

**Anvendelsen av dekl. § 5-7 (1) a på
sikkerhetsstillelser overfor tredjemann i
forbindelse med refinansiering eller kausjon.**

Kandidatnummer: 246

Antall ord: 14672



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

31.05.2015

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	3
1.2 Problemstillingens aktualitet	3
1.3 Rettslig plassering av omstøtelsesreglene og legislative hensyn.....	4
1.4 Rettskilder og metode	5
1.5 Kort om begrepsbruk i oppgaven	5
1.6 Avgrensninger og forutsetninger	5
1.7 Videre fremstilling.....	6
2 Deknl. § 5-7.....	7
2.1 Legislativ begrunnelse	7
2.2 Vilkår for omstøtelse etter dekl. § 5-7	7
2.2.1 Gjelden	8
2.2.2 Sikkerhetsstillelsen.....	8
2.2.3 Gjennomføring av omstøtelsen	8
3 Presentasjon av de aktuelle tredjemannstilfellene.....	10
3.1 Debitor låner betalingsmidlene av en tredjemann mot sikkerhet	10
3.2 Tredjemann kausjonerer og får sikkerhet for sitt regreskrav	11
4 Lånetilfellene.....	13
4.1 Innledning.....	13
4.2 Omgåelsesforsøk	14
4.2.1 Rt. 1880 s. 198.....	14
4.2.2 Rt. 1887 s. 633.....	16
4.2.3 Oppsummering	17
4.3 Refinansieringen er kommersielt begrunnet.....	18
4.3.1 Konverteringstilfellene	19
4.3.1.1 Kan det trekkes en analogi fra overdragelsestilfellene?.....	20
4.3.1.2 Nærmere om reelle hensyn i konverteringstilfellene.....	21
4.3.2 Långiveren visste eller burde forstå at debitor ville benytte lånet til å innfri eldre gjeld.....	23
4.3.3 Långiveren var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å innfri eldre gjeld..	25

4.4	Konklusjon.....	27
5	Kausjonstilfellene.....	29
5.1	Innledning.....	29
5.2	Ordlyden er uklar.....	30
5.3	Forarbeidene er tause.....	30
5.4	Rettspraksis.....	30
5.4.1	Rt. 1887 s. 633.....	30
5.4.2	Rt. 1910 s. 309.....	32
5.5	Juridisk litteratur.....	33
5.6	I hvilken retning trekker reelle hensyn?	34
5.6.1	Hensynet til boet avveid mot hensynet til omsetningslivet.....	35
5.6.2	Hensynet til boet avveid mot hensynet til kausjonisten	36
5.6.3	Hensynet til å unngå omgåelser av bestemmelsen	36
5.7	Konklusjon.....	37
6	Er det en bedre løsning å omstøte etter § 5-9 i lånetilfellene og kausjonstilfellene?	38
	Litteraturliste	41

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Emnet for denne masteroppgaven er rekkevidden av dekningsloven¹ § 5-7 (1) a når debitor stiller sikkerhet overfor tredjemann. Bestemmelsen hjemler omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Å omstøte vil si å tilsidesette eller omgjøre en disposisjon foretatt av debitor før konkursåpning til fordel for hans konkursbo.

Deknl. § 5-7 lyder som følger:

''Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes dersom:

- a) pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, eller*
- b) rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt. ''*

Det er uklart om bestemmelsen kan anvendes på sikkerhetsstillelser overfor tredjemann dersom sistnevnte yter debitor et lån som han bruker til å innfri eldre, usikret gjeld, eller det kausjoneres for slik gjeld og kausjonisten får sikkerhet av debitor for sitt regresskrav.

Opgavens problemstilling er derfor:

Anvendelsen av dekl. § 5-7 (1) a på sikkerhetsstillelser overfor tredjemann i forbindelse med refinansiering eller kausjon.

1.2 Problemstillingens aktualitet

Spørsmålet om § 5-7 omfatter de nevnte tredjemannstilfellene har både praktisk og teoretisk interesse. I dagens samfunn lokker stadig flere profesjonelle låneinstitusjoner med gunstige lån mot sikkerhet. Dette kan gjøre det fristende å ta opp et nytt lån for å nedbetale et eldre, usikret lån på dårligere vilkår (refinansiere). Videre viser nyere underrettspraksis at problemstillingen er aktuell.²

Opgaven omhandler også tilfellene der det kausjoneres, og kausjonisten i forbindelse med stiftelsen av kausjonsansvaret får sikkerhet for sitt betingede regresskrav. Det blir først tvil om anvendelsen av § 5-7 når sikkerheten stilles i forbindelse med etableringen av kausjonsansvaret,

¹ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven). Heretter forkortet ''dekl''.

² Se RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett).

men *etter* at hovedkravet er stiftet. Også denne problemstillingen har vært i domstolene flere ganger.³

Både i lånetilfellene og kausjonstilfellene blir spørsmålet om § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor tredjemann. Dette er omdiskutert i juridisk litteratur, og problemstillingen har dermed også teoretisk interesse.

1.3 Rettslig plassering av omstøtelsesreglene og legislative hensyn

Hovedregelen når debitor går konkurs er at hans fordringshavere har rett til å ta beslag i *''ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden''*, jf. dekl. § 2-2, jf. § 2-1. Omstøtelsesreglene er et unntak fra dette, og gir hjemmel for å omgjøre disposisjoner foretatt av skyldneren før konkursåpning. Reglene utvider dermed boets beslagsrett i tid.

Et sentralt og viktig hensyn på konkursrettens område er likebehandling av kreditorene. Konkurs er basert på en tanke om at dersom skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å dekke sine forpliktelser, bør alle hans kreditorer bære sin forholdsmessige del av tapet som da oppstår.⁴ Omstøtelsesreglene kan ses som et utslag av dette likhetsprinsippet. Bestemmelsene skal verne om kreditorfellesskapet, og forhindre at debtors bo tømmes for aktiva forut for konkursåpning, enten ved boforringende disposisjoner eller kreditorbegunstigelser⁵. Reglene har en gjenopprettende funksjon som går ut på at boet kan kreve midlene tilbakeført, og dermed bøte på den skade som har skjedd. Men også det preventive formålet står sentralt. Dersom debitor vet at slike skadelige disposisjoner vil bli omstøtt, kan dette bidra til at han avstår fra å foreta dem i utgangspunktet.⁶

Omstøtelsesreglene kan deles inn i objektive og subjektive regler. Begrepet henspiller på den begunstigedes forhold. De objektive bestemmelsene finnes i dekl. §§ 5-2 til § 5-8, og rammer nærmere angitte typetilfeller uten hensyn til den begunstigedes skyld. Dette letter omstøtelsesadgangen, og styrker boets stilling.⁷ En grunntanke bak disse bestemmelsene er at de skal være retsteknisk enkle å anvende.⁸ Den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 supplerer de objektive reglene, og kommer til anvendelse på disposisjoner som er utilbørlige overfor kreditorfellesskapet i det enkelte tilfellet. Bestemmelsen inneholder en rekke kumulative vilkår, og stiller også krav til den begunstigedes subjektive forhold. Bevistemaet er følgelig mer komplisert enn ved omstøtelse på objektivt grunnlag.⁹

³ Se Rt. 1887 s. 633 og Rt. 1910 s. 309.

⁴ Andenæs s. 11.

⁵ Huser s. 49.

⁶ Andenæs s. 286.

⁷ Brækhus s. 100.

⁸ Andenæs s. 288.

⁹ Det finnes også en subjektiv omstøtelsesregel i dekl. § 5-6, men denne er ikke relevant for fremstillingen, og vil dermed ikke bli behandlet.

Skillet mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler fremgår også av rettsvirkningen av omstøtelse. § 5-11 gjelder ved omstøtelse etter de objektive bestemmelsene, og det fremgår av denne at boet kan kreve tilbakeført berikelsen den begunstigede har mottatt. Ved omstøtelse på subjektivt grunnlag gjelder det derimot ingen slik berikelsesbegrensning, og boet kan kreve erstatning for tapet de påføres gjennom disposisjonen, jf. § 5-12.

Omstøtelsesreglene kan betegnes som subsidiære, ettersom de kun kommer til anvendelse dersom disposisjonen ellers er bindende, reell og har rettsvern.¹⁰

1.4 Rettskilder og metode

Det rettslige utgangspunktet for fremstillingen er dekl. § 5-7 (1) a. Omstøtelsesreglene er i stor grad en kodifisering av tidligere praksis og teori i tilknytning til den gamle konkursloven av 1863.¹¹ Eldre rettskilder vil dermed fortsatt være av betydning for gjeldende rett.¹²

Rettskildebildet for oppgaven er sparsomt. Bestemmelsens ordlyd er uklar og bidrar ikke til å besvare oppgavens problemstilling, verken i lånetilfellene eller kausjonstilfellene. Videre er forarbeidene tause. Det finnes heller ikke Høyesterettspraksis som avklarer rettstilstanden, og i juridisk teori er meningene delte. Denne utfordringen medfører at reelle hensyn vil stå sentralt i drøftelsen av problemstillingen. Videre vil underrettspraksis bli benyttet som tolkningsmoment der dette er relevant.

1.5 Kort om begrepsbruk i oppgaven

Den som går konkurs betegnes som ”debitor” eller ”skyldneren”. Med uttrykket ”kreditorfelleskapet” menes konkursdebitors usikrede kreditorer. At de er usikrede vil si at de ikke har en særlig dekningsrett i form av panterett eller annen sikkerhet.

Jeg vil bruke betegnelsen K1 om den opprinnelige kreditoren som får innfridd sin fordring på debitor. Betegnelsene K2, refinansierende kreditor eller långiver vil bli benyttet på kreditor som yter debitor et lån som benyttes til å innfri den eldre gjelden. For å unngå forvirring vil jeg bruke betegnelsen ”kausjonist” om en kausjonist som får pant for sitt regresskrav. Den opprinnelige fordringshaver omtales som ”kreditor” eller ”fordringshaver”.

1.6 Avgrensninger og forutsetninger

Som problemstillingen viser, vil ikke oppgaven gi en uttømmende fremstilling av de rettslige spørsmål som kan oppstå ved omstøtelse etter § 5-7.

¹⁰ Huser s. 30-31.

¹¹ Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers behandling. Heretter forkortet ”kk1”.

¹² Huser s. 128.

Emnet for oppgaven er som nevnt rekkevidden av bestemmelsen når debitor stiller sikkerhet overfor tredjemann i forbindelse med lån eller kausjon. En tredjemann kan også bringes inn i forholdet mellom debitor og kreditor på andre måter, eksempelvis ved at debitor pantsetter et aktivum som tilhører ham til sikkerhet for tredjemanns eldre gjeld til kreditor, og tredjemann og debitor er et morselskap og et datterselskap.¹³ Et annet eksempel er at debitor selger sikkerhetsgjenstanden med påhefte av sikkerheten til en tredjemann.¹⁴ En fremstilling av disse tilfellene faller imidlertid utenfor rammene av denne oppgaven, og vil ikke bli behandlet.

I det følgende forutsettes det at disposisjonen er bindende, reell og har rettsvern. Videre antar jeg at vi befinner oss innenfor omstøtelsesfristen i dekl. § 5-7 (1) a, og at sikkerheten dekker hele fordringen. Jeg forutsetter også at det nye lånet som ytes til debitor er av lik størrelse som den eldre gjelden.

Omstøtelsesreglene kommer til anvendelse ved konkurs, tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo, jf. dekl. § 5-1. Jeg begrenser avhandlingen til å gjelde konkurssituasjonen.

1.7 Videre fremstilling

I det videre vil jeg ta for meg lånetilfellene og kausjonstilfellene, og undersøke hvorvidt sikkerheten tredjemann mottar kan omstøtes etter dekl. § 5-7. For å gjøre fremstillingen så oversiktlig som mulig har jeg valgt å behandle disse situasjonene separat. Først vil lånetilfellene behandles, deretter kausjonstilfellene. Hovedtyngden vil være på rettsstilstanden de lege lata. I forbindelse med behandlingen av kausjon vil jeg trekke paralleller til lånetilfellene og undersøke om det er forskjeller i omstøtelsesadgangen i de to situasjonene.

¹³ Huser s. 421-429.

¹⁴ Huser s. 429-432.

2 Deknl. § 5-7

2.1 Legislativ begrunnelse

Deknl. § 5-7 er en av de objektive omstøtelsesreglene i dekningsloven, og rammer som nevnt pantsettelse eller sikkerhetsstillelser for eldre gjeld.

Formålet med bestemmelsen er å motvirke sikkerhetsstillelser som ikke er kredittskapende. Dersom slike rettigheter stiftes for allerede eksisterende gjeld, tilføres ikke debitor nye verdier.¹⁵ I stedet innebærer sikkerheten en begunstiging av den aktuelle fordringshaveren. Ettersom de usikrede kreditorene får dekning av det som blir igjen etter at innehaveren av sikkerheten har tatt sitt, kan en sikkerhetsstillelse overfor den ene medføre at det blir mindre til fordeling til de øvrige dersom skyldneren har flere fordringshavere. Går skyldneren konkurs kort tid etter en slik disposisjon, må den formodes å være illojal overfor kreditorfellesskapet.¹⁶

Den legislative begrunnelsen for deknl. § 5-7 må ses i sammenheng med bakgrunnen for at sikkerhetsretter, og særlig panteretter, aksepteres. Etter panteloven¹⁷ § 1-1 er en panterett en *''særrett''* til å søke dekning for et krav, og kan således anses som et unntak fra likhetsprinsippet ved konkurs. Pantehaveren får en fortrinnsrett fremfor debtors øvrige kreditorer, noe som er legislativt begrunnet ved at sikkerhetsstillelsen kan bidra positivt til skyldnerens økonomi ved at han får tilført kreditt han ellers ikke ville fått. Dette er ønskelig i et samfunnsmessig perspektiv fordi det bidrar til verdiskapning og økonomisk vekst. Videre vil en panterett redusere kredittrisikoen, noe som igjen kan medføre at rentene og gebyrene på lånet reduseres, slik at kreditttilførselen blir billigere. § 5-7 rammer dermed kun sikkerhetsstillelser for *eldre* gjeld. Dette fremgår av bestemmelsens vilkår, som vil bli gjennomgått nedenfor.

2.2 Vilkår for omstøtelse etter deknl. § 5-7

Jeg vil nå fremstille de kumulative vilkårene som må være oppfylt for at omstøtelse etter deknl. § 5-7 (1) a skal kunne skje. Bestemmelsen rammer sikkerhetsstillelser foretatt senere enn tre måneder før fristdagen.¹⁸ Dette er et absolutt vilkår, slik at omstøtelse ikke kan skje dersom tidsfristen ikke er overholdt.

¹⁵ NOU 1972:20 s. 294.

¹⁶ Andenæs s. 335.

¹⁷ Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).

¹⁸ Jf. deknl. § 1-2.

2.2.1 Gjelden

Sikkerheten må være stilt for *''gjeld''* som skyldneren har pådratt seg. Uttrykket omfatter både pengegjeld og annen gjeld.¹⁹

Videre må sikkerheten være gitt for *eldre* gjeld. Dette fremgår av formuleringen *''sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt''*. Det nærmere tidspunktet for gjeldspådragelsen skaper mange interessante problemstillinger, men en fullstendig fremstilling av disse vil overskride oppgavens rammer. Jeg går dermed ikke nærmere inn på dette, men nevner at oppfatningen i juridisk teori synes å være at gjelden er pådratt når debitor mottar lånet fra kreditor, og ikke ved lånetilsagnet.²⁰

Dernest må sikkerheten være stilt for debtors egen gjeld. Dette kan utledes av lovens uttrykk *''gjeld som skyldneren har pådratt seg''* (min understrekning). Tredjemannspant omfattes ikke av bestemmelsen, jf. NOU 1972:20 s. 295.

2.2.2 Sikkerhetsstillelsen

Det må foreligge en sikkerhetsstillelse. Pantsettelse er det typiske eksemplet, og nevnes eksplisitt. Bestemmelsen omfatter også andre former for realsikkerhet, jf. *''annen sikkerhetsstillelse''*. Som eksempler nevner forarbeidene kontraktmessig tilbakeholdsrett og sikringscesjon av enkle fordringer.²¹

Videre må sikkerhetsstillelsen være avtalt. Dette følger av lovens uttrykk *''pantsettelse''* og *''sikkerhetsstillelse''*, som tilsier at det må foreligge en aktiv handling fra debtors side. Legalpant og utleggspant faller således utenfor bestemmelsen.²²

Sikkerheten må anses avtalt fra tidspunktet da avtalen om sikkerhetsstillelse ble bindende mellom partene. Tidspunktet sikkerheten får rettsvern er ikke avgjørende, noe som følger av motsetningsslutninger fra § 5-7 (1) b.²³

2.2.3 Gjennomføring av omstøtelsen

Ettersom § 5-7 er en objektiv omstøtelsesregel, fremgår rettsvirkningen av omstøtelse av dekl. § 5-11 (1) 1. pkt. Etter denne bestemmelsen kan boet kreve at den begunstigede *''fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon''*. Sikkerheten vil dermed bli virkningsløs overfor boet, og vedkommende mister sitt dekningsprivilegium. Han vil imidlertid

¹⁹ Andenæs s. 336.

²⁰ Andenæs s. 336, Huser s. 379. I motsatt retning se Sandvik s. 44: *''Det avgjørende er her om panteretten ble tilsagt ved gjeldens stiftelse, som et kredittvilkår.''*

²¹ NOU 1972:20 s. 294.

²² NOU 1972:20 s. 294.

²³ Huser s. 381.

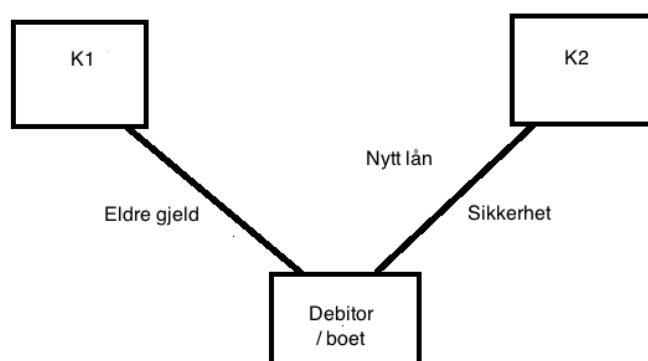
være berettiget til å kreve dividende av fordringen lik linje med debtors usikrede kreditorer, jf. dekl. kapittel 6.

3 Presentasjon av de aktuelle tredjemannstilfellene

Det jeg skal behandle er altså adgangen til å omstøte etter dekl. § 5-7 (1) a der en tredjemann bringes inn i forholdet mellom debitor og opprinnelig kreditor gjennom lån eller kausjon. Disse to situasjonene er valgt ettersom en kausjonist alltid vil vite at han kan bli nødt til å innfri en eksisterende fordring, mens en långiver ikke nødvendigvis vet at lånet han yter debitor skal brukes til å innfri eldre gjeld. I dette avsnittet skal det kort redegjøres for henholdsvis lånetilfellene og kausjonstilfellene.

3.1 Debitor låner betalingsmidlene av en tredjemann mot sikkerhet

Lånetilfellene er situasjonene hvor debitor låner betalingsmidlene av en tredjemann mot sikkerhet, og deretter bruker disse midlene til å innfri eldre, usikret gjeld til K1. I slike tilfeller skjer det et kreditorskifte. Situasjonen kan illustreres ved følgende figur:



Dersom man bare ser på forholdet mellom debitor og K2, stilles sikkerheten for ny gjeld. Spørsmålet blir imidlertid om gjelden må anses pådratt allerede på et tidligere tidspunkt, nemlig med debtors eldre gjeld til K1.

Årsaken til at debitor låner midler av en tredjemann som han bruker til å innfri eldre gjeld kan være mange. Et hovedskille kan trekkes mellom omgåelsesforsøk og tilfellene hvor refinansieringen er kommersielt begrunnet. Omgåelsesforsøk vil si tilfeller der sikkerheten stilles til en tredjemann i stedet for den opprinnelige fordringshaveren for å unngå omstøtelse.

Refinansieringen kan også være kommersielt begrunnet. Når debitor stiller sikkerhet for det nye lånet medfører dette mindre kredittrisiko, noe som igjen kan resultere i lavere renter og gebyrer, slik at totalkostnadene på lånet reduseres. Andre fordeler kan være at debitor får lengre nedbetalingstid, og at de månedlige avdragene blir lavere. Videre kan ordningen være begrunnet i bekvemmelighetshensyn, ettersom debitor får mulighet å samle flere smålån hos én kreditor slik at han får bedre oversikt over sin økonomi, noe som klart er ønskelig i den presumptivt vanskelige situasjonen han er i på dette tidspunktet. Refinansiering kan også være en form for redningsaksjon for å unngå at skyldneren går konkurs. Dette vil være typisk dersom K2 har økonomiske interesser i at debitor fortsetter sin virksomhet.

I forbindelse med de kommersielt begrunnede refinansieringene vil jeg ta utgangspunkt i fremstillingen til Brækhus. Jeg vil skille mellom tilfeller hvor det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal benyttes til å innfri eldre gjeld, og tilfeller hvor dette ikke var betinget eller forutsatt, men långiveren da lånet ble gitt visste eller burde forstå at debitor ville bruke dette på den nevnte måten. Også tilfellene der K2 var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å dekke eldre gjeld vil bli behandlet.²⁴

Ved refinansiering oppstår det også spørsmål om debitors *betaling* til K1 kan omstøtes etter dekl. § 5-5. Dette faller imidlertid utenfor oppgavens rammer, og vil kun omtales i den grad det er relevant for omstøtelsesvurderingen etter § 5-7.

3.2 Tredjemann kausjonerer og får sikkerhet for sitt regresskrav

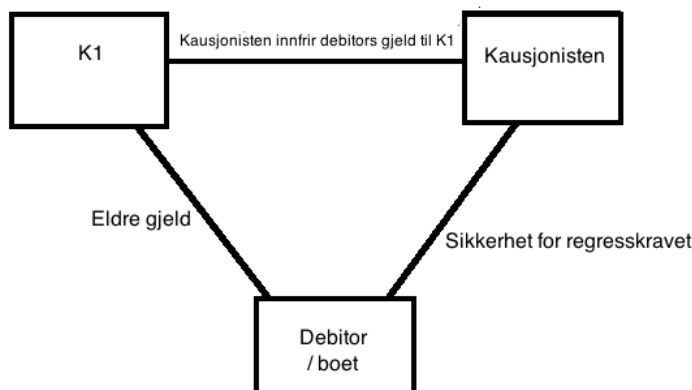
En tredjeperson kan bringes inn i forholdet mellom debitor og K1 gjennom kausjon. Situasjonene som vil bli behandlet er de hvor skyldneren har stilt sikkerhet for kausjonistens regresskrav i forbindelse med at kausjonsansvaret etableres, men *etter* at hovedfordringen oppstod.

Kausjon er en form for garanti som innebærer at kausjonisten stiller seg ansvarlig for oppfyllelsen av en annen persons gjeldsforpliktelse, ofte med det formål å gi kreditor bedre sikkerhet for kravet på debitor.²⁵ Dersom kausjonisten må innfri hovedfordringen, skjer oppgjøret direkte til K1.²⁶ Dette skaper et trekantforhold, hvor boet overtar debitors plass dersom han går konkurs. Situasjonen kan illustreres på følgende måte:

²⁴ Brækhus s. 112-113.

²⁵ Smith s. 23.

²⁶ Huser s. 418.



Slik som i lånetilfellene kan ordningen være begrunnet i omgåelsesønsker. I stedet for at debitor stiller sikkerhet direkte til K1, mottas denne av en tredjemann som kausjonerer for den eldre gjelden.

Men ordningen er ikke nødvendigvis begrunnet i et ønske om å omgå bestemmelsen. Kausjon må ses i sammenheng med behovet for kredittytelser. Det mest praktiske er at debitor selv stiller realsikkerhet direkte til kreditor. Men undertiden har han ikke tilfredsstillende midler til å gjøre dette, eller kredittyteren vil ikke tilføre debitor kapital før han har fått tilleggssikkerhet ved at en eller flere fysiske eller juridiske personer stiller seg solidarisk ansvarlige for gjelden. Kausjon har således en *kredittfunksjon*, ettersom debitor kan få tilført kreditt han ellers ikke ville ha fått.²⁷

Når tredjemann stiller seg som kausjonist, får han et betinget regresskrav mot hoveddebitor.²⁸ Dersom kausjonisten må innfri overfor K1, aktualiseres dette kravet, og debitor vil dermed stå i gjeld til kausjonisten. Denne gjelden er det naturlig at sistnevnte ønsker sikkerhet for.

²⁷ Smith s. 24.

²⁸ Brækhus s. 110.

4 Lånetilfellene

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg ta for meg situasjonene hvor tredjemann yter debitor et lån mot sikkerhet som sistnevnte bruker til å innfri eldre, usikret gjeld.

Hvorvidt dekl. § 5-7 kan anvendes overfor tredjemann i disse tilfellene, beror på en tolkning av uttrykket *''gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt''*. Ordlyden tilsier at bestemmelsen rammer tilfeller der debitor først har pådratt seg usikret gjeld, og senere stiller sikkerhet for den samme gjelden. Dette er bestemmelsens kjerneområde²⁹, og det er denne situasjonen som nevnes i forarbeidene.³⁰

I lånetilfellene blir spørsmålet om gjelden det stilles sikkerhet for må anses pådratt med gjelden til K2, eller debitors eldre gjeld til K1. Førstnevnte underbygges av formell tolkning av bestemmelsen. Formelt sett befinner vi oss utenfor § 5-7 når debitor tar opp et nytt lån mot sikkerhet hos en annen kreditor enn den opprinnelige. Ordlyden er imidlertid ikke til hinder for å anse gjelden pådratt med gjelden til K1. Dette er i tråd med formålsbetraktninger, ettersom sikkerhetsstillelsen i et slikt tilfelle ikke reelt virker kredittskapende. Ordlyden gir ikke et klart svar på om bestemmelsen kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor tredjemann.

Forarbeidene omhandler ikke problemstillingen, og i NOU 1972:20 påpekes det at utkastet ikke regulerer spørsmålet om når gjelden må anses pådratt.³¹ Forarbeidene er tause, og etter mitt skjønn kan det heller ikke trekkes slutninger fra denne tausheten.³² Det finnes heller ikke Høyesterettspraksis som gir en klar løsning. Videre er oppfatningene i juridisk teori delte. Andenæs og Huser mener at sikkerhetsstillelsen ikke kan rammes av dekl. § 5-7 i lånetilfellene³³, mens Brækhus og Sandvik konkluderer motsatt³⁴.

Ettersom rettskildebildet er sparsomt vil reelle hensyn stå sentralt i vurderingen. Det er ikke gitt at avveiningen av de aktuelle hensynene vil være lik i alle tilfeller hvor debitor tar opp et lån mot sikkerhet som han benytter til å innfri eldre, usikret gjeld. Ved vurderingen er det naturlig å ta utgangspunkt i hovedskillet mellom omgåelsesforsøk og de kommersielt begrunnede refinansieringstilfellene.

²⁹ Andenæs s. 340.

³⁰ NOU 1972:20 s. 294.

³¹ NOU 1972:20 s. 294.

³² Se også Huser s. 414, som skriver at *'' [d]ekningslovens forarbeider kan ikke sees å inneholde noe som kan gi grunnlag for slutninger i denne sammenheng''*.

³³ Andenæs s. 343-344, Huser s. 411-415.

³⁴ Brækhus s. 112-113, Sandvik s. 45.

4.2 Omgåelsesforsøk

Spørsmålet som vil bli behandlet i dette punktet er om dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor K2 dersom refinansieringen er begrunnet i omgåelsesønsker.

Omgåelsesforsøk er tilfeller der man mer eller mindre bevisst unngår eller forsøker å unngå rettsvirkningene av en bestemmelse. Man gir dermed disposisjonen en form av å være gyldig og lovlig, mens resultatet blir likt som de tilfellene bestemmelsen skal ramme. Kort sagt innebærer omgåelser et rettslig problem fordi det kan medføre at rettsreglene uthules, og at de hensyn de bygger på blir illusoriske.

Som nevnt tilsier en formell tolkning av § 5-7 at det er stilt sikkerhet for ny gjeld, slik at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på sikkerhetsstillelsen. Men dersom en formell betraktningmåte anses som avgjørende, vil dette kunne åpne for omgåelser av bestemmelsen. I stedet for å stille sikkerhet direkte til K1 for den eldre gjelden, skytes det inn en tredjemann, som mot pant gir debitor et lån som sistnevnte bruker til å innfri gjelden. På denne måten blir usikret gjeld erstattet med pantesikret gjeld, men uten at K1 risikerer omstøtelse. K1 og K2 kan videre agere etter en form for avtale, hvor K2 innvilger skyldneren kreditt mot sikkerhet *for* at dette skal benyttes til å innfri eldre gjeld.

Enkelte tilfeller som går under kategorien omgåelse vil også tilfredsstillende kravene i de andre typetilfellene som jeg nevnte i punkt 3.1, eksempelvis at det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld, eller refinansierende kreditor visste eller burde forstå at debitor ville bruke det nye lånet på denne måten. Men dersom formålet er å unngå omstøtelse, vil vi befinne oss i kategorien omgåelsesforsøk. Det er dermed naturlig å ta utgangspunkt i vurderingen av disse situasjonene, ettersom man på bakgrunn av rettskildematerialet ikke har samme tvilen ved omstøtelsesspørsmålet som i de andre typetilfellene.

Ved omgåelsesforsøk er det uklart hvem som er subjektet for vurderingen - med andre ord *hvem* som må ha til hensikt å omgå bestemmelsen. Er dette debitor, kreditor K1 eller den nye långiveren K2? Må alle ha slik hensikt, eller er det tilstrekkelig dette kun foreligger hos én av dem? Rettspraksis viser imidlertid at K2 typisk vil ha vært delaktig i omgåelsesarrangementet, jf. Rt. 1880 s. 190 og Rt. 1890 s. 25. Jeg tar dermed utgangspunkt i at det må foreligge omgåelseshensikt hos K2 for at det skal være tale om et omgåelsesforsøk.

4.2.1 Rt. 1880 s. 198

Vi har som nevnt ikke Høyesterettspraksis som avklarer hvorvidt § 5-7 kan anvendes overfor K2 i lånetilfellene. Derimot finnes det noen eldre høyesterettsdommer som omhandler omgåelsesforsøk. En av disse er Rt. 1880 s. 198. Direkte gjaldt avgjørelsen rettsstillingen etter

kkl. § 45, men det fremgår av forarbeidene at dekl. § 5-7 svarer innholdsmessig nøyte til denne bestemmelsen.³⁵ Eldre rettspraksis vil dermed fortsatt vil være relevant for dekl. § 5-7.

Jeg vil minne om at jeg i punkt 3.1 oppstilte et skille mellom omgåelsestilfellene og de kommersielt begrunnede refinansieringsordningene. Der nevnte jeg at refinansieringen kan være begrunnet i annet enn et ønske om å komme utenfor omstøtelsesreglene, slik som å gi debitor billigere kredittilførsel. I et slikt tilfelle passer det ikke godt å kalle det omgåelse.

Rt. 1880 s. 198 gjaldt et tilfelle hvor debitor hadde gjeld til fire kreditorer, men i stedet for å gi sikkerhet direkte til disse, utstedte han en pantobligasjon til kreditorenes advokat A på tilsvarende beløp som gjelden.³⁶ A betalte ingenting for pantobligasjonen, men solgte denne videre til en trelasthandler B, som i tillegg fikk sikkerhet for fordringen på debitor ved at to av kreditorene stilte som kausjonister. B utbetalte obligasjonens pålydende til A i tre terminer, som brukte dette til å innfri fordringene kreditorene hadde på debitor. Debitor betalte ikke gjelden etter obligasjonen, og pantet ble dermed realisert, og beløpet med renter ble utbetalt til kreditorene.

Spørsmålet Høyesterett skulle ta stilling til var om transaksjonen var ugyldig blant annet etter kkl. § 45 fordi forholdet i realiteten var et forsøk på å skaffe kreditorene sikkerhet for kravene på debitor. Retten svarte bekreftende på dette, og dømte enstemmig de eldre kreditorene, og ikke advokaten eller trelasthandleren, til å betale til boet det de hadde mottatt gjennom realisasjon av pantet.

Høyesterett tilsluttet seg overrettens avgjørelse, hvor det ble fastslått at transaksjonen i *''i sit Væsen kun er en Pantsættelse''* og at man hadde *''brugt en Omvei for at skaffe enkelte Kreditorer Sikkerhed for en Del af deres Tilgodehavende''*. At det var tale om en omgåelse var således en sentral begrunnelse for å omstøte. Høyesterett fastslo at sammenlignet med lignende saker måtte forholdet betegnes som enda mer gjennomiktig og klart. Det presiseres videre at B kun var en mellommann som ble brukt for å gi transaksjonen en form av å være lovlig og gyldig. Verken han eller debitor hadde noen innflytelse på anvendelsen av pengene.

Getz mener at dommen er *''uriktig, som en Anvendelse af Konkurslovens § 45 betragtet''*.³⁷ Med dette mener han trolig at kkl. § 45 ikke kan anvendes i lånetilfellene.³⁸ Hva som i realiteten gjorde transaksjonen omstøtelig er etter hans mening *''meget mere Pantsættelsens bevist svingagtige Karakter''*, som kreditorene hadde medvirket til.

Den aktuelle dommen i Rt. 1880 s. 190 gjaldt et klart omgåelsesforsøk. Forholdet var arrangert av kreditorene eller en representant for dem (advokaten), og det ble gjort flere avtaler om anvendelsen av pengene. Slik jeg ser det har avgjørelsen lite til felles med tilfellene hvor refinansieringen ikke er foretatt i den hensikt å omgå reglene. I slike tilfeller kan det nye lånet være gitt uten at refinansierende kreditor har kunnskap om hva det skal benyttes til. Men også

³⁵ NOU 1972:20 s. 294. Se også Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169.

³⁶ A kan også betegnes som K2 i dette partsforholdet, men ettersom det var flere tredjemenn involvert, anser jeg det mer hensiktsmessig å betegne disse som henholdsvis A og B.

³⁷ Getz s. 271, note 40.

³⁸ Huser s. 414.

dersom refinansierende kreditor *har* slik kunnskap kan ordningen ha et legitimt formål. Eksempelvis kan refinansieringen være begrunnet i et ønske om å skaffe debitor lavere renter og gebyrer på lånet, noe som særlig kan være hensiktsmessig dersom debtors økonomi er svak. I denne dommen forelå det ikke slike hensikter, fordi formålet med arrangementet var å gi de eldre kreditorene sikkerhet for kravet på debitor.

At dommen kun har overføringsverdi til omgåelsesforsøk underbygges videre av mindretallets votum. Annenvoterende kom med unntak av spørsmålet om saksomkostningene til samme resultat som førstvoterende, men utdypet begrunnelsen noe mer:

''Da det ved en Række af Domme afsagte i 1867 og 1869 er antaget, at man ved Fortolkningen af Bestemmelsen i Konkursl.s § 45 maa se paa Tingens Væsen og ikke paa den Form, som de Transigerende have givet Sagen, for at omgaa Lovens Bestemmelse, saa antager jeg med Førstvoterende, at heller ikke den her omhandlede Obligation kan komme [fordringshaverne] til gode ... '' (Min understrekning).³⁹

Utsagnet forutsetter at partene har forsøkt å omgå bestemmelsen, og dermed gitt transaksjonen en form som ikke samsvarer med realiteten.

I den aktuelle dommen fikk ikke debitor tilført kreditt fra tredjemann. Det skjedde dermed ikke noe kreditorskifte. Videre var K2 en proformaoverdrager for K1. I slike tilfeller vil sistnevnte være den reelt begunstigede, og Høyesterett dømte som nevnt kreditorene til å tilbakebetale det de hadde mottatt. Dette er kanskje en innvending mot å anvende avgjørelsen som et argument for å omstøte etter § 5-7 dersom omgåelsesforsøket resulterer i et kreditorskifte. Men også i slike tilfeller har man har brukt en omvei for å skaffe en eller flere kreditorer sikkerhet for en del av deres tilgodehavende. Dette tilsier at § 5-7 må komme til anvendelse på sikkerhetsstillelsen overfor K2.

4.2.2 Rt. 1887 s. 633

Også en annen dom, Rt. 1887 s. 633, er relevant for oppgavens problemstilling. Direkte gjaldt dommen omstøtelse i et tilfelle der tredjemann hadde kausjonert for debtors eldre gjeld, og stilt pant for kausjonistens regresskrav.⁴⁰ Men dommen inneholder også obiter dicta- bemerkninger om lånetilfellene som underbygger at dekl. § 5-7 kun kommer til anvendelse dersom det foreligger et omgåelsesforsøk.⁴¹ På side 641 skriver dommer Hansteen:

''Om en Kreditor siger til Skyldneren, at han maa have sine Penge, men at han ved en anden Mand, af hvem Skyldneren kan faa laant Beløpet imod Pant, og om derefter Skyldneren følger denne Anvisning og saa med de imod Pant laante Penge betaler den første Kreditor, saa er dette et i alle Henseender legitimit Arrangement, som aldrig kunde rokkes med Hjemmel af Konkursl.s § 45.''

³⁹ Rt. 1880 s. 198 s. 202.

⁴⁰ Dommen vil bli nærmere behandlet nedenfor under punkt 5.4.1 i forbindelse med kausjonstilfellene.

⁴¹ Huser s. 414.

Videre skriver han at også her kan man si at det skaper en lett adgang til å omgå loven, men at man ikke kan erklære sikkerhetsstillelsen for å være ugyldig i alle slike situasjoner. Han vil kun omstøte dersom det foreligger et omgåelsesforsøk: *''Det faar komme an på, om der i det enkelte Tilfælde kan antages at være lagt an på Elusion.''* Flertallet kom ikke med særlige uttalelser angående dette. Dette tyder på at omstøtelse kan skje overfor K2 dersom refinansieringen er begrunnet i et ønske om å komme utenfor dekl. § 5-7.

At domstolene vil anvende § 5-7 på omgåelsesforsøk underbygges også av Rt. 1890 s. 25. I denne saken hadde tredjemann stilt sikkerhet til K1, men med debtors eiendeler. K1 var her en bank som ønsket sikkerhet for en fordring på debitor. Dette ble ordnet slik at debitor utstedte en pantobligasjon til tredjemann på tilsvarende beløp som gjelden, som deretter håndpantsette denne til banken. Senere gikk debitor konkurs, og det ble avholdt tvangsauksjon. Bankens kjøpte da obligasjonen for et lite beløp, og solgte pantobjektet, en gård. Bankens fikk altså tilgang til sikkerheten gjennom tvangsauksjonen. Spørsmålet for retten var om utbyttet banken hadde oppnådd ved drift og realisasjon av gården måtte trekkes inn i oppgjøret av debtors gjeld til banken. Dette ble besvart bekreftende. Retten anså ikke disposisjonens form som avgjørende, men fastslo at debitor i realiteten hadde stilt pant for den eldre gjelden til banken. Avgjørelsen gjaldt ikke direkte omstøtelse etter kkl. § 45, men Høyesterett uttalte at forholdet også ville vært omstøtelig etter denne bestemmelsen.

4.2.3 Oppsummering

De nevnte avgjørelsene underbygger en tanke om at § 5-7 må tolkes funksjonelt, og ikke formelt. Dette prinsippet kan også overføres til tilfeller der bakgrunnen for at tredjemann yter debitor lån mot sikkerhet som benyttes til å innfri eldre, usikret gjeld er å omgå bestemmelsen. I slike tilfeller må man anse gjelden det stilles sikkerhet for som pådratt med debtors gjeld til K1.

Å omstøte overfor långiveren i disse tilfellene har videre støtte i reelle hensyn. Omstøtelsesreglene er som nevnt verneregler for boet, og dersom det blir adgang til å omgå dekl. § 5-7 på den nevnte måten vil dette medføre at kreditorenes beskyttelse svekkes. Ved omgåelse har ordningen dessuten preg av å være illojal overfor boet.

Som nevnt innledningsvis viser rettspraksis at K2 ofte vil ha vært med på omgåelsesarrangementet, og i et slikt tilfelle har han liten beskyttelsesverdighet. Hensynet til långiveren kommer dermed ikke inn som motvekt til hensynet til boet. Har han derimot ikke vært med på arrangementet, blir ikke situasjonen like kategorisk, og det er mer usikkert om § 5-7 kan anvendes overfor ham.

Ved omgåelsesforsøk er det større grunn til å omstøte enn i tilfellene hvor det ikke foreligger en slik hensikt. Dette skyldes at refinansieringen ikke vil være en redningsaksjon eller lignende. Heller ikke har man forsøkt å oppnå positive fordeler for debtors økonomi. I det hele tatt virker det upassende dersom det skal være adgang til å sikre seg mot omstøtelse ved å velge en formell fremgangsmåte som tilsynelatende ikke rammes av bestemmelsen. Å la § 5-7 komme til

anvendelse på sikkerhetsstillelsen dersom det er tale om et omgåelsesforsøk har også en viss støtte i juridisk teori.⁴²

Det nevnte rettskildematerialet tyder på at § 5-7 vil ramme sikkerhetsstillelsen overfor K2 ved omgåelsesforsøk. Jeg er imidlertid noe skeptisk til hvorvidt det er en god regel å la hensikten med transaksjonen være avgjørende for anvendelsen av bestemmelsen, slik som antydes i Rt. 1887 s. 633. Riktignok kan dette medføre at resultatet blir rimelig i det enkelte tilfellet. Men faktisk omgåelseshensikt kan være vanskelig å bevise. Likevel kan denne innvendingen nyanseres ved at man muligens kan trekke slutninger fra de objektive forholdene. Å ikke omstøte etter § 5-7 dersom det er tale om et omgåelsesforsøk kan dessuten medføre at de hensyn bestemmelsen bygger på, som er fremstilt under punkt 2.1, undergraves. Konklusjonen må dermed bli at dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerheten K2 mottar dersom refinansieringen er begrunnet i omgåelsesønsker.

4.3 Refinansieringen er kommersielt begrunnet

Som nevnt kan refinansiering av eldre, usikret gjeld være begrunnet i annet enn et ønske om å komme utenfor omstøtelsesreglene. Jeg har ikke funnet støtte i rettspraksis for at § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor K2 dersom det ikke foreligger et omgåelsesforsøk. Tvert imot tilsier obiter dicta-uttalelser fra den nevnte dommen i Rt. 1887 s. 633 at omstøtelse ikke kan skje. Dette underbygges også av slike bemerkninger fra en annen dom:

''At en Mand bistaar en Anden, med hvem han staar i handelsforbindelse, med pantelaan for derved at hjælpe ham til å overstaa en Forlegenhet, tror jeg ikke kan medføre, at Panteretten skulde blive ugyldig (...) Jeg tror ikke at Panteretten blive ugyldig, om det endog ender med Konkurs, hvorimod Pantsættelsen isaafald maa betragtes som en særskilt Transaktion, hvorpaa Konkurslovens § 45 ikke kommer til Anvendelse.'''⁴³

Dette støttes også av en formell betraktningssmåte, som nevnt i punkt 4.1. Formelt sett befinner vi oss utenfor dekl. § 5-7 når debitor tar opp et nytt lån mot sikkerhet. Utgangspunktet blir dermed at sikkerheten K2 har mottatt ikke kan omstøtes. Spørsmålet blir imidlertid om man undertiden må tolke bestemmelsen funksjonelt, og anse gjelden pådratt med debtors eldre gjeld til K1, slik at omstøtelse likevel kan skje.

Ved behandlingen av dette spørsmålet vil jeg skille mellom ulike typetilfeller. Først vil jeg behandle tilfellene hvor det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld (konverteringstilfellene). Dernest vil jeg ta for meg situasjonene hvor det ikke var en slik betingelse eller forutsetning, men lånyteren da lånet ble gitt visste eller burde forstå at debitor ville benytte lånet på denne måten. Til slutt gjenstår tilfellene der lånyteren var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å dekke eldre gjeld.⁴⁴

⁴² Huser s. 415.

⁴³ UfL IX s. 254, s. 258.

⁴⁴ Et slikt skille er som nevnt lagt til grunn av Brækhus s. 112-113.

Resultatet av disposisjonen blir det samme i alle disse situasjonene - den usikrede gjelden dekkes fullt ut, mens den nye långiveren får dekning i boet gjennom sikkerheten.⁴⁵ Likevel er det ikke gitt at svaret på problemstillingen vil bli det samme, ettersom avveiningen av de reelle hensyn kan slå ulikt ut. Jeg vil dermed behandle disse typetilfellene separat i den videre fremstillingen, i den nevnte rekkefølgen.

4.3.1 Konverteringstilfellene

Brækhus hevder at § 5-7 'utvilsomt' må komme til anvendelse dersom det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal benyttes til å innfri eldre, usikret gjeld (konverteringstilfellene).⁴⁶ Han begrunner dette med en henvisning til den nevnte dommen i Rt. 1880 s. 198. Som gjennomgangen har vist, gjaldt denne et omgåelsestilfelle hvor det ikke skjedde noe reelt kreditorskifte. Situasjonene som her skal behandles, skiller seg imidlertid fra dommen ved at det ikke foreligger omgåelsehensikt, samt at refinansieringen medfører et kreditorskifte.

Det nevnes ikke eksplisitt *hvem* som må ha stilt en slik uttrykkelig betingelse. Det er imidlertid nærliggende å tenke seg at dette ofte er K2. Men det kan også være enighet mellom sistnevnte og debitor om at det nye lånet skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. Dette vil ofte være tilfellet dersom det var en klar forutsetning at det nye lånet skulle brukes på den nevnte måten.

Påstanden til Brækhus om at § 5-7 kommer til anvendelse i konverteringstilfellene er fulgt opp i underrettspraksis, RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett). I denne saken hadde A tatt opp to lån mot sikkerhet hos et annet selskap B. Lånene ble utbetalt direkte til to av As eldre, usikrede kreditorer. A gikk konkurs ca. fire måneder etter at sikkerheten ble stilt. Retten la til grunn at sikkerheten ble avtalt samtidig med gjeldspådragelsen. Spørsmålet var imidlertid om pantet kunne omstøtes som sikkerhet for eldre gjeld fordi lånene ble brukt til å betale to eldre kreditorer, slik at den usikrede gjelden ble omdannet til pantesikret gjeld. Etter rettens mening måtte dette bero på en helhetsvurdering hvor både hensynet til kreditorfellesskapet og långiveren var relevant.

Hensynet til førstnevnte tilsa 'klart at dette vurderes på samme måte som om den opprinnelige kreditor hadde pantesikret sitt krav i ettertid'. Når den nye fordringshaveren får sikkerhet uten at totalgjelden reduseres, blir det tilsvarende mindre til fordeling mellom de usikrede kreditorene.

Også hensynet til långiveren ble fremhevet, men det ble bemerket at dette ville være noe forskjellig ut i fra vedkommendes kunnskap om låntakeren og hva lånet skulle benyttes til. I denne saken visste långiveren at lånene skulle brukes til å innfri eldre gjeld, noe som også var klart forutsatt før de ble gitt. Retten fant dermed at hensynet til kreditorfellesskapet veide tyngre

⁴⁵ Som påpekt av retten i RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett) s. 754.

⁴⁶ Brækhus s. 112.

enn hensynet til den nye långiveren i dette tilfellet, og sikkerheten ble omstøtt etter dekl. § 5-7 (1) a, jf. (2), ettersom partene var nærstående.

Avgjørelsen kan således være et argument for at § 5-7 må komme til anvendelse dersom det var en klar betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. Dette er imidlertid en noe usikker betraktning, ettersom også andre momenter ble vektlagt i rettens vurdering. Blant annet ble pengene overført direkte fra K1 til K2. Midlene gikk dermed ikke innom debtors formuesmasse, og innfrielsen var ikke et resultat av en aktiv handling fra hans side. I slike tilfeller har forholdet muligens større preg av å være omstøttelsesverdig. Videre ble det påpekt at undersøkelser ville ha vist at debitor var insolvent da lånene ble ytet, og at disse ikke ville være tilstrekkelige for å sikre videre drift. Også dette er et moment i retning av at sikkerhetsstillelsen er omstøttelsesverdig, fordi forholdet ikke vil være en redningsaksjon.

Underrettspraksis har videre langt mindre rettskildemessig vekt enn høyesterettsdommer.⁴⁷ Spørsmålet om § 5-7 kan anvendes overfor K2 dersom det er en klar betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre gjeld er dermed ikke løst med denne dommen. Dette medfører at reelle hensyn vil stå sentralt i vurderingen.

I RG 1996 s. 741 skiller ikke retten mellom tilfellene som her er blitt behandlet og tilfellene hvor refinansierende kreditor visste eller burde forstå at debitor ville benytte lånet til å innfri eldre, usikret gjeld. Riktignok vil vedkommende også ha slik kunnskap i førstnevnte situasjon. Men forskjellen er at debitor da vil ha en *plikt* til å bruke lånet til å dekke eldre gjeld. Det blir dermed ikke spørsmål om visse subjektive vilkår hos K2 er oppfylt. I den nevnte avgjørelsen var det klart forutsatt at lånene skulle brukes til å innfri eldre gjeld, og etter mitt skjønn passer den således best på disse tilfellene. Hvorvidt omstøttelse også kan skje i det andre tilfellet vil bli diskutert nedenfor i punkt 4.3.2.

4.3.1.1 Kan det trekkes en analogi fra overdragelsestilfellene?

Som nevnt medfører refinansiering et kreditorskifte. En annen måte dette kan skje på er at kravet på debitor overdras fra K1 til K2. Det er enighet i juridisk teori om at dekl. § 5-7 kan anvendes dersom debitor i forbindelse med overdragelsen stiller sikkerhet til K2.⁴⁸ Hensynet til konsekvens og sammenheng i regelverket tilsier at like situasjoner bør behandles mest mulig likt. Det kan dermed spørres om overdragelsestilfellene og konverteringstilfellene er såpass like at omstøttelsesadgangen må være den samme.

Dette antydes blant annet av Brækhus. Som begrunnelse for at sikkerhetsstillelsen må rammes av dekl. § 5-7 i disse tilfellene, skriver han at *''[k]onverteringen kunne jo ha vært ordnet ved at den nye lånyder fikk transport på den eller de eldre kreditorers fordringer''* slik at omstøttelsesadgangen må være lik i de to situasjonene.⁴⁹

⁴⁷ Eckhoff s. 159.

⁴⁸ Huser s. 411, Sandvik s. 45, Andenæs s. 343, Brækhus s. 112.

⁴⁹ Brækhus s. 112. Se også Sandvik s. 45.

Ved cesjon vil K2 vite at fordringen han får sikkerhet for eksisterte før sikkerhetsstillelsen. Før overdragelsen bør han foreta en vurdering av fordringens godhet og generelle karakter. Dersom han vurderer kravet som sikkert, er det i utgangspunktet ingen grunn til å kreve sikkerhet fra debitor. Dersom dette likevel gjøres, er det mistenkelig. Anser han kravet som usikkert, vil dette reflekteres i fordringens kjøpesum, eller eventuelt bør han kreve sikkerhet fra K1. Får han i et slikt tilfelle også sikkerhet fra debitor, vil han få dobbelt opp⁵⁰, og har dermed liten grunn til å beklage seg dersom sikkerheten fra debitor omstøtes.

På dette punkt kan det trekkes paralleller til konverteringstilfellene. Også her har K2 liten grunn til å beklage seg dersom han mister sitt dekningsprivilegium gjennom omstøtelse. Dersom det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld, vil långiveren klart ha kunnskap om at fordringen som innfris eksisterte før sikkerhetsstillelsen.

Ytterligere en likhet mellom overdragelsestilfellene og konverteringstilfellene er kredittilførselen. Transporten av kravet berører ikke selve gjeldsforpliktelsen⁵¹, og debitor får heller ikke tilført noen nye midler gjennom sikkerhetsstillelsen. Dette blir også resultatet i konverteringstilfellene. Her gis jo det nye lånet *for* at debitor skal innfri eldre gjeld, og sikkerhetsstillelsen virker dermed ikke kredittskapende.

I overdragelsestilfellene vil K1 få dekket sitt utestående gjennom kjøpesummen fra K2. Men dette er ikke en *'betaling av gjeld som skyldneren har foretatt'*, jf. § 5-5 (min understrekning), og betalingen vil dermed ikke kunne omstøtes etter denne bestemmelsen.⁵² Heller ikke i konverteringstilfellene kan omstøtelse nødvendigvis kreves etter § 5-5, noe som fremgår av Rt. 1999 s. 64 (Teamcon). I denne saken ble omstøtelseskravet rettet mot K1 og forankret i dekl. § 5-5, men ikke tatt til følge.

Gjennomgangen har vist at det foreligger enkelte likheter mellom konverteringstilfellene og cesjonstilfellene som kan begrunne en analogi til sistnevnte. Dette taler for at § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor K2 dersom det er en klar betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skal benyttes til å innfri eldre, usikret gjeld.

4.3.1.2 Nærmere om reelle hensyn i konverteringstilfellene

Dersom det nye lånet brukes til å innfri eldre usikret gjeld, blir resultatet som nevnt at denne dekkes fullt ut, mens den nye långiveren får dekning i boet gjennom sikkerheten. Sett fra konkursboets side vil dette kunne være like skadelig som en direkte pantesikring av eldre gjeld.⁵³ Hensynet til boet tilsier dermed isolert sett omstøtelse. Ytterligere et argument i denne retning er at boet ikke nødvendigvis vil ha mulighet til å få midlene tilbakeført gjennom å omstøte betalingen til K1 etter § 5-5, jf. Rt. 1999 s. 64. En eventuell avskjæring av

⁵⁰ Huser s. 413.

⁵¹ Huser s. 411.

⁵² Huser s. 412 og 260.

⁵³ Som påpekt av retten i RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett).

omstøtelsesadgangen må dermed være begrunnet i hensynet til långiver og/eller beskyttelse av omsetningslivet.

Anlegger man en formell betraktningmåte, har debitor stilt sikkerhet for et nytt lån. Men reelt har ikke sikkerhetsstillelsen vært kredittskapende dersom det var en betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skulle brukes til å innfri eldre gjeld, og den eldre gjelden innfris i tråd med dette. Gjeldspostene konverteres uten at debitor i realiteten tilføres kapital, noe som taler for omstøtelse.

Videre svikter den legislative begrunnelsen for sikkerhetsstillelser dersom debitor ikke får tilført kreditt. Det mest praktiske eksempelet er pant. En panterett er som nevnt en særrett til å kreve dekning for et krav. Hele panterettsinstituttet og den vide adgangen vi har etter gjeldende rett til å stifte avtalepant går i sin egenskap ut på å gi panthaveren et dekningsprivilegium, og dermed stille ham bedre enn de usikrede kreditorene. Den legislative begrunnelsen for at man godtar dette er at panteretten anses å ha kredittskapende virkning ved at debitor kan få tilført kreditt han ellers ikke ville ha fått. Denne legislative begrunnelsen svikter dersom debitor ikke får tilført frisk kapital gjennom pantsettelsen.

Videre er koblingen mellom de to lånene såpass sterk at det vil være nærliggende å omstøte. K2 innvilger i disse tilfellene skyldneren lån mot sikkerhet nettopp *for* at dette skal brukes til å innfri eldre gjeld.

Momentene tilsier at hensynet til boet veier tyngre enn hensynet til omsetningslivet i dette typetilfellet.

Hensynet til boet må videre veies mot hensynet til refinansierende kreditor K2.⁵⁴ Dersom det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld, må han være fullt klar over at den eldre gjelden erstattes med pantesikret gjeld, og han har dermed liten beskyttelsesverdighet. Hensynet til den nye långiveren kommer dermed ikke inn som motvekt til hensynet til boet.

Å omstøte sikkerhetsstillelsen overfor K2 samsvarer dessuten med det grunnleggende likhetshensynet bak konkursinstituttet. Som nevnt innledningsvis i punkt 1.3 er et sentralt og viktig hensyn på konkursrettens område likebehandling av kreditorene. Dette formålet har forutsetningsvis kommet til uttrykk i dekl. § 5-7, som skal ramme sikkerhetsstillelser som ikke er kredittskapende og som dermed innebærer en forfordeling av kreditorene. Når den eldre gjelden videreføres, men mot sikkerhet, får K2 en fordel på bekostning av de øvrige kreditorene dersom debitor senere skulle gå konkurs. Dersom denne sikkerheten omstøtes, mister han særretten til dekning, og stiller dermed likt som de usikrede kreditorene. På denne måten ivaretas likhetshensynet.

Et argument mot å oppstille et slikt unntak fra den formelle betraktningmetode er imidlertid at ordlyden synes å forutsette at gjelden og sikkerhetsstillelsen foreligger mellom de samme parter. Videre kan være vanskelig å bevise at det var en betingelse eller forutsetning for det nye

⁵⁴ Huser s. 413, Andenæs s. 344. Se også RG 1997 s. 741 (Nedenes herredsrett).

lånet at det skulle brukes til å innfri eldre gjeld. Dersom formålet med lånet anses irrelevant vil man unngå slike bevisspørsmål, og en slik avskjæring kan virke prosessbesparende og gjøre omstøtelsesreglene mer effektive. Likevel tilsier hensynet til boet at det må være adgang til å omstøte sikkerheten K2 har mottatt etter § 5-7 i konverteringstilfellene.

4.3.2 Långiveren visste eller burde forstå at debitor ville benytte lånet til å innfri eldre gjeld

Det jeg nå har behandlet, er tilfellene hvor det er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. Mange av de samme hensynene gjør seg også gjeldende dersom låntyteren da lånet ble gitt visste eller burde forstå at låntageren ville benytte det til betaling av eldre gjeld, men dette ikke var betinget eller forutsatt. Disse situasjonene skiller seg som nevnt fra konverteringstilfellene ved at debitor ikke har *plikt* til å bruke lånet på den nevnte måten. Innfrielsen er dermed et resultat av debitors egen disposisjon. Ytterligere en forskjell er at man bringer inn et subjektivt element i bestemmelsen, og lar den begunstigedes kunnskap eller uaktsomhet være avgjørende for omstøtelsesadgangen.

Det finnes ingen dom som avgjør spørsmålet om dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor K2 i dette typetilfellet.⁵⁵

I tilfellene der långiveren visste eller burde vite at lånet ville bli benyttet på denne måten, er sammenhengen mellom det nye lånet og innfrielsen av den eldre gjelden svakere enn der hvor debitor hadde plikt til å bruke lånet til å innfri eldre gjeld. Andreassen mener tilknytningen er så fjern at det ikke er grunnlag for å omstøte etter § 5-7. Han skriver:

*''Når sammenhengen mellom det nye og de tidligere gjeldsforhold blir så fjern som dette, er det unaturlig å si at det dreier seg om sikkerhetsstillelse for ''gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsstillelsen ble avtalt'', jfr. § 5-7 første ledd.''*⁵⁶

Derimot vil Brækhus anvende 5-7 i disse tilfellene, men uttrykker noe tvil angående konklusjonen. Han skriver følgende om disse situasjonene:

*''En bank som mot pant yder en svakt stillet bedrift et lån, bør for eksempel ikke kunne gjøre pantet gjeldende, dersom banken ved utbetalingen av lånet visste eller burde forstå at bedriften ville bruke pengene til å betale ut sine mest pågående kreditorer.''*⁵⁷
(Min understrekning).

Dette kan tyde på at det er et vilkår for omstøtelse i disse situasjonene at debitors økonomiske stilling er svak. Videre skriver han: *''Hvis § 45 kommer til anvendelse, er det tilstrekkelig at boet fører bevis for at banken visste eller burde ha forstått at lånet ville bli brukt til betaling av*

⁵⁵ Som påpekt av Brækhus s. 113.

⁵⁶ Andreassen s. 429-430.

⁵⁷ Brækhus s. 112-113.

*eldre gjeld.*⁵⁸ Jeg legger dermed til grunn at det sentrale er K2s kunnskap eller uaktsomhet i relasjon til debitors *formål* med låneopptagelsen, og ikke hans økonomiske situasjon.⁵⁹

Slik som i konverteringstilfellene tilsier hensynet til boet isolert sett omstøtelse. Resultatet av disposisjonen blir i begge tilfeller at den eldre, usikrede gjelden erstattes med pantesikret gjeld, og det blir dermed tilsvarende mindre til fordeling i kreditorfellesskapet.

Heller ikke her veier hensynet til omsetningslivet særlig tungt. Riktignok kan debitor i utgangspunktet bruke midlene til hva han vil dersom det ikke er en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skal brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. Men når han bruker det nye lånet på denne måten blir resultatet av disposisjonen at den eldre gjelden videreføres, men nå mot sikkerhet. Sikkerhetsstillelsen har dermed i realiteten ikke virket kredittskapende. Dersom løsningen på omstøtelsesspørsmålet skal bli annerledes enn i konverteringstilfellene, må dette bero på at hensynet til K2 kommer inn som motvekt til hensynet til boet, og stenger for omstøtelse.

K2 har liten beskyttelsesverdighet dersom han vet at pengene skal brukes til å innfri eldre gjeld. Den eldre gjelden videreføres, men nå mot sikkerhet, noe långiveren er fullt klar over. Videre får han en fordel på bekostning av de øvrige kreditorene dersom debitor senere skulle gå konkurs, og har dermed liten grunn til å beklage seg dersom sikkerheten han har mottatt omstøtes. I tilfeller hvor K2 *burde forstå* at låntakeren ville benytte det til betaling av eldre gjeld er sammenhengen mellom det nye lånet og innfrielsen av den eldre gjelden riktignok noe svakere. Men i slike tilfeller har han opptrådt uaktsomt, og har også her liten beskyttelsesverdighet. Dette tilsier at hensynet til långiveren må vike for hensynet til boet, slik at § 5-7 også kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor tredjemann dersom denne visste eller burde forstå at debitor ville benytte lånet til å innfri eldre gjeld.

Det er imidlertid åpenbare argumenter mot å oppstille et slikt unntak fra den formelle betraktningmåte. Disse er sterkere enn i konverteringstilfellene. Med objektive regler lettes omstøtelsesadgangen, og å beskytte kreditorene var nettopp bakgrunnen for at man ønsket å innføre objektive omstøtelsesregler. I NOU 1970:20 heter det at *''[d]en subjektive omstøtelsesregel kan (...) ikke alene gi kreditorene den nødvendige beskyttelse''*, ettersom boet har bevisbyrden for at disposisjonen var illojal, og at den begunstigede forsto eller burde forstå dette. Videre påpekes det at denne bevisbyrden vil boet ofte ha vanskeligheter med å oppfylle, slik at transaksjoner som burde ha vært omstøtt blir stående.⁶⁰ Dersom det innfortolkes et slikt kunnskaps- eller aktsomhetskrav i bestemmelsen, må boet føre bevis for at långiveren visste eller burde ha forstått at lånet ville bli brukt til å betale eldre gjeld⁶¹, og den retts tekniske fordelene med å ha objektive regler kan gå tapt.

⁵⁸ Brækhus s. 112-113.

⁵⁹ Dette vil imidlertid kunne være et moment i omstøtelsesvurderingen etter den subjektive bestemmelsen i § 5-9.

⁶⁰ NOU 1972:20 s. 281- 282.

⁶¹ Brækhus s. 113.

Et slikt subjektivt vilkår strider videre mot den objektive utformingen av dekl. § 5-7.⁶² Det er nettopp fraværet av ansvarsgrunnlag som karakteriserer omstøtelse etter de objektive reglene. Videre har vi en subjektiv bestemmelse å falle tilbake på, nemlig dekl. § 5-9, hvor den begunstigedes subjektive forhold er relevant.⁶³

Også rettstekniske hensyn trekker i retning av å ikke innfortolke et slikt unntak eller vilkår. Ved utformingen av rettsregler er det ikke tilstrekkelig at disse blir materielt gode. Reglene må også utformes slik at de virker prosessdempende og blir enkle å anvende i praksis. Slike rettstekniske hensyn spiller særlig stor rolle ved et så stort og komplisert regelverk som omstøtelsesreglene.⁶⁴ Et kunnskaps- eller aktsomhetskrav vil komplisere omstøtelsesadgangen, og kan åpne for prosess og vanskelige bevissspørsmål om den begunstigedes subjektive forhold.

Videre er det uttrykt skepsis i juridisk teori til å innfortolke et slikt kunnskaps- eller aktsomhetskrav.⁶⁵

Løsningen på spørsmålet om omstøtelse kan skje etter dekl. § 5-7 dersom den nye långiveren visste eller burde visst at lånet ville bli benyttet til å innfri eldre, usikret gjeld er ikke klar. Som gjennomgangen har vist, foreligger det hensyn som taler både for og mot omstøtelse. Jeg er imidlertid av den oppfatning at rettstekniske hensyn stenger for å oppstille et slikt unntak fra den formelle betraktningmåten, slik at § 5-7 ikke kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor tredjemann i dette typetilfellet.

Det er imidlertid ikke gitt at løsningen alltid vil bli den samme i alle tilfeller hvor K2 har slik kunnskap eller uaktsomhet. Også andre momenter kan komme inn og gjøre sikkerheten omstøtelsesverdig, slik som långivers kunnskap eller uaktsomhet om debtors økonomiske stilling.

4.3.3 Långiveren var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å innfri eldre gjeld

Det som nå gjenstår å behandle, er tilfellene hvor lånyteren var helt uvitende om at det nye lånet skulle brukes til å dekke eldre, usikret gjeld.⁶⁶ Riktignok blir resultatet av disposisjonen den samme for boet uavhengig av refinansierende kreditors kunnskap. Men slik som i de andre typetilfellene må hensynet til kreditorfellesskapet veies mot hensynet til omsetningslivet og långiveren.

Ordinære sikkerhetsstillelser bør beskyttes ut i fra hensynet til omsetningslivet. Man bør ikke tolke omstøtelsesreglene så strengt at de hindrer sikkerhetsstillelser som er kredittskapende. I de tilfellene som her behandles, var det ikke en betingelse eller forutsetning for det nye lånet at

⁶² Huser s. 413.

⁶³ Hvorvidt det er en bedre løsning å heller omstøte etter § 5-9 i disse typetilfellene vil bli diskutert nedenfor i punkt 6.

⁶⁴ Huser s. 127.

⁶⁵ Andenæs s. 343-344, Huser s. 413.

⁶⁶ Brækhus s. 112.

det skulle brukes til å innfri eldre gjeld, og det forelå heller ikke kunnskap/uaktsomhet hos K2 om dette. Sammenhengen mellom det nye lånet og innfrielsen av den eldre gjelden er dermed vesentlig svakere enn i disse typetilfellene. I situasjonene som her behandles, er innfrielsen et resultat av debtors egen disposisjon. Det skjer dermed en reell stiftelse av ny gjeld, med påfølgende innfrielse av en eldre fordring. Dette tilsier at den formelle betraktningmåten må være avgjørende i disse tilfellene, slik at sikkerheten K2 mottar ikke kan omstøtes.

Å ikke omstøte i disse tilfellene harmonerer med samfunnsøkonomiske hensyn. Kredittilførsler er ønskelig fordi det bidrar til verdiskapning og økonomisk vekst. Dersom en kredittlyter som har fått sikkerhet for sitt krav risikerer å få denne omstøtt dersom debitor tilfeldigvis benytter pengene til å innfri eldre gjeld, kan dette svekke villigheten til å gi kreditt, og dermed virke hemmende på omsetningslivet. Dette trekker i retning av at hensynet til omsetningslivet veier tyngre enn hensynet til boet i dette typetilfellet.

Den såkalte Teamcon-dommen i Rt. 1999 s. 64 viser videre at refinansieringsordninger ikke nødvendigvis er omstøtelsesverdige. I denne saken hadde debitor betalt den eldre, usikrede gjelden til K1 ved å ta opp et lån mot sikkerhet i en bank. Spørsmålet i saken var særlig hvilken betydning det hadde at det ble stilt sikkerhet i forbindelse med refinansieringen. Retten la til grunn at sikkerheten ikke hadde hatt særlig betydning for konkursskyldnerens betalingsevne, og vektla i stedet den økonomiske virkningen av refinansieringen som en helhet. Riktignok var omstøtelseskravet rettet mot K1 og forankret i dekl. § 5-5, men dommen gir grunnlag for å spørre om sikkerhetsstillelser som ikke forringer skyldnerens betalingsevne i det hele tatt bør omstøtes, enten på grunnlag av § 5-7 eller § 5-5. Som nevnt kan refinansiering ha positive virkninger for debtors økonomi. For eksempel kan han få billigere kredittilførsel, noe som er klart ønskelig dersom hans økonomi er svak på refinansieringstidspunktet. Dersom debitor bruker lånet til å innfri eldre gjeld for å oppnå slike positive virkninger, har sikkerhetsstillelsen lite preg av å være omstøtelsesverdig.

Hensynet til boet må også vurderes mot hensynet til refinansierende kreditor K2. Dette hensynet vil variere med vedkommendes kunnskap om hva pengene skal brukes til.⁶⁷ Hensynet veier klart tyngst i tilfellene der K2 var helt uvitende om at lånet han yter debitor skal brukes til å innfri eldre gjeld. Å gi kreditt innebærer en risiko, og ofte vil det være en forutsetning for kredittilførselen at långiveren får tilfredsstillende sikkerhet for kravet. I slike tilfeller vil han lide et tap dersom denne sikkerheten omstøtes.⁶⁸ Videre vil omstøtelseskravet trolig virke overraskende, og oppleves urettferdig.⁶⁹ Hensynet til långiveren er dermed et tungtveiende moment mot å omstøte sikkerheten etter § 5-7 dersom vedkommende var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å innfri eldre gjeld.

I samme retning trekker også det forhold at dersom det ikke var en betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skulle brukes til å innfri eldre gjeld, og K2 verken visste eller burde vite at lånet ville bli benyttet på denne måten, er dette en disposisjon som ikke direkte involverer ham. Debitor benyttet på eget initiativ lånet til å innfri en eldre gjeldspost, og denne handlingen

⁶⁷ Som påpekt i RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett) s. 755.

⁶⁸ Andenæs s. 344.

⁶⁹ Huser s. 413.

bør ikke få konsekvenser for K2 i form av omstøtelseskrav. Riktignok vil virkningen av disposisjonen som nevnt bli den samme for boet uavhengig av refinansierende kreditors kunnskap. Men etter min mening må hensynet til boet i disse tilfellene også vike for hensynet til långiveren dersom vedkommende var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld.

Resultatet blir dermed at sikkerheten K2 har mottatt ikke kan omstøtes etter dekl. § 5-7 i dette typetilfellet. Dette har også støtte i rettens begrunnelse i den nevnte underrettsdommen fra Nedenes herredsrett, RG 1996 s. 741 på side 755: *''Dersom ny långiver ikke har kunnskap om hvordan pengene skal benyttes, vil det ikke være grunnlag for omstøtelse på objektivt grunnlag''*, samt Brækhus⁷⁰.

4.4 Konklusjon

Analysen under punkt 4.2 viser at dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor K2 dersom ordningen er begrunnet i omgåelsesønsker. En slik løsning har støtte i rettspraksis, jf. blant annet Rt. 1880 s. 198 og Rt. 1887 s. 633, juridisk teori og reelle hensyn.

Fremstillingen har vist at § 5-7 også kan benyttes dersom tredjemann yter lån mot sikkerhet som debitor bruker til å innfri eldre gjeld, og dette var en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet. Etter min mening er sikkerhetsstillelsen i disse tilfellene mer omstøtelsesverdig enn der vedkommende var helt uvitende om at lånet ville bli benyttet på denne måten, ettersom hensynet til K2 ikke kommer inn som motvekt til hensynet til boet. Man må likevel ikke glemme at oppfatningene i teorien er delte, jf. Brækhus s. 112-113, Huser s. 411-415, og Andenæs s. 343-344. Heller ikke trekker reelle hensyn i én bestemt retning. Den eneste dommen som direkte omhandler oppgavens problemstilling, RG 1996 s. 741, gjaldt dessuten et tilfelle der lånet ble utbetalt direkte fra K2 til K1. Konklusjonen de lege lata er dermed noe usikker.

Derimot vil bestemmelsen ikke omfatte sikkerhetsstillelsen dersom lånyteren da lånet ble ytet visste eller burde forstå at debitor ville benytte det til betaling av eldre gjeld. Bestemmelsens objektive karakter taler for at det ikke kan oppstilles et slikt unntak fra den formelle betraktningmåten, slik at omstøtelse overfor K2 ikke kan skje. Men også denne konklusjonen er usikker, ettersom meningene i juridisk teori er delte og reelle hensyn trekker i ulik retning. Det finnes heller ikke avgjørende rettspraksis.

Videre vil § 5-7 ikke kunne anvendes dersom refinansierende kreditor var helt uvitende om at det nye lånet skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. I slike tilfeller veier både hensynet til omsetningslivet og refinansierende kreditor tyngre enn hensynet til boet, og stenger for omstøtelse. At omstøtelse ikke kan skje i disse tilfellene harmonerer med oppfatningen i svensk rett.⁷¹

⁷⁰ Brækhus s. 112.

⁷¹ Lennander s. 300.

Det er imidlertid grunn til å påpeke at det må foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet av om sikkerheten kan omstøtes etter dekl. § 5-7. Det er ikke gitt at man kan trekke en slutning direkte fra det enkelte typetilfellet for løsningen av omstøtelsesspørsmålet. Også andre momenter enn de jeg har nevnt i gjennomgangen kan komme inn i vurderingen og medføre at sikkerhetsstillelsen er omstøtelsesverdig.

5 Kausjonstilfellene

5.1 Innledning

I dette kapittelet er det tilfellene hvor sikkerheten er stilt til en tredjemann som kausjonerer for debitors eldre, usikrede gjeld som skal behandles.

Kausjon er som nevnt når en person garanterer for oppfyllelsen av en annen persons forpliktelse, og stilles ofte i forbindelse med at det tas opp et lån. Kausjonisten blir ansvarlig ved siden av hoveddebitor, og dersom ikke sistnevnte betaler, kan kreditor kreve dekning fra kausjonisten. I et slikt tilfelle får han regressrett mot debitor for beløpet han innfrir. Dette bygger på sikker sedvanerett.⁷² Regresskravet anses å oppstå som et betinget krav samtidig som kausjonsansvaret.⁷³ Regressretten må ses i sammenheng med at kausjonsforpliktelsen ikke er ment å være en gjeldsovertakelse - det er skyldneren som til slutt skal bære gjeldsbyrden. Når kausjonisten innfrir hovedkravet, trer han inn i opprinnelig kreditors rettigheter mot debitor (subrogasjon).⁷⁴

At kausjonisten betaler debitors gjeld medfører i utgangspunktet ingen ulempe for kreditorfellesskapet, ettersom han trer inn som kreditor *i stedet for* den eldre fordringshaveren. Men dersom kausjonisten mottar sikkerhet av debitor for regresskravet, blir situasjonen annerledes. De usikrede kreditorene kan kun kreve dekning av det som blir igjen etter at innehaveren av sikkerheten har tatt sitt, og dersom skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å dekke sine forpliktelser, medfører sikkerhetsstillelsen at det blir tilsvarende mindre til fordeling mellom de usikrede kreditorene i boet.

Den faktiske situasjonen som forutsettes å foreligge i dette kapittelet er at debitor har stilt sikkerhet for kausjonistens regresskrav da kausjonsansvaret ble etablert, men *etter* at hovedfordringen oppstod. Spørsmålet er om dekn. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten. Jeg vil bemerke dette ikke er løst i dekn. § 6-3. Bestemmelsen uttrykker kun at en kausjonist som innfrir kausjonsforpliktelsen etter boåpning kan kreve dividende av fordringen.⁷⁵

Det forutsettes i det følgende at kausjonsavtalen er gyldig, samt at kausjonisten har regressrett overfor debitor. Jeg avgrenser mot en fremstilling av kausjonsavtalens stiftelse, samt hva som er tilfredsstillende innfrielse fra kausjonisten.

⁷² Smith s. 101.

⁷³ Brækhus s. 110.

⁷⁴ Smith s. 101.

⁷⁵ Huser s. 417.

5.2 Ordlyden er uklar

Slik som i lånetilfellene gir ordlyden ingen veiledning angående spørsmålet om sikkerheten kausjonisten får for sitt regresskrav kan omstøtes etter dekl. § 5-7 (1) a. Også her blir det avgjørende en tolkning av uttrykket *''gjeld som skyldneren har pådratt seg''* i bestemmelsen. Som Lennander uttrykker blir spørsmålet: *''Vilken skuld är det, vars tillkomst skall vara samtidig med säkerställandet?''*⁷⁶

Tolkes det som at gjelden er pådratt med hovedfordringen, vil sikkerheten kausjonisten mottar i ettertid være stilt for eldre gjeld, og dermed omstøtelig etter dekl. § 5-7. Derimot vil sikkerheten ikke kunne omstøtes dersom gjelden anses pådratt med debtors gjeld til kausjonisten i form av regresskravet, og kausjonisten samtidig får sikkerhet for denne fordringen.

Begge tolkningsalternativene er forenlige med ordlyden. Det er dermed nødvendig å gå dypere inn i de øvrige rettskilder for å besvare problemstillingen.

5.3 Forarbeidene er tause

Spørsmålet om dekl. § 5-7 kan anvendes i tilfeller der tredjemann kausjoner for debtors gjeld og får sikkerhet for sitt regresskrav behandles ikke i forarbeidene. Det fremgår av NOU 1972:20 side 294 at utvalget avgrenser mot en regulering av når gjelden skal anses å være *''pådratt''* i relasjon til § 5-7 (1) a, og at praksis i tilknytning til kkl. § 45 fortsatt vil være relevant.

5.4 Rettspraksis

Det finnes to eldre høyesterettsdommer som omhandler spørsmålet om når gjelden må anses pådratt i kausjonstilfellene. Den eldste dommen lar stiftelsen av hovedfordringen være avgjørende, mens den yngste konkluderer motsatt, og anser gjelden for å være pådratt med regresskravet.

5.4.1 Rt. 1887 s. 633

I Rt. 1887 s. 633 hadde to brødre overtatt et allerede eksisterende kausjonsansvar, og mottatt pant i de samme gjenstander som den opprinnelige kausjonisten. Bakgrunnen for ordningen var at debitor hadde et beløp til gode hos sistnevnte, som nektet å utbetale dette så lenge kausjonsforpliktelsen bestod, og han kunne komme til å få et regresskrav på debitor. Debitor hadde behov for pengene, og for å få disse utbetalt anmodet han brødrene om å overta kausjonsansvaret. På denne måten ville den første kausjonisten bli fri fra forpliktelsen. Dette ble gjort, og kort tid etter gikk debitor konkurs. Spørsmålet for retten var om panteretten var stilt for eldre gjeld, jf. kkl. § 45, som tilsvarende dagens dekl. § 5-7. Under dissens 4-3 besvarte

⁷⁶ Lennander s. 304.

Høyesterett spørsmålet bekreftende, og omstøtte sikkerheten de nye kausjonistene hadde mottatt.

Flertallets begrunnelse for resultatet er noe uklar.⁷⁷ De henviser til ordlyden i kkl. § 45, og hevder at det ville være en *'aabenbar Udvidelse af Bestemmelsen'* å frifinne de nye kausjonistene. Retten sammenligner det foreliggende saksforholdet med tilfellene hvor sikkerheten ikke kan omstøtes etter § 45 (samtidig sikkerhetsstillelse og gjeldspådragelse), og påpeker at disse er ganske vesensforskjellige. I sistnevnte situasjon vil sikkerheten som oftest *'ikke bringe de øvrige Kreditorer i nogen værre Stilling'* og kan *'lettelig kontrolleres'*. Derimot kunne en pantsettelse som i det foreliggende tilfellet medføre at kkl. § 45 jevnlig vil bli omgått dersom omstøtelse ikke kunne skje. Dette ville gjøre det mulig å sikre eldre gjeld ved å få en tredjemann til å kausjonere for den eldre gjelden, og samtidig motta sikkerhet for regresskravet.⁷⁸

Ser man på de underliggende realiteter, avgjorde Høyesterett at gjeldsbegrepet i bestemmelsen henviser til stiftelsestidspunktet for debtors gjeld til den opprinnelige kreditor (hovedfordringen). Flertallet påpeker ikke dette eksplisitt, med det må være konsekvensen av at sikkerheten ble omstøtt som pant for eldre gjeld.

Brækhus bruker dommen som et argument for at omstøtelse kan skje overfor kausjonisten etter kkl § 45. Han skriver at avgjørelsen er i tråd med betraktninger om at dersom bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i kausjonstilfellene, ville man åpne for omgåelser av denne.⁷⁹

Avgjørelsen omhandler et spesielt saksforhold, hvor et eksisterende kausjonsforhold ble overdratt til to brødre. Det kan dermed spørres om forholdet hadde større preg av å være omstøtelig enn dersom en slik overdragelse ikke hadde funnet sted. Etter min mening er det ikke holdepunkter for å trekke en slik konklusjon. Hovedfordringen det kausjoneres for er den samme, til tross for at kausjonsansvaret overdras. Riktignok vil det i et slikt tilfelle som det foreliggende gå lengre tid mellom stiftelsen av hovedkravet og (den siste) sikkerhetsstillelsen. Men ettersom § 5-7 (1) a inneholder et absolutt samtidighetsvilkår vil denne tidsperioden være irrelevant så lenge vilkåret ikke er oppfylt. Videre innebærer overdragelsen av kausjonsansvaret heller ingen økonomisk realitetsendring for debitor. For ham er det trolig likegyldig hvem som stiller som kausjonist.

Som nevnt er dommen en dissensdom (4-3). Det vil dermed også være interessant å undersøke mindretallets begrunnelse for belyse oppgavens problemstilling. Mindretallet ved førstvoterende bemerket at avtalen om sikkerhet mellom debitor og brødrene *'slutter sig accessorisk til et allerede bestaaende Gjældsforhold'*, nemlig debtors eldre gjeld. Debitor kunne åpenbart ikke stille sikkerhet for denne gjelden med gyldighet overfor boet. Etter mindretallets syn måtte man da bedømme forholdet likt etter § 45 enten panteretten gis direkte til den opprinnelige kreditor, eller til en tredjemann som kausjonerer for den eldre gjelden.

⁷⁷ Dette påpekes også av Huser på s. 419.

⁷⁸ Rt. 1887 s. 633, s. 637.

⁷⁹ Brækhus s. 110-111.

Antok man ikke dette *''vilde – kunde man sige – Lovbestemmelsen med største Lethed kunne eluderes''*⁸⁰ (omgås).

Vi ser altså at hensynet til å unngå omgåelser av bestemmelsen påpekes både av flertallet og mindretallet. Sistnevnte ville imidlertid ikke la omgåelsesbetraktningene få avgjørende vekt. I stedet fremhevet mindretallet de spesielle forholdene i saken, nemlig at hensikten med arrangementet var å avløse det eldre kausjonsforholdet, slik at debitor kunne få utbetalt sitt tilgodehavende. Videre var panterett en betingelse eller et vederlag for at brødrene skulle overta kausjonsansvaret. Mindretallets votum kan dermed tolkes dithen at sikkerheten de nye kausjonistene mottok kunne ha blitt omstøtt utenfor dette spesielle tilfellet.

Dommen er et moment i retning av at gjeldsbegrepet i § 5-7 henviser til hovedfordringen, og dermed at sikkerheten kausjonisten mottar i ettertid er stilt for eldre gjeld, slik at dekl. § 5-7 kommer til anvendelse.

5.4.2 Rt. 1910 s. 309

Den yngste dommen nevnt i punkt 5.4 er Rt. 1910 s. 309. Saksforholdet var at tredjemann hadde kausjonert for debtors eldre gjeld, og fikk samtidig rett til å motregne et eventuelt regresskrav i det han skyldte debitor. Senere gikk debitor konkurs, og boet saksøkte kreditor (ikke kausjonisten), og hevdet at garantierklæringen var ugyldig etter kkl. § 45. I påvente av avgjørelse i saken deponerte kausjonisten garantibeløpet. Boet fikk ikke medhold i sin påstand om omstøtelse. Høyesterett tilsluttet seg flertallet i byretten, som skriver:

''Naar pantet er givet til sikkerhed for en overtaget kaution, maa det nemlig med hensyn til anvendeligheden af § 45 bero paa, om kautionen – og ikke hovedfordringen – er stiftet samtidig med eller ialfald ikke er ældre end pantsættelsen''.⁸¹

Byretten lot altså stiftelsestiden for kausjonsansvaret⁸² være avgjørende for spørsmålet om det var stilt sikkerhet for eldre gjeld, og begrunner dette i en henvisning til Hagerup.⁸³ Høyesterett kom ikke med særlige bemerkninger angående denne påstanden.

Videre skriver byretten at når debitor kunne gitt kausjonisten sikkerhet uten at dette stred mot § 45, kunne bestemmelsen heller ikke påberopes i det foreliggende tilfellet, hvor kausjonisten fikk sikkerhet i form av motregningsrett da kausjonsforpliktelsen ble pådratt eller senest da erklæringen om slik motregningsrett ble avgitt. I stedet drøfter byretten om forholdet *''kun er proformaverk og en omgaaelse af loven''* for å skaffe kreditor sikkerhet for fordringen på debitor. Dette ble besvart benektende. Det forelå ikke holdepunkter for at kausjonen kun var stilt for å gi forholdet en form av å være lovlig.

⁸⁰ Rt. 1887 s. 633, s. 636.

⁸¹ Rt. 1910 s. 309, s. 311- 312.

⁸² Regresskravet anses som nevnt å oppstå med stiftelsen av kausjonsansvaret, se punkt 5.1.

⁸³ Hagerup s. 231-232.

Uttalelsene i dommen går i motsatt retning av Rt. 1887 s. 633, hvor retten anså stiftelsen av hovedforpliktelsen som det avgjørende tidspunktet for om det var stilt pant for eldre gjeld. Andenæs skriver at avgjørelsen *''vel tilsidesetter''* dommen fra 1887.⁸⁴ Etter mitt skjønn kan det stilles spørsmål ved dette.

Byretten henviser som nevnt til Hagerup for påstanden om at stiftelsen av kausjonsforpliktelsen er avgjørende for om det er stilt sikkerhet for eldre gjeld. På en av sidene det henvises til, omtaler Hagerup 1887-dommen i fotnote, og kritiserer at retten der omstøtte sikkerheten kausjonistene mottok.⁸⁵ Det er dermed mulig at retten i 1910-dommen bevisst unnvek den eldre avgjørelsen.⁸⁶ I så fall er dette et argument for å la den yngste dommen være avgjørende.

Dernest kommer også det faktum som Brækhus påpeker, nemlig at saken gjaldt rett til å motregne overfor konkursboet, og ikke direkte omstøtelse av pant til sikkerhet for en eldre fordring. Høyesterett kunne ha forkastet konkursboets påstand uten å bruke kkl. § 45.⁸⁷ At saken gjaldt omstøtelseskrav overfor kreditor, og ikke kausjonisten, gir ytterligere grunn til å stille spørsmål ved dommens overføringsverdi til problemstillingen. Videre er både byrettsdommen og høyesterettsdommen avsagt under dissens, noe som svekker dommens rettskildemessige vekt.

Verken 1887-dommen eller 1910-dommen gir et entydig svar på spørsmålet om sikkerheten kausjonisten mottar kan omstøtes etter § 5-7 (1) a.

5.5 Juridisk litteratur

Brækhus er en av forfatterne som er klare på at sikkerheten kausjonisten mottar må kunne omstøtes. Dette begrunnes i omgåelsehensyn. Han skriver følgende:

*''Istedenfor at debitor stiller pant direkte til kreditor for dennes eldre gjeld, skytes det inn en ''mellommann'', som er fullt søkegod, og som mot sikkert pant i debtors eiendeler for regresskravet påtar seg selvskyldnerkausjon for debtors gamle gjeld.''*⁸⁸

Han påpeker at dersom omstøtelse utelukkes, er arrangementet risikofritt for kausjonisten, og den økonomiske realiteten er at det stilles pant for debtors eldre gjeld til hovedkreditor. Han konkluderer således med at stiftelsestidspunktet for denne gjelden må være avgjørende etter dekl. § 5-7.

Også Sandvik vil anvende § 5-7 i tilfeller der en kausjonist får sikkerhet for sitt regresskrav samtidig med at kausjonsansvaret pådras. Resonnementet synes å bygge på at gjeldsbegrepet i bestemmelsen henviser til gjelden debitor opprinnelig har pådratt seg overfor hovedkreditor. Som begrunnelse for standpunktet fremhever han omgåelsesproblematikken, slik som Brækhus,

⁸⁴ Andenæs s. 344, note 31.

⁸⁵ Hagerup s. 232, note 51 (4. utgave s. 252, note 57).

⁸⁶ Denne forklaringen antydes av Brækhus s. 111, note 17.

⁸⁷ Brækhus s. 111.

⁸⁸ Brækhus s. 110.

og skriver at dersom man ikke omstøter overfor kausjonisten vil bestemmelsen bli for lett å omgå.⁸⁹

Disse standpunktene har gode grunner for seg, som gjennomgangen av reelle hensyn nedenfor vil vise. Dersom det blir adgang til å unngå omstøtelse etter § 5-7 ved å bringe inn en tredjemann i forholdet gjennom kausjon, kan dette medføre at regelen uthules eller omgås.

Huser konkluderer med at omstøtelse etter § 5-7 *''ganske sikkert''* kan skje overfor kausjonisten dersom sikkerheten stilles etter at hovedfordringen er pådratt.⁹⁰ Han skriver at formelt påtar skyldneren seg en ny forpliktelse overfor en annen person enn hovedkreditor, men for ham er det reelt tale om én og samme gjeld. Han skal kun betale en gang, og det er trolig av underordnet betydning om dette gjøres til kreditor eller kausjonisten.⁹¹ Huser finner en viss støtte for resultatet i avgjørelsen inntatt i Rt. 1887 s. 633.

Derimot mener Andenæs og Hagerup at § 5-7 ikke kan anvendes på sikkerheten for kausjonistens regresskrav. Hagerup vil som nevnt la stiftelsestidspunktet for kausjonsansvaret være avgjørende for om det er stilt sikkerhet for eldre gjeld, og hevder at rettslig sett er det tale om to ulike forpliktelser.⁹² Andenæs begrunner sitt synspunkt i konsekvenshensyn:

*''Synspunktene blir imidlertid de samme her som overfor en som yter skyldneren lån mot sikkerhet, jf. foran. Hvis dekn. § 5-7 ikke rammer långiveren, ville det være lite konsekvent å anta noe annet om den som nøyer seg med å kausjonere for den eldre gjeld.''*⁹³

Som gjennomgangen nedenfor i punkt 5.6 vil vise, er det enkelte ulikheter mellom lånetilfellene og kausjonstilfellene når det gjelder vekten av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende. I lys av dette kan det spørres hvor tungtveiende konsekvenshensynet som Andenæs vektlegger, er. Videre svekkes dette argumentet ettersom gjennomgangen av lånetilfellene viste at sikkerheten K2 mottar kan omstøtes etter § 5-7 i visse typetilfeller.

5.6 I hvilken retning trekker reelle hensyn?

Slik som i lånetilfellene gir verken lovtekst, forarbeider, juridisk teori eller rettspraksis en klar løsning på spørsmålet om dekn. § 5-7 (1) a kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten. Løsningen må dermed bero på reelle hensyn.

⁸⁹ Sandvik s. 45.

⁹⁰ Huser s. 421. For drøftelsen av spørsmålet se s. 417-420.

⁹¹ Huser s. 417-418.

⁹² Hagerup (4. utgave) s. 252.

⁹³ Andenæs s. 344.

Spørsmålet har visse likheter med lånetilfellene, og jeg vil dermed trekke paralleller til sistnevnte, og undersøke om det er forskjeller i omstøtelsesadgangen overfor tredjemann etter § 5-7 ved lån og kausjon.

5.6.1 Hensynet til boet avveid mot hensynet til omsetningslivet

I utgangspunktet medfører ikke kausjonsordningen at det blir mindre til fordeling i kreditorfellesskapet. Dersom kausjonisten må innfri hovedkravet, trer han inn i kreditors rettigheter mot debitor, og overtar på denne måten hovedfordringen. Situasjonen blir imidlertid annerledes dersom kausjonisten får pant eller annen sikkerhet for regresskravet. I et slikt tilfelle får han dekning i boet gjennom sikkerheten, og det blir dermed tilsvarende mindre til fordeling mellom de usikrede kreditorene ved en konkurssituasjon.

Boet vil heller ikke ha mulighet til å omstøte kausjonistens betaling til den opprinnelige kreditor etter § 5-5. Kausjonisten vil betale direkte til kreditor dersom han blir nødt til å innfri hovedfordringen⁹⁴, og dette er dermed ikke en *''[b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt''* (min understrekning).

Slik som i lånetilfellene taler hensynet til kreditorfellesskapet isolert sett for omstøtelse. Men også i kausjonstilfellene må hensynet til boet veies opp mot hensynet til beskyttelse av omsetningslivet.

Kausjon kan ha en positiv funksjon i samfunnet ved at debitor kan få tilført midler han ellers ikke ville ha fått, eller at kreditttilførselen blir billigere fordi kreditttrisikoen reduseres. Å kausjonere innebærer en risiko for kausjonisten ettersom han kan bli nødt til å innfri overfor hovedkreditor. Riktignok har vedkommende regresskrav på debitor, men det er ikke sikkert at debitor vil ha midler til å innfri dette kravet. Ofte gjelder kausjonsforpliktelsen en lang tidsperiode, og debtors økonomi kan endres mye fra stiftelsen av kausjonsansvaret til innfrielsen. Risikoen kausjon innebærer for kausjonisten reduseres imidlertid dersom han får sikkerhet for regresskravet. Dersom han risikerer å miste denne gjennom omstøtelse kan dette skape mindre velvillighet til å kausjonere, og i forlengelsen av dette kan kausjonens kredittfunksjon svekkes.

Likevel er kredittfunksjonen vesentlig svakere her enn i lånetilfellene. Dersom kausjonsavtalen inngås *etter* den opprinnelige låneavtalen, var kausjonen ikke en betingelse eller forutsetning for den aktuelle kreditttilførselen. Debitor får ikke tilført kreditt gjennom sikkerhetsstillelsen, og deknl. § 5-7 (1) a skal som nevnt ramme sikkerhetsstillelser som ikke er kredittskapende. Heller ikke medfører kausjonsavtalen noen økonomisk realitetsendring for skyldneren. Dersom kausjonisten må innfri hovedkravet, skjer oppgjøret som nevnt direkte til kreditor.⁹⁵ Midlene vil dermed ikke gå innom debtors formuesmasse. Dette er en forskjell fra lånetilfellene, hvor innfrielsen er et resultat av debtors egen handling.

⁹⁴ Huser s. 418.

⁹⁵ Huser s. 418.

På bakgrunn av de nevnte momentene er forholdet mer omstøtelsesverdig enn i lånetilfellene. Hensynet til boet veier dermed tyngre enn hensynet til omsetningslivet.

5.6.2 Hensynet til boet avveid mot hensynet til kausjonisten

Hensynet til boet må også betraktes i sammenheng med hensynet til den begunstigede, her kausjonisten. Å kausjonere innebærer som nevnt en risiko. Dersom sikkerheten for regresskravet omstøtes etter dekl. § 5-7, mister kausjonisten sitt dekningsprivilegium, og han kan bli nødt til å innfri kausjonsansvaret uten å nyttiggjøre seg av sikkerheten.

Hensynet til kausjonisten veier imidlertid ikke like tungt som hensynet til långiveren hvor vedkommende var helt uvitende om at det nye lånet skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. I kausjonstilfellene vil tredjemann stort sett være kjent med realiteten – nemlig at kausjonisten har påtatt seg ansvaret for å innfri en allerede bestående gjeldsforpliktelse, og fått pant i denne forbindelse. Kausjonisten vil som regel vite, eller burde i alle fall forstå, at sikkerheten han mottar reelt vil være stilt for den eldre gjelden det kausjoneres for. Selv i tilfeller der kausjonisten ikke skjønner dette er det etter min mening liten grunn til å beskytte ham. Ulikt i lånetilfellene vil ikke sikkerhetsstillelsen medføre at debitor får tilført kreditt. Dersom kausjonsansvaret aktualiseres, vil kausjonisten som nevnt betale direkte til hovedkreditor.

Når tredjemann blir bedt om å kausjonere gir dette ham dessuten en klar oppfordring til å undersøke debtors økonomi nærmere før han velger å stille som kausjonist. Dersom denne er svak bør han unngå å garantere for kravet dersom han frykter å få sikkerheten for regresskravet omstøtt i en konkurssituasjon.⁹⁶ Videre vil kausjonisten alltid vite hvilket krav han garanterer for, og kan undersøke om debitor har stilt sikkerhet for dette kravet. Er dette ikke gjort må eller burde han skjønne at når han kausjonerer og får sikkerhet for regresskravet vil dette forringe boets stilling dersom skyldneren går konkurs.⁹⁷ Situasjonen for boet blir tilsvarende som om debitor hadde gitt sikkerhet direkte til den eldre kreditoren.

Sikkerheten kausjonisten mottar for sitt regresskrav har dermed større preg av å være omstøtelsesverdig enn i lånetilfellene.

5.6.3 Hensynet til å unngå omgåelser av bestemmelsen

Hensynet til å unngå omgåelser av dekl. § 5-7 i kausjonstilfellene fremheves både av flertallet og mindretallet i Rt. 1887 s. 633, samt av Brækhus og Sandvik.⁹⁸

Dersom man lar dette hensynet være ubetinget avgjørende vil dekl. § 5-7 ramme sikkerheten for regresskravet uavhengig av formålet med ordningen. Dette er ikke nødvendigvis et ønske

⁹⁶ Huser s. 419.

⁹⁷ Huser s. 418.

⁹⁸ Brækhus s. 110, Sandvik s. 45.

om å omgå bestemmelsen - hensikten med kausjon kan eksempelvis være å skaffe kreditor bedre sikkerhet for fordringen på debitor, noe som i seg selv kan være aktverdig og legitimt.

Likevel vil bakgrunnen for at en tredjemann bringes inn i forholdet ved kausjon ofte være at kausjonisten ikke selv har midler til å stille betryggende realsikkerhet direkte til kreditor. Som regel foretrekkes realsikkerhet fremfor personalsikkerhet. Men når debitor faktisk *har* midler til å stille sikkerhet er det mistenkelig at dette gjøres til kausjonisten, og ikke til den eldre kreditoren.⁹⁹ I slike tilfeller kan forholdet ofte være begrunnet i et ønske om å gi sikkerhetsstillelsen en form av å være uomstøtelig, noe som trekker i retning av omstøtelse.

Anser man stiftelsen av kausjonsansvaret (og dermed regresskravet) som det avgjørende tidspunktet for gjeldspådragelsen, vil § 5-7 lett kunne omgås på den nevnte måten. Dersom kausjonisten innfrir hovedkravet dekkes den eldre gjelden fullt ut, mens kausjonisten får dekning i boet gjennom sikkerheten for regresskravet. Sikkerhetsstillelsen virker i slike tilfeller som en forfordeling av kreditorene, og det er nettopp slike tilfeller dekl. § 5-7 skal ramme. Omstøter man ikke overfor kausjonisten kan bestemmelsen uthules eller omgås.

Dersom man i stedet forstår begrepet '*gjeld som skyldneren har pådratt seg*' i dekl. § 5-7 som en henvisning til debtors opprinnelige gjeld til kreditor, blir det ikke mulig å omgå bestemmelsen på den nevnte måten. Dette er et argument for å anse dette tidspunktet som det avgjørende for gjeldspådragelsen, slik at dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten.

I samme retning trekker også det at den opprinnelige gjelden (hovedfordringen) og regresskravet i realiteten er den samme. Dersom kausjonisten må innfri kravet, trer han som nevnt inn i den opprinnelige kreditorens rettigheter mot debitor, og overtar på denne måten hovedfordringen. Når dette er tilfelle, er det naturlig å anse gjelden pådratt med debtors opprinnelige gjeld til K1.

5.7 Konklusjon

Etter en totalvurdering av rettskildesituasjonen trekker rettskildefaktorene i retning av at § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelser overfor tredjemann som kausjonerer for debtors eldre, usikrede gjeld etter at hovedfordringen er pådratt. Dette har støtte i reelle hensyn og juridisk litteratur. Konklusjonen samsvarer med løsningen av spørsmålet i svensk og dansk rett.¹⁰⁰

Men heller ikke her er rettstilstanden de lege lata fullstendig klar, ettersom gjennomgangen har vist at meningene i juridisk teori er delte, og det finnes heller ikke høyesterettspraksis som gir et klart svar.

⁹⁹ Huser s. 419.

¹⁰⁰ Løsningen skisseres i forarbeidene for begge lands vedkommende, se henholdsvis SOU 1970:75 s. 154 og Betænkning nr. 606/1971 s. 155 og s. 108.

6 Er det en bedre løsning å omstøte etter § 5-9 i lånetilfellene og kausjonstilfellene?

Analysen under lånetilfellene viser at det er relativt klart at dekl. § 5-7 kan anvendes på sikkerhetsstillelsen overfor tredjemann dersom refinansieringen er begrunnet i omgåelsesønsker. Derimot er det mer usikkert om omstøtelse kan skje etter denne bestemmelsen dersom det ikke foreligger et omgåelsesforsøk. Omstøtelsesreglene rammer med tilbakevirkende kraft disposisjoner som ellers er reelle, gyldige og har rettsvern. Dette tilsier at det bør utvises forsiktighet med å anvende dekl. § 5-7 på tilfeller som ligger noe utenfor dens kjerneområde.¹⁰¹ Videre gjelder de objektive omstøtelsesreglene relativt snevre typetilfeller. Det kan dermed spørres om det vil være en bedre løsning å omstøte etter den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9 i lånetilfellene hvor refinansieringen ikke er begrunnet i omgåelsesønsker. En slik løsning antydes av Andenæs.¹⁰²

§ 5-9 er dels et alternativ til de objektive omstøtelsesreglene, dels et supplement, og rammer *''disposisjoner''* som på *''utilbørlig måte''* har medført en kreditorbegunstigelse, unndragelse av skyldnerens aktiva eller økning av vedkommendes gjeld. Ytterligere vilkår for omstøtelse er at disposisjonen må ha vært *''til skade''* for kreditorfellesskapet, og at *''skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen''*. Bestemmelsen inneholder også et subjektivt krav, nemlig at *''den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.''* Ved vurderingen av om vilkårene i § 5-9 er oppfylt er det naturlig å skille mellom de ulike typetilfellene.

Det forutsettes i det følgende at det foreligger en disposisjon som innebærer en kreditorbegunstigelse.

For at disposisjonen skal være omstøtelig etter dekl. § 5-9 kreves det at denne er utilbørlig. I forarbeidene heter det at vilkåret er ment å ramme disposisjoner som i det enkelte tilfellet er *''klart kritikkverdige''*.¹⁰³

Dersom K2 var helt uvitende om at lånet skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld vil sikkerhetsstillelsen neppe være utilbørlig. Utgangspunktet er at det ikke er kritikkverdig å yte lån mot sikkerhet, fordi debitor gjennom sikkerheten får tilført midler, jf. det som tidligere er sagt om legislative hensyn bak panteinstituttet. At debitor bruker lånet til å innfri eldre gjeld vil ikke nødvendigvis medføre at disposisjonen må anses utilbørlig. Tvert om kan dette ha positive virkninger for debtors økonomi ved at han oppnår bedre kredittvilkår, slik at kredittilførselen

¹⁰¹ Som nevnt under punkt 4.1 er kjerneområdet for dekl. § 5-7 situasjonene hvor debitor først har pådratt seg usikret gjeld, og i ettertid stiller sikkerhet for den samme gjelden.

¹⁰² Andenæs s. 344.

¹⁰³ Ot. prp. nr. 50 (1981-1981) s. 170.

blir billigere. Slike sikkerhetsstillelser vil trolig verken kunne omstøtes etter § 5-9 eller § 5-7.¹⁰⁴

Derimot har disposisjonen større preg av å være kritikkverdig og utilbørlig dersom det var en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at dette skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. I slike tilfeller gis det nye lånet *for* at debitor skal innfri den eldre fordringen. Videre vil långiveren være klar over at den eldre gjelden erstattes med pantesikret gjeld, og at han skaffer seg selv et dekningsprivilegium på bekostning av debtors usikrede kreditorer. Også i tilfellene der K2 visste eller burde vite at lånet skulle benyttes til å innfri eldre, usikret gjeld, kan sikkerhetsstillelsen karakteriseres som utilbørlig, av samme grunn.

Dernest er det et vilkår for omstøtelse at *''skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen''*. Vurderingen av dette vilkåret vil bli det samme i begge de nevnte situasjonene. Refinansiering fremstår ofte som et siste forsøk på å redde debitor fra å gå konkurs. Det er dermed typisk at skyldnerens økonomiske stilling er svak på disposisjonstidspunktet. Ytterligere kan det påpekes at dersom panteretten gjelder en stor del av debtors (gjenstående) aktiva, kan sikkerhetsstillelsen medføre at hans økonomiske stilling blir alvorlig svekket som en følge av disposisjonen.

Ytterligere et vilkår etter dekl. § 5-9 er at den annen part kjente eller burde kjent til de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Dersom det var en klar betingelse eller forutsetning for det nye lånet at det skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld vil dette normalt være oppfylt. Långiveren vil som regel være klar over at usikret gjeld erstattes med pantesikret gjeld, og at han får en fordel på bekostning av kreditorfellesskapet. Tilsvarende også dersom långiveren visste eller burde forstå at lånet ville bli benyttet til å innfri eldre, usikret gjeld.

Det er også et krav at den begunstigede kjente eller burde kjenne til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling. Det er usikkert om dette vil være oppfylt i de to typetilfellene. Eksempelvis kan det være vanskelig å få tak i korrekte opplysninger om debtors økonomiske situasjon, eller han kan ha hatt god økonomi på lånetidspunktet. Hvorvidt vilkåret er oppfylt må vurderes konkret. Men såfremt dette er tilfellet, vil § 5-9 trolig kunne anvendes på sikkerhetsstillelsen.

Videre viser begrunnelsen i RG 1996 s. 741 at § 5-9 like gjerne kunne ha blitt benyttet som rettslig grunnlag for omstøtelseskravet. Retten fremhevet i sin begrunnelse at det var tale om en ren konvertering av gjeldsposter, og at långiveren hadde kunnskap om at pengene skulle benyttes til å innfri eldre gjeld. Dernest påpekte retten långivers uaktsomhet angående debtors økonomiske stilling - undersøkelser ville ha vist at debtorselskapet var insolvent da lånene ble ytet, og långiveren hadde en klar foranledning til å undersøke debtors økonomi nærmere. Disse momentene ville også vært relevante i vurderingen etter § 5-9.

Riktignok oppstiller § 5-9 et strengere bevisstema som vil unngås dersom man kan omstøte etter dekl. § 5-7. Men å la § 5-9 ramme tilfeller som ligger noe utenfor de objektive bestemmelsenes kjerneområde harmonerer godt med lovens ordning, som legger opp til at dekl. § 5-9 supplerer

¹⁰⁴ Se gjennomgangen i punkt 4.3.3.

de objektive omstøtelsesreglene, og fungerer som et sikkerhetsnett eller generalklausul.¹⁰⁵ Etter min mening er det dermed en bedre løsning å omstøte etter § 5-9 dersom det var en uttrykkelig betingelse eller klar forutsetning for det nye lånet at det skulle brukes til å innfri eldre, usikret gjeld. I slike tilfeller vil man dessuten unngå tvilen som er knyttet til konklusjonen i punkt 4.4.

I forbindelse med gjennomgangen av refinansieringstilfellene hvor långiveren da lånet ble gitt visste eller burde forstå at låntageren ville benytte det til betaling av eldre gjeld, konkluderte jeg med at dekl. § 5-7 ikke kan komme til anvendelse på sikkerhetsstillelsen fordi dette innebærer at man innfortolker subjektivt vilkår i bestemmelsen. Dette strider mot dens objektive utforming, samt retts tekniske hensyn. Derimot vil et slikt subjektivt element klart høre hjemme i dekl. § 5-9. Dette tilsier at det er en bedre løsning å omstøte etter sistnevnte bestemmelse også i dette typetilfellet.

Derimot er det etter mitt skjønn liten grunn til å la sikkerhetsstillelsen falle utenfor dekl. § 5-7 i kausjonstilfellene, og heller omstøte etter § 5-9. Dette skyldes at disposisjonen ligger tett opp mot formålet bak bestemmelsen. Kausjonisten mottar en sikkerhet som de øvrige ikke får, og tilfører heller ikke debitor kapital. Det blir dermed tilsvarende mindre til fordeling mellom de usikrede kreditorene. Det er nettopp slike tilfeller § 5-7 skal ramme. Videre stilles sikkerheten i kausjonstilfellene i den eldre kreditorens interesse. Kausjonen medfører at hans fordring på debitor sikres, men ved hjelp av en tredjemann. Sikkerheten kunne dermed like gjerne være stilt direkte til kreditor.

¹⁰⁵ Huser s. 463.

Litteraturliste

Lover

- Lov 6. Juni 1863 om Concurs og Concursboers behandling.
- Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (panteloven).
- Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaveres dekningsrett (dekningsloven).

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.

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

- Rt. 1880 s. 198
- Rt. 1890 s. 25
- Rt. 1887 s. 633
- UfL IX s. 254 (Rt. 1869 s. 428)
- Rt. 1910 s. 309
- Rt. 1999 s. 64

Underrettsavgjørelser

- RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett)

Bøker og artikler med forkortelser

- Andenæs: Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009).
- Andreassen: Andreassen, Jens Edvin. *Factoringpant* (Oslo 1990).
- Brækhus: Brækhus, Sjur. *Konkursrett utvalgte emner*. (Oslo 1970).
- Eckhoff: Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. Utgave (Oslo 2001).
- Getz: Getz, Bernhard. *Kreditorenes Adgang til at omstøde sin Skyldners Retshandler*, inntatt i Rt. 1881 s. 209.
- Hagerup: Hagerup, Francis, *Konkurs og Akkordforhandling* (Oslo 1901).
- Hagerup (4. utgave): Hagerup, Francis, *Konkurs og Akkordforhandling*. 4. utgave, (Oslo 1932).
- Huser: Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling & Konkurs*, bind 3 (Bergen 1992).
- Lennander: Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 4. utgave (Stockholm 2013).
- Sandvik: Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett* (Bergen 1985).
- Smith: Smith, Carsten, *Kausjonsrett*, 3. utgave (Oslo 1997).

Svenske og danske rettskilder

- SOU 1970:75 s. 154. Utsökningsrätt X. (U X). Konkursgrunderna, gäldenärens legitimation, återvinning, kvittning, solidariska skuldförhållanden m.m.

- Betænkning nr. 606/1971. Konkurs og tvangsakkord. Betænkning II, afgivet af det af Justitsministeriet den 29. januar 1958 nedsatte udvalg.