



NORGES HØYESTERETT

Den 3. januar 2006 avsa Høyesterett dom i

HR-2006-00013-A, (sak nr. 2005/858), sivil sak, anke,

I.

A

B

C

(advokat Tone-Lise Langerud Klose)

mot

Elcon Finans AS

(advokat Jens Lind – til prøve)

II.

Elcon Finans AS

(advokat Jens Lind – til prøve)

mot

A

B

C

(advokat Tone-Lise Langerud Klose)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Stang Lund**: Saken gjelder spørsmål om fysiske personer som kausjonerer for eget aksjeselskaps gjeld, skal regnes som forbrukere etter finansavtaleloven § 57, og anvendelse av samme lov § 66 om frigivelse av sikkerhet etter sletting av salgspant i biler.
- (2) Morgedal AS ble stiftet 1. desember 1998 og registrert i foretaksregistret 16. januar 1999. Fra 9. september 1999 eide C og Murphy AS hver en halvpart av aksjene i Morgedal. A og B eide hver 33 prosent av aksjene i Murphy og to andre personer 17 prosent hver. C, A og B var med i Morgedals styre og sto for virksomheten i selskapet. Morgedal ble slått

konkurs 10. mai 2005 etter begjæring av kemneren i Oslo. I kjennelse 18. juli 2005 besluttet Oslo skifterett å innstille behandlingen av boet etter konkursloven § 135.

- (3) I slutten av 1998 eller begynnelsen av 1999 ble B. O. Steen AutoStern AS og Morgedal enige om rammene for kjøp av nye Mercedes varebiler for kortvarig utleie og gjenkjøp. Prisen var listepriis med åtte prosent rabatt. Etter kjøpene ble bilene omgjort til avgiftsfrie klasse 1 varebiler. Morgedal leide ut de ombygde bilene for kortere perioder på normalt åtte til ti måneder. Betalt merverdiavgift ble refundert med ca. 17 prosent av kjøpesummen etter fradrag av investeringsavgiften. Morgedal skulle betale refusjonsbeløpene som første avdrag på lån til kjøp av biler.
- (4) Gjenkjøp skulle tidligst finne sted etter åtte måneder etter en på forhånd avtalt gjenkjøpspris avhengig av varigheten av utleien og kjørelengde basert på prisen Morgedal hadde betalt. Dersom bilene i leieperioden var skadet, kjørt lenger eller hardere enn forutsatt, eller ikke vedlikeholdt, etterfakturerte AutoStern differansen som påkost. Morgedal fakturerte vedkommende leietaker for beløpet.
- (5) Ved avslutning av leieforholdet skulle Morgedal innfri lånene, og finansieringsselskapet slettet salgspantene. Etter sletting av salgspant solgte AutoStern bilene.
- (6) Daværende Gjensidige Bank ga 5. mars 1999 et tilbud om finansiering av kjøp av biler med en låneramme på 10 millioner kroner gjeldende for 12 måneder. Lånene skulle sikres med salgspant i bilene, pant i fordringer tilhørende Morgedal og solidarisk selvskyldnerkausjon begrenset oppad til en million kroner fra C, A og B. Tilbudet ble akseptert av Morgedal 10. mars og selvskyldnerkausjonen undertegnet 11. mars 1999. I tillegg bekreftet AutoStern overfor Gjensidige Bank 16. mars 1999 at banken kunne tre inn i gjenkjøpsavtaler opprettet mellom AutoStern og Morgedal for biler som Morgedal finansierte gjennom Gjensidige Bank.
- (7) I januar 2000 ble AutoStern og Morgedal enige om en ny rammeavtale. Leveringsomfanget for året 2000 var fastsatt til 60 nye biler. Rabatt på forhandlers listepriis var fortsatt åtte prosent. Vederlaget ved gjenkjøp var fastsatt avhengig av leietid og kjørelengde. Ved åtte måneders leie var gjenkjøpsvederlaget 87,5 prosent av netto faktura basert på 15 000 km kjørelengde. Ved leieperiodens utløp skulle bilene takseres og skade/slitasje ut over normal standard og manglende service fortsatt etterfaktureres Morgedal. AutoStern bekreftet 11. og 16. februar 2000 overfor Morgedal og Gjensidige NOR Finans (heretter Elcon Finans AS eller Elcon) at biler som Morgedal hadde kjøpt, skulle tas tilbake til avtalt gjenkjøpspris om Morgedal gikk konkurs eller driften opphørte av andre grunner.
- (8) Elcon Finans AS sendte 14. juni 2000 tilbud om fornyelse av ramrefinansieringen. Lånerammen var fortsatt 10 millioner kroner og vilkårene i hovedtrekk de samme som i avtalen fra mars 1999. Selvskyldnerkausjonen ble imidlertid utvidet til å gjelde alle forpliktelser, herunder forsinkelsesrenter, erstatninger, omkostninger mv., som Morgedal hadde eller måtte få til Elcon. Det samlede ansvar skulle fortsatt ikke overstige en million kroner. Morgedal, og C, A og B som kausjonister, undertegnet 23. juni 2000.
- (9) Etter en tid ble oppgjør ved gjenkjøp av biler endret. AutoStern betalte etter tilbakeleveringen gjestående lån for hver enkelt bil direkte til Elcon i stedet for til Morgedal. Salgspantet kunne da slettes på et tidligere tidspunkt for å frigjøre

tilbakekjøpte biler for salg. AutoStern etterfakturerte Morgedal for differanse mellom lånebeløpet og fastsatt gjenkjøpspris og for påkost.

- (10) Morgedal fikk etter hvert økonomiske problemer, og kjøp av biler fra AutoStern opphørte høsten 2000. Morgedal betalte ikke AutoStern for etterfakturerte beløp etter oktober 2000.

- (11) I brev 23. juni 2001 til Morgedal med kopi til Elcon skrev AutoStern blant annet:

”Vi viser til vårt tilgodehavende og Deres manglende innfrielse av våre utestående fordringer. Etter utallige betalingsoppfordringer har vi fortsatt ikke fått oppgjør, og med bakgrunn i dette faktum samt tilbakemeldinger fra selskapets tidligere ledelse, oppfatter vi det dit hen at virksomheten i Morgedal AS de facto er opphørt og B.O. Steen AutoStern AS gjør kausjonsansvaret gjeldende overfor ELCON Finans AS.

Bokført saldo utgjør kr. 411.300,20 pr dags dato. Kontoutskrift følger vedlagt. I tillegg er 7 – syv biler tilbakelevert oss, men foreløpig ikke kreditert.

Etter at salgspant er slettet fra ELCON Finans AS vil bilene enkeltvis bli kreditert direkte fratrullet påkost (til dels grunnet skjodesløs behandling av bilene), overkjørte kilometer samt avkortning grunnet forsinket innlevering i henhold til avtale. Vi honorerer således for nettobeløp direkte fratrullet påkost /overkjørte kilometer/avkortning etc. på den enkelte bil. I tillegg vil ovennevnte beløp – kr. 411.300,20 – som utgjør total bokført saldo i sin helhet fratrekkes oppgjøret, alternativt faktureres separat til ELCON Finans AS.”

- (12) Elcon hadde ikke innvendinger mot at AutoStern foretok oppgjør på dette grunnlag, og frafalt salgspant også i de sist tilbakeleverte biler.
- (13) På vegne av Morgedal ba advokat Weiss-Andersen 2. juli 2001 om at AutoStern redegjorde for det faktiske grunnlag for påstanden om at virksomheten i Morgedal var opphørt og det rettslige grunnlag for å gjøre kausjonsansvaret gjeldende overfor Elcon. Motkrav ble fremmet for rentetap. Partene hadde deretter flere møter og utvekslet brever om status for en stjålet leiebil og for kravene fra AutoStern. Dette førte ikke fram.
- (14) Elcon Finans AS reiste 16. august 2002 sak for Oslo tingrett mot Morgedal AS, A, C og B med krav om at de en for alle og alle for en skulle betale Elcon Finans AS 637 517 kroner med tillegg av renter. Oslo tingrett avsa 12. september 2003 dom med slik slutning:

”1. Morgedal AS, A, C og B dømmes in solidum til innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen å betale til Elcon Finans AS 637 517 – sekshundreogtrettisyvtusenfemhundreogsytt – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, for tiden 12 % rente, og av 518 637 – femhundreogattentusensekshundreogtrettisyv – kroner fra 22. mars 2002 og frem til oppgjør skjer.

2. Morgedal AS, A, C og B dømmes in solidum til innen 2 – to – uker fra forkynning av dommen å betale saksomkostninger til Elcon Finans AS med 115 638,60 – ethundreogfemtentusensekshundreogtrettiåtte 60/100 – kroner med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd, for tiden 12 % rente p.a. og frem til betaling skjer.”

- (15) Morgedal AS, A, C og B anket til Borgarting lagmannsrett, som 7. mars 2005 avsa dom med slik slutning:

- ”1. Morgedal AS dømmes til innen to uker etter forkynnelsen av denne dom å betale til Elcon Finans AS 637 517 - sekshundreogtrettisjutusenfemhundreogsyttent - kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd av 518 637 - femhundreogattentusensekshundreogtrettisju - kroner fra 22. mars 2002 til betaling skjer.**
- 2. C, A og B er solidarisk ansvarlige med Morgedal AS for selskapets gjeld til Elcon Finans AS med 518 637 - femhundreogattentusensekshundreogtrettisju - kroner med tillegg av kontraktsbestemt kredittrente.**
- 3. Morgedal AS, C, A og B betaler, en for alle og alle for en, innen to uker etter forkynnelsen av tingrettens dom til Elcon Finans AS saksomkostninger for tingretten med 99 200 - nittinitusentohundre - kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra to uker etter forkynnelsen av tingrettens dom til betaling skjer.**
- 4. Morgedal AS, C, A og B betaler, en for alle og alle for en, innen to uker etter forkynnelsen av denne dom til Elcon Finans AS saksomkostninger for lagmannsretten med 100 000 - etthundretusen - kroner med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.”**
- (16) A, C og B har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lagmannsrettens bevisbedømmelse og rettsanvendelse for så vidt angår anvendelsen av finansavtalelovens § 66 første og annet ledd. Elcon Finans AS har også anket over bevisbedømmelsen og rettsanvendelsen. Selskapet gjør gjeldende at kausjonen er forfalt, og at A, C og B ikke kan anses for å ha kausjonert i egenskap av forbrukere, jf. samme lov § 57.
- (17) Det er framlagt skriftlige forklaringer fra ankepartene og to vitner og enkelte nye dokumenter som jeg ikke finner grunn til å spesifisere.
- (18) Under saksforberedelsen for Høyesterett har partene blitt enige om at kausjonen er forfalt, og at det kan avsies fullbyrdselsdom om kausjonistenes anke ikke fører fram. Det er også enighet om at kravets størrelse i utgangspunktet er 637 517 kroner per 22. mars 2002. I tillegg kommer forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd av 518 637 kroner fra 22. mars 2002 til betaling skjer. Dersom kausjonistene er forbrukere, er kravet 564 116 kroner per 15. august 2002 om kausjonistenes anke ikke fører fram.
- (19) A, C og B har i hovedsak anført:
- (20) Lagmannsretten har korrekt kommet til at kausjonistene må anses som forbrukere etter finansavtaleloven § 57 tredje ledd jf. fjerde ledd. Selv om kausjonistene sammen hadde bestemmende innflytelse og selv sto for driften, følger det av ordlyden og forarbeidene at kausjonens formål ikke hovedsakelig kan anses knyttet til kausjonistenes næringsvirksomhet. Virksomheten i selskapet var for øvrig begrenset og fordelt mellom kausjonistene. I tillegg kommer at ingen av kausjonistene alene hadde bestemmende innflytelse i selskapet. Uansett må fjerde ledd annet punktum forstås slik at bestemmende innflytelse i selskapet ikke er tilstrekkelig til at kausjonens formål for kausjonistene hovedsakelig anses knyttet til deres næringsvirksomhet.
- (21) Når kausjonistene er forbrukere etter § 57, gjelder § 66 om frigivelse av sikkerhet selv om kausjonsavtalen er inngått før finansavtaleloven trådte i kraft, jf. § 93 annet ledd bokstav p. Etter § 66 første og annet ledd er kausjonisten ikke lenger bundet av kausjonsavtalen

når salgspant i tilbakekjøpte biler slettes. Slettingen har i dette tilfellet hatt betydning for kausjonistene. Realisasjon av salgspantene ville helt eller delvis gitt dekning i forhold til dem.

- (22) Elcon hadde verken rett eller plikt til å godta at AutoStern motregnet forskjellen mellom innfridd lånebeløp og fastsatt vederlag ved gjenkjøp og utestående påkost i kjøpesummen for gjenkjøpte biler. Hvert salg og tilbakekjøp av bilene måtte ses for seg når salgspantet skulle slettes. Noen av postene var omstridte, og da kunne ikke Elcon oppgi rettighetene etter salgspantet. Uansett hadde AutoStern ikke rett til å motregne med eldre utestående påkost for andre biler.
- (23) Elcon har opptrådt illojalt ved å godta motregning i stedet for selv å selge bilene eller tvangsrealisere salgspantet. Frivillig salg eller tvangsrealisering av salgspantet ville innbrakt større beløp til dekning av lånet til Morgedal og derved redusert kausjonistenes ansvar. Forskjellen er vesentlig og av betydning for kausjonistenes stilling. Elcon har bevisbyrden for at motregningen ikke førte til økt ansvar for kausjonistene.
- (24) Kausjonen er bortfalt etter finansavtaleloven § 66 annet ledd. Etter de regler som gjaldt for selvskyldnerkausjoner før finansavtaleloven trådte i kraft, hadde kausjonistene uansett krav på fullt fradrag for de beløp realiseringen av salgspantet ville innbrakt.
- (25) Elcons aksept av motregning kan ikke likestilles med en intervensjonsbetaling med tilhørende regress mot kausjonistene. Elcon hadde ingen aktverdig grunn til å godta at AutoStern motregnet gamle krav ved tilbakekjøp av nyere biler.
- (26) Det er enighet om at kausjonen var forfalt. Kausjonistene har imidlertid ikke ansvaret for saksomkostningene i anledning Elcons anke. Spørsmålet om påkrav og forfall kunne vært avklart før anken til Høyesterett.
- (27) A, C og B har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

A, C og B frifinnes.

Subsidiært:

A, B og C betaler en for alle og alle for en, til Elcon Finans as et beløp fastsatt etter rettens skjønn oppad begrenset til kr. 564.166,- med tillegg av den til enhver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens § 3 fra 15.08.02 frem til oppgjør skjer.

I begge tilfeller:

A, C og B tilkjennes sakens omkostninger for tingretten og lagmannsretten, med tillegg av den til en hver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer. Det offentlige tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med tillegg av den til en hver tid gjeldende forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra forfall til betaling skjer.”

- (28) *Elcon Finans AS* har i hovedsak anført:
- (29) Elcon slutter seg til lagmannsrettens dom for så vidt angår anken fra kausjonistene. Det fastholdes imidlertid at kausjonistene ikke kan anses som forbrukere. Dersom

kausjonistenes anke ikke fører fram, skal det avsies fullbyrdelsesdom for utestående med tillegg av forsinkelsesrente.

- (30) Prinsipalt gjøres gjeldende at Elcon var forpliktet til å akseptere AutoSterns motregning som fullt oppgjør, og derved måtte salgspantene slettes. I forhold til kausjonistene må legges til grunn at driften hadde opphørt i 2001, og Elcon trådte da inn i Morgedals rettigheter og forpliktelser. Ved motregning direkte overfor Morgedal ville kausjonistene utvilsomt heftet for hele restgjelden. Det samme må gjelde om AutoStern motregner overfor Elcon.
- (31) Vilkårene for at AutoStern hadde rett til å motregne overfor Morgedal er oppfylt. Også i forhold til kausjonistene må Morgedals kjøp og AutoSterns tilbakekjøp ses samlet. Dette innebærer at krav og motkrav forfaller til samme tid, og under enhver omstendighet er alle etterfakturerte krav forfalt etter AutoSterns heving av avtalen. Motregning er erklært, krav og motkrav er mellom de samme parter og samtlige motkrav var forfalt. Også omtvistede forfalte krav kan motregnes. Det er ikke grunnlag for å skille mellom gammel og ny påkost når avtalen er hevet.
- (32) Rimelighetshensyn tilsier også at AutoStern hadde rett til å motregne. Utbetaling av hele vederlaget ved gjenkjøp til Morgedal eller Elcon ville medført at AutoStern hadde gitt fullt oppgjør uten å få dekket sine forfalte krav mot Morgedal. Det ville være illojalt av Elcon å nekte motregning og la salgspant hefte på bilene. Tilbakeleverte biler kunne ikke selges videre så lenge salgspant ikke var slettet. Bilene ville etter hvert minke i verdi med verditap for Elcon som panthaver, og for kausjonistene.
- (33) Elcon var uansett berettiget til å slette salgspantene for å hindre verditap. Lojalitetsplikten gjelder både i forhold til Morgedal og kausjonistene.
- (34) Subsidiært anføres at frigivelsen av salgspantene ikke hadde eller bare hadde meget begrenset betydning for kausjonistenes stilling. Ytterligere subsidiært gjøres gjeldende at Elcons aksept av AutoSterns motregning også kan ses som en intervensjonsbetaling til fordel for Morgedal. Denne hadde aktverdig grunn.
- (35) Kausjonistene kan ikke anses som forbrukere etter finansavtaleloven § 57 tredje og fjerde ledd. Loven må forstås slik at kausjon for et aksjeselskaps gjeld ikke nødvendigvis er kausjon i forbrukerforhold. Det må her legges vesentlig vekt på formålet med stiftelsen av Morgedal, og at driften var realisering av kausjonistenes næringsvirksomhet i selskapet. Det var bare kausjonistene som drev selskapet. De var også direkte og indirekte eiere av en stor aksjemajoritet. I tillegg kommer at kausjon var en avgjørende forutsetning for finansieringen og nødvendig for Morgedals virksomhet.
- (36) Selv om det skulle foreligge forbrukerforhold, må Elcon uansett vinne frem. Sletting av pantene har ikke hatt eller bare hatt meget begrenset betydning for kausjonistene, jf. finansavtaleloven § 66.
- (37) Elcon Finans AS har nedlagt slik påstand:

”1. Pkt. 2 i Borgarting lagmannsrett domsslutning i dom av 7.3.2005 i sak 03-014802 ASI-BORG/01 endres til: A, B og C dømmes til en for alle og alle for en, å betale til Elcon Finans AS kr. 615.835. Hertil kommer forsinkelsesrente av kr. 564.166 iht. forsinkelsesrentelovens § 3, 1. ledd 1. pkt.,

8,75 % p.a., fra 1.7.2004 til 30.6.2005, og for tiden 9,00 % p.a. fra 1.7.2005 og frem til oppgjør skjer.

2. Pkt. 3 og 4 i Borgarting lagmannsretts domsslutning i dom av 7.3.2005 i sak 03-014802 ASI-BORG/01 stadfestes.
3. A, B og C dømmes til en for alle og alle for en, å betale til Elcon Finans AS sakens omkostninger for Høyesterett. Hertil kommer den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrentelovens § 3, 1. ledd 1. pkt., for tiden 9,00 % p.a., fra utløp av oppfyllelsesfristen og frem til oppgjør skjer.”

- (38) *Jeg er kommet til at anken fra A, C og B ikke fører fram, og at Elcons anke delvis må tas til følge.*
- (39) Finansavtaleloven trådte i kraft 1. juli 2000, en uke etter at den aktuelle selvskyldnerkausjon var undertegnet. Etter overgangsbestemmelsene i § 93 annet ledd får imidlertid blant annet § 66 om frigivelse av sikkerhet mv. anvendelse på eldre avtaler når kausjonisten kan regnes som forbruker etter § 57 jf. § 2. Jeg behandler først spørsmålet om A, C og B er å anse som forbrukere etter finansavtaleloven.
- (40) Finansavtaleloven § 2 første ledd første punktum bestemmer at loven ikke kan fravikes ved avtale til skade for en forbruker. Med forbruker menes etter annet punktum en fysisk person når avtalens formål for denne ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet.
- (41) I tillegg har loven i § 57 tredje ledd bokstav a en særskilt bestemmelse om hvem som skal anses som forbruker etter kapittel 4 om kausjon. Den lyder:
- ”Som forbruker regnes i dette kapitlet en fysisk person som kausjonerer for noen annens gjeld dersom kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet, ...”**
- (42) Fjerde ledd angir hva som skal anses som kausjonistens næringsvirksomhet:
- ”Virksomhet som drives gjennom et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, regnes ikke i seg selv som kausjonistens næringsvirksomhet etter tredje ledd. Når låntakeren er et selskap der kausjonisten har bestemmende innflytelse, kan likevel § 62, § 63, § 65 tredje ledd, § 67 annet og tredje ledd, § 73 og § 74 fravikes i kausjonsavtalen.”**
- (43) I Ot.prp. nr. 41 for 1998-1999 sidene 66-67 er hva som ligger i kausjonistens næringsvirksomhet, nærmere presisert:
- ”Begrepet *kausjonistens næringsvirksomhet* vil klart omfatte tilfeller der kausjonen stilles som ledd i næring som kausjonisten utøver gjennom et enkeltpersonforetak eller som deltaker i et ansvarlig selskap. Det kan imidlertid være tvil om formuleringen omfatter tilfeller der næringsvirksomheten formelt utøves gjennom et aksjeselskap med kausjonisten som større eller mindre aksjonær.**
- Departementet ser det slik at vernebehovet som gir grunn til å ha ufravikelige regler om kausjon, i stor grad vil være tilstede også når en fysisk person kausjonerer for gjeld der et aksjeselskap er låntaker. Dette gjelder selv om kausjonisten har nær tilknytning til aksjeselskapet, gjennom eierandeler og gjennom å være ansatt i selskapet. Departementet har ut fra dette presisert i utkastet § 56 fjerde ledd at virksomhet som drives gjennom et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, *ikke i seg selv* regnes som kausjonistens næringsvirksomhet i denne sammenheng.

Den foreslåtte formuleringen innebærer at en fysisk person som kausjonerer for gjeld som et aksjeselskap tar opp, normalt blir å anse som forbruker, og dermed at lovens regler om kausjon ikke vil kunne fravikes ved avtale, jf lovutkastet § 2. Unntak vil likevel gjelde dersom kausjonisten på et annet eller videre grunnlag enn eierandelen i det aktuelle selskapet må anses å drive en næringsvirksomhet som kausjonen er knyttet til. F eks kan eierandeler i flere selskaper samlet sett være av en slik karakter at kausjonisten må anses å drive en næringsvirksomhet som kausjonen er knyttet til.

Selv om hovedregelen bør være at kausjonisten ikke identifiseres med et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, vil departementet peke på at enkelte av vernereglene i kapittel 4 har som hovedformål å sørge for at kausjonisten får tilstrekkelig informasjon om utviklingen i låneforholdet. Formålet med disse kravene er igjen å sikre at kausjonisten så tidlig som mulig skal kunne iverksette tiltak for å ivareta sine interesser. I de tilfellene der låntakeren er et selskap, og kausjonisten er en person som har betydelig innflytelse over selskapets virksomhet, må man kunne legge til grunn at den aktuelle informasjonen uansett vil være kjent for ham eller henne. Etter departementets syn er det ikke behov for å la lovens regler gjelde ufravikelig i en slik sammenheng. Departementet foreslår ut fra dette at enkelte av lovens regler generelt skal kunne fravikes ved avtale når låntakeren er et selskap der kausjonisten har bestemmende innflytelse, se lovutkastet § 56 fjerde ledd annet punktum.”

- (44) I merknadene til § 56 fjerde ledd annet punktum, nå § 57, uttales i proposisjonen side 115 første spalte:

”Fjerde ledd annen punktum fastsetter at enkelte av lovens regler kan fravikes ved avtale selv om kausjonisten er å anse som forbruker etter reglene i tredje ledd og i fjerde ledd første punktum. Dette gjelder når låntakeren er et selskap der kausjonisten har bestemmende innflytelse. Slik innflytelse vil i første rekke foreligge der kausjonisten eier så mange aksjer eller andeler i det aktuelle selskapet at han eller hun representerer flertallet av stemmene i selskapet. Begrepet bestemmende innflytelse må i denne sammenheng generelt forstås på samme måte som etter aksjeloven (lov 13 juni 1997 nr 44) § 1-3. Departementet viser ellers til punkt 10.2.3.2 i de alminnelige merknadene.”

- (45) Det følger av § 57 tredje ledd bokstav a at en fysisk person regnes som forbruker etter kapittel 4 når kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til dennes næringsvirksomhet. I fjerde ledd presiseres at i de tilfeller kausjonisten driver næringsvirksomhet gjennom aksjeselskap eller annet selskap med begrenset ansvar, regnes denne virksomheten ikke i seg selv som kausjonistens næringsvirksomhet etter tredje ledd. Når en fysisk person stiller kausjon for lån til et aksjeselskap han selv har aksjer i, er dette normalt ikke nok til at kausjonens formål anses for å være knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet. Dette gjelder også når låntakeren er et selskap hvor kausjonisten har bestemmende innflytelse, men da kan bestemmelsene §§ 62, 63, 65 tredje ledd, 67 annet og tredje ledd, 73 og 74 likevel fravikes i kausjonsavtalen, jf. § 57 fjerde ledd annet punktum. Disse begrensninger i forbrukervernet har sin grunn i at når kausjonisten har bestemmende innflytelse i selskapet, vil aktuell informasjon være kjent for ham, jf. det jeg har gjengitt fra proposisjonen.
- (46) Morgedal ble stiftet for å kjøpe inn, leie ut og selge tilbake varebiler. Sammen hadde kausjonistene bestemmende innflytelse over selskapet ved at de direkte eller gjennom et aksjeselskap eide eller kontrollerte 83 prosent av aksjene og deltok som de eneste i selskapets styrende organer. I tillegg sto de for selskapets virksomhet. Kausjonen var nødvendig for å få gjennomført selskapets virksomhet. Loven går etter min mening svært langt om kausjonistene også i et tilfelle som dette skal regnes som forbrukere. Skillet mellom selskapets og kausjonistens næringsvirksomhet er i slike tilfeller vanskelig å trekke. Lovens ordbruk og uttalelser i lovforarbeidene viser likevel at også en kausjon for

denne virksomhet ikke skal anses for å gjelde kausjonistens næringsvirksomhet. Jeg har under tvil kommet til at kausjonistene må regnes som forbrukere.

- (47) Jeg går nå over til å drøfte betydningen av slettingen av salgspant i de sist tilbakekjøpte biler.
- (48) Kausjonistene har gjort gjeldende at sletting av salgspantet medførte at de etter finansavtaleloven § 66 første og annet ledd ikke lenger er bundet av avtalen om kausjon. Uansett må slettingen medføre at kausjonen faller bort eller ansvaret reduseres etter de regler som før gjaldt for alle kausjoner. Elcon har anført at sletting av salgspantet ikke har betydning for kausjonistene, da de uansett ville hefte solidarisk for en restgjeld av tilnærmet samme størrelse om salgspantene hadde vært realisert.

- (49) Finansavtaleloven § 66 første og annet ledd lyder:

”Uten uttrykkelig samtykke fra kausjonisten har institusjonen ikke rett til å frigi pant eller annen sikkerhet som var stilt eller forutsatt stilt da kausjonsavtalen ble inngått. Dette gjelder ikke når det stilles annen sikkerhet som er minst like god for kausjonisten som den sikkerheten som frigis, eller frigivelsen ikke har betydning eller bare har meget begrenset betydning for kausjonistens stilling. Samtykke etter første punktum kan bare gis i tilknytning til en nær forestående frigivelse av en bestemt angitt sikkerhet.

Hvis pant eller annen sikkerhet frigis i strid med bestemmelsene i første ledd, er kausjonisten ikke lenger bundet av kausjonsavtalen.”

- (50) Som før nevnt får denne bestemmelse anvendelse når kausjonisten regnes som forbruker etter § 57.
- (51) I NOU 1994: 19 om finansavtaler og finansoppdrag foreslo Banklovkommisjonen å lovfeste at en finansinstitusjon uten kausjonistens skriftlige samtykke ikke har rett til å frigi pant eller annen sikkerhet som var stilt eller forutsatt stilt da kausjonsavtalen ble inngått, jf. utkastet § 4-8. Etter forslaget ville imidlertid långiver kunne frigi sikkerhet i de tilfeller dette er uten betydning for kausjonistens stilling, jf. utkastet § 4-8 første ledd annet punktum og NOU 1994: 19 side 187.
- (52) I merknadene til § 64, nå § 66, om frigivelse av sikkerhet mv. foreslo departementet en noe mindre absolutt regel. Om dette uttales i Ot.prp. nr. 41 for 1998-1999 side 118:

”Departementet er kommet til at regelen bør utformes noe mindre absolutt enn Banklovkommisjonens forslag. Som Banklovkommisjonen selv peker på (NOU 1994: 19 s 187) bør regelen f.eks kunne gi adgang til å frafalle pant i en liten tomt som utskilles fra en stor jordbrukseiendom. Etter departementets oppfatning bør man da ikke kreve absolutt sikkerhet for at frafallet er helt uten betydning for kausjonisten. Det bør være tilstrekkelig å kreve at den eventuelle betydningen av frafallet for kausjonisten er *meget begrenset* sett i forhold til den samlede verdien av panteobjektet og andre omstendigheter.

Annet ledd fastsetter at dersom pant eller annen sikkerhet frigis i strid med bestemmelsene i første ledd, er kausjonisten ikke lenger bundet av kausjonsavtalen. Bestemmelsen er i samsvar med Banklovkommisjonens utkast § 4-8 annet ledd. Finansieringsselskapenes Forening mener det er en unødig streng reaksjon at hele kausjonsavtalen faller bort, og mener at det bør være tilstrekkelig at kausjonisten blir kompensert for det tapet han eller hun lider. Også Bankforeningen er inne på en slik løsning. Departementet vil, som Banklovkommisjonen, peke på at den foreslåtte regelen langt på vei er i samsvar med gjeldende rett. Når en slik relevant forutsetning for

kausjonsløftet faller bort, bør utgangspunktet være at kausjonisten ikke lenger er bundet av sitt løfte. Det ville være komplisert både å utforme og å anvende en regel basert på kompensasjon av kausjonistens tap i det enkelte tilfellet.”

- (53) Jeg tilføyer at også før finansavtaleloven ville en frigivelse av avtalt eller forutsatt pant eller annen sikkerhet i hovedforholdet til skade for kausjonisten føre til reduksjon eller bortfall av kausjonsansvaret, jf. Rt. 1930 side 272 og Smith: Garantirett III 1981 side 366. Dette gjelder fortsatt når kausjonisten ikke er forbruker.
- (54) Spørsmålet er om sletting av salgspant i de sist tilbakeleverte bilene ikke har hatt betydning eller bare begrenset betydning for kausjonistene. Det avhenger av om AutoStern i oppgjøret med Elcon hadde rett til å trekke ifra forfalte etterfakturerte utestående beløp for de sist gjenkjøpte biler og utestående for tidligere gjenkjøpte biler.
- (55) Selvskyldnerkausjonen gjelder for alle forpliktelser, herunder forsinkelsesrente, erstatninger, omkostninger mv. som Morgedal har eller måtte få til Elcon begrenset oppad til en million kroner. I tillegg er presisert:
- ”Selvskyldnerkausjonen gjelder ikke bare for et spesielt mellomværende, men for alle debtors nåværende og fremtidige forpliktelser overfor ELCON Finans AS, således eventuelle kausjons- og garantiforpliktelser og andre forpliktelser av hvilken som helst art.”**
- (56) Pant og annen sikkerhet i hovedforholdet er ikke nevnt i kausjonsavtalen. Det er ikke omtvistet at salgspant i bilene var forutsatt da kausjonsavtalen ble inngått, og derved også skulle sikre kausjonistene.
- (57) Rammeavtalen fra 2000 hadde i punkt 7 en bestemmelse om betaling kontant eller via finansieringsselskap. Hvorledes oppgjøret ved tilbakekjøp av biler skulle være, var ikke nærmere bestemt. AutoStern avregnet vederlaget for gjenkjøpte biler overfor Morgedal. I tillegg ble Morgedal etterfakturert for påkost. Morgedal innfridde lånet for hver enkelt bil, hvorefter finansieringsselskapet slettet salgspantet. Dersom Morgedal ble slått konkurs eller driften opphørte av andre grunner, var AutoStern forpliktet til å ta tilbake kjøpte biler til avtalt gjenkjøpspris lik restverdi etter åtte måneder også i forhold til Gjensidige Nor Finans og senere Elcon.
- (58) Den opprinnelige ordning forutsatte at Morgedal var i stand til å innfri lånene før selskapet mottok oppgjør etter gjenkjøp. Rettslig sett kunne AutoStern vente med å utbetale vederlaget ved tilbakekjøp inntil salgspant var slettet. Denne rett hadde AutoStern i utgangspunktet også for omtvistede krav. Det var praktiske grunner som gjorde at påkost ble fakturert i ettertid.
- (59) Uten at det er nærmere tidfestet, ble partene enige om en endring av praksis vedrørende økonomisk oppgjør ved gjenkjøp: Ved tilbakelevering og gjenkjøp innfridde AutoStern lånet direkte overfor Elcon, som på sin side slettet pantet. En eventuell differanse mellom kjøpesummen og restlånet ble etterfakturert Morgedal sammen med påkost. Denne omlegging medførte at salgspant ble slettet umiddelbart etter at hvert lån var oppgjort. For Morgedal medførte ordningen at selskapet ikke behøvde mellomfinansiering for å få salgspantet slettet. Den forutsatte imidlertid at Morgedal betalte forfalte etterfakturerte beløp.

- (60) I juni 2001 hadde utestående forfalte beløp for tidligere etterfaktureringer til sammen blitt noe over 400 000 kroner. Spørsmålet er om AutoStern også kunne motregne i senere oppgjør med utestående forfalte beløp vedrørende tidligere gjenkjøpte biler. Kausjonistene har anført at hvert bilsalg måtte ses for seg, og at beløpene den gang delvis var omtvistet.
- (61) Jeg bemerker til dette at Morgedal etter rammeavtalen punkt 11 på visse vilkår hadde forpliktet seg til et uttak av 60 biler i 2000. I forholdet mellom Morgedal og AutoStern må tilbakekjøp og etterfakturerings ses i sammenheng. De etterfakturerte krav oppsto under gjennomføringen av rammeavtalen av 2000. Dersom AutoStern skulle ha begrenset sin rett til å avregne utestående i oppgjør for senere tilbakekjøp, måtte dette uttrykkelig framgått. Selv om ordningen med etterfakturerings var praktisk for alle parter, medførte den ingen rettslige begrensninger i retten til å motregne ved mislighold av betalingen av etterfakturerte beløp. Etter min mening er det klart at AutoStern i senere oppgjør kunne trekke fra forfalte etterfakturerte krav for tidligere gjenkjøp.
- (62) I forhold til Elcon oppstår spørsmålet om AutoSterns avregning av ubetalte beløp som var etterfakturert Morgedal, rettslig sett medførte at lånet måtte anses innfridd slik at salgspantet måtte slettes. Når partene hadde bestemt at Elcon skulle motta betaling direkte fra AutoStern, opptrådte Elcon på vegne av Morgedal og sto rettslig sett i samme stilling som Morgedal i forhold til AutoStern. Det er ikke noe som indikerer at AutoStern ved å godta direkte oppgjør fraskrev seg retten til å motregne i tilfelle betalingsmislighold. Det forelå således full betaling når utbetalt og motregnet beløp til sammen dekket Morgedals krav i anledning tilbakekjøpene. På samme måte som Morgedal, måtte Elcon godta at alle forfalte krav kunne trekkes fra ved tilbakekjøp av de siste sju biler. Fullt oppgjør hadde derved funnet sted, og salgspantene måtte i forhold til AutoStern slettes.
- (63) Enigheten mellom Morgedal og AutoStern om direkte oppgjør overfor Elcon kan etter min mening ikke medføre at kausjonistene kommer i en bedre stilling enn om AutoStern i oppgjørene til Morgedal hadde iverksatt motregning for forfalte etterfakturerte beløp. I den utstrekning Morgedal ikke innfridde lånene, ville kausjonistene hefte for ubetalte lån innen rammen av en million kroner. Den avregning som ble foretatt direkte overfor Elcon, ga således samme økonomiske resultat for kausjonistene.
- (64) Kausjonistene har også framholdt at Elcon kunne ha fått dekket et større beløp ved å iverksette frivillig salg av tilbakeleverte biler eller ved å tvangsrealisere salgspantet. Jeg er tvilende til dette, men ut fra mitt syn er det ikke nødvendig å komme nærmere inn på denne og kausjonistenes øvrige anførsler.
- (65) Slettingen av salgspantene har etter dette ikke hatt betydning for kausjonistenes stilling. Kausjonsavtalen er etter finansavtaleloven § 66 første og annet ledd fortsatt bindende for kausjonistene. I samsvar med Elcons påstand avsies fullbyrdselsdom for utestående beløp med tillegg av forsinkelsesrente med den endring som følger av at kausjonistene regnes som forbrukere.
- (66) Kausjonistenes anke har ikke ført fram. Avgjørelsen har ikke budt på tvil, og Elcon må tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett med 106 250 kroner i samsvar med omkostningsoppgaven etter tvistemålsloven § 180 første ledd jf. § 176.

- (67) Elcons anke har delvis ført fram. Etter at spørsmålet om varsling av kausjonistene og kausjonens forfall ble avklart for Høyesterett, er det klart at vilkårene for å kreve fullbyrdsdom har vært oppfylt. Jeg tilføyer at tvistemålsloven § 53 første ledd nr. 4 jf. annet ledd hjemler fullbyrdsdom selv om kausjonen ikke hadde vært forfalt. Anken har imidlertid ikke ført fram for så vidt angår spørsmålet om kausjonistene måtte regnes som forbrukere. Hver av partene må etter dette bære egne omkostninger i anledning Elcons anke, jf. § 180 annet ledd jf. § 174 første ledd.
- (68) Lagmannsrettens avgjørelse av saksomkostningene for tingretten og lagmannsretten stadfestes.
- (69) Jeg stemmer for denne

D O M:

1. A, C og B dømmes til en for alle og alle for en å betale til Elcon Finans AS – 564 166 – femhundreogsekstifiretusenett hundreogsekstiseks – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 15. august 2002 til betaling skjer.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punktene 3 og 4, stadfestes.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler A, C og B en for alle og alle for en til Elcon Finans AS 106 250 – etthundreogsekstusentohundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
4. Saksomkostninger i anledning Elcons anke tilkjennes ikke.

- (70) Kst. dommer **Kaasen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (71) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (72) Dommer **Lund:** Likeså.
- (73) Dommer **Aasland:** Likeså.
- (74) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. A, C og B dømmes til en for alle og alle for en å betale til Elcon Finans AS – 564 166 – femhundreogseksifiretusenett hundreogseksiseks – kroner med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra 15. august 2002 til betaling skjer.
2. Lagmannsrettens dom, domsslutningen punktene 3 og 4, stadfestes.
3. I saksomkostninger for Høyesterett betaler A, C og B en for alle og alle for en til Elcon Finans AS 106 250 – etthundreogseks tusentohundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom med tillegg av den alminnelige forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd fra utløpet av oppfyllelsesfristen til betaling skjer.
4. Saksomkostninger i anledning Elcons anke tilkjennes ikke.