



# NORGES HØYESTERETT

Den 23. januar 2012 avsa Høyesterett dom i

**HR-2012-00167-A, (sak nr. 2011/1383), sivil sak, anke over dom,**

AS Kellox  
Loxkel AS

(advokat Jon Vinje)

mot

Karl-Johan Brekmo

(advokat Stig Bjørklund – til prøve)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder tolkningen av en garantiavtale.
- (2) Karl-Johan Brekmo drev, som eneaksjonær, selskapet Båtsenteret Gulf Yacht AS – heretter omtalt som Båtsenteret. Selskapet hadde i flere år vært forhandler for AS Kellox og Loxkel AS – heretter omtalt i fellesskap som Kellox/Loxkel.
- (3) Båtsenteret opparbeidet i løpet av forretningsforholdet en betydelig leverandørgjeld til Kellox/Loxkel. Selskapet fikk etter hvert store likviditetsproblemer. Partene innledet i 2008 et samarbeid om å refinansiere Båtsenteret. Refinansieringen hadde flere trinn.
- (4) I første omgang inngikk partene den 5. januar 2008 en overenskomst benevnt ”garantiavtale”. Av avtalen fremgår at Brekmo hadde pantsatt sin private båt ”Arctic Breece” for 3 millioner kroner som sikkerhet for ”gjeld som Båtsenteret Gulf Yacht AS har eller måtte få til AS Kellox og/eller Loxkel AS i forbindelse med inngåtte forhandleravtaler”.

(5) "Arctic Breece" skulle etter avtalen skytes inn som egenkapital i Båtsenteret uten påhefte av pantet Brekmo hadde stilt. Dette innebar at Kellox/Loxkel forut for tingsinnskuddet måtte slette pantesikkerheten. Båtsenteret forpliktet seg imidlertid til umiddelbart etter kapitalforhøyelsen å påhefte et nytt pant i båten på 3 millioner kroner til fordel for Kellox/Loxkel.

(6) Brekmo stilte seg som selvskyldnerkausjonist for 3 millioner kroner i den perioden kreditorene ikke hadde pantesikkerhet i båten – altså i perioden mellom slettingen og reetableringen av pantet – og i ytterligere 4 måneder. Denne kausjonen er i de senere avtaledokumentene omtalt som "selvskyldnerkausjon nr. 1". Garantien skulle – innenfor beløpsbegrensningen – være sikkerhet for "ethvert beløp som Båtsenteret Gulf Yacht AS måtte skyldte AS Kellox og/eller Loxkel AS".

(7) Deretter heter det:

**"Videre skal det ved refinansieringen, eller senest den 15. mars 2008, inngås en avtale mellom Båtsenteret Gulf Yacht AS og AS Kellox og Loxkel AS om sikkerhet for fremtidige leveranser av varer og tjenester på kr. 2.000.000. Slik sikkerhet skal enten være i form av bankgaranti eller annen sikkerhet som AS Kellox og Loxkel AS finner tilfredsstillende."**

(8) Denne sikkerheten ble først stillet 24. juni samme år i form av en selvskyldnerkausjon fra Brekmo. Garantien er i avtaledokumentene omtalt som "selvskyldnerkausjon nr. 2".

(9) Kausjonserklæringen har dette innhold:

**"Undertegnede, Karl Johan Brekmo født 16.03.1964, stiller seg herved som selvskyldnerkausjonist for forpliktelser som Båtsenteret Gulf Yacht AS, org. nr. 986 588 663, har eller måtte få til AS Kellox og Loxkel AS.**

**Denne kausjonen kommer i tillegg til og er uavhengig av tidligere avtaler og sikkerheter mellom Båtsenteret Gulf Yacht AS og AS Kellox og Loxkel AS, samt tidligere avtaler og sikkerheter mellom Karl Johan Brekmo og AS Kellox og Loxkel AS.**

**Karl Johan Brekmo sitt ansvar etter denne kausjonen består fullt og helt inntil Båtsenteret Gulf Yacht AS har innfridd alle sine forpliktelser til AS Kellox og Loxkel AS. Dog skal kausjonen kun gjelde for krav utover kr. 5.000.000 samlet fra AS Kellox og Loxkel AS.**

**Kausjonsansvaret er begrenset oppad til kr. 2.000.000 – kronertom millioner 00/100.**

**Denne kausjon, som er en selvskyldnerkausjon, innebærer et ansvar for Karl Johan Brekmo til umiddelbart å gjøre opp overfor AS Kellox og Loxkel AS dersom Båtsenteret Gulf Yacht AS misligholder sine forpliktelser i forhold til AS Kellox og Loxkel AS.**

**Dersom krav mot Karl Johan Brekmo i henhold til denne kausjon ikke er betalt innen 30 dager etter skriftlig påkrav, påløper forsinkelsesrente i tråd med forsinkelsesrenteloven.**

**Dersom Båtsenteret Gulf Yacht AS skulle gå konkurs, er denne kausjon slik å forstå at AS Kellox og Loxkel AS i forhold til Karl Johan Brekmo er berettiget til å søke dekning hos Båtsenteret Gulf Yacht AS sitt konkursbo for hele sitt tilgodehavende, eventuelt få dividende av kravet, uten noe fradrag for det som Karl Johan Brekmo måtte ha betalt, eller kommer til å betale under denne kausjon. I forhold til AS Kellox og Loxkel AS skal**

**Karl Johan Brekmo stå tilbake i debitors bo inntil AS Kellox og Loxkel AS har fått dekning for sitt tilgodehavende.”**

- (10) Partene inngikk samme dag en rekke andre avtaler. For det første etablerte Båtsenteret og Kellox AS en låneavtale der 2 millioner kroner av fordringer på totalt 4 155 973,70 kroner ble konvertert til langsiktig lånegjeld. Båtsenteret utstedte i den forbindelse et gjeldsbrev pålydende 2 millioner kroner til fordel for AS Kellox. Det ble avtalt delvis rentefrihet ved at ”renter kun skal belastes på samlet saldo over kr. 5.000.000 mot både AS Kellox og Loxkel AS”. Et av lånevilkårene var at det ble etablert en ytterligere pantesikkerhet på 1,5 millioner kroner i ”Arctic Breece”.
- (11) Videre ble det inngått avtale om at alle kapitalvarer for fremtiden skulle leveres i kommisjon.
- (12) Ytterligere inngikk partene en avtale om forståelsen av kausjonsansvaret, nærmere bestemt om forholdet mellom selvskyldnerkausjon nr. 1 på 3 millioner kroner og selvskyldnerkausjon nr. 2 på 2 millioner kroner. Ordningen skulle være at i perioden mellom slettingen og reetableringen av pantet i båten, skulle begge kausjonene gjelde ”med et samlet personlig ansvar for Karl Johan Brekmo på inntil kr. 5.000.000”. Etter at pantet var påheftet båten på nytt og i ytterligere 4 måneder, skulle kreditorene bare kunne gjøre gjeldende ansvar etter selvskyldnerkausjon nr. 1 ”slik at det personlige ansvaret for Karl Johan Brekmo i denne perioden maksimalt kan bli kr. 3.000.000”. Når perioden var utløpt, skulle denne kausjonen bortfalle. For den etterfølgende perioden skulle følgende gjelde:

**”Når perioden på 4 måneder er utløpt etter tinglysingen av pantet på kr. 3.000.000 i ’Arctic Breece’, skal Selvskyldnerkausjon nr. 2 gjelde slik at det personlige ansvaret fra dette tidspunktet og fremover maksimalt kan bli kr. 2.000.000. Når samlet gjeld til AS Kellox og Loxkel AS er lavere enn kr. 5.000.000, vil kausjon nr. 2 ikke gjelde. Kausjonen vil imidlertid bestå, slik at hvis gjelden øker til over kr. 5.000.000, vil den igjen ha gyldighet.”**

- (13) Endelig inngikk partene en avtale ”knyttet til sikkerheter for varegjeld og fremtidige leveranser” der det ble etablert en kredittramme på 7,5 millioner kroner inklusive merverdiavgift. I avtalens pkt. 2 heter det:

**”Selvskyldnerkausjonen på kr. 2.000.000 (’Selvskyldnerkausjon nr. 2) vil gjelde som sikkerhet for gjeld utover kr. 5.000.000 inkl. mva. Hvis gjelden fra Båtsenteret Gulf Yacht AS til AS Kellox og Loxkel AS reduseres under kr. 7.000.000 inkl. mva., vil kausjonsansvaret reduseres krone for krone ned til kr. 5.000.000. Hvis gjelden er mindre enn NOK 5.000.000 inkl. mva. faller kausjonsansvaret bort og de øvrige sikkerheter (pant i Arctic Breece og varelagerpant) vil stå som sikkerhet for varegjelden.”**

- (14) Avtalen har i tillegg bestemmelser om at partene skulle samarbeide om å selge ”Arctic Breece” til en så høy pris som det var mulig å oppnå i markedet. Oppgjør for salg av båten skulle i sin helhet gå til nedbetaling av varegjeld til Kellox/Loxkel med unntak av Santander Consumer Banks foranstående, pantesikrede fordring på ca. 910 000 kroner. Når ”Arctic Breece” var solgt og oppgjør foretatt, skulle partene samles for å etablere sikkerhetsstillelse for resterende varegjeld.
- (15) Det var også avtalt at hvis båten ikke ble solgt i løpet av sommeren, skulle AS Kellox høsten 2008 undersøke med sitt styre muligheten for at selskapet kjøpte fartøyet av

Båtsenteret ”for et senere omforent beløp basert på antatt markedspris som motregnes mot leverandørgjeld”. Kredittgrensen skulle gjelde frem til ”Arctic Breece” var solgt.

- (16) Båtsenteret misligholdt sine betalingsforpliktelser. Kellox/Loxkel anså misligholdet som vesentlig og hevet derfor i brev av 6. mars 2009 samarbeidet med selskapet med umiddelbar virkning. Samlet forfalt gjeld utgjorde på det tidspunktet 7 662 066 kroner.
- (17) Det ble åpnet konkurs i Båtsenteret den 24. april 2009. På dette tidspunktet var gjelden økt til 7 886 301,99 kroner. Økningen i gjeldsbeløpet fra hevingstidspunktet skyldtes påløpte renter. Bostyrer besluttet den 8. mai 2009 å overføre ”Arctic Breece” direkte til panthaverne ved såkalt abandonering etter konkursloven § 117c ettersom panteheftelsene gjorde at båten ikke hadde økonomisk interesse for boet. Ved overføringen ble en markedsverdi på 4,1 millioner kroner lagt til grunn. I vedtaket er det fastsatt:

**”Verdsettelsen legges til grunn for beregning av panthavernes krav på evt. dividende etter dekningsloven § 8-14 og for avregningen i skyldnerens gjeld til panthaveren, ...”**

- (18) Garantikreditorerne sendte samme dag brev til Brekmo med krav om betaling av 2 millioner kroner i henhold til den selvskyldnerkausjonen han hadde stillet. Brekmo bestred kravet.
- (19) Kellox/Loxkel tok 5. februar 2010 ut søksmål mot Brekmo ved Nord-Troms tingrett. Brekmo nedla påstand om frifinnelse. Han gjorde gjeldende at hovedformålet og forutsetningene for selvskyldnerkausjonen forsvant da saksøkerne – til tross for at partene var enige om en langsiktig plan – valgte å heve samarbeidsavtalen. Kausjonsavtalen måtte settes til side i medhold av avtaleloven § 36.
- (20) Under avslutningen av hovedforhandlingen gjorde han som ny anførsel gjeldende at saksøkernes tilgodehavende måtte reduseres som følge av at båten var abandonert til panthaverne.
- (21) Nord-Troms tingrett avsa 14. januar 2011 dom med slik domsslutning:

- ”1. Karl-Johan Brekmo dømmes til, innen to uker fra forkynnelse av dommen, å betale til AS Kellox og Loxkel AS til sammen kr 2 000 000 med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall 7. juni 2009 og til betaling skjer.**
- 2. Karl-Johan Brekmo dømmes til, innen to uker fra dommens forkynnelse, å betale saksomkostninger til AS Kellox og Loxkel AS med til sammen kr. 209.460.”**

- (22) Brekmo anket til Hålogaland lagmannsrett som den 1. juni 2011 avsa dom med slik domsslutning

- ”1. Karl-Johan Brekmo frifinnes.**
- 2. AS Kellox og Loxkel AS dømmes in solidum til å erstatte Karl-Johan Brekmo 142 220 – etthundreogførtitotusentohundreogtjue – i saksomkostnader for lagmannsretten. Oppfyllelsesfristen er 2 – to – uker fra dommens forkynnelse.**
- 3. Saksomkostnader for tingretten tilkjennes ikke.”**

- (23) Lagmannsretten pekte i dommen på at det følger av kausjonsavtalen og alminnelig kausjonsrett at kreditor kan velge om han vil gå på hoveddebitor eller kausjonisten først. Kreditorerne kunne således straks hovedfordringen var forfalt valgt å gå direkte på Brekmo som selvskyldnerkausjonist. Forfall i form av betalingsplikt ville imidlertid ikke inntre før ved påkrav. I dommen heter det videre:

**”Partene er enige om at ved abandonering av båten ble hoveddebitors gjeld redusert til 4 904 962,99 kroner, og det er dette beløpet Kellox og Loxkel har anmeldt som dividendeberettiget i boet, jf. konkursloven § 117c og dekningsloven § 8-14. Hoveddebitors gjeld var således kommet under grensen på 5 millioner kroner.**

**Brekmo ble krevd for betaling i påkravsbrev 8. mai 2009, som var samme dag som bostyrer gjorde vedtak om abandonering til fordel for pantehaverne. Det legges til grunn at Brekmo mottok påkravet tidligst dagen etter. Det er enighet om at forfallstidspunktet var 15. juni 2009. Da Brekmo mottok påkravet, var båten allerede besluttet abandonert til fordel for Kellox/Loxkel, og konkursdebitors (Båtsenterets) gjeld til selskapene kommet under grensen på 5 millioner kroner. Forutsetningen for å kunne gjøre selvskyldnerkausjonen gjeldende var dermed ikke lenger til stede.”**

- (24) Kellox og Loxkel har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Saken står i det vesentlige i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.
- (25) De ankende parter – *AS Kellox og Loxkel AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (26) Brekmos kausjonsansvar beror på en tolkning av kausjonsavtalen. Etter selvskyldnererklæringen, som er beløpsbegrenset til 2 millioner kroner, vil kausjonsansvar kunne bli aktuelt når Båtsenterets gjeld til Kellox overstiger en terskel på 5 millioner kroner. Det følger av dens tilblivelse, ordlyd og formål at selvskyldnerkausjonen skulle gjelde i tillegg til de øvrige sikkerheter som var stilt for leverandørkreditten. Den skulle tjene som en ”toppsikkerhet” i forbindelse med at kredittrammen ved refinansieringen av selskapet ble utvidet med 2 millioner kroner til 7,5 millioner kroner.
- (27) Det er størrelsen av gjelden på misligholdstidspunktet, og ikke på påkravstidspunktet, som er avgjørende for om den avtalte terskelen for når kausjonsansvar kan gjøres gjeldende er oppfylt eller ikke. Dersom inndekningen på pantet i ”Arctic Breece” skulle komme til fradrag når sikringsbegivenheten var inntrådt, ville Brekmos selvskyldnerkausjon ikke innebære noen realitet. Ved en slik forståelse ville det knapt være tenkelig at gjelden noen gang kunne overstige terskelen for ansvar etter garantierklæringen. I så fall ville formålet med at Kellox/Loxkel betinget seg toppsikkerhet som vilkår for utvidelsen av kredittrammen, ikke kunne oppnås. En slik tolkning har formodningen mot seg.
- (28) Lagmannsretten har lagt til grunn at kausjonsansvaret falt bort fordi kreditor valgte å søke dekning i pantsikkerheten først, og at restgjelden dermed ble mindre enn terskelverdien. Lagmannsretten har samtidig lagt til grunn at kausjonsansvaret kunne ha vært gjort gjeldende for fullt beløp om kreditor hadde valgt å søke dekning hos garantisten først. En slik tolkning av kausjonsløftet gir ikke mening.
- (29) Kellox/Loxkel har nedlagt slik påstand:

**”1. Tingrettens dom stadfestes.**

**2. De ankende parter tilkjennes saksomkostninger for lagmannsretten og Høyesterett med tillegg av lovens rente fra forfall til betaling skjer.”**

- (30) Ankemotparten – *Karl-Johan Brekmo* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (31) Partene er enige om at terskelverdien i kausjonserklæringen på 5 millioner kroner og ansvarsbegrensningen på 2 millioner kroner, er et resultat av Brekmos ønske om å redusere sin eksponering. Tvisten beror i hovedsak på en tolkning av garantiavtalen i lys av dette og det totale avtaleverket.
- (32) Det alminnelige utgangspunktet i kausjonsretten er at det er hovedfordringens størrelse på det tidspunkt kreditor krever kausjonisten som er avgjørende for kausjonsforpliktelsens eksistens og omfang. Følgelig er det størrelsen av gjelden på påkravstidspunktet, og ikke på misligholdstidspunktet, som er bestemmende for om terskelverdien for kausjonsansvar er oppfylt.
- (33) Passusen i garantierklæringen om at kausjonen kommer ”i tillegg til og er uavhengig av tidligere avtaler og sikkerheter” kan ikke tas til inntekt for at kausjonen skulle tjene som en toppsikkerhet ut over de sikkerheter som allerede var etablert. Formuleringen var bare ment som en klargjøring av at kausjonen ikke avløste noen av de øvrige sikkerhetene, men skulle gjelde side om side med disse.
- (34) Det heter i kausjonserklæringen at kausjonen kun skal gjelde for krav utover kr. 5.000.000 ”samlet” fra AS Kellox og Loxkel AS. I avtalen partene har inngått om forståelsen av kausjonsansvaret, er det samme prinsippet formulert som at kausjonen ikke skal gjelde når ”samlet” gjeld til AS Kellox og Loxkel AS er lavere enn 5 millioner kroner. Først når mellomværendet er nedkvittert for ordinær betaling over driften, eller for oppgjør etter frivillig eller tvungen realisasjon av ”Arctic Breece”, vil samlet gjeld i garantierklæringens forstand fremkomme. Abandonering til garantikreditor som panthaver må likestilles med slik realisasjon.
- (35) At partene har ment at man ved beregning av terskelverdien også skal nedskrive gjelden med hva en realisasjon av ”Arctic Breece” utbringer, følger dessuten av avtalen ”knyttet til sikkerheter for varegjeld og fremtidige leveranser”. Der heter det at partene skulle samarbeide om å selge båten, og at salgsoppgjøret i sin helhet skulle gå til nedbetaling av varegjeld til Kellox/Loxkel med unntak av Santander Consumer Banks pantsikrede fordring med prioritet foran de ankende parter. En slik forståelse følger også av avtalepunktet om at kreditor selv skulle vurdere å overta fartøyet til en antatt markedspris mot nedregulering av leverandørgjelden. Brekmo hadde etter dette en klar forventning om at oppgjør etter realisasjon av båten skulle komme til fradrag i gjelden og dermed ved fastsettelsen av om terskelverdien for hans kausjonsansvar var oppfylt. Denne forventningen må innfris også når realisasjonen skjer ved abandonering til garantikreditor som panthaver.
- (36) Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at kausjonskravet ikke kan gjøres gjeldende som følge av at kreditor valgte å søke dekning i pantsikkerheten først.
- (37) Både retts tekniske, prosessøkonomiske og reelle hensyn taler for en løsning der gjelden på påkravstidspunktet må legges til grunn ved beregning av om terskelverdien er oppfylt.

- (38) Karl-Johan Brekmo har nedlagt slik påstand:
- ”1. Anken forkastes.
  2. AS Kellox og Loxkel AS erstatter in solidum Karl-Johan Brekmo sine sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.”
- (39) *Jeg er kommet til at anken må føre frem.*
- (40) Spørsmålet i saken er om Båtsenterets gjeld til Kellox/Loxkel skal beregnes på det tidspunkt misligholdet ble gjort gjeldende, eller om den skal fastsettes med utgangspunkt i situasjonen på det tidspunkt det fremmes påkrav under selvskyldnerkausjonen. Valget mellom de to tidspunktene er avgjørende for om terskelverdien i kausjonserklæringen er oppfylt, og dermed for om selskapene etter at båten er abandonert kan gjøre ansvar gjeldende under garantien. Løsningen beror på en konkret tolkning av kausjonserklæringen i lys av det omkringliggende avtaleverket.
- (41) Jeg kan ikke se at det finnes rettspraksis eller garantirettslig teori som gir særlig veiledning for det spørsmålet Høyesterett skal ta stilling til.
- (42) Den omtvistede kausjonsavtalen er inngått mellom næringsdrivende. Den faller derfor utenfor finansavtalelovens virkeområde, jf. lov av 25. juni 1999 nr. 46, særlig dens kapittel 4 om kausjoner. Lagmannsretten har i likhet med tingretten, pekt på at partene hadde profesjonell bistand ved utformingen av avtaleverket. Begge de tidligere instansene har ansett styrkeforholdet mellom dem som likt. Jeg legger denne bedømmelsen til grunn ved fastleggelsen av kausjonsavtalens innhold.
- (43) Jeg ser først på spørsmålet om selvskyldnerkausjonen er en sikkerhet som skal gjelde i tillegg til de andre sikkerhetene i avtaleforholdet, og da i den forstand at den kommer på toppen av de øvrige. Som jeg senere skal komme tilbake til, er dette etter min oppfatning av betydning for om det ved fastsettelsen av om Båtsenterets samlede gjeld til selskapene overstiger terskelverdien i kausjonserklæringen, skal foretas en nedregulering for den verdi som er lagt til grunn ved abandoneringen av pantet i ”Arctic Breece”.
- (44) Det kan etter mitt syn ikke være særlig tvilsomt at den omtvistede selvskyldnerkausjonen skulle tjene som en toppsikkerhet for leverandørgjelden.
- (45) For det første følger dette av ordlyden i kausjonserklæringen. Der er det uttrykkelig sagt at garantien ”kommer i tillegg til og er uavhengig av” tidligere avtaler og sikkerheter mellom partene.
- (46) Dernest følger en slik forståelse av at formålet med kausjonen var å sikre Kellox/Loxkel ut over det pantet selskapene allerede hadde etablert. Jeg viser her til hva jeg tidligere har sitert fra garantiavtalen av 5. januar 2008 og som angir bakgrunnen for garantistillelsen. Det fremgår av dette at selskapene – ut over kravet om tingsinnskudd i selskapet og pantsettelse av båten – også betinget seg ”sikkerhet for fremtidige leveranser av varer og tjenester på kr. 2.000.000”. Dette må forstås som et krav om toppsikkerhet som betingelse for å utvide kredittrammen i kundeforholdet. Utvidelsen ble senere effektivert ved avtalen av 24. juni 2008, samme dag som selvskyldnerkausjonen ble etablert, og der rammen ble satt til 7,5 millioner kroner.

- (47) Avtalen partene inngikk om forståelsen av kausjonsansvaret gir ytterligere støtte for at vi har å gjøre med en toppsikkerhet. Som allerede nevnt heter det der at i perioden mellom slettingen og reetableringen av pantet i båten, skulle både selvskyldnerkausjon nr. 1 og selvskyldnerkausjon nr. 2 gjelde "med et samlet personlig ansvar for Karl Johan Brekmo på inntil kr. 5.000.000". Ved den avtalte ordningen skulle Brekmo gjennom selvskyldnerkausjon nr. 1 stille midlertidig sikkerhet for den perioden "Arctic Breece" av mer tekniske grunner ikke var påheftet et pant på 3 millioner kroner. Det kan ikke være tvilsomt at selvskyldnerkausjon nr. 2 på 2 millioner kroner i denne perioden skulle komme på toppen av kausjonen på 3 millioner som da skulle gjelde til erstatning for pantet i båten. Jeg kan ikke se at kausjonens karakter ble endret i så måte da selvskyldnerkausjon nr. 1 senere ble avløst ved at pantesikkerheten ble reetablert.
- (48) Jeg går så over til hvorvidt det har betydning for løsningen av spørsmålet om terskelverdien er oppfylt, at garantikreditorerne har søkt dekning i pantet før de gjorde ansvar gjeldende under kausjonen.
- (49) Lagmannsretten har begrunnet sin frifinnelse av kausjonisten med at så lenge garantiavtalen er taus om hva som skal skje om båten abandoneres under konkurs, må det avgjørende være hvilket valg Kellox/Loxkel foretok. Når selskapene valgte å holde seg til hoveddebitor først ved å få pantet abandonert, kom gjelden under terskelverdien. Forutsetningene for å kunne gjøre garantiansvaret gjeldende var da ikke lenger til stede. Om dette blir det uttalt i dommen:
- "Konsekvensen av at Kellox og Loxkel valgte å abandonere båten før forfallstidspunkt for selvskyldnerkausjonen var inntrådt, blir at de ikke kan kreve Brekmo i henhold til denne. I betraktning av at Kellox og Loxkel hadde valget, finner ikke lagmannsretten en slik løsning urimelig. Lagmannsretten finner en viss støtte for resultatet i Rt-1929-1106."**
- (50) Jeg er ikke enig i dette.
- (51) For det første kan jeg ikke se at en slik forståelse er forenlig med at selvskyldnerkausjonen skal tjene som toppsikkerhet for den gjelden som er opparbeidet. Lagmannsrettens rettsanvendelse innebærer at formålet selskapene hadde med å kreve slik toppsikkerhet nøytraliseres ettersom adgangen til å nyttiggjøre seg denne sikkerheten skal stå og falle med rekkefølgen i garantikreditorenes dekningsaksjoner.
- (52) Dernest kan jeg ikke se den rettspolitiske begrunnelsen for en slik løsning. Det fremgår av hva jeg tidligere har sitert fra lagmannsrettens dom, at utgangspunktet for resonnementet har vært at kreditor etter en selvskyldnerkausjon kan velge om han først vil kreve dekning hos hoveddebitor før han går på kausjonisten. Det er vist til at dersom den samlede gjeld var over 5 millioner kroner, kunne selskapene straks hovedfordringen var forfalt, valgt å gå direkte på Brekmo som selvskyldnerkausjonist.
- (53) Lagmannsretten gir ved sitt resultat anvisning på at det er rekkefølgen i dekningsomgangen som er avgjørende for om oppgjør etter realisasjon av pantet skal gå til nedregulering av det gjeldsbeløpet som skal legges til grunn ved fastsettelsen av om terskelverdien i kausjonserklæringen er oppfylt. Rekkefølgen vil med andre ord være styrende for om kausjonsansvaret utløses, og i tilfelle for hvilket beløp. Jeg kan ikke se at det er grunnlag for at kausjonistens ansvar og garantikreditors dekningsadgang skal styres



av slike tilfældigheter. En slik rettsregel vil i tilfelle bare gi garantikreditor oppfordring til å innrette seg slik at han krever kausjonisten først. Det kan imidlertid ikke påvises noe prinsipielt argument for at kausjonistens stilling skal bli så vidt forskjellig alt etter hvilken rekkefølge garantikreditor velger ved sin dekningsaksjon. Dommen i Rt. 1929 side 1106 gjaldt tolkningen av en konkret garantiavtale og endrer ikke på dette.

- (54) Jeg går etter dette over til å se på det spørsmålet som etter min oppfatning er det mest sentrale for løsningen; nemlig om man under hensyntagen til at kausjonen skal tjene som en toppsikkerhet, likevel må forstå kausjonsforpliktelsen slik at oppgjør etter realisasjon av pantsikkerheten som følge av mislighold, skal gå til nedregulering av den gjelden som er bestemmende for om terskelverdien er oppnådd.
- (55) Brekmo har på dette punktet anført at både selvskyldnerkausjonen og avtalen om forståelsen av kausjonsansvaret refererer til "samlet" gjeld til Kellox og Loxkel som avgjørende for om terskelverdien er oppfylt. Jeg kan imidlertid ikke se at begrepet "samlet" her betyr annet enn at det er selskapenes samlede utestående krav som avgjør om terskelen for kausjonsansvar er oppfylt. Hvorvidt det ved fastsettelsen av hva som er selskapets gjeld skal tas hensyn til oppgjør etter realisasjon av andre sikkerheter, sier dette begrepet ingenting om.
- (56) Brekmo har dernest – som allerede nevnt – vist til at det etter avtalen knyttet til sikkerheter for varegjeld og fremtidige leveranser, er enighet om at oppgjør ved salg av båten skal benyttes til nedregulering av varegjelden. Et tilsvarende prinsipp skulle også gjelde dersom Kellox hadde bestemt seg for å overta båten til en omforent verdi. Det hevdes at det nedreguleringsprinsippet som her er avtalt, må gjelde uavhengig av om det er tale om frivillig eller tvungent salg, og uavhengig av om dette skjer i eller utenfor konkurs, herunder også realisasjon i form av abandonering.
- (57) Dette er jeg ikke enig i.
- (58) Avtalen om sikkerheter for varegjeld mv. uttrykker partenes enighet om at "Arctic Breece" – som både var del av Båtsenterets egenkapital og dessuten pantsatt til Kellox/Loxkel for tilnærmet hele sin antatte markedsverdi – kunne selges under selskapets løpende drift. Det er ikke vanlig at pantsikkerheter selges under drift, og salgsadgangen krevde partenes enighet. Det eneste formålet med et slikt salg ville være å få redusert kreditorenes fordringer mot selskapet og selskapets gjeld.
- (59) Uten enighet om at salg kunne foretas under drift, kunne båten bare vært benyttet som dekningsobjekt dersom vilkårene for tvangsrealisasjon var oppfylt. Dette avtalepunktet er altså ikke skrevet med tvangsrealisasjon for øyet. De mekanismer det gis anvisning på, har ingen overføringsverdi til det som er spørsmålet i vår sak. Ved tvangsrealisasjon er eneste formål å sikre kreditorene dekning. Den gjeldsreduksjon som selskapet dermed oppnår, er bare en virkning av dette.
- (60) Den i og for seg nokså selvsagte enigheten om at oppgjør etter salg under drift skal gå til nedregulering av gjelden, innebærer etter min oppfatning ikke noen enighet om at oppgjør etter realisasjon ved mislighold også må få betydning for om terskelverdien er oppfylt. Dette ville i tilfellet innebære at selvskyldnerkausjonen for alle praktiske formål helt mister sin realitet som det kredittsikringsinstrumentet den skulle tjene som. Med en total kreditramme på 7,5 millioner kroner, og rentefrihet for de første 5 millioner kroner av

mellomværendet, måtte realisasjonsverdien for båten være lavere enn 2,5 millioner kroner for at noe kausjonsansvar skulle kunne bli aktuelt. På kausjonstidspunktet antok man at markedsverdien var omkring 5 millioner kroner, mens den på dekningsstidspunktet ble satt til 4,1 millioner kroner. Tallene taler for seg selv. Etter min oppfatning har det formodningen mot seg at en garanti stillet som en toppsikkerhet kan forstås på en måte som gjør at den ikke innebærer noen realitet for noen av partene.

- (61) Lagmannsrettens påpekning av at det ville være en tilfeldig fordel dersom det var slik at båten verdi skulle gå til fradrag ved salg i driftsperioden, men ikke trekkes fra ved realisasjon i forbindelse med konkurs, er – ut fra min forståelse av dette avtalepunktet – ikke treffende.
- (62) Tolkningen støttes også av ordningen som fulgte av avtalen om forståelsen av forholdet mellom selvskyldnerkausjon nr. 1 og selvskyldnerkausjon nr. 2. Her fremgår, som jeg allerede har vært inne på flere ganger, at i perioden mellom slettingen og reetableringen av pantet i båten, skulle begge kausjonene gjelde ”med et samlet personlig ansvar for Karl Johan Brekmo på inntil kr. 5.000.000”.
- (63) Det må være på det rene at dersom mislighold og tiltredelse av sikkerhetene – her påkrav under begge kausjonserklæringene – hadde skjedd i den nevnte perioden, ville inndekningen på 3 millioner kroner under selvskyldnerkausjon nr. 1 ikke kommet til fradrag ved fastsettelse av om terskelverdien under selvskyldnerkausjon nr. 2 var oppfylt. Denne løsningen endres ikke av at selvskyldnerkausjon nr. 1 senere ble avløst av et realpant – en avløsning som for øvrig hele tiden hadde vært partenes opplegg.
- (64) Anken har etter dette ført frem. Kellox/Loxkel har vunnet saken fullt ut. Den gjelder et konkret tolkningssspørsmål, og avgjørelsen har ikke voldt tvil. De ankende parter må derfor tilkjennes sakskostnader for alle instanser. Jeg nevner at kostnadene for tingretten også omfattet behandlingen av andre anførsler som ikke førte frem.
- (65) De ankende parter ble i tingretten tilkjent kostnader med 200 000 kroner inklusive merverdiavgift, med tillegg av rettsgebyr på 9 460 kroner. Kellox/Loxkel er merverdiavgiftspliktige og skal da ikke tilkjennes slik avgift. For tingretten fastsettes derfor kostnadene til 169 460 kroner inklusive rettsgebyret.
- (66) For lagmannsretten var kostnader krevd med 97 300 kroner eksklusive merverdiavgift. Oppgaven legges til grunn.
- (67) For Høyesterett er kostnader krevd med 144 000 kroner eksklusive merverdiavgift. Oppgaven legges til grunn. I tillegg kommer rettsgebyr på 23 220 kroner, i alt 167 220 kroner.
- (68) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes med den endring at sakskostnadene til AS Kellox og Loxkel AS settes til 169 460 – etthundreogsekstinitusenfirehundreogseksti – kroner.

2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Karl-Johan Brekmo 264 520 – tohundreogsekstifiretusenfemhundreogtjue – kroner til AS Kellox og Loxkel AS i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (69) Kst. dommer **Arnesen**: Jeg er kommet til et annet resultat enn førstvoterende, og mener at anken må forkastes.
- (70) Som førstvoterende har påpekt, må spørsmålet om Brekmo er ansvarlig etter selvskyldnerkausjon nr. 2 løses på grunnlag av en tolkning av denne, sett i sammenheng med de øvrige avtaler mellom Brekmo på den ene side og Kellox/Loxkel på den annen, og mellom Båtsenteret og Kellox/Loxkel. I likhet med førstvoterende, kan heller ikke jeg se at det foreligger rettsavgjørelser eller rettsteoretiske fremstillinger som gir videre veiledning.
- (71) Etter selvskyldnerkausjon nr. 2 er Brekmos ansvar betinget av to forhold. For det første må Båtsenteret ha misligholdt sine forpliktelser overfor Kellox/Loxkel, og for det annet må de samlede kravene Kellox/Loxkel har mot Båtsenteret overstige 5 millioner kroner. Når disse betingelsene er tilfredsstillt, har Brekmo betalingsplikt ved påkrav. Det første spørsmålet blir da hvilken betydning det har om Kellox/Loxkel får dekning for deler av sitt krav mot Båtsenteret etter at kausjonsansvaret til Brekmo er utløst, men før påkrav er mottatt.
- (72) Som nevnt av førstvoterende inngikk partene en avtale om forståelsen av kausjonsansvaret, og om selvskyldnerkausjon nr. 2. Her heter det følgende:
- ”Når samlet gjeld til AS Kellox og Loxkel AS er lavere enn kr. 5.000.000,- vil kausjon nr. 2 ikke gjelde. Kausjonen vil imidlertid bestå, slik at hvis gjelden øker til over kr. 5.000.000,- vil den igjen ha gyldighet.”**
- (73) Når Brekmos ansvar etter kausjonen er betinget av mislighold, og av at Båtsenterets forpliktelser overfor Kellox/Loxkel overstiger terskelen på 5 millioner kroner, ligger det nær å forstå det siterte slik at endringer i størrelsen på kravet mot Båtsenteret etter at mislighold har funnet sted, skal ha betydning for om det foreligger ansvar. Denne forståelsen bekreftes av avtalen inngått samme dag mellom Brekmo og Båtsenteret på den ene side og Kellox/Loxkel på den annen, ”knyttet til sikkerheter for varegjeld og fremtidige leveranser”. Her fremgår det av punkt 2 at kausjonsansvaret ”faller bort” om gjelden er mindre enn fem millioner kroner.
- (74) En slik lesning er etter det jeg kan forstå i samsvar med interessene til så vel Kellox/Loxkel som Brekmo.
- (75) De krav Kellox/Loxkel har mot Båtsenteret kan meget vel øke etter at mislighold foreligger, noe også denne saken viser, slik at den nedre terskelen for kausjonsansvaret først passerer etter dette tidspunktet. Kellox/Loxkel har derfor interesse av at kausjonsansvaret kan gjøres gjeldende også i en slik situasjon.
- (76) Da kausjonserklæringen ble gitt, eide og drev Brekmo Båtsenteret. Et kausjonsansvar som påvirkes av hva Båtsenteret gjorde etter et mislighold av forpliktelser overfor Kellox/Loxkel, ville derfor virket inn på de disposisjoner Brekmo traff i egenskap av eier og leder. Dersom han kunne unngå ansvar etter selvskyldnerkausjonen ved at Båtsenterets

gjeld til Kellox/Loxkel ble redusert før påkrav, er det liten grunn til å anta at han som leder av Båtsenteret ikke ville gjøre det som var mulig for å redusere gjelden. For Brekmo medførte dette en reduksjon av den risiko han løp gjennom selvskyldnerkausjonen, samtidig som det ikke var i strid med de interesser Kellox/Loxkel hadde, snarere tvert imot. Deres interesse var å få dekket sitt tilgodehavende, og der det skjedde gjennom betalinger fra Båtsenteret, ville kausjonsansvaret tjene som sikkerhet dersom Båtsenteret ikke skulle lykkes i å bringe gjelden under 5 millioner kroner.

- (77) Jeg forstår derfor selskyldnerkausjon nr. 2 slik at det avgjørende for om det foreligger ansvar, er – i tillegg til at Båtsenteret har misligholdt sine forpliktelser overfor Kellox/Loxkel – at terskelverdien er overskredet ved påkrav.
- (78) Det neste spørsmålet er om det spiller noen rolle at årsaken til at gjelden er redusert er at Kellox/Loxkel har tiltrådt pantet i båten ”Arctic Breece”, stillet av Båtsenteret.
- (79) Det heter i selvskyldnerkausjon nr. 2 at den
- ”... kommer i tillegg til og er uavhengig av tidligere avtaler og sikkerheter mellom Båtsenteret Gulf Yacht AS og AS Kellox og Loxkel AS, samt tidligere avtaler og sikkerheter mellom Karl Johan Brekmo og AS Kellox og Loxkel AS.”**
- (80) Selvskyldnerkausjon nr. 2 erstatter således ikke tidligere avtaler og sikkerheter mellom Båtsenteret og Kellox/Loxkel, men gjelder ved siden av disse. Dette er temmelig selvsagt – en avtale mellom Brekmo og Kellox/Loxkel kan vanskelig endre avtaler mellom Båtsenteret og Kellox/Loxkel. Viktigere er det at det uttrykkelig fremgår at selvskyldnerkausjon nr. 2 også er uavhengig av tidligere avtaler og sikkerheter i forholdet mellom Båtsenteret og Kellox/Loxkel. Dette kan jeg vanskelig forstå annerledes enn at endringer i slike avtaler eller sikkerheter ikke skal ha betydning for Brekmos ansvar etter kausjonserklæringen.
- (81) En slik forståelse har etter mitt syn støtte i avtalen om sikkerheter for varegjeld mv. punkt 3, som lyder slik:
- ”Båtsenteret Gulf Yacht og AS Kellox vil samarbeide om å selge Arctic Breece til en så høy pris som er mulig å oppnå i markedet. Oppgjør for salg av denne båten vil i sin helhet gå til nedbetaling av varegjeld til AS Kellox og Loxkel AS, med unntak av Santander Consumer Bank (p.t. ca. kr. 910.000). På det tidspunkt Arctic Breece er solgt og oppgjør er foretatt, skal partene samles for å etablere sikkerhetsstillelse for resterende varegjeld.”**
- (82) Slik dette punktet er formulert, må det forstås slik at det først er etter at båten er solgt og oppgjør foretatt, at partene skal samles for å etablere sikkerhetsstillelse for resterende varegjeld. Salget gis dermed ingen direkte virkning for beløpsgrensen etter selvskyldnerkausjon nr. 2. Den er fremdeles 5 millioner.
- (83) Den samme avtalen punkt 6 lyder:
- ”Hvis Arctic Breece ikke blir solgt i løpet av sommeren, vil AS Kellox i løpet av høsten 2008 undersøke med sitt styre om muligheten av at AS Kellox kjøper Arctic Breece av Båtsenteret Gulf Yacht AS for et senere omforent beløp basert på antatt markedspris som motregnes mot leverandørgjeld.”**

- (84) Dette salget ble ikke noe av, men heller ikke her er det forhold at Kellox/Loxkel får dekket (deler av) sitt tilgodehavende gjennom overtakelse av aktiva fra Båtsenteret gitt virkning for beløpsterskelen i selvskyldnerkausjon nr. 2.
- (85) Dette tilsier at dersom Båtsenterets gjeld reduseres ved at Kellox/Loxkel tiltrer pantet i "Arctic Breece", kommer dette i utgangspunktet ikke i noen annen stilling enn der reduksjonen skyldes et salg av båten, for så vidt gjelder betydningen for Brekmos ansvar etter selvskyldnerkausjon nr. 2.
- (86) Jeg forstår dermed avtalene slik at de gir uttrykk for en fordeling av risikoen knyttet til Båtsenterets solvens, slik at Kellox/Loxkel har risikoen så lenge gjelden ikke overstiger 5 millioner, mens Brekmo tar risikoen for to millioner kroner av den gjeld som måtte overstige 5 millioner kroner.
- (87) Jeg ser det dermed slik at avtalene i utgangspunktet ikke kan forstås annerledes enn at Brekmos ansvar etter kausjonserklæring nr. 2 er betinget av at Båtsenteret har misligholdt sine forpliktelser overfor Kellox/Loxkel, og at selskapets gjeld overstiger 5 millioner kroner når kausjonsansvaret gjøres gjeldende overfor Brekmo.
- (88) Jeg deler førstvoterendes syn når han fremhever at en slik regel gir garantikreditor oppfordring til å innrette seg slik at han krever kausjonisten først, og at det ikke kan påvises noe prinsipielt argument for en regel som medfører at kausjonistens stilling skal bli så vidt forskjellig alt etter hvilken rekkefølge garantikreditor velger ved sin dekningsaksjon. Men det er denne regelen avtalene etablerer mellom partene, og jeg kan ikke se at den omstendighet at Kellox/Loxkel ikke har innrettet seg slik avtalene gir oppfordring til, medfører at de må forstås på en annen måte enn ordlyden tilsier.
- (89) Et siste spørsmål blir så om det forhold at dekningen i "Arctic Breece" ble foretatt i forbindelse med behandlingen av Båtsenterets konkursbo medfører at gjeldsreduksjonen likevel ikke skal tas i betraktning. I tilknytning til dette er det nok å påpeke at det har skjedd en overføring til panthaver etter reglene i konkursloven § 117c, såkalt uegentlig abandonering. Etter § 117c annet ledd skal overføringen skje til pantets antatte verdi på overføringstidspunktet, og verdsettelsen skal legges til grunn både ved beregningen av panthavers krav på dividende og ved avregningen i skyldnerens gjeld til panthaver. Abandonering til panthaver kan ikke gjennomføres uten dennes samtykke, og kan dermed langt på vei likestilles med andre disposisjoner over pantet panthaver har bestemmende innflytelse over. I vår sak har abandoneringen til overmål skjedd etter initiativ fra Kellox/Loxkel.
- (90) Kellox/Loxkel har således stått fritt med hensyn til om dekning først skulle søkes i "Arctic Breece" eller hos Brekmo etter selvskyldnerkausjon nr. 2. Når Kellox/Loxkel benytter denne friheten til først å søke dekning i pantet, med den konsekvens at Båtsenterets samlede gjeld til dem faller under terskelverdien etter selvskyldnerkausjon nr. 2, blir resultatet at det ikke kan søkes dekning hos Brekmo.
- (91) Jeg er etter dette kommet til at anken forkastes, og at Karl-Johan Brekmo må tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.

- (92) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Matheson.
- (93) Dommer **Skoghøy:** Likeså.
- (94) Dommer **Gjølstad:** Likeså.
- (95) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes med den endring at sakskostnadene til AS Kellox og Loxkel AS settes til 169 460 – etthundreogsekstinitusenfirehundreogseksti – kroner.
2. I sakskostnader for lagmannsretten og Høyesterett betaler Karl-Johan Brekmo 264 520 – tohundreogsekstifiretusenfemhundreogtjue – kroner til AS Kellox og Loxkel AS i fellesskap innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: