

Vår 2019 - JUS3212 - Sensorveiledning

Sensorveiledning

JUS3212 - Formuerett II - Vår 2019

Orientering om bruk av digitale hjelpemidler – Lovdata Pro – på eksamen

Våren 2019 er det innført bruk av digitale hjelpemidler ved eksamen på blant annet 3. studieår. Kandidatene har tilgang til eksamensversjon av Lovdata Pro.

Nærmere informasjon om Lovdata Pro i studier og eksamen finnes her:

<https://www.uio.no/studier/program/jus/lovdata-pro/>

Oppsummert omfatter rettskildetilgangen lover, forskrifter og avgjørelser fra Høyesterett og lagmannsrettene, samt utvalgte internasjonale kilder. Kun eksamensgodkjente henvisningsmerknader vil være tilgjengelige i eksamensmodus og fritekstmerknader vises ikke.

Faglærerne samler sentrale rettskilder for sitt emne i elektroniske utvalg i Lovdata. Kandidatene har tilgang til disse utvalgene under eksamen. Et formål med utvalgene er at de skal gi en oversikt over de mest relevante rettskildene for hvert fagområde.

Sensorene forutsettes å gjøre seg godt kjent med regelverket for digitale hjelpemidler på eksamen. Bruken av digitale hjelpemidler kan påvirke kandidatenes rettskildebruk sammenholdt med tidligere eksamensordning. Tilgangen til digitale hjelpemidler forutsettes å ikke innvirke på karakterfordelingen.

Del I (Praktikum i dynamisk tingsrett - 4 timer)

1. Innledning

Eksamen dette semesteret består av to deler der den første delen i hovedsak reiser panterettslige spørsmål. Den andre delen omhandler selskapsrettslige problemstillinger. Denne sensorveiledningen er skrevet utelukkende med tanke på del 1. Veiledningen er skrevet uten at undertegnede har lest noen besvarelser. *Undertegnede har deltatt på sensormøte og det er gjennomført enkelte justeringer av veiledningen som følge av innspill fra sensorene. Endringene er skrevet i kursiv.*

Eksamensoppgaven omhandler konflikten mellom avtalepanthaver og utleggspanthaver. Oppgaven reiser spørsmål om tinglysingsvirkninger, prioritet, prioritetsvikelser, opplåning og opptrinnsrett. Av læringskravene fremgår det at det kan forventes at kandidatene har god forståelse av:

- «Reglene om tinglysning og annen rettighetsregistrering, herunder registreringens betydning.»
- «Reglene om opptrinnsrett, opplåning av pantobligasjoner og prioritetsvikelser».

I tillegg kreves det kjennskap til

- «Hva en panterett er og de viktigste formene for pant».

Disse problemstillingene er behandlet i Falkanger og Falkanger (2016) side 799 – 837 og i Skoghøy (2018) side 205 – 300, som begge er alternativt hovedpensum.

Kandidatene får også utlevert en grunnboksutskrift. Der fremgår heftelsene til de forskjellige avtalepanthaverne vi møter i faktum. Denne utskriften viser heftelsene på eiendommen per 1. desember 2018, datoen da det ble tatt utlegg i eiendommen. Oppdraget til kandidatene lyder som følger:

«På bakgrunn av anførselene skal du drøfte og avgjøre tvistene mellom partene og ta stilling til prioritetsrekkefølgen, med både prinsipale og subsidiære drøftelser.» Det er antatt at kandidatene bruker 4 timer på del 1.

2. Gjennomgang av tvistene

Oppgaven omhandler fordeling av salgssum etter at en eiendommen "Myrgløtt" ble tvangssolgt. Tvistene dreier seg om prioritet, og kandidatene bes om å ta stilling til prioritetsrekkefølgen. Det er følgelig naturlig å ta utgangspunkt i tvangsfullbyrdelsesloven § 11-36. I bestemmelsens andre ledd tredje punktum står det at pengeheftelser dekkes etter prioritet. Ettersom det er tale om forholdet mellom flere panteretter vil nok en del studenter gå videre til panteloven § 1-13 der det fremgår at prinsippet om «først i tid best i rett» gjelder, så fremt annet ikke følger av reglene om rettsvern. Reglene om rettsvern for avtalepant følger av panteloven § 2-5, mens reglene om rettsvern for utleggspant fremgår av panteloven 5-2. Av begge bestemmelsene fremgår det at rettsvern oppnås ved tinglysing. Forholdet mellom flere heftelser i fast eiendom reguleres videre av tinglysingsloven §§ 20 – 22. Mange studenter vil nok gå rett til tinglysingslovens kollisjonsregler, men de som ser mer nyansert på dette bør få pluss for det.

Tvist 1

Tvist 1 står mellom avtalepanthaver Marte Kirkerud AS mot utleggspanthaver Crash Data AS.

Avtalepantet ble tinglyst 22.8.16, mens utlegget ble tinglyst 1.12.18. Crash Data anfører at utleggstaker har krav på best mulig prioritet, mens Marte Kirkerud AS mener de måtte være uberørt av utlegget.

Kandidatene bør rimelig raskt vise til tinglysingsloven § 20, og at den heftelse som registreres først får best prioritet.

En annen fremgangsmåte er å drøfte problemstillingen med utgangspunkt i kreditorsbeslagsrett og problematisere om Crash Data AS ekstingverer Martes panterett. Det er i alle tilfeller klart at Martes panterett er tinglyst og med det har rettsvern overfor etterfølgende kreditorer.

Denne tvisten må anses som enkel. De som drøfter dette kort og poengtert bør honoreres for det.

Tvist 2

Tvist 2 står mellom avtalepanthaver Tastad AS og utleggspanthaver Crash Data AS, og dreier seg om opplåning av panterett i fast eiendom.

Tastad AS ønsket å «benytte den ubenyttede delen av panteretten» til sikkerhet for betaling for Peders kjøp av fyrverkeri. Crash Data AS bestred at det var adgang til dette og pekte først på at avtalen mellom Tastad AS og Peder Ås ikke fremgikk av tinglysingen. Derneft, at det ikke var tale om en utvidelse av samme engasjement. *Denne tvisten må anses som krevende, og dette må det tas høyde for under sensuren. Sett hen til faktum og det om er gjengitt fra avtalen mellom Tastad AS og Peder Ås kan det imidlertid forventes at kandidatene skiller mellom spørsmålene om det kan opplånes for å sikre kravet på betaling av fyrverkeri, og spørsmålet om det kan opplånes for å sikre betaling av regresskravet.*

Rettskildebildet

Innledningsvis kan det forventes at kandidatene sier noe om rettskildebildet for opplåningsretten. Den tryggeste veien frem til analogisk bruk av burettslagsloven og luftfartslovens regler om opplåning er å vise til at bestemmelsene bygger på *NOU 1982:17 Ny tinglysningslov*, som igjen beskriver det som er antatt å være gjeldene rett hva gjelder opplåning av panterett i fast eiendom. De som går direkte til de nevnte lovene uten å bemerke rettskildebildet bør etter mitt skjønn trekkes. Noen lang drøftelse om dette er neppe nødvendig, også i pensumlitteraturen gjøres dette kort, jf. Falkanger og Falkanger side 805 og side 828.

*På sensormøte kom det frem at flere kandidater bygget drøftelsen på Rt. 1994 side 775 (Yousuf). Yousuf-dommen gjelder konflikten mellom to avtalepanthavere. Høyesterett skriver imidlertid at det gjelder et lojalitetsprinsipp "mellom konkurrerende rettighetshavere". Dette kan forstås dit hen at det foreligger et lojalitetsprinsipp uavhengig av om etterstående panthaver er en avtalepanthaver, eller om det er en utleggspanthaver slik som i faktum. En slik forståelse kan nok forsvares. Det er imidlertid unødvendig å tolke inn et slikt lojalitetsprinsipp til fordel for utleggspanthaver. Utgangspunktet om at gjenopplåning ikke kan skje etter at det er registrert utlegg som panthaver har fått kjennskap til, er allerede begrunnet med at kreditor skal ha den beste ledige prioritet (sml. *NOU 1982:17 side 149*). De som ikke får frem utgangspunktet om at kreditor skal ha best mulig prioritet, og uten nærmere drøftelse bygger besvarelsen på at det gjelder et lojalitetsprinsipp overfor etterfølgende tvangskreditorer med henvisning til Yousuf-dommen, bør etter mitt skjønn få trekk. Videre bør kandidatene få frem at avtalen må gi grunnlag for opplåning og at opplåningen må begrunnes i faren for å lide tap. Dette følger allerede av en analogisk bruk av reglene i luftfartsloven § 3-30 første ledd, og/eller burettslagslova § 6-10 første ledd. Det bør følgelig være mulig å få full uttelling her uten å vise til Yousuf-dommen overhodet.*

Det legges til at fagansvarlig professor Røsæg fikk spørsmål om hvorvidt lojalitetsprinsippet gjelder også overfor utleggspanthaver, på Facebook-gruppen "Dynamisk tingsrett". Professor Røsæg svarte som følger:

"Jeg tror det skal særdelesinmarimye til for at en panthaver skal kunne utvide engasjementet sitt (låne opp) dersom det av en eller annen grunn kan karakteriseres om illojalt overfor en etterstående panthaver. Slik sett spiller det ingen rolle om den etterstående panthaveren er en kontraktspanthaver eller utleggspanthaver. Men i forhold til utleggspanthaverne er det et hinder til for opplåning: Utleggstakerne skal ha beste ledige prioritet, og skal ikke skyves bakover i prioritetsrekken ved at foranstående panthavere utvider engasjementet sitt, uansett om utvidelsen er helt lojal. Så det er vel riktigere å si at en etterfølgende utleggstaker ikke trenger å påberope seg lojalitetsregelen enn å si at den ikke gjelder i forhold til henne.

Uansett om den etterstående panthaver er kontakspanthaver eller utleggspanthaver er det enighet om at den foranstående må få utvide engasjementet sitt om det er nødvendig for å unngå at hun lider tap."

Kan opplåning nektes siden avtalen ikke fremgikk av tinglysningen?

Når det gjelder utleggtakers anførsel om at den interne avtalen ikke fremgikk av tinglysningen, vil nok noen kunne komme inn på at det er vanskelig å avgjøre om avtalen er inngått før eller etter utlegget ble tatt. Notoritetshensyn skulle kanskje tilsi at også avtalen måtte ha vært tinglyst for at opplåning skal kunne skje. Dette blir etter mitt skjønn noe søkt. Det er som utgangspunkt ingen rettsvernsakt knyttet til utnyttelsen av ledig prioritet. Hvorvidt det foreligger en avtale som åpner for opplåning og når denne avtalen ble inngått vil måtte avgjøres etter bevisbedømmelse og etter en tolkning av avtalen. Utleggssøkende kreditor er videre vernet gjennom de ulovfestede reglene om at opplåning som utgangspunkt ikke kan skje etter at utlegget er registrert og panthaver har fått varsel om det, sml. burettslagslova § 6-10 (1). Det avgjørende er at det foreligger en avtale som åpner for opplåning, og ikke at denne avtalen fremgår av tinglysningen.

Denne anførselen er etter mitt skjønn noe vanskelig å få taket på, og vi bør ikke forvente for mye av kandidatene her. Det avgjørende er at kandidatene ser at dette blir et spørsmål om pantet kan lånes opp med prioritet fra rettsvernstidspunktet. De som mener at kreditor burde kunne innrette seg, og at avtalen følgelig burde fremgå av tinglysningen, bør få trekk.

Kan det opplånes for å sikre kravet på betaling av fyrverkeri?

Partenes anførsler legger i og for seg opp til en drøftelse av om Tastad AS står i fare for å lide tap eller ikke, sml. luftfartsloven § 3-30 (1) siste punktum og burettslagslova § 6-10 første ledd siste punktum.

Det følger imidlertid av faktum at kravet på betaling av fyrverkeriet oppstod før utlegget, ettersom bestillingen ble gjennomført 15. september 2018. Enkelte vil nok komme til at opplåningen her skjedde fra og med avtaleinngåelsen, og ikke etter at utlegget ble tatt. Spørsmålet om opplåning etter utlegg kommer ikke på spissen, men kandidatene må i alle tilfeller se at opplåning må ha grunnlag i avtalen mellom partene. Slik avtalen er gjengitt er det ikke tvilsomt at avtalen gir grunnlag for opplåning i dette tilfellet.

Enkelte kandidater vil vel reise spørsmålet om Tastad AS allikevel må stanse en allerede avtalt leveranse, og med det unnlate å oppfylle sin forpliktelse om å levere fyrverkeri til Peder Ås.

Det at utleggspanthaver har et ønske om mest mulig til dekning etter et tvangssalg av fast eiendom, bør nok ikke tilsi at leveranser avtalt før utlegget blir tatt må stanset. Selv om betalingen først skulle skje etter at utlegget ble registrert og varslet. De gode kandidatene vil også kunne se at reelle hensyn trekker i retning av at Tastad AS ikke burde stanse leveringen av fyrverkeriet. Stansing ville ført til at Peder Ås nektes den inntekt som salget av fyrverkeriet representerer. Dette ville igjen kunne lede til at Peders virksomhet må opphøre med de negative følger dette kan føre med seg, både for Peder Ås så vel som for øvrige kreditorer. Det kan også spørres om en eventuell stansingsrett kan hjemles i kjøpsloven, ettersom stansingen da må begrunnes i utleggspanthavers ønske om bedre utsikt til dekning, og ikke med at selgeren frykter at betaling uteblir. Det kan ikke forventes at mange påpeker dette, men de som ser dette bør belønnes.

Som nevnt over vil nok mange vurdere forholdet som om det var oppstått etter utlegget. Denne drøftelsen vil også kunne gjennomføres etter de linjer som skisseres like nedenfor. Enkelte vil nok problematisere om faren for tapt fortjeneste også berettiger opplåning i tråd med utgangspunktene i burettslagslova § 6-10 (1) siste punktum. Formålet bak reglene om fortsatt kredittgivning etter utlegg synes å være ønsket om at panthaver ikke skal tape allerede ytt kreditt ved å måtte stanse videre kredittgivning. I pensumlitteraturen

drøftes ikke dette skillet, og de som ser dette og får noe forstandig ut av drøftelsen bør belønnes. Se også det som skrives om tapsvurderingen nedenfor.

Kan den ledige prioriteten brukes til å sikre betaling av regresskravet?

Det fremgår videre av faktum at Tastad AS har lyst til å benytte den ledige prioriteten til å sikre betaling av et regresskrav mot Peder Ås. Dette regresskravet oppstod «etter nyttår» og i så måte etter utlegget som ble tatt 1. desember 2018.

Når det gjelder spørsmålet om opplåning etter at det er tatt utlegg, bemerkes det at denne problemstillingen var aktuell også i kursoppgaven dette semesteret. Problemstillingen bør følgelig være godt kjent for kandidatene. De aller fleste vil ha mye å skrive her, og gode kandidater vil skille seg ut med metodebruk, gode formuleringer av rettslige vurderingstemaer samt god struktur på drøftelsen.

Det første momentet kandidatene bør innom i selve opplåningsvurderingen er om avtalen mellom Tastad AS og Peder Ås åpner for opplåning, sml. burettslagsloven § 6-10 (1) og luftfartsloven § 3-30 (1). Etter avtalen skulle pantet «sikre betaling for levert fyrverkeri og mulige krav fra Tastad AS i forbindelse med leveranser». Det bør problematiseres hvorvidt det aktuelle regresskravet er et krav fra Tastad AS som har oppstått i forbindelse med levering av fyrverkeri. Hvilket resultat kandidatene kommer til her er neppe avgjørende. Det sentrale er at kandidatene ser at opplåningsretten må ha grunnlag i avtalen. Dersom noen kommer til at avtalen ikke gir grunnlag for opplåning bør det foretas en subsidiær drøftelse.

Kandidatene bør dernest få frem at en avtalt opplåningsadgang som hovedregel avskjæres dersom det er registrert utlegg i eiendommen som panthaver har fått varsel om, sml. burettslagsloven § 6-10 (1) siste punktum og luftfartsloven 3-30 (1) siste punktum. Det fremgår klart av faktum at utlegget er tinglyst og at panthaver har fått varsel. Dette bør kandidatene kort slå fast.

Hovedtyngden i denne drøftelsen bør nok ligge på hvorvidt Tastad AS kan avbryte kredittforholdet uten å lide tap, sml. burettslagslova § 6-10 (1) og luftfartsloven § 3-30 (1). Her er det en viss forskjell i ordlyden til burettslagslova § 6-10 (1) og luftfartsloven § 3-30. I sistnevnte kan opplåning gjennomføres etter at det er registrert utlegg dersom «panthaveren ikke godt kan avbryte kredittforholdet uten å risikere å lide tap». Etter burettslagslova kan opplåning bare skje for å forhindre «urimeleg tap». Det er antatt at det ikke er noen materiell forskjell mellom reglene, og også for fast eiendom må det tapet for å berettigede opplåning være et økonomisk tap av en *viss størrelse*, sml. Falkanger og Falkanger side 827-828. Kandidatene bør altså få frem at ikke ethvert potensielt tap bør åpne for opplåning.

Formålet bak unntaket er blant annet å sikre at panthaver ikke skal måtte stanse kredittgivingen der det er tilført kreditt i større omfang enn det finnes verdier, og når videre kredittgivning vil bidra til at panthaver oppnår full dekning. Eksemplene fra forarbeidene så vel som pensumlitteraturen er byggelån, og videreopplåning av slike. Ved denne type lån vil vel også øvrige panthavere med dårligere prioritet nyte godt av fortsatt kredittgivning ettersom økt verdi på pantegjenstanden innebærer økt mulighet for dekning av også deres krav, sml. NOU 1982:17 Ny tinglysningslov side 150. De som får frem formålene bak unntaket, og ser at disse ikke treffer helt godt på tilfellet i faktum, bør belønnes også her.

Noen vil nok også komme til et resultat der det må drøftes om det tapet Tastad AS lider som følge av «bortkastede forsendelsesutgifter» alene er nok til opplåning etter at utlegget er tatt. I denne drøftelsen bør det komme frem at det må trekkes en grense mot mindre økonomiske tap, sml. det som er skrevet over om at tapet må være av en *viss størrelse*.

Tvist 3

Tvist 3 står mellom avtalepanthaver Olga Ås og utleggspanthaver Crash Data AS.

Denne tvisten kan angripes på flere måter, og kandidatene får ikke mye hjelp fra faktum her. Etter mitt skjønn kan også denne tvisten løses temmelig kort. Det sentrale er at kandidatene får frem utgangspunktet om prioritet og drøfter om prioritetsvikelsen kan lede til en annen løsning enn at Olga rykker opp.

Når får utlegget prioritet?

Crash Data AS anfører at de har bedre prioritet enn Olga Ås siden de fikk dom på kravet 8.6.18, før Olga Ås fikk registrert sin panterett.

Kandidatene bør rimelig raskt komme frem til at utleggspanthaver får rettsvern og prioritet fra datoen da heftelsen ble registrert, og ikke fra eventuelle domsavsigelser, jf. panteloven § 5-2 (1) og tinglysingsloven § 20.

Utgangspunktet om prioritet og fordeling etter tvangssalg

Olga anfører at hun har «rett til å utnytte denne ledige plassen i kraft av sin opptrinnsrett» og at prioritetsforbeholdet bare gjaldt frivillige rettsstiftelser. Utleggspanthaver hevdet at «opplåningsrett går foran opptrinnsrett». Slik jeg forstår faktum omhandler tvisten hvem som bør få fordel av at Tastad AS ikke har, eller får, utnytte sin panterett fullt ut. Det er vel hensiktsmessig å forutsette at Tastad AS ikke fikk opplånt ledig prioritet i forrige tvist. Faktum legger også opp til en slik forutsetning.

Om fordeling av salgssummen etter tvangssalg skriver Lilleholt at man i utgangspunktet ser bort fra ledig prioritet når formuesgodet blir tvangssolgt, stabelen av prioritetsplasser «klappas saman ved tvangssalet»^[1]. Igjen er det kanskje hensiktsmessig at kandidatene minner om utgangspunktet i tvangsfullbyrdelsesloven § 11-36 (2) tredje punktum og at heftelser skal dekkes etter prioritet, og at prioritet oppnås fra registreringstidspunktet, jf. panteloven §§ 1-13, 2-5 og 5-2, samt tinglysingsloven § 20.

Utgangspunktet bør følgelig være at Olga Ås får dekket sitt krav før utleggssøkende kreditor, og at hun har opptrinnsrett.

Det kan imidlertid problematiseres om dette utgangspunktet bør fravikes med tre alternative angrepvinkler. For det første kan det vurderes om *prioritetsvikelsen* innebærer at kreditor går foran Olga for den ubenyttede delen av den ledige prioriteten til Tastad AS. En lignende, men noe annen innfallsvinkel er å drøfte om kreditor kan ta *beslag* i den ledige prioriteten. For det tredje kan tvisten drøftes med utgangspunkt i at bare Olga Ås må respektere opplåningen.

1. prioritetsvikelsen

Olga hadde samtykket å stå bak «frivillige rettsstiftelser». Spørsmålet blir om Olgas prioritetsvikelse tilsier at utleggssøkende kreditor burde få bedre prioritet til den ledige prioriteten enn Olga. Det kan argumenteres med at Olga hadde samtykket til å stå bak hele panteretten til Tastad AS. Det burde følgelig være det samme for Olga om det er en utleggssøkende kreditor, eller Tastad AS selv som utnytter den ledige

plassen. Det kan også bemerkes at dersom Crash Data AS hadde sikret sitt krav på kjøpesummen med avtalepant i boligen ville panteretten ha fått prioritet foran Olga.

Skoghøy tar til ordet for at kreditor kan ta beslag i ledig prioritet der denne skyldes en «absolutt prioritetsavtale». Dette er for eksempel tilfelle der eieren av den faste eiendommen har forbeholdt seg retten til å pantsette eiendommen på foranstående prioritet, og utlegget blir tatt før eieren har utnyttet prioritetsforbeholdet, sml. side 214. Falkanger og Falkanger synes å legge til grunn at dersom det er ledig prioritet som følge av avkall, er det «klart at en kreditor kan legge beslag på vedkommende ledige plass», sml. side 819-821. Lilleholt ser mer nyansert på det, og mener grunnlaget for å la kreditor få fordel av den ubenyttede prioriteten er «nokså spinkelt», sml. side 183.[\[2\]](#)

Hvorvidt Olga må stå tilbake for utleggspanthaver her vil bero på prioritetsvikelsen og en tolkning av denne. Av faktum og av grunnboksutskriften fremgår det uttrykkelig at prioritetsvikelsen er myntet på frivillige rettsstiftelser. Det er følgelig ikke grunnlag for å tolke prioritetsvikelsen såpass vidt at den skal gjelde også overfor tvangskreditorer.

I petit diskuterer Falkanger og Falkanger om kreditor kan ta beslag i ledig plass når avtalepanthaver har samtykket å stå bak et angitt beløp, som ikke er fullt utnyttet ved tvangssalg, se side 817 til 818. De konkluderer med avtalepanthaver ikke bør rykke opp i disse tilfellene, og at det er tvangskreditor som bør få fordel av den ubenyttede prioriteten. Videre skriver Falkanger og Falkanger følgende: «Mener en panthaver at utlegg og konkurs representerer en vesentlig risiko, får han sørge for at prioritetsavtalen blir klar», se side 818 øverst.

Slik jeg leser faktum har Olga ÅS vært tilstrekkelig klar. Det er følgelig Olga Ås som må nyte godt av at Tastad AS ikke har utnyttet panteretten sin fullt ut, og ikke utleggspanthaver. Hvilket resultat kandidatene kommer til her bør igjen ikke være avgjørende, men denne problemstillingen bør kandidatene se. Det er ikke mange andre rettskilder enn teorien der dette spørsmålet blir drøftet. De som klarer å problemstillingen nyansert og selvstendig bør få god uttelling.

2. beslagsrett

Enkelte vil nok ta utgangspunkt i dekningsloven § 2-2 og vurdere om en ubenyttet opplåningsadgang er et formuesgode som kreditor kan ta beslag i. Utenom de tilfeller der det er tale om absolutte prioritetsvikelser argumenterer Skoghøy for at det ikke kan tas beslag i opplåningsretten. Han viser til at det kun er avtalepanthaver som kan utnytte den ledige plassen til opplåning, og dette følger angivelig allerede av luftfartsloven § 3-30 (1) 1. punkt og burettslagsloven § 6-10 (1) 2. punktum, se Skoghøy side 226. Skoghøy tilbakeviser argumentasjonen til Marthinussen som har tatt til ordet for at ledig plass *burde* være gjenstand for beslag[\[3\]](#)

De færreste kjenner nok til diskusjonen i teorien og Marthinussens artikkel. De fleste vil nok møte anførselene med en henvisning til lovgivningen der det fremgår at det kun er avtalepanthavere som kan utnytte opplåningsretten. Dette må være forsvarlig, men de som problematiserer om opplåningsretten er et formuesgode som eierens kreditorer kan ta beslag i, bør etter mitt skjønn få et pluss. Det bør allikevel være mulig å få full uttelling på denne tvisten uten at denne problemstillingen reises.

3. Situasjonen der Olga Ås, og ikke utleggspanthaver, må respektere opplåningen

Slik jeg forstår faktum har ikke Tastad AS utnyttet en eventuell opplåningsadgang. Faktum er imidlertid ikke helt klar her. Noen vil kanskje komme til at avtalepanthaver Olga Ås må stå bak opplåningen, mens denne ikke må respekteres av utleggssøkende kreditor. Dette må eventuelt begrunnes med at opplåningen skjedde etter at utlegget ble tatt. En slik forståelse danner grunnlag for å drøfte situasjonen som oppstår der Olga, men ikke kreditor må respektere opplåningen. I disse situasjonene synes det mindre betenkelig å gi utleggspanthaver fordelene av at den ledige prioriteten ikke var utnyttet fullt ut.

Det kan ikke forventes at mange drøfter dette. Det bør på ingen måte føre til trekk at kandidatene ikke ser at dette *kan* bli en problemstilling. De som klarer å si noe forstandig om disse konfliktene bør imidlertid belønnes.

Oppsummering

Veiledningen ovenfor er omfattende og det kan ikke forventes at kandidatene ser alle problemstillingene som drøftes. Generelt reiser Del 1 spørsmål som stort sett er behandlet i forarbeider til en tinglysingslov som ikke ble noe av og i teorien. Rettskildebildet gir følgelig grunnlag for selvstendighet. Det viktigste er at kandidatene viser innsikt og kunnskap om reglene om prioritet, opplåning og opptrinnsrett. For å få til gode drøftelser krever faktum at det i enkelte tilfeller foretas avgrensninger og forutsetninger som bidrar til at problemstillingene kommer på spissen. Det er viktig at problemstillingene presenteres på en klar måte. Etter mitt skjønn bør det være fullt mulig å få en god karakter selv om drøftelsen ikke er særlig omfattende.

[1] Sml. Lilleholt (2018) side 183. Merk at Lilleholt ikke er pensum for disse spørsmålene.

[2] Merk at Lilleholt ikke er pensum for disse spørsmålene.

[3] Se artikkel «Kreditorbeslag i «ledig plass» i panteretter?», fra 2014 i Jussens Venner.

- Sensorveiledning til Del I er forfattet av Morten Smedal Nadheim

Del II (Teori i selskapsrett – 2 timer) A og B

1 Følgende oppgaver ble gitt under del II av eksamen:

DEL II A:

Redegjør generelt for hvilke retningslinjer som gjelder for styrets vurdering av forsvarlig egenkapital i aksjeselskaper.

DEL II B:

Aksjeselskapet Fluorfri AS ble stiftet i 2016. Formålet med selskapet var å utvikle fluorfrie smøreprodukter, som kunne erstatte alle de miljøskadelige produktene som brukes i langrennssporten. Initiativet ble godt mottatt i langrennsmiljøene, og Fluorfri AS fikk lån fra Lillevik Sparebank på kr. 1.000.000 ved oppstart. Selskapet leide lokaler til produksjon og markedsføring av produktene og hadde utgifter til utviklingen av selve produktene. I desember 2018 var lånebeløpet brukt opp og etter avtalen med banken, skulle lånet nedbetales over 10 år, første avdrag forfalt i januar 2019. Selskapets egenkapital var kr. 400.000. Behovet for produktene i markedet var økt som følge av at flere arrangører av skirenn hadde innført fluorforbud, og aksjeeierne begynte å bli fornøyde med produktene de utviklet og mente at de snart var klare for produksjon og salg. Selskapet hadde imidlertid ikke inngått kontrakter om salg av produkter, og det var dermed ingen sikre inntekter i nær fremtid.

Redegjør kort for:

- a) hvorvidt denne situasjonen aktualiserer plikter etter aksjeloven for styret,
- b) hvilke handlingsalternativer etter aksjeloven som kan være aktuelle og
- c) hvilke konsekvenser det har at styrets plikter ikke etterleves.

Det var beregnet 2 timer til å besvare oppgavene.

2 Temaet for oppgavene, læringskrav og behandling av temaet i pensum og i undervisningen

Overordnet er oppgavenes tema kapitalbeskyttelse i aksjeselskaper, og mer presist kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4 og styrets handleplikt ved tap av egenkapital etter aksjeloven § 3-5.

Etter læringskravene for selskapsrett kreves god forståelse for grunnleggende selskapsrettslige prinsipper og aksjeselskapers rettsforhold, herunder finansiering av virksomheten.

I innføringslitteraturen behandler Aarbakke og Fjørtoft aksjelovens krav til forsvarlig egenkapital og likviditet i § 3-4 og styrets handleplikt etter § 3-5 på side 405, og Woxholth på side 62, side 78 og på side 94.

I hovedlitteraturen behandler Woxholth §§ 3-4 og 3-5 i punkt 2.21, mens bestemmelsene behandles av Andenæs i punkt 25.5.

Av relevant rettspraksis, inngår HR-2016-1440-A (Håheller) i domsutvalget JUS3212 (Selskapsrett), som studentene har tilgang til på eksamen.

Håheller-avgjørelsen ble utførlig omtalt av Buskerud Christoffersen på forelesningene i selskapsrett. Studentene må derfor forventes å kjenne til avgjørelsen. Woxholth omtaler avgjørelsen på side 139, mens den ikke omtales av Andenæs (som ble utgitt i 2007). Manglende omtale av avgjørelsen må gi trekk.

På forelesning behandlet Buskerud Christoffersen, i tillegg til gjennomgangen av Håheller-avgjørelsen, også kravet om forsvarlig egenkapital og styrets handleplikt etter § 3-5 mer generelt.

Temaet inngår også i kursundervisningen, der to av oppgavene i kursheftet omhandler §§ 3-4 og 3-5.

Kravet til forsvarlig egenkapital i aksjeloven § 3-4 og styrets handleplikt etter § 3-5 er sentrale bestemmelser i aksjeloven.

Oversikten ovenfor viser at temaet er godt dekket i både pensumlitteraturen og i undervisningen. Studenter som har lest innføringslitteratur og hovedlitteratur, og som har fulgt forelesninger og deltatt på kurs har gode forutsetninger for å få til en god besvarelse av oppgavene under eksamen del II. Studenter som ikke viser til de relevante lovbestemmelsene og Håheller-avgjørelsen må gis trekk.

I hovedlitteraturen nevner Woxholth artikkelen "*Praktiske innfallsvinkler til forsvarlighetsvurderingen av egenkapital og likviditet i aksjeselskaper*" (Johannes Meyer Myklestad i Jussens Venner 2017 nr. 1 side 45 flg.). Studenter som har lest denne vil ha et fortrinn ved besvarelsen. Beste karakter skal likevel kunne oppnås ved å ha lest pensumlitteraturen og deltatt i undervisningen.

3 Nærmere om besvarelsen under Del II A

Oppgaven etterspør en *redegjørelse* for de *generelle* retningslinjene som gjelder for *styrets* vurdering av *forsvarlig egenkapital* i *aksjeselskaper*.

En hensiktsmessig disposisjon av besvarelsen forutsetter nok at det innledningsvis slås fast at plikt for styret i aksjeselskaper til å vurdere om selskapet har forsvarlig egenkapital følger av aksjeloven §§ 3-4 om forsvarlig egenkapital og likviditet og § 3-5 om handleplikt ved tap av egenkapital. Studentene bør vise til at bestemmelsen i § 3-4 etter sin ordlyd retter seg mot "*selskapet*", men at det er styret som har det overordnede ansvaret for forvaltningen av selskapet og derfor primæransvaret for at selskapet oppfyller kravet. Handleplikten etter § 3-5, og dermed plikten til å vurdere selskapets egenkapital, retter seg etter ordlyden i § 3-5 uttrykkelig mot styret.

Studenter som ikke forankrer besvarelsen i aksjeloven § 3-4 og § 3-5 bør gis trekk.

Det kan nok være studenter som påpeker at oppgavens ordlyd begrenser seg til styrets vurdering av forsvarlig "*egenkapital*", og at likviditet ikke uttrykkelig omfattes. Det vil kanskje være studenter som reiser spørsmål ved om besvarelsen skal avgrenses mot å behandle styrets vurdering av selskapets likviditet. Andre studenter vil kanskje helt overse poenget. Studenter som har lest Woxholth og som har merket seg departementets uttalelse i Prop.111L. 2012-2013 side 77 og 78 om at tilføyelsen av ordet "*likviditet*" først og fremst var antatt å ville ha pedagogisk betydning i forbindelse med lovendringen, vil kunne ha en fordel ved at de vil kunne vise til forarbeidenes uttalelse og legge til grunn at oppgavens formulering ikke medfører at besvarelsen skal avgrenses mot en omtale av selskapets likviditet. Andenæs (som ble utgitt før lovendringen i § 3-4 i 2013) legger til grunn at ordlyden "*egenkapital*" ikke omfatter en vurdering av likviditeten, og studenter som legger denne forståelsen til grunn ikke bør gis trekk.

Det bør fremgå av besvarelsene at kravet til forsvarlig egenkapital i §§ 3-4 og 3-5 er en rettslig standard, som for styret innebærer plikt til å foreta en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering av om selskapets samlede kapitalgrunnlag er forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av selskapets virksomhet (Ot.prp.nr. 23 (1996-97) side 52). Det er altså ikke tilstrekkelig å vurdere selskapets egenkapital isolert sett. Forsvarlighetskravet som rettslig standard ble trukket frem på forelesning. I hovedlitteraturen nevner henholdsvis Woxholth på side 138 og Andenæs på side 214 at vurderingen er en skjønnsmessig helhetsvurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag.

Det bør videre påpekes at det etter lovens ordlyd er selskapets egenkapital til "*enhver tid*" som skal være forsvarlig. Det følger av ordlyden at det er egenkapitalen på vurderingstidspunktet som er

avgjørende ved forsvarlighetsvurderingen, og av lovforarbeidene at det er selskapets reelle egenkapital som er objektet for forsvarlighetsvurderingen. Andre måter å uttrykke dette på er at det er selskapets "verdijusterte egenkapital" eller "virkelig verdi" av selskapets egenkapital som er avgjørende. I hovedlitteraturen omtaler Woxholth dette poenget på side 138 og Andenæs på side 214, og det ble også omtalt på forelesninger. Studentene som fulgte kursene vil også ha blitt gjort kjent med poenget i kursundervisningen. Studentene bør påpeke at det er den reelle egenkapitalen som er relevant ved forsvarlighetsvurderingen, og studenter som overser poenget bør gis et visst trekk. Betydningen av at det er selskapets reelle egenkapital som er relevant ved forsvarlighetsvurderingen, er at styret ved vurderingen skal ta hensyn til eventuelle merverdier ut over den balanseførte egenkapitalen, og til forhold som reduserer den reelle verdien av selskapets balanseførte egenkapital.

Videre bør det i besvarelsene pekes på hvilke forhold som er relevante i den skjønsmessige helhetsvurderingen. Her nevner Woxholth følgende forhold:

- Forholdet mellom egenkapital og gjeld;
- Gjeldens sammensetning; og
- De vilkår som knytter seg til selskapets forpliktelser.

Lovforarbeidene (Ot. prp.nr. 23 (1996-97)) side 52 angir følgende som eksempler på forhold som kan belyse om egenkapitalen er forsvarlig:

- Selskapets utviklingsfase;
- Sammensetningen av selskapets fremmedkapital og den likviditetsbelastningen den representerer;
- Forventet inntjening;
- Risikoen for at selskapet pådrar seg erstatningsansvar; og
- Hva slags type eiendeler egenkapitalen består av.

Andenæs omtaler ikke de her nevnte eksemplene på forhold som er relevante ved forsvarlighetsvurderingen. Andenæs går imidlertid inn på forsvarlighetskravets betydning på ulike stadier i selskapets utvikling (side 214 til 215).

Det kan ut fra pensumlitteraturen ikke forventes at studentene går nærmere inn på hvilke forhold som er relevante i forsvarlighetsvurderingen. Som nevnt har kurslederne foranledning til å gjennomgå forsvarlighetsvurderingen nærmere, men det kan nok variere kurslederne imellom i hvilken grad §§ 3-4 og 3-5 behandles mer i dybden.

Pensumlitteraturen går så vidt jeg kan se ikke egentlig nærmere inn på hva som ligger i lovens ordlyd "*risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet*". Det kan derfor ikke kreves at studentene er i stand til å utdype lovens ordlyd på dette punkt.

Pensumlitteraturen behandler i nokså liten grad nærmere temaet ved vurderingen av om selskapets egenkapital er "*forsvarlig*"; med andre ord: Under hvilke forutsetninger er det et forsvarlig forhold mellom på den ene siden selskapets egenkapital og på den annen side risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet? Det kan derfor ikke forventes særlig av studentene på dette punkt. Studenter som har lest avgjørelsen i HR-2016-1440-A vil kunne ha merket seg at Høyesterett der legger til grunn at avgjørende for om egenkapitalen var forsvarlig etter aksjeloven § 3-4 på vurderingstidspunktet var om selskapet hadde grunnlag for et realistisk håp om at selskapet kunne dekke sine forpliktelser innen overskuelig fremtid (HR-2016-1440-A avsnitt 49 og avsnitt 63). Høyesterett ser altså ut til å forutsette at selskapets egenkapital etter § 3-4 er forsvarlig dersom selskapet har et realistisk håp/rimelig forventning om innen overskuelig fremtid å kunne dekke sine forpliktelser ved forfall. Andenæs trekker opp den samme retningslinjen i sin fremstilling (se side 215).

Ved sensuren bør det tas hensyn til at oppgaven kun etterspør en redegjørelse for den generelle retningslinjene for forsvarlighetsvurderingen. Oppgaven spør ikke om en redegjørelse for formålet med §§ 3-4 og 3-5, og det bør gis trekk til studenter som inkluderer bred behandling av formålet i besvarelsen. Formålet kan likevel være relevant i den grad det omtales for å belyse retningslinjene. Ved sensuren bør det også tas hensyn til at omtalen av de relevante bestemmelsene i pensum er nokså overflattisk, og at tiden studentene har til disposisjon ved besvarelsen er nokså knapp.

4 Nærmere om besvarelsen under Del II B

a) Aktualiserer situasjonen plikter etter aksjeloven for styret?

Studentene bør vise til at situasjonen aktualiserer styrets handleplikt etter aksjeloven § 3-5 (1) 1.pkt, og at avgjørende for om handleplikten etter bestemmelsen har inntrådt er om det "*må antas*" at egenkapitalen i Fluorfri AS er "*lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet*".

Studentene bør slå fast at det ut fra lovforarbeidene (evt. juridisk litteratur) er avgjørende om selskapets egenkapital ut fra en skjønnsmessig og helhetlig vurdering av selskapets samlede kapitalgrunnlag holdt opp mot risikoen ved og omfanget av selskapets virksomhet, er forsvarlig. Studenter som har lest HR-2016-1440-A og som har merket seg Høyesteretts uttalelser der, kan vise til at avgjørende for om selskapet er underkapitalisert er om selskapets egenkapital gir grunnlag for et realistisk håp om at selskapet innen overskuelig fremtid vil kunne dekke sine forpliktelser (HR-2016-1440-A avsnitt 49 og 63)

Studentene bør deretter vise til ett eller flere relevante momenter i vurderingen:

- Selskapets gjeldsgrad: som isolert sett er høy (omtrent 71 %).
- Selskapets utviklingsfase: det kan etter lovforarbeidene være forsvarlig å akseptere en lavere egenkapital inntil selskapet kommer over i en normalisert og lønnsom driftssituasjon. Fluorfri AS er enda ikke over i en normal driftsfase. Aksjonærene mener selskapet snart er klare for å gå i gang med produksjon og salg. Overgangen fra utviklingsfasen til produksjonsfasen og deretter salgsfasen, krever likevel normalt at selskapet har en viss egenkapital og likviditet.
- Forventet inntjening: det fremgår av oppgavens ordlyd at produksjonen av fluorfrie smøreprodukter enda ikke er kommet i gang. Det var heller ikke sikkert når salget ville komme i gang, siden selskapet ikke hadde inngått noen kontrakter. Det var desember, og ut fra opplysningene i oppgaven synes det usikkert om selskapet vil klare å få produkter i salg i løpet av sesongen 2019. Dersom selskapet ikke får dette til, kan Selskapet ikke forvente inntekter før innkjøperne starter innkjøp av produkter til sesongen 2019/2020. Uansett gjør det seg gjeldende en risiko som følge av snøforholdenes betydning for selskapets salg.
- Sammensetningen av selskapets gjeld: det opplyses at Selskapets gjeld til banken samlet er på 1 000 000 kroner, at denne skal nedbetales over 10 år og at første avdrag forfaller til betaling i januar. Størrelsen på avdraget opplyses ikke, og det opplyses ikke hvilken rente som løper på lånet eller om selskapet har betalt renter løpende eller om disse er akkumulert. Gitt årlige avdrag på 100 000 kroner (1 000 000: 10 år), er det grunn til å tro at månedlige avdrag ikke er særlig høye. Eventuelt kan det være at hele 2019- avdraget på 100 000 kroner forfaller i januar, et tidspunkt selskapets likviditet ville kunne ha vært god, forutsatt at produktet var kommet i salg og at snøforholdene på sentrale langrennsområder var gode.
- Selskapets likviditet: oppgavens ordlyd sier ikke uttrykkelig hvordan selskapets egenkapital er sammensatt, og om selskapet har likvide midler til dekning av løpende leieutgifter og utgifter til salg.
- Selskapets forpliktelser for øvrig: leiekontrakt for produksjons- og markedsføringslokaler øvrige utgifter til markedsføring og salg. Vi får ikke opplyst omfanget av forpliktelsene, men utgifter forbundet med markedsføring og salg må antas å være av en viss størrelse.

Oppgaven spør ikke etter et endelig vurdering av om styrets handleplikt er inntrådt. En samlet vurdering av forholdene som er påpekt ovenfor kan nok likevel tyde på at egenkapitalen er uforsvarlig lav. Selv om selskapet skulle klare å få smøreprodukter i produksjon og salg i løpet av sesongen (og

kanskje i tide til senvinterens turrenn), vil det deretter påløpe en periode uten/med lave inntekter frem til innkjøperne starter innkjøp til 2019/2020 sesongen. Det hefter også usikkerhet ved om selskapets produkter i det hele tatt vil slå an i markedet.

Ved sensuren bør det legges vekt på om studentene forankrer drøftelsen i § 3-5, og evner å peke på de sentrale, relevante, forholdene ved forsvarlighetsvurderingen. For studenter som konkluderer på om handleplikten har inntrådt, bør det ikke legges avgjørende vekt på konklusjonen forutsatt at drøftelsen for øvrig er skjønnsom.

I følge oppgavens ordlyd var "*Selskapets egenkapital var kr. 400.000.*" Det kan være studenter som problematiserer om opplysningen knytter seg til stiftelsestidspunktet eller vurderingstidspunktet. Etter min mening er det ut fra sammenhengen klart at opplysningen knytter seg til vurderingstidspunktet (det er ingen holdepunkter for at opplysningen knytter seg til et tidligere tidspunkt). Dersom studentene legger en annen forutsetning til grunn bør det likevel ikke i seg selv gi trekk.

Studenter som i besvarelsen utviser manglende forståelse for begrepene egenkapital og gjeld, må gis trekk. Ett eksempel er at besvarelsen legger til grunn at selskapets gjeld er 600 000 (400 000 – 1 000 000).

b) Hvilke handlingsalternativer etter aksjeloven som kan være aktuelle?

Etter aksjeloven § 3-5 skal styret, forutsatt at det må antas at egenkapitalen er lavere enn forsvarlig ut fra risikoen ved og omfanget av virksomheten i selskapet, "*straks*" behandle saken, jf. aksjeloven § 3-5 (1) 1. pkt. Det er nærliggende for styret følge opp saken selv ved å kontakte banken og be om en utsettelse på forfall for første avdrag. Forutsatt at smøreproduktene er så godt som ferdig utviklet og vil kunne komme i produksjon i tide til å få produktene i salg før sesongslutt, kan styret også be banken om en tilleggsfinansiering som gjør selskapet i stand til å ferdigstille utviklingen av produktet og få produktet i produksjon.

Det kan være studentene overser poenget med at styret her selv vil kunne iverksette umiddelbare tiltak, og i stedet går rett videre til å omtale styrets plikt til å innkalle generalforsamlingen. Studenter som peker på styrets handlingsrom uten å involvere generalforsamlingen, bør likevel gis uttelling. Andenæs (side 216) nevner dette.

På grunn av selskapets allerede høye gjeldsgrad, vil nok styret - uavhengig av bankens villighet til å refinansiere/gi tilleggsfinansiering - uansett ha plikt til å innkalle selskapets generalforsamling innen "*innen rimelig*" tid, gi generalforsamlingen en redegjørelse for selskapets økonomiske stilling og foreslå tiltak for å rette på selskapets egenkapitalsituasjon, jf. aksjeloven § 3-5 (1) 2. og 3. pkt. Smøreproduktene er godt mottatt i langrennsmiljøene og er ifølge aksjeeierne snart klare for produksjon/salg. Forholdene tilsier at aktuelle tiltak for å rette opp i selskapets egenkapitalsituasjon er å foreslå en kapitalforhøyelse etter aksjeloven kapittel 10 rettet mot eksisterende aksjeeiere og/eller mot utenforstående investorer, og/eller at aksjeeierne låner inn penger til selskapet på vilkår som gjør at slike innlån må anses som forsvarlige.

Det bør forventes av studentene at de viser til styrets plikt til å kalle inn generalforsamlingen og redegjøre for selskapets økonomiske stilling, samt peke på kapitalforhøyelse som et aktuelt tiltak for å bedre selskapets finansielle situasjon. Studenter som ikke ser disse poengene bør gis trekk.

Dersom selskapets aksjeeiere ikke stemmer for tiltak foreslått av styret etter § 3-5 (1) 3. pkt., skal styret foreslå selskapet oppløst, jf. aksjeloven § 3-5 (2). Også dette poenget bør nevnes for å få full uttelling.

c) Hvilke konsekvenser har det at styrets plikter ikke etterleves?

Manglende overholdelse av styrets handleplikt i § 3-5 (1) og (2) kan være erstatningsbetingende, jf. aksjeloven § 17-1. I prinsippet vil overtredelse også kunne medføre straffeansvar, jf. aksjeloven § 19-1. Straff har ikke vært behandlet verken på forelesning eller i kursundervisningen, og er heller ikke sentralt i pensumlitteraturen. Studenter som ikke nevner straff bør derfor ikke gis trekk.

Sensorveiledning til Del II er forfattet av Hedvig Bugge Reiersen.

Avsluttende betraktninger om karaktersetting

Del I er antydnet å ta 4 timer, mens del II tilsvarende er gitt 2 timer. Dette innebærer at del II ikke bare er et korrektiv til det inntrykk del I gir. Skulle en av delene være ubesvart (blank eller i praksis ingenting av verdi), må utgangspunktet være at kandidaten må strykes, uansett hvor god besvarelsen av den andre delen er. For øvrig må vurderingen av den samlede karaktersetting bero på sensorskjønnet.