

## Kreditret vintereksamen 2017-18 – Vejledende besvarelse

### Opgave 1

#### Ad spørgsmål 1

Den studerende bør indledningsvist fastslå, at en leasingkontrakt indeholdende en månedlig betaling udgør en fordring, der kan belånes. Der er tale om en simpel fordring. MaskinLeaser ApS har flere muligheder for at belåne kontrakter, herunder kan leasingselskabet underpantsette den enkelte maskine med lejeindtægten udtrykkeligt medpantset i de individuelle vilkår, jf. Kreditretten s. 295, separat håndpantsetning med denuntiatioensskrivelse til debitorerne, virksomhedspant, jf. TL § 47 c, fordringspant, jf. TL § 47 d, samt factoring.

Den studerende skal beskrive fordele og ulemper, herunder særligt at der ved separat håndpantsetning skal foretages denuntiation, jf. gældslovens § 31. Virksomheds- og fordringspant koster tinglysningsafgift og er offentligt, men er modsat mere fleksibelt. Factoring koster ligeledes administrationsudgifter.

#### Ad spørgsmål 2

Om leasingtageren kan modregne i leasingydelsen, er beskrevet i Kreditretten s. 273-274. Det fremgår heraf, at en cut off-klausul som aftalt som udgangspunkt er gyldig mellem leasingselskabet og leasingtageren. Leasingtageren har herefter ret og pligt til at gøre mangelsbeføjelserne gældende mod leverandøren, men kan ikke modregne i leasingydelsen.

#### Ad spørgsmål 3

Problemstillingen er behandlet i Kreditretten s. 277.

Det er ikke beskrevet i aftalen, hvad retsvirkningerne af misligholdelse er. Dette uagtet, må det anses for en væsentlig misligholdelse, hvis leasingtageren udebliver med de månedlige ydelser. Ejendomsretten er fortsat hos leasingselskabet, hvorfor MaskinLeaser ApS ved en umiddelbar fagedforretning, jf. retsplejelovens kapitel 55, kan kræve maskinen tilbageleveret. Erstatningskravet kan ikke behandles under forretningen.

#### Ad spørgsmål 4

Som i det foregående spørgsmål kan det konstateres, at leasingaftalen er misligholdt, hvorfor MaskinLeaser ApS, der stadig har ejendomsretten til maskinen, har et separatistkrav i konkursboet og kan således kræve maskinen udleveret af kurator, jf. konkursloven § 82. Erstatningskravet kan anmeldes i boet efter konkurslovens § 97, idet besvarelsen ikke skal inddrage konkurslovens § 98. Der kan henvises til Kreditretten s. 279.

### Opgave 2

#### Ad spørgsmål 1

Det er anført i opgaven, at der i forbindelse med stiftelsen af selskabet blev indskudt en erhvervsejendom, der er ubehæftet. Endvidere fremgår det, at selskabet på tidspunktet havde en række driftsmidler, herunder to gravkøer, en gaffeltruck og en rendegraver.

Selskabet kan tilbyde sine driftsmidler som sikkerhed. Dette kan f.eks. gøres via virksomhedspant, jf. TL § 47 c, og underpant i bestemte løsørestande, jf. TL § 47. Den studerende skal tillige redegøre for muligheden for at pantsætte driftsmateriel, herunder maskiner, efter tinglysningslovens § 37. Fordele og ulemper ved de enkelte pantsætningsformer skal beskrives.

### **Ad spørgsmål 2**

Spørgsmålet er, hvem Letbanen er forpligtet til at betale til. Der er tre mulige parter: konkursboet, Torben Træ og Smilets Bank.

Tilgodehavendet hos Letbanen er en simpel fordring, jf. bl.a. Kreditretten, s. 73 ff. og 85. Den relevante og nødvendige sikringsakt for pantsætning heraf er denuntiation i medfør af gældslovens § 31, stk. 1 (Kreditretten, s. 91 ff. og 294). Bestemmelsens ordlyd vejleder ikke nærmere om, hvilke krav der stilles til den pågældende denuntiation, men retspraksis har opstillet et krav om *klarhed*. Modtageren af denuntiationen skal ikke være i tvivl om, at der er sket en transport af en fordring, han er involveret i (Kreditretten, s. 297).

De studerende bør indledningsvist diskutere, om underretningen fra Smilets Bank til Letbanen opfylder dette klarhedskriterium i relation til overdragelsen. I e-mailen står, at Smilets Bank ”*har fået en fordring på Letbanen*”. Selvom det ikke er en betingelse, at denuntiationen angiver, om overdragelsen er sket til *eje* eller *pant* (Kreditretten, s. 302), er det uklart, hvad der ligger i den netop citerede passage. Det forhold, at der i e-mailen står beskrevet, at ”*Betaling med frigørende virkning kan alene ske til Smilets Bank, jf. gældsloven*” ændrer hverken i sig selv eller sammen med den øvrige del af meddelelsen på, at denuntiationen ikke er tilstrækkelig klar (Kreditretten, s. 300 og 302 og U 2008.1473 Ø).

På denne baggrund bør de studerende nå frem til, at meddelelsen fra Smilets Bank ikke opfylder kriterierne efter gældslovens § 31, stk. 1. Dette ændrer dog ikke ved, at Aros Entreprenør ApS ikke længere har ret til at modtage betaling fra Letbanen, jf. gældslovens § 29 (Kreditretten, s. 90 f.). Betaling kan med andre ord kun ske med frigørende virkning til Smilets Bank på tidspunktet for fremsendelse af e-mailen.

Det fremgår videre, at Aros Entreprenør ApS som følge af en trussel om konkursbegæring pantsætter det samme tilgodehavende hos Letbanen til Torbens Træ v/Torben Terkildsen den 24. august 2017. Ifølge opgaveteksten underrettes Letbanen behørigt om transporten, og de studerende bør på denne baggrund lægge til grund, at den relevante og nødvendige sikringsakt, jf. gældslovens § 31, stk. 1, er iagttaget.

Pantsætningen til Torbens Træ v/Torben Terkildsen konstituerer samtidig en dobbeltoverdragelse, som skal behandles efter gældslovens § 31, stk. 2. Ifølge bestemmelsen går en senere erhverver forud, når debitor (Letbanen) først har fået underretning om overdragelsen til ham (Torbens Træ v/Torben Terkildsen), og erhververen var i god tro ved underret-

ningen. Selvom Smilets Bank er ”først i tid”, vinder banken ikke ret, da denuntiationen ikke opfylder kriterierne i gældslovens § 31, stk. 1.

Smilets Bank har med andre ord ikke sikret sin ret i medfør af pantsætningen, hvorfor Torbens Træ v/Torben Terkildsen ekstingverer Smilets Banks panteret. I forholdet mellem Smilets Bank og Torbens Træ v/Torben Terkildsen er sidstnævnte dermed berettiget til fordringen.

Endelig må de studerende tage stilling til, om kurator i forhold til de to øvrige kan kræve betaling.

Eftersom Torbens Træ v/Torben Terkildsen har foretaget behørig sikringsakt – og dermed opfylder kravet i gældslovens § 31, stk. 1 – er han sikret mod konkursens virkning.

Den gode besvarelse ser, at Aros Entreprenør ApS ikke var i stand til at betale hele sin forfaldne gæld den 24. august 2017, herunder gælden til Torbens Træ v/Torben Terkildsen. På tidspunktet for konkursens indtræden var materialeleverandøren fortsat ikke blevet betalt. De studerende kan på denne baggrund overveje, om der er stiftet pant for gammel gæld, jf. konkurslovens § 70, stk. 1. Det er oplyst, at konkursen blev foranlediget af en konkursbegæring modtaget af skifteretten den 23. november, der således udgør frisdagen (Dansk Privatret, s. 560 f.) Eftersom panteretten i den simple fordring først er tilsagt og sikret den 24. august 2017, dvs. senere end 3 måneder før frisdagen, er panteretten omstødelig i medfør af konkurslovens § 70, stk. 1, idet fordringen står til sikkerhed for gammel gæld.

Letbanen er derfor forpligtet til at betale til konkursboet. Spørgsmålet er herefter, hvilket beløb boet kan kræve. Det fremgår af opgaveteksten, at der er mangler ved arbejdet, hvilket kapitaliseres til kr. 50.000. Indsigelsen har karakter af et konnekst modkrav. Konklusionen bliver derfor, at Letbanen skal betale nettokravet, dvs. kr. 150.000, til konkursboet.

### **Ad spørgsmål 3**

Det er i opgaveteksten oplyst, at der underskrives en selvskyldnerkaution. Ydelsespligten/-tiden er derfor indtrådt ved Aros Entreprenør ApS' konkurs (Kreditretten, s. 379).

Det må herefter afgøres, om selvskyldnerkautionen skal betragtes som en privat- eller en erhvervskaution, jf. lov om finansiel virksomhed §§ 47-48.

De studerende bør i den sammenhæng foretage en vurdering med inddragelse af de momenter, som er beskrevet i Kreditretten, navnlig s. 371 ff. Afgørende er, om kautionssløftet har tilknytning til kautionistens erhverv eller ej – eller med andre ord om kautionssløftet står i forbindelse med en erhvervsmæssig relation mellem låntager (Aros Entreprenør ApS) og kautionist (Karen Kristensen) (Kreditretten, s. 372). Det bemærkes ligeledes anførte sted, at hovedkapitalejerens kaution for selskabets gæld som udgangspunkt må anses for erhvervskaution.

Det er oplyst, at Karen Kristensen ved stiftelsen af selskabet fik 1/3 af anparterne. Henset til størrelsen af kapitalposten (33,33 %) og den øvrige sammensætning af selskabets kapitalandele kan hun ikke betragtes som hovedkapitalejer. Omfanget af Karen Kristensens kapitalandele indebærer således ikke i sig selv, at der er tale om erhvervskaution, selvom hun har en vis økonomisk interesse som følge af det delvise ejerskab til selskabet.

Det fremgår endvidere af opgaveteksten, at Karen Kristensen ikke er ansat i selskabet, men at hun af og til bistår med bogholderiet. Det bør i den forbindelse overvejes, om hendes bistand – i kombination med besiddelsen af 1/3 af kapitalandelene – medfører, at kautionen får karakter af erhvervskaution. Dette afhænger af en konkret vurdering af omfanget af den pågældende bistand, og nærmere om ”kautionen står i forbindelse med kautionistens virksomhed” (Kreditretten, s. 372). Selvom opgaveteksten ikke oplyser det nøjagtige omfang af Karen Kristensens bistand, er det mest rigtigt, hvis de studerende når frem til, at der er tale om privat kaution. I den forbindelse kan det bemærkes, at Karen Kristensens *egentlige* erhverv er at være revisor – ikke at hjælpe til i bogholderiet. Hun er ligeledes ikke ansat i selskabet.

Det afgørende er dog, at de studerende identificerer sondringen mellem henholdsvis privat- og erhvervskaution og argumenterer kvalificeret for resultatet.

Kvalificeringen af kautionen som privatkaution indebærer samtidig, at de studerende bør tage stilling til omfanget af Karen Kristensens betalingsforpligtelse. Besvarelsen bør i den forbindelse tage udgangspunkt i lov om finansiel virksomhed § 48.

På baggrund af opgavens oplysninger kan det uden videre lægges til grund, at betingelserne i lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 3 og 4 (tidligere stk. 4 og 5) er opfyldt.

Det fremgår af opgaveteksten, at Smilets Bank meddeler henstand med betalingen af afdragene den 1. september, 1. oktober og 1. november 2017, og at Karen Kristensen først får besked herom den 10. januar 2018. De studerende bør i den forbindelse inddrage lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 6-8 (tidligere stk. 1-3) i besvarelsen (Kreditretten, s. 373 ff.).

Det følger af bestemmelsen i § 48, stk. 6, 1. pkt., at udeblivelse med afdrag mv. skal meddeles over for kautionisten senest 3 måneder efter forfaldsdag. Efter § 48, stk. 6, 2. pkt. gør det samme sig gældende for indrømmelse af henstand, uden at kautionisten har givet samtykke hertil, hvilket Karen Kristensen ikke har gjort.

Overskridelse af fristen indebærer, at kautionsforpligtelsen kun kan gøres gældende over for kautionisten for det beløb, som låntagerens gæld efter den sikrede fordring ville have udgjort, såfremt låntageren havde betalt alle ydelser rettidigt indtil det tidspunkt, som ligger 3 måneder forud for det tidspunkt, hvor meddelelse gives. Kautionisten vil stadig skulle hæfte for den resterende hovedstol (Kreditretten, s. 374).

Retsvirkningen af, at der ikke gives meddelelse til kautionisten, er således i første række en automatisk nedsættelse af kautionistens hæftelse med de afdrag, som ligger mere end 3 måneder forud for en meddelelse. Der er ifølge opgaveteksten givet henstand i 3 måneder (fra den 1. september til den 1. november 2017) uden meddelelse til Karen Kristensen. Den 1. december 2017 misligholdes låneaftalen, idet afdraget pr. denne dato udebliver, og Karen Kristensen modtager først meddelelse den 10. januar 2018. Karen Kristensen er dermed frigjort for et beløb på 2 x kr. 50.000 kr., i alt kr. 100.000, som skulle have været betalt tidligere end 3 måneder før meddelelsen, altså før den 10. oktober 2017 (dvs. afdragene 1. september og 1. oktober 2017).

Udover den automatiske nedsættelse, jf. lov om finansiel virksomhed § 48, stk. 6 (tidligere § 48, stk. 2), kan der yderligere ske en nedsættelse i medfør af § 48, stk. 7 (tidligere § 48, stk. 3). Dette forudsætter dog, at kautionisten kan føre bevis for, at oplysningspligten har medført yderligere tab (Kreditretten, s. 374 f.). Det er umiddelbart ikke muligt at fastslå dette på baggrund af opgaveteksten, men det tæller positivt ved besvarelsen, såfremt § 48, stk. 7 nævnes.

På baggrund heraf bør de studerende konkludere, at Karen Kristensen hæfter for den resterende hovedstol, bortset fra nedsættelsen på 100.000 kr. Smilets Bank kan således kun kræve betaling af 400.000 kr. fra Karen Kristensen (lånerammen på 500.000 kr. fratrukket de 100.000 kr. i afdrag, som skulle have været betalt).

#### **Ad spørgsmål 4**

Til sikkerhed for lånet på 1 mio. kr. stiller Aros Entreprenør ApS sikkerhed i fordringen mod Aarhus Havn. Det fremgår af opgaveteksten, at beløbet er betalt til Smilets Bank på tidspunktet for konkursens indtræden.

Pantsætningen giver anledning til at overveje, om der er stillet pant for gammel gæld, jf. konkurslovens § 70. Det er oplyst, at låneaftalen indgås, og at lånet udbetales den 23. august 2017, samt at Martin Madsen underretter Aarhus Havn om transporten den 25. august 2017. Fristdagen er den 23. november 2017.

Tilgodehavendet hos Aarhus Havn udgør en simpel fordring (Kreditretten, s. 73 ff. og 85). Den relevante og nødvendige sikringsakt for pantsætning heraf er denuntiation i medfør af gældslovens § 31, stk. 1 (Kreditretten, s. 91 ff. og 294). Det må på baggrund af opgaveteksten lægges til grund, at sikringsakten opfylder klarhedskriteriet.

Denuntiationen kommer imidlertid først frem til Aarhus Havn den 25. august, på hvilket tidspunkt lånerammen allerede er trukket med kr. 350.000. De studerende må derfor foretage en vurdering med udgangspunkt i konkurslovens § 70, stk. 1, hvorefter en panteret eller anden sikkerhedsret, som ikke er tilsagt fordringshaveren ved gældens stiftelse, eller som ikke er sikret mod retsforfølgning uden unødigt ophold efter gældens stiftelse, kan fordres omstødt, hvis sikringsakten er foretaget senere end 3 måneder før fristdagen.

Eftersom låneaftalen og pantsætningsaftalen indgås samme dag (den 23. august 2017) kan omstødelse ikke ske efter 1. led i bestemmelsen. Panteretten er med andre ord tilsagt fordringshaveren (Smilets Bank) ved gældens stiftelse, dvs. det tidspunkt, hvor det sikrede lån udbetales (Dansk Privatret, s. 566). Derimod må det diskuteres, om panteretten er sikret uden unødigt ophold ("smølereglen"), i hvilken forbindelse de studerende må tage stilling til de "kritiske tidspunkter". Her skal de nå frem til, at det afgørende tidspunkt i relation til, om sikringsakten er foretaget uden unødigt ophold, er tidspunktet for sikringsaktens foretagelse (Dansk Privatret, s. 566). Det er således den 25. august 2017, der ligger til grund for bedømmelsen efter "smølereglen", jf. konkurslovens § 70, stk. 1. Dernæst er det afgørende tidspunkt for gældens stiftelse det tidspunkt, hvor lånet blev udbetalt/stillet til rådighed, dvs. den 23. august 2017. Retspraksis stiller meget strenge krav til opfyldelsen af sikringsakten uden unødigt ophold, og ethvert ophold, selv kortvarigt, kan næppe virke undskyldende (Dansk Privatret, s. 566).

De studerende bør på denne baggrund konkludere, at sikringsakten ikke er foretaget uden unødigt ophold senere end 3 måneder før fristdagen, hvorfor konkursboet kan rejse et omstødelseskra­v mod Smilets Bank på kr. 250.000.