when the debtor is insolvent or under an administration order. It is concluded that, while a disclaimer may have the effect of transferring dividends to the beneficiary of the disclaimer, such a declaration does not affect arrangements made in insolvency proceedings or under an administration order. With regard to voting rights in connection with insolvency proceedings, it is shown that a disclaimer has such similarities with third party securities that the rules on this apply correspondingly. The next section deals with the protection of the beneficiary of the disclaimer against the creditors of the person making the disclaimer. The security instrument is a notification to the

debtor, cf. the principle in the Law on debt instruments § 31. Here too there is a problem of control, if the person making the disclaimer would have been able to receive payment in respect of the debts he has disclaimed. It is concluded that the same rules must apply as with the ordinary transfer of claims, so that creditor protection for the beneficiary of the disclaimer is incompatible with the right of the person making the disclaimer to receive payment. In Section 9 it is concluded that for accounting purposes a disclaimer should be treated in the same way as a secured debt.

Chapter 12 deals with subordinated debts, which have only occasionally been dealt with in Danish legal literature. A study of unsecured loan capital would seem to be overdue, since in recent years in Denmark a market has developed for unsecured loan capital. Among other things, a number of examples are given showing how those offering these new investment products use standard conditions which are quite incompatible with an agreement for general subordination, for example the condition that the loan is repayable if the borrower defaults on payment. There is a review of the concept of unsecured loans, and the different reasons for borrowing and lending on this basis are studied against the background of the contracts used in practice and interview research. Agreements for unsecured loan capital are frequently short, so the problems must largely be solved on the basis of the interpretation of the purposes of the conditions of subordination. There is a more detailed analysis of the basis on which the borrower's creditors can claim benefit from the terms of subordination. It is significant that, in the annual accounts of the borrowing company, there shall be a statement that unsecured loan capital has been paid into the company. Such a statement is in the nature of pledge to the borrowing company's creditors. The bond which is thus given to the creditors means that after the publication of the annual accounts the lender and borrower cannot, between themselves, act in contravention of the conditions of subordination. This also applies if the period of the unsecured loan has expired, but is otherwise assumed to apply. Following this, the question of set-off in connection with unsecured loan capital is dealt with, and it is concluded that there cannot be set-off for either the lender or the borrower when they are not entitled to demand either payment or redemption. However, it can be in the interests of the creditors of the borrowing company for there to be set-off, even if there is no right to redeem the loan under the ordinary rules. This study distances itself from the almost unanimously held theoretical view that, when dealing with the status of the unsecured lender under an arrangement made by an administrator, the unsecured loan consists of a percentage corresponding to the dividend payable from the insolvent estate. Thus, after a compulsory

settlement, the lender cannot raise further claims against the debtor. In connection with the loss of capital in public and private limited companies, it is shown that unsecured loans have different effects in the two different forms of incorporation. In public limited companies a proposal to take up an unsecured loan can be a 'measure' for which the board of directors, 'if necessary', have a duty to put forward a proposal, cf. § 69 of the Companies Act. An unsecured loan can, depending on the circumstances, bring a company out of the situation in which it has suffered a loss of capital. It is different with private companies, where § 52.2 of the Private Companies Act has a requirement that the board of directors shall make a proposal which will lead to the full coverage of the company's share capital. This latter cannot be attained by an unsecured loan, because unsecured loan capital is not equity capital, so that taking up such a loan cannot result in an increase in the company's net capital (the same applies, of course to public limited companies). Finally, there is a rejection of the view put forward in the literature that a simple credit from a major or sole shareholder can be compulsorily subordinated if the loan has been provided under circumstances where it ought to have been provided as equity capital instead.

Part IV contains Chapter 13, with a summary of the main conclusions of the study. In this part the most significant elements which have been dealt with are reviewed, chapter by chapter. The main focus is on those elements which are most in doubt, disputed or not otherwise dealt with, and the most significant points from each chapter are emphasised. Finally, the topics dealt with in this study are looked at in a wider perspective, including some comments on forms of debt instruments known in Sweden and England, among others, in particular the issue of the floating charge. There are also some comments on a form of security known in Norway, which is a form of factoring lien. The aim of including these foreign arrangements is not to assess their general relevance to Denmark, but to assess their appropriateness with regard to the type of asset which features largely in this study; an outstanding monetary claim. It is concluded that a floating charge would have a damaging effect on financing with regard to simple debts in Denmark where simple debts have shown themselves to be well suited and especially effective in promoting liquidity.

Litteratur (bøger)

Adlercreutz, Axel: Finansieringsformers rättslige reglering, 3. uppl. (2001)

Albemark, Christer: Kundkreditförsäkring (1988)

Almgren, Göran: »Pantsättning genom överlämnande av nyckler« i Rättsvetenskapliga studier ägnada minnet av Phillips Hult (1960)

Andenæs, Mads Henry: Konkurs (1999)

Andersen, Eigil Lego: Gavebegrebet (1988)

Andersen, Lennart Lynge og Madsen, Palle Bo: Aftaler og mellemmænd, 4. udgave (2001)

Andersen, Lennart Lynge og Møgelvang-Hansen, Peter: Bankretlige emner (1994)

Andersen, Lennart Lynge: Begunstigelse og pension (1999)

Andersen, Lennart Lynge; Møgelvang-Hansen, Peter og Ørgaard, Niels: Gældsbrevsloven med kommentarer (1997)

Andersen, Lennart Lynge og Erik Werlauff: Finans & Kredit (1992)

Andersen, Lennart Lynge; Gam, Henrik og Møgelvang-Hansen, Peter: Kreditretlige emner, 2. udgave (1997)

Andersen, Lennart Lynge og Werlauff, Erik: Kreditretten, 3. udgave (2000) s. 222 ff.

Andersen, Lennart Lynge: Lov om kreditaftaler, 3. udgave (2001)

Andersen, Lennart Lynge: Pengeinstitutternes modregning i særlige indlån (1988)

Andersen, Mads Bryde: Grundlæggende aftaleret, 2. udgave (2002)

Andersen, Mads Bryde og Lookofsky, Joseph: Lærebog i Obligationsret I (2000)

Andersen, Mads Bryde: Praktisk Aftaleret (1995)

Andersen, Paul Krüger: Aktie- og anpartsselskabsret (2002)

Andersen, Paul Krüger og Clausen, Nis Jul: Børsretten (2000) s. 55 ff.

Andersen, Paul Krüger: Studier i dansk koncernret (1997)

Andreassen, Jens Edvin: Factoringpant (1990)

Arnholm, Carl Jacob: Panteretten, 3. utg. (1962)

Augdahl, Per: Den norske obligasjonsretts almindelige del, 5. utgave (1978)

Bang-Pedersen, Ulrik Rammeskow: Internationale aspekter af insolvens- og tingsretten (2002)
Bergo, Knut: Børs og værdipapirrett (1999)
Bergström, Svante og Lennander, Gertrud: Kredit og säkerhet, 8. uppl. (2001)
Berning, Jesper: Finansieringsret (1977)
Berning, Jesper: Omsætningsformue som kreditsikring. En analyse af retlige elementer ved belåning af skiftende formuemasser (1973)
Betænkning nr. 432/1966 om konkursordenen
Betænkning nr. 606/1971 om konkurs og tvangsakkord
Betænkning nr. 620/1971 om almindelige betingelser for arbejder og leverancer (AB 72)
Betænkning nr. 628/1971 om finansieringsselskaber og lignende virksomheder
Betænkning nr. 793/1977 om det obligations- og aktieløse samfund
Betænkning nr. 839/1978 om køb på kredit
Betænkning nr. 948/1982 om gennemførelse af lov nr. 179 af 14. maj 1980 om en værdipapircentral
Betænkning nr. 1266/1994 om ABT 93
Betænkning nr. 1246/1993 vedrørende AB 92
Bjørn, Birgitte: Factoring – A Comparative Analysis (1995)
Brækhus, Sjur: »Avtalt motregning« i Rett og Humanisme. Festskrift til Kristen Andersen (1977) s. 53-79 (også optrykt i »Fra kreditretten og andre retsområder« (1978) s. 337-360)
Brækhus, Sjur: »Factoring« i Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm« (1969) s. 331-357 (også optrykt i »Fra kreditretten og andre retsområder« (1978) s. 40-66)
Brækhus, Sjur: Fra kreditretten og andre rettsområder (1978)
Brækhus, Sjur: Konkursret, utvalgte emner, 1970
Brækhus, Sjur og Hærem, Axel: Norsk tingsrett (1964)
Brækhus, Sjur: Omsetning og kredit 1, 3. utgave (1991)
Brækhus, Sjur: Omsetning og kreditt 2, 2. utgave (1994)
Brækhus, Sjur: Omsetning og kredit 3 og 4 (1998)
Brækhus, Sjur: »Sikkerhet i certepartier og certepartifrakter« i Festskrift till Knut Rodhe (1976) s. 33-90 (også optrykt i »Fra kreditretten og andre retsområder (1978)« s. 279-336)
Boman, Per: Factoring och leasing (1985)
Bylund, Bertil: »Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal« i Festskrift til Knut Rodhe (1976) s. 123
Carstensen, Vagn og Rørdam, Thomas: Pant, 7. udgave (2002)
Carstensen, Vagn: Ting og sager I (1981)

Carstensen, Vagn: Ting og sager II (1984)
Christensen, Lasse Højlund: Fremtidige fordringer – særligt med henblik på omstødelse (1999)
Christiansen, Per og Bjørland, Jan: Verdipapirhandelloven (1990)
Clausen, Nis Jul: Finansiering via selskabsopsplitning (1987)
Clausen, Nis Jul: Sikkerhed i fordringer, 3. udgave (2000)
Dahlgren, Rolf og Rune, Christer: Företagshypotek m.m. – en lagkommentar, 2. utg. (1996).
Elmer Michael og Skovby, Lise: Ejendomsretten 1, 3. udgave (1995)
Evald, Jens: Retsmisbrug i formueretten (2001)
von Eyben, Bo og Møgelvang-Hansen, Peter: Kreditorforfølgning, 4. udgave (2001)
von Eyben, Bo; Mortensen, Peter og Sørensen, Ivan: Lærebog i Obligationsret II
von Eyben, W.E.: Formuerettigheder, 7. udgave (1983)
von Eyben, W.E.: »Modernisering af panteretten« i Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm (1969)
von Eyben, W. E: Panterettigheder, 8. udgave (1987) ved Henning Skovgaard
Falkanger, Thor: »Kreditorekstinksjon og juridiske trosartikler« i Festskrift til Anders Bratholm (1990)
Falkanger, Thor: Tingsrett, 5. utgave (2000)
Gomard, Bernhard: Aktie- og anpartsselskaber, 4. udgave (2000)
Gomard, Bernhard: Almindelig kontraktsret, 2. udgave (1996)
Gomard, Bernhard: Fogedret, 4. udgave (1997)
Gomard, Bernhard: Forholdet mellem Erstatningsregler i og uden for Kontraktsforhold (1958)
Gomard, Bernhard: Introduktion til obligationsretten (1979)
Gomard, Bernhard; Møller, Jens og Lindencrone Petersen, Lars (red.): Kommenteret retsplejelov, 6. udgave 2000
Gomard, Bernhard: Obligationsret 1. del, 3. udgave (1998)
Gomard, Bernhard: Obligationsret 2. del, 2. udgave (1995)
Gomard, Bernhard: Obligationsret 3. del (1993)
Gomard, Bernhard: Obligationsret 4. del (1994)
Gomard, Bernhard: Obligationsretten i en nøddeskal, 3. hæfte (1981)
Gomard, Bernhard: Skifteret, 2. udgave (1969)
Gorton, Lars: »Negative förpliktelser i finansielle avtal« i Festskrift til Bernhard Gomard (2001)
Gram, Gert Bo og Mebus, Bent: Værdipapircentralen. En håndbog (1984)
Göranson, Ulf: Traditionsprincipen (1985)

Hagerup, Francis: Den norske panteret, 4. udgave (1925)
Hasselager, Olaf m.fl.: Årsrapporten, bind 1-2, 3. udgave (2001)
Heiberg, Henry; Petersen, Lars Lindencrone og Ørgaard, Anders: Rekonstruktionsret (2002)
Helander, Bo: Kreditsäkerhet i lös egendom (1984)
Helland, Thore Eithun: Byggelånsreservation (1992)
Hessler, Henrik: Almänn sakrätt (1973)
Huber, Ulrich: Handbuch des Schuldrechts, Band II, Leistungsstörungen (1999)
Hult, Phillips: Lärabok i värdepappersrätt, 6. uppl. (1969)
Huser, Kristian: Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, omstøtelse (1992)
Højrup, Hans Verner: Pant, 2. udgave (1978)
Hørlyck: Entreprise & licitation, 5. udgave (1998)
Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom, 6. uppl. (1996) med supplement (1999)
Håstad, Torgny: Studier i sakrätt (1980)
Håstad, Torgny: »Några problem rörande panträtt i en värdepappersdepo« i Festskrift til Henrik Hessler (1985) s. 309–342
Illum, Knud: Dansk tingsret, 3. udgave ved Vagn Carstensen (1976)
Illum, Knud: Ejendomsforbehold (1946)
Illum, Knud: Om Ejerpant og Panteprioritet (1974)
Illum, Knud: Modregning i konkurs (1934)
Illum, Knud: Tinglysning, 7. udgave (1994) ved Lars Buhl m.fl.
Iversen, Torsten: Erstatningsberegning i kontraktsforhold (2000)
Iversen, Bent: Finansieringsret. Kredit og kreditsikring (1999)
Iversen, Bent: Prioritetsstillinger i fast ejendom, 2. udgave (1988)
Iversen, Bent, red.: Realkreditloven med kommentarer (1990)
Iversen, Bent: Sikkerhedsrettigheder (1995)
Jacobsen, Christen Boye: Lov om en værdipapircentral (1983).
Jensen, Kim Sommer: Konkursregulering (2000)
Jespersen, Halfdan Krag: Ejendomsbestanddele og tilbehørspant (1986)
Jespersen, Halfdan Krag, m.fl.: Byggeritransporter (1979)
Jespersen, Halfdan Krag og Grathe, Asbjørn: Kaution. Garantier. Indeståelser (Afdelingen for Privatret, 1996)
Kristensen, Lars H.: »Sivende pant« i Festskrift til Juridisk Klub (1998) s. 67-82
Kruse, Anders Vinding: Restitutioner (1950)
Kruse, Frederik Vinding: Ejendomsretten, bind 1-3, 3. udgave (1951)
Kruse, Frederik Vinding: Pant i løsøre og rettigheder (1928)

Krüger, Kai: Hovedpunkter i kredittretten, 2. utgave (1987)
Krüger, Kai: Pengekrav, 2. utgave (1984).
Kæstel, R.: Bankjura, 4. udgave (1981)
Lassen, Julius: Lærebog i Obligationsrettens specielle Del, 4. udgave (1931) ved Henry Ussing
Lassen, Julius: Obligationsretten. Almindelig Del, 3. udgave (1920)
Lennander, Gertrud: Återvinning i konkurs, 2. uppl. (1994)
Lilleholt, Kåre: Godtruerhverv og kreditorvern, 3. utgave (1999)
Lindskog, Stefan: Kvittning, 2. uppl. (1993)
Stefan, Lindskog »Om denuntiationsmottagares ansvar« i Festskrift til Ulf K. Nordenson (1999)
Lookofsky, Joseph: International privatret på formuerettens område, 2. udgave (1997)
Lyngsø, Preben: Afbestillingsret (1971)
Lyngsø, Preben: Negotiable dokumenter (1972)
Lyngsø, Preben: Gældsbrevloven med kommentarer, 3. udgave (1989)
Martinson, Claes: Kreditsäkerhet i fakturafordringar (2002)
Matzen, Henning: Den danske Panterets Historie (1869)
Mellqvist, Mikael og Persson, Ingemar: Fordran & skuld, 5. uppl. (2000)
Millqvist, Göran: Sakrättens grunder (2000)
Munch, Mogens: Konkursloven med kommentarer, 9. udgave (2001) ved Petersen, Lars Lindencrone og Ørgaard, Anders
Munch, Mogens: Renteloven med kommentarer, 2. udgave ved Petersen, Lars Lindencrone (2002)
Munck, Noe; Kristensen, Lars. H. og Nørgaard, Jørgen: Selskabsformerne, 3. udgave (1997)
Mortensen, Peter: Tinglysning, 3. udgave (2001)
Myrdal, Staffan: Borgenärsskyddet (2002)
Nielsen, Peter Arnt: International erhvervsret (1999)
Nielsen, Peter Arnt: International privat- og procesret (1997)
Nørager-Nielsen, Jacob og Theilgaard, Søren: Købeloven med kommentarer, 2. udgave (1993)
Nørager-Nielsen, Jacob: Edb-kontrakter (1987)
NOU 1972:20. Gjeldsforhandling og konkurs
NOU 1993:16. Efterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
Ot. Prop. nr. 26 (1999) om lov om ændringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.
Paulsen, Jens: Insolvensret, 2. udgave (1995)

Pedersen, Axel H.: Byggeriets retlige og økonomiske organisation, 6. udgave (1965)
Pedersen, Axel H.: Entreprenørtransporter (1959)
Pedersen, Axel H.: Entreprise, 2. udgave (1952)
Pedersen, Hans Viggo Godsk og Ørgaard, Anders: Checkloven med kommentarer (1999)
Pedersen, Hans Viggo Godsk: Ejerpantebreve & skadesløsbreve (1990)
Philip, Allan: Dansk international privat- og procesret, 3. udgave (1976)
Rasting, Carl: Retssammenlignende Studier over Entreprenørens Omsætningsbeskyttelse (1932)
Ravnkilde, Jens: Betalingskorrektioner (2001)
Rodhe, Knut: Handbok i sakrätt (1985)
Rosenberg, Ida; Sneholt, Lone og Thomsen, Niels: Anpartsselskabsloven med kommentarer, 6. udgave (1999)
Sandvik, Tore, Krüger Kai, Giertsen Johan: Norsk panterett, 2. utgave (1982)
Sandvik, Tore: Lærebog i materiell konkursret (1985)
Schmidt, Torben Svenné: International formueret, 2. udgave (1999)
Siesby, Erik: Lærebog i international privatret, 2. udgave (1976)
Skoghøy, Jens Edvin Andreassen: Panteloven med kommentarer (1995)
SOU 1935:14. Lagberedningens förslag till lag om skuldebrev m.m.
SOU 1999:1. Del 1 om Nya förmånsrettsregler
SOU 1970:75. Utsökningsrätt
Taxell, Lars-Erik: Panträtt i skuldebrev (1949)
Tegin, Åke: Kredithandboken: finansieringsformer, säkerheter og risker (1997)
Thomsen, Hans Helge Beck: Kreditaftaleret, 3. udgave (2002)
Thomsen, Hans Helge Beck: Mangler ved pantebreve (1996)
Tiberg, Hugo og Lenhammer, Dan: Skuldebrev växel og check. 7. uppl. (1995)
Torp, Carl: Dansk Tingsret, 2. udgave (1905)
Torvund, Olav: Lov om verdipapirsentral med kommentarer (1987)
Udkast til lov om gældsbreve (1935)
Udkast til lov om gældsordning (1941)
Ussing, Henry: Aftaler, 3. udgave (1950)
Ussing, Henry: Enkelte Kontrakter, 2. udgave (1946)
Ussing, Henry og Dybdahl, C.C.: Gældsbrevslovene, 2. udgave (1940)
Ussing, Henry: Dansk Obligationsret. Almindelig Del (1937)
Ussing, Henry: Obligationsretten, almindelig del, 4. udgave (1967) ved Anders Vinding Kruse

Vagner, Hans Henrik: Entrepriseret, 3. udgave (2000)
Walin, Gösta: »Företagshypotek och betalingsinställelse« i Festskrift til Lars Welamson (1988)
Walin, Gösta: Lagen om skuldebrev m.m. (1997)
Walin, Gösta: Materiell konkursrätt, 2. uppl. (1987)
Walin, Gösta: Panträtt, 2. uppl. (1998)
Villars-Dahl, Leif: Gjeldsbrevloven og Deponeringsloven, 6. utgave (1995)
Welamson, Lars: Konkurs, 9. uppl. (1996)
Werlauff, Erik: Rekonstruktion (1992)
Werlauff: Selskabsret, 4. udgave (2000)
Werlauff, Erik: Selskabsmasken (1991)
Werlauff, Erik: Koncernretten (1996)
Willumsen, Hans: Tinglysningsloven med kommentarer (1997)
Ørgaard, Anders: Konkursret, 8. udgave (2002)
Ørgaard, Niels: Sikkerhed i løsøre, 3. udgave (1998)

Domsregister

Ugeskrift for Retsvæsen

1908
U 1908.74 H: 135

1911
U 1911.588 V: 167

1913
U 1913.90 H: 86 f., 88
U 1913.223 H: 87

1921
U 1921.649 H: 87

1930
U 1930.178 Ø: 106
U 1930.780 Ø: *32*, 34

1931
U 1931.987 H: 58

1936
U 1936.72 H: 58

1939
U 1939.944 Ø: 87, *89*

1944
U 1944.582 Ø: 208
U 1944.1139 H: 68

1949
U 1949.74 H: *205 f.*, 207
U 1949.1139 H: 68

1950
U 1950.560 V: 339

1951
U 1951.759 H: 69, *194*

1954
U 1954.38 H: 68
U 1954.260 H: 210, *211*

1956
U 1956.444 H: *32 f.*, 34, 35, 254

1957
U 1957.264 H: 326

1958
U 1958.744 H: 186, 329

1959
U 1959.824 Ø: *95*, 96, *101 f.*, 107

1961
U 1961.66 H: 81

1963
U 1963.509 H: 206

1964
U 1964.253 H: *395*, 396, 398, *401 f.*, 407
U 1964.315 V: 303
U 1964.812 H: 58

1967
U 1967.86 H: *286*, 287
U 1967.363 SH: 37

1968
U 1968.595 H: 447

1970
U 1970.684 Ø: 58
U 1970.852 V: 194

1971
U 1971.616 H: 194, *253 f.*
U 1971.920 Ø: 67

1972
U 1972.387 H: 156
U 1972.455 H: 81
U 1972.672 Ø: 275

1974
U 1974.55 H: 81

1975
U 1975.246 V: *204 f.*, 459
U 1975.308 Ø: 390 ff.
U 1975.613 SH: 275
U 1975.971 V: 41

1976
U 1976.932 H: 81

1977
U 1977.526 H: 405
U 1977.636 H: 41

1978
U 1978.205 V: 447
U 1978.880 H: 239, 262, *263*, 264, 265, 266, 462

1979
U 1979.357 H: 31, 76, *77*, 78, 79, 80, 81, 82, 195, 196, 197, 248, 315, 329, 330, 454
U 1979.566 H: 104, *117 f.*, 131, 134, 137, 193, 373
U 1979.569 H: 100, 104, 118, 131, 134, 137, 138, 179, 193, 373
U 1979.573 H: 23, 41
U 1979.919 Ø: *71 f.*, 84, *196 f.*, 458

1980
U 1980.193 H: *104 f.*, 111
U 1980.261 Ø: *77 f.*, 79, 80, 81, 184, 195, 197
U 1980.335 SH: 287
U 1980.1048 SH: 275

1981
U 1981.169 Ø: 339
U 1981.212 SH: 139 f.
U 1981.520 SH: 23, *33*, 34, 42
U 1981.543 V: 194

1982
U 1982.1141 SH: 389 f.
U 1982.1167 V: 254, 326

1983
U 1983.423 V: 46
U 1983.1116 Ø: *396 f.*, 398

1984
U 1984.123 H: 312 f.
U 1984.131 V: 46
U 1984.598 SH: *327 f.*, 329
U 1984.860 Ø: 288
U 1984.981 H: *228 f.*, 230, 232, 296
U 1984.929 H: *317*, 318
U 1984.1009 V: 12, 45, 46, 47
U 1984.1017 Ø: 314 f.
U 1984.1071 H: 327, *331 ff.*, 335, 336, 337, 363

1985
U 1985.232 V: 404

1986
U 1986.678 V: 138
U 1986.697 V: 239, 250, 262, *264 f.*, 266, 462
U 1986.858 H: 12, 26, 46

1987
U 1987.374 V: 69, 104, 110, 113, 116, 119, *120 ff.*, 134, 136 f., 456
U 1987.665 H: 221, *223 f.*, 224 f., 228, 460
U 1987.677 H: 58, 210
U 1987.915 H: *33*, 34, 38, 42
U 1987.963 V: 163, *176 f.*, 281

1988
U 1988.368 H: 303, *304 f.*, 319, 324, 464
U 1988.589 V: 278
U 1988.821 Ø: 282
U 1988.987 H: 287

1989
U 1989.133 H: 46
U 1989.430 H: 107, 113 f., 117, *127 f.*, 129 f., 456
U 1989.864 V: 182 f.

1990
U 1990.540 V: 189 f.

1991
U 1991.555 H: 405
U 1991.822 H: 286, 287

1992
U 1992.255 H: 44
U 1992.501 V: 41 f., 252
U 1992.852 H: 222, 223

1993
U 1993.96 V: 292, *327*
U 1993.126 H: 417
U 1993.191 V: 11
U 1993.268 H: 228, *229 f.*, 460
U 1993.438 H: *207 ff.*, 210
U 1993.794 V: *279 f.*, 289
U 1993.857 H: 11
U 1993.904 H: 358 f.

1994
U 1994.1 V: 60
U 1994.297 H: 221
U 1994.307 V: *200 ff.*, 458 f.
U 1994.812 H: 76, 91, *92 f.*, 94, 96 ff., 137 f., 455, 485
U 1994.818 H: *55*, 57, 58

1995
U 1995.192 H: 213
U 1995.223 Ø: 284 f.
U 1995.396 Ø: 278, *283*, 295
U 1995.432 H: 213

1996
U 1996.57 H: 217, *220*, 221, 224, 231, 261
U 1996.535 H: 217, *220 f.*, 224, 231, 261

1997
U 1997.697 H: 151,178, *209 f.*, 243, 245, *247 f.*
U 1997.762 H: *323*, 357
U 1997.1601 H: 428, *430 f.*, 469 f.

1998
U 1998.47 H: 204
U 1998.612 H: 404 f., 468

1999
U 1999.34 H: 221 f.
U 1999.1783 H: *72*, 74, 84, 225 f., 227, 232, *233 ff.*, 296 f., 460 f.

2000
U 2000.255 Ø: *222*, 224
U 2000.725 Ø: 339
U 2000.1791 H: 222

2001
U 2001.380 H: 21, *44 f.*, 249

Nordisk Domssamling
ND 1997.497: 214, 46

Norsk Retstidende
NRt 1933 s. 897 HD: 189
NRt 1983 s. 773 NHD: 58 f.
NRt 1987 s. 35 HD: 145
NRt 1989 s.1209 HD: 146, 216
NRt 1990 s. 1060 HD: 159
NRt 1992 s. 492 HD: 146, 199
NRt 1992 s. 504 HD: 153
NRt 1993 s. 1464 HD: 350 f.

Nytt Juridiskt Arkiv
NJA 1977.20 HD: 218
NJA 1978.99 HD: 23, 41
NJA 1986.44 HD: 199
NJA 1986.217 HD: 78, 196
NJA 1989.671 HD: 41, *198*
NJA 1995.367 II HD: 38 f.

Tidsskrift for Skatter og afgifter
TfS 1986.563 Ø: *277*, 284
TfS 1986.564 Ø: *277*, 278, 295
TfS 1990.311 B: 284
TfS 1993.365: 182
TfS 1995.167 V: 72, *73*, 74

Utrykte afgørelser
Utrykt Østre Landsrets dom, 31. maj 1990, 3. afd. a.s. 191/89: 212
Utrykt dom, Århus Byret, 17. oktober 1990, sag BS 8099-2/1989: 214
Utrykt Vestre Landsrets dom, 6. februar 1995, sag B-0402-1995: 261
Utrykt Østre Landsrets kendelse, 2001, sag B-3160-01: 61
Utrykt Vestre Landsrets dom, 2002, sag B-0528-02: 71
Utrykt Vestre Landsrets kendelse af 14. marts 1991: 399

Stikordsregister

a contobetaling 52, 54, 62 f., *63 ff.*, 108
accessorier, pant i fondsaktiver 349, 351 f., 366 f., 466
accessorisk pantsætning, fordringer 45 ff.
actio Pauliana 425
aftalefrihed 4, 12
aftaleindskud, modregning 282
adressat, denunciation 43 f.
- levering af pantebrev 315
- sekundært håndpant, negotiable gældsbreve 327 ff.
- sekundært pant, fakturafordringer 195 f., 232
- sekundært pant, sikringskonto 196 f.
- sekundær transport, byggeriforhold 77 ff.

afsender, denunciation 43 f.
aktiebreve, sikkerhedsdepoter se »negotiable dokumenter, sikkerhedsdepoter«
aktionærlån 266
alskyldserklæring
- byggeritransport 69
- factoring *193 ff.*, 458

alternative sikringsakter 10 f.
- sekundært håndpant, negotiable dokumenter 329 f.
- tinglysning som alternativ til meddelelse 45 f.

anfordringsgaranti, byggelånstransporter 60
ansvarsfraskrivelsesklausuler, factoring 203 ff.
ansvarligt lån *407 ff.*, 468 f.
- andre kapitalindskud, pengeinstitutter 413
- begreb 377, 383 ff., 407 ff.
- betalingsvanskeligheder, låntagers 420, 422, 423, *424 ff.*, 428
- clausula cassatoria *419*, 469
- egenkapital *379 ff.*, 407
- eksigibilitetsklausul 420
- erstatningsansvar, uretmæssig tilbageførsel 417, 426
- forfaldsvirkning, aftalt 419 f., 469
- fremmedkapital *379 ff.*, 411, 441, 444
- indfrielse, låntagers adgang til 422 ff.
- indsigelser 416 f.
- indtræden, konkurs 414 f.
- kapitalforhøjelse *409 f.*, 423
- kapitalnedsættelse 421 f.
- kapitaltab *444 ff.*, 470 f.
- konkurs, låntagers *431 ff.*, 470
- konkursorden 395, 408, *438 ff.*
- konverteringsret 411, 419
- likvidationsakkord 438
- løbetid 419 ff.
- lånevilkår 418 ff.
- mezzaninkapital 412
- modregning, långivers *427 f.*, 469 f.
- modregning, låntagers 428 ff., 469 f.
- moratorium 438

- motiver 409 ff.
- omstødelse 426
- ophævelse, långivers 419 f.
- opsigelse, långivers 420 ff.
- overskudsandel 411
- pengeinstitutters optagelse af – 413
- påberåbelse af efterstillingsvilkår, låntagers kreditorer 413 ff.
- regnskabsmæssig behandling 409, 410, 415 f., 420 ff., *446 f.*
- renter og afdrag på – 410, 418, 423, 435 f., *437*
- sikkerhedsstillelse 426 f.
- stemmeret 408, *433 f.*, 438, *443 f.*
- subordineret lån 408
- supplerende kapital, pengeinstitutter 413
- svig, låntagers 416 f.
- tegningsoptioner 411
- tilbageførsel, uretmæssig 417, 425 f.
- tredjemandsløfte 417
- tvangsakkord, låntagers *437 ff.*, 470
- tvungen efterstilling *447 f.*, 471
- udlovelser 414, 415, 421
- venturekapital 411 f.

antedateringer 19, 24
arbejdsdepot 331 ff., 362
arbejdskonto, pant i 293

beskrivelseskrav, pant se **»individuali- sering, pant«**
betalingsplansystem 62 f., *65 f.*, 108
betalingssted, factoring 152
bilbogen, registrering i 167
binavnekonstruktion 151, 240
bindende meddelelse *29*, 400
blokfinansiering 149
budget- og terminskonti, modregning 275
bulkfactoring 149
byggekonto 60
byggelån 51 ff.
- anfordringsgaranti 60
- a contobetaling 52, 54, 62 f., *63 ff.*, 108
- byggelånstransporter 54 ff.
- erstatningsansvar, byggelångivende pengeinstitut 57 ff.
- fordelingsplan 54, 55 f.
- forfaldsklausuler 55
- indtræden, konkurs 57
- mellemfinansiering *51*, 453
- rateplan 54
- transportforbud 55

byggelånsejerpantebrev 53
byggelånstransporter 54 ff.
byggeritransporter *49 ff.*, 453 f.
- a contobetaling 52, 54, 62 f., *63 ff.*, 108
- alskyldserklæring 69
- anfordringsgaranti 60
- betalingsanmodning 52
- betalinger, tilbageholdelse 65
- betalingsplansystem 62 f., *65 ff.*, 108
- byggelån 51 ff.
- byggelånsejerpantebrev 53
- byggelånstransporter 54 ff.
- eftertransport 74
- eksstinktion 101 ff.
- erstatningsansvar, byggelångivende pengeinstitut 57 ff.
- fordelingstransport 111
- fordelingsplan 54, 55 f.
- forhåndslån *59 ff.*, 453
- forudbetaling af materialer 64
- hovedtransport *66*, 71 ff., 454
- indbrudstransport 109 ff.
- kreditudvidelse *109 ff.*, 456
- meddelelse *56*, 57 f.
- mellemfinansiering *51*, 453
- negligeringsret *85 ff.*, 134 ff., 455, 456
- nødvendig kreditudvidelse 134 ff.
- ombytningslæren 139

- oprykningsret *138 ff.*, 456
- prioriteringsprovenu, pant i 54
- prioritetskonflikter 89 ff.
- ratebetaling 52, 54, 62 f., *65 ff.*, 108
- sekundær transport *77 ff.*, 126 ff., 454
- sikringsakt *56*, 57 f.
- transportforbud 55
- undertransport *90*, 123
- vedkommende transporters forrang 110 ff., 120, 123, *126 ff.*, 455
- videretransport *75*, 454 f.

clausula cassatoria *419*, 469
condictio indebiti *211 ff.*, 459 f.
cut off-klausuler *203 ff.*, 459

debitorforsikring 158 f.
debitorrisiko se »kreditrisiko«
depositum irregulare 232
depositum regulare 232
denunciation se »meddelelse«
depotsikkerheder se »sikkerhedsdepot«
direct factoring 188
dynamisk tingsret 1

eksigibilitetsklausul, ansvarligt lån 420
efterstillede kreditter *377 ff.*, 467. Se også »ansvarligt lån« og »tilbagetrædelseserklæring«
eftertransport 74
egenkapital *379 ff.*, 407
ejendomsforbehold 457
- moms 181 ff.
- restkøbesum, krav på 171
- retten til salgsgenstanden, købers betalingsmisligholdelse 165 ff.
- retten til salgsgenstanden, købers ophævelse 167 ff.
- sikringsakt 167, 401

ejerpantebrev, sikringsakt 312 f.
elektronisk factoring 149, 158
empiri 7
entreprenørtransporter 49 ff.
erhvervsfinansieringsret *1*, 451
eventualforpligtelser, indbrudspant 133

factoring *141 ff.*, 457 ff.
- administrationsomkostninger 149, 250
- aftale 142 f.
- aktører 141 f.
- alskyldserklæring *193 ff.*, 458
- ansvarsfraskrivelsesklausuler 203 ff.
- begreb 141 ff.
- betalingssted 152
- binavnekonstruktion 151, 240
- blokfinansiering 149
- bulkfactoring 149
- condictio indebiti *211 ff.*, 459 f.
- cut off-klausuler *203 ff.*, 459
- debitorbogholderi 156 ff.
- debitorforsikring 158 f.
- debitorrisiko se »– kreditrisiko«
- debitorstyring 143, 147, 148 f., 156 f.
- depositum irregulare 232
- depositum regulare 232
- direct factoring 188
- ejendomsforbeholdskøb *165 ff.*, 181 ff., 457
- elektronisk factoring 149, 158
- erstatning, factors ret til 180 ff.
- erstatning, virksomhedens ret til *163*, 180
- factoringpant, norsk *145 ff.*, 179, 472 ff.
- fakturakonto *172*, 175
- fejlbetalinger *186 f.*, 457 f.
- fiktive fakturaer 159 ff., *178*, 207 ff., 459
- finansiering ved koncerndannelse 150, 151, *237 ff.*

- finansieringsfunktion, aftalevilkår om 143 f., 147, *172 ff.*
- finansieringsgrundlag 159 ff., 172
- finansieringstolerancedage 160, 163
- forfaldsvirkning 164, 178 ff.
- friværdi, pant i *190 ff.*, 232 ff., 458
- indbrudstransport 193
- indsigelser, fortabelse af 199 ff., 206 ff., 458 f.
- inkassofuldmagt 143, 149, *151 ff.*, 187 f., 199, 219
- inkassovirksomhed, udøvelse af 154 f.
- international factoring 155 f., 158, *188 ff.*, 458
- kreditloft 172
- kreditrisiko 143, 147, *158 f.*, 161, 162, 218 f., 225
- konkurs, virksomhedens 179 f.
- lavpunktsmetoden 228 f.
- legitimation 198, 205 f.
- leveringsklausul 205 f.
- lex rei sitae 189
- manglende betaling, skyldnerens 164 ff., 168 ff.
- manglende betaling, virksomhedens 178 ff.
- meddelelse om overdragelse af fakturafordring 142, 154, 166, *183 ff.*, 195 ff., 206 ff., 217, 232, 457, 460 f.
- mellemregningskonto *172*, 175
- minifactoring 149
- misligholdelse, factors 163
- misligholdelse, skyldnerens 164 ff., 168 ff.
- misligholdelse, virksomhedens 178 ff.
- modregning 153 f., 192 ff., 199 ff., 202 f., 203 ff., 217, 458 f.
- moms 162, 181 ff.
- motiver ved valg af – 147 ff.
- negligeringsret 187 f.
- nettometoden *223 ff.*, 232, 460 f.
- nettosikkerhedsforstærkning *225 ff.*, 460 f.
- omstødelse 162, 184 f., 187, *216 ff.*, 222 ff., 232 ff., 460 f.
- ophævelse, factors 170, 178 ff., 457
- oppebørselsret, se »– inkassofuldmagt«
- opsigelse, factors 176 ff.
- overdragelse til sikkerhed eller til eje 143 f., 161 f., *216 ff.*
- pant i friværdi 190 ff., 232 ff., 458
- rentetab, factors krav på erstatning for 180
- rentetab, virksomhedens krav på erstatning for 163
- retslig inkasso 153
- risikoafdækning, se »– kreditrisiko«
- sekundær transport *190 ff.*, 232 ff.
- sikringsakt 142, 154, 166, *183 ff.*, 195 ff., 206 ff., 217, 232, 457, 460 f.
- sikringskonto 159, *172 ff.*, 196 f., 217, 232 ff.
- tandemkonto *261*, 460
- tilbagebetalingskrav, fakturaskyldnerens *211 ff.*, 459 f.
- udenlandske debitorer 155 f., 158, *188 ff.*, 458
- udskydelsesret 161, *162 ff.*

factoringpant, norsk *145 ff.*, 179, 472 ff.
fakturabelåning 142, se også »factoring«
fakturabelåningsaftale, se »factoring, – aftale«
fakturabelåningskredit *246*, 261 f.
fakturakonto *172*, 175
fejlbetalinger
- factoring *186 f.*, 457 f.

- finansiering ved koncerndannelse 255, *256*, 267 f.

fiktive fakturaer *178*, 207 ff., 459
- finansieringsgrundlag 159 ff.
- revisorkontrol 247 f.

finansieringsgrundlag
- factoring *159 ff.*, 172
- finansiering ved koncerndannelse 243
- finansieringstolerancedage 160, 163, 243
- udskydelsesret 161, *162 ff.*

finansieringstolerancedage 160, 163, 243

finansiering ved koncerndannelse 150, 151, *237 ff.*, 384, 461 f.
- administrationsomkostninger 250
- adskillelsesforanstaltninger 246 f., 249, 250, 252 ff., *262 ff.*, 461
- aftalegrundlaget 241 ff.
- aktionærlån 266
- binavnekonstruktion 151, 240
- debitorbogholderi 238
- fakturabelåningskredit *246*, 261 f.
- fejlbetalinger 255, *256*, 267 f.
- fiktive fakturaer 247 f.
- finansieringsgrundlag 243
- finansieringstolerancedage 243
- finansselskab 150, 151, 237
- forfaldsvirkning 242
- individualisering *251 f.*, 257
- identifikation, selskabsretlig *262 ff.*, 462
- indkøbsdatterselskab 239
- inkassofuldmagt *252 ff.*, 461
- kaution 249
- kreditloft 244
- kreditrisiko 243, *265 ff.*, 462
- lager- og salgsdatterselskab 238
- meddelelse 206 ff., 237, 248 f., *252 ff.*
- momsfradrag 244, 265
- negativerklæring 242
- omstødelse *257 ff.*, 461
- overdragelse til sikkerhed eller til eje 243 f.
- passivitet, meddelelse om overdragelse 206 ff.
- revisorkontrol 246 ff.
- rådighedsproblemet *252 ff.*, 461
- salgsdatterselskab 238 f.
- securitisation 268 f.
- sekundær transport 248
- sikringsakt *251 ff.*, 461
- tandemkonto *261*, 460
- tilbagetrædelseserklæring 248 f., 384

finansselskab 150, 151, 237

flydende sikkerhedsmasse 331 ff.

fondsaktiver, sikkerhedsdepot 301 ff., *341 ff.*
- accessorier 349, *351 f.*, 366 f., 466
- arbejdsdepot 362
- anmeldelse 345, *346 ff.*
- begreb 341 ff.
- identifikation/individualisering 303 ff., *353 ff.*, 463 f., 466
- indbrudstransport 373 f.
- kontoførende institut 345, 358
- kontosystem 343 ff.
- kreditudvidelse 372 ff.
- kundemeddelelse 348 f.
- legitimation 345
- nominee-ordning 344
- ombytningsret 369 ff.
- omstødelse 365 f.
- oprykningsret 368 f.
- panterettens omfang 349 ff.
- prioritetsforhold 367 ff.
- prøvelse 346 ff., 357 f.
- registrering, procedure 343 ff.
- registrering, sikringsakt 357 ff.
- renter 350, 351 f., 366
- rykningsklausul 371 f.
- rådighedsberøvelse 306 ff., 355, *360 ff.*, 466 f.
- salgsprovenu *351*, 365 f.

- samlekonti 344, 356 f.
- sikringsakt 306, 308, 342, 345, *357 ff.*, 466
- surrogater 349, *351*, 365 f., 466
- tegningsrettigheder 352, 411
- tidsprioritet 359, 367
- udbytter 350, 351 f., 366
- udenlandske 342
- udtrækninger 349, *351*
- warrants 352, 411

fordelingsplan, byggelånstransport 54, 55 f.
fordelingstransport, byggeri 111
forhåndslån *59 ff.*, 453
forsikringssum, pantsætning 47
fremmedkapital *379 ff.*, 411, 441, 444
friværdi, factoringarrangement *190 ff.*, 232 ff., 458
företagshypotek, svensk 147, 239, *472 ff.*

generalpant, forbud mod 472
god inkassoskik 155
goodwill 11
gældende ret 5 f.
gældsinstrumenter, pengeinstitutter 413

hovedtransport, byggeri *66*, 454

identifikation, se også »individualisering, pant«
- selskabsretlig *262 ff.*, 462

ihændehaveraktier 316
indbrudsprioritet, se indbrudstransport
indbrudstransport
- byggeritransporter 109 ff.
- eventualforpligtelser 133
- fondsaktiver 373 f.
- friværdi i factoringarrangement 193
- i forlods transport 123 f.
- meddelelse om 113, 124
- deklaratorisk regel 117 ff.
- løbende mellemværende 118 f.
- noteringsmeddelelse 124 f.
- retsforfølgning 118

individualisering, pant
- entreprisefordring *91 ff.*, 455
- finansiering ved koncerndannelse *251 f.*, 257
- indlånskonti, pant i 290 f.
- sikkerhedsdepoter, pant i 302, *303 ff.*, 318 ff., 353 ff., 463 f., 464 f., 466
- samledepot 322 ff.

indkøbsdatterselskab 239
indlånskonti, modregning *271 ff.*, 462 f.
- aftaleindskud 282
- aftalevilkår om modregningsadgang 276 ff., *294 ff.*
- afviklingsmodenhed 274, 276 ff., 285
- almindelige regler 272 ff.
- budget- og terminskonti 275
- effektiv betaling 275 f.
- forfaldstid *276 ff.*, 462 f.
- gensidighed 273, 276
- investeringsfondskonti 272
- kapitalpension 274
- kassekredit, overtræk 282 f., 285
- kautionist 283
- komputabilitet 273
- konneksitet 283 ff.
- kontrabog 288 f.
- løbedage 281
- meddelelse 295 f.
- omstødelse 286 ff., 296 f.
- over for konkursbo 285 ff.
- over for kontohaver 272 ff.
- over for udlægshaver 273, *276 ff.*
- pensionsopsparingskonti 272
- ratepension 274
- regreskrav 285 f.
- rentetilskrivning 271
- sikringsakt *278 ff.*, 295 f.
- totalkonto 279
- trangsbeneficiet 274

- udvidet modregningsadgang 276 ff., *294 ff.*, 462 f.
- øremærkningslæren 274 f.

indlånskonti, pant *289 ff.*, 462 f.
- arbejdskonto 293
- individualisering 290 f.
- kontohavers konkurs 296 ff.
- kontrabog, rådighedsberøvelse 292
- marginkonto 291
- meddelelse 291
- omstødelse *296 f.*, 463
- opsamlingskonto 291
- rådighedsproblem 291 ff.
- sikringsakt 289 ff.
- sikringskonto 291
- spærring 292 ff.

indsigelser, fortabelse af
- cut off-klasusuler *203 ff.*, 459
- factoring 199 ff., 206 ff., 458 f.
- leveringsklausul 205 f.
- negotiable dokumenter 311, 316

inkassofuldmagt
- afregnings- og kontrolkrav *33 ff.*, 37 f., 82 f., 187, 303, 453
- factoring 143, 149, *151 ff.*, 187 f., 199, 219
- finansiering ved koncerndannelse *252 ff.*, 461
- fordringsoverdragelse 32 ff.
- henstand, ydelse af *153*, 199
- honorar 152
- hvervets omfang 152
- modregning 153 f.
- negotiable dokumenter 325 f.
- provision 152
- retslig inkasso 153
- tilbagetrædelseserklæring 390, *392 ff.*, 400 f., 468
- udenlandske debitorer 155 f., 158, *188 ff.*, 458

inkassovirksomhed, udøvelse af 154 f.
international factoring 155 f., 158, *188 ff.*, 458
investeringsfondskonti, modregning 272

kapitalforhøjelse *409 f.*, 423
kapitalnedsættelse 421 f.
kapitalpension, modregning 274
kapitaltab *444 ff.*, 470 f.
kaution
- finansiering ved koncerndannelse 249
- omstødelse 260

konkursorden
- ansvarlig lånekapital 395, 408, *438 ff.*
- tilbagetrædelseserklæring *395 f.*, 434 f.

kontoførende institut, sikkerhedsdepot 345, 358
kontosystem, fondsaktiver 343 ff.
kontrabog
- legitimation 289
- modregning ved 288 f.
- rådighedsberøvelse 292 f.

kontraktspraksis, inddragelse af 7
konverteringsret 411, 419
kreditkonsignation 34 ff.
kreditloft 172, 244
kreditrisiko
- factoring 143, 147, *158 f.*, 161, 162, 218 f., 225
- finansiering ved koncerndannelse 243, *265 ff.*, 462

kreditorudelukkelsesklausuler 28
kreditudvidelse
- aftale mellem transporthaverne 114 ff.
- byggeritransporter *109 ff.*, 456
- deklaratorisk regel om 117 ff.
- den primære i god tro 131 f.
- den primære transport 110
- den sekundære transport 112, 128 ff.
- eventualforpligtelser 133

- fondsaktiver, sikkerhedsdepot 372 ff.
- legitimation 131 f.
- meddelelse om indbrudstransport 113, 124
- nødvendig 134 ff.
- omkostninger 131 f.
- passivitet 114, 116, 117
- provision 131 f.
- renter 131 f.
- retsforfølgning 118
- uvedkommende gæld på forprioriteten 126 ff.

kundemeddelelse, fondsaktiver 348 f.

lager- og salgsdatterselskab 238
lavpunktsmetoden 228 f.
legitimation 40
- factoring 198 f., 205 f.
- fondsaktiver 345
- kreditudvidelse 131 f.
- tilbagetrædelseserklæring 392 f., 401 f.

leveringsklausul 205 f.
lex rei sitae 189
ligestilling, transporthavere 99, 106 f.
likvidationsakkord 438
løbedage, modregning 281
løsøre, accessorisk pantsætning af fordringer 45 ff.

marginkonto, pant i 291
meddelelse *19 ff.*, 452 f.
- afsender 43 f.
- adressat 43 f., 77 ff., 195 f., 196 f., 232, 315, 327 ff.
- bindende 29, 400
- byggeritransport *56*, 57 f.
- dispositiv 22, 41
- dokumentation 43 f.
- ejendomsforbehold 166 f.
- erstatningsansvar, passivitet 206 ff.
- factoring 142, 154, 166, *183 ff.*, 195 ff., 206 ff., 217, 232, 457, 460 f.
- finansiering ved koncerndannelse 237, 248 f., *252 ff.*
- flere skyldnere 44
- indbrudstransport 113, 124
- indhold *40 ff.*, 185 ff., 252, 256, 457
- indlånskonti, modregning 295 f.
- indlånskonti, pant 291
- kontrabog, modregning ved 288 f.
- legitimation 40, 131 f., 198 f.
- levering af pantebrev 315
- nettometoden 230 f., *232 ff.*
- offentliggørende funktion 24 f.
- omstødelse, pant for gammel gæld 230 f., *232 ff.*, 460 f.
- passivitet over for – 206 ff.
- personsammenfald 44 f.
- reklamationspligt 206 ff.
- reklamemateriale 41
- rådighedsbegrænsende funktion 27
- sekundært håndpant, negotiable gældsbreve 321, *327 ff.*
- sekundært pant, byggeritransport *77 ff.*, 454
- sekundært pant, factoring 195 ff., 232 ff.
- tids- og prioritetskonstaterende funktion 23
- tilbagetrædelseserklæring 385, *399 ff.*, 402
- værnende/eksstinktiv funktion 20

mellemfinansiering *51*, 453
mellemregningskonto 172, 175, 390
modregning
- ansvarligt lån *427 ff.*, 469 f.
- cut off-klausul 203 ff.
- factoring 153 f., 192 ff., 199 ff., 202 ff., 203 ff., 217, 458 f.
- indlånskonti *271 ff.*, 462 f.
- negotiable gældsbreve 311

- sikkerhedsdepot 309
- tilbagetrædelseserklæring 394

mezzaninkapital 412
minifactoring 149
moratorium 438

Nachfrist 178
navneaktier 316
negativerklæring 242
negligeringsret 29, 40, *85 ff.*, 134 ff., 187 f., 306, 455, 456
negotiable dokumenter, sikkerhedsdepot 301 ff., *311 ff.*, 464 f.
- aktiebreve 315 ff.
- alternative sikringsakter 329 f.
- arbejdsdepot 331 ff.
- betaling med frigørende virkning 311
- ejerpantebrev 312 f.
- identifikation/individualisering 302, 303 ff., *318 ff.*, 464 f.
- ihændehaveraktier 316
- ihændehavelse 311 f., *324 f.*
- indsigelser, fortabelse af 311, 316
- inkassofuldmagt 325 f.
- meddelelse, levering af pantebrev 315
- meddelelse, sekundært pant 327 ff.
- modregning 311
- navneaktier 316
- ombytning 319 ff., *331 ff.*
- omstødelse 317 f., 322
- overdragelse til eje eller sikkerhed *317 ff.*, 464
- pantebreve 312 ff.
- rektaklausul 313
- rettigheder, fortabelse af 311, 316, 325
- rådighedsberøvelse 301, 306 ff., 308, 311 f., 314, 316, *324 ff.*, 465
- samledepot 322 ff.
- sekundært pant 321, 327 ff.
- sikringsakt 301, 308, 311, 316, *324 ff.*, 326 ff., 464 f.
- skadesløsbrev 313
- skiftende formuemasser, pant i 331 ff.
- udlevering af dokumenter 339 f.
- udtagning 319 ff., *331 ff.*

nettometoden *223 ff.*, 232, 258, 260, 460 f.
nettosikkerhedsforstærkning *225 ff.*, 460 f.
nominee-ordning, fondsaktiver 344
nødvendig fradragsret 85 ff.
nødvendig kreditudvidelse 134 ff.

ombytningslæren 139, *369 ff.*, 374
omstødelse
- ansvarligt lån 426
- betalinger 187, 216 ff., 259, 288, 366, 426, 460
- betalinger efter fristdagen 259, 405, 426
- factoring 162, 184 f., 187, *216 ff.*, 222 ff., 232 ff., 460 f.
- finansiering ved koncerndannelse *257 ff.*, 461
- gave 258 f., 402 ff.
- indlånskonti, modregning 286 ff., 296 f.
- indlånskonti, pant *296 f.*, 463
- indlånskonti, udlæg *286 f.*, 463
- kaution 260
- lavpunktsmetoden 228 f.
- modregningsadgang, aftale om udvidet 296 f.
- nettometoden *223 ff.*, 232, 258, 260, 460 f.
- nettosikkerhedsforstærkning *225 ff.*, 460 f.
- pant for gammel gæld 162, 184 f., 187, 216 ff., 222 ff., 232 ff., 258, 260 ff., 296 f., 317 f., 322, 365 f., 404 f., 426, 460 f., 468
- pant i egen gæld 174, 232

- salgsprovenu, fondsaktiver 365 f.
- sikkerhedsdepoter 317 f., 322, 365 f.
- tilbagetrædelseserklæring *402 ff.*, 468
- tredjemandspant 260
- utilbørlig kreditorbegunstigelse 259 f., 288, 296, 366, 405, 426

omsætningsgældsbreve, se »negotiable dokumenter, sikkerhedsdepoter«
oppebørselsret se »inkassofuldmagt«
oprykningsret
- byggeritransporter *138 ff.*, 456
- fondsaktiver 368 f.

opsamlingskonto, pant i 291

pant i egen gæld
- individualisering/identifikation 290 f.
- indlånskonti 289 ff.
- omstødelse 174, *232*
- sikringsakt 174, *289 ff.*

pant i tingsindbegreb *239*, 303, 472 f.
passivitet, meddelelse om overdragelse 206 ff.
pensionsopsparingskonti, modregning 272
pignus debiti, se »pant i egen gæld«
pignus irregulare 290
prioriteringsprovenu, pant 54
prioritetskonstatering, fordringer 23
prioritetskonflikter
- byggeritransporter 89 ff.
- factoring 190 ff.
- fondsaktiver 367 ff.

privilegium exigendi 383
proformaværk 19, 24
prøvelse, fondsaktiver 346 ff., 357 f.
påkrav, factors 178

ratebetaling 52, 54, 62 f., 65 ff., 108
ratepension, modregning 274
redelig forretningsskik 4
registrering, fondsaktiver
- procedure 343 ff.
- sikringsakt 357 ff.

reklamemateriale, denunciation 41
rektaklausul 313
retsdogmatik 5
retssociologi 7
revisorkontrol, finansiering ved koncerndannelse 246 ff.
- fiktive fakturaer 247 f.
- professionsansvar 247 f.
- tavshedspligt 247

rykningsklausul, fondsaktiver 371 f.
rådighedsproblemet *12 f.*, 453, 454
- arbejdsdepot 331 ff., 362
- byggeritransporter 77 ff.
- ejendomsforbehold 166
- finansiering ved koncerndannelse *252 ff.*, 461
- flydende sikkerhedsmasse 331 ff.
- fondsaktiver 306 ff., 355, *360 ff.*, 466 f.
- hovedtransport 71 ff.
- indlånskonti, pant i 291 ff.
- negotiable gældsbreve 301, 306 ff., 308, 311 f., 314 f., 316 *324 ff.*, 465
- samledepot 324
- sekundær transport 77 ff.
- sikkerhedsdepoter, pant i 302, 304 f., *306 ff.*, 311 f., 321, 324 ff., 327 ff., 355, 463 f., 466 f.
- skiftende formuemasser 331 ff.
- simple fordringer 27 ff., 314 f.
- tilbagetrædelseserklæringer 402, 468

rådighedsbegrænsende funktion, denunciation 27

salgsdatterselskab 238 f.
samledepot
- fondaktiver 344, 356 f.
- negotiable dokumenter 322 ff.
- rådighedsproblem 324
- sikringsakt 324

samlekonti 344, 356 f.
securitisation 268 f.
sekundær transport
- byggeriforhold *77 ff.*, 126 ff., 454
- factoring *190 ff.*, 232 ff.
- finansiering ved koncerndannelse 248
- sikkerhedsdepoter 321, 327 ff.

selskabsopsplitning, se »finansiering ved koncerndannelse«
selvbåndlæggelse 28, 291, 307 f., 361
sideordnet prioritet 99, 106 f.
sikkerhedsdepot *301 ff.*, 463 f. Se også »fondsaktiver, sikkerhedsdepot« og »negotiable dokumenter, sikkerhedsdepot«
- aktiebreve 315 ff.
- arbejdsdepot 331 ff., 362
- begreb 301
- beskrivelseskrav 303 ff.
- fondsaktiver 341 ff.
- identifikation/individualsering 302, *303 ff.*, 318 ff., 353 ff., 463 f., 464 f., 466
- modregning 309
- negligeringsret 306
- negotiable dokumenter 311 ff.
- ombytning, ret til *319 ff.*, 331 ff.
- rådighedsberøvelse 302, 304 f., *306 ff.*, 311 f., 321, 324 ff., 327 ff., 355, 463 f., 466 f.
- samledepot 322 ff.
- sikringsakt 301 ff., 324 ff.
- skiftende formuemasser, pant i 331 ff.
- tvangsfuldbyrdelse 309 f.
- udtagning, ret til 319 ff., 331 ff.

sikringsakt
- alternativ 10, 45 f., 329 f.
- arbejdsdepot 331 ff., 362
- byggeritransporter *56*, 57 f., 454 f.
- ejerpantebrev 312 f.
- factoring 142, 154, 166, *183 ff.*, 195 ff., 206 ff., 217, 232, 457, 460 f.
- finansiering ved koncerndannelse *251 ff.*, 461
- fondsaktiver 306, 308, 342, 345, *357 ff.*, 466
- funktioner 21 f., 357
- indlånskonti, modregning 278 ff., 295 f.
- indlånskonti, pant 289 ff.
- international factoring 188 ff.
- kontrabog, pant, modregning m.v. 288 f., 292 f.
- negotiable dokumenter 301, 308, 311, 316, *324 ff.*, 326 ff., 464 f.
- pant i egen gæld 289 ff.
- sikkerhedsdepot 301 ff., 324 ff., 357 ff.
- samledepot 324
- simple fordringer 19 ff.
- tilbagetrædelseserklæring 399 ff., 402, 468

sikringskonto 159, *172 ff.*, 196 f., 217, 232 ff.
- »fysisk« – 174 f., 232
- pant i 291
- »spærring« 159 f.

skiftende formuemasser, pant i 331 ff.
special purpose vehicle (SPV) 268 f.
spærring, pantsat indlånskonto 292 ff.
spærring, sikringskonto 159 f.
stemmeret
- ansvarligt lån 408, *433 f.*, 438, *443 f.*
- pantsatte anparter og aktier 248
- tilbagetrædelseserklæring 396 f., 398 f., 468

subordineret lån 408. Se også »ansvarligt lån«
subrogation *60 f.*, 453 f.
supplerende kapital, pengeinstitutter 413

surrogater
- ejendomsforbehold 167 f.
- pant i fondsaktiver 349, 351, 365 f., 466

systematik 14 f.

tandemkonto *261*, 460
tavshedspligt, revisor 247
teser 9
tegningsoptioner 411
tegningsrettigheder, pant i fondsaktiver 352
tilbagebetalingskrav, fakturaskylderens *211 ff.*, 459 f.
tilbageholdsret, sælgers misligholdelse 168
tilbagetrædelseserklæring *383 ff.*, 467
- begreb 377, 383 ff., 407 f.
- erstatningsansvar, uberettigede betalinger 394
- finansiering ved koncerndannelse 248 f., 384
- inkassofuldmagt 390, *392 ff.*, 400 f., 468
- konkurs *394 ff.*, 468
- konkursorden *395 f.*, 434 f.
- legitimation 392 f., 401 f.
- meddelelse 385, *399 ff.*, 402
- mellemregningskonto 390
- modregning 394
- omstødelse *402 ff.*, 468
- privilegium exigendi 383
- regnskabsmæssig behandling 405 f.
- renter 393
- rækkevidde 388 ff.
- rådighedsproblem 402, 468
- sikringsakt 399 ff., 402, 468
- stemmeret 396 f., 398 f., 468
- tredjemandsløfte 386 f.
- tredjemandspant 385
- tvangsakkord 398 f., 468
- typer af – 385 ff.

tingsindbegreb, pant i *239*, 303, 472 f.
tingsretlige regler, præceptivitet 4
tinglysning, fordringer 45
totalkonto, modregning 279
trangsbeneficiet, modregning i indlånskonti 274
tredjemandsløfte, efterstillede kreditter 386 f., 417
tredjemandspant
- anmeldelsesret, konkurs 396
- omstødelse 260
- tilbagetrædelseserklæring 385

tvangsfuldbyrdelse, sikkerhedsdepot 309 f.
tvungen efterstilling *447 f.*, 471

udlovelser 414, 415, 421
udskydelsesret, finansieringsgrundlag 161, *162 ff.*
- finansieringstolerancedage 160, 163, 243
- uberettiget udnyttelse af – 163

undertransport *90*, 123

vedkommende transporters forrang 110 ff., 120, 123, *126 ff.*, 455
- eventualforpligtelser 133
- fravigelse af regel om 128 ff.

venturekapital 411 f.
videretransport 75, 454 f.
virksomhedspant 147, 239 f., *472 ff.*
værdipapirer, se også »fondsaktiver«
- dematerialiserede 301
- fysiske 301
- sikkerhed i – 301 ff. Se også »sikkerhedsdepot«

værdipapirdepot se »sikkerhedsdepot«

warrants 352, 411

øremærkningslæren 274 f.