

**OMSTØTELSE VED KONKURS ETTER DEKNINGSLOVEN § 5-5:**

Grensedragningen mellom omstøtelig betaling av gjeld og ordinære betalinger

Kandidatnr: 173109  
Veileder: Rune Sæbø  
Leveringsfrist: 10.12.2010

Til sammen 10 750 ord

# INNHOLDSFORTEGNELSE

## 1. INNLEDNING

<b>1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING</b>	<b>3</b>
<b>1.2 GENERELT OM OMSTØTELSESGREGLERNE</b>	<b>3</b>
1.2.1 VIRKEOMRÅDE	3
1.2.2 FORMÅLET MED OMSTØTELSESGREGLERNE	3
1.2.3 SKILLET MELLOM DE OBJEKTIVE OMSTØTELSESGREGLERNE OG DEN SUBJEKTIVE OMSTØTELSESGREGLEREN	4
1.3 HISTORIKK	4
1.4 FREMSTILLINGEN VIDERE	5

## 2. PRESENTASJON AV DEKNINGSLOVENS § 5-5

<b>2.1 BESTEMMELSENS SYSTEMATIKK OG VILKÅR</b>	<b>6</b>
<b>2.2 BETALING AV "GJELD"</b>	<b>6</b>
<b>2.3 BETALINGSTIDSPUNKTET</b>	<b>6</b>

## 3. HOVEDDEL: "ORDINÆR"-RESERVASJONEN

<b>3.1 GENERELT OM "ORDINÆR"-RESERVASJONEN</b>	<b>7</b>
<b>3.2 KRAVET OM PRIMÆR DEKNINGSHENSIKT</b>	<b>7</b>
<b>3.3 DEKNL. § 5-5 FØRSTE ALTERNATIV: BETALING MED "USEDVANLIGE BETALINGSMIDLER"</b>	<b>9</b>
3.3.1 "USEDVANLIGE BETALINGSMIDLER"	9
3.3.2 "ORDINÆR"-RESERVASJONEN	10
3.3.3 OPPSUMMERING	13
<b>3.4 § 5-5 ANDRE ALTERNATIV: BETALING "FØR NORMAL BETALINGSTID"</b>	<b>14</b>
3.4.1 "NORMAL BETALINGSTID"	14
3.4.2 "ORDINÆR"-RESERVASJONEN	15
3.4.3 OPPSUMMERING	17
<b>3.5 DEKNL. § 5-5 TREDJE ALTERNATIV: BETALING MED "BELØP SOM HAR BETYDELIG FØRRINGET SKYLDNERENS BETALINGSEVNE"</b>	<b>18</b>
3.5.1 SKYLDNERENS "BETALINGSEVNE"	18
3.5.2 "BETYDELIG FØRRINGET" BETALINGSEVNE	19
3.5.3 ORDINÆRRESERVASJONEN	21
3.5.3.1 Fordringens art	21
3.5.3.2 Enkelte særtilfeller	23
3.5.3.3 Tidsmomentet	24
3.5.3.4 Nært forhold mellom debitor og kreditor	26
3.5.5 OPPSUMMERING	26

<b>4. AVSLUTNING: DAGENS RETTSTILSTAND</b>	<b>28</b>
--	-----------

<b>5. LITTERATURLISTE</b>	<b>29</b>
---------------------------	-----------

# 1. Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Temaet i denne oppgaven er omstøtelse etter Dekningsloven § 5-5.<sup>1</sup> Bestemmelsen er trolig den omstøtelsesregelen som har størst praktisk betydning i Norge.<sup>2</sup> Dekningslovens § 5-5 rammer som hovedregel betaling av gjeld som er foretatt senere enn tre måneder før fristdagen.<sup>3</sup>

Bestemmelsen retter seg mot tre alternative betalingsmåter; betaling med usedvanlige betalingsmidler, betaling før forfallstid og betaling som betydelig har forringet skyldnerens betalingssevne. Et felles vilkår er imidlertid at betalingen ikke fremstod som ”ordinær”.

Problemstillingen vil være hvilke betalinger som er ”ordinær” og ikke kan omstøtes. Fremstillingen vil med andre ord fokusere på grensdragningen mellom omstøtelig og ikke-omstøtelig betaling av gjeld etter alle tre betalingsalternativene.

## 1.2 Generelt om omstøtelsesreglene

### 1.2.1 Virkeområde

Omstøtelsesreglene finner man i Dekningslovens kapittel 5 og FAL. § 16-2.<sup>4</sup> Det fremgår av dekl. § 5-1 at reglene også kommer til anvendelse ved tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo. Denne fremstillingen tar kun utgangspunkt i tilfeller hvor skyldneren går konkurs.

### 1.2.2 Formålet med omstøtelsesreglene

Konkursreglene bygger på et grunnleggende likhetsprinsipp. Det vil si at utgangspunktet er at kreditorene skal ha rett til lik dekning. Omstøtelsesreglenes hovedformål er å motvirke at midlene i boet tømmes før boåpningen og at kreditorene blir forfordelt.<sup>5</sup>

Omstøtelsesreglene har både en gjenopprettende og en preventiv funksjon. De er gjenopprettende på den måten at boet kan kreve midlene tilbakeført. Den preventive funksjonen ligger i at betalinger ofte ikke finner sted fordi partene regner med at de kan bli omstøtt. Omstøtelsesreglene har derfor betydning i kraft av sin eksistens.<sup>6</sup> Den preventive effekten vil imidlertid ikke bli videre omtalt.

Både rettsvernsreglene og omstøtelsesreglene har til formål å beskytte kreditorene mot skadegjørende disposisjoner fra debtors side. Rettsvernsreglene sikrer notoriteten ved å stille opp vilkår som gjelder alle rettsstiftelser av en viss art, uten hensyn til om det er noe mistenkelig ved dem. Omstøtelsesreglene søker å ramme disposisjoner som på grunn av sin art fremstår som illojale overfor kreditorene.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Se Dekningsloven (lov av 8. juni 1984 nr. 59)

<sup>2</sup> Se Andenæs s. 309

<sup>3</sup> Utvidet frist til senere enn to år før fristdagen for betaling til skyldnerens ”nærstående”, ”ektefelle”, ”ugifte samboende” eller ”forlovede” etter dekl. § 5-5 andre og tredje ledd.

<sup>4</sup> Se Forsikringsavtaleloven (lov av 16. juni 1989 nr. 69)

<sup>5</sup> Se Huser 3 s. 49

<sup>6</sup> Se Andenæs s. 286

<sup>7</sup> Se NOU 1972: 20 s. 281

### 1.2.3 Skillet mellom de objektive omstøtelsesreglene og den subjektive omstøtelsesregelen

I henhold til den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 er det et vilkår for omstøtelse at skyldneren har utvist skyld gjennom å foreta en skadegjørende disposisjon. Det er også et vilkår for omstøtelse at kreditor var i ond tro om skyldnerens vanskelige økonomiske situasjon og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

De objektive omstøtelsesreglene rammer derimot disposisjoner uten at det behøver å påvises at betalingen var utilbørlig og at kreditor var i ond tro. Det er disposisjoner som etter sitt innhold formodes å være illojale, blant annet fordi de er foretatt på et tidspunkt da skyldneren formodes å være insolvent.<sup>8</sup>

Lovgiver har følt berettigelsen av objektive omstøtelsesregler i tilfeller hvor ”presumsjonen for...ond tro er meget sterk”. Rent faktisk er det dermed sannsynlig at den annen part vil ha utvist skyld også i noen tilfeller der omstøtelse skjer etter en objektiv regel. For konkursboet vil det imidlertid være både lettere og enklere å slippe å bevise dette.<sup>9</sup> Dekningsloven § 5-5 rammer ”ekstraordinære” betalinger hvor presumsjonen for ond tro hos kreditor i forhold til debtors vanskelige økonomiske stilling ansees å være særlig sterk.<sup>10</sup>

Omstøtelse etter de objektive reglene er ikke betinget av at kreditorene har blitt påført et økonomisk tap som følge av den aktuelle disposisjonen. Ved subjektiv omstøtelse er det imidlertid et vilkår at disposisjonen har forårsaket skade for boet ved at det er påført et økonomisk tap, jf. dekl. § 5-9.

En annen forskjell mellom reglene er at ved omstøtelse etter de objektive reglene er den etterfølgende rettsvirkningen at mottakeren skal tilbakeføre den *berikelsen* han har mottatt, jf. dekl. § 5-11. Dersom boet vinner frem med omstøtelse etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9, kan de kreve *tapet* erstattet, jf. dekl. § 5-12.

### 1.3 Historikk

Dekningsloven § 5-5 avløste kkl. § 44a (lov av 6. Juni 1863 om Concurs og Concursboers behandling).<sup>11</sup>

Etter Dekningsloven § 5-5 ble adgangen til å omstøte skyldnerens betalinger noe justert og utvidet. I tillegg til de to formene for betaling som var omfattet etter den tidligere loven, kom det inn et tredje alternativ. Bestemmelsen rammet nå også betaling ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”.<sup>12</sup>

Tidligere måtte tilfeller av denne art omstøtes etter den subjektive omstøtelsesregelen. Ved innføringen av dette alternativet ble boets stilling lettet ettersom det ikke behøver å føre bevis for debtors insolvens og for at kreditor var i ond tro. Det er tilstrekkelig å bevise at betalingen objektivt sett fremstår som ekstraordinær. Innføringen av det tredje betalingsalternativet førte dermed til at omstøtelsesadgangen i norsk rett ble utvidet.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Se Andenæs s. 288

<sup>9</sup> Se Huser 3 s. 65

<sup>10</sup> Se Huser 3 s. 217 og 218

<sup>11</sup> Se NOU 1972: 20 s. 291

<sup>12</sup> Se NOU 1972: 20 s. 291 og 292

<sup>13</sup> Se NOU 1972: 20 s. 291 og 292

Det ble også oppstilt et felles vilkår for alle tre alternativene i dekl. § 5-5 om at omstøtelse ikke kan skje hvis betalingen etter omstendighetene allikevel fremtrer som ordinær.

Dekningsloven bygger på et fellesnordisk lovsamarbeid mellom Norge, Sverige og Danmark. Derfor kan det hevdes at svenske og danske kilder vil være av særlig interesse for tolkningen av ”ordinær”-reservasjonen. Dette vil særlig gjelde tilfeller hvor de norske kildene ikke gir en klar løsning i forhold til hvilke betalinger som er ”ordinær”.<sup>14</sup>

Det må imidlertid nevnes at de nordiske bestemmelsene ikke er identiske. Reglene har også separate forhistorier ettersom de må sees som forankret i og som en videreføring av de ulike lands tidligere rett.<sup>15</sup> Likhetene og ulikhetene etter de nordiske landenes rett vil bli belyst underveis i fremstillingen.

#### **1.4 Fremstillingen videre**

Fremstillingen starter med en kort redegjørelse av de vilkår som er felles for å kunne kreve omstøtelse etter dekl. § 5-5 første ledd. I hoveddelen vil det først gis en generell presentasjon av ”ordinær”-reservasjonen. Deretter vil de tre betalingsalternativene behandles mer inngående og da med særlig fokus på hvilke betalinger som kan anses som ”ordinær” og dermed er uomstøtelig.

Grensedragningen mellom omstøtelige og ikke omstøtelige disposisjoner vil illustreres med typetilfeller av betalinger i forhold til alle tre alternativene i dekl. § 5-5. Hovedvekten i fremstillingen vil imidlertid ligge på omstøtelse etter det tredje alternativet; omstøtelse av betaling med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.

Underveis vil særlig rettspraksis anvendes som illustrasjon på hvilke betalinger som kan være ordinære. Det finnes få Høyesterettsdommer i forhold til den aktuelle problemstillingen. Derfor vil også underrettspraksis anvendes. Underrettspraksis antas å ha liten rettskildemessig vekt, men vil kunne være nyttig som en illustrasjon i forhold til hvilke betalinger som kan anses å være ordinære.

---

<sup>14</sup> Se Huser 3 s. 129

<sup>15</sup> Se Huser 3. S. 302-304

## **2. Presentasjon av dekningslovens § 5-5**

### **2.1 Bestemmelsens systematikk og vilkår**

Det følger av dekn. § 5-5 første ledd at de disposisjonene som kan omstøtes er "Betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen."

Dekningsloven § 5-5 inneholder deretter tre alternative vilkår for omstøtelse:

- 1) Betaling med "usedvanlige betalingsmidler"
- 2) Betaling "før normal betalingstid"
- 3) Betaling med beløp som "betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne"

Det fremgår imidlertid av dekn. § 5-5 at en disposisjon som oppfyller disse vilkårene allikevel ikke kan omstøtes dersom den fremstod som "ordinær".

### **2.2 Betaling av "gjeld"**

Dekningsloven § 5-5 rammer "betaling av gjeld". Dette må være skyldnerens egen gjeld. I tillegg må det avgrenses mot kontantkjøp ettersom dette ikke vil betegnes som gjeld. Gjeld er ikke kun begrenset til gjeld i penger ettersom gjeld i naturallytelse også omfattes.<sup>16</sup> Videre er det uten betydning om skyldnerens gjeldsforpliktelse er ugyldig eller foreldet så lenge betalingen er foretatt.<sup>17</sup>

### **2.3 Betalingstidspunktet**

Det følger av dekn. § 5-5 første ledd at de betalinger som er omstøtelsesverdige, er de betalinger av gjeld som skyldneren "har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen". Fristdagen ved konkurs er dagen da begjæring om åpning av konkurs som tas til følge kom inn til skifteretten, jf. dekn. § 1-2 første ledd.

Betalingstidspunktet ved disposisjoner som er betinget av tinglysning eller annen sikringsakt, vil være rettsvernstidspunktet, jf. dekn. § 5-10. Betaler debitor med penger direkte til kreditor, er betalingen foretatt på dette tidspunktet.<sup>18</sup> Ved oppgjør gjennom bank reguleres betalingstidspunktet av Finansavtaleloven § 39.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Se Huser 3 s. 221 og 222

<sup>17</sup> Se Andenæs s. 310

<sup>18</sup> Se Huser 3 s. 239

<sup>19</sup> Se lov av 25. Juni 1999 nr. 46

### 3. Hoveddel: ”ordinær”-reservasjonen

#### 3.1 Generelt om ”ordinær”-reservasjonen

Generelt kan det sies at en betaling etter de tre alternativene vil være ordinær dersom den fremstår som ”... en relativt normal, rutinepreget betaling av ordinære gjeldsposter knyttet til debitors næringsvirksomhet.”<sup>20</sup> Lovgivers målsetting har vært å ramme de betalinger som er begrunnet i debitors vanskelige økonomiske situasjon. En betaling vil dermed være ordinær dersom den klart fremstår som begrunnet i andre forhold enn debitors økonomiske problemer.<sup>21</sup>

Den ytre situasjonen skal i alminnelighet objektivt fremstå som at man ikke kan mistenke at kreditor kjente til debitors betalingsvanskeligheter og at dette var årsaken til at han forsøkte å få betaling før de andre kreditorene. Det har i prinsippet ingen betydning om kreditor i det konkrete tilfellet hadde grunn til å tro at debitor var insolvent. Domstolene skal ved sin vurdering kunne gå ut i fra at alle omstendighetene er kjente. Spørsmålet blir da om betalingen hadde skjedd på samme måte om debitor ikke hadde hatt noen betalingsvansker.<sup>22</sup>

Det finnes ingen felles generell definisjon av hva som ligger i ”ordinær” betaling. ”Ordinær”-reservasjonen har imidlertid to relative element i forhold til de tre betalingsalternativene: Det første er at det må foretas en individuell og konkret helhetsvurdering av om betalingen etter forholdene rundt den enkelte betaling fremstod som ordinær. Det andre relative element er at det ligger en standard i ”ordinær”-reservasjonen. ”Vurderingen skal skje på bakgrunn av hva som er alminnelig, sedvanlig eller normalt i samfunnet generelt og i det aktuelle lokalsamfunnet spesielt (f. eks. i en bransje) på det aktuelle tidspunkt.” Dette kan variere med tid og sted.<sup>23</sup>

De bakenforliggende hensynene som må veies opp mot hverandre når man skal avgjøre om en disposisjon er ordinær, er på den ene siden hensynet til at alle kreditorene i utgangspunktet skal ha lik rett til dekning. Dette hensynet taler som regel for omstøtelse. På den annen side vil dette hensynet måtte sees opp imot hensynet til næringslivet, som er avhengig av effektive og smidige oppgjør av forpliktelser.<sup>24</sup> Det vil særlig være dette siste hensynet som begrunner ”ordinær”-reservasjonen og som taler imot omstøtelse.

#### 3.2 Kravet om primær dekningshensikt

Generelt kan det sies at dersom debitor ikke har hatt betaling av gjeld som sitt hovedformål med transaksjonen, ansees det ikke å foreligge noen gjeldsbetaling etter dekl. § 5-5. Begrunnelsen er at lovgiver ikke ønsker å ramme betalinger som har hatt et annet selvstendig formål som ikke er begrunnet i debitors vanskelige økonomiske stilling.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Se Huser 3 s. 264

<sup>21</sup> Se Huser 3 s. 263 og 264

<sup>22</sup> Se Lennander s. 247 og 248

<sup>23</sup> Se Huser 3 s. 265 og 266

<sup>24</sup> Se Huser 3 s. 263 og 264

<sup>25</sup> Se Huser 3 s. 223 flg.

Det er ikke avgjørende hvilke skjulte motiver debitor eller kreditor måtte ha hatt for å foreta betalingen, men hva som objektivt sett fremstår som transaksjonens hovedhensikt.<sup>26</sup>

Tilfeller hvor en kreditor mottar dekning for sitt krav, men som ikke har primær dekningshensikt vil etter forholdene kunne være:

Finansieringsordninger hvor en debitor i tillegg til nedbetaling av gjeld også tilføres midler til den videre drift.<sup>27</sup> Rt.1969.624 (Hamar Auto 2 dommen) illustrerer dette. Saken gjaldt omstøtelse etter kkl. § 44a. Høyesterett konkluderte med at det var tale om en gjensidig bebyrdende avtale, og ikke en avtale som hadde til primær hensikt å dekke skyldnerens gjeld. Formålet var derimot å skape forretningsmessige grunnlag for nye leveranser og ny kreditt. Det forelå dermed ikke primær dekningshensikt.

Et annet eksempel vil være hevning av en avtale hvor krav på kjøpesum dekkes ved tilbakelevering av salgsgjenstanden. Betalingen er da ikke er begrunnet i debitors vanskelige økonomiske situasjon og vil ikke ha primær dekningshensikt.

Det vil også måtte avgrenses mot selvstendige kjøp hvor kreditor reelt mottar dekning for sitt krav, men det kan konstateres at kjøpet ville blitt foretatt uavhengig av debitors økonomiske situasjon. Kjøpet har da ikke primær dekningshensikt.<sup>28</sup>

Spørsmålet om det foreligger primær dekningshensikt blir dermed et spørsmål om det kan påvises at betalingen er begrunnet i andre selvstendige forhold enn debitors dårlige økonomiske situasjon. Det kan dermed hevdes at spørsmålet om det foreligger primær dekningshensikt og om betalingen er ordinær, i stor grad blir en sammenfallende vurdering.

Dette kan illustreres ved å vise til Rt.2008.1170 (Skatland) hvor Høyesterett foretok en samlet vurdering av spørsmålet om motregningen hadde primær dekningshensikt og om den fremstod som ordinær. I dette tilfellet hadde kreditor satt seg i gjeld til debitor ved å handle varer av debitor for deretter å motregne kravet. Høyesterett konkluderte med at disposisjonen bar preg av å være irregulær og fremstod som begrunnet i debitors vanskelige økonomiske situasjon. På denne bakgrunn konkluderte Høyesterett med at betalingen hadde primær dekningshensikt og ikke fremstod som ordinær.

Det kan dermed hevdes at kravet til primær dekningshensikt kan sies å være en annen måte å formulere hva som er ordinært på. Dersom betalingen ikke har primær dekningshensikt vil den være ordinær nettopp fordi den er begrunnet i et annet fornuftig formål enn debitors vanskelige økonomiske situasjon. Det er imidlertid viktig å presisere at man ikke kan dra den motsatte slutningen at de disposisjoner som har primær dekningshensikt, ikke vil være ordinære. Dette vil måtte bero på en nærmere vurdering av de konkrete forholdene rundt betalingen.

---

<sup>26</sup> Se Huser 3 s. 223-224

<sup>27</sup> Se Huser 3 s. 234

<sup>28</sup> Se Huser s. 224 flg.



### 3.3 Deknl. § 5-5 første alternativ: betaling med ”usedvanlige betalingsmidler”

#### 3.3.1 ”usedvanlige betalingsmidler”

Et usedvanlig betalingsmiddel er i utgangspunktet en *uhjemlet* oppfyllelse av en forpliktelse.<sup>29</sup> Hjemlet er betalingsmiddelet dersom det fremgår av partenes avtale eller stiftelsesgrunnlag, som kan være enten uttrykkelig eller stilltiende. En avtale vil være gyldig uten noen bestemt rettsverns- eller notoritetsakt.<sup>30</sup>

Eksempel på betaling med en uhjemlet oppfyllelse vil være at debitor gjør opp et pengekrav ved å motregne med et annet krav mot debitor eller at han oppfyller med en vare.

Betaling med penger vil aldri være et usedvanlig betalingsmiddel, til tross for at debitor etter forpliktelsesgrunnlaget skulle prestere noe annet. Det samme gjelder overføring til konto, sjekk eller bankremisse.<sup>31</sup>

Avtalte betalingsmidler som er *subsidiære* i forhold til hverandre vil ikke være usedvanlig. Men det stilles imidlertid krav om at avtalen er begrunnet i forholdene på avtaletidspunktet og ikke som en eventuelt alternativ oppfyllellesmåte ved debitors likviditetsproblemer.<sup>32</sup> Endringsavtaler vil også godtas, forutsatt at de ikke er inngått innenfor omstøtelsesperioden.<sup>33</sup>

I enkelte tilfeller vil også en *modifikasjon* av en ytelse være et hjemlet betalingsmiddel. Rt.1909.734 kan anvendes som illustrasjon. I dette tilfellet ble det inngått en avtale om kjøp av 300 tylfte tømmer, men bare rundt en tredjedel ble levert. Det var dermed tale om en delvis oppfyllelse. Kjøperen hadde selv godtatt en mindre god salgsvare for god betaling. Høyesterett konkluderte med at betalingsmiddelet ikke var usedvanlig.<sup>34</sup>

Andenæs legger til grunn at det kan tenkes mellomtilfeller der den nye ytelsen i større eller mindre grad kan tre i stedet for den opprinnelige avtale. Han presiserer imidlertid at det er vanskelig å si noe generelt om hvilke modifikasjoner som kan aksepteres før betalingsmiddelet kan sies å være usedvanlig.<sup>35</sup>

På bakgrunn av den ovenfor nevnte dommen kan det hevdes at et betalingsmiddel kan være sedvanlig hvor det er tale om en *delvis* oppfyllelse av en forpliktelse, hvor varens *identitet* fremdeles er i behold. Grensetilfeller kan tenkes å være et tilfelle hvor kreditor mottar en eldre eller nyere modell av en vare han har bestilt.

---

<sup>29</sup> Se Huser 3 s. 267

<sup>30</sup> Se Andenæs s. 319

<sup>31</sup> Se Andenæs s. 318

<sup>32</sup> Se Huser 3 s. 268

<sup>33</sup> Se Huser 3 s. 270 og bla. RG.1986.1026

<sup>34</sup> Se Huser 3 s. 268 og Andenæs s. 320 for mer om dommen

<sup>35</sup> Se Andenæs s. 320

### 3.3.2 "Ordinær"-reservasjonen

Det følger av forarbeidene at "ordinær"-reservasjonen trolig ikke sier noe mer enn det som ligger i at betalingsmidlet er usedvanlig.<sup>36</sup> Andenæs legger til grunn at reservasjonen dermed bare får betydning i form av å være en sikkerhetsventil.<sup>37</sup>

I henhold til Huser vil en jevnføring av vurderingen om et betalingsmiddel er usedvanlig og om det fremstår som ordinært bli for snevert. Han legger til grunn at "ordinær"-reservasjonen vil ha en selvstendig betydning.<sup>38</sup> Det fremgår også av senere rettspraksis etter Dekningsloven kom at "ordinær"-reservasjonen formelt og systematisk sett har en egen funksjon. Men det kan imidlertid stilles spørsmål om den reelt sett sier noe mer enn at betalingsmidlet er usedvanlig. Det vil si om oppdelingen bare er av formell karakter, eller om det kan tenkes tilfeller hvor oppfyllelse med et usedvanlig betalingsmiddel faktisk vil være ordinært.

I svensk rett legges det til grunn i forhold til den tilsvarende bestemmelsen(4:10 KL § 10) at begrepet sedvanlig og ordinær dekker det samme forholdet. Dermed vil "ordinær"-reservasjonen sjelden få noen selvstendig betydning.<sup>39</sup> I de svenske forarbeidene kan man heller ikke gi noe konkret eksempel på en ordinær betaling med et usedvanlig betalingsmiddel. I svensk juridisk teori antydes det imidlertid at et betalingsmiddel kan tenkes være ordinært i et særskilt tilfelle hvor det er alminnelig innenfor en konkret bransje.<sup>40</sup>

Den generelle oppfatningen i norsk rettspraksis og teori er nok at betaling med usedvanlige betalingsmidler i de fleste tilfeller kan omstøtes. Årsaken til dette er blant annet at presumpsjonen for illikviditet og dermed ond tro hos kreditor er særlig sterk når debitor betaler med usedvanlige betalingsmidler. Kreditor godtar da enten uttrykkelig eller stilltiende en slik oppfyllelse i betalingsmidler som ikke fremgår av avtalen mellom partene. Det vil i tillegg være betenkelig for debtors drift og for boet med en tapping av debtors varer eller driftsmidler.<sup>41</sup>

Vurderingen av om betaling med et usedvanlig betalingsmiddel anses som ordinært i lovens forstand, må imidlertid som nevnt ovenfor bero på en konkret helhetsvurdering av forholdene på oppfyllestidspunktet. Dermed må man se på alt som er særegent vedrørende partene og forholdet dem imellom, men man må også se på de lokale, bransjemessige eller geografiske forholdene.<sup>42</sup>

Hensynet for å anse visse disposisjoner som uomstøtelige ligger i hensynet til omsetningslivet. Man ønsker ikke å omstøte "...rutinepregede betalinger foretatt med relativt vanlig benyttede betalingsmidler av ordinære gjeldsposter knyttet til debtors næringsvirksomhet."<sup>43</sup>

---

<sup>36</sup> Se NOU 1972: 20 s.291

<sup>37</sup> Se Andenæs s. 321

<sup>38</sup> Se Huser 3 s. 263

<sup>39</sup> Se Lennander s. 226

<sup>40</sup> Se Lennander s. 245 og 246

<sup>41</sup> Se Huser 3 s. 275 og Andenæs s. 321

<sup>42</sup> Se Huser 3 s. 273 og 274

<sup>43</sup> Se Huser 3 s. 274

Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å påvise at debitor hadde tilstrekkelige sedvanlige betalingsmidler. Huser legger til grunn at ”Det må påvises bestemte, konkrete forhold som forklarer og berettiger bruken av det aktuelle betalingsmiddelet.”<sup>44</sup> Spørsmålet blir da hvilke forhold som kan tilsi at en betaling med usedvanlige betalingsmidler fremstår som ordinær og ikke er begrunnet i debtors vanskelige økonomiske situasjon.

Et eksempel på oppfyllelse med usedvanlig betalingsmiddel, men som er ordinært vil være et tilfelle hvor oppgjøret skjer som følge av heving av en avtale. Da får kreditor varen tilbakeført og får på denne måten dekning for sitt krav. Dette er fordi varen lider av en vesentlig mangel og ikke fordi debitor har økonomiske problemer. Det foreligger da ikke primær dekningshensikt og betalingen må anses som ordinær.

Det kan stilles spørsmål om det kan tenkes andre tilfeller hvor oppfyllelse med et usedvanlig betalingsmiddel vil være ordinært selv om det foreligger primær dekningshensikt

I juridisk teori har det særlig vært fokusert på at det vil kunne være et moment i ordinær vurderingen om oppfyllelse med et betalingsmiddel er særlig vanlig innenfor en bestemt *bransje*. Hva som er ordinært vil kunne variere fra sted til sted og forandre seg over tid. Dette må man ha i mente når man ser på bransjepraksis og da særlig eldre rettspraksis.<sup>45</sup>

Innenfor byggebransjen vil det særlig være praktisk at skyldner betaler med krav mot tredjemann. Her kan nevnes som eksempel at en entreprenør betaler direkte til materialleverandøren med et krav som han har mot byggherren (tredjemann). I juridisk teori og rettspraksis er det antydning at et særlig moment som vil kunne tale for at betaling med krav mot tredjemann vil være ordinært, er at kravene springer ut av samme rettsforhold (konnekse krav).<sup>46</sup>

I Rt.1974.631 kom Høyesterett til at en betaling med krav mot tredjemann måtte anses som oppfyllelse med et usedvanlig betalingsmiddel. Betalingen ble omstøtt etter kkl. § 44a. Det er imidlertid verdt å nevne at det i dette tilfellet ble lagt til grunn at kravene ble ansett som lite kurante og mindre egnet som betalingsmidler. Høyesterett la til grunn at de transporterte krav ikke kunne identifiseres på en klar og entydig måte og at partene ikke tidligere hadde benyttet seg av en slik oppgjørsmåte. Det var heller ikke utbredt bransjepraksis i Telemark. Høyesterett kom også med prinsipielle uttalelser om at det må stilles strenge krav til en slik ordnings innarbeidelse for at oppfyllelsen skal betegnes som bransjepraksis.<sup>47</sup>

I juridisk teori har også *partenes egen praksis* blitt nevnt som et moment som må tas med i vurderingen av om en disposisjon fremstår som ”ordinær”. Spørsmålet blir da om partene har anvendt det samme type betalingsmiddelet tidligere. Ensidig praksis kan etter forholdene være relevant. Dersom partenes praksis faller sammen med bransjepraksis, forsterkes det ordinære preget.<sup>48</sup>

Omfanget og varigheten av partenes praksisen vil være av betydning. I juridisk teori antydes det at praksisen i utgangspunktet ikke trenger å være særlig omfattende eller langvarig. Det

---

<sup>44</sup> Se Huser 3s. 275

<sup>45</sup> Se Huser 3 s. 276 flg.

<sup>46</sup> Se Huser 3 s. 286 flg. og RG.1972.541

<sup>47</sup> Se Huser 3 s. 280 med videre henvisning til Sandvik som kritiserer avgjørelsen

<sup>48</sup> Se Huser 3 s. 280 og 281

vises da særlig til RG.1972.541 hvor det var foretatt betaling ved at en underentreprenør med hovedentreprenørens samtykke fikk direkte betaling fra byggherren. Kreditor hadde et år tidligere mottatt oppgjør på samme måten og lagmannsretten konkluderte med at betalingen ikke skulle omstøtes. Det er her verdt å nevne at det var tale om krav som hadde direkte tilknytning til leveransen og som dermed hadde en nær og direkte sammenheng med hverandre.<sup>49</sup>

Andre forhold som vil kunne tale for at en betaling anses som ordinær, er særlig om oppfyllelsen fremstår som *hensiktsmessig*. Det vil si at betalingsoppgjøret fyller begge parter behov på en enkel og praktisk måte. Jo mer hensiktsmessig den er, jo mer ordinær fremtrer betalingen som.<sup>50</sup> Dette vil være tilfelle dersom en debitor betaler med varer han vanligvis omsetter med og at kreditor på sin side trenger varene. I dansk juridisk teori uttales det i forhold til den tilsvarende bestemmelsen i dansk rett(kkl. § 67) at det kan være plass til anvendelse av ordinærreservasjonen hvis varene kan brukes i mottakerens private husholdning.<sup>51</sup>

Huser legger til grunn at i tilfeller hvor debitor oppfyller med *en annen vare* enn den avtalte blir det særlig spørsmål om ytelsen fremstår som et naturlig substitutt. Spørsmålet blir om ytelsen ”på en rimelig måte kunne dekke kreditors behov.”<sup>52</sup>

RG.1973.138 fra Bergen byrett kan anvendes som illustrasjon. Det var her tale om en dekningsaksjon fra kjøpers side hvor han fikk ta ut to mindre båter enn den båten han egentlig skulle ha. Retten konkluderte med at oppfyllelsen med båtene ikke var egnet til å tilfredstille kreditors behov men at betalingen bar preg av å være gjeldsdekning. På bakgrunn av dette kom retten til at oppfyllelse med de to båtene var å anse som et ”usedvanlig betalingsmiddel”. Dermed måtte betalingen omstøtes.

Huser legger til grunn at forholdene rundt avtale om oppgjørsmåte og om kreditor har vært pågående for å få betaling med det usedvanlige betalingsmiddelet, vil kunne være av betydning.<sup>53</sup> I svensk juridisk teori er det uenighet om påtrykk fra kreditor vil være et relevant moment i vurderingen av om betaling med et usedvanlig betalingsmiddel vil være ordinært. Lennander er av den oppfatning at det vil kunne tale imot at betalingen er ordinær dersom kreditor har utøvd påtrykk.<sup>54</sup> Walin legger til grunn at energiske inndrivingsforsøk fra kreditor ikke vil være av betydning for ordinær vurderingen, fordi betalingsmiddelet ikke blir mer uvanlig dersom kreditor har foreslått det.<sup>55</sup>

I RG.1972.541 (som nevnt ovenfor) tok kreditor initiativet og foreslo betalingsmåten. Men retten la imidlertid avgjørende vekt på bransjepraksis og partspraksis og at det var konneksitet mellom krav og betalingsmiddel. Betalingen ble ikke omstøtt. Dommen kan dermed anvendes som illustrasjon på at forslag fra kreditor vil være av begrenset betydning i ordinær vurderingen etter norsk rett. Dette gjelder særlig i de tilfeller hvor andre forhold tilsier for at betalingen er en ordinær.

---

<sup>49</sup> Se ovenfor i punkt 1.4 i forhold til hvilken rettskildemessig vekt underrettspraksis har

<sup>50</sup> Se Huser 3 s. 283 flg.

<sup>51</sup> Se A. Ørgaard ”Konkursret” 10 utg. 2006 s. 108 note 74

<sup>52</sup> Se Huser 3 s. 286

<sup>53</sup> Se Huser 3 s. 290

<sup>54</sup> Se Lennander s. 223

<sup>55</sup> Se Walin s. 182

### **3.3.3 Oppsummering**

Det kan på bakgrunn av juridisk teori og rettspraksis legges til grunn at adgangen til å unnta betalinger fra omstøtelse ved betaling med usedvanlige betalingsmidler er svært snever. Det vil med andre ord si at det i realiteten sjelden vil kunne konkluderes med at betaling med et usedvanlig betalingsmiddel vil fremstå som ordinært, bortsett fra de tilfeller hvor det ikke foreligger primær dekningshensikt.

Det er vanskelig å trekke en klar grense i forhold til andre tilfeller hvor betaling med usedvanlige betalingsmidler kan tenkes å være ordinært. Det kan imidlertid hevdes at jo flere av de ovenfor nevnte faktorene som tilsier at betalingen er begrunnet i andre forhold enn debitors økonomi, jo større grunn vil det være for å anse betalingen som ordinær.

Det kan muligens oppstilles en hypotese om at betaling med et usedvanlig betalingsmiddel vil kunne være en ordinær oppfyllelse dersom et betalingsmiddel er vanlig innenfor en bestemt bransje og dette sammenfaller med partenes egen praksis. I tillegg må muligens kravene være konnekse. Et moment som særlig vil styrke kreditors sak er dersom debitor hadde god økonomi på betalingstidspunktet. Dette vil tilsi at betalingen ikke er begrunnet i en vanskelig økonomiske situasjon. Betalingen vil da kunne fremstå som ordinær.

### 3.4 § 5-5 andre alternativ: betaling ”før normal betalingstid”

#### 3.4.1 ”normal betalingstid”

En forpliktelses forfallstidspunkt vil som regel fremgå av avtalen mellom partene. Det kan for eksempel være en låneavtale hvor avdrag skal betales til en fast dato. Er forfallstidspunktet ikke forhåndsbestemt, har debitor rett til å betale ”so snart han vil” og plikt til å betale ”straks kravsmannen seier frå” jf. gbl. § 5 første ledd.<sup>56</sup>

Det fremgår av forarbeidene at alle betalinger *før* forfall i utgangspunktet vil være betaling før normal betalingstid. Dette til tross for at frigjøringstiden har kommet.<sup>57</sup> Betaling *ved* forfall vil normalt ikke være betaling før normal betalingstid. Det fremgår imidlertid av forarbeidene at det i visse tilfeller vil foreligge betaling før normal betalingstid selv om betalingen skjer ved forfall. Dette er en utvidelse av adgangen til omstøtelse i forhold til den tidligere kkl. § 44a og vil være tilfeller hvor for eksempel et lån blir oppsagt i henhold til en forfallsklausul fordi skyldneren har misligholdt en termin eller fordi hans økonomi er sviktende. Slike betalinger vil da skyte frem den formelle forfallsdag og betaling på den nye forfallsdag vil være betaling ”før normal betalingstid”.<sup>58</sup>

Oppsummeringsvis kan det sies at det er det ordinære forfallstidspunktet som blir avgjørende for om betalingen er skjedd før normal betalingstid, ikke et eventuelt fremskutt forfall på grunn av debtors betalingsmislighold.

Det fremgår av svensk juridisk teori at det også etter svensk rett må legges til grunn den samme tolkningen i forhold til hva som er betaling før ”normal betalingstid”.<sup>59</sup> Etter dansk rett vil også utgangspunktet være at det ordinære forfallstidspunktet må legges til grunn. Det antydes imidlertid at et unntak kan tenkes å være tilfellet hvor kreditor har hatt rett til å si opp fordringen. Dersom debitor da betaler, vil dette ikke være betaling før normal betalingstid. Det fremgår imidlertid av svensk teori at ved slike betalinger må vurderingen tas etter ”ordinær”-reservasjonen, men at betalingen i utgangspunktet kan anses som ordinær og unntas fra omstøtelse, forutsatt at betalingen ikke var begrunnet i skyldnerens betalingsproblemer.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> Se Gjeldsbrevlova (lov av 17. februar 1939 nr. 1)

<sup>57</sup> Se Andenæs s. 322 og Huser 3 s. 292 flg.

<sup>58</sup> NOU 1972: 20 s. 291 og 292

<sup>59</sup> Se Lennander s. 226 flg.

<sup>60</sup> Se Lennander s. 227-229 og Lindencrone Petersen og Ørgaard ”Konkursloven med kommentar” 10 utg. s. 456 og 457

### 3.4.2 "Ordinær"- reservasjonen

I juridisk teori blir det lagt til grunn at ordinær reservasjonen vil få en betydelig modifierende funksjon i forhold til dette betalingsalternativet. Det er som følge av det strenge utgangspunktet om at alle betalinger foretatt før forfall anses som betaling før normal betalingstid.<sup>61</sup>

Det må også i forhold til dette alternativet foretas en konkret helhetsvurdering av "forholdene" rundt betalingen. Hvorvidt en betaling før forfall er ordinær, vil bero på om "betalingen fremtrådte som begrunnet i andre bestemte forhold enn debitors vanskelige økonomiske situasjon og trusselen om betalingsinnstilling." Kan det påvises at skyldneren hadde en bestemt saklig grunn til å betale, vil omstøtelse dermed kunne forhindres.<sup>62</sup>

Forarbeidene legger til grunn at hvor det er *rent praktiske hensyn* som har ført til for tidlig betaling, bør omstøtelse ikke kunne skje ettersom det ikke er noe ekstraordinært med betalingen. Det nevnes to eksempler på at betalingen finner sted før normal betalingstid.

Det er for det første tilfellet hvor debitor betaler et par dager før forfall for å være ute i god tid for å være sikker på at det ikke blir noe mislighold. For det andre vil det være tilfellet hvor skyldneren har mottatt en større betaling, og innfrir gjelden straks for å slippe bryet og omkostningene ved å sette beløpet i banken for noen dagers skyld.<sup>63</sup>

Huser legger til grunn at hvor stort slingringsmonn som bør aksepteres i forhold til betaling før forfall, vil særlig avhenge av hvor lang tid betalingsformidlingen antas å ville ta i den aktuelle betalingskanal. Han antyder at en betaling to-tre dager før forfallstid i hvert fall bør aksepteres, normalt kanskje opp til en uke.<sup>64</sup>

I RG.1982.1057 omstøtte lagmannsretten en betaling som var foretatt sju dager før forfall. I RG.2004.1625 var betalingen skjedd fire dager før forfall. Lagmannsretten var i tvil om det var tale om betaling før normal betalingstid, men fant at betalingen uansett fremstod som ordinær. Det ble lagt vekt på at betalingen måtte anses som betaling av nødvendig løpende utgifter.

Huser nevner som eksempel på en ordinær betaling at debitor som følge av en *innarbeidet betalingsrutine* bare går i banken to ganger i måneden og betaler alle regninger.<sup>65</sup> *Rene tilfeldigheter* som fører til at betalingen skjer før forfall, kan også tilsi at betalingen fremstår som ordinær. Det kan for eksempel være at debitor har fått levert varer på kreditt, som han raskt får videresolgt og dermed kan betale kreditor.

I svensk juridisk teori nevnes som eksempel på ordinær betaling før forfall at et selskap har standardiserte betalingsdager eller at en privatperson som befinner seg utenlands på

---

<sup>61</sup> Se Huser 3 s. 295 flg.

<sup>62</sup> Se Huser 3 s. 296

<sup>63</sup> Se NOU 1972: 20 s. 291 og 292

<sup>64</sup> Se Huser 3 s. 297

<sup>65</sup> Se Huser 3 s. 299

betalingsdagen betaler før han reiser.<sup>66</sup> I dansk teori nevnes som eksempel på en ordinær betaling før forfall at betalingen er foretatt før ferie eller helligdager.<sup>67</sup>

I forarbeidene til Dekningsloven nevnes også enkelte tilfeller hvor det er *økonomisk fordelaktig* for debitor å betale før forfall. Gjeldskonvertering blir da nevnt som eksempel på en ordinær betaling. Det er tilfeller hvor debitor får fordeler i form av lavere rente og/eller mindre avdrag. Selv om dette skjer før forfall, altså før ”normal betalingstid”, så vil transaksjonen som helhet ikke sies å ha noen ekstraordinær karakter og omstøtelse bør ikke kunne skje.<sup>68</sup>

Huser nevner også som eksempel på en ordinær betaling at skyldneren betaler før normal betalingstid for å oppnå en gunstig kontantrabatt eller unngå en høy kredittrente. Betalingen kan også være foretatt før forfall på grunn av skatt eller avgiftsmessige grunner. Dersom en betydelig devaluering av valutaen er ventet, vil det at debitor betaler i en annen valuta før forfall, fremstå som ordinært.<sup>69</sup>

I juridisk teori legges det til grunn at debtors økonomiske stilling vil kunne være av betydning for vurderingen av om betalingen fremstod som ordinær. Utgangspunktet vil være at jo større økonomiske problemer debitor hadde, jo mer påfallende var det at en uforfalt gjeldspost ble betalt før forfall. Dersom det derimot kan bevises at debitor var solvent og likvid på betalingstidspunktet vil det styrke kreditors sak.<sup>70</sup> Debitor bør imidlertid påvise en annen konkret årsak til betalingen ettersom det ikke er tilstrekkelig å påvise at debitor ikke hadde økonomiske problemer for å anse betalingen som ordinær. Dette følger av at det etter dekl. § 5-5 første ledd ikke er til hinder før omstøtelse at det kan påvises at skyldneren var solvent før og etter betalingen.<sup>71</sup>

Et annet moment som må tas med i vurderingen, er tidspunktet for betalingen. Dersom betalingen ligger nært opp mot fristdagen, så vil det tale imot å anse betalingen som ordinær.<sup>72</sup>

Det følger videre av juridisk teori at også kreditors kunnskap om debtors økonomiske situasjon vil kunne tenkes å ha en viss betydning, til tross for at det her er tale om en objektiv omstøtelsesregel. Dersom kreditor hadde kunnskap om debtors betalingsproblemer, vil det kunne tilsi at betalingen ikke fremstår som ordinær.<sup>73</sup> Påtrykk fra kreditor i et slikt tilfelle er da et moment som tilsier at betalingen får et ekstraordinært preg.<sup>74</sup>

I henhold til Huser vil det være tvilsomt om det er rom for å operere med noen bestemt bransjepraksis i forhold til at debitor betaler før forfall. Dette fordi det kan sies å være vanlig at debitor drøyer betalingene fremfor å betale før forfall, selv om dette naturligvis vil variere

---

<sup>66</sup> Se Lennander s. 226 og 227

<sup>67</sup> Se Lindenchrone Petersen og Ørgaard ”Konkursloven med kommentarer” 10 utg. 2005 s. 462

<sup>68</sup> Se NOU 1972: 20 s. 291 og 292

<sup>69</sup> Se Huser 3 s. 298 og 299

<sup>70</sup> Se Huser 3 s.291 og 298

<sup>71</sup> Til forskjell fra dekl. § 5-5 andre ledd

<sup>72</sup> Se Huser 3 s. 296 og 297

<sup>73</sup> Se Huser 3 s. 292

<sup>74</sup> Se Huser 3 s. 299



fra bedrift til bedrift. Det kan imidlertid ikke være tilstrekkelig å vise til at betaling før tiden har skjedd mange ganger tidligere.<sup>75</sup>

I forhold til partenes egen praksis ved å betale før forfall uttaler Huser at debitors betalingsvaner ikke har særlig betydning. Et unntak kan være hvis debitor har ”...en kjent og uvanlig - innarbeidet praksis med å betale raskt...”, men at det ikke er av særlig betydning at debitor ved enkelte anledninger har betalt før forfall.<sup>76</sup>

### **3.4.3 Oppsummering**

På bakgrunn av juridisk teori og rettspraksis kan det sies at ved betaling ”før normal betalingstid” vil ordinær reservasjonen ha en betydelig korrigerende funksjon i de ovenfor nevnte tilfellene. Dette gjelder tilfeller hvor betaling før forfall er begrunnet i praktiske hensyn eller at det vil være økonomisk fordelaktig for debitor å betale på dette tidspunktet.

Men det må som nevnt foretas en helhetsvurdering hvor også debitors økonomiske stilling må tas i betraktning. Dersom debitors økonomiske stilling var dårlig, vil det være et moment som taler imot at betalingen må anses som ordinær. Det sentrale og avgjørende vil da være om betalingen etter en objektiv helhetsvurdering fremstår som begrunnet i andre forhold enn debitors vanskelige økonomiske situasjon.

---

<sup>75</sup> Se Huser 3 s. 300

<sup>76</sup> Se Huser 3 s. 300

### 3.5 Deknl. § 5-5 tredje alternativ: betaling med ”beløp som har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”

Det følger av dekl. § 5-5 første ledd tredje alternativ at en betaling av gjeld med ”beløp som har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne”, kan omstøtes. En betaling som faller inn under det tredje alternativet, kan dermed omstøtes selv om betalingen ble foretatt med sedvanlige betalingsmidler og selv om fordringen ble betalt ved eller etter normal betalingstid.<sup>77</sup>

#### 3.5.1 Skyldnerens ”betalingsevne”

I henhold til forarbeidene må man ved vurderingen av om debtors betalingsevne har blitt forringet, se beløpet som betales i relasjon til “...*debtors omsetning og vanlige likviditet*”.<sup>78</sup> Det følger imidlertid av juridisk teori og senere Høyesterettspraksis at det er “...*selskapets tilgjengelige dekningsmidler*” på betalingstidspunktet som er det avgjørende vurderingstema.<sup>79</sup>

Det er dermed skyldnerens likviditet og skyldnerens evne til å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller som vil være avgjørende for om debtors betalingsevne er blitt vesentlig forringet. Det er da ikke nødvendig å se likviditeten i forhold til omsetningen.

Ved avgjørelsen av hva som er likvide midler må samtlige aktiver regnes med, det vil si at både likvide midler og lett omsettelige aktiver skal medregnes.<sup>80</sup> Disse skal vurderes til markedsverdi, som vil være det beløp som antas å ville innbringes ved salg. I forhold til utestående fordringer skal det beløp som har kommet inn eller som antas å ville komme inn, tas med i vurderingen.<sup>81</sup> Ubenyttet, innvilget kassakreditt eller andre kredittmuligheter kan ikke regnes som aktiva.<sup>82</sup>

Det har vært diskutert i juridisk teori om sikkerhetsstillelse vil kunne ha innvirkning på debtors ”betalingsevne”. Huser legger til grunn at det kun er den del av verdien som overstiger en heftelse som skal regnes som aktiva. Det innebærer at dersom et aktivum er beheftet med pant eller lignende, må man bare medregne en eventuell friverdi.<sup>83</sup>

I Rt.1999.64 (Teamcon) ble det stilt spørsmål om en refinansiering hvor det i tillegg ble gitt sikkerhet for kravet innebar en forringelse av debtors betalingsevne. Høyesterett la til grunn at en sikkerhetsstillelse etter omstendighetene vil kunne påvirke skyldnerens betalingsevne ettersom muligheten for å stille sikkerhet i frie aktiva vil kunne være avgjørende ved likviditetsbehov. Men at virksomheten i det aktuelle tilfellet var av en art som ikke var spesielt kapitalkrevende. I tillegg hadde selskapet god likviditet og betalte sine forpliktelser helt frem til konkursen. Høyesterett konkluderte dermed etter en helhetsvurdering med at debtors betalingsevne ikke var betydelig forringet.

---

<sup>77</sup> Se NOU 1972: 20 s.292

<sup>78</sup> Se NOU 1972: 20 s. 292

<sup>79</sup> Se Andenæs s. 324 og Rt.2008.1170 (Skatland)

<sup>80</sup> Se Huser 3 s. 317

<sup>81</sup> Se Huser 3 s. 318

<sup>82</sup> Se Huser 3 s. 317

<sup>83</sup> Se Huser 3 s. 317

Det har vært diskutert i juridisk teori om det må oppstilles et særskilt tapsvilkår i forhold til omstøtelse etter deknl. § 5-5 tredje alternativ.<sup>84</sup> Dette har særlig vært problematisert i forhold til tilfeller hvor det kun foretas et kreditorkifte eller at det foretas et trekk på en allerede negativ kassakredittkonto. I disse tilfellene kan det hevdes at kreditor fellesskapet ikke har lidt et tap.

Ved endring av Dekningsloven tok imidlertid departementet i forarbeidene uttrykkelig avstand fra å innføre et tapsvilkår som et generelt vilkår for omstøtelse.<sup>85</sup> På bakgrunn av disse uttalelsene og med støtte i eldre rettspraksis som trekker i samme retning, må det legges til grunn at det ikke kan oppstilles et slikt særskilt tapsvilkår.<sup>86</sup>

### **3.5.2 ”betydelig forringet” betalingsevne**

I juridisk teori legges det til grunn at dersom skyldneren fortsetter å betale sine øvrige fordringer etter hvert som de forfaller, vil man måtte konkludere med at skyldnerens betalingsevne ikke er betydelig forringet. Andenæs nevner Rt.1999.64 (Teamcon) som eksempel. Her konkluderte Høyesterett med at betalingen ikke kunne omstøtes ettersom skyldneren hadde betalt alle fordringer helt frem til konkursåpningen. Andenæs legger imidlertid til grunn at det er usikkert hvor mye som kan legges i avgjørelsen ettersom betalingen gjaldt omstøtelse ved betaling til nærstående, hvor omstøtelsesfristen er utvidet til to år, jf. deknl. § 5-5 andre ledd.<sup>87</sup>

Dersom kreditor har mottatt flere betalinger vil utgangspunktet være at disse betalingene må sees under ett og i utgangspunktet summeres. Det vil imidlertid bero på de nærmere omstendighetene om de må anses som en sammenhengende betaling. Betalinger til forskjellige kreditorer må derimot vurderes i forhold til hver enkelt kreditor for seg.<sup>88</sup>

For å avgjøre om en betaling vil være ”betydelig” må det i utgangspunktet foretas en skjønsmessig helhetsvurdering av den aktuelle betalingen ettersom det ikke er mulig å operere med en bestemt fastsatt prosentvis angivelse av grensen for hva som ligger i ”betydelig” forringelse av debtors betalingsevne. I juridisk teori antydes det imidlertid at grensen ligger mellom 10-25%, men at dette intervallet muligens kan innsnevres til 15-20%.<sup>89</sup>

Det finnes også rettspraksis i forhold til hvor grensen går for hva som skal anses som betydelig. I Rt.2008.1170 (Skatland) la Høyesterett uten videre til grunn at en reduksjon på 67% av selskapets tilgjengelige dekningsmidler var et beløp som betydelig forringet skyldnerens betalingsevne. I RG.1993.433 ble 19,7 % ansett som betydelig. I RG.2009.129 ble 5,6 % ikke ansett som tilstrekkelig.

Terskelen i de nordiske landene i forhold til hvilke betalinger som anses som ”betydelig”, vil være noe ulik. Dette henger sammen med at landene hadde et ulikt utgangspunkt i forhold til omstøtelsesreglene før Dekningsloven kom. I Sverige er ordlyden i bestemmelsen betaling

---

<sup>84</sup> se Huser 3 s. 322-327 og Johnny Johansens artikkel ”Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse”, Lov og Rett 1996 s. 233-243

<sup>85</sup> Se punkt 6.1 i Ot. prp nr. 26 (1998-99) Om lov om endringer i konkurs – og pantelovgivningen mv

<sup>86</sup> Se Rt.1995.222, Rt.1995.259 og Rt.2001.1136

<sup>87</sup> Se Andenæs s. 324

<sup>88</sup> Se Huser 3 s.320-322 og Andenæs s. 326

<sup>89</sup> Se Huser 3 s. 314

med beløp som ”avsevärd” forringer skyldnerens betalingsevne. ”Avsevärd” er synonymt med ”betydelig” som er den norske ordlyden. I Danmark er imidlertid lovteksten strengere formulert enn i Norge og Sverige. Etter dansk rett er kriteriet betaling med beløp, som ”avgjørende” har forringet skyldnerens betalingsevne.

Huser legger til grunn at de nevnte forskjeller i forhold til grensen tilsier en viss tilbakeholdenhet med å benytte kilder fra de to andre landene ved tolkningen av den norske regelen. Særlig gjelder dette svenske kilder med hensyn til terskelen for omstøtelse, da svensk rett må forventes å gå lengre her enn norsk og dansk rett.

Etter svensk rettspraksis har en betaling som utgjorde vel 12% av aktivaene blitt ansett som omstøtelig, jf. NJA 1982 s. 135. Med utgangspunkt i denne dommen har det blitt antydnet i svensk juridisk teori antydnet at grensen ligger på ca. 10 %.<sup>90</sup> Huser legger til grunn at det er mulig at denne grensen er for lav etter norsk rett.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Se Lennander s. 240

<sup>91</sup> Se Huser 3 s.314

### 3.5.3 Ordinærreservasjonen

Det tredje alternativet var som nevnt nytt etter Dekningsloven. Det har derfor vist seg at uttalelsene i forarbeidene har fått en sentral rolle ved tolkning og klarlegging av hvilke disposisjoner som fremstår som ordinære. Denne sentrale rollen har vist seg gjennom at Høyesterett konsekvent har tatt utgangspunkt i uttalelsen.<sup>92</sup>

”Ordinær”-reservasjonen har et noe annet innhold etter dette alternativet sammenlignet med de to første alternativene. Det ekstraordinære vil her være at kreditor mottar en stor del av debtors midler som er egnet til å påvirke debtors mulighet til fortsatt drift. Dermed må betalingen fremstå som velbegrunnet for at den skal anses ordinær.<sup>93</sup>

Det følger av forarbeidene at “Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv. Ekstraordinær blir betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter, f.eks. til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandør, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid.”<sup>94</sup>

Spørsmålet om hvorvidt en betaling fremtrer som ”ordinær”, må imidlertid avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av forholdene rundt den aktuelle betalingen.<sup>95</sup> Det innebærer at de betalinger som er uttrykkelig nevnt i forarbeidene ikke angir en uttømmende oppramsing av hvilke betalinger som er ordinære.

Høyesterett har med utgangspunkt i forarbeidene truffet avgjørelser som i noen grad klargjør og utfyller uttalelsen i forhold til hva som er en ”ordinær” betaling etter dekl. § 5-5. Jeg skal på bakgrunn av disse avgjørelsene presentere de momenter som Høyesterett har ansett som særlig sentrale og forsøke å klargjøre hvor grensen går for hvilke betalinger som kan anses som ordinære.

#### 3.5.3.1 Fordringens art

Et moment som er naturlig å ta utgangspunkt i er arten av den fordringen som blir innfridd. Det fremgår som nevnt ovenfor av forarbeidene at “Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning...”. Konkret nevnes utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv.

Huser presiserer at det stort sett dreier seg om betalinger som for virksomheten er ”nødvendige løpende driftsutgifter”.<sup>96</sup> I dette ligger det at gjeldsbetalinger som ikke kan sies å være knyttet til driften, og som heller ikke ellers kan sies å være løpende ”basisutgifter”, vil være ekstraordinære.<sup>97</sup>

I Rt.1997.1623 (Royal Hotel Christiania) konkluderte Høyesterett med at den ene betalingen som gjaldt direkte betaling for varer og tjenester til den løpende hoteldrift, var ordinær og

---

<sup>92</sup> Se blant annet Rt.2008.1170, Rt.2001.1136, Rt.1997.1623, Rt.1995.222 og Rt.1993.289

<sup>93</sup> Se Huser 3 s. 329

<sup>94</sup> Se NOU 1972: 20 s. 292

<sup>95</sup> Se blant annet Rt.2008.170

<sup>96</sup> Se Huser 3 s. 330

<sup>97</sup> Se Huser 3 s. 331

ikke kunne omstøtes. Det ble uttalt at lovens ordning er at alminnelig betaling av ordinære, løpende driftsutgifter ikke kan omstøtes på objektivt grunnlag, selv om debitor skulle være insolvent og betalingene har funnet sted i en kritisk fase før konkurs.

Høyesterett konkluderte imidlertid med at nedbetaling av et gjeldsbrevlån som også hadde gått til betaling av utgifter til den daglige drift, ikke var en ordinær betaling. Dette til tross for at Høyesterett la til grunn at gjeldsbrevlånet var en forutsetning for å holde driften gående og å unngå å drive for kreditorenes regning. Betalingen fremstod ikke som rutinemessig og det ble også lagt vekt på at det var et særlig nært forhold mellom kreditor og debitor. Betalingen ble dermed ikke ansett som ordinær og ble omstøtt.

Dommen illustrerer at det ikke kun vil være fordringens art som er avgjørende. Det må dermed som nevnt ovenfor foretas en konkret helhetsvurdering hvor alle forhold rundt betalingen må tas i betraktning.

I Rt.2008.1170 (Skatland) kom Høyesterett med noe som kan sies å være relativt liberale uttalelser i forhold til hvilke av betalinger som vil kunne anses som ordinære.

I dette tilfellet hadde skyldneren overført varelageret og deler av driftsutstyret til kreditor (Rema 1000 AS), som deretter hadde motregnet sitt krav mot skyldneren med hjemmel i en franchisekontrakt. Spørsmålet for Høyesterett var om motregningen fremstod som ordinær etter dekl. § 5-5.

Kreditor anførte at ordinærreservasjonen favner vidt og at det måtte tas hensyn til at betalingen fremstod som en fornuftig løsning. Alternativet ville vært at debitor eller boet selv måtte stå for salget, noe som ville ha medført ekstrakostnader. De la videre til grunn at måten oppgjøret ble foretatt på burde ligge innenfor de handlingsnormer som lovgivningen oppstiller for omsetningslivet.

Høyesterett uttalte at forarbeidene ikke uten videre var til hinder for en slik løsning som kreditor skisserte. Det ble vist til at det i Rt.2001.1136 ble lagt til grunn at uttalelsene i forarbeidene ikke gir en uttømmende beskrivelse av hva som faller innenfor lovens begrep. I Rt.1997.1167 uttaler førstvoterende at reservasjonen er satt ut fra ”alminnelige omsetningsinteresser”, noe som indikerer at det må foretas en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer.

Høyesterett la videre til grunn at den motregningsretten som fremgikk av franchisekontrakten medførte en smidig fortsettelse av virksomheten, noe som hadde betydelige fordeler, både for den som avslutter og den som skal overta driften. Dette momentet talte for å anse transaksjonen som ”ordinær”.

Etter en helhetsvurdering la imidlertid Høyesterett avgjørende vekt på at salget av varelageret og den etterfølgende motregningen var foretatt på et tidspunkt hvor debitor hadde alvorlige økonomiske problemer. Betalingen lå utenfor debtors vanlige rutiner. Målsettingen om å få gjennomført en smidig overgang fra gammel til ny franchisetaker var ikke betinget av at verdien av varelageret og driftstilbehøret skulle gå til dekning av kreditors tilgodehavende gjennom motregning. Kreditor ville oppnådd den samme kontinuitet i driften om vederlaget ble innbetalt i sin helhet.

Høyesterett la også til grunn at det ikke var urimelig å omstøte motregningen ettersom kreditor bevisst hadde latt vært å sikre sitt tilgodehavende ved å etablere pant i varelageret. En slik sikkerhet i forhold til leverandørene som de har forsøkt å opprette, fremstod som skjult idet franchiseavtalen ikke er alminnelig offentlig tilgjengelig.

Her åpnet altså Høyesterett tilsynelatende for en liberal vurdering i forhold til hva som kan anses som en ordinær betaling. Uttalelsene kan i utgangspunktet tilsi at hensynet til omsetningslivet vil veie tungt. Men på den annen side konkluderte Høyesterett med at den aktuelle betalingen ikke fremstod som ordinær ettersom motregningen fremstod som irregulær og at den hadde skjedd på bakgrunn av debtors prekære økonomiske situasjon.

Det fremgår jo også av uttalelsene i forarbeidene og av reservasjonens relative karakter at oppramsingen ikke er uttømmende. Hva som vil være ordinært, vil jo blant annet kunne variere med tid og sted. Det vil hele tiden måtte foretas en interesseavveining mellom hensynet til omsetningslivet på den ene side og hensynet til likebehandling av kreditorene på den annen. På bakgrunn av momentene ovenfor kan det hevdes at Høyesteretts uttalelser ikke uten videre kan tolkes i retning av en særlig liberal tolkning av ”ordinær”-reservasjonen.

### **3.5.3.2 Enkelte særtilfeller**

#### **Betaling av skattetrekk**

Spørsmålet om skattetrekk står i en særstilling i forhold til betalingens art, har ved flere anledninger vært oppe i rettspraksis.

I Rt.1993.289 (Gamvikfisk dommen) uttalte Høyesterett at de ikke vil utelukke at det forhold at en betaling gjelder skattetrekk, og som er straffbart ikke å dekke, vil være et moment av betydning av om en betaling er ordinær etter dekningsloven § 5-5. Betalingen var i dette tilfellet klart ekstraordinært sett i lys av at kravet hadde vært forfalt lenge og at debitor var i en meget vanskelig økonomisk situasjon.

I Rt.1995.222 (Direkte Reklame) kom imidlertid Høyesterett med en generell uttalelse om at skattetrekk ikke står i en særstilling i forhold til andre fordringer, selv om overtredelse av skattebetalingsloven er straffesanksjonert. I dommen konkluderte Høyesterett med at to av tre innbetalinger måtte omstøtes. Her ble det også lagt særlig vekt på hvor lenge fordringene hadde vært forfalt.<sup>98</sup>

I RG.2000.1579 ble betaling av merverdiavgift ansett som en ordinær betaling. Lagmannsretten la til grunn at forsinkelse av innbetaling av merverdiavgift er så vanlig at forsinkelsen må være av en viss betydning før den kan anses som ekstraordinær. Det var i dette tilfelle foretatt innbetalinger fra ca. to til fire måneder etter forfall. I forhold til skyldnerens tidligere forsinkelse overfor skattefogden fremsto ikke betalingen som ekstraordinær. Det ble også lagt vekt på kreditors manglende innsikt i debtors vanskelig økonomiske situasjon.

I LB.2000.1605 ble betaling av skatt i lønn til skattetrekkskonto ansett som en ordinær betaling. Forfallstiden var oversittet med åtte dager. Det ble lagt til grunn at innbetalingen av skatt var en direkte løpende driftsutgift. Til tross for at betalingen var foretatt kort tid før frisdagen la lagmannsretten til grunn at det måtte legges vekt på at det dreide seg om en

---

<sup>98</sup> Se nedenfor i punkt 3.5.3.3 om betydningen av tidsmomentet

straffesanksjonert forpliktelse til å foreta trekk, der straffansvaret kan unngås ved å foreta innbetaling i tide.

På bakgrunn av de ovenfor nevnte dommer kan det hevdes at dersom det er tale om betaling av skatt eller merverdiavgift, vil det være et moment i helhetsvurderingen. Etter forholdene vil det kunne ha betydning for om betalingen kan anses som ordinær, men at det ikke i seg selv vil være avgjørende.

### **Betaling til finanskreditorer**

Spørsmålet om betaling til finanskreditorer skal anses som ordinært har vært noe diskutert ettersom det ikke er medtatt i forarbeidsuttalelsen. Det antas i juridisk teori at betaling av gebyrer og renter på *kassakredittkonto* er typiske driftsutgifter som i utgangspunktet er ordinære. Innbetalinger på debtors kassakredittkonto hvor saldoen er negativ, vil også som regel være ordinære som et vanlig ledd i debtors næringsvirksomhet. Men dersom nedbetalingen er foretatt for å bygge ned den negative saldoen, anses de ikke lenger for å være rutinepregede og med sikte på å fortsette driften. Betalingen vil da ikke være ordinær.<sup>99</sup>

Huser legger til grunn at periodiske, faste avdrag og renter på *lån* som gjelder selve virksomheten vil kunne sies å være ordinære driftsutgifter. Dette henger sammen med at mislighold kan få betydning for debtors kassakreditt og hans mulighet til videre drift.<sup>100</sup>

Rt.2001.1136 (Kjells Markiser) illustrerer at betaling av bankgjeld kan være ordinær. Det var her tale om betaling av gjeld til firmaets bankforbindelse, i tre månedersperioden før det ble åpnet konkurs. Høyesterett kom til, med unntak av tre nedbetalinger, at omstøtelse ikke kunne skje. Det dreide seg om betalinger i henhold til faste rutiner som derfor måtte anses som ordinære.

#### **3.5.3.3 Tidsmomentet**

I juridisk teori legges det til grunn at det er et særlig viktig moment hvor lenge fordringen har vært forfalt, og at en betaling som avviker fra normale betalingsrutiner, typisk vil være ekstraordinær. Dette gjelder særlig ”skattetrekk, lønnsutbetalinger, merverdiavgiftsoppgjør, diverse leiebetalinger og renter og avdrag på banklån, men også varer og materialer fra leverandører som normalt betales i henhold til standardavtaler og etablerte rutiner og praksis.”<sup>101</sup>

Generelt kan det sies at jo lengre fordringen har vært forfalt, desto mer påfallende er det at den betales kort tid før konkursåpningen ettersom den da ikke vil fremstå som en betaling som er nødvendig for den løpende drift.<sup>102</sup> Det fremgår imidlertid av forarbeidene at hvis andre momenter enn misligholdets varighet trekker i motsatt retning kan betydningen av dette momentet bli redusert.<sup>103</sup> Dette følger også som nevnt av at det må foretas en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av alle forholdene rundt betalingen.

Det kan imidlertid stilles spørsmål om det generelt sett kan sies å være en grense i forhold til hvor lenge en fordring kan sies å være forfalt før betalingen klart kan sies å være

---

<sup>99</sup> Se Huser 3 s. 330 flg.

<sup>100</sup> Se Huser 3 s. 330

<sup>101</sup> Se Huser 3 s. 331

<sup>102</sup> Se Huser 3 s. 332 og Andenæs s. 328

<sup>103</sup> Se Andenæs s. 328



ekstraordinær. Det fremgår av forarbeidene at en betaling først og fremst er ekstraordinær hvor det er tale om eldre gjeldsposter, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid.<sup>104</sup>

Huser antyder at en forsinkelse på et halvt år, klart gjør betalingen ekstraordinær, mens en forsinkelse på to til tre måneder vil kunne være tilstrekkelig til å gi betalingen et ekstraordinært preg.<sup>105</sup>

I Rt.1995.222 (Direkte Reklame) kom Høyesterett med konkrete uttalelser i forhold til hvor langt tid en fordring kan være forfalt før betalingen kan sies å være ekstraordinær. Det ble lagt til grunn at to innbetalinger som var foretatt henholdsvis to og fire måneder etter forfall befant seg i grensesonen for hva som er en ordinær betaling. Men at selskapet var klart insolvent da betalingene ble foretatt. Under en viss tvil kom Høyesterett til at de to første betalingene, var å anse som ekstraordinære.

Den tredje og siste innbetalingen som ble foretatt tre uker etter forfall ble imidlertid bedømt isolert og ansett som ”ordinær”. Høyesterett la til grunn at denne betalingen på flere punkter stod i en annen stilling enn innbetalingen for de to andre. Dette var fordi det var tale om en beskjeden forsinkelse. Selskapets situasjon var imidlertid enda mer prekær på det tidspunkt innbetalingen ble gjort, i og med at konkursbegjæringen var kommet inn til skifteretten. Men ettersom driften ble fortsatt forsøkt holdt i gang, konkluderte Høyesterett med at denne innbetalingen fremstod som ordinær.

En generell tendens i rettspraksis er at tidsmomentet ser ut til å ha en særlig viktig stilling i forhold til de andre momentene. Tidsmomentet tilsier at jo lengre tid som har gått siden fordringen er forfalt, jo større preg får betalingen av å være gjeldsdekning og ikke som en nødvendig løpende utgift for å holde virksomheten gående.

Huser legger til grunn at debtors egen betalingspraksis vil kunne spille en viss rolle i vurderingen av om en betaling skal anses ordinær etter dette alternativet. Det vil gjelde tilfeller hvor hans betalingsrutiner kan være endret på en slik måte at så godt som alle betalinger forskyves betydelig ut over forfall. Det vil også kunne spille en viss rolle om dette var en helt vanlig foreteelse i vedkommende bransje. Men ut over dette kan det nok ikke sies at debtors betalingspraksis eller bransjepraksis vil ha noen betydning ved ordinær-vurderingen.<sup>106</sup>

I Rt.1993.289 (Gamvikfisk dommen) ble det anført fra kommunens side at bedriften regulært betalte skattetrekk lenge etter forfall. Høyesterett fant at debtors betalingspraksis ikke ville få betydning for avgjørelsen om betalingen fremstod som ordinær.

I Rt.1995.222 (Direkte Reklame) dommen kom Høyesterett også med uttalelser i forhold til debtors betalingspraksis. Kreditor hadde anført at selskapet vanligvis var sent ute med å betale skattetrekk og at den dermed ikke var ekstraordinær. Høyesterett uttalte at ”Et første tolkningsspørsmål er om betraktningmåten skal være rent objektiv, slik at man bare ser på hva som er ordinært for vedkommende type krav i samfunnet generelt, eventuelt i

---

<sup>104</sup> Se NOU 1972: 20 s. 292

<sup>105</sup> Se Huser 3 s. 334-335

<sup>106</sup> Se Huser 3 s. 335

vedkommende bransje, eller om man også skal trekke inn hva som er ordinært for vedkommende debitor”.

Høyesterett kom deretter med en bemerkning i forhold til de uttalelsene Høyesterett kom med i Rt.1993.289 (Gamvikfisk dommen) hvor det fremgikk at debtors betalingspraksis ikke ville være av betydning. Til dette uttalte Høyesterett at det ikke kan tolkes som et generelt utsagn om forståelsen av loven, men som et konkret utsagn knyttet til saken. Selv om utgangspunktet for ordinær vurderingen skal foretas ut fra en objektiv målestokk, må det imidlertid foretas en helhetsvurdering der også debtors mer spesielle betalingsvaner kan få betydning. Allikevel kom Høyesterett i dette tilfellet til at to av betalingene ble omstøtt, særlig på bakgrunn av at fordringene hadde vært forfalt i lang tid.

Det kan på denne bakgrunn hevdes at også debtors betalingsvaner vil kunne være et moment i helhetsvurderingen av om en betaling fremstår som ordinær, men at det ikke i seg selv er avgjørende.

#### **3.5.3.4 Nært forhold mellom debitor og kreditor**

Dersom det er et nært forhold mellom kreditor og debitor, er det et forhold som vil kunne tilsi at betalingen ikke fremstår som ordinær. Dette er fordi kreditor i større grad enn vanlig vil være klar over debtors vanskelige økonomiske situasjon. Presumpsjonen for illojalitet og kreditors ønske om å forfordle seg selv er dermed sterk.

Dette forholdet ble tillagt vekt i Rt.1997.1623 (Royal Hotel Christiania). I denne saken var det to hoteller innenfor samme konsern. De to hotellene hadde felles administrerende direktør, felles økonomiavdeling og felles innkjøp. Høyesterett uttalte at konsernforholdet ikke i seg selv vil kunne gjøre at betalingene var ekstraordinære, men at det vil kunne ha betydning i helhetsvurderingen av om betalingen fremstod som ordinær. Det ble framhevet at konsernforholdet gir innsyn i disposisjoner utover det utenforstående kreditorer normalt vil ha. Det gir kreditor mulighet til å dirigere likviditet og betalinger utover det ordinære.

I Rt.2008.1170 (Skatland) ble også det nære forholdet mellom debitor og kreditor tillagt vekt. Retten viste til at betalingsmottakerens posisjon som franchisegiver og regnskapsfører gav kreditor særlig innsikt i debtors økonomi. Høyesterett la til grunn at forholdet mellom partene hadde likhetstrekk med forholdet mellom selskaper i samme konsern. Dette var et av momentene som Høyesterett la vekt på når de konkluderte med at betalingen ikke kunne anses som ordinær.

#### **3.5.5 Oppsummering**

De betalinger som rammes etter tredje betalingsalternativ vil betydelig forringe debtors betalingsevne. Det vil da kunne hevdes at det er særlig mistenkelig at debitor foretar en slik betaling når han etter forholdene har dårlig økonomi. Betalinger som svekker debtors likviditet og evne til å betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller vil klart kunne virke inn på debtors mulighet til fortsatt drift. Det tilsier at betalingen etter en helhetsvurdering må fremstå som nødvendig og ikke som begrunnet i debtors dårlige økonomiske situasjon.

På bakgrunn av juridisk teori og rettspraksis kan det derfor hevdes at et grunnvilkår for å anse en betaling som ordinær etter dette betalingsalternativet er at det er tale om en nødvendig løpende driftsutgift. Videre kan det legges til grunn at spørsmålet om hvor lenge fordringen har vært forfalt vil være særlig avgjørende. Som vist ovenfor har Høyesterett lagt en relativt klar grense i forhold til når en betaling kan sies å være ekstraordinær.

Rettspraksis illustrerer dermed at selv om det er tale om en betaling som i utgangspunktet kan sies å være en nødvendig løpende driftsutgift, vil tidsmomentet få en særlig betydning for om betalingen kan anses som ordinær. Det må imidlertid foretas en helhetsvurdering hvor også blant annet debtors betalingspraksis vil kunne være et moment, og om det er et nært forhold mellom debitor og kreditor.

#### **4. Avslutning: dagens rettstilstand**

Generelt sett kan det legges til grunn at det har skjedd en viss klargjøring og dermed avklaring av hvilke betalinger som etter forholdene vil kunne være ”ordinær”. Den manglende avklaringen i forhold til hva som ligger i ”ordinær”-reservasjonen må imidlertid kunne sees i sammenheng med reservasjonens relative karakter. Lovgiver hadde trolig heller ikke et ønske om en reservasjon som legger klare føringer for hva som er å anse som en ordinær betaling. Hva som er ordinært, vil som nevnt være varierende blant annet i forhold til tid og sted.

Det som kan sies å være et generelt trekk ved vurderingen av om en betaling fremstår som ordinær er at det må foretas en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av alle forholdene rundt betalingen. Men rettspraksis viser også klart at det er en objektiv vurdering av disposisjonen sett utenfra.

Totalt sett kan det sies at dersom en betaling er mistenkelig og dermed rammes av et av de tre alternativene etter dekl. § 5-5 skal det i utgangspunktet mye til for å anse den som ”ordinær”. Men det vil som vist ovenfor variere i forhold til hvilket alternativ betalingen rammes av. Det er imidlertid særlig ett moment som utpeker seg som særlig sentralt i forhold til alle tre betalingsalternativene, og det er om betalingen fremstår som begrunnet i andre forhold enn debtors betalingsproblemer. Det er i disse tilfellene en betaling kan anses som ordinær og dermed som uomstøtelig etter dekl. § 5-5.

Tendensen er også at det må være overveiende mange forhold som taler for at en betaling skal anses som ordinær for at den skal unntas fra omstøtelse. En mulig hypotese er at dersom en betaling rammes av flere av alternativene, ved for eksempel at en betaling som vesentlig forringer skyldnerens betalingsevne og er foretatt før normal betalingstid, vil det være enda sterkere grunn til å anse betalingen som ekstraordinær. Presumpsjonen for illojalitet kan her hevdes å være ekstra sterk. Reelle hensyn vil da tale imot å anse en slik betaling som ordinær.

Rettstilstanden i Norge sammenlignet med de andre nordiske landene er også belyst i fremstillingen. Det kan på denne bakgrunn hevdes at det ikke er noen store forskjeller i forhold til praktiseringen av reglene i de ulike landene. Men noen forskjeller finnes imidlertid. Dette gjelder særlig grensedragningen i forhold til hva som anses som en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne. Videre kan det påpekes at svensk rett går nokså langt i å avskjære ordinær reservasjonens betydning i forhold til betaling med usedvanlig betalingsmidler.

Sett i lys av det fellesnordiske lovsamarbeid og de rettskulturelle likheter innenfor det aktuelle rettsområdet kan det legges til grunn at man må kunne se hen til og legge en viss vekt på hvordan de tilsvarende reglene tolkes etter svensk og dansk rett. Dette gjelder særlig når de norske kildene ikke gir en klar løsning.

## 5. Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry (2009) ”Konkurs” 3. utg.
- Huser, Kristian (1992) ”Gjeldsforhandling & konkurs” – bind 3 Omstøtelse
- Johansen, Johnny (1996) Lov og rett 1996 s. 233 flg. ”Innføring av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse”
- Lennander, Gertrud (2004) ”Återvinning i konkurs” Tredje, omarbejtede opplagan
- NOU 1972:20 NOU 1972:20. Gjeldsforhandling og konkurs
- Ot.prp. nr. 26 (1998-99) Ot.prp. nr. 26 (1998-99) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen mv
- Petersen, Lars Lindencrone og Anders Ørgaard (2005) ”Konkursloven med kommentarer” 10. Utg.
- Walin, Gösta (1987) ”Materiell konkursrätt” Andre opplagan
- Ørgaard, Anders (2006) ”Konkursret” 9. utg.