

Masteroppgave

**Forholdet mellom omstøtelsesreglene i
dekningslovens § 5-5 og § 5-9 ved konkurs.**

Studentnummer: 156534

Veileder: Henrik Nygaard

Antall ord: 14692

Antall sider: 40

Innholdsfortegnelse

1. Innledning.	
1.1 - Hensynet bak reglene.....	5
1.2 - Kort om historikken bak omstøtelsesreglene.....	5
1.3 - Oversikt over vilkårene i dekl. §§ 5-5 og 5-9.....	6
1.4 - Rettskilder.....	8
2. De objektive omstøtelsesreglene som referanseramme for subjektiv omstøtelse.	
2.1 - Inndeling i tre grupper av utilbørlige kreditorskadelige disposisjoner etter § 5-9 1. ledd 1. alternative vilkår.....	9
2.1.1- Disposisjoner som rammes av en objektiv omstøtelsesregel.....	10
2.1.2 - Disponerer som ikke oppfyller vilkåret om tidsfristene i dekl. § 5-5, men som ellers ville vært omstøtt etter § 5-5.....	10
2.1.3- Disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene.....	11
2.2 - Forholdet til boforringende disposisjoner.....	12
3. ”Disposisjoner” kontra ”betaling av gjeld” som kan omstøtes etter dekl. § 5-5 og 5-9.	
3.1 - Vilkåret om betaling av gjeld i dekl. § 5-5.....	12
3.1.1 - Gjeld.....	13
3.1.2 – Sondringen mellom betaling av gjeld og selvstendig kjøp.....	15
3.1.3 – Grensen mellom betaling av gjeld og sikkerhetsstillelse.....	16
3.2 - Disposisjonskravet i dekl. § 5-9.....	17
4. Kreditorskadelige disposisjoner etter §§ 5-5 og 5-9.	
4.1 - Kreditorskadelige disposisjoner etter § 5-5.....	19
4.1.1 - «Usedvanlig betalingsmiddel»	19
4.1.2 - «Før normal betalingstid».....	20
4.1.3 - «Beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne».....	21
4.2. - Det økonomiske vilkåret i dekningslovens § 5-9 i lys av dekningslovens § 5-5.....	24
4.2.1- Ad Usedvanlig betalingsmiddel.....	24
4.2.2 - Ad før normal betalingstid.....	25
4.2.3 - Ad beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.....	26
4.3 - Oppsummering.....	27
5. Ordinærreservasjonen i § 5-5 og utilbørlighetskravet i § 5-9.	
5.1 - Utilbørlighetsvilkåret i dekl. § 5-9.....	28
5.2 - Generelt om ordinærreservasjonen.....	30
5.3 - Forholdet mellom ordinærreservasjonen og utilbørlighetsvilkåret.....	33
6. Vilkåret om tap.....	33

7. Omstøtelsesfristene etter dekl. §§ 5-5 og 5-9	36
8. Sentrale forskjeller i virkningene	37
8.1 - Forskjell i omstøtelseskravets omfang etter dekl. §§ 5-5 og 5-9.....	37
8.2 - Forskjell i hvem som kan kreve omstøtelsesoppgjøret etter §§ 5-5 og 5-9.....	38
8.3 – Oppsummering av virkningene for omstøtelse.....	38
9. Litteraturliste	40

1. Innledning

Oppgavens tema er å gi en fremstilling og en vurdering av de sentrale og viktigste forskjellene ved omstøtelsesreglene i dekningslovens §§ 5-5 og 5-9 ved konkurs. Det vil bli fokusert på hvorledes forskjellene ved de objektive og subjektive reglene kommer til syne, hovedsakelig med tanke på dens vilkår og noe av målet er å få fram den utvidelsen den subjektive omstøtelsesregelen representerer. Oppgaven vil også se noe på forskjellene i virkningene av omstøtelse.

Omstøtelse er en omgjøring, til fordel for boet, av ellers bindende disposisjoner debitor har foretatt i tiden forut for konkursen. Rettsvirkningene av omstøtelse er regulert i deknl. §§ 5-11 – 5-14. Reglene gir boet hjemmel til å kreve tilbakeført verdier som i utgangspunktet ikke tilhører debitor på beslagstiden. Tankegangen bak reglene er denne: Når en skyldner er blitt insolvent eller står i fare for å bli det, innskrenkes hans handlefrihet ved disposisjoner som som kan skade hans fordringshavere. Med dette menes at han ikke på en utilbørlig måte kan begunstige en eller flere fordringshaver på de øvrige fordringshavernes bekostning. Eksempler på dette kan være seg forfordeling av en eller flere fordringshavere, unndragelse av eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshavere ved gavedisposisjoner, eller ved forøkelse av sin gjeld til skade for fordringshaverne.

Det finnes også andre regelsett som kan tilsidesette disposisjoner ved for eksempel ekstinksjon eller ugyldighet. Omstøtelsesreglene er således et selvstendig regelsett utenom disse.

Blant de objektive omstøtelsesreglene finnes det flere regler. Deknl. § 5-5 er en praktisk viktig regel. Bestemmelsen oppstiller enkelte typetilfeller hvor det presumeres at faren for kreditorskadelige disposisjoner er stor. Denne regelen kan i noen grad sees i sammenheng med de obligasjonsrettslige reglene om tilbakesøking av penger.

Av de subjektive omstøtelsesreglene er det deknl. §§ 5-6 og 5-9 som er aktuelle. Her det deknl. § 5-9 som er den praktisk viktigste av dem. Den subjektive regelen i deknl. § 5-9 er dels et alternativ og dels et supplement til den objektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-5. Det skal her foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, hvor blant annet det subjektive aktsomhetsvilkår er av stor betydning.

I praksis vil den subjektive omstøtelsesregel først og fremst bli påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem. Det gjelder eksempelvis en disposisjon som tidsmessig eller innholdsmessig faller utenfor de sistnevnte regler. Den subjektive regel er imidlertid ikke subsidiær i forhold til de objektive. Et eksempel på dette kan

være Kjells Markise dommen¹, hvor den subjektive omstøtelsesregelen ble påberopt prinsipalt og dekningslovens § 5-5 subsidiært. På grunn av den mer gjennomgripende virkning av den subjektive omstøtelse² kan det være fordelaktig for boet å påberope den subjektive regel også i tilfelle hvor en objektiv regel er anvendelig.³

Når en disposisjon bli omstøtt, må den annen part tilbakeføre det han har mottatt til boet, eller erstatte dets verdi dersom tilbakeføring ikke lar seg gjøre. Ved omstøtelse etter de objektive regler, gjelder en berikelsegrense. Boet må holde den annen part skadesløs for utlegg og omkostninger som han har hatt som følge av den omstøtelige disposisjonen.

1.1. Hensyn bak reglene

Hovedformålet med omstøtelsesreglene er å motvirke at boet tømmes for midler forut for den formelle boåpningen, det være seg i form av boforringende disposisjoner eller i form av forfordeling av fordringshaverne. Her kan det trekkes en parallell til rettsvernreglene, hvis formål er å skape notoritet og publisitet over skyldnerens disposisjoner. Omstøtelsesreglenes formål er spesielt knyttet til disposisjoner med rettsvern, men her særlig med tanke på disposisjoner med et kreditorskadelig formål.

I sammenheng med dette har omstøtelsesreglene to funksjoner, en preventiv og en gjenopprettende funksjon. Den preventive funksjonen får omstøtelsesreglene gjennom dens eksistens. Med dette menes at partene er klar over reglene og dermed søker å unngå at omstøtelige disposisjonener eller tvangsforretninger finner sted. Effekten av denne preventive funksjonen kan variere i etter hvem som er parter. I private forhold er den nok mer begrenset mens i næringslivet med dets profesjonelle aktører, er reglene adskillig mer kjente. Antallet av omstøtelsessaker som reises er relativt mange, men det er god grunn til å tro at reglenes preventive funksjon holder saksmengden nede og sparer såvel partene og retten både tid og penger. Den gjenopprettende funksjonen kommer til syne ved at fordringshaverne kan kreve midlene tilbakeført.

På et punkt har omstøtelsesreglene de samme hensynene som for rettsvernsreglene, nemlig notoritet og publisitet. Omstøtelige disposisjoner må ikke foretas for lang tid forut for beslagstidspunktet dersom de skal omstøtes og det er nettopp notoritets- og publisitetshensynene som er sentrale i vurderingen av når omstøtelsesfristen begynner å løpe. Dette er bakgrunnen for at den omstøtelige disposisjon ikke anses foretatt før den har oppnådd ordinært rettsvern, jf. dekningslovens § 5-10.

1.2 Kort om historikken bak omstøtelsesreglene

1 Rt. 2001 side 1136.

2 Se Deknl. § 5-14 sammenholdt med § 5-13.

3 NOU 1972:20 side 298.

Frem til lovreformen fra 1984 trådte i kraft 1 januar 1986, gjaldt lov av 6 juni 1863 om Concurs og Concursboers behandling. Lovens formål var hovedsaklig å gi bestemmelser om prosessuell konkursrett, men den inneholdt også mange materialrettslige bestemmelser. Blant annet regulerte denne loven omstøtelsesadgangen på objektivt grunnlag.

Omstøtelse på subjektivt grunnlag kunne skje etter det ulovfestede prinsippet om actio Paulina, som hadde sitt utspring i romerretten. Adgangen til omstøtelse på subjektivt grunnlag ble forsøkt hjemlet i NL 5-13-44. Brekkhus uttalte at «*I dag er det ikke nødvendig å søke noen lovhjemmel for den subjektive omstøtelsesregel*». Omstøtelse på subjektivt grunnlag var dermed en sedvanerettslig regel, noe som også ble bekreftet i Ringen dommen⁴, før dekningslovens kapittel 5 ble til.

Dekningslovens (1984) kapittel 5 gir en samlet regulering av omstøtelsesreglene. Lovens regler er i stor grad en ajourføring av kkl. 1863 og en kodifisering av eldre domspraksis og teori knyttet til denne. Eldre rettspraksis vil derfor også ha betydning i vurderingen av de nye bestemmelsene i deknl. Kap 5.⁵

Det vil alltid være en vurderingssak i hvilken utstrekning lovgivningen bør åpne adgang til omstøtelse på objektivt grunnlag og reglene på dette område er da også sterkt varierende fra land til land. Den norske konkurslov av 1863 gikk allerede i sin opprinnelige skikkelse langt i objektiv retning, noe som også henger igjen i dagens regelverk.

Under forhandlingene mellom de nordiske lovkomitéer ble det nedlagt mye arbeid på å søke å komme frem til overensstemmende regler om omstøtelse. Dette lykkedes også i meget høy grad for så vidt gjaldt betingelsene for omstøtelse. Når det gjaldt virkningene av at omstøtelse skjer viste det seg derimot at de ulike nasjonale tradisjoner var for sterke til å bli forenet i en felles løsning.⁶

Kort oppsummert måtte man på dansk og svensk side gå til en betydelig skjerpelse av reglene i objektiv retning, mens endringene var mindre omfattende på norsk side.

1.3 Oversikt over vilkårene i deknl. §§ 5-5 og 5-9

Den objektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-5 rammer «*ekstraordinære betalinger*», hvor det foreligger en presumpsjon for ond tro hos kreditor med hensyn til debitors vanskelige økonomiske stilling.

4 Rt. 1933 side 1265.

5 På enkelte punkter er imidlertid rettstilstanden endret.

6 NOU 1972:20 side 284.

Ekstraordinær betaling kan videre deles inn i tre former som kan omstøtes etter dekl. § 5-5. De tre formene er betaling «*foretatt med usedvanlig betalingsmiddel*», betaling «*før normal betalingstid*», samt betaling «*med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*».

Hvert av disse tre alternative må knyttes til en ordinærreservasjon for å hindre formålstjenelige betalinger. Forutsetningen er at betalingen «*etter forholdene likevel ikke fremtrådte som ordinær*». I dette ligger det at de konkrete, individuelle omstendighetene ikke fratrar betalingen dens ekstraordinære preg.

Den subjektive omstøtelsesreglen i dekl. § 5-9 stiller opp fem kumulative vilkår i første ledd, som må være oppfylt for at omstøtelse kan være aktuelt.

Det første vilkåret er at det må ha vært foretatt en «*disposisjon*». Videre stiller regelen opp tre grupper av kreditorskadelige disposisjoner som rammes av dekl. § 5-9. De tre typene er kreditorbegunstigelser, boforringelse i form av aktivareduksjon og boforringelse i form av gjeldsøkning.

For at omstøtelse kan være aktuelt må disposisjonen først falle inn under én av de nevnte kategorier, samt at disposisjonen må kunne karakteriseres som «*utilbørlig*» i lovens forstand. Dette kravet betegner Huser som dobbeltkravet.⁷ I utilbørlighetskravet ligger det en rettslig standard, noe som tilsier at omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 på en fleksibel måte kan tilpasses endringer i samfunnsforholdene. Ved å bruke betegnelsen dobbeltkrav markeres her sammenhengen mellom kravene, samtidig som det påpekes at det formelt dreier seg om to krav.

Videre oppstilles det skaderekvisitt ved at disposisjonen må ha vært «*til skade for dem*». Med «*dem*» menes her kreditorene. Et tilsvarende skaderekvisitt finnes ikke i de objektive omstøtelsesreglene.

Det ligger også et økonomisk vilkår i bestemmelsen. Omstøtelse er bare aktuelt hvor «*skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen*». Det er her ikke krav om at skyldneren er insolvent, men at han befinner seg i en insolventlignende stilling.

Endelig er det et subjektivt vilkår som sier at «*den annen part*», som vil si medkontrahent eller kreditor, «*må ha kjent til eller burde ha kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*». Når lovgiver har valgt å bruke uttrykket «*burde kjent til*», er det klart at uaktsomhet er tilstrekkelig. Det er to omstendigheter medkontrahent må ha kjennskap til eller burde ha kjennskap til for at omstøtelse kan aktualiseres. Dette er debtors «*vanskelige økonomiske stilling*» samt «*de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*».

⁷ Huser side 465 og 483.

Det er altså kun dersom samtlige av de overnevnte vilkår er oppfylt, at omstøtelse kan finne sted.

1.4 Rettskilder

Rekkevidden av omstøtelsesreglene beror på en tolking av lovbestemmelsen, samt tolking av bestemmelser som gjør unntak fra omstøtelsesreglene for disposisjoner i visse rettsforhold⁸. Utgangspunkt tas i vanlige rettskildeprinsipper hvor lovmotiver, rettspraksis og teori knyttet til den nye lov vil være relevant på vanlig måte. Lovens motiver er omfattende og vil således gi adskillig hjelp ved tolkningen. Særlig gjelder konkurslovskommittèens instilling⁹ og Ot. Prp. nr. 50 1980-81 s. 157-17.

Lovreformen av 1984 er i hovedsak en videreføring av eldre rett, foruten om regel nr. 3 i dekl. § 5-5 og reglene om motregning i dekl. § 5-6 som er nye. Således vil eldre rettspraksis fremdeles være aktuell. Selv hvor det er gjort endringer vil en sammenligning med tidligere rett bidra til å klargjøre endringene og gjerne danne en bakgrunn som kan forklare de foretatte endringene. Generelt vil man derfor kunne si at eldre praksis vil få stor betydning i tolkningen av omstøtelsesreglene.

Ved vurderingen av eldre rettskilders betydning må man ifølge Huser ta hensyn til blant annet skiftninger i vitenskapelige dogmer og ideologier, endringer i terminologi og endringer i samfunnsforholdene.¹⁰

Det har også vært et omfattende nordisk lovsamarbeid på dette området. Lovene er på mange punkter sammenfallende og formuleringene er relativt like. Således vil både svenske og danske kilder være av særlig interesse ved tolkningen av de norske lovene.

2. De objektive omstøtelsesreglene som referenseramme for subjektiv omstøtelse.

Utlørlighetsvurderingen beror på en rekke momenter. Et vesentlig praktisk forhold ved utlørlighetsvurderingen ligger i muligheten for en jevnføring med de objektive omstøtelsesreglene. Disse forholdene vil i det følgende brukes til å forklare forholdet mellom de objektive og subjektive omstøtelsesreglene.

Først vil det imidlertid være på plass med en forklaring av uttrykkene kreditorbegunstigelse og boforringelse. Med kreditorbegunstigelse menes at en eller flere kreditorer begunstiges på andre kreditorens bekostning. Et vanlig tilfelle hvor en

⁸ Rune Sæbø 2010 - Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser.

⁹ NOU 1972:20 side 281 – 306.

¹⁰ Huser side 128.

kreditor favoriseres til fordel for de andre er ved forfordeling, ved at en skyldner som er på randen av konkurs betaler ned mer av sin gjeld til denne enn fordelingen ellers ville vært ved konkurs. En slik disposisjon vil ofte bære preg av illojalitet mot de øvrige kreditorene og kravet om utilbørlig opptreden vil ofte være oppfylt.

Med boforringelse menes at aktiva reduseres uten at passiva reduseres tilsvarende. Det er hovedsaklig i to situasjonstilfeller hvor boforringelse finner sted. Det vanligste tilfellet er ved gaver hvor skyldner gir bort en verdi uten å få noe tilbake. Boforringelse kan også forekomme i form av gjeldsøkning hvor skyldner ikke mottar vederlag.

Når det gjelder sontringen mellom kreditorbegunstigelse og boforringelse vil kravet til utilbørlighet ofte være lettere oppfylt ved boforringelse enn ved kreditorbegunstigelse. Forklaringen her ligger i at en boforringelse rammer hele kreditorfellesskapet, hvor ingen av dem sitter igjen med noen av de midlene som er gått med i boforringelsen, mens det ved kreditorbegunstigelse i alle fall er en, eller flere kreditorer som har fått oppgjør. Kjennetegnet ved boforringelse er at midlene blir brukt på uvedkommende formål, mens ved kreditorbegunstigelse vil midlene komme noen av kreditorfellesskapet til gode.

Her kan det også nevnes solvensbegrepet i dekl. § 5-5 annet ledd som i prinsippet er det samme som konkurslovens § 61. Her kan det vises til legaldefinisjonen i konkurslovens § 61 med likviditetselement og suffisienselementet. Inslovens forutsetter at skyldneren er illikvid og insuffisient, og motsatt vil en skyldner i utgangspunktet være solvent dersom han enten er likvid eller suffisient. Det viktig å legge merke til at bestemmelsene er utformet forskjellig, noe som får betydning ved anvendelsen. Her kan det vises til uttalelsene i motivene til dekl. § 5-2, som 5-5 annet ledd bygger på.¹¹

2.1 Inndeling i tre grupper av de utilbørlig kreditorskadelige disposisjoner etter § 5-9 1. ledd 1. alternative vilkår.

Spørsmålet om hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i forhold til kreditorene vil i mange tilfeller kunne besvares «*på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene*».¹²

Huser stiller her opp tre forskjellige grupper av disposisjoner.¹³

Den første gruppen inneholder disposisjoner som rammes av en objektiv omstøtelsesregel.

Den andre gruppen inneholder disponerer som ikke oppfyller vilkåret om tidsfristene

¹¹ Se også Ot prp nr. 50 1980-81 side 162, samt Rt. 1999/64 side 69 og 70.

¹² NOU 1972:20 side 297.

¹³ Huser side 516.

i dekl. § 5-5, men som ellers ville vært omstøtt etter § 5-5.

Den tredje gruppen inneholder disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene.

2.1.1 Disposisjoner som rammes av en objektiv omstøtelsesregel.

De objektive reglene rammer gaver, betalinger, motregninger, sikkerhetsstillelser og utlegg. Av de kreditorskadelige disposisjonene er dette de mest praktiske typene. Således vil en etter de objektive reglene kunne omstøte uten andre vilkår enn at disposisjonen er av den i bestemmelsen nærmere beskrevne art, samt at den er foretatt innenfor fristen i den aktuelle regel. Da det i de objektive omstøtelsesreglene ligger en presumpsjon for kreditorsvik¹⁴, kan det være nærliggende å anta at disse situasjonstilfellene også vil være utilbørlige i forhold til dekl. § 5-9. Hovedsakelig vil dette være tilfelle, men ikke alltid.

Selv om det vil være et meget tungtveiende skjerpene moment at at den aktuelle disposisjonen rammes av en objektiv omstøtelsesregel¹⁵, må det foretas en helhetsvurdering hvor vektige momenter kan få betydning i formildende eller skjerpene retning. Avgjørende vil det ofte være dersom de øvrige momentene i dekl. § 5-9 har lav oppfylleelsesgrad samtidig som partenes opptreden er av formidlene art. I slike tilfeller kan resultatet bli omstøtelse etter objektive regler men ikke etter den subjektive regelen.

Fra rettspraksis kan Slottfeldt-Ellingsen¹⁶ være illustrerende. Skyldner som drev et gårdsselskap, hadde i denne saken begått underslag og ca. fem måneder før konkurs hadde han foretatt to tilbakebetalinger og en håndpantsettelse for å dekke over det han hadde underslått. Innholdsmessig ble tilbakebetalingen rammet av dekl. § 5-5 og pantsettelsen av dekl. § 5-7. Likevel ble resultatet etter en helhetsvurdering av flere momenter, hvor blant annet måten kravet var oppstått fikk betydning, at utilbørlighetskravet ikke kunne anses oppfylt.

Enda en viktig forskjell er at disposisjonen etter dekl. § 5-9 må oppfylle flere vilkår enn tilfellet er i dekl. § 5-5. Et eksempel kan være hvor det er utført en utilbørlig kreditorbegunstiget disposisjon, men hvor medkontrahenten har vært i god tro. En slik disposisjon vil ikke kunne omstøtes etter dekl. § 5-9.

2.1.2 Disposisjoner som ikke oppfyller vilkåret om tidsfristene i dekl. § 5-5, men som ellers ville vært omstøtt etter § 5-5.

Av forarbeidene fremgår det at *«den subjektive omstøtelsesregel først og fremst vil bli*

14 NOU 1972:20 side 282.

15 Se Huser side 517.

16 Rt. 1967 side 993.

*påberopt i tilfelle hvor de objektive regler ikke fører frem».*¹⁷ Som eksempel er det brukt en disposisjon som tidsmessig eller innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene.

Omstøtelsesfristene i de objektive reglene er betydelig kortere enn i den subjektive regelen. Med andre ord kan tidsaspektet føre til at muligheten for omstøtelse på objektivt grunnlag er falt bort og man står igjen med hjemmelen for subjektiv omstøtelse.

Også her vil det være et tungtveiende og skjerpene moment ved utilbørighetsvurderingen at disposisjonen er av en art som rammes av en objektiv regel. Dette fremgår av forarbeidene som sier at *«en betaling eller sikkerhetsstillelse som etter sin art er omstøtelig etter de objektive regler; vil dersom de subjektive vilkår er oppfylt, normalt også rammes av nærværende paragraf, og da selv om disposisjonen er foretatt mer enn tre måneder, eventuelt to år før fristdagen».*¹⁸

Analogien fra de objektive reglene vil altså gjøre seg gjeldende selv om disposisjonen i tid ligger utenfor omstøtelsesfristen i de objektive omstøtelsesreglene. Vekten av dette momentet vil imidlertid avhenge av hvor nært disposisjonstidspunktet ligger i forhold til den objektive omstøtelsesfristens ytterpunkt.¹⁹

2.1.3 Disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene.

Denne gruppen inneholder tilfeller som ikke direkte kan sies å gå inn under de kreditorskadelige disposisjonene som nevnes i de objektive omstøtelsesreglene. Likevel vil det i denne gruppen gjerne finnes tilfeller som ligger nært opp til de objektive omstøtelsesreglene. Den nevnte analogiseringen fra forarbeidene vil ha stor betydning her. De objektive reglene vil kunne gi holdepunkter for utilbørighetsvurderingen også i disse tilfellene og generelt sett kan en si at jo nærmere situasjonen ligner på en objektiv regel jo mindre betenkelig vil det være å anse disposisjonen som utilbørig. Således vil det være et skjerpene moment ved utilbørighetsvurderingen dersom tilfellet etter sin art enten teknisk eller funksjonelt har likheter med innholdet i en objektiv omstøtelsesregel.

For tilfeller som faller langt utenfor de objektive omstøtelsesreglene vil analogiseringen miste noe av sitt formål. Likevel er det ikke nødvendigvis noen automatikk i at disse tilfellene anses mindre kreditorskadelig enn de som er nevnt i de objektive reglene, og den subjektive regelens form som generalklausul vil fange opp tilfeller som faller langt utenfor.²⁰

17 NOU 1972:20 side 297.

18 NOU 1971:20 side 297.

19 Se Huser side 519 og 520, samt Lennander side 157.

20 Se Huser side 521.

2.2 Forholdet til boforringende disposisjoner

I dekl. § 5-9 er det to alternative vilkår hvor disposisjoner som på en utilbørlig måte «*unndrar skyldneren eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshavere*» kan omstøtes. Med denne formuleringen menes typisk gavedisposisjoner fra debitor.²¹

Det andre alternativet gjelder disposisjoner som på en utilbørlig måte «*forøker skyldnerens gjeld til skade for dem*». Denne formuleringen vil først og fremst ramme gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag. Som eksempel nevner motivene en skyldner som kausjonerer for andres gjeld.

Flere momenter kan få betydning i vurderingen av om hvorvidt det foreligger en boforringende disposisjon etter disse bestemmelsene. Avgjørende vil ofte være partenes motivasjon og opptreden ved disposisjonen samt beløpets størrelse.

Det er særlig et moment som utgjør en forskjell mellom de boforringende disposisjonene etter dekl. § 5-9 1, ledd 2 og 3 alternativ og de kreditorbegunstigende disposisjonene etter dekl. § 5-5. Forskjellen ligger i at det ved boforringende disposisjoner ikke foreligger en egentlig forpliktelse, mens det ved kreditorbegunstigende disposisjoner foreligger en forpliktelse som skal oppfylles. Således vil utilbørlighetsvilkåret lettere være oppfylt etter reglene om boforringelse enn kreditorbegunstigelse.

3. "Disposisjoner" kontra "betaling av gjeld" som kan omstøtes etter dekl. § 5-5 og 5-9.

3.1 Vilkåret om betaling av gjeld i dekl. § 5-5

Deknl. § 5-5 taler om «*betaling av gjeld*». Med dette menes i utgangspunktet at skyldner blir kvitt en gjeldspost og differansen mellom eiendeler og gjeld er lik før som etter disposisjonen er gjennomført. Slikt sett skiller betaling av gjeld seg ut i forhold til gaver og andre ensidig bebyrdende disposisjoner.

En naturlig tolkning av ordlyden tilsier at det er tale om disposisjoner som har til formål å dekke en eller flere gjeldsposter.

Rettspraksis utdyper dette og innfortolker et vilkår om «*primær dekningshensikt*» jf.

²¹ NOU 1972:20 side 298.

Rt. 1999 s. 64 (Teamcon). Etter dette må altså betalingen ha som hovedformål å dekke gjelden. Et arrangement med flere beveggrunner for disposisjonen og hvor betalingen av gjelden ikke fremtrer som hovedpunktet kan vanskelig sies å være betaling av gjeld etter dekl. § 5-5. Som et eksempel kan det vises til Teamcon dommen som legger til grunn at refinansiering ikke har dekning av gjeld som primær dekningshensikt.

En relativt ny dom fra rettspraksis går også langt i å tillate videre drift som et relevant formål. I Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) var et av hovedtemaene om hovedformålet var å videreføre driften. Retten tok stilling til omstøtelse av disposisjoner foretatt med grunnlag i en franchiseavtale. I forbindelse med overtakelsen av franchisetakers varebeholdning og driftstilbehør hadde franchisegiveren motregnet sitt tilgodehavende hos franchisetaker. Motregningsretten hadde grunnlag i franchisekontrakten.

Utgangspunktet for at det skal foreligge betaling av gjeld er etter Teamcon er at betalingen har hatt som primær hensikt å dekke gjelden.

«Rema har bestridt at dette har vært hensikten og vist til at hovedformålet med kjøpet har vært å sikre kontinuitet i driften. Et vesentlig spørsmål vil i så fall være om motregningen av verdien av varelageret og driftstilbehøret i Remas tilgodehavende har vært en nødvendig forutsetning for å oppnå dette formålet.»²²

Retten går imidlertid ikke videre inn på dette spørsmålet, men fortsetter med å behandle ordinærreservasjonen. Konklusjonen ble at disposisjonen kunne karakteriseres som betaling av gjeld og at betalingen etter forholdene ikke kunne anses som ordinær.²³

3.1.1 Gjeld

I det dagligdagse forstår en gjerne uttrykket «gjeld» som en gjeld i penger eller i alle fall noe som har en verdi og kan omgjøres i penger. Penger må således sies å ligge i kjernen av hva som må forstås med uttrykket «gjeld» i dekl. § 5-5. Likevel er det i forretningslivet ikke uvanlig at gjeld stiftes i annen form enn penger, noe som springer ut av partenes avtalefrihet og hensynet til en effektiv omsetning. Som en naturlig konsekvens av dette vil gjeld i dekl. § 5-5 også omfatte andre betalingsforpliktelser enn gjeld i penger. Et nærliggende eksempel kan være et trykkeris forpliktelse til å levere et parti med brosjyrer som er forhåndsbetalt.

Nærliggende eksempler fra rettspraksis kan være Rt. 1879 s. 192, hvor det ble klarlagt at omstøtelse kan skje dersom en skyldner sender andre varer enn avtalt. I

²² Se punkt 45 i dommen

²³ Se mer om ordinærreservasjonen i denne dommen under punkt 5.

denne saken skulle skyldner levere et parti med tømmer, men leverte et parti med høy.

Omstøtelse kan også skje hvor skyldner leverer et vareparti før avtalt tid. Dette er slått fast i RG 1973 s. 138²⁴ og støttes også av Huser.²⁵

Utrykket «gjeld» i deknl. § 5-5 må forstås som en gjeld skyldner pådrar seg før han betaler.²⁶

Interessant her er at pengegjeld omfatter skyldnerens forpliktelse ved kredittkjøp, men ikke ved kontantkjøp. Som eksempel kan det tenkes at skyldner inngår en avtale om kontantkjøp og betaler med usedvanlig betalingsmiddel eller før det avtalte oppfyllestidspunkt mot overlevering av gjenstanden. Et slik betaling kan ikke omstøtes etter deknl. § 5-5.

Det samme prinsippet gjør seg gjeldende ved gjeld i annet enn penger. Altså omfatter bestemmelsen forpliktelser skyldneren har påtatt seg mot forskuddsbetaling, men ikke forpliktelser som oppfylles mot kontant betaling.

Dekningslovens objektive regel i § 5-5 vil bare aktiveres når konkursskyldneren betaler sin egen gjeld. En betaling av tredjemanns gjeld vil således ikke gi grunnlag for omstøtelse etter § 5-5. Ved slike krav må man søke alternative hjemler og omstøtelse kan i tilfelle skje på grunn av den boforringelse betalingen innebærer. Løsningen av en slik problemstilling finnes i deknl. § 5-2, eventuelt § 5-9.

Er konkursskyldneren et selskap som betaler hovedaksjonærens gjeld kan omstøtelse etter deknl. § 5-5 ikke skje. Dette grunnet at selskapet har sine egne fordringshavere, og det finner ikke sted noen forfordeling av disse.²⁷

Betalingens form er uten betydning. Det er ikke uvanlig at partene søker å kamuflere betalingen under en annen form. Likevel er det realiteten som bestemmer hvorvidt deknl. § 5-5 kommer til anvendelse. Dersom betalingen er kamuflert under en annen form kan betalingen likevel omstøtes dersom det i realiteten har funnet sted en betaling.

Et særlig aktuelt eksempel er hvor skyldner gir en ytelse til fordringshaver og hvor ytelsen har som formål å gi fordringshaver mulighet til å gjøre opp ved å motregne med den eldre gjeld. Dersom slik motregning finner sted før konkursåpningen reguleres det av deknl. § 5-5. Derimot blir motregning avskåret etter deknl. § 8-3 i tilfeller hvor fordringshaver erklærer motregning etter konkursåpningen.

24 Dom i Bergen Tingrett

25 Se Huser side 221 og 222

26 Se Andenes side 239.

27 Se Andenes side 240.

Andenæs argumenterer her for en tilsvarende presisering i deknl. § 5-5, «*som betaling anses også motregning når fordringshaveren har satt seg i gjeld til skyldneren under slike forhold at gjeldstiftelsen i forbindelse med motregningen må likestilles med betaling*», I mangel av en slik presisering må disse tilfellene innfortolkes i uttrykket «*betaling*».

Et tema som var opp i Rt 2001 s. 1136 (Kjells Markiser) var om ombytting av gjeldsposter til en bank var å anse som betaling av gjeld. Det var brukt av ledig kapasitet på kassekreditten til å betale ned på vanlig låneforhold. Høyesterett kom til at dette var å anse med "betaling". I dommen uttales det: "… *har banken gjort gjeldende at det bare dreier seg om ombytting av gjeldsposter fra ordinær bankgjeld til kassakredittgjeld som ikke kan være omstøtelig etter dekningsloven.. ..Heller ikke denne betrakningsmåte kan etter mitt syn føre frem. Motregning er ikke erklært i saken, og parallellen synes også av andre grunner mindre treffende. Saldoen på kassakreditten var ved alle belastningene allerede negativ, slik at konsekvensene av omposteringen ble at bedriften mistet mulighet til å trekke på kontoen, og derved disponere likvider som kunne komme de øvrige kreditorer til gode. Høyesterett har tidligere, både i Rt 1995-222 og i Rt 1995-259 gitt uttrykk for at gjeldsnedbetaling ved trekk på negativ kassakredittkonto kan være til skade for de øvrige kreditorer og således omstøtelig.*"

3.1.2 Sondringen mellom betaling av gjeld og selvstendig kjøp

Det er ikke nødvendigvis slik at en ytelse skyldneren overfører til fordringshaveren og som faktisk fører til dekning av skyldneres gjeld, er betaling etter deknl. § 5-5. Det må trekkes en grense mellom omstøtelig betaling av gjeld og selvkjøp som faktisk medfører dekning av skyldnerens gjeld.²⁸

Det uttales i forarbeidene at det forutsettes at betaling i lovens forstand kun foreligger hvis fordringshaveren under normale forhold ikke ville hatt «*interesse*» av skyldnerens ytelse. Altså at fordringshaverens interesse ligger i å få dekket sin fordring.²⁹

I tilsvarende bestemmelse i kkl. 1863 § 44 ble terminologien at en betaling i lovens forstand kun forelå hvis «*hensikten*» med overføringen var å dekke skyldnerens gjeld.

Avgrensingsspørsmålet må løses uavhengig av hvilken terminologi som velges. Som illustrasjon vil det bli redegjort for endel grensetilfeller som har vært oppe i domspraksis.

Rt. 1919 s. 845 er tross dens alder sentral på dette punktet. Kort oppsummert var det her en landhandler som overdro hele varelageret til sin kone for kr. 13.000,- i de siste to måneder før akkordforhandling ble åpnet og deretter konkurs. Mannen hadde en

28 NOU 1972:20 side 292

29 NOU 1972:20 s. 292

angivelig gjeld til konen på kr. 30.000 og kjøpesummen var ment å gå til avdrag på denne gjelden. Konen hadde også handelsbrev og hadde åpnet en forretning i hennes navn. Mannens bo ville omstøte salget under henvisning til at det forelå betaling med usedvanlig betalingsmiddel. Mot dette innvendte konen at overdragelsen ikke tilsiktet å betale mannens gjeld. Høyesterett fant imidlertid at overdragelsen måtte ansees for å være skjedd *«med det for øye at, at varene eventuelt skulle tjene til betaling»*. Betalingen ble omstøtt.

Grensen mellom betaling og selvstendig kjøp er også omhandlet i endel avgjørelser av de underordnede domstoler. Som eksempel kan nevnes Rt. 1914 s 463³⁰ hvor en overdragelse av tre sekker kaffe fra detaljforretning i kaffe og te til landsmannskontor ble ansett som betaling for varegjeld.

RG 1958 s. 566 og RG. 1986 s. 1026 er også illustrerende. I førstnevnte gjaldt saken overdragelse av armeringsjern fra entreprenør til byggvarebedrift som betaling for varegjeld. Sistnevnte gjaldt en overdragelse av to båter fra båtfabrikk til hotell som betaling for hotellregning.

Grensen beror i slike tilfeller på en helhetsvurdering av situasjonen. I følge Huser bør momenter som om ytelsen er naturlig i forhold til skyldnerens vanlige virksomhet, fordringshaverens behov for ytelsen, forholdet mellom avtalt pris og omfanget av skyldnerens gjeld til fordringshaveren vektlegges i helhetsvurderingen.³¹

Det er stadig mer vanlig å kjøpe varer på kreditt og en tilbakelevering av varer kan sees som betaling etter § 5-5, noe som er slått fast i Rt. 1984 s. 826. Dette kan stille seg anderledes om situasjonen er at skyldner hever kjøpet av en grunn som ikke har med insolvensen å gjøre. Eksempelvis om gjenstanden lider av en vesentlig mangel. Tilbakeføring i slike tilfeller tjener ikke primært til dekning av kjøpesummen, og kan derfor ikke regnes som betaling av denne.

3.1.3 Grensen mellom betaling og sikkerhetsstillelse.

Når det gjelder sikkerhetsstillelse for egen gjeld må dette vurderes etter reglene om pant for eldre gjeld i dekl. § 5-7 som er en strengere bestemmelse ovenfor fordringshaveren enn dekl. § 5-5. Sikkerhetsstillelse kan altså ikke anses som betaling i § 5-5 forstand. Dette kan aktualisere seg hvor en skyldner overdrar fordringshaveren en løsøre gjenstand. Dersom overdragelsen er ment til eie skal omstøtelsesspørsmålet vurderes etter dekl. § 5-5, men dersom overdragelsen er ment som sikkerhetsstillelse må den vurderes etter dekl. § 5-7.

Overdragelse i sikringsøyemed kjennetegnes ved at det skal foretas et etteroppgjør mellom partene når det viser seg hva gjenstanden utbringer, eventuelt at gjenstanden skal leveres tilbake dersom skyldneren innfrir gjelden på ordinær måte. En

30 Dommen er fra Kristiania Overrett

31 Se Huser side 226

overdragelse på slike vilkår kan altså ikke betraktes som betaling i relasjon til deknl. § 5-5, men må istedet rubriseres som sikkerhetsstillelse i deknl. § 5-7.

Det som er sagt ovenfor må modereres noe. Når det gjelder pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle pengekrav, vil ordlyden i deknl. § 5-5, fjerde ledd forutsetningsvis gi uttrykk for en av de viktigste forskjellene, nemlig forskjellen i boets omstøtelsesadgang etter deknl. §§ 5-5 og 5-7. Dekningsloven § 5-5, fjerde ledd går ut på at pantsettelse og sikringscesjon av enkle pengekrav skal anses som betaling. Det saklige virkeområdet for deknl. § 5-5 vil med dette bli utvidet samtidig som det saklige virkeområdet for deknl. § 5-7 blir tilsvarende begrenset.

Mens deknl. § 5-7 medfører at enhver sikkerhetsstillelse for eldre gjeld i samme tidsrom kan omstøtes, vil deknl. § 5-5, fjerde ledd ha sammenheng med at boets omstøtelsesadgang etter § 5-5 er begrenset til å omfatte visse, nærmere angitte tilfeller av betaling av gjeld i det kritiske tidsrom.

Denne særregelen for enkle pengekrav uttrykker et ønske fra lovgiver om å erstatte den strengere regelen i § 5-7 med den mer skjønnsmessige regelen i deknl. § 5-5, slik at tradisjonell factoringvirksomhet skal kunne utføres uten adgang for konkursbo til å kreve omstøtt den sikkerhet factoringsselskapet får i fordringsmassen til sikkerhet for eldre diskonteringskreditt.³²

Også i spesiallovgivningen forekommer bestemmelser som gjør unntak fra deknl. § 5-7. Dette gjelder blant annet verdipapirhandelloven § 14-3 som bestemmer at sikkerhet som er stilt for visse avtaler om finansielle instrumenter, overfor en oppgjørssentral i samsvar med de regler som gjelder for sentralen, ikke kan omstøtes etter deknl. § 5-7. Tilsvarende bestemmelser er inntatt i lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5, andre ledd og lov om betalingssystemer § 4-4, første ledd.

De nevnte spesialreglene kan tolkes som eksempler på at man har sett behov for unntak fra den kategoriske og generelle regelen i deknl. § 5-7. En mulig løsning kan ligge i å innføre en ordinærreservasjon i deknl. § 5-7, slik det er gjort i svensk rett. Her endret man den tilsvarende regel til deknl. § 5-7 ved å innføre en reservasjon for tilfeller hvor «*säkerställandet med hänsyn till omständigheterna ändå kan anses som ordinärt*».³³

3.2 Disposisjonskravet i deknl. § 5-9.

Mens den objektive regelen er begrenset til å gjelde «*betaling av gjeld*» vil den subjektive regelen i deknl. § 5-9 omfatte alle «*disposisjoner*». En naturlig tolkning av begrepet tilsier at disposisjoner er noe mer altomfattende. Utrykket omfatter både

32 NOU 1993:16 foreslo imidlertid deknl. § 5-5 fjerde ledd opphevet, og at sikkerhetsstillelse med enkle pengekrav skulle vurderes etter deknl. § 5-7. Forslaget ble ikke gjentatt i Ot. Prp. 26 1998-99.

33 Se den svenske regjeringens proposisjon 2001/02:57 i henhold til kapittel 4, § 12 i Konkurslagen.

disposisjoner som nevnt i dekl. §§ 5-2 til 5-7 og andre disposisjoner, og vil således ha et mer generelt anvendelsesområde enn de objektive reglene.³⁴

Motivene taler om tre forskjellige grupper av disposisjoner som objektivt rammes av dekl. § 5-9, hvor den første er disposisjoner som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning, den andre boforringelse i form av aktivareduksjon og den tredje gruppen er boforringelse i form av gjeldsøkning.³⁵

De nærmere grensene for hvor disposisjonsbegrepet går har det imidlertid vært noe usikkerhet rundt i teorien. Utgangspunktet er at disposisjoner omfatter de fleste tilfeller og øvelsen blir derfor å finne de handlingene som faller utenfor begrepet. Forarbeidene uttaler:

«Felles for alle tre grupper er at det må foreligge en ”disposisjon”, dvs. en rettslig forpliktende opptreden. En unnlattelse av å erverve en fordel eller av å avverge et tap, vil normalt ikke være noen disposisjon i denne mening; forholdene kan imidlertid ligge slik an at passiviteten må oppfattes som en bindende disposisjon.»³⁶

Dette innebærer at det må dreie seg om en rettslig handling og at det må trekkes en grense mot faktiske handlinger eller unnlattelser på kreditorfelleskapets bekostning.

Tradisjonelt sett har unnlattelser blitt ansett for å falle utenfor den subjektive omstøtelsesregelen. Forklaringen på dette ligger trolig i at ansvarsgrunnlaget for medkontrahenten ble formulert som medvirkning til debtors kreditorsvik. Slike medvirkningssynspunkter er man ikke bundet av i dag, og i den senere tid har det vist seg at det er et behov for å kunne omstøte unnlattelser som medfører boforringelse eller kreditorbegunstigelse. Således vil det ikke være noen grunn til å gjøre unntak for passivitetstilfellene. Huser og Andenes åpner også for at konkursdebtors passivitet etter omstendighetene må kunne omstøtes som en disposisjon.³⁷

Det andre spørsmålet som har vært diskutert i teorien er hvorvidt utlegg kan regnes som en disposisjon i henhold til dekl. § 5-9.³⁸

På dette punktet har det vært uenighet i juridisk teori. Huser på sin side mener at *«utlegg utvilsomt må anses som en disposisjon»*. Han begrunner sitt syn på at kreditor må sies å ha disponert gjennom sin utleggsbegjæring, og at hele prosedyren hvorved utlegg tas, må sees som en sammenhengende realitet.³⁹

Andenæs tar forbehold om denne tolkningen og mener at svaret er *«noe uklart»*.⁴⁰

34 Se Andenes side 278.

35 NOU 1972:20 side 298.

36 NOU 1972:20 side 298.

37 Se Huser side 477 flg. og Andenes side 226.

38 Utlegg etablert mindre enn tre måneder før frisdagen omstøtes automatisk etter § 5-8.

39 Se Huser side 474.

40 Se Andenes side 279.

Han begrunner sitt syn med at andre bestemmelser skiller terminologisk mellom disposisjoner og tvangsforretninger, jf. Deknl. § 5-10 og strl. § 283 a første ledd nr. 1. Likevel vil dette skillet ikke uten videre bli lagt til grunn i henhold til deknl. § 5-9, noe som fremgår av en uttalelse i forarbeidene.⁴¹

Disposisjonskravet i den subjektive omstøtelsesregelen vil således favne over langt flere tilfeller enn den objektive omstøtelsesregelen som bergrenser seg til betaling av gjeld. For eksempel vil de typetilfellene som faller utenfor avgrensningen av de objektive omstøtelsesreglene, kunne rammes av deknl. § 5-9.

4. Kreditorskadelige disposisjoner etter §§ 5-5 og 5-9.

For den objektive omstøtelsesregelen stiller deknl. § 5-5 opp tre alternative typetilfeller som kan gi grunnlag for omstøtelse samt et tilleggsvilkår om at disposisjonen ikke må fremstå som ordinær. Ordinærreservasjonen vil bli behandlet under punkt 5. Den subjektive omstøtelsesregelen har i deknl. § 5-9, 1.alternativ som retter seg mot kreditorskadelige disposisjoner. Imidlertid er det forskjeller mellom disse.

4.1 Kreditorskadelige disposisjoner etter § 5-5.

For at omstøtelse kan skje etter deknl. § 5-5 må betalingen være foretatt med «usedvanlig betalingsmiddel», «før normal betalingstid» eller med «beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne».

4.1.1 «Usedvanlig betalingsmiddel»

Utgangspunktet for hva som er usedvanlig betalingsmiddel må tolkes av stiftelsesgrunnlaget. Det sedvanlige blir det som følger av dette. Er imidlertid betalingen skjedd med annet enn det som følger av stiftelsesgrunnlaget, eller at stiftelsesgrunnlaget er taust, må man foreta en konkret helhetsvurdering av disposisjonen.

Penger er alltid sedvanlig, men også andre betalingsmidler kan ansees som sedvanlig. I henhold til dette må man ved vurderingen om et betalingsmiddel skal ansees som usedvanlig, legge vekt på hva som er vanlig praksis i den bransjen betalingen har tilknytning til. I en viss grad er også egenpraksis et moment som kan ha betydning, samt hensynet til betalingsmottakers behov. At slike momenter også må tillegges vekt i vurderingen har sin begrunnelse i avtalefriheten og hensynet til en effektiv omsetning.

41 Ot prp nr. 50 1980-81 side 167 annen spalte

Dersom skyldner oppfyller med et betalingsmiddel som ble avtalt før eller samtidig med at skyldneren pådro seg gjelden, kan betalingsmiddelet normalt ikke anses som usedvanlig selv om det består i annet enn penger eller dermed likestilte betalingsmidler. Illustrerende er Rt. 1897 s. 321 hvor en kornmølle hadde avtalt å kjøpe korn mot kontant betaling «*eller i nødsfall mot kundeveksler*». Møllens konkursbo ville omstøte betalingen med kundeveksler. Dette fikk de ikke medhold i da dommen uttaler: «*Det er nettopp det dekningsmiddel, som er avtalt samtidig med handelens avslutning, som her er anvendt*».

I Rt 2008 s. 1170 (Rema 1000) uttales det at overtakelse av varelager og driftstilbehør rammes av bestemmelsen: "*Det var overtakelsen av varelageret og driftstilbehøret som ga Rema mulighet til delvis å få dekket dette kravet i samsvar med den verdi som ble overtatt. I den grad dette kan anses som betaling av gjeld, finner jeg klart at vilkåret om at "betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler" vil være oppfylt.*"

I henhold til ordinærreservasjonen for ordinær betaling kan det neppe sies å være praktisk at en betaling med usedvanlige betalingsmiddel også kan være ordinær. Forarbeidene har heller ikke lagt opp til dette og reservasjonen for ordinær betaling vil således bare få betydning som sikkerhetsventil på dette punktet. Huser uttrykker at på dette punkt at hvorvidt en betaling med usedvanlig betalingsmiddel er å anse som ordinær eller ikke, synes å bero på om betalingen fremtrådte som begrunnet i andre bestemte forhold enn debtors mangel på sedvanlige betalingsmidler, hvor hensynet til omsetningslivets behov vil få særlig betydning.⁴²

4.1.2 «før normal betalingstid»

En naturlig forståelse av ordlyden «*før normal betalingstid*» tilsier at betaling er skjedd før forfall eller annen avtale. Dette gjelder uavhengig om skyldnerens frigjøringstid er kommet.⁴³

Forarbeidene uttrykker videre at dette gjelder:

*«betaling som foretas før det tidspunkt da gjelden må antas å ville bli betalt dersom skyldneren ikke var blitt insolvent».*⁴⁴

Således åpner dette for at betaling som er betalt ved forfall, i visse tilfeller også kan være betaling før normal betalingstid, selv om det i utgangspunktet ikke vil være slik. I forhold til kkl. 1863 § 44 b, utgjør dette en utvidelse av omstøtelsesadgangen. Som eksempel kan det her tenkes at en person har inngått en låneavtale i banken på sin bolig med en nedbetaling over 20 år. En vanlig ordning ved låneavtaler på bolig er

42 Se Huser side 274.

43 Se Andenes side 251.

44 Se NOU 1971:20 side 292.

at hele beløpet faller til betaling om skyldner misligholder en termin. Dersom skyldner etter ti år får problemer og ikke klarer å innfri terminbeløpet blir han altså krevet for det resterende beløpet og må innfri lånet i sin helhet. I denne situasjonen kan det sies at han betaler inn ½ av lånet før normal betalingstid, men likevel kan ikke denne betalingen omstøtes.

Av interesse på dette punkt er også Ot prp nr. 50 1980-81 s. 166, som tar opp at det i dekl. § 2-10 er regler som legger vekt på om det dreier seg om ordinært forfalte avdrag. Således vil domspraksis i henhold til denne bestemmelsen også gi veiledende momenter i forhold til dekl. § 5-5.

Ved betaling før normal betalingstid har reservasjonen for ordinær betaling atskillig betydning, og begrenser omstøtelsesadgangen i forhold til kkl. 1863 § 44 bokstav b.⁴⁵

4.1.3 «beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne»

En naturlig forståelse av ordlyden «*betydelig forringet*» tilsier at beløpet må være av en viss størrelse jf. bruken av ordet betydelig. Beløpet synes å måtte få en innvirkning på hans evne til å betale som er mer en ubetydelig.

Formuleringen skiller seg fra dekl. § 5-9, der vilkåret er at «*skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket*». I forarbeidene blir uttrykksmåten forklart ved at det må foretas: «*en objektiv vurdering hvor beløpets størrelse sees i relasjon til debtors omsetning og vanlig likviditet.*»⁴⁶

Dette grunnlaget for omstøtelse står også i en spesiell stilling i forhold til de andre omstøtelsesgrunnlagene etter dekl. § 5-5. Grunnlaget for omstøtelse er ikke kjennetegn ved betalingen som sådan, men beløpets størrelse i forhold til skyldnerens betalingsevne. Konsekvensen av dette kan føre til et meget omfattende bevistema, men likevel ikke like omfattende som er tilfelle ved den subjektive regelen i dekl. § 5-9. Dette går også frem av at omstøtelse av betaling av forfalt gjeld med sedvanlige betalingsmidler i norsk rett, tidligere kun var mulig etter den ulovfestede subjektive omstøtelsesregelen Actio Paulina, og denne omstøtelsesadgangen var meget snever. Motivene for loven fremhever at den nye regelen i dekl. § 5-5, 3. alternativ vil lette boets stilling idet boet ikke lenger trenger å føre bevis for debtors insolvens og for kreditors onde tro.⁴⁷

Med «*beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*» kan det trekkes ut to momenter som vil ha særlig vekt ved vurderingen. Det første er hva som ligger i uttrykket «*betydelig*» og det andre er en vurdering av skyldners «*betalingsevne*».

⁴⁵ Se nærmere om dette under punkt 5.

⁴⁶ Se NOU 1972:20 side 292.

⁴⁷ Se Munch side 488 og Huser side 50

Beløpets størrelse vil her få betydning. Størrelsen må riktignok sammenholdes med debtors evne til å betale beløpet slik at det er beløpets relative størrelse som blir avgjørende, men likevel er det klart at det må dreie seg om et relativt stort beløp.⁴⁸

I Rt 1999 s. 64 (Teamcon) behandler Høyesterett vilkåret «*betydelig forringet betalingsevne*» i forhold til refinansiering av et betydelig gjeldskrav. Det ble pekt på at § 5-5 og 5-9 hadde ulik utforming. Det ble uttalt:

”Med sikte på vår problemstilling – utvidet sikkerhet ved refinansiering – peker jeg på at bestemmelsen er utformet annerledes enn bestemmelsen i dekningsloven § 5-9, hvor det blant annet er spørsmål om en disposisjon ”unndrar skyldneren eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem.” Etter § 5-5 er det skyldners betalingsevne - likviditet – som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs.”

Kravet om forringelse av skyldnerens betalingsevne vil være naturlig å sammenligne med kravet i konkurslovens § 61 som taler om forbigående «*betalingsudyktighet*», jf Teamcon-dommen.⁴⁹ Synonymt med betalingsudyktighet er manglende betalingsevne, noe som skulle tilsi at det er debtors evne til å oppfylle sine forpliktelser etterhvert som de forfaller som er avgjørende. I denne sammenheng kan det vises til dansk teori som i den tilsvarende regel taler om «*Udtømming av likvid kapital*» og «*betaling med likviditetsinvalidiserende beløp*». Tidsmessig er det betalingsevnen ved betalingen som er avgjørende, selv om betalingsevnen forverrer seg i perioden mellom betalingen og boåpningen.⁵⁰

Dette tilsier at en ved betalingen ikke kan kreve at skyldneren blir betalingsudyktig, men kun at hans evne til å oppfylle sine forpliktelser etterhvert som de forfaller blir betydelig forringet. I motivene kommer dette til uttrykk ved at det er tale om : «*beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet*».⁵¹

Det er klart at enhver betaling også reduserer gjelden samtidig som evnen til å dekke de øvrige kreditorenes gjeld ikke påvirkes i betydelig grad dersom betaleren fremdeles er solvent.⁵² Av den grunn blir det noe søkt å si at betalingsevnen er forringet dersom debitor fortsatt er likvid og suffisient etter betalingen.

Avgjørende blir derfor hvor grensen i forhold til hva som ansees som «*betydelig forringelse*» går. Med andre ord hvor stor del av aktivaene på betalingstidsunktet som må medgå til betalingen for at det kan sies å foreligge en betydelig forringelse av debtors betalingsevne.

48 Se Huser side 304.

49 Se side 69 i dommen

50 Se Huser side 310

51 Se NOU 1972:20 side 291.

52 Se Sandvik side 39.

Selv om det ikke foreligger en eksakt grense her, vil det være retts tekniske fordeler ved å operere med en relativt klar grense. Man beskriver gjerne betalingens størrelse i forhold til aktivenes verdi som en prosentsats. Eksempelvis om en skyldner har beslagbare formuesgoder før betalingen på 1 million kroner og betalingen er på kr. 250.000, vil forringelsen utgjøre 25%. Ideelt sett bør man ha en grense som går ved betalinger som utgjør mer enn x prosent av aktivene.

Siden dette kriteriet i dekl. § 5-5 er en relativt ny regel i norsk rett, har Huser sammenholdt betalingen med kreditorenes dekningsutgifter etter strl. § 284 hvor det er tale om at «*utsikten for dem til å få dekning blir betydelig forringet*». Etter denne strafferegelen har 26% vært ansett for å være betydelig, jf. Rt. 1896 s. 554, mens 14% ikke ansås betydelig, jf. Rt 1907 s. 119.

I Rt 2008 s. 1170 (Rema 1000) angis det at overføring av 67 % av selskapets verdier ble rammet av § 5-5: *„.finder jeg klart at vilkåret om at ”betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler” vil være oppfylt. Det samme må etter min mening gjelde det alternative vilkåret om at betalingen har skjedd ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”, idet det er på det rene at overtakelsen av varelageret og driftstilbehør i vesentlig grad – ca 67 % - reduserte selskapets tilgjengelige dekningsmidler.”*

Grensen utifra dette vil altså ligge på prosentsatsene mellom 10 og 25. Huser argumenterer likevel for at en grense på 15-20% vil fange opp de vesentligste og mest ekstraordinære betalingene, med et lite forbehold om meget høye beløp hvor det kan være aktuelt å gå under den nedre grense av intervallet.

Et viktig tema i forhold til omstøtelse etter dekl. § 5-5 er beviskravet. Dette er særlig behandlet i Rt 1999 s. 64 (Teamcon). Etter å ha gjennomgått den omvendte bevisbyrderregel og beviskrav i forarbeidene uttalte Høyesterett: *”Slik § 5-5 annet ledd er utformet, stilles det krav til styrken av bevis for solvens, og da vil også arten av det bevis som føres kunne ha betydning. Det skal være ”utvilsomt” at skyldneren var solvent etter betalingen, og mottakeren har bevisbyrden for dette. Solvensburderingen kan ikke begrenses til tidspunktet for betaling. Det må også vurderes om skylderen innenfor et tidsrom som man med rimelighet kan bedømme, vil kunne betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.”*

Reelle hensyn vil spille en viktig rolle i tolkningen av bestemmelsen. Avgjørende her vil være at bestemmelsen gir rom nok for at næringsvirksomhet ikke hemmes unødig, samt at en unngår at bestemmelsen rammer tilfeldig og urimelig. Endelig bør også retts tekniske hensyn tillegges adskillig vekt. Meningen med bestemmelsen var å lette boets stilling, noe som forutsetter at regelen fremstår noenlunde klar og enkel å praktisere.

Reservasjonen for ordinær betaling tillegger en vesentlig begrensning ved betaling

med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne.⁵³

4.2. Det økonomiske vilkåret i dekningslovens § 5-9 i lys av dekningslovens § 5-5.

Etter den subjektive regelen i deknl. § 5-9 1.ledd et vilkåret at: «*skyldnerens økonomiske stilling var svak eller eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen*».

En naturlig tolkning av ordlyden vil tilsi at skyldneren befinner seg i en vanskelig økonomisk stilling.

Tradisjonelt har det her vært et krav om insolvens hos skyldner, men dette har ikke blitt fulgt opp i lovbestemmelsen.⁵⁴ Imidlertid må det i praksis foreligge en insolvenslignende økonomisk stilling.⁵⁵ Dette utgjør en praktisk viktig forskjell fra vilkåret i den objektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-5 1.ledd 3. alternativ som nevnt ovenfor, hvor insolvensvilkåret ikke er tilsvarende strengt. Vilkaeret i den objektive regelen er også alternativt til forskjell fra det kumulative vilkåret i den subjektive regelen.

Tidspunktet for bedømmelsen av skyldnerens økonomiske stilling vil også få betydning. Vi kan trekke en parallell til gavesituasjoner. Dersom debitor har gitt vekk en gave, er det ikke utenkelig at hans økonomi er god på det tidspunkt han har avgitt gaveløftet, men har blitt svekket på fullbyrdelsestidspunktet. Av rettspraksis fremgår det at det er fullbyrdelsestidspunktet som er avgjørende, jf. Rt. 1988 s. 1327 (Reksten), hvor retten la til grunn at Reksten var solvent da gaveløftet ble gitt i 1972, men ble insolvent i løpet av 1974 som var før gaven var fullbyrdet. Gaven ble omstøtt. Dette passer også med prinsippet i deknl. § 5-10 og analogien fra deknl. § 5-2 annet ledd.

Når det gjelder andre disposisjoner enn gaver vil skyldneren normalt sett ikke kunne påberope seg sin egen insolvens som bristende forutsetning for disposisjonen, jf. Rt. 2001 s. 1136 (Troms Kjøtt). Likevel vil det økonomiske vilkår for omstøtelse antas å være oppfylt dersom skyldnerens var «*svak eller ble alvorlig svekket*» på gjennomføringstidspunktet. Også her vil begrunnelsen forklares gjennom en analogi til deknl. § 5-10 og de fristreglene i de objektive omstøtelsesregler som gir adgang til motbevis for at skyldneren var solvent da disposisjonen fant sted, jf. deknl. §§ 5-5 annet ledd og 5-7 annet ledd.

4.2.1 Ad Usedvanlig betalingsmiddel

Ved usedvanlig betalingsmiddel vil dommen inntatt i Rt. 1969 s. 624 Hamar Auto,

⁵³ Se mer om ordinærreservasjonen under punkt 5.

⁵⁴ NOU 1972:20 og Ot prp nr. 50 1980-81.

⁵⁵ Andenes side 280 og Falkanger side 109

være av interesse. Saken var her at Hamar Auto som gikk konkurs 15 mai og hadde gjeld til sin leverandør som tidlig i 1965 fikk utlegg for sitt tilgodehavende. I forhandlingene som fulgte fikk kreditor noen av skyldnerens avbetalingskontrakter med avtale om at disse skulle diskonteres. Betalingstidspunktet var her av interesse og retten kom til at betalingen ikke hadde skjedd ved overlevering av kontraktene, men ved diskonteringen som tok sted 16 mars, og medfølgende overlevering av 4 April. Således var betalingen foretatt med *«sedvanlige betalingsmiddler som i og for seg var tilveiebrakt på sedvanlig måte»*. Avgjørende for dommen var imidlertid at betalingen måtte sees som et ledd i en redningsaksjon, noe som også innebar forpliktelser for kreditor.

4.2.2 Ad før normal betalingstid

Ved betaling på forfallsdato eller kort tid etter, vil betalingens tidspunkt i seg selv være et moment som taler for at den ikke er utilbørlig. Dette støttes også av Rt 1933 s. 1265 (Ringen), hvor det uttales:

«Høyesterett er enig med overretten i at en fordringshaver i almindelighet kan rettsgyldig motta betaling av forfallen gjeld, uansett om han vet at skyldneren derved forfordeler sine kreditorer, da man ingen plikt har til at undlate at forfølge sin rett, fordi medkontrahenten er blitt insolvent. »

Med dette legger Høyesterett til grunn at betaling ved forfall og også i kort tid etter forfall, vil være rettsgyldig og altså ikke utilbørlig. Likevel uttrykker retten ved bruken av ordet i «alminnelighet» at momentet må sees på isolert sett. Andre momenter kan altså komme inn og trekke i motsatt retning.

En annen dom av interesse på dette punkt er Rt. 1986 s. 889 (Eastco). Forholdet var at Eastco i slutten av mai 1979 hadde en gjeld på ca. kr. 220.000 som var forfalt. Gjelden stammet fra flere fakturaer i perioden 10 april til 31 mai som hadde forfall 20 dager etter fakturering. Den 12 og 22 Juni betalte Eastco ned kr. 30.000 fordelt på to sjekker, før firmaet gikk konkurs 31 August. Spørsmålet var hvorvidt disse betalingene var å anse som utilbørlig etter dekl. § 5-9. Førstevoterende uttaler at man ikke fant noe:

« irregulært for så vidt ... Disse betalinger skiller seg ikke fra tidligere a conto innbetalinger til Rolfsen blant annet i Mai 1979. At Stig Rolfsen [direktør i spedisjonsfirmaet] har vært kjent med Eastco A/ S' vanskelige situasjon, kan het ikke være avgjørende »⁵⁶

Etter disse to dommene vil rettsstilstanden tilsi at betaling ved forfall og like etter forfall, isolert sett ikke vil være kritikkverdig og således ikke utilbørlig.

Anderledes vil det stille seg dersom betalingen er gjort lang tid etter

⁵⁶ Se side 895 i dommen

forfallstidspunktet. Det kritiske vil her være i den grad en skyldner forfordeler midlene sine og bare betaler én, eller noen av kreditorene. En slik disposisjon vil normalt sett være gjenstand for omstøtelse etter den objektive regelen i deknl. § 5-5. Forholdet vil også være et viktig moment i vurderingen av utilbørlighetsvilkåret etter den subjektive regelen i deknl § 5-9.

Av rettspraksis er det særlig Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame), som er av interesse på dette punkt. Saken gjaldt omstøtelse av innbetaling til kemneren av skattetrekk for de ansatte etter den objektive regelen i deknl. § 5-5. Spørsmålet var hvorvidt to betalinger som var utført to og fire måneder etter forfall kunne ansees som ordinære i henhold til ordinærreservasjonen i deknl. § 5-5. Her uttales det at tidsmomentet isolert sett var: *«i grensesonen for hva som kan sees som ordinær betaling»*. Retten konkluderte *«under en viss tvil»* at betalingen ikke kunne anses som ordinære, samtidig som en annen betaling fra firmaet foretatt tre uker etter forfall, ble ansett som ordinær selv om firmaet nå var i en enda vanskeligere økonomisk situasjon.

Dette skulle tilsi at en betaling mellom tre uker og to måneder etter forfall ligger innenfor ordinærreservasjonen i den objektive regelen. Noe som i seg selv vil være et moment for at den ikke er å anse som utilbørlig etter den subjektive omstøtelsesregelen. For den siste betalingen tre uker etter forfall var altså den økonomiske stillingen i firmaet betydelig forverret samt at det var inngitt konkursbegjæring. Disse momentene trekker i retning av at betalingen ikke var ordinær. Likevel valgte altså retten å anse betalingen som ordinær og la særlig vekt på at driften i firmaet ble *«forøkt holdt igang»*. I forhold til deknl. § 5-9 er det grunn til å tro at den kan gi en videre ramme for hvor det kan foretas omstøtelse. På den andre siden kan subjektive forhold i den konkrete saken tilsi at omstøtelse også kan foretas også ved kortere tidsperioder.

Når gjelden har vært forfalt i lang tid vil en naturlig følge av dette være at kreditor blir utålmodig og ønsker gjelden inndrevet så raskt som mulig, og i noen tilfeller også ved press mot debitor. Den nevnte Ringen-dommen, Rt. 1933 s. 1265, tar for seg et slikt forhold. Saken var at skyldneren etter press fra banken som var kreditor solgte huset sitt til sin kone for underpris samt at han solgte sin motorbåt til saksføreren som opprødde på vegne av banken som kommisjonær. På dette tidspunktet var skyldneren utvilsomt insolvent og hadde en underbalanse på over fire millioner kroner. Dommen uttaler på dette punkt:

«Efter det oplyste er det banken som positivt har tilskyndet Ringen til at foretage salget av villaen og motorbaaten for derigjennem at skaffe banken delvis dekning for dens krav. Herved vilde saaledes banken opnaa en særfordel, hvilket efter Ringens stilling maatte presumeres at ville gaa ut over hans kreditorer».

Her ble altså bankens opptreden sett på som kritikkverdig i forhold til de andre kreditorene og disposisjonene ansett for å være utilbørlige.

4.2.3 Ad beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne

Et viktig moment er altså skyldnerens økonomiske situasjon på disposisjonstidspunktet. Om skyldneren er i en situasjon hvor det er sjanser for å komme ut av uføret vil dette frata den aktuelle betalingen det utilbørlige preg. Dette fremgår av uttalelsene «*at driften i firmaet ble forøkt holdt igang*», jf. Rt. 1995 s. 222 (Direkte reklame), og i Rt. 1994 s. 792 (Namtvedt) hvor det uttales at «*kreditor må ha trodd at debitor kunne klare seg*». Dette synes springer trolig ut fra tanken om at det totalt sett er bedre å holde en bedrift i live og at betalinger som har dette som formål må vises en viss forsiktighet med å karakteriseres som utilbørlige.

Et annet eksempel som kan oppstå er hvor skyldnerens økonomi var svak eller alvorlig svekket på det tidspunkt disposisjonen ble foretatt, men som fikk orden i økonomien sin etter disposisjonen ble foretatt, før det igjen gikk nedover. Den vanlige oppfatning er at en slik mellomkommende forbedring i skyldners økonomiske stilling avskjærer omstøtelsesadgangen i forhold til dekl. § 5-9. Med andre ord at det bare er mulighet til å omstøte disposisjoner som har sammenheng med den insolvens som faktisk medførte den aktuelle boåpningen.⁵⁷

4.3 Oppsummering

En ulikhet mellom vilkårene i dekl. § 5-5 og dekl. § 5-9 er at vurderingene blir forskjellige. Som nevnt skal beløpets størrelse ses i relasjon til skyldnerens omsetning og vanlig likviditet ved vurderingen av dekl. § 5-5, til forskjell fra dekl. § 5-9 hvor man ser på om skyldnerens gjeld overstiger hans formue og om han kan gjøre opp sine forpliktelser etterhvert som de forfaller. Dette tilsier at det kan foreligge betaling som forringer debtors betalingsevne etter den subjektive regelen uten at beløpet rammes av den objektive regelen. Forklaringen på dette ligger i at beløpets forholdsmessighet kan fremstå som ordinær etter dekl. § 5-5.

Et vanlig eksempel kan være betaling av husleie. Dersom debtors aktiva på betalingstidspunktet er kr. 10.000 og han betaler husleien sin på kr. 5.000 kan dette føre til at han havner i en «insolvenslignende økonomisk stilling», og omstøtelse kan tenkes etter den subjektive omstøtelsesregelen. I henhold til den objektive omstøtelsesregelen vil betalingen tilsvare 50% i forhold til hans aktiva og kravet om «betydelig forringelse av betalingsevnen» er klart oppfylt. Betaling av husleien kunne betraktes som en ordinær og ikke utilbørlig slik at betalingen er beskyttet mot omstøtelse. Vi skal nedenfor se på ordinærreservasjonen i § 5-5 og utilbørlighetskravet i § 5-9.

5. Ordinærreservasjonen i § 5-5 og utilbørlighetskravet i § 5-9

Dekningslovens § 5-5 inneholder en reservasjon mot transaksjoner som er ordinære,

⁵⁷ Se Andenes side 281 og Huser side 544.

jf: ”forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.”
Dekningslovens § 5-9 har en viktig generell utilbørighetsreservasjon før omstøtelse kan foretas i form av følgende: ”Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger ..”

5.1 Utilbørighetsvilkåret i deknl. § 5-9.

Fellesvilkåret for de tre typer disposisjoner som stilles opp etter § 5-9 er at disposisjonen er «*utilbørlig*» ovenfor kreditorfellesskapet. De tre typene er kreditorbegunstigelser, boforringelse i form av aktivareduksjon og boforringelse i form av gjeldsøkning. Man må altså subsumere situasjonen under en av de tre gruppene, samt karakteriseres den som utilbørlig.

En naturlig tolkning av ordlyden gir ikke så mye da uttrykket kan tolkes ganske vidt. Ifølge norsk ordbok betyr utilbørlig imidlertid noe som strider mot rett og rimelighet.

Forarbeider bringer inn en rettslig standard som gjør at regelen bare vil ramme de disposisjoner som etter en nærmere vurdering i det enkelte tilfellet er «*klart kritikkverdige*».⁵⁸

Forarbeider presiserer dette: «*Spørsmålet om hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i forhold til kreditorene vil i mange tilfelle kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesregler eller på grunnlag av den foreliggende rettspraksis. Men utilbørlighetskriteriet gjør det også mulig - og nødvendig - for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg*». Dette tilsier at disposisjoner som har som formål å unngå følgende av en nærtstående konkurs, vil ha et utilbørlig preg.

Ettersom utilbørighetsvilkåret er en rettslig standard vil det utvikle seg med tiden og rettspraksis vil få en betydelig rolle i tolkningen av begrepet. Da utilbørlighetskravet også er knyttet til analogier fra de objektive omstøtelsesreglene, vil også eldre rettspraksis i henhold til disse reglene være sentrale.

Et vilkår for omstøtelse på subjektivt grunnlag er at alle vilkårene i deknl. § 5-9 er oppfylt. Det ene vilkåret er det nevnte dobbeltkravet, samt de fire andre som er disposisjonskravet, tapsrekvisittet, det økonomiske vilkåret og det subjektive rekvisittet. Som et utgangspunkt kan man si at det kreves noe mer enn at disse vilkårene er oppfylt. Det er i denne sammenheng Huser taler om et merkrav i utilbørighetsvilkåret.⁵⁹

Her må det presiseres at det nærmere innholdet i merkravet er relativt komplisert. Det

⁵⁸ Se NOU 1972:20 side 297.

⁵⁹ Se Huser side 498.

er ikke nødvendigvis slik at at det kreves et tilleggsmoment uten om de fire vilkårene, men i noen tilfeller kan slike tilleggsmomenter bli avgjørende.

I utgangspunktet vil det være slik at dersom de fire vilkårene er tilstrekkelig oppfylt vil det ikke være brukt for et merkrav for å konstantere utilbørighet. Det samme vil være tilfellet hvor bare noen av vilkårene er oppfylt, men da kreves at disse vilkårene er oppfylt til overmål.⁶⁰

Merkravet vil lettere gjøre seg synlig hvor de fire vilkårene har lav oppfylleelsesgrad. I slike tilfeller må det kreves et ytre tillegg av skjerpene momenter for at disposisjonen kan anses som utilbørig. Likeledes kan formildende momenter komme inn å frata disposisjonen dens utilbørlige preg.

Det må foretas en helhetsvurdering av disposisjonen basert på individuelle og konkrete omstendigheter og en avveining av de berørte interesser. Som en illustrasjon kan det vises til Rt. 1995 s. 259 (Troms Kjøtt).

Bedriften Troms Kjøtt gikk dårlig og fikk ansatt Palonen til å bli daglig leder. Palonen fikk tilbud om å et kjøpe hus til halv pris fra bedriften som en del av ansettelsesvilkårne.

For at Palonen skulle få kjøpe huset, måtte bedriften betale ned halvparten av lånet til banken, slik at Palonen kunne ta over huset uten heftelser. Ikke lenge etter gikk bedriften konkurs. Spørsmålet var om nedbetalingen av pantobligasjonen kunne omstøtes.

Retten går her inn på flere momenter som er av betydning for utilbørighetsvurderingen.

Et av momentene som blir gjennomgått er hvilke økonomiske problemer Troms-Kjøtt hadde. Videre er det presisert at det er hvilken art og grad av økonomiske problemer det er tale om. Det fremgår at «*det så mørkt ut*» for økonomien til Troms-Kjøtt og faren for konkurs var nærliggende da betalingen skjedde. Dette momentet tilsa da at disposisjonen var utilbørig.

Et annet moment som blir gjennomgått er den annen parts opptreden, altså den det er disponert til fordel for, i dette tilfellet Palonen. Ifølge Huser kan det være en samfunnsmessig interesse i å motvirke visse disposisjoner. Dette kan gjøre seg gjeldende dersom den annen part har vært særlig pågående for å sikre seg gjennomføring av disposisjonen. I Troms-Kjøtt saken var det imidlertid ingenting som tydet på at Palonen har presset på for å gjennomføre disposisjonen.

Videre ser retten på opptreden til de andre kreditorene. Her kan det finnes formildende omstendigheter dersom noen av de andre kreditorene har kunnskap om

⁶⁰ Se Huser side 498 nederst og Lennander side 152.

det som skjer og ikke foretar seg noe for å forhindre disposisjonen. I saken hadde noen i styret til Troms-Kjøtt, som satt der på vegne av banken, vært med på å fullføre disposisjonen. Disse hadde en klar oppfordring til å reagere, men unnlot å gjøre noe. Således talte dette for at disposisjonen ikke var utilbørlig.

Et annet moment er hvordan kravet oppstår. I saken inngikk det omtvistede beløpet i ansettelsesavtalen til Palonen som et rimelig vederlag for den vanskelige oppgaven han påtok seg.

Etter å ha drøftet og identifisert de aktuelle momentene foretar retten en interesseavveining. Det er da de objektive omstøtelsesreglene kommer inn som en referanseramme når man skal finne grensen mellom hva som er akseptabelt og ikke.

I dommen er det naturlig å sammenligne med dekn. § 5-5 og «ekstraordinær betaling». Rett før konkurs foretok Troms-Kjøtt en stor betaling for å kunne oppfylle avtalen med Palonen. Disposisjonen rammes dermed av formålet med bestemmelsen i dekn. § 5-5 som tilsier at det ikke er akseptabelt å foreta store betalinger kort tid før konkurs. Isolert sett skulle dette tale for at disposisjonen var utilbørlig.

Men som det fremgår foran⁶¹ er det er ingen automatikk i dette og formildende omstendigheter kan tale for at utilbørlighetsvilkåret likevel ikke er oppfylt.

Et viktig moment var partenes situasjon. I saken var det et sterkt behov for å få virksomheten til å gå videre og da var det avgjørende å få inn en kvalifisert leder. Forutsetningen var at de fikk inn Palonen som redningsmann og da måtte de lokke med visse fordeler. På denne bakgrunn viker Høyesterett tilbake for å anse disposisjonen så belastende som utilbørlig.

Begrunnelse for utilbørlighetskravet er å hindre at lojale og formålstjenelige disposisjoner blir omstøtt. Det er ingen tilsvarende vilkår om at disposisjonen må være kvalifisert kreditorskadelig i den objektive regelen. Som nevnt ovenfor er det her satt opp tre typetilfeller som kan oppfattes som en presumpsjon for at kreditor har handlet klanderverdig.

5.2 Generelt om ordinærreservasjonen

En gjeldsbetaling kan bare omstøtes etter dekningslovens § 5-5 dersom betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.

Begrunnelse for ordinærreservasjonen er å hindre at lojale og formålstjenelige disposisjoner blir omstøtt og vil virke som en sikkerhetsventil for å hindre at disposisjoner som inngår i typetilfellene men som likevel har et lojalt formål

⁶¹ Se punkt 2.1.1.

omstøtes.

I forarbeidene er ordinærreservasjonen beskrevet slik:⁶²

«Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv. Ekstraordinær blir betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter, for eksempel til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandør, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid.»

I Rt. 2001 s.1136 side 1147 er det lagt til grunn at uttalelsene ikke gir en uttømmende beskrivelse av hva som faller innenfor lovens begrep.

I Rt. 1997 s. 1623 (Royal Cristiania) på side 1627, fremkommer det at reservasjonen for ordinære betalinger er satt ut fra *«alminnelige omsetningsinteresser»*, noe som indikerer at det her må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer. I denne dommen ble det også nevnt at *”Konsernforhold kan ikke i seg selv gjøre betalingene ekstraordinære...På den annen side vil en slik konserntilknytning etter min mening kunne ha betydning for vurderingen av om det dreier seg om ordinære betalinger.”*

Et viktig moment ved vurderingen er hvor lenge fordringen har vært forfalt. Som eksempel fra rettspraksis nevnes Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame). Det var her foretatt flere betalinger ved ulike tidspunkt etter ordinær betalingsfrist var oversittet. Retten kom i denne saken frem til at en betaling to måneder etter forfall ikke var ordinær, mens betaling tre uker etter forfall var ordinær. Riktignok må det her påpekes at tidsperspektivet må gå inn som et moment i en helhetsvurdering av flere momenter. Således forutsetter forarbeidene at en betaling ikke nødvendigvis er ordinær selv om den finner sted ved eller kort tid etter forfall.⁶³ Uavhengig av dette vil tiden som er gått fra forfall ofte tillegges adskillig vekt i vurderingen.

Et annet viktig moment er arten av fordringen som innfris. Fra rettspraksis kan nevnes Rt. 1997 s. 1623 (Royal Christiania Hotell A/S).

Saken gjaldt omstøtelse av overføringer til mellomregningskonto for to hoteller innen samme konsern som gikk på bekostning av eksterne fordringshavere. Overføringen som gjaldt tilbakebetaling av et gjeldsbrevlån ble omstøtt, idet dette ikke ble ansett som "ordinær" betaling. De øvrige overføringer på mellomregningskontoen gjaldt direkte betaling for varer og tjenester til den løpende hotelldrift og ble ikke omstøtt, selv om det var ytet en betydelig kreditt.

Retten legger her betydelig vekt på hvorvidt betalingene framstod som løpende betalinger til driften:

62 NOU 1972:20 side 292.

63 NOU 1972:20 side 291.

Nedbetalingen av den øvrige gjelden på mellomregningskontoen skjedde i sammenheng med betalingen av gjeldsbrevlånet. Den betydelige kreditten som etter hvert fulgte av systemet, og de uregelmessige betalingene reiser spørsmålet om heller ikke disse kan anses ordinære. Jeg mener likevel at betalingene - så langt de ikke gjaldt tilbakebetaling av gjeldsbrevlånet, men direkte betaling for varer og tjenester - må stå seg. Lovens ordning er at alminnelig betaling av ordinære, løpende driftsutgifter ikke kan omstøtes på objektivt grunnlag, selv om debitor skulle være insolvent og betalingene har funnet sted i en kritisk fase før konkurs.

Trekker man disse momentene i motsatt retning kan man tenke seg at skyldners gjeld til en leverandør har vært misligholdt i lengre tid. I slike tilfeller må det foretas en avveining av de kryssende hensyns relative vekt. Med dette menes hvor viktig det var å innfri fordringen og hvor lenge misligholdet hadde vart. Resultatet av en slik avveining kan etter omstendighetene bli at betalingen omstøtes. Som eksempler på dette kan nevnes RG 1993 s. 433 og RG 1994 s. 614 som begge er avsagt i Eidsivating lagmannsrett.

Videre må man se på formålet med betalingen. Betalingen er ikke ordinær hvis fordringshaveren under normale forhold ikke ville hatt interesse av skyldnerens ytelse, med andre ord at interessen kun ligger i å få dekket gjeld. Det må legges vekt på om ytelsen er naturlig i forhold til skyldnerens vanlige virksomhet, fordringshaverens behov for ytelsen, forholdet mellom avtalt pris og omfanget av skyldnerens gjeld til fordringshaveren m.v.

Et nyere eksempel fra rettspraksis er Rt.2008 s 1170 (Rema 1000). Det forelå betaling av gjeld ved den motregning Rema 1000 hadde foretatt av sitt tilgodehavende. Selv om arrangementet hadde betydelige fordeler og en rasjonell funksjon ut over å dekke franchisetakers gjeld til Rema, fremtrådte ikke betalingen etter forholdene som ordinær.

Førstevoterende forklarer dette slik:

«Ved å benytte seg av franchisekontraktens bestemmelser om kjøpsrett kombinert med en rett til motregning, vil Rema i realiteten oppnå den sikkerhet i varelageret som man ikke ønsket å etablere ved å stifte en tradisjonell panterett. Dette vil man oppnå uten å iaktta den sikkerhetshandling som loven foreskriver, og som sikrer publisitet og notoritet over sikkerhetsstillelsen. En slik løsning harmonerer derfor dårlig med de hensyn som ligger bak forbudet i panteloven §1-2 annet ledd mot å stifte panterett på annen måte enn det som er foreskrevet i lov. Tvert imot framstår sikkerheten gjennom dette arrangementet som en skjult sikkerhet i forhold til andre leverandører, idet franchiseavtalen ikke er alminnelig offentlig tilgjengelig. Siden kjøpsretten etter kontrakten pkt. 16.2 gjelder varelageret i sin helhet - det vil si også varer som er innkjøpt på kreditt fra eksterne vareleverandører - vil en godkjennelse av arrangementet kunne tilsi at disse har gitt gode priser og ytt kreditt på sviktende grunnlag.»

Et ytterligere moment som talte mot å godta ordningen var den posisjonen Rema 1000 hadde som regnskapsfører med full innsikt i franchisetakerens økonomi. I denne forbindelse viser førstevoterende til Rt.1997 s. 1623 som gjaldt betaling av gjeld mellom selskaper i samme konsern:

«... vil en slik konserntilknytning etter min mening kunne ha betydning for vurderingen av om det dreier seg om ordinære betalinger. Konsernforholdet gir innsyn i disposisjonene utover det utenforstående kreditorer normalt vil ha og mulighet til å dirigere likviditet og betalinger utover det ordinære mellom kreditorer og debitorer.»

På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett at disposisjonen ikke kunne anses som ordinær.

5.3 Forholdet mellom ordinærreservasjonen og utilbørighetsvilkåret.

Når det gjelder utilbørighetsvilkåret rammer reglene i dekl. § 5-9 disposisjoner som *"etter sin art formodes å innebære en utilbørlig kreditorbegunstigelse"*. Hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i henhold til dekl. § 5-9 må besvares etter en konkret og individuell helhetsvurdering.

En tilsvarende helhetsvurdering foreskrives også i ordinærreservasjonen som må sies å være en rettslig standard der det forutsettes en individuell og konkret helhetsvurdering av den aktuelle betaling.

I forholdet mellom begrensningen i § 5-5 og utilbørighetsstandarden i § 5-9 er utgangspunktet at disse neppe er sammenfallende.

Deknl. § 5-9 kan få anvendelse på betalinger som ikke var av en så betydelig relativ størrelse i forhold til debitors eiendeler at omstøtelse ikke kunne skje etter dekl. § 5-5.

Kjells Markiser-dommen kan illustrere at også en omfattende nedbetaling kan regnes som ordinær når en ser betalingen i sammenheng med finansieringen som hadde til formål å berge bedriften. Det som ikke var utilbørlig i henhold til dekl. § 5-9, var altså ordinært i forhold til dekl. § 5-5.

6. Vilkår om tap

Et annet vilkår som illustrerer en forskjell mellom den subjektive og den objektive omstøtelsesregel er vilkåret om tap i § 5-9.

Som en naturlig følge av at den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9 er utformet som en erstatningsregel, inneholder den vilkår om tap. Dette følger av ordlyden *«på de øvriges bekostning»*, *«til skade for dem»* og unndra *«fra å tjene til dekning»*.

Formuleringene tilsier at det er tale om økonomisk tap som vilkår for å ta i bruk den subjektive omstøtelsesregelen. Ofte blir dette betegnet som et tapsrekvisitt.

Hvor stort tapet må være sier verken dekl. §§ 5-9 eller 5-12 noe om og det kan være vanskelig å finne en minimumsgrense. Ved vurderingen av en slik grense vil det interessante i henhold til dekl. § 5-9 være den endelige virkningen for boet og kreditorer. Altså motsatt enn den objektive regelen i hvor vilkåret ”betydelig” i dekl. § 5-5 tredje alternativ henviser nettopp på størrelsen av det beløp debitor disponerer over.

Tapets størrelse må imidlertid sees i sammenheng med debtors eiendeler, noe som tilsier at utilbørighetkravet lettere vil bli oppfylt om det dreier seg om en debitor med lite aktiva og beløpet er høyt.

Dette kan forklares utifra hensynet til likebehandling av kreditorene. Etter dette vil beløpets størrelse angi graden av avviket fra likhetsprinsippet og desto større tapet er jo større brudd vil det være i henhold til likhetsprinsippet.

Det følger også av forarbeidene at det ligger en presumpsjon for at disposisjonen er utilbørlig dersom betalingen er i en størrelse som rammes av dekl. § 5-5 tredje alternativ.⁶⁴

Som en illustrasjon på at beløpets størrelse må sees i sammenheng med andre momenter i en helhetsvurdering, kan Kjells Markiser-dommen være av interesse. Her var saken at Kjells Markiser hadde betalt ned en gjeld på omkring 5 millioner kroner til en Gjensidige NOR Sparebank. Betalingen ble gjennomført dels ved nedbetaling på utvidet kassakreditt, dels ved nedbetaling av faste lån ved ordinære forfall, og dels betaling av saldo på en diskonteringskreditt. Høyesterett avviste omstøtelse, med unntak for tre nedbetalinger, både etter § 5-5 og § 5-9.

Førstevoterende uttaler ved vurderingen om nedbetalingen av kassakreditten var å anse som utilbørlig at:

”Det er på det rene at banken har fått tilbakebetalt et betydelig beløp.»⁶⁵

Ved bruken av uttrykket «*betydelig*» anfører altså førstevoterende at beløpet i sin sammenheng er stort. Videre uttales:

«Jeg er likevel blitt stående ved at det, slik situasjonen var, ikke er tilstrekkelig grunnlag for å anse nedbetalingen på kassakreditten for generelt sett å innebære en utilbørlig begunstiging av banken på bekostning av de øvrige kreditorer»

Med dette anfører førstevoterende at selv om beløpet var høyt og dette i

64 NOU 1972:20 side 297.

65 Se side 1146 i dommen.

utgangspunktet skulle tilsi omstøtelse, fantes det andre momenter som i sum tilsa at disposisjonen ikke kunne ansees utilbørlig. Avgjørende i denne dommen synes å være at bankens engasjement før konkursen fremstod som et forsøk på å sikre fortsatt drift, noe som ville være i alle kreditorers interesse.

Av de momentene som her er tatt opp kan det sies at desto større tapet er desto lettere vil disposisjonen ansees som utilbørlig. Det foreligger imidlertid lite rettspraksis som angir en minimumsgrense for tapets størrelse. Foruten om sammenheng med debtors eiendeler, vil utilbørlighetsvilkåret i seg selv stille visse krav til tapets størrelse. En enkel betaling på kr. 500 vil i de aller fleste tilfeller ikke kunne ansees som utilbørlig. Dette tyder på en betaling som er så liten at den er «ubetydelig» i forhold til partene, bør kunne stå seg mot omstøtelse.

Når det gjelder den objektive regelen i § 5-5, vil en ordlydstolkning tilsi at det ikke foreligger tilsvarende tapsvilkår. Dette er også klarlagt gjennom forarbeider og praksis.

NOU 1993:16 foreslår riktignok å innføre en bestemmelse om at omstøtelse bare kan skje «*hvor kreditorfellesskapet ellers ville bli påført tap*».⁶⁶ Forslaget er ikke gjentatt i Ot prp nr 26 1998-99. I Justitsdepartementets begrunnelse heter det:⁶⁷

«Vanligvis vil det være på det rene at disposisjonen som ønskes omstøtt, har påført de øvrige kreditorer tap, f eks ved at skyldneren har stilt pantesikkerhet for en eldre gjeldspost eller innfridd en fordring som ellers bare ville være dividendeberettiget. Tapsspørsmålet synes etter dette bare å oppstå i et nokså begrenset antall tilfeller...»

I Rt 2008 s. 1170 (Rema 1000) sies det uttrykkelig: *..fra Remas side har vært fremholdt..at arrangementet ikke har påført kreditorene noe tap...Under enhver omstendighet kan den neppe tillegges særlig vekt, da det ved lovens tilblivelse klart ble presisert at det ikke skal oppstilles noe vilkår for omstøtelse at konkursbudet har lidt et tap gjennom disposisjonen som ønskes omstødt, jf pkt 6.1 i Ot prp nr 26 (1998-1999).*

Et av de overordnede målene for de objektive omstøtelsesreglene er at de skal representere en rettsteknisk forenkling i forhold til den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9. Departementets syn er at et vilkår om tap kan virke prosessskapende og har derfor sterke innvendinger mot å oppstille tap som en generell betingelse for omstøtelse. Den rettstekniske forenklingen viser seg ved at boet skal slippe å føre bevis for insolvens og at skyldneren var i ond tro da disposisjonen ble foretatt. I forhold til den subjektive omstøtelsesregelen innebærer dette en forenkling av bevis- og tolkningstemaet. Innføringen av et generelt tapsvilkår tilsier en innsnevring av omstøtelsesreglenes rekkevidde. Praktiseringen av de

⁶⁶ Se utkastets § 5-1, annet ledd.

⁶⁷ Se side 153 og 154.

objektive reglene bli kunne bli vanskeligere med et slikt vilkår, noe som vil virke mot deres formål. Departementet gikk derfor ikke inn for å innføre vilkåret.

At de objektive reglene ikke har et tapsvilkår samsvarer også med berikelsesprinsippet bestemmelsen bygger på. I henhold til dette foreligger det ikke vilkår for tap for at den annen part skal måtte fralegge seg den berikelse han har oppnådd. Dette i motsetning til virkningene av den subjektive regelen som er utformet som en erstatningsregel, og tap må derfor påvises.

Kort oppsummert er forskjellen denne: Ved den subjektive regelen er det et tapsvilkår som ikke finnes i den objektive regelen. Forskjellen er begrunnet i retts tekniske hensyn samt berikelsesprinsippet.

7. Omstøtelsesfristene etter deknl. §§ 5-5 og 5-9.

En annen viktig forskjell mellom de objektive og subjektive omstøtelsesreglene er at de har ulike frister for omstøtelse. Ved den objektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-5 første ledd er fristen lagt til tre måneder. Fristen utvides til 2 år i bestemmelsens annet ledd som gjelder betaling til skyldnerens nærtstående, samt to år i dens tredje ledd som gjelder betaling til skyldnerens ektefelle, samboer eller forlover. Fristen i deknl. § 5-9 er hele ti år og må sies å utgjøre en vesentlig forskjell i forhold til fristene ved den objektive regelen. De ulike tidsfristene ved subjektiv og objektiv omstøtelse kan begrunnes utifra forskjellige hensyn som skal ivaretas bak bestemmelsene.

Omstøtelse av disposisjoner er i hovedsak uheldig i forhold til hensynet til en effektiv omstetning, og således tilsier dette at en burde ha korte frister. Motsatt vil lengre frister ivareta hensynet til likebehandlingsprinsippet i konkurs.

Begrunnelsen for tremånedersfristen i deknl. § 5-5 første ledd er at konkursen er nært forestående og at det er høy sannsynlighet for at debitor foretar illojale disposisjoner.

Fristen for omstøtelse etter den subjektive regelen i deknl. § 5-9 er satt til 10 år. I hovedsak dreier disse tilfellene seg om boforringende disposisjoner som blir ansett for et alvorligere svik enn kreditorbegunstigende disposisjoner, og vil således begrunne en lengre omstøtelsesfrist.

Et problem med den lange fristen etter den subjektive regelen er at det vil bli vanskeligere å bevise at vilkårene er oppfylte etter hvert som årene går. Således kan det spørres om det er nødvendig å sette en absolutt frist. Imidlertid vil en partenes innrettelseshensyn tilsi en absolutt frist.

Da det i de objektive omstøtelsesreglene presumeres at medkontrahenten var i ond tro og at det foreligger kreditorsvik, skulle dette tilsi at fristen burde vært lengre enn 3 måneder. Imidlertid har lovgiver gitt delvis tilslutning til dette da fristen i henhold til

nærtstående er satt til 2 år.

8. Sentrale forskjeller i virkningene:

Når det gjelder virkningene av omstøtelse er disse hjemlet i dekl. § 5-11 som gjelder objektiv omstøtelse og dekl. § 5-12 som gjelder subjektiv omstøtelse.

Den sentrale forskjellen her ligger i at grunnlaget for omstøtelse etter den subjektive reglen bygger på et erstatningsrettslig grunnlag i motsetning til den objektive regelen som bygger på et berikelsesprinsipp. Da disse bygger på forskjellige hensyn vil også virkningene av dem bli forskjellig. Det er særlig hensynet til reparasjon og preventasjon som er sentrale her.

8.1 Forskjell i omstøtelseskravets omfang etter dekl. §§ 5-5 og 5-9.

Etter dekl. § 5-11 kan boet kreve at den «annen part» fralegger seg den «berikelse» han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen. Dette knyttes til den tradisjonelle obligasjonsrettslige lære om restitusjon av ugrunnet berikelse.⁶⁸

En naturlig forståelse av uttrykket berikelse tilsier at noen har fått en fordel. Ved beregningen av berikelsen skal det tas utgangspunkt i «hvordan situasjonen for mottakeren ville vært om disposisjonen ikke hadde vært foretatt» jf. Rt. 1996 s. 1648. Det fremgår også av motivene av berikelse er «*et forholdsvis festnet begrep*»⁶⁹ og at det derfor ikke er grunn til å utdype det nærmere med supplerende regler i lovteksten.

Forskjellen ved dekl. § 5-12 viser seg ved at medkontrahenten etter denne bestemmelsen ikke kan kreve fradrag. Her kan boet kreve at den annen part erstatter «*det tap det er blitt tilføyd*» ved den omstøtelige disposisjonen. Med dette menes at det skal foretas en utmåling av erstatning hvor det må foreligge et økonomisk tap.

En annen forskjell er at dekl. § 5-11 gir medkontrahenten rett til å kreve fradrag for utgiftene sine ved tapsberegningen. En tilsvarende rett for medkontrahenten finnes ikke i dekl. § 5-12.

Det avgjørende etter dekl. § 5-11 er det som er i behold på omstøtelsestidspunktet, og ikke slik det er etter dekl. § 5-12 som gjelder det som ble mottatt. Således vil kravet ofte blir større etter dekl. § 5-12 enn tilfellet er etter dekl. § 5-11. Hensynet bak disse forskjellene er at en medkontrahent som har handlet utilbørlig og vært i ond tro ikke bør nyte godt av berikelsesbegrensningen.

Endelig vil også lempingsregelen ved uaktsomhet i dekl. § 5-12 2.ledd 1. punktum

⁶⁸ Se Huser side 566.

⁶⁹ NOU 1971:20 side 300.

utgjøre en forskjell. Dersom denne blir anvendt kan medkontahenten ikke stilles ugunstigere enn enn han ville vært stilt etter virkningen av objektiv omstøtelse.

8.2 Forskjell i hvem som kan kreve omstøtelsesoppgjøret etter §§ 5-5 og 5-9.

Både etter dekl. §§ 5-11 2.ledd og 5-12 1.ledd 2.punktum skal oppgjøret skje ved at hver av partene «*leverer tilbake det mottatte*». Forskjellen på dette punkt ligger i hvem som kan påberope seg dette.

Deknl. § 5-11 bruker formuleringen «*når noen av partene krever det*». Dette tilsier at både boet og medkontahenten kan kreve at oppgjør skal skje.

Deknl- § 5-12 bruker imidlertid formuleringen «*dersom boet forlanger det*». Dette tilsier at medkontrahenten er avskåret fra å kreve oppgjør og at bestemmelsen bare kan påberopes av boet. I dette ligger det også en forskjell som innebærer at boet står fritt til å velge å kreve erstatning i penger og ikke i naturalrestitusjon som er utgangspunktet.

Det at det er bare boet som kan kreve oppgjør etter dekl. § 5-12 er begrunnet i at medkontahenten handlet med forsett eller uaktsomt ved disposisjonen og at boet skal stilles som om den omstøtte disposisjonen ikke hadde forekommet.

Denne begrunnelsen kan det imidlertid stilles spørsmål ved. Som omtalt ovenfor er det en presumpsjon om at det foreligger ond tro og svik etter dekl. § 5-5. Således burde dette tilsi at medkontahenten heller ikke etter § 5-11 bør kunne sette frem krav om oppgjør eller stilles bedre enn medkontrahenter gjør etter virkningene av subjektiv omstøtelse.

8.3 Oppsummering av virkningene ved omstøtelse.

Huser anfører at en opphevelse av dekl. § 5-11 kunne vært gunstig, for så å la dekl. § 5-12 få virkning ved omstøtelse etter både dekl. §§ 5-5 og 5-9.⁷⁰ Her kritiserer han fastholdelsen av det opprinnelige doktrinære grunnlaget for omstøtelsesreglene og mener at det er fullt mulig å betrakte disse som et separat regelverk som ikke trenger noen ytterligere begrunnelse enn behovet for effektive regler av denne art.

Hans syn kan nok delvis forsvares utifra den betraktning at det i de objektive reglene er en presumpsjon for kreditorskadelig opptreden, samtidig som risikoen for å foreta en omstøtelig disposisjon er begrenset med tanke på at dens virkninger. Da det ikke er

⁷⁰ Se Huser side 50.

tale om noen straff vil medkontrahenten i ytterste konsekvens måtte tilbakeføre midlene helt eller delvis.

Ved reglernes preventive virkning kan det anholdes at det er tale om meget kompliserte og detaljerte regler. Dette tilsier at selv om folk er klar over reglernes eksistens vil reglernes nærmere innhold være mindre kjent. Som en forbedring kunne man her foretatt en forenkling og presisering av regelverket, ved å styrke etterforskningen i slike saker og ved å skjerpe virkningene av omstøtelse.

Et annet moment av interesse er at de fleste konkursbo er tomme for midler og bobehandlingen innstilles etter konkursloven § 135. Som en konsekvens av dette blir omstøtelse ofte ikke påberopt og omstøtelsesreglene uthules. I verste tilfelle kan kreditorer bevisst tømme boet slik at bobehandlingen må innstilles.

Dette området har imidlertid gjennomgått endringer i den senere tid. Pantelovens § 6-4 trådte i kraft i 2005 og gir konkursboet nå en lovbestemt pant for boomkostninger i ethvert formuesgode beheftet med pant som tilhører skyldneren på konkursåpningstidspunktet, og som kan være gjenstand for konkursbeslag. Denne panteretten utgjør fem prosent av formuesgodets beregnede verdi eller av det er salg av formuesgodet innbringer. Således er konkursboet sikret midler til å granske og kreve disposisjoner omstøtt. Dette tilsier at virkningene i skillet mellom dekn. §§ 5-5 og 5-9 bør opprettholdes.

9. Litteraturliste.

- Andenes, Mads Henry (1999) Konkurs, 2.utg Oslo
- Brekkehus, Sjur (1955) Jussens Venner nr. 4 1995- Omstøtelse
- Falkanger, Thor (1998) Jussens Venner 1998 - Utilbørighetsbegrepet i dekl § 5-9
- Huser, Kristian (1992) Gjeldsforhandling og konkurs – Omstøtelse – Bind 3
- Johansen, Johnny (1996) Lov og rett 1996 – Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse
- Lennander, Gertrud (2004) Återvinning i konkurs – Tredje opplag
- NOU 1993:16 Etterkontroll med konkurslovgivningen m.v.
- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs
- Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Gjeldsforhandling og konkurs
- Sandvik, Tore (1985) Lærebok i materiell konkursrett
- Sæbø, Rune (1998) Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser