

Omstøtelse etter dekningsloven § 5-5

Særlig om hva som ligger i at skyldneren må ha foretatt en «betaling av gjeld» og «ordinær»-reservasjonen

Kandidatnummer: 224

Antall ord: 13 453



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.5.2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Avhandlingens tema og problemstilling	3
1.2 Nordisk samarbeid.....	4
1.3 Avgrensninger og presisering av tema	5
1.4 Videre fremstilling	6
2 Generelt om omstøtelse etter dekningsloven kapittel 5	7
2.1 Innledning.....	7
2.2 Skillet mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler.....	7
2.3 Dekningsloven § 5-5	9
2.3.1 Innledning.....	9
2.3.2 Alternative vilkår.....	9
2.3.3 Tidsbegrensningen	11
2.3.4 Ordinær-reservasjonen	11
3 Forholdet mellom § 5-5 og øvrige omstøtelsesregler.....	14
3.1 Innledning.....	14
3.2 Dekningsloven § 5-6	14
3.2.1 Introduksjon til motregningsbestemmelsen	14
3.2.2 Grensedragningen mellom § 5-5 og § 5-6.....	15
3.3 Dekningsloven § 5-7	17
3.3.1 Introduksjon til bestemmelsen	17
3.3.2 Grensedragningen mellom § 5-5 og § 5-7.....	18
3.4 Dekningsloven § 5-9	18
3.4.1 Introduksjon til den subjektive omstøtelsesregelen	18
3.4.2 Forholdet mellom § 5-5 og § 5-9	19
4 Hva innebærer en «betaling av gjeld»?	22
4.1 Begrepet “betaling”	22
4.1.1 Innledning.....	22
4.1.2 Betalingsmiddelet.....	22
4.1.3 Betalingsmåten	23
4.1.4 Realiteten er avgjørende.....	25

4.2	Begrepet “gjeld”	28
4.2.1	Innledning.....	28
4.2.2	Tidsbegrensningen	29
4.2.3	Foreldet eller ikke foreldet gjeld?	29
4.2.4	Hvem må være skyldner for den betalte forpliktelsen?.....	31
4.2.5	Hva anses som “gjeld”?.....	31
4.3	Hvem må betale gjelden?	32
4.3.1	Innledning.....	32
4.3.2	Centrum-dommen (Rt. 2012 s. 468).....	32
4.3.3	Kan Centrum-dommen vektlegges?	34
4.3.4	Andre tilfeller av tredjemannsbetalinger.....	38
4.4	Ordinære gjeldsbetalinger	38
4.4.1	Innledning.....	38
4.4.2	Kravet om primær dekningshensikt	39
4.4.3	Skillet mellom ekstraordinær betaling og ordinært salg	41
4.4.4	Skillet mellom ekstraordinær betaling og misligholdsoppgjør	42
4.4.5	Skillet mellom ekstraordinær betaling og refinansieringsordninger	43
4.4.6	Når disposisjonen ikke forrykker deknningen mellom kreditorene	45
5	Litteraturliste	47
5.1	Lover	47
5.2	Forarbeider	47
5.3	Rettspraksis	48
5.3.1	Høyesterett	48
5.3.2	Lagmannsretten	48
5.4	Bøker og artikler.....	49
5.5	Henvisninger til internett.....	50

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

I denne avhandlingen skal det foretas en gjennomgang av hva som kreves for at en disposisjon skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5 første ledd. Fokuset for avhandlingen er særlig hva som ligger i vilkåret «(b)etaling av gjeld» og «ordinær»-reservasjonen.

En *konkurs* innebærer en fellesforfølgning og et generalbeslag i skyldnerens formue, ved at kreditorfellesskapet får dekning i skyldnerens formue som fordeles etter konkursrettslige regler.¹ Reglene i den materielle konkursretten omhandler grovt sett reglene om (i) hvilke verdier konkursboet har rett til å ta dekning i, og (ii) hvordan verdiene skal fordeles innbyrdes mellom kreditorene.

Det er et alminnelig formuerettslig prinsipp at ingen kan overføre større rettigheter enn man selv har. Prinsippet kommer blant annet til uttrykk i dekningsloven § 2-2 som fastsetter at fordringshaverne har rett til dekning i ethvert formuesgode som «*tilhører* skyldneren» på beslagstiden (min markering). Forutsetningen etter dekningsloven § 2-2 er at disposisjonen som har overført formuesgodet til skyldneren, er gyldig. Bestemmelsen danner utgangspunktet for reglene om hvilke verdier konkursboet har rett til å ta dekning i; også kalt *beslagsretten*.

Hovedregelen om kreditorenes beslagsrett gjelder imidlertid ikke unntaksfritt, og vi har særlig to sett med tilleggsregler som gir grunnlag for *kreditorekstinksjon*. Med kreditorekstinksjon menes tilfellene der kreditorene kan gjøre beslag i formuesgoder som tilhører andre enn skyldneren selv og derved ekstingverer andre rettighetshaveres rettigheter. For at en disposisjon skal kunne stå seg mot kreditorekstinksjon kreves det at disposisjonen (i) har rettsvern og (ii) er uomstøtelig.

Med *omstøtelse* menes en omgjøring av en rettslig disposisjon. I forbindelse med en konkurs er omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 en særlig gruppe regler om tilsidesettelse av disposisjoner foretatt før boåpningen som enten har *forninget skyldnerens formuesstilling* eller

¹ Andenæs (2009), s. 10

*forfordelt fordringshaverne.*² Det skilles mellom henholdsvis subjektive og objektive omstøtelsesregler. Som det skal gjennomgås nedenfor søker de objektive omstøtelsesreglene å rette seg mot de presumptivt illojale og kreditorskadelige disposisjonene skyldneren har foretatt før konkursåpningen.

En av de mest praktiske og hyppigst brukte objektive omstøtelsesbestemmelsene i dekningsloven finner vi i § 5-5 om «(e)kstraordinær betaling». Den videreførte regelen i konkursloven (1863) § 44 første ledd bokstav a med visse endringer.³ Ved at regelen i stor grad er en videreføring av tidligere rett, vil rettspraksis knyttet til bestemmelsens forgjenger fremdeles (kunne) være relevant. Dekningsloven § 5-5 første ledd lyder:

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

Hovedtemaet i denne avhandlingen er når omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 første ledd kan skje.

1.2 Nordisk samarbeid

Dekningsloven er blitt til gjennom et nordisk lovgivningssamarbeid.⁴ Det er av den grunn betydelige likheter i de nordiske omstøtelsesreglene, som medfører at danske og svenske rettskilder kan være relevante ved tolkningen av bestemmelser i dekningsloven.⁵ Både Sverige og Danmark har omstøtelsesregler med tilnærmet likt innhold og utforming som dekningsloven § 5-5 første ledd.

I den svenske konkurslag (1987:672) 4 kap. § 10 heter det at «(b)etalning av en skuld» som har blitt foretatt med «annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning» kan omstøtes, forutsatt at den «inte

² Andenæs (2009), s. 285

³ Norsk Lovkommentar på Rettsdata, Note (164) til Dekningsloven § 5-5, ved Håvard Wiker (sist hovedrevidert 13.06.2017)

⁴ NOU 1972:20 s. 2-3

⁵ Se f.eks. Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 35) og HR-2017-370-A (avsnitt 93 flg.)

med hänsyn til omständigheterna ändå kan anses som ordinär», jf. første stykket første setning.

I den danske Konkursloven § 67 stadfestes det at «(b)etaling af gæld» kan omstøtes dersom betalingen «er sket med usædvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne» forutsatt at betalingen «ikke under hensyn til omständighederne fremtrådte som ordinær», jf. stk. 1.

Til tross for liknende oppbygning og innhold i de forannevnte omstøtelsesreglene, kan disse ikke anses som identiske. Det er visse forskjeller i ordlyden og forarbeidene til bestemmelsene, som har medført at praksisen i de respektive landene ikke nødvendigvis er sammenfallende. Konsekvensen av variasjonene er at man ikke ukritisk kan legge vesentlig vekt på de nordiske kildene i ethvert tolknings spørsmål. Likevel kan det være både illustrerende og fordelaktig å se hen til hvordan man har løst et tilsvarende rettsspørsmål i dansk og svensk rett. Spesielt gjelder dette i tilfeller der de norske rettskildene ikke gir et entydig svar.

Av hensyn til avhandlingens tema og rammer, vil det ikke foretas en videre analyse av de tilsvarende bestemmelsene til dekningsloven § 5-5 etter svensk og dansk rett. I den videre fremstillingen vil jeg isteden integrere bruk av de nordiske kildene der det skulle falle naturlig.

1.3 Avgrensninger og presisering av tema

Vilkåret om at disposisjonen må innebære en «(b)etaling av gjeld» kan anses som selve inngangsporten til eventuell omstøtelse etter dekningsloven § 5-5, der kravene som må overholdes kan kartlegges relativt konkret. «(O)rdinær»-reservasjonen vil på sin side igangsette en utsilingsprosess, der disposisjoner som i utgangspunktet faller innenfor virkeområdet til paragrafen likevel kan anses uomstøtelige etter en nærmere vurdering.

Hva som blir naturlig å vurdere under «ordinær»-reservasjonen, vil derfor avhenge av de konkrete omstendigheter. Følgelig vil reservasjonen kunne aktualisere mange spørsmål. Denne oppgaven tar ikke sikte på å behandle grundig ethvert spørsmål som kan være aktuelt, men begrenses til de vurderingene som det er naturlig å nevne i sammenheng med at disposisjonen må innebære en «(b)etaling av gjeld».

Oppgaven avgrenses videre til å behandle omstøtelsesgrunnlaget dekningsloven § 5-5 gir i forbindelse med en konkurs. Dekningsloven kapittel 5 inneholder reglene om omstøtelse som gjelder ved «forhandling om tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo», jf. dekningsloven § 5-1. Fremstillingen begrenser seg i det følgende til konkurssituasjonen, men det som sies vil også ha gyldighet for andre former for fellesforfølgning som nevnt i § 5-1.

Det er først og fremst § 5-5 første ledd som vil være gjenstand for behandling. Det avgrenses derfor mot en inngående analyse av annet og tredje ledd.

1.4 Videre fremstilling

Jeg starter avhandlingen med en introduksjon til omstøtelsesreglene, herunder særlig dekningsloven § 5-5, i punkt 2. Deretter vil jeg i punkt 3 kartlegge virkeområdet til dekningsloven § 5-5 i forhold til andre omstøtelsesbestemmelser i dekningsloven.

I punkt 4 behandler jeg avhandlingens problemstilling, og skal forsøke å avklare hva som egentlig ligger i at skyldneren må foreta en «betaling av gjeld» og at denne ikke kan være «ordinær» for å muliggjøre omstøtelse etter dekningsloven § 5-5.

2 Generelt om omstøtelse etter dekningsloven kapittel 5

2.1 Innledning

Dekningsloven kapittel 5 inneholder de viktigste omstøtelsesreglene som får anvendelse blant annet ved konkurs.⁶ Omstøtelsesreglene supplerer rettsverns- og ugyldighetsreglene, og får følgelig kun selvstendig betydning når den omstridte disposisjonen er både gyldig og har rettsvern. Hovedformålet til omstøtelsesreglene er å omgjøre kreditorsskadelige disposisjoner som skyldneren har foretatt og forhindre at boet tømmes for verdier forut for konkursåpningen.⁷

Omstøtelsesreglene søker å ha både en reparerende og en preventiv funksjon.⁸ For det første har reglene en reparerende funksjon ved at virkningen til en omstøtelse er en tilbakeføring av verdier til boet.⁹ Omstøtelsesreglene fungerer dessuten preventivt ved at omstøtelige disposisjoner ofte ikke blir foretatt fordi partene regner med at disse kan bli omstøtt, m.a.o. fungerer reglene preventivt «gjennom selve sin eksistens».¹⁰

Videre kan omstøtelsesreglenes reparerende og preventive funksjon sees i sammenheng med straffeloven kapittel 31 om kreditorvern.¹¹ Kapittel 31 innebærer en revisjon av tilsvarende kapittel 27 om «Forbrydelser i Gjeldsforhold m.m.» i straffeloven 1902. Følgelig har man i lang tid ikke ansett det tilstrekkelig med omstøtelsesregler for å oppfylle sitt formål og verne om kreditorene. Det er et behov for en straffesanksjonering i visse situasjoner også. Det avgrenses mot videre behandling om dette.

2.2 Skillet mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler

⁶ Jf. dekl. § 5-1, jf. over i punkt 1.3

⁷ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157

⁸ Huser (1992), s. 49

⁹ Jf. rettsvirkningene angitt i dekl. §§ 5-11 og 5-12

¹⁰ Andenæs (2009), s. 286

¹¹ NOU 1999:23 s. 13

Det skilles tradisjonelt mellom subjektive og objektive omstøtelsesregler. Dette følger ikke av loven eksplisitt, men kommer frem gjennom den enkelte regelens innhold og utforming. Hvorvidt det blir foretatt en subjektiv eller objektiv omstøtelse vil ha betydning for hvilken rettsvirkning omstøtelsen får. Ved objektiv omstøtelse må den annen parts berikelse tilbakeføres, mens ved subjektiv omstøtelse er det konkursboets tap som skal erstattes.¹²

De objektive omstøtelsesreglene karakteriseres ved at de ikke krever skyld hos den annen part disposisjonen er gjort til fordel for. Konkursboet trenger heller ikke å føre bevis for om skyldneren var insolvent da disposisjonen var foretatt, eller om og hvor stort tap kreditorfellesskapet ble påført ved disposisjonen. Ved at det ikke oppstilles slike krav, er de objektive omstøtelsesreglene retts teknisk enkle for konkursboet å anvende når konkurs er åpnet. Disposisjoner som rammes av de objektive omstøtelsesreglene vil ha blitt foretatt på et tidspunkt der skyldneren formodes å ha vært insolvent, og har et innhold som gir en presumsjon om illojalitet overfor skyldnerens øvrige fordringshavere.¹³

I tillegg til de objektive omstøtelsesreglene har vi en spesiell subjektiv erstatningsregel i dekningsloven § 5-9.¹⁴ Bestemmelsen fastsetter «(o)omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro».¹⁵ Det sier seg selv at det er vanskeligere for konkursboet å bevise at en bestemt tredjeperson har utvist skyld sammenliknet med de firkantede vilkårene som følger av de objektive omstøtelsesreglene. Omstøtelsesadgangen etter § 5-9 blir dessuten vanskeliggjort som følge av at det kreves at «skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket» ved disposisjonen, kreditorfellesskapet ble påført et tap ved disposisjonen, og disposisjonen var «utilbørlig».

Den subjektive omstøtelsesregelen kan sees som en generalklausul – «en siste utvei» - som påberopes i tilfellene der de objektive omstøtelsesreglene ikke fører frem. Dette fordi regelen inneholder sterkt skjønsmessige vilkår og har et bredt virkeområde. Regelen i § 5-9 kan imidlertid ikke sees som subsidiær etter de objektive. På grunn av den mer gjennomgripende rettsvirkningen av subjektiv omstøtelse kan det være fordelaktig for boet å påberope seg den subjektive regelen også dersom en objektiv regel er anvendelig.¹⁶

¹² Se dekl. §§ 5-11 og 5-12

¹³ Andenæs (2009), s. 288

¹⁴ Se også dekl. § 5-6 første ledd annet punktum og § 5-6 annet ledd første punktum annet alternativ. Disse subjektive omstøtelsesreglene vil ikke bli behandlet i det følgende.

¹⁵ Jf. paragrafoverskriften til dekl. § 5-9

¹⁶ NOU 1972:20 s. 297

Dekningsloven § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel og følgelig ikke betinget av skyld hos den annen part som gjeldsbetalingen ble gjort til fordel for. Det oppstilles heller ikke et vilkår om tap på konkursboets side for at § 5-5 kommer til anvendelse.¹⁷ Dette kan begrunnes i ønsket om retts tekniske enkle regler og prosessøkonomiske hensyn.¹⁸

2.3 Dekningsloven § 5-5

2.3.1 Innledning

Etter paragrafoverskriften til dekningsloven § 5-5 regulerer ikke bestemmelsen omstøtelse av enhver gjeldsbetaling som skyldneren har foretatt, kun disposisjoner som innebærer en «(e)kstraordinær betaling». Dette kommer også til uttrykk gjennom «ordinær»-reservasjonen i bestemmelsen.

Selv når skyldneren foretar en ekstraordinær betaling av gjeld til en av sine fordringshavere, skjer det ingen egentlig endring i forholdet mellom skyldnerens aktiva og passiva. I utgangspunktet kan det tilsi at slike disposisjoner ikke burde omstøtes i det hele tatt. Det omstøtelsesverdige ved slike disposisjoner er imidlertid at skyldneren vilkårlig kan favorisere én fordringshaver på bekostning av de øvrige. Skyldneren kan for eksempel nedbetale en hel gjeldspost til én fordringshaver før konkursåpningen med den følge at ingen av de andre fordringshaverne får dekket sine krav. Dette kan medføre et sterkt avvik fra likebehandlingsprinsippet i konkursretten, ved at skyldneren kan nedbetale sin gjeld i en rekkefølge som ikke følger av lovens system. Lennander skriver at «(u)tgångspunkten är, att ingen utan vidare skall gottgöras framför de andre, utan att fördelningen skall ske enligt de konkursrättsliga reglerna».¹⁹ Formålet med omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-5 er å motvirke en slik forfordeling av kreditorene.²⁰

2.3.2 Alternative vilkår

For at en gjeldsbetaling skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5, kreves det enten at (i) «betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler», (ii) «betalingen er foretatt (..) før

¹⁷ Se Rt. 2008 s. 1170 (avsnitt 50) der Høyesterett avviste Rema 1000 sin anførsel om at konkursboet ikke hadde lidt noe tap

¹⁸ Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 153

¹⁹ Lennander (1994), s. 191

²⁰ Se Rt. 1974 s. 631 (på side 636) om dagjeldende kkl. (1863) § 44

normal betalingstid» eller (iii) «betalingen er foretatt (..) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne». I det følgende vil det bli foretatt en kort introduksjon til de tre alternative vilkårene til bestemmelsen.

(i) «betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler» (datio in solutum)

Utgangspunktet for hva som utgjør et «usedvanlig betalingsmid(del)» vil være hva partene har avtalt. I Rt. 1989 s. 1209 var det et spørsmål for Høyesterett om tiltransportering av kundefordringer kunne regnes som et usedvanlig betalingsmiddel som dermed kunne omstøtes etter dagjeldende kkl. (1863) § 44a. Høyesterett uttalte at oppgjørsmåten var «en nødvendig og naturlig konsekvens av den ordning som var etablert», slik at det «ikke (var) noe irregulært i avregningen», jf. side 1215. I tilfelle der partene har avtalt bruk av et bestemt betalingsmiddel, er man utenfor de tilfellene som det første alternativet i dekningsloven § 5-5 tar sikte på å ramme. I slike situasjoner foreligger ingen presumsjon for illojalitet knyttet til betalingsmiddelet, ettersom skyldneren oppfyller med det som i rettsforholdet er et lovlig betalingsmiddel – noe han også ville gjort dersom økonomien hans var god.

Foruten avtalen mellom partene, vil det ha betydning hvorvidt middelet isolert sett er uvanlig. For eksempel vil penger aldri kunne anses som et usedvanlig betalingsmiddel uavhengig av hva forpliktelsen egentlig gjelder.²¹

(ii) «betalingen er foretatt (..) før normal betalingstid»

Det andre alternative vilkåret bestemmelsen oppstiller, er gjeldsbetaling som er foretatt «før normal betalingstid». Isolert sett synes det dermed å være avgjørende hvorvidt betalingen er foretatt før ordinært forfall eller ikke. I forarbeidene blir det presisert at med «normal betalingstid» menes «det tidspunkt da gjelden må antas å ha villet blitt betalt dersom skyldneren ikke var blitt insolvent».²² Følgelig vil det åpnes opp for omstøtelse også i andre tilfeller enn der skyldneren har foretatt en betaling før ordinært forfall, f.eks. der skyldneren betaler ned på gjelden på grunn av prematurt forfall som følge av mislighold.²³

²¹ Andenæs (2009), s. 318

²² NOU 1972:20 s. 291

²³ Norsk Lovkommentar på Rettsdata, Note (169) til Dekningsloven § 5-5, ved Håvard Wiker (sist hovedrevidert 13.06.2017)

(iii) «betalingen er foretatt (..) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne»

Betaling «med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne» tilsier at det skal foretas en objektiv vurdering av om skyldneren har betalt et for stort beløp til at betalingen kan være uomstøtelig. Det er også slik det alternative vilkåret må forstås. I forarbeidene blir det uttalt at vurderingen tar utgangspunkt i «beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet».²⁴

2.3.3 Tidsbegrensningen

Dekningsloven § 5-5 er bygget opp etter det samme mønster som de øvrige objektive omstøtelsesfristene i dekningsloven kapittel 5, nemlig med ulike omstøtelsesfrister tilknyttet visse persongrupper.²⁵

Hovedregelen er at ekstraordinær betaling som er foretatt «senere enn tre måneder før frisdagen» kan omstøtes forutsatt at øvrige vilkår er oppfylt, jf. dekl. § 5-5 første ledd. Er det derimot tale om ekstraordinær betaling til «skyldnerens nærstående», kan omstøtelse skje for betalinger foretatt senere enn to år før frisdagen dersom det ikke kan bevises at skyldneren var utvilsomt solvent på betalingstidspunktet, jf. annet ledd. I motsetning til første ledd der bevisbyrden for oppfyllelsen av vilkårene er tillagt konkursboet, påhviler bevisbyrden for slik utvilsom solvens den begunstigede.²⁶

For ekstraordinær betaling til «skyldnerens ektefelle, ugifte samboende eller forlovede» er det ikke et vilkår at skyldneren må ha vært utvilsomt solvent på betalingstidspunktet for at betaling foretatt senere enn to år før frisdagen kan omstøtes, jf. tredje ledd. Det er dermed tale om en ren objektiv utvidet omstøtelsesfrist sammenliknet med annet ledd.

2.3.4 Ordinær-reservasjonen

Uavhengig av hvilken av de tre alternative omstøtelsesgrunner som er aktuell, kan betalingen bare omstøtes dersom den «etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som *ordinær*» (min

²⁴ NOU 1972:20 s. 291. For nærmere behandling, se bl.a. Andenæs (2009) s. 323 flg., Nazarian (2012) s. 184 flg., Huser (1992) s. 301 flg.

²⁵ Huser (1992), s. 220

²⁶ Andenæs (2009), s. 329

markering). Reservasjonen medfører at betalinger som i utgangspunktet rammes av lovens ordlyd likevel anses som uomstøtelige.²⁷ Det betyr at skyldneren før en konkursåpning lovlig kan foreta gjeldsbetalinger som i utgangspunktet er omfattet av ett av de alternative vilkårene, uten at disse omstøtes. Noe annet ville vanskeliggjort - om ikke umuliggjort - forsøk på en opprettholdelse av debitors vanlige drift. Reservasjonen kan følgelig begrunnes i alminnelige omsetningsinteresser.²⁸

Hva som kan regnes som en «ordinær» betaling, blir bare utdypet i forarbeidene i relasjon til det enkelte alternative omstøtelsesvilkåret.²⁹ Den enkelte grensedragningen mellom «ordinær» og «ekstraordinær» betaling er imidlertid ikke klar. Kristian Huser legger til grunn at «(h)vorvidt betalingen fremtrådte som «ordinær» må også her avgjøres etter en konkret og individuell helhetsvurdering av «forholdene»». ³⁰ Dette synes i utgangspunktet å være en plausibel forståelse av vilkåret, da man på denne måten vil kunne sile ut gjeldsbetalingene som lovgiver ikke har ment å ramme. Imidlertid vil man i så fall i større grad åpne opp for skjønn i rettsanvendelsen, sammenliknet med tilfellet der grensedragningen er fastlagt på forhånd. I forlengelsen av dette vil omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-5 få et mer subjektivt enn objektivt preg.

I HR-2017-370-A var spørsmålet om betalinger fra et selskap til styreleder og daglig leder og hans ektefelle, kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5. For Høyesterett reiste saken særlig spørsmål om de påstått omstøtelige betalingene fremtrådte som ordinære. Førstvoterende viser til det ovennevnte sitatet til Huser, før han uttaler:

*«Jeg er enig i dette utgangspunktet, men peker samtidig på at retts tekniske hensyn også kommer inn med tyngde ved lovtolkningen. Lovgivers formål med bestemmelsen var (...) å lette bobehandlingen, og da bør også bestemmelsen være noenlunde klar og enkel å praktisere, jf. Huser side 304. Rettsanvendelsen bør følgelig knyttes til relativt faste momenter.»*³¹

²⁷ NOU 1972:20 s. 291

²⁸ Rt. 1997 s. 1623 (på side 1627)

²⁹ Se f.eks. NOU 1972:20 s. 292 i relasjon til «(...) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne»

³⁰ Huser (1992), s. 328

³¹ Jf. avsnitt 60

Hvilke «faste momenter» det her blir tale om er avhengig av hvilken av de tre omstøtelsesgrunnene man søker å omstøte etter.³² Det er tale om en rettslig standard som vil forandre innhold i takt med tiden og samfunnsutviklingen.

³² Se f.eks. HR-2017-370-A (avsnitt 61) som viser til Andenæs (2009), s. 328 om momenter ved alternativet «betydelig (..) forring(else)»

3 Forholdet mellom § 5-5 og øvrige omstøtelsesregler

3.1 Innledning

Det er ikke bare omstøtelse av ekstraordinær betaling som reguleres i dekningsloven kapittel 5. Loven oppstiller også andre omstøtelsesgrunnlag som konkursboet kan ta i bruk, forutsatt at de øvrige vilkårene er oppfylt.

Hvorvidt de ulike reglene kan fungere som alternative omstøtelsesgrunnlag eller om de er gjensidig utelukkende vil avhenge av hvilke bestemmelser det er tale om. Imidlertid er nok utgangspunktet at de objektive omstøtelsesreglene har egne virkeområder som ikke overlapper. I det følgende vil jeg gjennomgå forholdet mellom § 5-5 og tre andre viktige omstøtelsesregler i denne sammenheng.

3.2 Dekningsloven § 5-6

3.2.1 Introduksjon til motregningsbestemmelsen

Med «*motregning*» menes «et krav avregnes i en forpliktelse, slik at kravet og forpliktelsen faller bort så langt de beløpsmessig dekker hverandre».³³ Motregningsrett utenfor konkurs kan følge av lov, avtale eller de alminnelige ulovfestede motregningsreglene. I det følgende forutsettes det at motregningsgrunnlaget er til stede.³⁴ Det følger av dekningsloven § 5-6 første ledd første punktum at:

«Motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes i den utstrekning motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring»

Denne objektive omstøtelsesregelen fastslår at boet kan kreve omstøtt den motregningen en tredjeperson har foretatt ovenfor skyldneren, så lenge motregningen ble foretatt *før*

³³ Sæbø (2003), s. 14

³⁴ Om ikke kan konkursboet bestride motregningen uavhengig av omstøtelsesreglene, jf. Sæbø (2003), s. 521

konkursåpningen og skyldnerens hovedkrav oppstod før tredjemanns motkrav. Dersom motregningen blir foretatt *etter* konkursåpningen, må konkursboet benytte seg av reglene i dekl. §§ 8-1 flg. I tilfellet motregningen tillates på tidspunktet etter konkursåpningen etter §§ 8-1 flg., skal motregningen også tillates på tidspunktet før konkursåpningen etter § 5-6.³⁵ Formålet med § 5-6 har vært å omstøte de tilfellene av motregning foretatt før konkursåpningen som den annen part ikke ville hatt rett til å foreta etter at konkurs er åpnet.

3.2.2 Grensedragningen mellom § 5-5 og § 5-6

På visse nærmere angitte vilkår, kan konkursboet kreve en motregning omstøtt uten tidsbegrensning etter § 5-6.³⁶ Selv der en gjeldsbetaling er foretatt av nærstående, kan en disposisjon ikke omstøtes etter § 5-5 dersom den er foretatt tidligere enn «to år før fristdagen», jf. annet og tredje ledd. Dekningsloven § 5-5 oppstiller imidlertid en ren objektiv utvidet omstøtelsesfrist for enkelte persongrupper der det påvises spesielle subjektive forhold, uten en liknende parallell i § 5-6. Det vil derfor ha stor betydning for konkursboet hvorvidt en disposisjon kan kreves omstøtt av én eller begge omstøtelsesreglene.

Grensedragningen mellom de to bestemmelsene er viktig, ikke bare av hensyn til de ulike omstøtelsesfristene, men også på grunn av variasjonen i vilkår. Etter § 5-5 kreves det som nevnt at det er foretatt en «betaling av gjeld» enten med (i) usedvanlige betalingsmidler, (ii) før normal betalingstid eller (iii) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, og betalingen kan ikke fremstå som «ordinær». For omstøtelse etter § 5-6 er det tilstrekkelig at det har skjedd en «motregning» av den annen part.³⁷

Når man motregner ovenfor en annen innebærer dette at man gjør opp for sin gjeld så langt kravene dekker hverandre. Det er altså tale om en oppgjørsmåte på lik linje med betaling, med økonomisk de samme virkninger som der partene hadde nedbetalt (deler av) sine krav. Det følger av den grunn både av teorien og rettspraksis at motregning etter forholdene kan omstøtes som en «(b)etaling» etter § 5-5.³⁸ Dette kommer av at dekningsloven § 5-6 ikke

³⁵ Sæbø (2003), s. 250 og NOU 1972:20 s. 292

³⁶ Se imidlertid boets aktivitetsplikt etter dekl. § 5-15

³⁷ Sæbø (2003), s. 524

³⁸ Se bl.a. Rt. 2008 s. 1170, Rt. 2012 s. 468 og NOU 1972:20 s. 292

dekker det totale omstøtelsesbehovet for motregning som er foretatt i tiden før en konkursåpning.³⁹

Dekningsloven § 5-6 fastslår som nevnt at boet kan kreve omstøtt den motregningen en *tredjeperson* har foretatt ovenfor skyldneren. At det er tredjeperson som må foreta motregningen utledes av den naturlige språklige forståelsen av «(m)otregning med en fordring på skyldneren». I den juridiske teorien er det gjennomgående denne situasjonen som blir beskrevet.⁴⁰ Et annet poeng er at omstøtelsesregelen i § 5-6 første ledd bare er en videre utbygning av § 8-2 første ledd som er begrenset til den annen parts motregning.⁴¹ Det tilsier at der det er *den senere konkursskyldneren* som motregner på en slik måte som beskrevet i § 5-6 første ledd, kan man ikke omstøte etter bestemmelsen. Bestemmelsen dekker altså tilfeller av motregning foretatt av *den annen part* som ikke kunne skjedd i konkurs etter dekl. § 8-1 flg., verken mer eller mindre.

At man i tilfellet der det er *konkursskyldneren* som motregner trolig ikke kan omstøte etter § 5-6 første ledd, gjør ikke motregningen mindre omstøtelsesverdig. For konkursboet vil konsekvensene av en motregning være den samme uavhengig av om det var skyldneren eller den annen part som erklærte motregningen. Omgåelsesmulighetene blir store dersom man ikke har en objektiv omstøtelsesregel i dekningsloven som kan fange opp disse situasjonene. Følgelig er det åpenbart et behov for konkursboet å ha et grunnlag som kan omstøte skyldnerens motregning i slike tilfeller. Spørsmålet blir så om denne situasjonen kan subsumeres under dekningsloven § 5-5.

Ordlyden i § 5-5 stenger ikke for at man skal kunne omstøte motregning foretatt av konkursskyldneren selv i medhold av bestemmelsen. Etersom Høyesterett har godtatt motregning som «(b)etaling av gjeld» tidligere, burde man etter min mening også la bestemmelsen favne om denne motregningssituasjonen.⁴² Da vil § 5-5 komme til unnsetning der senere konkursskyldner motregner på en slik måte som ville ha blitt omstøtt etter § 5-6 første ledd dersom den annen part hadde foretatt motregningen. En slik løsning vil medføre at

³⁹ Se videre i punkt 4.1.5

⁴⁰ Se f.eks. Andenæs (2009), s. 330 flg., Aasebø m.fl. (2015), s. 230 (om at «(m)otregning anses foretatt når motregningskæringen er kommet frem til skyldneren»)

⁴¹ NOU 1972:20 s. 293

⁴² Se dommene nevnt i fotnote nr. 38, samt den videre gjennomgangen i punkt 4.1.5

disposisjonen kan omstøtes uavhengig av hvorvidt konkursskyldneren eller den annen part foretok motregningen. De lege lata er dette imidlertid usikkert.

Hva gjelder omstøtelse av (i) avtaler om motregning og (ii) motregning som i realiteten innebærer en «(b)etaling av gjeld», vil dette bli behandlet nærmere i punkt 4.1.5.

3.3 Dekningsloven § 5-7

3.3.1 Introduksjon til bestemmelsen

I dekningsloven § 5-7 hjemles en rett for konkursboet å kreve sikkerhetsstillelse for eldre gjeld objektivt omstøtt på nærmere vilkår. Det er fastslått at:

«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»⁴³

Regelen i litra a begrunnes i at det i disse situasjonene ikke tilføres ny kreditt til skyldneren ved sikkerhetsstillelsen, slik at disposisjonen i realiteten innebærer en begunstigelse av én kreditor på bekostning av de øvrige.⁴⁴ Er sikkerhetsstillelsen foretatt i kort tid før konkursåpningen, er det en sterk presumsjon for at denne er illojal.⁴⁵

Den andre omstøtelsesgrunnen som følger av litra b begrunnes i notoritet- og publisitetshensyn, og er reelt en rettsvernsregel. Uten regelen i litra b hadde det vært enkelt for skyldneren og/eller kredittgiver å tilbakedatere dokumenter og anføre plausible årsaker for at rettsvernet ikke ble bragt i orden tidligere. Det har generelt formodningen mot seg at en profesjonell kredittgiver ikke skaffer seg rettsvern samtidig eller i kort tid etter at skyldneren har foretatt en sikkerhetsstillelse som nevnt. Konkursboet trenger ikke føre bevis for at disposisjonen rent faktisk fant sted i løpet av omstøtelsesfristen – dette legges uten videre til

⁴³ Jf. dekl. § 5-7 første ledd

⁴⁴ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169

⁴⁵ Andenæs (2009), s. 335

grunn. Slik skaper § 5-7 et sterkt insentiv for skyldneren og kredittgiveren å etablere tilstrekkelig rettsvern for disposisjonen(e).

3.3.2 Grensedragningen mellom § 5-5 og § 5-7

Sammenlikner man de to bestemmelsene ser man at § 5-7 ikke inneholder en liknende «ordinær»-reservasjon som § 5-5 oppstiller. Dette har viktige konsekvenser for konkursboet. Fraværet av et slikt vilkår medfører at § 5-7 er retsteknisk enklere å anvende og i større grad fører til forutberegnelige utfall for konkursboet. I forlengelsen av dette vil det være enklere for boet å få en disposisjon omstøtt etter § 5-7, forutsatt at man er innenfor regelens anvendelsesområde.⁴⁶

Det er sikker rett at omstøtelsesreglene i §§ 5-5 og 5-7 er gjensidig utelukkende. Det er en naturlig forståelse av reglenes system, da skyldnerens sikkerhetsstillelse for egen gjeld ikke er det samme som å dekke gjelden ved hjelp av en betaling.⁴⁷

Til støtte for dette blir det i § 5-5 fjerde ledd stadfestet at «(s)om betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer». Ved at bestemmelsen selv presiserer en utvidelse av virkeområdet til «(b)etaling av gjeld» taler det for at sikkerhetsstillelse i andre tilfeller enn slike som nevnt i fjerde ledd, ikke vil omfattes av § 5-5. Det er også slik bestemmelsen må forstås, med den følge at § 5-7 innsnevres tilsvarende.⁴⁸ Den nærmere grensedragningen mellom disse to bestemmelsene skal ikke drøftes videre her.⁴⁹

3.4 Dekningsloven § 5-9

3.4.1 Introduksjon til den subjektive omstøtelsesregelen

Den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen i norsk rett følger i dag av dekningsloven § 5-9. Bestemmelsen kom først til uttrykk i loven med dekningsloven av 1984, og er i hovedsak

⁴⁶ Andenæs (2009), s. 335

⁴⁷ Andenæs (2009), s. 314

⁴⁸ Andenæs (2009), s. 314

⁴⁹ For en nærmere gjennomgang, se Andenæs (2009), s. 314 flg. med videre henvisninger

en kodifikasjon av tidligere ulovfestet rett (*Actio Pauliana*).⁵⁰ Første ledd i bestemmelsen lyder slik:

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

Sammenlikner man den subjektive omstøtelsesregelen med de øvrige objektive omstøtelsesreglene ser man at førstnevnte favner vidt og er utpreget skjønnsmessig, som kan gjøre påberopelse bevismessig krevende for konkursboet.

Imidlertid vil man ikke rent sjeldent møte på tilfeller der (i) de rigide vilkårene etter de objektive omstøtelsesreglene ikke er oppfylt, eller (ii) rettsvirkningene etter den subjektive omstøtelsesregelen vil gi boet en større gevinst.⁵¹ Dekningsloven § 5-9 supplerer de øvrige reglene som bare omfatter forholdsvis snevert definerte disposisjoner, og fungerer på mange måter som et «sikkerhetsnett» for konkursboet.⁵² Det må foretas en helhetsvurdering, der kun disposisjoner som fremstår klart «kritikkverdige» skal omstøtes.⁵³

3.4.2 Forholdet mellom § 5-5 og § 5-9

Etter dekningsloven § 5-9 er det «disposisjoner» som kan kreves omstøtt. Denne generelle formuleringen favner om gjeldsbetalinger, med den følge at regelen i § 5-5 suppleres av § 5-9.⁵⁴ Det har blitt vanlig praksis for konkursboet å påberope seg en av reglene som det primære grunnlag og den andre subsidiært når saken ligger slik an at begge grunnlag er prosedable.

I Rt. 1969 s. 624 hadde et bilforhandlerfirma anført at den omstridte disposisjonen kunne omstøtes (foruten kkl. (1863) § 44 a) etter den da ulovfestede subjektive omstøtelsesregelen *Actio Pauliana*.⁵⁵ Høyesterett kom til at den aktuelle disposisjonen ikke kunne omstøtes etter

⁵⁰ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 170

⁵¹ Forskjellen på dekl. §§ 5-11 og 5-12, jf. over

⁵² Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 170

⁵³ Rt. 2001 s. 1136 (s. 1143-1144)

⁵⁴ Huser (1992), s. 217

⁵⁵ Se videre gjennomgang av dommen nedenfor i punkt 4.4.5

kkl. (1863) § 44 a fordi betalingen ikke hadde den primære dekningshensikt som kreves.⁵⁶

Førstvoterende uttaler:

«Dette hovedsynspunkt på anvendelsen av konkurslovens § 44 a er etter min oppfatning også avgjørende for boets krav på erstatning hos Ramm på subjektivt grunnlag.»⁵⁷

På bakgrunn av dette kunne konkursboet heller ikke kreve disposisjonen omstøtt etter Actio Pauliana. Høyesterett så de momentene som ble avgjørende for at gjeldsbetalingen ikke kunne omstøtes etter kkl. (1863) § 44a, også avgjørende for utilbørighetsvurderingen etter den subjektive omstøtelsesregelen.

Motsatt ble resultatet i Rt. 2001 s. 1136. En bank hadde pant i varelager, factoringpant i kundefordringer og pant i aksjer tilhørende et firma. I tremånedersperioden før konkursåpning i firmaet fikk banken nedbetalt gjeld på cirka 5 millioner kroner gjennom flere separate nedbetalinger. Spørsmålet for Høyesterett var om alle eller noen av nedbetalingene kunne omstøtes etter dekningsloven §§ 5-5 og 5-9.

Ved vurderingen av om de enkelte betalingene kunne omstøtes, uttaler førstvoterende følgende:

«(..)Banken har for Høyesterett erkjent at denne betalingen ikke kan anses som ordinær. Jeg er enig i dette og finner at betalingen også må anses utilbørlig i forhold til øvrige kreditorer, og dermed må omstøtes etter § 5-9.»⁵⁸

Dommene gir ikke uttrykk for et generelt standpunkt om at de to respektive vurderingene er sammenfallende, men heller at det akkurat i disse bestemte tilfellene forelå et slikt samsvar. Av hensyn til ønsket om klare regler, skal det i utgangspunktet ved «ordinær»-vurderingen foretas en mindre konkret og skjønnsmessig vurdering enn det foretas ved «utilbørlig»-vurderingen.⁵⁹ Det vil kunne medføre at utfallet av vurderingene ikke nødvendigvis er den samme. Tross dette vil man nok normalt komme frem til at disposisjoner som er «(ekstra)ordinær(e)» etter § 5-5, også regnes som «utilbørlig(e)» etter § 5-9.

⁵⁶ Mer om dette nedenfor i punkt 4.4.2

⁵⁷ På side 629

⁵⁸ På side 1146

⁵⁹ Se den siterte uttalelsen i HR-2017-370-A i punkt 2.3.4 ovenfor

Følgelig viser rettspraksis at bestemmelsene i dekningsloven §§ 5-5 og 5-9 kan påberopes som alternative omstøtelsesgrunnlag på samme situasjon, forutsatt at begge grunnlag er prosedable. Hvilken rekkefølge bestemmelsene påberopes i, vil nødvendigvis avhenge av den konkrete situasjonen og hvilke rettslige følger konkursboet mener gagnar dem best.⁶⁰

⁶⁰ Jf. forskjellen på §§ 5-11 og 5-12

4 Hva innebærer en «betaling av gjeld»?

4.1 Begrepet “betaling”

4.1.1 Innledning

Det ligger i begrepet «(å) betale» at det er tale om en aktiv handling som noen må foreta seg. Etter dekningsloven § 5-5 er det *skyldneren* som må ha foretatt betalingen.⁶¹ Med *skyldner* i denne sammenheng, menes den som har blitt eller vil bli slått konkurs. Hvorvidt skyldneren er en fysisk eller juridisk person, er uten betydning for betalingen.

«Betaling» er en oppfyllelse av en forpliktelse ved hjelp av penger eller liknende betalingsmidler.⁶² En «betaling» vil medføre at betaleren blir helt eller delvis rettslig frigitt fra sine forpliktelser, og det er dermed tale om en oppgjørsmåte. Handlingen man utfører er ment å gjøre opp for noe annet (en allerede eksisterende forpliktelse). Hovedformålet til en betaling kan følgelig sies å være å dekke en bestemt gjeld, enten for seg selv eller for en annen.

En naturlig språklig forståelse av «betaling» innebærer ingen begrensning i hvilken tidsperiode denne skal gjøres innenfor. Man kan av den grunn foreta en betaling både på forskudd og på etterskudd. Hvorvidt man har rett og lov til å foreta en betaling på et bestemt tidspunkt, avhenger av betalingens frigjøringstid. Utgangspunktet er imidlertid at det er en «betaling» uavhengig av når den ble foretatt.

Hva en «betaling» videre innebærer sier ikke seg selv. Dette bestemmes av (i) hva man betaler med og (ii) hvordan man foretar betalingen. Dette kommer blant annet frem i Finansavtaleloven § 38 med paragrafoverskriften «Oppgjørsmåte» der det fremgår at «(b)etaling kan *foretas ved* (..)», jf. (1) (min markering). «(B)etaling» henger aksessorisk sammen med det enkelte betalingsmiddelet og den enkelte betalingsmåten.

4.1.2 Betalingsmiddelet

⁶¹ Se mer om dette nedenfor i punkt 4.3

⁶² Jon Gisle m.fl., Jusleksikon 4 utg. 2010 s. 47

Et «betalingsmiddel» kan defineres som et formuesgode som brukes til betaling.⁶³ Det er vanlig praksis etter både nasjonal og internasjonal rett at betaling kan skje med ulike betalingsmidler. UNIDROIT er en internasjonal organisasjon som er etablert med det formål å arbeide med harmonisering og koordinering av privatrettslige regler i forskjellige stater.⁶⁴ I 2016 kom UNIDROIT med den fjerde utgaven av «Principles of International Commercial Contracts» (heretter: UPICC). UPICC er en «soft law»-kilde, som vil si en kilde som ikke er juridisk bindende, men som kan fungere som «tolkningsmoment, inspirasjon for ny regulering eller bekreftelse av uskrevne normer i nasjonal rett».⁶⁵ I UPICC art. 6.1.7 (1) stadfestes det at:

«Payment may be made in any form used in the ordinary course of business at the place for payment»

En liknende forståelse av hva som kan utgjøre et betalingsmiddel må nok legges til grunn etter nasjonal rett. Foruten fysiske penger kan aktuelle betalingsmidler være aksjer, digital valuta (e.g. bitcoin), edle metaller, fast eiendom, etc. Det må antas at ethvert betalingsmiddel oppfyller vilkåret om «betaling» etter bestemmelsen, sedvanlige som usedvanlige.

Utgangspunktet er hva som er avtalt mellom partene, og dette kan være tilnærmet hva som helst. Dersom det motsatte skulle vært hevdet, hadde det vært overflødig med et alternativt vilkår for omstøtelse at betalingen er foretatt med *usedvanlige* betalingsmidler.

Merk at det ikke alltid er vanntette skott mellom hva som utgjør et betalingsmiddel og hva som regnes som en betalingsmåte. For eksempel kan det være tale om en situasjon der skyldneren skal betale kreditor ved å yte en spesiell tjeneste. Betalingsmiddelet vil i et slikt tilfelle være tjenesteytelsen, der man gjør opp for seg ved å utføre denne – som medfører at betalingsmiddelet og betalingsmåten kan være sammenfallende. Imidlertid kan det her være variasjoner, f.eks. variasjoner i tid og rom ved tjenesteytelsen. Prinsipielt bør det derfor skilles mellom betalingsmiddelet og betalingsmåten.

4.1.3 Betalingsmåten

Som nevnt ovenfor i punkt 4.1.1. kan «betaling» sees som et samlebegrep for ulike måter man kan gjøre opp for sine forpliktelser på. Hvilken betalingsmåte som er aktuell, er naturligvis

⁶³ <https://snl.no/betalingsmiddel>

⁶⁴ Gisle m.fl. (2010), s. 195

⁶⁵ Cordero-Moss (2016), s. 10

avhengig av hva partene har avtalt og situasjonen for øvrig. Dersom det er tale om et bestemt betalingsmiddel som skal benyttes, er det begrenset med måter skyldneren kan betale på. I tilfellet der debitor tilbyr en betaling med en avvikende betalingsmåte, står kreditors eventuelle aksept av denne sentralt. Konsekvensen av en slik aksept er at den endrede betalingsmåten blir lovlig mellom partene.

Normalt vil det være tale om en gjeld som skal gjøres opp ved hjelp av penger. Betalingsmåten i et slikt tilfelle kan være at skyldneren overleverer fysiske penger, eller at skyldneren overfører penger til kreditor digitalt. Selv om dette kan betegnes som «normalsituasjonene», er ikke dekningsloven § 5-5 begrenset til disse.

Som nevnt ovenfor i punkt 3.3.2 følger det nå av loven at «(s)om betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer», jf. § 5-5 fjerde ledd. Betalingsmiddelet her er «enkle fordringer» som man betaler med ved «pantsettelse» eller «overdragelse i sikringsøyemed». Slike disposisjoner vil av den grunn kunne regnes som en «(b)etaling», forutsatt at betalingsmåten er hjemlet i det enkelte tilfellet. Videre har det blitt godtatt som «betaling» blant annet transporterklæringer⁶⁶ og innbetaling på skattetrekkkonto.⁶⁷

I Rt. 2001 s. 1136 var spørsmålet om diverse betalinger fra (senere konkurs-)skyldner til en bank kunne omstøtes.⁶⁸ Banken anførte at en del av de omstridte betalingene kun innebar en ompostering som de ikke oppnådde noen berikelse av, med den konsekvens at omstøtelse måtte være utelukket.⁶⁹ Med *ompostering* menes tilfellet der skyldneren foretar en ombytting av midler med den samme fordringshaveren, f.eks. der skyldneren tar opp lån i bank A til innfrielse av et annet lån i bank A. Til bankens anførsel om ompostering uttalte førstvoterende følgende:

«Når det gjelder de øvrige belastninger, som gjaldt nedbetalinger av ulike lån til banken, har banken gjort gjeldende at det bare dreier seg om en ombytting av gjeldsposter fra ordinær bankgjeld til kassakredittgjeld som ikke kan være omstøtelig

⁶⁶ Rt. 1974 s. 631

⁶⁷ Rt. 1992 s. 1144 og Rt. 1993 s. 289

⁶⁸ Se ovenfor i punkt 3.4.2

⁶⁹ På side 1140

etter dekningsloven. Det foreligger ikke da betaling av gjeld, verken i forhold til dekningsloven § 5-9 eller § 5-5.»⁷⁰

Høyesterett konkluderte med at anførselen ikke kunne føre frem. Ut fra uttalelsen er det likevel klart at ompostering av midler ikke regnes som en «(b)etaling» etter dekningsloven § 5-5. Dette kan forklares ved at rettsvirkningen av omstøtelse etter § 5-5 er som utgangspunkt at betalingsmottakeren «fralegger seg den *berikelse* han har oppnådd», jf. § 5-11 første ledd første punktum (min markering). Hadde f.eks. betalingsmottakeren på betalingstidspunktet tilstrekkelig sikkerhet i skyldnerens eiendeler, medfører gjeldsinnfrielsen reelt bare en ombytting av midler.⁷¹ Betalingsmottakeren har ikke oppnådd en *berikelse*, og det er av den grunn ikke et behov for omstøtelse.

Slik som ved det brukte betalingsmiddel vil nok enhver betalingsmåte i utgangspunktet oppfylle vilkåret om «betaling», forutsatt at det ikke er tale om ompostering.⁷²

4.1.4 Realiteten er avgjørende

Det vil alltid være forsøk på å omgå omstøtelsesreglene på ulike vis. Skyldner og kreditor kan forsøke å kamuflere en egentlig nedbetaling av gjeldspost med alternative disposisjoner. Av den grunn er det klart at dekningsloven § 5-5 kommer til anvendelse uavhengig av om partene har forsøkt å kamuflere betalingen, dersom det i realiteten foreligger en betaling av skyldnerens gjeld.⁷³ Det er de reelle forholdene som skal legges til grunn, ikke de formelle.

I Rt. 2008 s. 1170 ble den annen parts motregning ovenfor skyldneren omstøtt etter § 5-5 første ledd. Saken omhandlet en dagligvarekjede som hadde hevet en franchisekontrakt med et selskap som drev kolonialforretning, for deretter å overta hele varelageret til innkjøpspris og deler av driftsutstyret med påfølgende motregning i selskapets gjeld til kjeden. Det var kontrakten mellom partene som gav dagligvarekjeden retten til å blant annet motregne på denne måten. Høyesterett godtok omstøtelse av motregning foretatt av *den annen part* etter dekningsloven § 5-5, en situasjon som i utgangspunktet skal omstøtes etter § 5-6.⁷⁴ Det kan

⁷⁰ Rt. 2001 s. 1136 på side 1143

⁷¹ Andenæs (2009), s. 316. Se punkt 4.4.6

⁷² Se ovenfor i punkt 4.1.2

⁷³ Andenæs (2009), s. 311

⁷⁴ Se ovenfor i punkt 3.2.2

trekke i retning av at §§ 5-5 og 5-6 til dels er overlappende bestemmelser uten et bestemt skille.

Imidlertid er det en annen måte man også kan lese dommen på. Omstøtelsesverdigheten ved motregning kan enten knytte seg til (i) selve motregningen, eller (ii) en disposisjon som gir en tredjeperson rett til å motregne.⁷⁵ Hvilket omstøtelsesgrunnlag som er aktuelt vil kunne variere med hvilken gruppe disposisjonen befinner seg innenfor.

Faktum i Rt. 2008 s. 1170 kan leses slik at det omstøtelsesverdige ligger i selve avtalen som gav dagligvarekjeden en motregningsrett, kombinert med selve motregningen. Førstvoterende starter med en gjennomgang av avtalens innhold før han uttaler:

«Jeg går så over til å se nærmere på sakens hovedspørsmål, nemlig om lovgivningen gir adgang til at Rema kan operere med en slik sikringsadgang, som de øvrige kreditorer ikke har, eller om transaksjonen må omstøtes.»⁷⁶

Når Høyesterett så går inn på § 5-5 første ledd som det selvfølgelig omstøtelsesgrunnlaget for denne situasjonen, synes man å mene at det er avtaler som gir motregningsrett i kombinasjon med motregningen som kan omstøtes etter bestemmelsen – ikke at det er motregningen alene foretatt av den annen part som naturlig omfattes av § 5-5.

For å omstøte etter dekningsloven § 5-6 kreves det at det er foretatt en «(m)otregning med en fordring på skyldneren (..)», jf. første ledd. Avtaler om motregning synes følgelig ikke å fanges opp av bestemmelsen. Den subjektive omstøtelsesregelen i dekningsloven § 5-9 krever bare at det er tale om en «(d)isposisjon(..)», jf. første ledd. Avtaler om motregning vil derfor i utgangspunktet kunne omstøtes. Spørsmålet er imidlertid om slike avtaler også kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5, fordi disse i realiteten innebærer en «(b)etaling av gjeld».

Sæbø skiller mellom fire forskjellige typer av avtaler om motregning.⁷⁷ Den første typen innebærer avtaler mellom partene om at deres *foreliggende, motstående krav skal anses oppgjort ved motregning*. Den andre typen er avtaler om *automatisk motregning av fremtidige, motstående krav*. Til felles for disse to avtalevariantene er at motregning inntreffer direkte som følge av avtalen. Ved at motregning som en oppgjørsmetode er en direkte

⁷⁵ Sæbø (2003), s. 522

⁷⁶ Jf. avsnitt 42

⁷⁷ Sæbø (2003), s. 227 flg.

konsekvens av slike avtaler, har disse mange likhetstrekk med «betaling av gjeld». Under forutsetningen at man ikke kunne ha motregnet uten avtalen, må nok begge disse avtaletypene kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5.⁷⁸

En tredje variant er avtaler som innebærer at *vilkårene for motregning etter de alminnelige motregningsreglene eller tidligere inngått avtale er oppfylt*.⁷⁹ Man kan gjerne beskrive slike avtaler som «avtale(r) som rent faktisk skaper en motregningssituasjon».⁸⁰ Denne avtaletypen vil også i realiteten innebære en «betaling av gjeld», slik at dekningsloven § 5-5 er et mulig omstøtelsesgrunnlag.

Den siste avtaletypen er avtaler som *direkte går ut på å gi partene en motregningsrett, og det er avtalen som er selve rettsgrunnlaget for denne motregningsretten*, med den konsekvens at motregning kan foretas uavhengig av om de alminnelige vilkårene for motregning er oppfylt.⁸¹ Sæbø gjennomgår rettskildebildet og konkluderer med at «(l)egges det til grunn at dekl. § 5-5 omfatter avtaler som *legger til rette for oppgjør ved motregning*, kan det synes naturlig også å la dekl. § 5-5 regulere omstøtelse av *avtaler som direkte gir B motregningsrett*».⁸² Slik som det er gjennomgått ovenfor vil dekningsloven § 5-5 sannsynligvis omfatte avtaler som tilrettelegger for oppgjør ved motregning. Etter Sæbø sin mening bør man derfor også la bestemmelsen fungere som omstøtelsesgrunnlag for avtaler som direkte gir parten(e) en motregningsrett. Jeg er enig i dette.

I Rt. 2008 s. 1170 fikk dagligvarekjeden nettopp en direkte motregningsrett gjennom avtalen med selskapet som drev kolonialforretningen. Et av de siste og avgjørende argumentene førstvoterende kommer med før konklusjonen i dommen er som følger:

«Ved å benytte seg av franchisekontraktens bestemmelser om kjøpsrett kombinert med en rett til motregning, vil Rema i realiteten oppnå den sikkerhet i varelageret som man ikke ønsket å etablere ved å stifte en tradisjonell panterett»⁸³

Det synes å være avtalen mellom partene i kombinasjon med motregningen som er det omstøtelsesverdige i dommen, ikke motregningen isolert sett. Dekningsloven § 5-5 ble et

⁷⁸ Sæbø (2003), s. 534-535

⁷⁹ Sæbø (2003), s. 228

⁸⁰ Huser (1992), s. 343

⁸¹ Sæbø (2003), s. 229

⁸² Sæbø (2003), s. 538

⁸³ Jf. avsnitt 54

mulig omstøtelsesgrunnlag fordi avtalen om motregning i realiteten innebar en gjeldsbetaling. Jeg mener at dommen må leses på denne måten. Selv om Høyesterett ikke eksplisitt tar stilling til forholdet mellom §§ 5-5 og 5-6, mener jeg at dommen kan tas til inntekt for at §§ 5-5 og 5-6 ikke er overlappende bestemmelser og følgelig gjensidig utelukkende. De lege lata er dette usikkert.⁸⁴

Slik jeg ser det må man kunne omstøte avtaler om motregning etter dekningsloven § 5-5, dersom disse i realiteten innebærer en «(b)etaling av gjeld». Det samme gjelder situasjonen der debitor og kreditor skaper en motregningssituasjon utelukkende for å betale gjeld.⁸⁵ Debitor skylder kreditor en bestemt sum som er bakgrunnen til at partene blir enige om at kreditor kjøper bestemte varer for den eksakt samme sum, for deretter å gjøre opp salget ved motregning. Om slike situasjoner skriver Huser:

«I slike tilfelle «hvor fordringshaveren har satt seg i gjeld til skyldneren for å kunne motregne» (..) bør man (..) skjære igjennom og anse det foretatte som en reell gjeldsbetaling.»⁸⁶

Dersom motregningen *ikke har blitt foretatt før boåpningen* er omstøtelse utelukket som følge av dekningsloven § 8-3. Det er derfor naturlig at slik motregning *foretatt før boåpningen* skal omstøtes i medhold av dekningsloven § 5-5.

4.2 Begrepet “gjeld”

4.2.1 Innledning

Det er den ekstraordinære betalingen av «gjeld» som kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Begrepet «gjeld» er opprinnelig norrønt fra «gjald» som betyr «betaling».⁸⁷ Dette gir en klar pekepinn på at «betaling» og «gjeld» henger tett sammen.

I teorien blir begrepet «gjeld» særlig brukt om to forskjellige situasjoner. For det første vil det å ha «gjeld» innebære at man befinner seg i en forpliktelsesposisjon overfor en annen. Man

⁸⁴ Se nedenfor i punkt 4.3.2 om Høyesterett sin uttalelse i Rt. 2012 s. 468

⁸⁵ Se f.eks. Rt. 1919 s. 845 der Høyesterett uttaler at «(..) *overdragelsen av varerne maa anees for at være skedd med det for øie, at varerne eventuelt skulde tjene til betaling paa pantobligationen*», jf. side 846.

⁸⁶ Huser (1992), s. 224

⁸⁷ <https://snl.no/gjeld>

anser gjerne det å stå i «gjeld» som en uønsket formuerettslig posisjon å være i, som blant annet kommer frem gjennom bruken av det positivt ladede begrepet «(å være) gjeldfri». Det å stå i «gjeld» regnes som en byrde; en *gjeldsbyrde*.

For det andre brukes «gjeld» gjerne om det man skylder noen; forpliktelsens gjenstand. «(G)jeld» er en formuerettslig forpliktelse som en fysisk eller juridisk person skylder en annen.⁸⁸ Hva forpliktelsen kan gå ut på, gjennomgås nedenfor i punkt 4.2.5.

4.2.2 Tidsbegrensningen

Hva gjelder begrepet «*gjeld*» er ikke denne i utgangspunktet tidsbegrenset. Men det ligger i selve definisjonen av begrepet at det må være tale om en eksisterende forpliktelse som ligger bak oppstandelsen til gjelden. Man kan ha kunnskap om gjeld som blir pålagt en i fremtiden, men gjelden kan ikke oppstå ut av intet. Det må foreligge en eksisterende forpliktelse i bakgrunnen for gjelden.

Forutsatt at det påvises en slik eksisterende forpliktelse, kan det bli tale om både eldre og nyere gjeld, men det er bare førstnevnte som omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Dette fremkommer blant annet i RG 2004 s. 1625 der det uttales at «*(d)ebitors forpliktelse må være oppstått før den aktuelle disposisjonen (..) (som) innebærer at kontantkjøp ikke rammes*».⁸⁹

4.2.3 Foreldet eller ikke foreldet gjeld?

Ved en foreldelse «*taper fordringshaveren sin rett til oppfyllelse*», jf. foreldelsesloven § 24 nr. 1. Dersom en gjeldspost er foreldet, er ikke skyldneren lenger rettslig forpliktet overfor kreditor til å betale. Imidlertid kan det oppstå situasjoner der skyldneren av ulike grunner likevel betaler ned den foreldede gjelden. For eksempel er skyldneren uvitende om at kravet er foreldet og betaler i den tro at han fremdeles er rettslig forpliktet til dette.

Som nevnt ovenfor omstøter dekningsloven § 5-5 i utgangspunktet bare betalinger av *eksisterende* gjeldsforpliktelser. Følgelig kan det tilsi at man er utenfor anvendelsesområdet til § 5-5 der det er tale om nedbetalinger av foreldet gjeld. Et alternativ er å anse betalingen som en «(g)ave» som kan omstøtes etter dekningsloven § 5-2.

⁸⁸ Gisle m.fl. (2010), s. 156

⁸⁹ Lagmannsretten viser til Huser (1992), s. 222-223 og Andenæs (1999), s. 239

For at en disposisjon skal anses som en «gave», kreves det for det første at det har skjedd en formuesforskyvning, og for det andre at disposisjonen er foretatt med berikelseshensikt.⁹⁰ Hva gjelder *formuesforskyvning* vil enhver vederlagsfri forskyvning medføre at vilkåret er oppfylt. Giverens formue må reduseres, samtidig som at mottakerens formue øker. Det er klart at det skjer en slik formuesforskyvning ved betaling av foreldet gjeld. Med *berikelseshensikt* menes at giverens motiv ved å foreta disposisjonen må være et ønske om å berike mottakeren. Etter nyere rettspraksis skal det ikke mye til for å konstatere berikelseshensikt etter gjeldende rett.⁹¹ Imidlertid blir kravet stående, og får en portvaktfunksjon der disposisjoner hvor det typisk ikke foreligger gavehensikt blir holdt utenfor. Til felles for disse typetilfellene er at disposisjonene vil mangle preg av gavmildhet.

Slik jeg ser det, vil betalinger av foreldet gjeld som hovedregel mangle et slikt preg av gavmildhet. Andenæs hevder at slike betalinger mangler preg av gavmildhet fordi disse «(..) er begrunnet i rimelighetshensyn uten at det foreligger en juridisk bindende forpliktelse (moralske eller «naturlige» forpliktelser)».⁹² Omstøtelse burde av den grunn være utelukket etter dekningsloven § 5-2. Jeg er enig i Andenæs sine betraktninger på dette punktet.⁹³ Av hensyn til retts teknisk enkle og praktikable regler burde ingen betalinger av foreldet gjeld subsumeres under dekningsloven § 5-2, uavhengig av om giverens motivasjon faktisk var berikelse av mottakeren. Det betyr imidlertid ikke at betalinger av foreldet gjeld ikke kan være omstøtelsesverdige disposisjoner.

Dekningsloven § 5-5 begrenses altså i utgangspunktet til betalinger av eksisterende forpliktelser. Selv om det ved betaling av foreldet gjeld ikke (lenger) er tale om en innfrielse av en rettslig forpliktelse, burde man etter min mening likestille disse med øvrige betalinger. Tar man eksempelet med en skyldner som foretar en betaling uvitende om at gjeldsposten har foreldet, vil det fra hans perspektiv definitivt være tale om en eksisterende rettslig forpliktelse. Det synes derfor unaturlig å ikke la dekningsloven § 5-5 favne om disse disposisjonene. Giverens motivasjon bak betalingen vil man sjelden konstatere sikkert, men det er eksistensen av en tidligere rettslig forpliktelse som i alle tilfeller (i varierende grad) har forårsaket disposisjonen. De lege lata er imidlertid løsningen usikker.

⁹⁰ Se Rt. 1996 s. 1647 (på side 1652)

⁹¹ Se Rt. 2012 s. 1248 (avsnitt 44) om gavebegrepet i ekteskapsloven

⁹² Andenæs (2009), s. 298 flg.

⁹³ Se også Huser (1992), s. 139 flg.

Det bemerkes at konkursboet uansett har dekningsloven § 5-9 å falle tilbake på i disse tilfellene, dersom omstøtelse av foreldet gjeld skulle være utelukket etter § 5-5.

4.2.4 Hvem må være skyldner for den betalte forpliktelsen?

Foruten at det er «skyldneren som har foretatt» betalingen av «gjeld», sier dekningsloven § 5-5 intet om hvem sin gjeld det må være tale om. Selv om det ikke kommer frem uttrykkelig av lovens ordlyd, er det sikker rett at bestemmelsen utelukkende rammer betaling av skyldnerens egen gjeld.⁹⁴ Gjelden som betales må hefte på debitor.

Dersom skyldneren foretar en betaling av gjeld som tilhører andre enn ham selv, må omstøtelse eventuelt skje etter dekningsloven §§ 5-2 eller 5-9. Det samme gjelder dersom et selskap betaler gjelden til et annet selskap, f.eks. fordi selskapene er i samme konsern.⁹⁵

4.2.5 Hva anses som “gjeld”?

Som tidligere nevnt kan «gjeld» både brukes om (i) en forpliktelsesposisjon og (ii) hvordan man har forpliktet seg til å gjøre opp forpliktelsen. For sistnevnte betydning, sier ikke begrepet «gjeld» isolert sett noe om hva forpliktelsen kan eller må gå ut på.

Nazarian skriver i sin fremstilling av konkursretten at «(d)et første man tenker på med gjeld, er gjerne pengegjeld, men i samsvar med eldre rett omfattes også annen gjeld, for eksempel plikt til å levere en vare som mottakeren har forhåndsbetalt for, jf. forarbeidene».⁹⁶ Det samme legger Huser til grunn, som skriver «(i) samsvar med tidligere rett antas dette uttrykket å omfatte både pengeforpliktelser og forpliktelser til å yte noe annet enn penger (naturalytelser, se § 6-4)».⁹⁷ Giske formulerer det som at «(g)jeld er en formuerettslig forpliktelse, vanligvis penger som en fysisk eller juridisk person skylder en annen, men gjeld kan også bestå i naturalforpliktelser».⁹⁸ Sammenfattet gir teorien uttrykk for at forpliktelsens gjenstand kan gå ut på tilnærmet hva som helst. Så lenge det er tale om en reell gjeld, blir det avgjørende for oppfyllelse av vilkåret hva partene har avtalt og deres etterfølgende opptreden.

⁹⁴ Se bl.a. Andenæs (2009), s. 310 flg.

⁹⁵ Aasebø m.fl. (2015), s. 208

⁹⁶ Nazarian (2012), s. 160. Se NOU 1972:20 s. 303 om den tilsvarende formulering i § 5-13

⁹⁷ Huser (1992), s. 221. Se tilsvarende Andenæs (2009), s. 310 og Giske m.fl. (2010), s. 156

⁹⁸ Giske m.fl. (2010), s. 156

Ved første øyekast kan «gjeld(en)» her synes å være sammenfallende med det enkelte betalingsmiddel, ettersom det statueres en liknende oppregning av hvilke midler debitor kan ta i bruk for å oppfylle sine forpliktelser.⁹⁹ Her må man imidlertid skille mellom (i) hva forpliktelsen i utgangspunktet går ut på («gjeld(en)») og (ii) hvordan debitor lovlig skal og kan gå frem for å oppfylle forpliktelsen («betaling»). For eksempel kan man se for seg en situasjon der debitor skylder kreditor en bestemt sum penger, ergo er det tale om pengegjeld. Partene kan i ettertid bestemme seg for at debitor skal gjøre opp in natura, slik at «betaling(en)» utføres annerledes enn det forpliktelsen egentlig gikk ut på. Har partene samtykket til endringen, er det likevel tale om en lovlig oppfyllelse av forpliktelsen. Altså vil ikke forpliktelsens gjenstand (*gjelden*) nødvendigvis tilsvare oppfyllelsen av forpliktelsen (*betalingen*). Dette er naturlig; å pådra seg en gjeld er ikke det samme som å betale ned på den.

4.3 Hvem må betale gjelden?

4.3.1 Innledning

En naturlig språklig forståelse av «betaling av gjeld som skyldneren har foretatt» er at det kun er disposisjoner fra debitor selv som rammes av bestemmelsen (min markering). Ettersom det er skyldneren som har forpliktelsesposisjonen og som står i gjeld ovenfor kreditor, er det en fornuftig avgrensning av bestemmelsen. De objektive omstøtelsesreglene er ment å være forutberegnelige og retts teknisk enkle for boet å anvende, som trekker i klar retning av at man skal følge ordlyden til bestemmelsen.

Likevel ble resultatet et annet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum).¹⁰⁰ Dommen vil gjennomgås i punkt 4.3.2, før jeg i punkt 4.3.3 kommer med kritiske bemerkninger til dommen og dens rettskildevækt. I punkt 4.3.4 vil jeg foreta en oppsummering av om og i så fall når såkalte tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

4.3.2 Centrum-dommen (Rt. 2012 s. 468)

⁹⁹ Overfor i punkt 4.1.2

¹⁰⁰ Se også LG-2006-17565 der lagmannsretten godtok omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 på en tredjemannsbetaling

I Rt. 2012 s. 468 var situasjonen at et morselskap hadde en betydelig gjeld til et datterselskap. Morselskapet betalte et krav mot datterselskapet med påfølgende motregning av regresskravet i morselskapets gjeld til datterselskapet. Spørsmålet for Høyesterett var om disposisjonen kunne omstøtes overfor datterselskapets kreditor etter dekningsloven § 5-5 selv om betalingen til denne ble gjort av morselskapet, ikke datterselskapet.

Førstvoterende starter i lovens ordlyd og uttaler:

«Tar man bestemmelsen på ordet – «betaling ... som skyldneren har foretatt» - faller betalinger fra tredjemann utenfor. Det må også være den klare hovedregel. Spørsmålet blir imidlertid om det kan stille seg annerledes i et tilfelle som i vår sak.»¹⁰¹

Utgangspunktet og hovedregelen er altså at konkursskyldneren selv må betale ned på gjelden etter norsk rett. Førstvoterende viser til de tilsvarende omstøtelsesreglene i dansk og svensk rett som ville ramme et slikt tilfelle som man her stod ovenfor.¹⁰² Omstøtelsesreglene kom som tidligere nevnt til som ledd i et nordisk samarbeid om insolvenslovgivningen, som tilsier at reglene så langt som mulig burde forstås på samme måte med mindre det er gjort forskjeller med hensikt.

I saken var det én person som styrte likviditeten i både morselskapet og datterselskapet, og det primære formålet med betalingen var å dekke datterselskapets gjeld. Kristian Huser har i sin teori lagt til grunn at § 5-5 kan anvendes på visse tredjemannsbetalinger, blant annet der det har skjedd en «indirekte betaling fra debitor til kreditor».¹⁰³ Førstvoterende viser til Huser og uttaler følgende:

«(..) I realiteten har det i dette tilfellet skjedd en indirekte betaling fra skyldneren selv. Det må være avgjørende. Om § 5-5 ikke kom til anvendelse på slike situasjoner, ville det åpne for omgåelser av bestemmelsen.»¹⁰⁴

Det ble anført at boet ikke hadde noe behov for å omstøte etter § 5-5 fordi man heller kunne kreve motregningen omstøtt etter § 5-6. Om dette uttalte førstvoterende at:

¹⁰¹ Jf. avsnitt 33

¹⁰² Jf. avsnitt 34

¹⁰³ Huser (1992), s. 258 flg. Se nedenfor i punkt 4.3.4.

¹⁰⁴ Jf. avsnitt 39

«(..) Jeg går ikke inn på om § 5-6 kunne ha vært brukt av boet i dette tilfellet. Slik jeg ser det, er det ikke noe avgjørende argument mot at § 5-5 her skal kunne benyttes mot betalingsmottakeren, at § 5-6 eventuelt kunne ha vært benyttet mot tredjemann. Det kan ikke være noe prinsipielt til hinder for at et bo skal kunne velge mellom to måter å omstøte på.»¹⁰⁵

Det ble med andre ord ansett ubetydelig at boet eventuelt kunne kreve motregningen omstøtt etter dekl. § 5-6. Høyesterett så det slik at konkursboet i tilfeller som dette står fritt til å velge omstøtelsesgrunnlaget som de skulle ønske.

4.3.3 Kan Centrum-dommen vektlegges?

Skillet mellom betalingen og den etterfølgende motregningen

Det er flere grunner til å stille spørsmål ved om Centrum-dommen fortjener den rettskildemessige vekten høyesterettsdommer normalt har. For det første velger Høyesterett å anse (i) betalingen fra morselskapet og (ii) den etterfølgende motregningen, som *én* indirekte betaling fra datterselskapet. Det er forunderlig, da man normalt vil skille disse to handlingene fra hverandre. Dersom betaling og motregning ble ansett som samme disposisjon, ville man i prinsippet ikke hatt behov for en regressrett – da ville motregningen alltid fulgt aksessorisk med betalingen. Etter dagens rettsstilstand kan man utvilsomt ikke se motregningsinstituttet på denne måten.

Hadde morselskapet kausjonert for datterselskapets gjeld da denne ble stiftet, ville morselskapet vært forpliktet til å betale gjelden og hatt motregningsrett uten hinder av dekningsloven § 5-6 første ledd og § 8-2. Det illustrerer at Høyesterett tar feil når det i dommen fokuseres på morselskapets betaling isolert sett og man retter omstøtelseskravet mot betalingsmottaker; det er motregningen som er det problematiske sett fra datterselskapets kreditorers ståsted.

Skiller man betalingen fra den etterfølgende motregningen, vil man se at det kun er sistnevnte som innebærer en kreditorbegunstigelse. Selve betalingen fra morselskapet innebærer ingen kreditorbegunstigelse, og kan av den grunn sammenlignes med intervensjonsbetaling uten

¹⁰⁵ Jf. avsnitt 41

regressrett, som faller utenfor anvendelsesområdet til § 5-5.¹⁰⁶ Morselskapet innfridde gjelden uten å være forpliktet til dette, og slik innfrielse mot regresskrav må i relasjon til § 5-6 første ledd anses som en *overdragelse* av betalingsmottakers krav mot datterselskapet.¹⁰⁷ Det kan derfor argumenteres godt for at «hensynet til datterselskapets kreditorer vil være fullt ut ivare tatt ved å anvende dekningsloven § 5-6 første ledd på morselskapets motregning».¹⁰⁸

Grensedragningen mellom §§ 5-5 og 5-6

For det andre virker det som at Høyesterett ikke har sett grensedragningsproblematikken mellom dekningsloven §§ 5-5 og 5-6, jf. ovenfor i punkt 3.2.2. Førstvoterende uttaler, som sitert ovenfor, at det i utgangspunktet ikke synes å være et problem at konkursboet kan velge mellom de to omstøtelsesgrunnlagene. Imidlertid vil omstøtelse etter henholdsvis dekningsloven § 5-5 og § 5-6 medføre ulike konsekvenser, spesielt gjelder dette for den aktuelle betalingsmottakeren.

I Centrum-dommen ble morselskapets betaling og den etterfølgende motregningen omstøtt etter § 5-5. Hadde Høyesterett derimot omstøtt etter § 5-6 første ledd, ville konsekvensen blitt en omstøtelse av *bare* motregningen. Hvorvidt man omstøter etter § 5-5 eller § 5-6 første ledd, har derfor alt å si for betalingsmottakeren. Ettersom det er en tredjeperson som på (mer eller mindre) eget initiativ har betalt en gjeldspost for skyldneren, burde omstøtelse utelukkende ramme ham. I Centrum-dommen hadde betalingsmottakeren ingen finger med i spillet, og det fremstår urettferdig at Høyesterett omstøter gjeldsbetalingen fra morselskapet.

Førstvoterende uttaler imidlertid at «(b)etalingsmottakeren får (..) normalt et varsel om at alt kanskje ikke er som det skal være, når en fordring blir betalt av tredjemann».¹⁰⁹ Uttalelsen kan trekke i retning av at omstøtelse er utelukket der betalingsmottakeren er i god tro.

Lilleholt argumenterer for at et slikt vilkår om kjennskap til den reelle karakteren av disposisjonen hører hjemme her.¹¹⁰ Etter min mening kan ikke uttalelsen tolkes slik, da dekningsloven § 5-5 er en absolutt objektiv omstøtelsesregel som etter sin art skal være uavhengig av rent subjektive forhold. Uttalelsen bør heller tolkes dithen at det foreligger en presumsjon for illojalitet og ond tro i disse tilfellene, selv om det ikke nødvendigvis stemmer.

¹⁰⁶ Huser (1992), s. 259

¹⁰⁷ Sæbø (2003), s. 498

¹⁰⁸ Sæbø (2015), s. 764

¹⁰⁹ Jf. avsnitt 40

¹¹⁰ Lilleholt (2012), s. 27

Bruken av dansk og svensk rett

For det tredje bruker Høyesterett løsningene på spørsmålet i dansk og svensk rett som argument for at tredjemannsbetaling burde omstøtes etter § 5-5. Som gjennomgått ovenfor, omstøter man «(b)etalning av en skuld» etter svensk rett, og en «(b)etaling af gæld» etter dansk rett.¹¹¹ Ingen av lovbestemmelsene fastslår hvem som må ha foretatt gjeldsbetalingen, med den konsekvens at tredjemannsbetalinger i utgangspunktet kan omstøtes.

Slik jeg ser det, er det særlig to problemer med bruken og vektleggingen av rettskildene fra Høyesterett på dette punktet. Først og fremst burde domstolen etter min mening ha fokusert på forskjellen til ordlyden i de respektive nordiske bestemmelsene. Omstøtelsesreglene kom riktignok til som ledd i et nordisk samarbeid, men det betyr ikke at lovgivningen er fullstendig sammenfallende. At ordlyden er ulik er et godt argument for at man skal tillegge bestemmelsene ulik betydning. Spesielt gjør dette argumentet seg gjeldende for de objektive omstøtelsesreglene, der hensynet til forutsigbarhet og retts teknisk enkle regler oppfattes som spesielt viktig. Av den grunn er det uholdbart at Høyesterett uten videre skal tolke dekningsloven § 5-5 i tråd med dansk og svensk rett, tilsynelatende uten annen argumentasjon enn at de norske forarbeidene er tause om spørsmålet.¹¹²

Foruten at Høyesterett skulle ha gått nærmere inn på forskjellen i ordlyd og årsaken til dette, burde domstolen videre ha avklart hva som egentlig følger av henholdsvis dansk og svensk rett. Utgangspunktet etter både dansk og svensk rett er nemlig at omstøtelsesreglene som hovedregel bare rammer betalinger fra konkursskyldneren.¹¹³ Selv om ordlyden til bestemmelsene skulle tilsi et svært vidt anvendelsesområde, er det altså ikke slik.

For tredjemannsbetalinger vil det etter dansk rett være avgjørende «(..) om betaling er sket med midler, der *reelt* hidhører fra skyldneren eller fra tredjemand».¹¹⁴ Det samme fremgår av den svenske juridiske teorien.¹¹⁵ Det gjøres altså unntak fra hovedregelen om at betalingen må skje fra skyldneren selv, der betalingen tredjemann foretar i realiteten belaster skyldnerens midler. Ser man på selve betalingen morselskapet foretok i Centrum-dommen, er det klart at denne overhodet ikke reelt skjedde med skyldnerens midler. Det var først ved den

¹¹¹ Se gjennomgang i punkt 1.2

¹¹² Jf. avsnitt 35

¹¹³ Se f.eks. Ørgaard (2014), s. 141 flg., og Lennander (2004), s. 207 flg.

¹¹⁴ von Eyben/Møgelvang-Hansen (1998), s. 226

¹¹⁵ Lennander (2004), s. 208

etterfølgende motregningen at datterselskapets aktiva ble belastet. For at man skal kunne omstøte i tråd med dansk og svensk rett, er dermed forutsetningen at betalingen og den etterfølgende motregningen anses som én disposisjon. Dette er unaturlig, jf. over.

Sammenlikning med dekningsloven § 5-7

Et fjerde poeng er at omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 er betinget av at sikkerhetsstillelse «som skyldneren har foretatt», jf. første ledd. Det er altså det samme vilkåret som stadfestes i dekningsloven § 5-5. Likevel er gjeldende rett¹¹⁶ at sikkerhetsstillelse for skyldnerens gjeld som blir foretatt av tredjemann er utenfor virkeområdet til § 5-7.¹¹⁷ Generelle systembetraktninger tilsier at man heller ikke burde omstøte tredjemannsbetalinger etter dekningsloven § 5-5.

Oppsummering

Sammenfattet er det etter min mening gode grunner til å se bort ifra løsningen Høyesterett kom til i Centrum-dommen. Likevel ble dommen fulgt opp i LA-2016-39341, som også gjaldt et tilfelle med en tredjemannsbetaling. Det bemerkes at lagmannsrettdommer har mindre rettskildevekt enn høyesterettsdommer, men dommen er illustrerende for hvordan gjeldende rett betraktes av domstolene i dag. Om omstøtelse av tredjemannsbetalinger etter § 5-5 uttaler lagmannsretten:

«Bestemmelsen rammer i utgangspunktet bare «betaling fra skyldneren selv», og den klare hovedregelen er at betaling fra tredjeperson faller utenfor. Det oppstilles imidlertid enkelte unntak fra denne hovedregel, bl.a. for tilfeller der «tredjeperson har en gjeld til skyldneren som han avregner betalingen av skyldnerens kreditor mot», jf. Aasebø m.fl., Dekningsloven med kommentarer, 1. utgave 2015, s. 205. I slike tilfeller følger det av rettspraksis at tredjepersons betaling av skyldnerens gjeld kan bli likestilt med en indirekte betaling fra skyldneren selv.»

I likhet med Centrum-dommen ser man altså kombinasjonen av betalingen og den etterfølgende motregningen som én indirekte betaling fra skyldneren selv. I slike tilfeller

¹¹⁶ Se imidlertid tilfellene der kreditor i aktsom god tro trodde at tredjemann var eier av panteobjektet, men debitor var den reelle eier, jf. Norsk Lovkommentar på Rettsdata, Note (182) til Dekningsloven § 5-7, ved Håvard Wiker (sist hovedrevidert 13.06.2017) med videre henvisninger.

¹¹⁷ Se bl.a. Rt. 2013 s. 1138 (avsnitt 39)

legges det til grunn at dekningsloven § 5-5 åpner for omstøtelse. Til tross for alle innsigelsene mine ovenfor, må dette antakeligvis regnes som den riktige løsningen de lege lata.

4.3.4 Andre tilfeller av tredjemannsbetalinger

Ser man bort fra situasjoner som i Centrum-dommen, er det usikkert hvorvidt andre tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Dersom en slik betaling skal omstøtes etter § 5-5, må det i alle fall være tale om en indirekte betaling fra skyldneren selv.¹¹⁸ For at det skal foreligge en slik «indirekte betaling», er det avgjørende hvorvidt skyldneren selv har foranlediget betalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig.¹¹⁹ Det er kun i førstnevnte tilfelle at skyldneren kan identifiseres med betalende tredjeperson, slik at omstøtelse etter en nærmere vurdering muligens kan tillates.

Dersom omstøtelse av tredjemannsbetalinger er utelukket etter dekningsloven § 5-5, har konkursboet uansett § 5-9 å falle tilbake på, forutsatt at de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt.

4.4 Ordinære gjeldsbetalinger

4.4.1 Innledning

Dekningsloven § 5-5 fastsetter eksplisitt at ikke enhver gjeldsbetaling som oppfyller øvrige vilkår i bestemmelsen kan omstøtes. For at betalingen skal kunne omstøtes, kan den «etter forholdene allikevel ikke fremtr(e) som ordinær». Etter gjeldende rett er det visse disposisjoner som i dag (normalt) alltid vil regnes som *ordinære*.

Det er altså tale om disposisjoner som etter sin art faller utenfor virkeområdet til dekningsloven § 5-5. Til felles for disse er at hver enkelt disposisjon rent faktisk innebærer at man innfrir gjeld, men likevel omstøter man ikke etter § 5-5. Disposisjonene mangler det illojale preget som karakteriserer betalingene som kan og skal omstøtes etter bestemmelsen. Det er tale om betalinger med et fornuftig formål som man forutsetter at ville ha skjedd også dersom skyldneren var solvent. Med andre ord oppfyller ikke betalingene kravet om primær

¹¹⁸ Huser (1992), s. 259

¹¹⁹ Huser (1992), s. 260

dekningshensikt. Hva som ligger i kravet om primær dekningshensikt blir gjennomgått videre i punkt 4.4.2.

4.4.2 Kravet om primær dekningshensikt

Kravet om primær dekningshensikt blir ofte forankret i vilkåret om at det må ha skjedd en «(b)etaling» av gjeld. Som det skal vises i det følgende mener jeg at kravet heller bør plasseres under «ordinær»-reservasjonen, som er årsaken til at kravet ikke er gjennomgått ovenfor i punkt 4.1.

For at en gjeldsbetaling skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5, kreves det at disposisjonen må ha hatt primær dekningshensikt. Dette blir fremhevet i juridisk teori så vel som rettspraksis. Det er ikke tilstrekkelig at betalingen medfører at debitors forpliktelse blir dekket eller oppfylles; dette må være betalingens primære funksjon.¹²⁰

Som gjennomgått ovenfor gjaldt Rt. 2008 s. 1170 omstøtelse av etablering av motregningsrett og etterfølgende motregning foretatt av dagligvarekjeden Rema. I dommen viser Høyesterett til Huser¹²¹ og uttaler at:

«(f)or at det skal foreligge betaling av gjeld, er det (..) vanlig å kreve at gjeldsdekning må ha vært den vesentlige hensikt med transaksjonen»¹²²

Rema anførte at hovedformålet med disposisjonene var å sikre kontinuitet i driften, og ikke dekke gjelden selskapet skyldte kjeden. Ettersom kontinuitet i driften kunne blitt sikret uten en forfordeling av kreditorene måtte hovedformålet med transaksjonene være å dekke gjeld, i motsetning til hva Rema anførte. Høyesterett kom til at motregningen av den grunn var å regne som en «betaling av gjeld» som kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5.¹²³

For å unngå omstøtelse av en bestemt disposisjon kreves det altså at hovedformålet med disposisjonen var en annen enn gjeldsdekning, og at den aktuelle «betaling(en)» var en nødvendig forutsetning for å realisere formålet. Det sier nesten seg selv at det dermed har formodningen mot seg at en ytelse som faktisk medfører gjeldsdekning, ikke er en «betaling»

¹²⁰ Huser (1992), s. 223

¹²¹ Huser (1992), s. 223

¹²² Jf. avsnitt 45

¹²³ Jf. avsnitt 57

i dekningslovens forstand.¹²⁴ Men det bemerkes likevel at dette ikke nødvendigvis alltid stemmer.¹²⁵ Hvorvidt slik primær dekningshensikt foreligger beror på en konkret helhetsvurdering av situasjonen, der det avgjørende blir hva som etter rettsanvenderens objektive vurdering fremstår som transaksjonens hovedhensikt.¹²⁶

Burde kravet om primær dekningshensikt heller gå under «ordinær»-reservasjonen?

Det er grunn til å spørre seg hvordan kravet om at disposisjonen må ha primær dekningshensikt ligger innbakt i vilkåret om «betaling». Kravet kan vanskelig leses ut fra vilkåret isolert sett. De objektive omstøtelsesreglenes formål og funksjon er å være rigide og generelle, slik at de er enkle og forutsigbare for konkursboet å påberope seg. Begrunnelsen for dette er at det foreligger en presumsjon for illojalitet dersom vilkårene i en av bestemmelsene er oppfylt. Det skulle tilsi at kravet om primær dekningshensikt ikke burde innfortolkes i vilkåret om «betaling».

Bakgrunnen for at kravet om primær dekningshensikt i lang tid har blitt innfortolket i betalingsvilkåret må antakeligvis være fordi forgjengeren til dekningsloven § 5-5 (konkursloven (1863) § 44a) ikke inneholdt noen «ordinær»-reservasjon. Formålet til omstøtelsesregelen både da og nå er imidlertid å ramme presumptivt illojale disposisjoner, slik at kravet om primær dekningshensikt måtte plasseres et sted i kkl. (1853) § 44a. Under «betaling» var nok den mest rasjonelle plasseringen. Annerledes stiller det seg i dag når man har lovfestingen av «ordinær»-reservasjonen.

«(O)rdinær»-reservasjonens formål er å sile ut situasjonene der det er foretatt «betaling av gjeld» som etter omstendighetene likevel ikke kan anses som omstøtelsesverdige. Etter min mening er det derfor naturlig å forankre kravet om primær dekningshensikt i denne reservasjonen. Vurderingen blir i så fall toleddet; det må først vurderes om det foreligger en «betaling av gjeld», deretter må det vurderes om betalingen har primær dekningshensikt og hvorvidt disposisjonen kan regnes som «(ekstra)ordinær». Formålet til reservasjonen er nettopp å fungere som en portvakt, og jeg ser ingen rasjonell begrunnelse for at denne portvaktfunksjonen ikke skal tillegges reservasjonen.

¹²⁴ Andenæs (2009), s. 313

¹²⁵ Se bl.a. Rt. 1969 s. 624

¹²⁶ Huser (1992), s. 223-224 og Andenæs (2009), s. 313

Av samme oppfatning som meg, legger Nazarian etter en gjennomgang av annen juridisk teori til grunn:

«Etter min mening er det likevel av flere grunner en fordel å drøfte dette under ordinærreservasjonen. For det første fordi det metodisk virker mest riktig, jf. tolkningen av ordlyd og forarbeider ovenfor, selv om man tradisjonelt har drøftet formålet i tilknytning til «betaling». For det andre har det en disposisjonsmessig fordel i generelle fremstillinger i juridisk litteratur. (..)»¹²⁷

Som Nazarian selv påpeker er ikke plasseringen av vurderingen avgjørende, følgelig slik at diskusjonen er av teoretisk og ikke praktisk interesse.¹²⁸ I en fremstilling av omstøtelsesvilkårene i dekningsloven § 5-5 som denne er det imidlertid ønskelig med en endelig plassering av de ulike drøftelsene.

Det kan virke som at senere rettspraksis har flyttet vurderingen fra vilkåret om «betaling» til «ordinær»-reservasjonen. I HR 2017-370-A¹²⁹ uttaler førstvoterende:

«Det følger av Høyesteretts praksis at betaling som skjer som ledd i et arrangement for å sikre fortsatt drift, og derved arbeidsplasser og kreditorfelleskapets interesser, kan være omfattet av ordinærreservasjonen. (..)»¹³⁰

I tråd med dommen kan det antageligvis etter gjeldende rett legges til grunn at vurderingen av om disposisjonen har primær dekningshensikt bør legges innunder «ordinær»-reservasjonen. Det er etter min mening også den beste løsningen.

I det følgende vil det foretas en gjennomgang av ulike disposisjoner som normalt ikke oppfyller kravet om primær dekningshensikt. Det bemerkes at dette ikke er ment som en uttømmende oppregning av alle typer gjeldsbetalinger som av den grunn faller utenfor anvendelsesområdet til § 5-5.

4.4.3 Skillet mellom ekstraordinær betaling og ordinært salg

¹²⁷ Nazarian (2012), s. 165

¹²⁸ Nazarian (2012), s. 165

¹²⁹ Se ovenfor i punkt 2.3.4

¹³⁰ Jf. avsnitt 81

Som tidligere nevnt er en forutsetning for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 at betalingen dekker en allerede eksisterende gjeldspost.¹³¹ Dersom debitor oppfyller sin betalingsforpliktelse i forbindelse med et *nytt* ordinært salg, er det følgelig ikke tale om en «betaling av gjeld» i lovens forstand. I forarbeidene ble det uttalt at «(o)rdinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning (..)».¹³² Her må det altså skilles mellom omstøtelige gjeldsbetalinger og selvstendige kjøp, der sistnevnte som utgangspunkt og hovedregel går under *ordinære* disposisjoner.¹³³

4.4.4 Skillet mellom ekstraordinær betaling og misligholdsoppgjør

Forut for boåpningen kan skyldneren ha inngått diverse salgsvtaler. Dersom skyldneren opplever et vesentlig mislighold fra den andre parten, vil han normalt ønske å heve avtalen. Som utgangspunkt kan det legges til grunn at skyldneren ville ha hevet avtalen uavhengig av om han på hevingstidspunktet var solvent eller insolvent. Følgelig er det ikke tale om en disposisjon som bærer preg av å være foretatt fordi skyldneren var insolvent. Av den grunn er det urimelig om retten til å heve ble avskåret som følge av omstøtelsesreglene. I tilfelle av misligholdsoppgjør der skyldneren opplever vesentlig mislighold fra den annen part, befinner man seg derfor utenfor gruppen disposisjoner dekningsloven § 5-5 har ment å ramme. Det avgjørende er hvorvidt misligholdet kan anses reelt, og om skyldneren har en selvstendig interesse i å påberope seg misligholdet.¹³⁴

Annerledes kan situasjonen stille seg der det er skyldneren som misligholder avtalen. Dersom skyldneren befinner seg på randen av konkurs, vil et eventuelt mislighold ovenfor den annen part ofte være begrunnet i skyldnerens økonomiske problemer. For eksempel vil skyldnerens tilbakelevering av en salgsgjenstand kjøpt på kreditt kunne omstøtes dersom tilbakeleveringen skjer med det formål at skyldneren frir seg fra gjeldsforpliktelsen.¹³⁵

Mislighold fra skyldneren vil imidlertid ikke alltid være en følge av hans insolvens. Man kan se for seg en situasjon der debitor er selger og kreditor er kjøper, og kreditor betaler for en bestemt vare på forskudd. At debitor betaler tilbake den forskuddsbetalte kjøpesummen, trenger ikke nødvendigvis å være begrunnet i at han har økonomiske problemer.

¹³¹ Jf. ovenfor i punkt 4.2.2

¹³² NOU 1972:20 s. 292

¹³³ Andenæs (2009), s. 311

¹³⁴ Huser (1992), s. 231

¹³⁵ Huser (1992), s. 232. Se f.eks. RG 1984 s. 826

Tilbakebetalingen kan for eksempel skyldes at den bestemte varen ikke kunne anskaffes, eller at skyldneren ikke fikk tak i materialer for å produsere varen. Skyldnerens «betaling av gjeld» har i et slikt tilfelle ingenting med hans insolvens å gjøre, og man er følgelig utenfor virkeområdet til dekningsloven § 5-5.

4.4.5 Skillet mellom ekstraordinær betaling og refinansieringsordninger

En tredje kategori som normalt innebærer ordinære gjeldsbetalinger, er betalinger i forbindelse med etablering av refinansieringsavtaler. Slike refinansieringsavtaler vil som utgangspunkt og hovedregel begrunnes i et ønske om å fortsette debtors drift, ikke betale ned hans gjeld. Disse avtalene vil imidlertid også være fordelaktig for øvrige kreditorer, da det skjer en faktisk nedbetaling av eldre gjeld. Det er av den grunn ingen selvfølge at slike disposisjoner ikke skal omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Det skisseres i det følgende situasjonen der den nye kreditten som innvilges er større enn nedbetalingen av gammel gjeld.¹³⁶

I forarbeidene blir det uttalt at «dersom den nye kreditt ytes av den samme kreditor som samtidig får avdrag på eldre gjeld (..) vil dette måtte sees som én transaksjon, og det vil ikke være aktuelt med omstøting av den foretatte betaling».¹³⁷ I tilfeller av ny kredittgiving fra samme kreditor som mottar gjeldsbetalingen, er følgelig omstøtelse utelukket. Videre legges det til grunn at man neppe vil kunne omstøte «(a)vdrag som ledd i en (..) redningsaksjon fra bank eller råstoffleverandør». Forarbeidene gir ingen videre pekepinn på hvordan spørsmålet skal løses i slike situasjoner.

Et minimumsvilkår for at dekning av gjeld i en refinansieringssituasjon skal ha betydning for vurderingen om betalingen kan anses ordinær, er at det faktisk må ha vært inngått en refinansieringsavtale.¹³⁸ I Rt. 1969 s. 624 hadde bilforhandlerfirmaet Hamar Auto en vanlig praksis med å selge biler på avbetaling. Da firmaet fikk betalingsproblemer, overdro de flere av avbetalingskontraktene til refinansieringsselskapet Ramm. Ramm skulle diskontere kontraktene, for deretter å fordele summene mellom Hamar Auto og finansieringsselskapet. Ved utbetaling av diskonteringsprovenyet avregnet Ramm overfor Hamar Auto, og etterlot ingenting til bilforhandlerfirmaet. Kort tid etter dette gikk Hamar Auto konkurs. Spørsmålet

¹³⁶ I motsatt fall, se Aasebø (2015), s. 210 med videre henvisninger.

¹³⁷ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 167

¹³⁸ Rt. 1993 s. 289 (på side 293)

for Høyesterett var blant annet om denne avregningen kunne omstøtes etter konkursloven (1863) § 44 første ledd bokstav a (nå: dekningsloven § 5-5).

Høyesterett kom til at det hadde skjedd en «betal(ing) (av) gjeld», men at denne skjedde med sedvanlige betalingsmidler på en sedvanlig måte. Førstvoterende uttalte at:

*«Det sentrale synspunkt er imidlertid at nedbetalingen av Ramms tilgodehavende var en del av et mer omfattende tiltak med sikte på å hjelpe Hamar Auto på lengre sikt og således innebar ikke bare fordeler, men også reelle forpliktelser for Ramm. Det ville vært uriktig å rive det ene ledd, nedbetalingen av Hamar Autos gjeld til Ramm, ut av sammenhengen. Og hele den avtalte ordning ligger etter min vurdering utenfor hva konkursloven § 44 a tar sikte på.»*¹³⁹

Det fulgte ingen «ordinær»-reservasjon etter konkursloven (1863) § 44 a, men vurderingen Høyesterett her kommer til ligger tett opp mot en vurdering man ville foretatt etter dekningsloven § 5-5 i dag. Dette kommer av at formålet med objektive omstøtelsesregler etter både eldre og gjeldende rett er å ramme presumptivt illojale disposisjoner og ikke andre. Avregningen kunne ikke omstøtes etter bestemmelsen, fordi man anså den som et ledd i en redningsaksjon. Formålet med avtalen mellom partene var ikke at Ramm skulle få dekket sin gjeld, men at Hamar Auto skulle komme seg ut av den økonomiske knipen de befant seg i. Med andre ord var disposisjonen *ordinær*, og man var utenfor virkeområdet til dekningsloven § 5-5.

I HR-2017-370-A kom Høyesterett til motsatt resultat.¹⁴⁰ I dommen hadde man riktignok ikke inngått en refinansieringsavtale, men dommen har overføringsverdi til refinansieringssituasjonene da den kan sies å videreføre synspunktet i Rt. 1969 s. 624. Ekteparet som hadde mottatt betalingene anførte at de omstridte betalingene måtte sees som ledd i en redningsoperasjon, med det formål å sikre kreditorfellesskapet størst mulig dekning.¹⁴¹ Om dette uttaler førstvoterende:

«Det følger av Høyesteretts praksis at betaling som skjer som ledd i et arrangement for å sikre fortsatt drift, og derved arbeidsplasser og kreditorfellesskapets interesser, kan være omfattet av ordinærreservasjonen. I denne forbindelse er det av betydning

¹³⁹ Jf. side 629

¹⁴⁰ Se ovenfor i punkt 2.3.4

¹⁴¹ Jf. avsnitt 80

om betalingsbetingelsene er vanlige ut fra den situasjonen virksomheten befant seg i.»¹⁴²

Selskapet som hadde betalt ekteparet, hadde imidlertid ingen ansatte utover daglig leder. Følgelig var det ingen egentlig virksomhet å videreføre. Høyesterett konkluderte med at:

«Avtalene og utbetalingene inngikk i et arrangement for å begrense selskapets tap, ikke for å sikre fortsatt drift. Da faller de utenfor de situasjoner hvor Høyesterett har ansett betalinger som ledd i redningsoperasjoner, som ordinære. I den situasjonen selskapet befant seg, måtte kravet til likebehandling av fordringshaverne være styrende for anvendelsen av selskapets midler.»¹⁴³

Det avgjørende etter både HR-2017-370-A og Rt. 1969 s. 624 er hvilke formål disposisjonene kan antas å ha hatt. Dersom det foreligger et genuint og reelt forsøk på å få debitor ut av en økonomisk knipe ved en refinansieringsavtale, er man nok utenfor de tilfellene dekningsloven § 5-5 tar sikte på å ramme.

4.4.6 Når disposisjonen ikke forrykker dekningen mellom kreditorene

Et siste typetilfelle som her skal nevnes, er der skyldneren har betalt med midler som uansett ikke ville kommet (øvrige) kreditorer til gode.¹⁴⁴ For eksempel vil dette være situasjonen der gjelden er betryggende sikret ved panterett eller motregningsrett. Som tidligere nevnt, vil man ikke omstøte en motregning foretatt *før* konkursåpning, dersom den annen part hadde rett til å motregne *etter* konkursåpning.¹⁴⁵ Hovedregelen om motregningsrett i konkurs er at den motregningsrett den annen part hadde utenfor konkurs, videreføres i konkurs, jf. dekningsloven § 8-1 første ledd, jf. annet ledd første punktum. I slike tilfeller vil øvrige kreditorer verken få mer eller mindre enn de ville ha hatt krav på, uavhengig av motregningen mellom skyldneren og én kreditor. Ergo forrykker ikke disposisjonen dekningen mellom kreditorene.

¹⁴² Jf. avsnitt 81

¹⁴³ Jf. avsnitt 85

¹⁴⁴ Se tilsvarende etter dansk rett, von Eyben/Møbelvang-Hansen (1998), s. 225

¹⁴⁵ Se ovenfor i punkt 3.2.1

Da det ikke skjer en kreditorbegunstigelse ved disposisjonen, er det naturlig at betalingen klassifiseres som *ordinær*. Det kan ikke anses illojalt å gi en fordringshaver et oppgjør han uansett ville ha fått ved å ta dekning i pant eller ved å motregne.

Det avgjørende for hvorvidt den enkelte disposisjon innebærer en kreditorbegunstigelse eller ikke, vil være en sammenlikning av kreditorenes stilling med og uten disposisjonen.¹⁴⁶

Dersom resultatet er det samme, vil det verken være behov eller mulighet for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5.

¹⁴⁶ Se Rt. 1935 s. 549 (på side 552)

5 Litteraturliste

5.1 Lover

1863	Lov om Conkurs og Conkursboers Behandling (konkursloven) av 6. juni 1863 (opphøvet)
1979	Lov om foreldelse av fordringer (foreldelsesloven) av 18. mai 1979 nr. 18
1984	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
1999	Lov om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtaleloven) av 25. juni 1999 nr. 46
2005	Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28
Konkurslagen	Konkurslagen (1987:672)
Konkursloven	Lovbekendtgørelse 2011-03-15 nr. 217 Konkursloven

5.2 Forarbeider

NOU 1972:20	NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp.nr.50	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.
Ot.prp.nr.26	Ot.prp.nr.26 (1998-1999)
NOU 1999:23	NOU 1999:23 Forbrytelser i gjeldsforhold
Prop.97 L	Prop.97 L (2018-2019) Lov om Norges Bank og pengevesenet mv. (sentralbankloven)

5.3 Rettspraksis

5.3.1 Høyesterett

Rt. 1919 s. 845

Rt. 1935 s. 549

Rt. 1969 s. 624

Rt. 1974 s. 631

Rt. 1989 s. 1209

Rt. 1992 s. 1144

Rt. 1993 s. 289

Rt. 1996 s. 1647, (Bruvik)

Rt. 1997 s. 1623

Rt. 1999 s. 64

Rt. 2001 s. 1136

Rt. 2008 s. 1170

Rt. 2011 s. 1136

Rt. 2012 s. 468, (Centrum)

Rt. 2012 s. 1248

Rt. 2013 s. 1138

HR-2017-270-A

5.3.2 Lagmannsretten

RG 1984 s. 826 (Eidsivating)

RG 2004 s. 1625 (Hålogaland)

LG-2006-17565 (Gulating)

LA-2016-39341 (Agder)

5.4 Bøker og artikler

- Aasebø, Kristoffer *Dekningsloven med kommentarer* (Oslo 2015)
- Madsen, Leif Petter
- Sandvik, Siv
-
- Andenæs, Mads Henry *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009)
-
- Cordero-Moss, Giuditta «*UNIDROIT-prinsippenes 4. utgave*» i *Nytt i privatretten* nr. 3 (2016) s. 10-11
-
- Giske, Jon *Jusleksikon*, 4. utgave (Drammen 2010)
-
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs*, bind 3 om Omstøtelse (Bergen 1992)
-
- Lennander, Gertrud *Återvinning i konkurs*, 2. opplag (Stockholm 1994)
-
- Lennander, Gertrud *Återvinning i konkurs*, 3. opplag (Stockholm 2004)
-
- Lilleholt, Kåre «*Betaling frå tredjeperson kan etter omstenda omstøytas – Rt-2012-468-A*» i *Nytt i privatretten* nr. 2 (2012) s. 26-27
-
- Nazarian, Henriette *Konkursrett* (Oslo 2012)
-
- Sæbø, Rune «*Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten*» i *Lov Sannhet Rett – Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år* (2015)
-
- Sæbø, Rune *Motregning* (Bergen 2003)
-
- Von Eyben, Bo *Kreditorforfølgning*, 3. utgave (København 1998)
- Møbelvang-Hansen, Peter

5.5 Henvisninger til internett

Hagstrøm, Viggo, Anderssen, Harald Benestad, Store norske leksikon, 15. mars 2022, <https://snl.no/gjeld> (lest 21.03.2022)

Torvund, Olav, Anderssen, Harald Benestad, Store norske leksikon, 7. januar 2020, <https://snl.no/betalingsmiddel> (lest 07.02.2022)

Wiker, Håvard, Norsk Lovkommentar, Dekningsloven § 5-5, note 164, <https://rettsdata.no> (lest 31.01.2022)

Wiker, Håvard, Norsk Lovkommentar, Dekningsloven § 5-5, note 169, <https://rettsdata.no> (lest 01.03.2022)

Wiker, Håvard, Norsk Lovkommentar, Dekningsloven § 5-7, note 182, <https://rettsdata.no> (lest 14.04.2022)