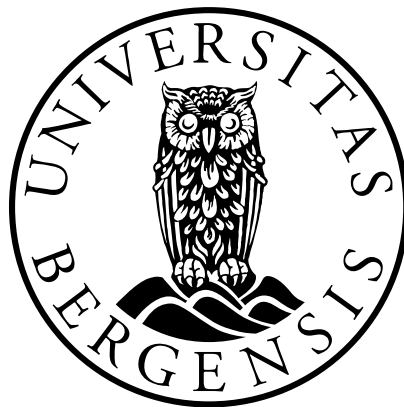


# Hensynet til retts teknisk enkle regler ved objektiv omstøtelse etter dekningsloven

Kandidatnummer: 263

Antall ord: 13 161



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. Juni 2015

# Innholdsfortegnelse

<b>1. Innledning</b> .....	<b>3</b>
<b>1.1 Oppgavens tema</b> .....	<b>3</b>
1.1.1 Nærmere om teamet: skjønnelementet og bevistema.....	3
<b>1.2 Regelverket: omstøtelsesinstituttet</b> .....	<b>5</b>
1.2.1 Formålet til omstøtelsesbestemmelsene.....	5
1.2.2 Virkeområdet til omstøtelsesbestemmelsene.....	6
<b>1.3 Juridisk metode og rettskildene</b> .....	<b>7</b>
<b>1.4 Videre fremstilling</b> .....	<b>8</b>
<b>2. Bakgrunnen for de objektive omstøtelsesbestemmelsene og sentrale hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingene</b> .....	<b>9</b>
<b>2.1 Bakgrunnen for bestemmelsene</b> .....	<b>9</b>
<b>2.2 Hensynet til at bestemmelsene skal være rettsteknisk enkle regler</b> .....	<b>10</b>
2.2.1 Bestemmelsene er absolutte regler .....	10
2.2.1.1 Disposisjoner til nærstående.....	11
2.2.2 Det er ikke vilkår om illojalitet eller tap .....	11
2.2.4 Konsekvens av rettsteknisk enkelhet .....	12
<b>2.3 Forhold som virker i motsatt retning av rettstekniske hensyn: «Omsetningslivets tarv»</b> .....	<b>12</b>
<b>3. Dekningsloven § 5-2</b> .....	<b>14</b>
<b>3.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen</b> .....	<b>14</b>
<b>3.2 Må givers berikelseshensikt være synbar for gavemottaker?</b> .....	<b>16</b>
3.2.1 Problemstillingen.....	16
3.2.2 Rettskildebildet .....	17
3.2.3 Synbarheten vil ikke være et stort problem i praksis.....	18
<b>4. Dekningsloven § 5-5</b> .....	<b>20</b>
<b>4.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen</b> .....	<b>20</b>
<b>4.2 Beløp som «betydelig» forringer skyldnerens betalingsevne</b> .....	<b>21</b>
4.2.1 Hva er «betydelig» forringelse?.....	21
4.2.2 Kan vilkåret presiseres ved en prosentsats? .....	22
<b>4.3 Reservasjonen for ordinære betalinger</b> .....	<b>24</b>
4.3.1 Hva menes med «ordinær» betaling?.....	24
4.3.2 Forhold som kan gjøre betalingen ekstraordinær.....	25
4.3.2.1 Et utgangspunkt.....	25
4.3.2.2 Hvor lenge gjelden har vært forfalt .....	26
4.3.2.3 Skyldners betalingsvaner.....	29
4.3.2.4 Forholdet mellom skyldner og kreditor .....	30
4.3.3 Fordrer ordinærreservasjonen en konkret vurdering? .....	31
<b>5. Dekningsloven § 5-7</b> .....	<b>33</b>
<b>5.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen</b> .....	<b>33</b>
<b>5.2 Skyldner stiller sikkerhet til en långiver</b> .....	<b>34</b>
5.2.1 Problemstillingen.....	34
5.2.2 Tilfeller hvor det er en klar forutsetning hva lånet skal brukes til .....	35
5.2.3 Tilfeller hvor långiver vet eller bør vite hva lånet kan bli benyttet til.....	37
5.2.4 Tilfeller hvor långiver er aktsom uvitende om hva lånet skal benyttes til .....	41
<b>5.3 Skyldner stiller sikkerhet til en kausjonist</b> .....	<b>41</b>
5.3.1 Problemstillingen.....	41
5.3.2 Det eksisterer en klar omgåelsesrisiko .....	42
<b>6. Avsluttende bemerkninger</b> .....	<b>44</b>

**7. Kilder..... 45**

# 1. Innledning

## 1.1 Oppgavens tema

De objektive omstøtelsesbestemmelsene i dekningsloven<sup>1</sup> (deknl.) er ment å være rettsteknisk enkle regler med færrest mulig krevende bevistema og skjønnsmessige kriterier.<sup>2</sup> Slike bestemmelser bidrar til at det blir enklere å klarlegge når konkursboet kan omstøte disposisjoner, som igjen sikrer forutberegnelighet og forhindrer unødvendige prosesser.

Selv om rettstekniske hensyn står sentralt ved de objektive bestemmelsene inneholder bestemmelsene både bevistema og skjønnsmessige elementer. Det kan derfor stilles spørsmål om hvor langt hensynet til rettsteknisk enkle regler gjør seg gjeldende i konflikt med argumenter som kan tale for et større innslag av skjønn, eller mer krevende bevistema.

### 1.1.1 Nærmere om teamet: skjønnselementet og bevistema

Dersom det først sees hen til skjønnselementet kan begrepet skjønn forklares som en vurdering av hva som er «*hensiktsmessig, nyttig, fornuftig og rimelig*».<sup>3</sup> Det er altså tale om større eller mindre grader av ubestemthet i rettsanvendelsen, og begrepet har dermed en varierende størrelse. Der hvor bestemmelsen selv fordrer en skjønnsmessig helhetsvurdering, slik som "*utilbørlig*" deknl. i § 5-9, vil skjønnselementet gjøre seg gjeldende med stor styrke i rettsanvendelsen. Til sammenlikning har man det mindre elementet av skjønn som kommer inn ved de fleste ordlydstolkinger, eksempelvis hvordan "*pådratt*" i deknl. § 5-7 eller "*gave*" i deknl. § 5-2 første ledd skal forstås.

Vilkår som fordrer en skjønnsmessig vurdering finnes også i de objektive omstøtelsesbestemmelsene. Eksempelvis inneholder deknl. § 5-5 vilkår om «*usedvanlig*» betalingsmiddel, «*betydelig*» forringelse av betalingsevnen og «*ordinær*» betaling. Et annet tilfelle som kan innebære en større grad av skjønn er eksempelvis dersom

---

<sup>1</sup> Lov 8.juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.

<sup>2</sup> Se nærmere Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.153 og s.157.

<sup>3</sup> Jon Gisle m.fl, *Jusleksikon*, 3.utgave, 2007, s.300.

lånetilfellet skal falle innunder dekl. § 5-7 første ledd bokstav a). Både i tilknytning til vilkårene etter dekl. § 5-5 og lånetilfellet etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a) oppstår det spørsmål om hvor langt hensynet til retts tekniske enkle regler gjør seg gjeldende når det også er et ønske om mer eller mindre skjønn i rettsanvendelsen.

Hensynet til retts teknisk enkle regler har videre en side mot bevisstemaet. De objektive bestemmelsene er ment å ha forenklede bevisstema.<sup>4</sup> Et klart eksempel på dette er dekl. § 5-10 som fastslår når en disposisjon skal anses foretatt, nemlig på tidspunktet da disposisjonen fikk rettsvern. Det er dermed ikke nødvendig med bevisføring for når disposisjonen ble avtalt eller når den faktisk ble gjort. Det klare bevisstemaet innebærer også at det ikke er adgang til å gjøre unntak basert på en vurdering av rimeligheten i det konkrete tilfellet. Dette ble påpekt i Rt.1988 s.1327, Reksten. Retten uttalte at vilkårene om rettsvern «...gjelder generelt, også for de uklanderlige disposisjoner. Derved unngås tvil og prosedyre om hvilke disposisjoner som er reelle og lojale og hvilke som er tvilsomme. Dette kan virke hardt, men er blitt ansett nødvendig».<sup>5</sup>

Det er imidlertid enkelte spørsmål av ulik art som kan medføre mer omfattende bevisstema. Eksempler på slike spørsmål er om begrepet «gave» i dekl. § 5-2 også inneholder et vilkår om synbarhet for gavemottaker, eller om innvilgelse av pantesikret lån skal omfattes av dekl. § 5-7 første ledd bokstav a) dersom långiver vet at lånet skal eller kan brukes til å innfri usikret gjeld.

Det sentrale i oppgaven vil være et utvalg av de overnevnte problemstillinger, som har det til felles at det blir spørsmål om hvor langt hensynet til retts teknisk enkle regler gis gjennomslag. Det blir altså tale om en avveining av dette hensynet og argumenter som taler for mer eller mindre skjønn eller omfattende bevisstema.

Jeg vil i oppgaven behandle de objektive bestemmelsene som anses å være mest sentrale i praksis, dekl. §§ 5-2, 5-5 og 5-7. Dekningsloven § 5-9 vil likevel bli trukket inn i vurderingene av de enkelte spørsmål etter de objektive bestemmelsene så langt det er nødvendig eller hensiktsmessig. I relasjon til dekl. § 5-2 er spørsmålet om

---

<sup>4</sup> Jf. Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.153.

<sup>5</sup> Jf. Rt.1988 s.1327 side 1331.

gavebegrepet inneholder et krav om synbarhet overfor gavemottaker, i dekl. § 5-5 vil vurderingen knyttes til vilkårene «*betydelig*» og «*ordinær*», og i dekl § 5-7 første ledd bokstav a) er det spørsmål om lånetilfellet og kausjonstilfellet skal omfattes av bestemmelsen. Det nærmere innholdet i disse problemstillingene vil bli forklart underveis.

## **1.2 Regelverket: omstøtelsesinstituttet**

### **1.2.1 Formålet til omstøtelsesbestemmelsene**

Omstøtelsesbestemmelsene finnes i hovedsak<sup>6</sup> i dekl. kapittel 5, og har sammenheng med beslagsretten kreditorene har etter dekl. § 2-2 når skyldner blir begjært konkurs.<sup>7</sup> Etter dekl. § 2-2 kan det kun tas beslag i det som tilhører skyldner på konkurstidspunktet. Omstøtelse innebærer at visse disposisjoner foretatt i en periode forut for konkursåpning<sup>8</sup> kan bli tilsidesatt og tilbakeført til konkursboet slik at kreditorene kan ta beslag i verdiene. Omstøtelsesinstituttet kan dermed anses å komme i forlengelsen av beslagsretten til kreditorene etter dekl. § 2-2.

Når skyldner foretar disposisjoner like før konkursåpning, et tidspunkt hvor det presumeres at han er insolvent,<sup>9</sup> vil det kunne få betydning for de usikrede kreditorene sin mulighet for dekning. Formålet til omstøtelsesbestemmelsene er å beskytte kreditorfellesskapet mot disposisjoner som grunnet sitt innhold er eller antas å være skadelige og illojale mot kreditorfellesskapet.<sup>10</sup> Disposisjonene kan være illojale dersom det skjer en forringelse eller forrykkelse av dekningen til kreditorene,<sup>11</sup> såkalte boforringende eller kreditorbegunstigende disposisjoner.

En forrykkelse av dekningen innebærer at skyldner begunstiger en eller flere kreditorer på bekostning av de øvrige kreditorer. Dersom en kreditor ikke har panterrett for sin fordring og motregning er utelukket, vil det at kreditoren får dekning for fordringen

---

<sup>6</sup> Det eksisterer også en omstøtelsesbestemmelse i forsikringsavtaleloven § 16-2.

<sup>7</sup> Se NOU 1972: 20 s.255 til § 2-1.

<sup>8</sup> Omstøtelsesbestemmelsene i dekl. kap. 5 gjelder også ved forhandling av tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo jf. dekl. § 5-1. Se punkt 1.2.2 nedenfor.

<sup>9</sup> Se konkursloven § 61.

<sup>10</sup> Se Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.157 og NOU 1972: 20 s.281.

<sup>11</sup> Se NOU 1972: 20 s.281.

medføre at han får en bedre stilling enn uten disposisjonen, hvor han egentlig bare hadde hatt krav på dividende.<sup>12</sup> En slik begunstigelse av en kreditor strider mot det grunnleggende hensynet i konkursretten: at de alminnelige kreditorene skal bli behandlet likt når skyldner ikke kan dekke sine forpliktelser. Omstøtelsesreglene skal dermed forhindre at skyldner vilkårlig endrer på dekningsgraden til de usikrede kreditorene.<sup>13</sup>

Videre skal reglene sikre at dekningsgraden heller ikke forringes. En forringende disposisjon innebærer at skyldner tømmer boet for verdier slik at det blir mindre for kreditorene å ta beslag i når konkurs er et faktum. Når skyldner foretar disposisjoner på et tidspunkt hvor det antas at han er insolvent er det i realiteten kreditorenes midler han disponerer over.<sup>14</sup>

Basert på det overstående skal omstøtelsesbestemmelsene på et mer overordnet nivå bidra til et rettferdig oppgjør når skyldneren går konkurs. Dette innebærer både at konkursboet ikke tømmes for aktiva før konkursåpning, og at fordelingen mellom de alminnelige kreditorer følger konkursrettslige fordelingsregler. Eksistensen til omstøtelsesinstituttet har dermed både en preventiv og reparativ funksjon.<sup>15</sup> Når det er en risiko for at disposisjonen kan bli tilsidesatt vil bestemmelsene fungere preventivt. Den reparative siden kommer til uttrykk ved at den annen part må tilbakeføre enten den berikelse han har fått gjennom disposisjonen jf. dekl. § 5-11, eller det tap konkursboet har lidt som følge av disposisjonen jf. dekl. § 5-12.

### **1.2.2 Virkeområdet til omstøtelsesbestemmelsene**

Dekningslovens omstøtelsesbestemmelser gjelder for «*forhandling om tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo*» jf. dekl. § 5-1. I den grad det har betydning for oppgaven vil det kun redegjøres for bestemmelsene ved konkurs. Det

---

<sup>12</sup> Som påpekt av Rune Sæbø, Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser, *Festskrift til Mads Henry Andenæs* 2010 s.302-311, s.302.

<sup>13</sup> Slik Johnny Johansen, Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse, *Lov og Rett* 1996 s.233, s.237.

<sup>14</sup> Se NOU 1972: 20 s.281.

<sup>15</sup> Se Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 3 Omstøtelse, 1992, s.49.

påpekes likevel at fremstillingen vil kunne ha tilsvarende gyldighet for andre tilfeller av fellesforfølgning jf. deknsl. § 5-1.

### 1.3 Juridisk metode og rettskildene

Det primære rettsgrunnlaget for vurderingene vil være dekningslovens bestemmelser. For å få et bidrag til tolkingen av ordlyden må det etter alminnelig juridisk metode sees hen til andre rettskilder.<sup>16</sup> Her står forarbeidene til dekningsloven sentralt.

Forarbeidene vil kunne klarlegge formålet bak omstøtelsesreglene, og hvilke hensyn som er relevante ved tolkingen av bestemmelsene. Ettersom temaet i oppgaven er hvor langt hensynet til retts teknisk enkle regler gis gjennomslag, vil formålet og hensynene bak omstøtelsesinstituttet få stor betydning. I tillegg vil hensyn som i større eller mindre grad gjør seg gjeldende på formuerettens område mer generelt kunne bidra til tolkingen, herunder hensynet til at økonomiske disposisjoner som er godt begrunnet ikke skal forhindres, «omsetningslivets tarv».<sup>17</sup>

Videre vil Høyesterettsavgjørelser være en klar autoritativ rettskilde. Det er mye praksis om omstøtelse og tolkingen av vilkårene. Der hvor Høyesterett uttaler seg om tolkingsspørsmål som oppstår i oppgaven vil det klart få vekt i vurderingen. Underrettspraksis har derimot i utgangspunktet liten rettskildemessig vekt,<sup>18</sup> men kan fungere som illustrasjon av problemstillinger.

Det eksisterer omfattende avhandlinger om innholdet av og forståelsen av omstøtelsesreglene i juridisk teori. Der øvrige rettskilder ikke direkte behandler de spørsmål som vurderes, vil juridisk litteratur, så langt den kan gi bidrag i vurderingene, være en relevant rettskilde.

Omstøtelsesbestemmelsene ble utformet på bakgrunn av et felles nordisk samarbeid.<sup>19</sup> De svenske og danske lovtekstene har nesten tilsvarende omstøtelsesbestemmelser som i dekningsloven, hvor meningsinnholdet i bestemmelsene langt på vei er like. Det tilsier

---

<sup>16</sup> Se nærmere Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, 2004, s.195-224.

<sup>17</sup> Se Kåre Lilleholt, Bruk av reelle omsyn i formueretten, *Jussens Venner* 2000 s.49, s.52.

<sup>18</sup> Slik Nygaard s. 210-211.

<sup>19</sup> Se NOU 1972: 20 s.2.



at rettskilder fra svensk og dansk rett om innholdet i bestemmelsene kan gi bidrag til hvordan dekningslovens bestemmelser skal forstås. Ettersom det er tale om utenlandsk rett, påpekes det at rettskildene ikke vil være direkte overførbar til norsk rett.

## **1.4 Videre fremstilling**

I det følgende vil det først bli gitt en presentasjon av bakgrunnen for de objektive omstøtelsesbestemmelsene, og noen sentrale hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingen av objektiv omstøtelse. Ettersom jeg på noen punkter i oppgaven ser hen til dekl. § 5-9 vil også denne bli presentert kort.

Deretter går oppgaven over på de aktuelle objektive omstøtelsesbestemmelsene jf. punkt 1.1.1. Paragraf 5-2 vil bli behandlet i punkt 3, § 5-5 i punkt 4 og § 5-7 første ledd bokstav a) i punkt 5. I tilknytning til hver bestemmelse vil jeg først gi en kort generell beskrivelse av bestemmelsen, før jeg så går over på den konkrete drøftelsen av de utvalgte enkeltspørsmål som er nevnt i punkt 1.1.1.

Avslutningen i punkt 6 vil bestå av mer generelle betraktninger.

## 2. Bakgrunnen for de objektive omstøtelsesbestemmelsene og sentrale hensyn som gjør seg gjeldende i vurderingene

### 2.1 Bakgrunnen for bestemmelsene

I dekningsloven går det klart skille mellom bestemmelser som ikke har subjektive forhold hos den begunstigede som vilkår for omstøtelse, og bestemmelsen som har slike vilkår. Selv om dekningsloven ikke selv taler om objektive og subjektive bestemmelser, er det vanlig å betegne §§ 5-2,5-5 og 5-7 som objektive bestemmelser, og § 5-9 som den subjektive bestemmelsen. Som vi skal se under er det også andre moment enn subjektive forhold hos den begunstigede som skiller de objektive bestemmelsene fra den subjektive bestemmelsen.

Bakgrunnen for utformingen av de objektive omstøtelsesbestemmelsene var at lovgiver ønsket å gi kreditorfellesskapet en ytterligere beskyttelse i tillegg til den subjektive omstøtelsesreglen, ofte kalt «actio pauliana», nå lovfestet i § 5-9.<sup>20</sup> Bestemmelsen har følgende ordlyd:

*«Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig».*

Det er konkursboet som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt,<sup>21</sup> og boet må derfor bevise at den annen part var i ond tro, at skyldners økonomi ble alvorlig svekket som følge av disposisjonen og at disposisjonen var utilbørlig. Det sistnevnte viser at det kun er de disposisjoner som er kritikkverdige, og da også illojale, som er omstøtelsesverdige.<sup>22</sup> I tillegg er det et vilkår om at disposisjonen «*begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning*» eller «*unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene*

---

<sup>20</sup> Se NOU 1972: 20 s.281-282.

<sup>21</sup> Slik NOU 1972: 20 s.298.

<sup>22</sup> Se Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.170.

*til dekning for fordringshaverne» eller «forøker skyldnerens gjeld til skade for dem» jf. dekl. § 5-9. Ordlyden i disse tre alternativene sett i sammenheng med at boet kan kreve tilbakeført tapet de har lidt jf. dekl. § 5-12, viser at disposisjonen må ha medført et tap for de øvrige kreditorer for at disposisjonen kan omstøtes.*

Det overstående illustrerer at den subjektive bestemmelsen gir opphav til vanskelige bevisemaer som ikke sjeldent vil by på problemer for konkursboene. Konsekvensen vil være at mange av disposisjonene som egentlig burde vært omstøtt blir stående.<sup>23</sup> Konkursboene kan da oppleve at det er mindre for kreditorfellesskapet å ta dekning i. Når bevisemaene blir for mange og komplekse vil det også bidra til flere tvister. Som uttalt i forarbeidene er det fra konkursboets side *«vesentlig at reglene om omstøting er klare og gir minst mulig grunnlag for tvist»*.<sup>24</sup> Behovet for regler som gjør det enklere for boet å omstøte, som også bidrar til å redusere tvister, var derfor nødvendig.

## **2.2 Hensynet til at bestemmelsene skal være retts teknisk enkle regler**

### **2.2.1 Bestemmelsene er absolutte regler**

På bakgrunn av det overstående er de objektive omstøtelsesbestemmelsene søkt utformet som retts teknisk enkle regler. Den retts tekniske enkelheten vises for det første gjennom at lovgiver har utformet såkalte absolutte omstøtelsesbestemmelser.<sup>25</sup> I dette ligger det at konkursboet verken må føre bevis for skyldners insolvens på tidspunktet for disposisjonen, eller at den andre part var i ond tro.<sup>26</sup> At insolvens ikke er et vilkår følger klart av ordlyden i dekl. §§ 5-2, 5-5 og 5-7 første ledd. For det første fordi det ikke stilles opp et slikt vilkår i første ledd, og når første ledd leses i sammenheng med andre ledd hvor det oppstilles unntak fra omstøtelse dersom det påvises utvilsom solvens. Når solvensvilkåret i annet ledd ikke er en del av hovedregelen i første ledd, bidrar det til en bevismessig forenkling for konkursboet.

---

<sup>23</sup> Som påpekt i NOU 1972: 20 s.282.

<sup>24</sup> Jf. Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.161.

<sup>25</sup> Se NOU 1972: 20 s.282 og 292.

<sup>26</sup> Som vist til i NOU 1972: 20 s.292.

### 2.2.1.1 Disposisjoner til nærstående

Både dekl. §§ 5-2, 5-5 og 5-7 er utformet med et andre ledd som regulerer omstøtelse av disposisjoner som er foretatt til en nærstående mellom ett og to år før fristdagen. Såfremt man er innenfor den utvidede tidsfristen på to år, er det adgang for den nærstående til å føre bevis for at skyldner var «*utvilsomt solvent*» på tidspunktet for disposisjonen for å forhindre omstøtelse.<sup>27</sup> Er disposisjonen foretatt til en nærstående medfører det at solvensen til skyldner kan bli et bevisstema, som igjen kan vanskeliggjøre omstøtelsen for konkursboet. Hensynet til at konkursboet skal ha enkle regler blir derimot ivaretatt ved at det er den nærstående som har bevisbyrden for skyldners solvens, samt at det må bevises at solvensen var «*utvilsom*».<sup>28</sup>

### 2.2.2 Det er ikke vilkår om illojalitet eller tap

Etter de objektive bestemmelsene er det heller ikke et vilkår at disposisjonen faktisk var illojal. Årsaken er at når skyldner foretar en disposisjon med et nærmere definert innhold, på et tidspunkt hvor det antas at han er insolvent, er det en presumsjon for at den annen part har vært i ond tro og at disposisjonen er illojal overfor kreditorfellesskapet.<sup>29</sup>

I forbindelse med etterkontrollen av konkurslovgivningen foreslo Falkangerutvalget å lovfeste et vilkår om tap for konkursboet for at omstøtelse etter de objektive omstøtelsesbestemmelsene kunne foretas. Bakgrunnen var at ettersom formålet med omstøtelsesreglene er å verne de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner, ville det være urimelig å omstøte en disposisjon som ikke hadde påført boet tap.<sup>30</sup> Departementet fulgte ikke opp forslaget. Bakgrunnen var at et tapsvilkår ville medføre at de objektive omstøtelsesbestemmelsene ble vanskeligere å håndtere i praksis, og dermed innebære en klar begrensning for rekkevidden til bestemmelsene.<sup>31</sup> Departementet fremhevet at det veldig ofte vil foreligge et tap for konkursboet og at

---

<sup>27</sup> Se dekl. § 5-2 andre ledd, § 5-5 andre ledd og § 5-7 andre ledd.

<sup>28</sup> Se Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.162.

<sup>29</sup> Se NOU 1972: 20 s.282.

<sup>30</sup> Se uttalelser i NOU 1993: 16 s.113-114

<sup>31</sup> Se nærmere Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.153.

tapsvilkåret dermed ville hatt liten praktisk betydning.<sup>32</sup> Det er senere uttalt i rettspraksis at det ikke er et vilkår at de øvrige kreditorene har lidt et tap som følge av disposisjonen.<sup>33</sup>

#### **2.2.4 Konsekvens av retts teknisk enkelhet**

Det overstående viser at hensynet til retts teknisk enkle regler har kommet til uttrykk gjennom manglende vilkår om tap, illojalitet, insolvens og ond tro for den annen part. En konsekvens av dette er at de objektive bestemmelsene kan ramme et større eller mindre antall tilfeller hvor skyldner verken var insolvent på tidspunktet for disposisjonen eller den annen part var i ond tro om skyldners økonomiske stilling. I slike situasjoner vil disposisjonen vanskelig anses å være illojal mot kreditorfellesskapet etter en konkret vurdering. Dersom disposisjonen omstøtes kan konkursboet kreve at den annen part fralegger seg den berikelsen han har fått som følge av disposisjonen jf. dekl. § 5-11. Overfor en godtroende part kan det derfor være inngripende dersom han må gi tilbake noe han i god tro har mottatt. Retts tekniske hensyn medfører dermed at de objektive bestemmelsene kan ramme nokså hardt i visse tilfeller.

### **2.3 Forhold som virker i motsatt retning av retts tekniske hensyn: «Omsetningslivets tarv»**

Et hensyn som virker i motsatt retning av hensynet til retts tekniske enkle regler er hensynet til «omsetningslivet tarv». Omsetningslivet er avhengig av at transaksjoner kan gå hurtig, at forpliktelser kan gjøres opp uten for mange hindringer, og at disposisjoner kan foretas uten at en må undersøke den annen parts økonomiske situasjon hver gang.<sup>34</sup> Dette særlig i dagens samfunn som preges av finansinstitusjoner med mange kunder og nye kredittgivningsmetoder.<sup>35</sup> Disposisjoner hvor omsetningsinteressene gjør seg gjeldende, og som dermed kan anses å ha gode grunner for seg, skal ikke røkkes ved. Ellers ville det skapt usikkerhet og forårsaket økte

---

<sup>32</sup> Se Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.153.

<sup>33</sup> Se eksempelvis Rt.2008 s.1170 avsnitt 50.

<sup>34</sup> Se Huser s.264.

<sup>35</sup> Slik som påpekt av Gertrud Lennander, Återvinning i konkurs, 3. Utgave, 2004, s.30.

transaksjonskostnader for omsetningslivet. En kan se det slik at hensynet til omsetningsinteressene kommer inn som en begrensning for å hindre at de objektive bestemmelsene rekker for langt. Ved tolkingen og vurderingen av de objektive omstøtelsesbestemmelsene vil derfor særlig to hensyn stå mot hverandre, hensynet til kreditorfellesskapet på den ene siden og hensynet til omsetningsinteressene på den andre.

## 3. Dekningsloven § 5-2

### 3.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen

Dekningslovens § 5-2 regulerer omstøtelse av gavedisposisjoner. Begrunnelsen for bestemmelsen er at en gavedisposisjon forringer dekningen til de usikrede kreditorene. Dette er ut i fra en betraktning om at når skyldner gir en gave, på et tidspunkt hvor det presumeres at han er insolvent, blir gaven i realiteten gitt på kreditorenes bekostning.<sup>36</sup>

Paragraf 5-2 første ledd fastslår at

*«Gave som skyldneren har fullbyrdet senere enn ett år før fristdagen, kan omstøtes».*

Ordlyden av «gave» tilsier at det må være tale om vederlagsfri disposisjon, eller en disposisjon hvor ytelsen fra mottaker står i et klart verdimesig misforhold til det som han mottar. Forarbeidene uttaler at en må «bygge på det tradisjonelle begrep, slik det er fastsatt i praksis og doktrin».<sup>37</sup> I Rt.1996 s.1647, Bruvik, ble «gave» definert som en formuesforskyvning som har skjedd med den hensikt å berike mottakeren. Tilsvarende definisjon er også lagt til grunn i teorien.<sup>38</sup>

Basert på det overstående kan en «gave» anses å omfatte et objektivt og et mer subjektivt element. Det førstnevnte elementet innebærer at det må foreligge en forskyvning av formue fra skyldner til mottaker, slik at givers formue reduseres mens mottakers formue øker. At det må være tale om en disposisjon med økonomisk verdi har sammenheng med beslagsretten etter dekl. § 2-2.<sup>39</sup> Etter bestemmelsen kan kreditorene ta dekning i «ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagtiden [...] som kan selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger». Omstøtelse skal gi mulighet for kreditorene til å ta beslag i formuesgode som om disposisjonen ikke hadde funnet sted jf. punkt 1.2.1. Dersom disposisjonen ikke har formuesverdi vil omstøtelse

---

<sup>36</sup> Se NOU 1972: 20 s.281.

<sup>37</sup> Jf. NOU 1972: 20 s.285. Lignende formulering i Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.160.

<sup>38</sup> Se Sjur Brækhus, *Materiell konkurs og eksekusjonsrett*, 1968 s.109, Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, 1985, s.31, Huser s.135-139 og Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3.utgave, 2009, s.292.

<sup>39</sup> Som påpekt av Huser s.135.

ikke ha noen hensikt, nettopp fordi konkursboet ikke ville hatt mulighet til å ta dekning i formuesgodet etter dekl. § 2-2.

Når det gjelder kravet om berikelseshensikt må disposisjonen ha preg av gavmildhet eller utgjøre en gavmildhetsakt.<sup>40</sup> Giver må altså ha et ønske om å berike mottaker. I Rt.2014 s.1248 var det spørsmål om det forelå en gave. Saken var på familierettens område, og gavebegrepet har ikke nødvendigvis samme innhold der som på konkursrettens område. Retten hadde likevel en generell bemerkelse om gavehensikten som må anses å gjelde også utenfor familierettens område. Det ble uttalt at «*Poenget er at visse typer transaksjoner, typisk forretningsmessige transaksjoner og transaksjoner som finner sted for å oppfylle rettslige forpliktelser, må holdes utenfor, selv om de innebærer en formuesforskyvning. Det kan foreligge gavehensikt selv om den som yter gaven også har andre motiver enn å berike mottakeren*».<sup>41</sup>

Uttalelsen taler for at dersom disposisjonen er begrunnet i forretningsmessige interesser vil det ikke foreligge en gave i dekningslovens forstand. En kan se det slik at berikelseshensikten er med på å avgrense mot disposisjoner hvor omsetningsinteressene gjør seg gjeldende. På en annen side viser uttalelsen at selv om det kan foreligge andre interesser vil det fortsatt være tale om en gave dersom givers hovedhensikt med disposisjonen er å berike mottaker.

Sett i relasjon til ønsket om at bestemmelsen skal være rettsteknisk enkel kan vilkåret om berikelseshensikt anses å være noe problematisk. For hva er det som egentlig menes med at giver har til *hensikt* å berike mottaker? Skal en i vurderingen av berikelseshensikten gå helt subjektivt til verks? Eller skal man heller se hen til hva som utad fremstår som disposisjonens formål? Dette er spørsmål som ikke skal besvares her, men spørsmålene illustrerer at elementet berikelseshensikt er beheftet med en del spørsmål som kan skape bevismessig tvil for konkursboet.

På en annen side har lovgiver gjort det enklere for boet å omstøte visse andre gavedisposisjoner. Dersom det sees hen til dekl. §§ 5-2 fjerde ledd og 5-4, regulerer

---

<sup>40</sup> Se Sandvik s.31, Huser s.138 og Andenæs s.298.

<sup>41</sup> Jf. Rt.2014 s.1248 avsnitt 44.



disse henholdsvis formuesoverføringer fra en ektefelles rådighetsdel og urimelig lønnsutbetaling til nærstående. Begge bestemmelser fastslår at slike disposisjoner skal anses som «gave» etter § 5-2 første ledd.<sup>42</sup> Det interessante i dette henseende er at bestemmelsene viser til *formue*, *formuesforskyvning* og *beløp*, og ikke gave.<sup>43</sup> Ut i fra ordlyden vil det være nok å påvise at det har skjedd en formuesoverføring for at gave skal foreligge. Med andre ord: konkursboet trenger ikke å føre bevis for at giver hadde berikelseshensikt. Lovgiver har altså ivaretatt hensynet til retts teknisk enkle regler i enda større grad etter disse bestemmelsene enn etter dekl. § 5-2 første ledd, og slik lettet situasjonen for konkursboet i disse tilfellene.

## 3.2 Må givers berikelseshensikt være synbar for gavemottaker?

### 3.2.1 Problemstillingen

Det som er gjort gjeldende overfor viser at innholdet i begrepet «gave» i utgangspunktet knytter seg til forholdene på givers/skyldners side. Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvorvidt givers berikelseshensikt også må være synbar overfor mottakeren for at disposisjonen skal anses som en gave i dekningslovens forstand. En situasjon som kan illustrere problemstillingen er: Et formuesgode selges til spottpris og skyldner har hensikt om å berike mottaker, men mottaker tror det er et vanlig kjøp.<sup>44</sup> Skal disposisjonen i et slikt tilfelle omstøtes selv om det ikke foreligger indikasjoner på at giver har gavehensikt?

Dersom givers berikelseshensikt også må være synbar for gavemottaker vil det gi flere bevismessige problemer for konkursboet, enn hvis det kun er nødvendig å bevise givers berikelseshensikt. Det vil i så tilfelle medføre at § 5-2 første ledd i enda større grad kommer i konflikt med hensynet til retts teknisk enkle regler.

---

<sup>42</sup> Jf. § 5-2 fjerde ledd første punktum og § 5-4 første ledd.

<sup>43</sup> Se § 5-2 fjerde ledd første og annet punktum og § 5-4 bokstav a) og b).

<sup>44</sup> Som vist til av Erlend Haaskjold, Gavers stilling i konkurs, *Jussens Venner* nr.05 2014 s.265.

### 3.2.2 Rettskildebildet

Ordlyden av «*gave*» tilsier i realiteten ikke mer enn det som er lagt til grunn i punkt 3.1.2. Slik de objektive omstøtelsesbestemmelsene er utformet, og hensynet bak bestemmelsene, kan likevel tale for at «*gave*» skal vurderes objektivt. Det vil si en vurdering knyttet til hvordan rettsanvenderen ser disposisjonen fra givers sted, uavhengig av hvordan det fremstår på mottakersiden. På en annen side stenger ikke den naturlige forståelsen av ordlyden for at en også må se hen til hvordan disposisjonen fremstår på mottakersiden.

Spørsmålet om synbarhet er ikke behandlet i forarbeidene, og kan heller ikke anses å være vurdert direkte i praksis. Det kan derimot stilles spørsmål om det som førstvoterende uttalte om innholdet av gavebegrepet i den overnevnte dommen, Rt.1996 s.1647, stenger for et synbarhetsvilkår. Førstvoterende viste kun til at giver må ha berikelseshensikt, og uttalte ikke noe om at hensikten også må være synbar for mottaker. Det kan tilsi at gavebegrepet ikke inneholder et synbarhetsvilkår. På en annen side var den omtvistede disposisjonen i saken mellom to selskaper, og ble foretatt av en person som var daglig leder i begge selskapene. Samme person satt altså både på giver- og mottakersiden. Denne omstendighet taler for at retten ikke hadde en oppfordring til å vurdere synbarhetsspørsmålet. Dommen kan derfor vanskelig anses å trekke mer i den ene retning enn den andre.

I teorien er meningene om problemstillingen delte.<sup>45</sup> Begrunnelsen for å oppstille et synbarhetsvilkår overfor gavemottaker er at en gavedisposisjon har visse ytre kjennetegn, og det vil ikke være rimelig å omstøte disposisjonen dersom mottaker ikke har blitt varslet om disposisjonen gjennom disse ytre kjennetegnene.<sup>46</sup> Mot dette argumenteres det for at dekl. § 5-2 er en objektiv omstøtelsesregel, hvor man bør se på de økonomiske realiteter.<sup>47</sup>

De objektive reglene er ment å lette situasjonen for konkursboet sammenlignet med § 5-9. Å innfortolke et vilkår om at berikelseshensikten må være synbar overfor mottaker vil

---

<sup>45</sup> Sandvik s.32 og Brækhus 1968 s.109 oppstiller et synbarhetsvilkår men motsatt Huser s.145-146.

<sup>46</sup> Slik Sandvik s.32 og Sjur Brækhus, *konkursrett- utvalgte emner*, 1970 s.100 jf. Brækhus 1968 s.109.

<sup>47</sup> Se Huser s.145 som fremhever at det avgjørende må være «*om disposisjonen for rettsanvenderen objektivt sett...fremtrer som hovedsaklig begrunnet i et ønske hos debitor om å berike mottakeren...*».

kunne by på bevismessige problemer. Disse omstendigheter vil kunne stride mot bestemmelsens retts tekniske enkelhet og vernet som konkursboet er ment å ha. Bestemmelsens objektive utforming tilsier helt klart at hva som er synlig for mottaker ikke skal være avgjørende for at disposisjonen skal anses som en gave.

Ved gavedisposisjoner er det også en sterk presumsjon for kreditorsvik.<sup>48</sup> Dette har sin bakgrunn i at det ikke er noen omsetningsinteresse som gjør seg gjeldende ved vederlagsfrie disposisjoner. Ut i fra et konkursrettslig synspunkt vil disposisjonen dermed sjeldent være begrunnet i noe annet enn å unndra verdier fra kreditorfellesskapet. Disse forhold taler for at det ikke skal være av betydning hvordan disposisjonen fremstår på mottakersiden.

Fraværet av et synbarhetsvilkår kan imidlertid tale for at bestemmelsen da rekker for langt. Dersom disposisjonen skal omstøtes uten at mottaker har fått indikasjoner på at det er tale om gave, vil det ramme den begunstigede hardt. Innrettelseshensynet kan også anses å ha sammenheng med den preventive funksjon som omstøtelsesbestemmelsene skal ha jf. punkt 1.2.1. Hvis givers berikelseshensikt ikke er synbar kan det være vanskelig å skulle avstå fra disposisjonen på bakgrunn av risikoen for omstøtelse.

### **3.2.3 Synbarheten vil ikke være et stort problem i praksis**

Et sentralt poeng er imidlertid at gaver vanligvis blir gitt til noen som står skyldner nær. Når formuesgoder gis til nærstående vil tilfellet svært ofte være at mottaker, basert på den nære relasjonen han har til giver, er eller bør være kjent med disposisjonen og motivet bak den. Av denne grunn vil det sjeldent føre frem at den nærstående ikke har fått indikasjoner på at giver ønsket å berike ham.<sup>49</sup> Givers gavehensikt vil derfor normalt være synlig, og det vil derfor ikke være et særlig problem i praksis å bevise at vilkåret er oppfylt. Hensynet til retts teknisk enkle regler kan dermed ikke anses å bli vesentlig svekket hvis et synbarhetsvilkår oppstilles.

---

<sup>48</sup> Se uttalelse i Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.161.

<sup>49</sup> Som vist til av Haaskjold s.266.

At gaver normalt blir gitt til skyldners nærmeste taler på den andre siden for at det ikke er nødvendig å oppstille et synbarhetsvilkår. Dette grunnet at et synbarhetsvilkår i realiteten kun vil få selvstendig betydning i situasjoner hvor skyldner gir en gave til noen andre enn hans nærmeste. Når det i praksis er så få av disse tilfellene er det i realiteten ikke er nødvendig å oppstille et synbarhetsvilkår. En slik løsning vil også være mest i samsvar med det forhold at dekl. § 5-2 første ledd skal være en retts teknisk enkel regel.

## 4. Dekningsloven § 5-5

### 4.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen

Paragraf 5-5 regulerer tilfellet hvor skyldner foretar en ekstraordinær gjeldsinnbetaling innen tre måneder før konkursåpning. Når skyldners økonomiske stilling er svak vil en gjeldsbetaling til en usikret kreditor, som ikke kan oppnå full dekning gjennom motregning eller panterett, innebære en begunstigelse av kreditoren. En slik disposisjon forrykker dekningen kreditorene imellom og kan derfor være illojal overfor de øvrige kreditorene.<sup>50</sup> Formålet med § 5-5 er da å ramme de betalinger som en kan tenke ikke ville blitt gjort dersom skyldner hadde vært solvent.

Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder som følger:

*«Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær».*

Som bestemmelsen gir en anvisning på må rettsanvenderen gjennom to steg for at betalingen kan omstøtes: betalingen må for det første omfattes av et av de tre betalingsalternativene, og for det andre må den ikke fremstå som ordinær.<sup>51</sup>

Det kreves i tillegg at den vesentlige hensikten med disposisjonen har vært å dekke gjeld for at det skal være tale om en omstøtelig betaling etter § 5-5.<sup>52</sup> Som et eksempel kan det sees hen til Rt.2008 s.1170, Skatland. Her var et av spørsmålene om det forelå «betaling av gjeld». Rema hadde her overtatt hele varelageret og en del av driftstilbehøret fra franchisetakeren, Skatland. Dette medførte at Rema fikk dekning for sitt krav på Skatland, og det ble i realiteten foretatt en motregning. Etter franchiseavtalen hadde Rema adgang til både å overta varelager og motregne med krav på Skatland. Rema anførte at oppgjørsmåten ble foretatt for å sikre kontinuitet i driften,

<sup>50</sup> Slik som vist til i NOU 1972: 20 s.281.

<sup>51</sup> Tilsvarende ordinærreservasjon finnes i den svenske Konkurslag § 4-10 og danske Konkursloven § 67.

<sup>52</sup> Som uttalt i Rt.2008 s.1170 avsnitt 45 jf. Huser s.223.

og at de dermed ikke hadde primær dekningshensikt. Retten fant at en smidig overgang ikke var betinget av at varelageret og driftstilbehøret ble overtatt, da samme kontinuitet ville blitt oppnådd hvis Skatland hadde betalt inn et vederlag.<sup>53</sup> Den vesentlige hensikten med motregningen var dermed at Rema skulle få dekket sitt krav på Skatland.

Fokuset videre vil være på vilkårene «*betydelig*» forringelse av betalingsevnen og «*ordinær*» betaling. Vurderingen er hvor langt hensynet til retts teknisk enkle regler gis gjennomslag i relasjon til disse vilkårene.

## 4.2 Beløp som «betydelig» forringer skyldnerens betalingsevne

### 4.2.1 Hva er «betydelig» forringelse?

Som nevnt er betaling med beløp som «*betydelig har forringet skyldners betalingsevne*» et av de tre alternative betalingene som kan omstøtes etter § 5-5 første ledd.

Hva som er en «*betydelig*» forringelse av betalingsevnen er ikke klart. Den naturlige forståelsen av ordlyden tilsier at det må være tale om betaling med et stort beløp for at betalingsevnen skal bli betydelig forringet. Det taler videre for at en må over en viss terskel. Forarbeidene sier ikke noe om hvor en eventuell grense skal gå men at det er «*beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet*» som er det sentrale.<sup>54</sup> Uttalelsen viser at beløpets absolutte størrelse ikke nødvendigvis vil være avgjørende: beløpet må uansett sees i lys av skyldners betalingsevne.

Vilkåret foreskriver dermed en konkret skjønnsmessig vurdering, og bestemmelsen kan derfor være en komplisert regel for konkursboet å forholde seg til. Under høringsrunden i forbindelse med vedtagelse av dette betalingsalternativet og ordinærreservasjonen i § 5-5 ble det utvist noe skepsis. Det ble uttalt at «*...en adgang til omstøtelse på objektivt grunnlag [bør] knyttes til meget presise betingelser. Jo mer upresise betingelsene er, jo lettere vil det oppstå tvist...*».<sup>55</sup> Departementet mente likevel at uten en slik regel ville

---

<sup>53</sup> Se Rt.2008 s.1170 avsnitt 51.

<sup>54</sup> Jf. NOU 1972: 20 s.291.

<sup>55</sup> Jf. Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.167.

konkursboet bli stående igjen med den subjektive bestemmelsen i § 5-9, hvor boet ofte ville komme til kort.<sup>56</sup>

Det er klart at dekl. § 5-5 er en enklere bestemmelse bevismessig enn dekl. § 5-9.<sup>57</sup> Konkursboet står derfor i en bedre stilling etter dekl. § 5-5 enn etter dekl. § 5-9. Til tross for dette vil det skjønnsmessige vilkåret «*betydelig*» likevel kunne by på utfordringer. Hensynet til at de objektive reglene skal være enkle og håndterbare i praksis tilsier at vilkåret bør presiseres i noe grad. Dette vil bli drøftet nedenfor.

#### **4.2.2 Kan vilkåret presiseres ved en prosentsats?**

I teorien er behovet for en enkel regel påpekt, og det er også gjort et forsøk på å angi hvor grensen kan ligge. Huser antyder en grense på 10-25 % , som kanskje kan avkortes til 15-20 %.<sup>58</sup> Andenæs henviser til Husers grense på 10-25 %, men presiserer at det kun er en tommelfingerregel og at det uansett må foretas en konkret vurdering.<sup>59</sup>

Det finnes eksempler på at prosentsatser er blitt brukt i rettspraksis. I Rt.2008 s.1170, Skatland, la retten uten videre begrunnelse til grunn at en forringelse på 67 % av skyldners tilgjengelige dekningsmidler var vesentlig. I LG-2006-17565 viste retten til at en reduksjon på 15-20 % av betalingsevnen ville være betydelig, og ettersom betalingen hadde redusert betalingsevnen med 27 % var vilkåret oppfylt. Lagmannsretten i LB-2001-2709 mente at en forringelse på 13,5 % av betalingsevnen var nok til å anse vilkåret oppfylt. Et eksempel på den andre siden er RG.2009 s.129 (Eidsivating) hvor det ble lagt til grunn at en forringelse på 5,6 % ikke var «*betydelig*».

Det kan likevel ikke fastslås at det har festet seg en bestemt prosentsats i praksis. Årsaken er at det nesten utelukkende er tale om underrettspraksis, det er et begrenset antall dommer og prosentsatsene varierer nokså mye fra den grensen som er antydnet i teorien. Dommene illustrerer imidlertid at en prosentsats er blitt brukt i vurderingen av om vilkåret er oppfylt.

---

<sup>56</sup> Se Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.167.

<sup>57</sup> Se punkt 2.1 om vilkårene etter § 5-9.

<sup>58</sup> Se Huser s.314.

<sup>59</sup> Se Andenæs s.326.

Det kan stilles spørsmål ved om en prosentsats i det hele tatt bør brukes i vurderingen, eller om det hele bør avgjøres mer konkret. I Rt.1999 s.64, Teamcon, refinansierte skyldner sin gjeld, og stilte sikkerhet til ny långiver. Deretter ble lånemidlene brukt til å nedbetale et stort gjeldskrav. Spørsmålet var om betalingen medførte en betydelig forringelse av betalingsevnen. I stedet for å foreta en forholdsmessighetsvurdering mellom det betalte beløp og likviditeten til skyldner, ble det vist til at vurderingen berodde på den økonomiske situasjonen til selskapet før og etter betalingen. Grunnet at refinansieringen innebar fordeler for selskapet gjennom blant annet lavere renteutgifter og avdragsfrihet, og at selskapet klarte å betale sine fordringer etter hvert som de forfalt, kom retten til at betalingsevnen ikke ble betydelig forringet.

Måten retten vurderte betalingsevnen til skyldner på, ved se mer helhetlig på den økonomiske situasjonen etter betalingen, underbygger at vurderingen av hva som er en betydelig forringelse bør avgjøres konkret. Det kan igjen tale for at en prosentsats ikke bør brukes i vurderingen.

Samme synspunkt har Lilleholt, som argumenterer for at der hvor rettsanvenderen må bruke konkret skjønn skal en ikke lage regel ut av skjønnet. Han uttaler i tilknytning til § 5-5 og vilkåret «*betydelig*» forringelse at «*Hadde lovgjevaren ønskt ein prosentsats, ville satsen ha stått i lova*». <sup>60</sup>

Det å basere *hele* vurderingen på en gitt prosentsats vil ikke være riktig når vilkåret fordrer en skjønsmessig vurdering. En skal ikke innfortolke regler som lovgiver bevisst ikke har gitt. Samtidig er det ønskelig å presisere vilkåret i noe grad. <sup>61</sup> Av hensyn til at bestemmelsen skal være rettsteknisk enkel, er det etter mitt syn behov for å ha noen entydige holdepunkter som rettsanvenderen kan støtte seg på. Uttalelsen til Lilleholt eller rettens vurdering i Teamcon-dommen utelukker ikke at en prosentsats kan være *en del* av vurderingen. Ut i fra det som fremgår av praksis foreligger det ikke klare momenter for hvor stor forringelsen må være for at «*betydelig*» er oppfylt. Den

---

<sup>60</sup> Jf. Kåre Lilleholt, Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2002 s.62-75, s.74.

<sup>61</sup> Som også Andenæs s.326 note 44 påpeker i tilknytning til Lilleholts uttalelse: «*Bare å henvise til en skjønsmessig helhetsvurdering i det enkelte tilfelle blir...intetsigende*».



prosentatsen som er angitt i teorien vil da kunne gi verdifull veiledning i vurderingen, og medføre at bestemmelsen kan bli noe enklere å håndtere. Dette vil vanskelig stride mot det konkrete skjønnets som må utøves, nettopp fordi prosentatsen kun er ment som en veiledning i det konkrete tilfellet.<sup>62</sup>

I tillegg til en prosentats som et holdepunkt i helhetsvurderingen kan det tenkes at eksempelvis den graden av sikkerhet som betalingsevnen er tilknyttet, slik som i Teamcon-dommen, kan være et ytterligere moment. Videre, dersom det er tale om betaling med et stort beløp, kan også beløpets absolutte størrelse tenkes å være en veiledende faktor.

## 4.3 Reservasjonen for ordinære betalinger

### 4.3.1 Hva menes med «ordinær» betaling?

Selv om betalingen omfattes av et av de tre betalingsalternativene i § 5-5 første ledd kan den likevel ikke omstøtes dersom den etter forholdene fremtrådte som «*ordinær*».

Den naturlige forståelsen av «*ordinær*» tilsier ikke mer enn at betalingen må være normal for at den skal stå seg. Ordlyden er dermed vid og innehar et sterkt skjønnselement. Forarbeidene sier ikke noe om hva ordinærreservasjonen skal omfatte generelt sett, men viser i stedet til hvilken betydning reservasjonen kan få i tilknytning til hvert av de tre betalingsalternativene.

Dersom det sees hen til hensynet bak omstøtelsesbestemmelsen vil ordlyden kunne tolkes som at betalingen ikke er ordinær dersom den kan anses å ha et illojalt preg. Det vil kunne være tilfellet dersom skyldners økonomiske stilling er vanskelig og han betaler til en usikret kreditor for å bedre hans stilling. Motsatt vil betalingen kunne fremtre som ordinær hvis den inngår som en del av betalinger som vanligvis foretas, og som ville blitt gjort uavhengig av skyldners vanskelige økonomi.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Slik også LH-2010-56746 hvor lagmannsretten viser til at en prosentats ikke kan få avgjørende betydning i vurderingen av «*betydelig*».

<sup>63</sup> Lennander s.247 uttaler at en normal betaling tilsier en betaling som «*inte har något med gäldenärens betalningssvårigheter och förestående konkurs att göra*».

Synspunktet støttes av rettspraksis hvor det vises til at ordinærreservasjonen er gitt på bakgrunn av alminnelige omsetningsinteresser.<sup>64</sup> Som førstvoterende i Rt.2008 s.1170 uttaler må det «...foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer».<sup>65</sup> Uttalelsen taler for betalinger som er forsvarlige, der hensynet til omsetningslivet gjør seg gjeldende, skal bli stående. I vurderingen av om betalingen er ordinær vil det således bli en avveining mellom hensynet til likebehandling av kreditorene og hensynet til omsetningsinteressene jf. punkt 2.3.

Videre underbygger uttalelsen at rettsanvenderen må foreta en helhetlig og skjønnsmessig vurdering av betalingen. Vilkåret som ble behandlet i punkt 4.2 tilsa at en måtte over en viss terskel for at vilkåret skulle være oppfylt. Noe tilsvarende terskel kan vanskelig finnes igjen i «ordinær» ettersom vilkåret kun viser til hva som er normalt. Reservasjonen for ordinære betalinger kan derfor i enda større grad anses å stå i konflikt med retts tekniske hensyn.

Av hensyn til at bestemmelsen skal fungere som en enkel regel kan det tilsi, på lik linje som i punkt 4.2, at det er behov for å normere skjønnet til en viss grad gjennom momenter eller retningslinjer.

Den videre analysen vil knytte seg til hvilke momenter eller retningslinjer som kan få betydning i vurderingen av om betalingen er ordinær. Det vil kun redegjøres for ordinærreservasjonen i relasjon til det tredje betalingsalternativet i § 5-5 første ledd, betaling med beløp som «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne».

## **4.3.2 Forhold som kan gjøre betalingen ekstraordinær**

### **4.3.2.1 Et utgangspunkt**

Ordlyden i § 5-5 første ledd viser til at betalingen etter forholdene ikke «fremtrådte som ordinær». Den naturlige forståelsen av ordlyden tilsier at det skal foretas en bedømmelse av betalingen slik den omfattes om omverdenen. Ut i fra en slik tolking er

---

<sup>64</sup> Se Rt.1997 s.1623 side 1627.

<sup>65</sup> Jf. Rt.2008 s.1170 avsnitt 48.

det kun objektive faktorer som kan tillegges vekt i vurderingen. Dette støttes av forarbeidene som påpeker at det er betalingens ekstraordinære karakter objektivt sett som skal bevises.<sup>66</sup>

Forarbeidene uttaler følgende om ordinærreservasjonen i tilknytning til tredje betalingsalternativ i § 5-5 første ledd: «*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...som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid*».<sup>67</sup>

Det gis dermed klart uttrykk for hvilke betalinger som er ordinære, nemlig de som er gjort som en del av den vanlige driften til skyldner. På den andre siden fremheves det at særlig betaling av forfalt gjeld vil kunne medføre at betalingen blir ekstraordinær. Det er dermed naturlig å ta utgangspunkt i det sistnevnte forhold i den videre analysen av ordinærreservasjonen.

#### **4.3.2.2 Hvor lenge gjelden har vært forfalt**

Hvor lenge gjelden har vært misligholdt vil være et relevant forhold i vurderingen. Dette fordi at desto lengre tid som går fra det opprinnelige forfallstidspunktet, jo mer tilsier det at betalingen har et ekstraordinært preg.<sup>68</sup> Årsaken er at når skyldner betaler gjeld som har vært forfalt i lengre tid, og skyldners økonomiske stilling er svak, er det rimelig å anta at betalingen er gjort for å unngå at kreditoren skal lide tap ved en eventuell konkurs.

Det å fastslå hvor lang tid som har gått fra opprinnelig forfallstidspunkt til tidspunktet betalingen ble foretatt vil sjelden være problematisk. Tidsmomentet i seg selv er derfor i samsvar med at det i vurderingen bør være færrest mulig elementer som kan by på tvil.

---

<sup>66</sup> Se NOU 1972: 20 s.292.

<sup>67</sup> Jf. NOU 1972: 20 s.292. Lignende formuleringer i Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s.167.

<sup>68</sup> Som vist til av Andenæs s.328 og Huser s.335.

Hvor lenge gjelden *må* ha vært forfalt for at dette alene skal gi betalingen det ekstraordinære preget er ikke klart, da forarbeidene kun viser til gjeldsposter som har vært «...for så vidt misligholdt i lengre tid». <sup>69</sup> Av hensyn til at bestemmelsen skal være enkel og håndterbar, kan det være hensiktsmessig å fastsette et gitt grense for hvor lenge gjelden må ha vært misligholdt for å anse betalingen som ekstraordinær.

I Rt.1995 s.222, Direkte Reklame, ble to av tre innbetalinger av skattetrekk ansett å være ekstraordinære. Førstvoterende vurderte hvor stor forsinkelse som bør kreves for at betalingen ikke er ordinær. I den forbindelse viste han til Huser, som legger til grunn at en forsinkelse på et halvt år ikke er ordinært, mens en forsinkelse på to til tre måneder muligens kan være nok til anse betalingen som ekstraordinær. <sup>70</sup> De aktuelle betalingene i saken hadde vært forfalt i to og fire måneder. Førstvoterende påpekte at basert på forsinkelsen alene var betalingene helt på grensen for hva som kunne anses som ordinært. Den tredje betalingen var forfalt med tre uker, noe som etter rettens mening var en beskjeden forsinkelse, og den ble ikke omstøtt.

Det overstående kan tas til inntekt for at en forsinkelse på godt over fire måneder vil være tilstrekkelig for å anse betalingen som ekstraordinær. I NJA 1981 s.534 ble en betaling foretatt mer enn seks måneder etter forfallstidspunktet, og av denne grunn ansett som ekstraordinær. Tidsrommet samsvarer med synspunktet til Huser, og taler for at en gjeldsbetaling foretatt mer enn seks måneder etter forfall i alle fall ikke vil være ordinært.

Det kan imidlertid være problematisk å fastsette en eksakt grense. Begrunnelsen for at gjeldsbetalingene i Direkte Reklame ble ansett som ekstraordinære var ikke bare lengden av misligholdet isolert, men også at selskapet var insolvent på betalingstidspunktet, samt at selskapet hadde mottatt konkursbegjæring. <sup>71</sup> Tilsvarende ble vektlagt i Rt.1993 s.289, Gamvikfisk. Her ble en stor innbetaling på en skattetrekkkonto ikke ansett for å være ordinær. Grunnen var at skattetrekket hadde

---

<sup>69</sup> Jf. NOU 1972: 20 s.292.

<sup>70</sup> Se Rt.1995 s.222 side 226 jf. Huser s.334-335.

<sup>71</sup> Se Rt.1995 s.222 side 226.

vært forfalt i en lengre periode, betalingen ble foretatt fire dager før oppbud ble begjært, og firmaet stod i en svært dårlig økonomisk situasjon på betalingstidspunktet.<sup>72</sup>

Dommene illustrerer at det må foretas en helhetlig vurdering hvor også skyldners økonomiske stilling på betalingstidspunktet og nærheten til konkurs får betydning. Det taler for at det ikke kan fastsettes en eksakt grense for hvor lenge gjelden må være misligholdt.

Formålet til dekl. § 5-5 er som nevnt å ramme de betalinger som er motivert av skyldners insolvens. Det er derfor grunn til å operere med et kortere tidsrom for misligholdet hvis betalingen er foretatt kort tid før konkursåpning, enn dersom betalingen er gjort en god stund før konkursen. Presumsjonen for at betalingen er gjort for å begunstige kreditoren vil jo være større desto nærmere konkursåpning en befinner seg. Hvor langt tidsrom som må kreves for at betalingen skal få det ekstraordinære preg kan derfor ikke fastsettes generelt, nettopp fordi lengden av misligholdet må sees i sammenheng med andre faktorer som gjør seg gjeldende.

Det som imidlertid kan sies er at det på den ene siden må sees bort fra en mer normal forsinkelse. At en oversitter fristen med noen dager til en uke eller kanskje to uker, kan ikke anses unormalt generelt sett. Betalingen vil da vanskelig ha preg av å være ekstraordinær. På den andre siden må en se hen til betalinger hvor forsinkelsen er av en viss varighet, og som en kan tenke er gjort nettopp fordi skyldner er insolvent. En kan muligens legge til grunn et tidsrom på omtrent to til tre måneder jf. Direkte Reklame, men det påpekes likevel at vekten av tidsrommet vil avhenge av de andre momentene som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet. Det å fastsette en eksakt grense for hvor lenge gjelden *må* være forfalt for at betalingen skal få det ekstraordinære preg, vil etter min mening være like uheldig som å basere hele vurderingen av betydelig forringelse på en prosentsats jf. punkt 4.2.

---

<sup>72</sup> Se Rt.1993 s.289 side 293.

#### 4.3.2.3 Skyldners betalingsvaner

Et moment som har sammenheng med hvor lenge gjelden har vært misligholdt er skyldners betalingsvaner. I Direkte Reklame stilte førstvoterende spørsmål om vurderingen av ordinærreservasjonen skulle være rent objektiv. Han fremhevet at «*Selv om utgangspunktet for vurderingen av hva som er ordinært, må være en mer objektiv målestokk, må det etter min mening foretas en helhetsvurdering der også debtors mer spesielle betalingsvaner kan få betydning*». <sup>73</sup>

Uttalelsen tilsier at det er adgang til å gå relativt konkret til verks, hvor mer individuelle omstendigheter får innpass i vurderingen. Dersom skyldner normalt betaler til kreditor A ved forfall, men har for vane å betale til kreditor B lenge etter forfall, vil retningen av momentet kunne avhenge av hvilken kreditor skyldner velger å betale til.

Et eksempel er RG.2000 s.1579 (Borgarting). Skyldner betalte her merverdiavgift som hadde vært forfalt fra to til fire måneder. Betalingene ble ikke omstøtt blant annet fordi det var tale om løpende utgifter og skyldner normalt betalte merverdiavgiften etter forfall. Lagmannsretten uttalte at «*Forsinkelsen framstår ikke som ekstraordinær i forhold til selskapets tidligere betalingspraksis overfor skattefogden. At andre kreditorer etter det opplyste regelmessig ble betalt ved forfall kan i denne sammenheng ikke ha noen avgjørende betydning...*». <sup>74</sup> Slik lagmannsretten formulerte seg er det rimelig å anta at dersom skyldner i den overnevnte saken normalt betalte alle sine kreditorer i tide, ville det talt for at gjeldsbetalingene ikke var ordinære.

Det å ta hensyn til mer individuelle omstendigheter, hvor ulike betalingsvaner hos skyldner skal få betydning i vurderingen, kan derimot stå i en viss konflikt med retts tekniske hensyn. Dette fordi en da må fastlegge hvilke betalingsvaner skyldner har, og til ulike potensielle kreditorer. På den andre siden, sett hen til hvilke disposisjoner § 5-5 er ment å ramme, vil det være mindre betenkelig at skyldner betaler gjelden etter forfall hvis dette er noe han vanligvis gjør. Momentet er derfor klart en relevant faktor i vurderingen.

---

<sup>73</sup> Jf. Rt.1995 s. 222 side 226.

<sup>74</sup> Jf. RG.2000 s.1579 (Borgarting).

#### 4.3.2.4 Forholdet mellom skyldner og kreditor

Praksis viser også at forholdet mellom skyldner og kreditor kan ha betydning. I Rt.1997 s.1623, Royal Christiania Hotel AS, ble det foretatt flere betalinger på en mellomregningskonto som bestod mellom to datterselskaper i samme konsern. Nedbetaling av et gjeldsbrevlån ble ikke ansett å være ordinær ettersom betalingen ikke hadde skjedd rutinemessig. I vurderingen var det også av betydning at skyldner og betalingsmottaker var datterselskaper i et konsern. Førstvoterende uttalte følgende om det sistnevnte forhold: *"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"*.<sup>75</sup>

Sitatet tilsier at dersom skyldner og betalingsmottaker står i et nært forhold vil betalingsmottaker i kraft av sin stilling lettere kunne få innsyn i skyldners virksomhet, og slik sikre seg dekning før andre kreditorer. En presumsjon om at kreditor har hatt innsyn når det er tale om et nærstående forhold, uten at det er av betydning hvilken kunnskap den nærstående faktisk har hatt, er et entydig og håndterbart moment. Det er derfor i samsvar hensynet til at § 5-5 skal være en retts teknisk enkel regel.

Det kan likevel hevdes, at dersom momentet inntas i vurderingen, kan det åpne opp for vektlegging av hvilken kunnskap kreditor faktisk har hatt i det konkrete tilfellet. En skal være forsiktig med å legge for mye i uttalelsen, men argumentet anses å ha støtte i Rt.2008 s.1170, Skatland. Retten fant at betalingen i saken oppfylte både første og tredje betalingsalternativ i § 5-5, og at betalingen ikke kunne anses som ordinær. En del av det som talte mot å anse betalingen som ordinær var forholdet mellom skyldner og Rema. Førstvoterende viste til det oversiterte fra Royal Christiania Hotel, og uttalte at *«Gjennom sin posisjon som regnskapsfører med full innsikt i franchisetakerens økonomi, er det visse likhetstrekk mellom det som her beskrives og det som er situasjonen i vår sak, noe som taler imot å godta ordningen»*.<sup>76</sup>

---

<sup>75</sup> Jf. Rt.1997 s.1623 side 1627.

<sup>76</sup> Jf. Rt.2008 s.1170 avsnitt 56.

Basert på uttalelsen ser det ut som at retten la vekt på den faktiske innsikten som Rema hadde i skyldners økonomi, og ikke bare en presumsjon om innsikt som ble påpekt i Royal Christiania Hotel. Reelt sett betyr det at Remas kunnskap om skyldners økonomiske stilling var av betydning for å anse betalingen som ekstraordinær. Hensynet til retts tekniske regler taler for at et slikt moment hører mest hjemme i en vurdering etter § 5-9, og ikke som en del av ordinærreservasjonen i § 5-5. Vektlegging av faktisk kunnskap kan dermed stå i en viss konflikt med ønsket om at den objektive bestemmelsen skal være retts teknisk enkel.

### 4.3.3 Fordrer ordinærreservasjonen en konkret vurdering?

Det overstående viser at skjønnelementet i «ordinær» til en viss grad kan normeres gjennom de ulike momentene. Bestemmelsen kan derfor anses å bli noe enklere å praktisere. Særlig det å fastslå hvor lenge gjelden har vært misligholdt, nærheten til konkursåpning og presumsjonen om innsikt når skyldner og kreditor er nærstående, er nokså entydige momenter. De nevnte momenter bidrar til å gjøre vurderingen mer håndterbar, og slik sett er vurderingen etter ordinærreservasjonen i samsvar med retts tekniske hensyn.

På den andre siden gjør det seg gjeldende moment som viser hen til mer individuelle omstendigheter, slik som skyldners spesielle betalingsvaner og kreditors kunnskap om skyldners økonomiske stilling. Disse forhold, sammen med analysen av hvor lenge gjelden må være misligholdt jf. punkt 4.3.2.2., synes å fordre en mer konkret vurdering av om betalingen fremstod som ordinær.

En slik forståelse underbygges av Rt.2008 s.1170, Skatland. Som nevnt overfor i punkt 4.1.2 overtok Rema varelageret og en del av driftstilbehøret til skyldner, slik at Rema fikk dekning for sitt krav. Retten viste til at motregningen innebar smidighet for de involverte partene, og det kunne tale for at betalingen var ordinær.<sup>77</sup> Førstvoterende fremhevet imidlertid at gjennom en slik løsning fikk Rema i realiteten dekning som om de skulle hatt varelagerpant. Når panterett bevisst ikke var avtalt medførte betalingen at Rema fikk eksklusiv dekning foran øvrige kreditorer. Dette forholdet, i tillegg til den

---

<sup>77</sup> Se Rt.2008 s.1170 avsnitt 49.



innsikten som Rema hadde i skyldners økonomi jf. punkt 4.3.2.4, medførte at betalingen ikke var ordinær.

Dommen illustrerer at man måtte gå nokså konkret til verks for å identifisere betalingens ekstraordinære preg. I utgangspunktet fremstod motregningen som en smidig ordning for å sikre kontinuitet i driften. De konkrete omstendigheter medførte likevel at det i realiteten forelå en begunstiging av Rema på bekostning av andre kreditorer.

Det som taler mot en konkret vurdering er hensynet til retts teknisk enkle regler. Hensynet tilsier at rettsanvendelsen ikke bør bero på en konkret vurdering av om betalingen er illojal. Det må derimot sees hen til formålet bak dekl. § 5-5. Som nevnt er det å ramme de betalinger som sannsynligvis ikke ville blitt gjort dersom skyldner hadde vært solvent. Skal man klare å identifisere slike betalinger bør det foretas en konkret og individuell vurdering i det aktuelle tilfellet.

Den konkrete vurderingen vil rimeligvis medføre at mange momenter av ulik art vil gjøre seg gjeldende. Selv om utgangspunktet bør være en objektiv vurdering av betalingens ekstraordinære preg, som vist til i forarbeidene jf. punkt 4.3.2.1, er det likevel vanskelig å se at vurderingen kan være helt fri fra mer individuelle omstendigheter og subjektive element. Dette nettopp på bakgrunn av ønsket om å ramme betalinger som er motivert av skyldners insolvens.

Dersom hensynet til retts teknisk enkle regler skulle fått for stort gjennomslag her ville det gitt en skarp regel som ville rammet for vidt.

## 5. Dekningsloven § 5-7

### 5.1 Begrunnelsen for og innholdet i bestemmelsen

Deknl. § 5-7 første ledd bokstav a) regulerer tilfellet hvor skyldner stiller sikkerhet for gjeld som allerede er pådratt. Når sikkerhet stilles for eldre gjeld, i motsetning til hvor lån ytes mot sikkerhet, vil sikkerhetsstillelsen ikke være kredittskapende.<sup>78</sup>

Sikkerhetsstillelsen er derfor ikke i samsvar med begrunnelsen for panteinstituttet,<sup>79</sup> og vil innebære en begunstiging av en kreditor på et tidspunkt hvor det presumeres at skyldner er insolvent.<sup>80</sup>

Det følger av § 5-7 første ledd bokstav a) at:

*«Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt.»*

Den naturlige forståelsen av ordlyden tilsier at dersom kreditor yter et lån uten at det avtales sikkerhet, og debitor på et senere tidspunkt stiller sikkerhet for samme gjeld, vil sikkerhetsstillelsen kunne omstøtes. På samme måte vil en tilleggssikkerhet som avtales etter at gjelden er stiftet, og som ikke var en del av den opprinnelige gjeldsavtalen, falle innunder ordlyden.

Fra tilfeller som klart omfattes av ordlyden foreligger det situasjoner som gir opphav til spørsmålet om hvor langt retts tekniske enkle regler gis gjennomslag. Felles for tilfellene er at sikkerheten ikke stilles til den usikrede kreditor, men til en tredjepart samtidig som tredjeparten får et krav på skyldner. Spørsmålet er om sikkerheten til långiver skal anses som sikkerhetsstillelse for gjeld som skyldneren har «pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt» jf. § 5-7 første ledd bokstav a). Det påpekes at dersom sikkerheten hadde blitt stilt overfor den usikrede kreditor ville sikkerhetsstillelsen blitt omstøtt som sikkerhet for eldre gjeld.

---

<sup>78</sup> Se Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s.169.

<sup>79</sup> Slik som Jens E. A Skoghøy, *Panterett*, 3.utgave, 2014, s.21-22 uttaler: «Den viktigste rettspolitiske begrunnelse for avtalepanterett er at den virker kredittskapende».

<sup>80</sup> Slik som vist til i NOU 1972: 20 s.294.

I det følgende er det situasjonen hvor skyldner stiller sikkerhet til en långiver eller en kausjonist som vil bli behandlet. Det avgrenses altså mot tilfellet hvor skyldner stiller sikkerhet til en såkalt "stråmann", og hvor dette medfører en dekning av gjelden til usikrede kreditorer.<sup>81</sup>

## 5.2 Skyldner stiller sikkerhet til en långiver

### 5.2.1 Problemstillingen

Situasjonen er at skyldner får et nytt lån fra tredjepart, hvor skyldner samtidig stiller sikkerhet for lånet overfor långiver. Lånet blir deretter brukt til å nedbetale eksisterende gjeld hos en usikret kreditor. Et praktisk eksempel på situasjonen er refinansiering, hvor skyldner tar opp lån fra en finansinstitusjon for så å nedbetale lån hos usikrede kreditorer. Til sikkerhet for lånet får finansinstitusjonen panterett i skyldners formuesgoder.

Grunnet at sikkerheten i lånetilfellet blir stilt samtidig med at nytt lån ytes, tilsier den naturlige forståelsen av ordlyden at sikkerhetsstillelsen ikke omfattes av bestemmelsen jf. punkt 5.1. Utgangspunktet er dermed at en sikkerhetsstillelse til långiver i dette tilfellet ikke kan omstøtes etter § 5-7 første ledd bokstav a).

Innvendingen mot en slik løsning er at det kan bli for enkelt å omgå bestemmelsen. Hvis det sees hen til situasjonen hvor en kreditor kjøper et eldre usikret krav, og den nye kreditor deretter får sikkerhet for kravet fra skyldner, vil det klart være sikkerhetsstillelse for gjeld som allerede er pådratt.<sup>82</sup> Dette kreditorskifte med påfølgende sikring vil således omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a). Virkningen for de øvrige kreditorer blir den samme ved et kreditorskifte med påfølgende sikring av kravet som i lånetilfellet: i begge situasjoner har en kreditor fått særrett til dekning uten at

---

<sup>81</sup> Se eksempelvis Rt.1880 s.198 hvor Høyesterett fant at en pantsettelse til to stråmenn, med følgende nedbetaling av gjeld til kreditorene, skulle omstøtes da dette var en klar omgåelse av den dagjeldende Concurslovens § 45.

<sup>82</sup> Som også lagt til grunn av Brækhus 1970 s.112, Sandvik s.45, Huser s.411 og Andenæs s.343.

skyldners gjeld er redusert. At virkningen blir lik kan tilsi at lånetilfellet bør falle innunder bestemmelsen slik at sikkerhetsstillelsen til långiver kan omstøtes.

I den videre analysen foretar jeg et skille mellom ulike typetilfeller. Først vil jeg behandle tilfellet hvor det er en klar forutsetning at lånet *skal* brukes til å innfri en eldre usikret gjeld. Deretter vil tilfellet hvor långiver vet eller bør vite at lånet *kan* brukes til nedbetaling av eldre usikret gjeld behandles. Avslutningsvis vil det bli en kort vurdering av tilfellet hvor långiver er aktsom uvitende om at skyldner bruker lånet til dette formålet.

### 5.2.2 Tilfeller hvor det er en klar forutsetning hva lånet skal brukes til

I denne situasjonen vet långiver at lånet *skal* benyttes til å innfri en eldre usikret gjeld. Spørsmålet er om sikkerhetsstillelsen til långiver skal anses som sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

Problemstillingen er ikke uttrykkelig omtalt i forarbeidene eller av Høyesterett. I teorien er meningene delte. Brækhus på sin side mener at sikkerhetsstillelsen må omstøtes i tilfeller hvor det er en klar forutsetning at det nye lånet skal brukes til å innfri eldre usikret gjeld.<sup>83</sup> Begrunnelsen er at långiver i stedet kunne kjøpt kravet fra den eldre kreditor, og deretter fått sikkerhet for kravet.<sup>84</sup> Et slikt kreditorskifte med påfølgende sikring vil som nevnt overfor omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a). Andenæs viser til at det er tvilsomt om en slik løsning kan legges til grunn. Han begrunner dette med virkningen av en eventuell omstøtelse, da långiver vil lide tap om sikkerheten omstøtes ettersom han har ytt kreditt mot sikkerhet.<sup>85</sup>

På bakgrunn av at långiver yter et lån, og samtidig får sikkerhet, kan det tilsi at sikkerheten er kredittskapende. Slik sett vil långiver klart lide tap om sikkerhetsstillelsen omstøtes, som Andenæs viser til. Det taler for at sikkerhetsstillelsen ikke skal omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a).

---

<sup>83</sup> Se Brækhus 1970 s.112 som behandler spørsmålet i tilknytning til den tilsvarende bestemmelse i den gamle Concursloven § 45. Sandvik s.45 ser også ut til å mene at § 5-7 må komme til anvendelse her.

<sup>84</sup> Se nærmere Brækhus 1970 s.112.

<sup>85</sup> Se Andenæs s.344.

Når långiver vet at lånet skal benyttes til å innfri en eldre usikret gjeld vil derimot den "nye" gjelden egentlig være en videreføring av den eldre gjelden. Det er derfor reelt sett ikke tale om en ny gjeld i disse situasjonene. Særlig er dette klart hvis långiver samtidig er kreditor for det usikrede kravet slik at det kun blir en ompostering av gjelden, eller hvor långiver overfører lånemidlene direkte til den eldre usikrede kreditor.

Et eksempel på det sistnevnte tilfellet er RG.1996 s.741 Nedenes herredsrett. Skyldner tok opp et lån og stilte samtidig sikkerhet til långiver. Deretter ble lånemidlene brukt til nedbetaling av eldre usikrede kreditorer. Spørsmålet var om sikkerheten kunne anses å være stilt for eldre gjeld jf. § 5-7 første ledd bokstav a). I saken var långiver fullt klar over hva lånemidlene skulle brukes til, da midlene ble overført direkte fra långiver til de usikrede kreditorer. Dette forholdet, samt at långiver visste om skyldners svake økonomiske stilling, gjorde at sikkerhetsstillelsen ble omstøtt etter § 5-7 første ledd bokstav a).

Dommen illustrerer at långivers kunnskap om hva lånemidlene skal brukes til er av betydning for at sikkerhetsstillelsen til långiver kan omstøtes etter § 5-7 første ledd bokstav a). Retten vektla også at långiver ikke var i god tro om skyldners økonomiske stilling. Etter mitt syn er det imidlertid ikke nødvendig at skyldner også har slik kunnskap for at sikkerhetsstillelsen skal omstøtes. Som nevnt overfor er det i realiteten ikke tale om ny gjeld når långiver har kunnskap om hva lånemidlene skal brukes til. Helt klart må dette være når det skjer en direkte overføring fra långiver til usikret kreditor. Likheten til kreditorskifte med påfølgende sikring er i disse situasjoner slående.

Det samme synspunktet anses å gjøre seg gjeldende selv om lånemidlene går via skyldner. Långiver kunne i stedet overført midlene direkte til den usikrede kreditor, eller kjøpt kravet av ham. At han velger å overføre midlene til skyldner vel vitende om at skyldner skal bruke midlene til betaling av en eldre usikret kreditor, innebærer ingen realitetsforskjell fra de andre situasjonene. Det anses heller som en ren omgåelse av § 5-7 første ledd bokstav a).

Selv om det inntas et vilkår om faktisk kunnskap hos långiver, som står i en viss konflikt med at bestemmelsen skal være retts teknisk enkel, må det avgjørende være den betydelige omgåelsesrisikoen som eksisterer i disse situasjonene. Bestemmelsen er gitt for å verne de usikrede kreditorene, og skal vernet være effektivt bør sikkerhetsstillelsen i disse klare omgåelsestilfeller anses å være stilt for eldre som allerede er pådratt jf. dekl. § 5-7 første ledd bokstav a).

### **5.2.3 Tilfeller hvor långiver vet eller bør vite hva lånet kan bli benyttet til**

I dette tilfellet vet eller bør långiver vite at lånet kan bli benyttet til nedbetaling av eldre usikret gjeld. Spørsmålet er om sikkerhetsstillelsen til långiver skal omstøtes dersom skyldner bruker lånet til nettopp dette.

Typetilfellet er ikke behandlet i forarbeidene eller av Høyesterett. I teorien er heller ikke dette aktuelle tilfellet behandlet særskilt. Synspunktene og argumentene som fremgår hos de ulike forfatterne i relasjon til låneproblematikken mer generelt anses likevel å være relevant for den videre drøftelsen.

Brækhus viser til, uten noen nærmere redegjørelse, at omstøtelse av sikkerhetsstillelsen antageligvis bør skje der långiver ikke er i aktsom god tro om hva lånet vil bli brukt til.<sup>86</sup> Huser mener derimot at det meste taler for at omstøtelse av sikkerhetsstillelsen ikke bør skje. Begrunnelsen er blant annet at skyldner påtar seg en ny forpliktelse når han tar opp ett nytt lån, og han kan bruke midlene til det han selv vil hvis ikke annet er avtalt.<sup>87</sup> Videre vil en omstøtelse ikke være rettfærdig overfor en uvitende långiver, men det vil ikke vil være heldig dersom man skal gjøre et skille mellom tilfeller hvor långiver er i aktsom god tro og hvor han ikke er det.<sup>88</sup> Dette på bakgrunn av at dekl. § 5-7 er en objektiv bestemmelse. Han påpeker også at ettersom konkursboet vil ha mulighet for å få tilbakeført midler ved å kreve gjeldsbetalingen til den eldre kreditor omstøtt etter dekl. § 5-5, vil ikke boet være avhengig av å omstøte sikkerhetsstillelsen etter dekl. §

---

<sup>86</sup> Se nærmere Brækhus 1970 s.112-113.

<sup>87</sup> Se Huser s.412.

<sup>88</sup> Se Huser s.413.

5-7.<sup>89</sup> Andenæs mener, av samme grunn som nevnt i punkt 5.2.2, at det er tvilsomt om omstøtelse av sikkerhetsstillelsen til långiver generelt sett kan foretas.<sup>90</sup>

Det er klart at konkursboet i stedet kan velge å påberope dekl. § 5-5 overfor gjeldsbetalingen til den eldre usikrede kreditor.<sup>91</sup> Dekningsloven § 5-7 er derimot en mer retts teknisk enkel bestemmelse enn dekl. § 5-5 jf. punkt 4.2. Mens vilkårene etter dekl. § 5-7 er nokså skarpe og firkantete, inneholder dekl. § 5-5 vilkår hvor skjønnelementet gjør seg gjeldende med stor styrke. Paragraf § 5-5 er dermed ikke en helt generell regel. Dette gjør at det rimeligvis kan være vanskeligere å få omstøtt gjeldsbetalingen enn sikkerhetsstillelsen. Sett fra boets side er det følgelig et klart behov for å vurdere om dekl. § 5-7 kan anvendes på dette tilfellet.

Hvis långiver ikke er i aktsom god tro kan det tilsi at man har prøvd å omgå bestemmelsen, og hvor omgåelsesrisikoen bør medføre at sikkerhetsstillelsen skal anses å være stilt for eldre gjeld. Vernet overfor de usikrede kreditorene taler også for at hvorvidt långiver vet eller bør vite hva lånet kan bli brukt til, skal være avgjørende for om sikkerhetsstillelsen skal omstøtes. Slik sett har løsningen som Brækhus foreslår de beste grunner for seg.

På en annen side, når lånet ikke er gitt under den forutsetning at det skal benyttes til betaling av eldre usikret gjeld, er det vanskelig å se at omgåelsesrisikoen er like stor som overfor i punkt 5.2.2. I tilfeller hvor lånet kan bli brukt til det gitte formålet er det rimelig å anta at lånet er utbetalt hovedsakelig på grunnlag av sikkerheten som er stilt, enn på bakgrunn av hva skyldner faktisk kommer til å bruke lånet til. Som Huser poengterer overfor kan jo skyldner faktisk bruke midlene til det han vil når ikke annet er avtalt. Det taler for at sikkerhetsstillelsen har vært kredittskapende, og ikke bør omstøtes.

---

<sup>89</sup> Se Huser s.412. Dette påpekes også av Lennander s.288-289.

<sup>90</sup> Se Andenæs s.344.

<sup>91</sup> Se eksempelvis Rt.1999 s.64, Teamcon. I stedet for å påberope dekl. § 5-7 overfor sikkerhetsstillelsen til långiver, prøvde man å få gjeldsbetalingen omstøtt etter dekl. § 5-5.

Videre vil det forhold at långiver må vite eller bør vite at lånet kan bli benyttet til nedbetaling av eldre usikret gjeld medføre bevismessige problemer. Dette vil gi usikkerhet i tilknytning til om sikkerhetsstillelsen kan omstøtes, derav mindre forutberegnelighet, og som igjen vil kunne føre en til økning av antall tvister. Særlig vil det mer skjønnsmessige kriteriet om at långiver burde forstå hva lånet kan benyttes til skape usikkerhet og problemer for forutberegneligheten. Långiver kan være alt fra en privatperson til en stor finansinstitusjon, og kravene til aktsomheten som kreves kan være nokså varierende og skjønnsmessig ut i fra hvem som er långiver i det konkrete tilfellet. Denne omstendighet vil kunne medføre at usikkerheten blir stor og forutberegneligheten blir svak. Det taler klart mot at det skal være adgang til å omstøte sikkerhetsstillelsen i disse tilfeller.

Hensynet til retts teknisk enkle regler var også en del av innvendingene som departementet hadde mot Falkangerutvalgets forslag om en ny § 5-7a i dekningsloven. Forslaget gikk ut på å lovfeste en objektiv bestemmelse som skulle regulere omstøtelse av en vesentlig økning av verdien på pantsatte eiendeler.<sup>92</sup> Forslaget ble ikke fulgt opp, da departementet mente at en ny § 5-7a ville være en uheldig regel ettersom bestemmelsen kunne ramme helt ordinære og påregnelige verdistigninger.<sup>93</sup> Der hvor partene bevisst prøvde å øke verdien for å sikre dekning til panthaver, mente departementet at det ville være tilstrekkelig å benytte § 5-9.<sup>94</sup> Innvendingene som departementet hadde taler for at innføringen av § 5-7a ville gitt en uforutsigbar regel, som en kunne risikere gikk for langt i enkelte tilfeller.

Tilsvarende vil en regel som innebærer omstøtelse av sikkerhetsstillelsen, hvor långiver ikke er i aktsom god tro om hva lånet kan bli benyttet til, anses å være uforutsigbar. Dersom långiver risikerer å få sikkerhetsstillelsen omstøtt fordi skyldner betaler til en eldre usikret kreditor, men får beholde sikkerheten hvis skyldner velger å bruke lånemidlene på noe annet, vil det skape usikkerhet blant långiverne. En naturlig konsekvens av dette er at långivere blir mer restriktive med kredittgivning, typisk refinansiering og forbrukslån. Både refinansiering av gjeld og anskaffelse av forbrukslån er nokså vanlig i dagens samfunn, og långiver har ofte har kunnskap om hva lånet kan bli

---

<sup>92</sup> Se NOU 1993: 16 s.124.

<sup>93</sup> Se uttalelser i Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.157 jf. s.156.

<sup>94</sup> Se Ot.prp. nr.26 (1998-1999) s.157.



benyttet til. Hvis en eventuell omstøtelse skal avhenge av hva skyldner faktisk gjør kan det skape store problemer for kreditorene. På samme måte som at en regel om omstøtelse av en helt ordinær verdiøkning på pantet vil være uheldig, vil omstøtelse av sikkerhetsstillelsen i disse tilfeller være et hinder for kredittgivningen. Denne hindringen vil innebære en klar begrensning i det omsetningshensynet som gjør seg gjeldende. Etter min mening vil omstøtelse av sikkerhetsstillelsen i disse tilfeller gi en retts teknisk komplisert regel som kan gå for langt, på samme måte som § 5-7a ville gjort.

Mot det overstående står hensynet til de øvrige kreditorene. Overfor dem vil en sikkerhetsstillelse når långiver ikke er i aktsom god tro være omstøtelsesverdig. Skal sikkerhetsstillelsen derimot anses å være omstøtelsesverdig bør det etter mitt syn også være et vilkår at långiver har vært i ond tro om skyldners økonomiske stilling på disposisjonstidspunktet. Hvis långiver visste eller burde vite at skyldners økonomiske stilling var svak vil ikke argumentene om usikkerhet blant långivere og hinder for kredittgivningen gjøre seg gjeldende i like stor grad. Det taler heller for at långiver selv bør ta risikoen for å ha fått sikkerhet på et tidspunkt hvor økonomien til skyldner er svak.

Det å innta et vilkår i dekl. § 5-7 første ledd bokstav a) om at långiver både må være i ond tro om skyldners økonomiske stilling og hva lånet kan bli brukt til vil rimeligvis føre til bevismessige problemer. Hensynet til retts teknisk enkle regler tilsier at man da bør henvises til den subjektive bestemmelsen i dekl. § 5-9. Som nevnt overfor var det tvilsomt om ny § 5-7a egentlig var nødvendig, ettersom departementet mente dekl. § 5-9 ville tilstrekkelig der partene hadde opptrådt illojalt. Når långiver bør være i ond tro om både hva lånet kan bli brukt til og skyldners økonomiske stilling, kan dekl. § 5-9 likeledes anses å gi konkursboet et tilstrekkelig vern i disse situasjoner.

Basert på det som er gjort gjeldende må det etter min mening konkluderes med at sikkerhetsstillelsen ikke kan omstøtes etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a), i de tilfeller hvor lånet kan benyttes til nedbetaling av eldre usikret gjeld. En motsatt løsning vil stride mot omsetningshensynet som gjør seg gjeldende, og gi en uforutsigbar og komplisert regel som kunne rammet for vidt.

## 5.2.4 Tilfeller hvor långiver er aktsom uvitende om hva lånet skal benyttes til

Långiver er her aktsom utvidende om at skyldner skal bruke lånemidlene til å nedbetale eldre usikret gjeld. Basert på det som er gjort gjeldende i punkt 5.2.3 kan sikkerhetsstillelsen til långiver i disse tilfeller ikke omstøtes etter § 5-7 bokstav a).<sup>95</sup> Når långiver er aktsom uvitende om skyldners planer er det klart at sikkerhetsstillelsen har vært kredittskapende. Långiver skal kunne gi lånet basert på den sikkerheten som tilbys uten å risikere at sikkerhetsstillelsen blir tilsidesatt i ettertid. Kreditlementet og omsetningshensynet som gjør seg gjeldende her medfører at sikkerhetsstillelsen helt klart strider mot begrunnelsen for § 5-7 første ledd bokstav a).

## 5.3 Skyldner stiller sikkerhet til en kausjonist

### 5.3.1 Problemstillingen

I dette tilfellet kausjonerer tredjeperson for en usikret gjeld som skyldner allerede har pådratt seg. Samtidig som kausjonsavtalen inngås stiller skyldner sikkerhet til kausjonisten for hans regresskrav mot skyldner. Spørsmålet er om sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten kan anses å være for gjeld som allerede er «pådratt» jf. § 5-7 første ledd bokstav a).

Om sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten omfattes av ordlyden i § 5-7 første ledd bokstav a) er ikke klart. På den ene siden kan det argumenteres for at sikkerhetsstillelsen ikke er stilt for gjeld som allerede er pådratt. Årsaken er at sikkerheten blir stilt samtidig som kausjonsavtalen blir inngått. På den andre siden, ettersom kausjonisten hefter for samme gjeld som skyldner, kan sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten egentlig anses å være stilt for hovedgjelden.<sup>96</sup> Det tilsier at forholdet bør omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a).

---

<sup>95</sup> Det samme legges til grunn av Brækhus 1970 s.112 og i RG.1996 s.741 side 755.

<sup>96</sup> Slik som også vist til av Brækhus 1970 s.110 og Huser s.417.

### 5.3.2 Det eksisterer en klar omgåelsesrisiko

Kausjonsproblematikken er ikke direkte behandlet i forarbeidene eller i rettspraksis. I teorien mener Brækhus og Sandvik at kausjonstilfellet bør omfattes av bestemmelsen på bakgrunn av at omgåelsesrisikoen.<sup>97</sup> Brækhus fremhever at kausjonisten egentlig kommer inn som en mellommann i stedet for at skyldner stiller sikkerhet til opprinnelig kreditor, og den «*økonomiske realitet er derfor at det er stilt pant for debtors eldre gjeld til kreditor...*».<sup>98</sup> Huser hevder også at sikkerhetsstillelsen kan omstøtes. Dette blant annet fordi at skyldner ikke får tilført noe midler, kausjonisten vil klart vite hvilket krav han garanterer for, og vil ha tilstrekkelig opplysninger til å se at sikkerhetsstillelsen kan stille konkursboet dårligere ved konkurs.<sup>99</sup> Andenæs på sin side mener at de samme synspunkt gjør seg gjeldende overfor en kausjonist som for en långiver, da kausjonisten vil lide tap om sikkerhetsstillelsen omstøtes.<sup>100</sup>

Det kan argumenteres for at tredjeparten bør rammes likt dersom han velger å gjøre det mindre, å kausjonere for skyldners gjeld, i stedet for å gjøre det mer, å yte skyldner et lån som han bruker til å innfri gjeld hos eldre kreditor. Det kan tale for at løsningen bør være den samme i kausjonstilfellet som i lånetilfellet.

En klar innvending mot en slik løsning er at skyldner, slik Huser viser til, ikke får tilført midler i kausjonstilfellene. Kredittelementet, som var er en del av begrunnelsen i lånetilfellet, vil derfor ikke gjøre seg gjeldende her. Kausjonisten og skyldner hefter også for samme gjeld, og det vil i realiteten dermed være tale om kun en fordring. Som Brækhus påpeker foreligger det en klar omgåelsesrisiko i disse tilfeller, som taler klart for at sikkerhetsstillelsen skal anses stilt for et krav som allerede er pådratt.

Argumentet til Huser om at kausjonisten vet hvilket krav han kausjonerer for, og generelt bør ha forutsetninger for å vite at sikkerhetsstillelsen stiller konkursboet dårligere, er jeg i og for seg ikke uenig i. Det kan derimot tenkes at kausjonisten i enkelte tilfeller er aktsom uvitende om at hovedkravet allerede er stiftet. Når kausjonisten er

---

<sup>97</sup> Se Brækhus 1970 s.110 og Sandvik s.45.

<sup>98</sup> Jf. Brækhus 1970 s.110.

<sup>99</sup> Se Huser s.418-419.

<sup>100</sup> Se Andenæs s.344 som ser ut til å mene at det ikke vil være riktig å la kausjonstilfellet omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a) dersom ikke lånetilfellet gjør det.

forbruker har finansinstitusjonen plikt til å opplyse om at gjelden han kausjonerer for allerede er pådratt jf. Finansavtaleloven § 59 første ledd bokstav g). Hvis slik informasjon ikke er gitt, kan det ikke generelt hevdes at kausjonisten bør vite at det er tale om eldre gjeld. Situasjonen kan også være at hovedkreditor eller skyldner har forledet kausjonisten til å tro at han kausjonerer for ny gjeld. Etter mitt syn er det ikke riktig å si at kausjonisten i slike tilfeller bør se at sikkerhetsstillelsen stiller konkursboet dårligere. Omstøtelse av sikkerhetsstillelsen vil her medføre at kausjonisten blir dårligere stilt enn han kunne forutse, og rimeligvis ramme ham hardt.

Etter min mening er det likevel ikke riktig å unnta de overstående tilfeller fra omstøtelse. Begrunnelsen er for det første at det meste tilsier at sikkerheten til kausjonisten reelt sett er stilt for gjeld som allerede er stiftet, uavhengig av kunnskapen som tilskrives kausjonisten. Det taler klart for at sikkerhetsstillelsen i kausjonstilfellet skal omfattes av § 5-7 første ledd bokstav a). Løsningen støttes også av det svenske konkurslovutvalget, som fremhever at dersom en kausjonist får sikkerhet for sitt regresskrav er det i realiteten tale om sikkerhetsstillelse for den opprinnelige gjelden som skyldner har til kreditor.<sup>101</sup> For det andre vil det ikke være heldig å skille ut de tilfeller hvor kausjonisten har blitt forledet til å tro at han kausjonerer for ny gjeld. Det vil medføre at bevistemaet i bestemmelsen blir mer krevende, noe som ikke vil være i samsvar med retts tekniske hensyn. Sikkerhetsstillelsen til kausjonisten bør derfor omstøtes etter dekl. § 5-7 bokstav a).

I de tilfeller hvor kausjonisten av ulike grunner er i villfarelse om at kravet han kausjonerer for allerede er pådratt vil omstøtelse rimeligvis ramme ham hardt. Da bør kausjonisten etter mitt syn heller kunne erklære seg ubundet av kausjonsavtalen gjennom avtalerettslige ugyldighetsregler. En slik løsning innebærer at kausjonisten får et tilstrekkelig vern i de tilfeller hvor det ikke er rimelig at garantien står seg. Samtidig vil vernet til konkursboet bli ivaretatt ved at sikkerhetsstillelsen kan omstøtes. Denne løsningen har dermed de beste grunner for seg.

---

<sup>101</sup> Se uttalelse i SOU 1970: 75 s.154 om kausjonisttilfellet i tilknytning til den tilsvarende svenske bestemmelse i Konkurslag 4-12 om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld .

## 6. Avsluttende bemerkninger

Som nevnt innledningsvis står hensynet til retts teknisk enkle regler sentralt bak de objektive omstøtelsesbestemmelsene. Bakgrunnen er at konkursboet skal ha et ytterligere vern i tillegg til den subjektive omstøtelsesbestemmelsen i dekl. § 5-9.

Mot hensynet til retts teknisk enkle regler står for det første risikoen for at bestemmelsene kan ramme for vidt. Et klart eksempel på at man har ønsket å motvirke en slik virkning er reservasjonen for ordinære betalinger i dekl. § 5-5 første ledd. Her gjør omsetningshensynet seg gjeldende med stor styrke og begrenser dermed virkningen av bestemmelsen jf. punkt 4.3.3. For det andre medfører bestemmelsens enkle utforming en risiko for at bestemmelsene blir omgått. Særlig analysen av dekl. § 5-7 i tilknytning til låne- og kausjonstilfellene i punkt 5.2.2 og 5.3 illustrerer at det eksisterer en omgåelsesrisiko, og at det foreligger en interesse i å hindre disse omgåelsestilfellene.

Gjennomgangen av bestemmelsene og analysen av de utvalgte spørsmålene viser at hensynet til retts teknisk enkle regler i stor grad blir ivaretatt. Hensynet gis imidlertid ikke ubegrenset gjennomslag. Dette nettopp på bakgrunn av risikoen for at reglene rekker for langt i visse tilfeller og interessen i å hindre omgåelsestilfeller. I tillegg eksisterer det enkelte bevismessige utfordringer for konkursboet, som eksempelvis berikelseshensikten i dekl. § 5-2.

Skal hensynet få større gjennomslag, og på denne måten gi konkursboet et bedre vern, kan det være nødvendig med tillegg eller presiseringer i enkelte av bestemmelsene. Det tenkes da først og fremst på dekl. § 5-7, og at det i denne bestemmelsen bør gis tolkingsmessige tillegg slik at de klare omgåelsene i lån- og kausjonstilfellene kan omfattes av ordlyden. Videre kan det være behov for å presisere hva konkursboet må bevise i relasjon til gavebegrepet i dekl. § 5-2 første ledd. Dette på bakgrunn av at lovgiver har gitt andre bestemmelser som også regulerer gavedisposisjoner, men hvor det ikke er nødvendig å bevise berikelseshensikt.

## 7. Kilder

### Lover

#### Norske lover

Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven).

Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven).

Lov 16. juni 1989 nr. 69 om forsikringsavtaler (forsikringsavtaleloven).

Lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven).

#### Utenlandske lover

Konkurslag (1987:672) [Sverige].

Lovbekendtgørelse nr. 217 af 15. marts 2011, med de ændringer, der følger af § 1 i lov nr. 429 af 1. maj 2013 og § 4 i lov nr. 1637 af 26. december 2013 (Konkursloven) [Danmark]

### Forarbeider

#### Norske forarbeider

NOU 1972: 20

Gjeldsforhandling og konkurs.

Ot.prp. nr.50 (1980-1981)

Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

NOU 1993: 16

Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

Ot.prp. nr.26 (1998-1999)

Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

#### Svenske forarbeider

SOU 1970: 75

Utsökningsrätt X. Förslag av lagberedningen

## Rettspraksis

### Høyesterett

Rt.1880 s.198  
Rt.1988 s.1327  
Rt.1993 s.289  
Rt.1995 s.222  
Rt.1996 s.1647  
Rt.1997 s.1623  
Rt.1999 s.64  
Rt.2008 s.1170  
Rt.2014 s.1248

### Underrettspraksis

RG.1996 s.741 Nedenes herredsrett  
RG.2000 s.1579 (Borgarting)  
LB-2001-2709  
LG-2006-17565  
RG.2009 s.129 (Eidsivating)  
LH-2010-56746

### Svensk rettspraksis

NJA 1981 s.534

## Litteratur

- |                     |  |
|---------------------|--|
| Andenæs, Mads Henry | <i>Konkurs</i> , 3.utgave, Oslo 2009.  |
| Brækhus, Sjur       | <i>Materiell konkurs og eksekusjonsrett</i> , referat av professor Sjur Brækhus forelesninger v/ Hans Petter Lundgaard, 4.utgave, Oslo 1968. |
| Brækhus, Sjur       | <i>Konkursrett- utvalgte emner</i> , Oslo 1970.  |
| Gisle, Jon m.fl.    | <i>Jusleksikon</i> , 3.utgave, Oslo 2007.  |
| Haaskjold, Erlend   | Gavers stilling i konkurs, <i>Jussens Venner</i> , nr.05 2014  |
| Huser, Kristian     | <i>Gjeldsforhandling og konkurs</i> . Bind 3 Omstøtelse, Bergen 1992.  |
| Johansen, Johnny    | Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse, <i>Lov og Rett</i> 1996 s.233.   |
| Lennander, Gertrud  | <i>Återvinning i konkurs</i> , 3. Utgave, Stockholm 2004.  |

- Lilleholt, Kåre                      *Bruk av reelle omsyn i formueretten, Jussens Venner*  
2000 s.49
- Lilleholt, Kåre                      *Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå*  
*dei seinare åra, Tidsskrift for rettsvitenskap* 2002 s.62-  
75.
- Nygaard, Nils                        *Rettsgrunnlag og standpunkt, 2.utgave, Bergen* 2004.
- Sandvik, Tore                        *Lærebok i materiell konkursrett, Bergen* 1985.
- Skoghøy, Jens Edvin A.            *Panterett, 3.utgave, 2014*
- Sæbø, Rune                         *Noen tanker om objektiv omstøtelse av*  
*kreditorbegunstigelser, Festskrift til Mads Henry*  
*Andenæs* 2010 s.302-311.