

Rekkevidden av dekl. § 5-7 første ledd
bokstav a når sikkerhet stilles overfor
tredjepersoner

Kandidatnummer: 2

Antall ord: 14679



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.2016

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og avgrensninger	3
1.2 Rettskildebildet.....	3
1.3 Veien videre	4
2 Generelt om omstøtelse	5
2.1 Omstøtelsesreglene.....	5
3 Generelt om omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 (1) a.....	8
3.1 Bestemmelsens formål	8
3.2 Vilkårene i deknl. § 5-7 (1) a	8
3.3 Virkningen av omstøtelse etter deknl. § 5-7.....	9
4 Generelt om deknl. § 5-7 (1) a i tilknytning til tredjepersonsspørsmål	12
4.1 Presentasjon av situasjonene	12
4.2 Disposisjonens realitet.....	13
4.3 Kjernetilfellet.....	14
4.4 Omgåelsesforsøk	14
5 Kan sikkerhetsstillelser overfor tredjepersoner omstøtes etter deknl. § 5-7 (1) a?	17
5.1 Tredjepersonen er stråmann/proforma-mottaker.....	17
5.2 Tredjepersonen er kreditor som følge av en transport.....	19
5.3 Tredjepersonen er långiver.....	21
5.3.1 Konverteringstilfellet.....	22
5.3.2 Refinansieringstilfellet	30
5.3.3 Lånetilfellet	32
5.4 Tredjepersonen er kausjonist.....	38
6 Avslutning	47
6.1 Konklusjon	47
Kilderegister	48

1 Innledning

1.1 Tema og avgrensninger

Temaet for avhandlingen er rekkevidden av deknl. § 5-7 første ledd bokstav a (heretter deknl. § 5-7 (1) a).¹ Bestemmelsen lyder som følgende;

”§ 5-7 Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

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”

Det følger av bestemmelsen at sikkerhetsstillelser for eldre gjeld kan omstøtes. Det typiske eksempelet på at sikkerhet er stilt for eldre gjeld, er der en kreditor mottar sikkerhet fra debitor for sitt eldre, usikrede krav på debitor. Avhandlingen vil drøfte om bestemmelsen også rammer bestemte situasjoner hvor debtors eldre gjeld overfor kreditor blir innfridd samtidig som – eller like etter at – en tredjeperson har mottatt sikkerhet fra debitor.

Bestemmelsen gjelder ved konkurs, forhandling om tvangsakkord og ved offentlig skifte ved insolvent dødsbo.² Avhandlingen vil kun ta for seg situasjonen hvor debitor er konkurs. Avhandlingen avgrenses også mot andre tredjepersonsspørsmål enn hvor sikkerhet er stilt av debitor, i et formuesgode som debitor er reelle eier av, overfor en tredjeperson samtidig som – eller like før – debtors eldre gjeld overfor en eldre kreditor blir innfridd.

1.2 Rettskildebildet

Det rettslige utgangspunktet er deknl. § 5-7 (1) a. Ordlyden og bestemmelsens forarbeider er tause i forbindelse med sikkerhetsstillelser overfor tredjepersoner. Forarbeidene belyser imidlertid hva en omstøtelsesverdig sikkerhetsstillelse innebærer, og er derfor veiledende.³

Det foreligger lite ny rettspraksis som berører problemstillingen. Nyeste rettspraksis er underrettspraksis, og har derfor liten rettskildemessig vekt.⁴ De nyeste Høyesterettsdommene

¹ Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (heretter deknl.)

² Deknl. § 5-1

³ NOU 1972: 20, Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

er svært gamle. De knytter seg imidlertid til den gamle konkursloven § 45⁵ som er videreført i dagens dekl. § 5-7, og vil derfor ha en viss rettskildemessig vekt for situasjonene som er lik situasjonene i dommene.

I juridisk teori er det til dels enighet og til dels uenighet om de ulike situasjonene og hvorvidt de rammes av bestemmelsen.⁶ Juridisk teori har ingen selvstendig rettskildemessig vekt, men kan ha argumentasjonsverdi.⁷

1.3 Veien videre

Avhandlingen vil først redegjøre for omstøtelsesreglene generelt, for så å redegjøre for det generelle innholdet i omstøtelsesregelen om sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Formålet med den generelle gjennomgangen er å tilrettelegge for analysen av avhandlingens spesifikke problemstilling. Deretter kommer hovedanalysen hvor det vurderes om bestemmelsen rammer bestemte situasjoner hvor sikkerhet er stilt overfor en tredjeperson.

⁴ Andenæs, *Rettskildelære*, s. 97

⁵ Lov 06. juni 1863 Konkursloven

⁶ Brækhus, Huser, Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, Andenæs, *Konkurs*

⁷ Andenæs, *Rettskildelære* s. 118-119

2 Generelt om omstøtelse

2.1 Omstøtelsesreglene

Ved konkurs er hovedregelen at konkursboet kan ta beslag i de formuesgoder som «tilhører skyldneren på beslagstiden», jf. dekl. § 2-2. Tidspunktet «på beslagstiden» betyr konkursåpningen.⁸ Omstøtelsesreglene medfører imidlertid at konkursboet kan kreve tilbakeført verdier som skriver seg fra disposisjoner som skyldneren har foretatt over sine formuesgoder i tiden forut for konkursåpningen.⁹

Omstøtelsesreglene finnes i dekningslovens kapittel 5, og innebærer at disposisjoner foretatt av skyldneren kan omstøtes under nærmere fastsatte vilkår. Omstøtelse av en disposisjon betyr at disposisjonen blir omgjort eller tilsidesatt.¹⁰ Et formuesgode eller dets verdi som ikke tilhører debitor ved konkursåpningen pga. en omstøtelig disposisjon, vil etter omstøtelsen derfor tilbakeføres til konkursboet.

Omstøtelsesreglene skal beskytte debitors kreditorer mot disposisjoner over debitors formue som er boforringende eller kreditorbegunstigende.¹¹ Dette har nær sammenheng med konkursinstituttets grunnleggende formål om en beslagsform og dekningsforfølgning basert på likhet og effektivitet.¹²

Dekningsloven har flest objektive omstøtelsesregler,¹³ men også en subjektiv omstøtelsesregel.¹⁴ De objektive omstøtelsesreglene gjelder for bestemte typer disposisjoner som allerede etter sitt innhold «er eller antas å være illojale overfor kreditorene».¹⁵ De bestemte disposisjonene er bl.a. gaver, ekstraordinære betalinger og sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Bestemmelsene er objektive med den hensikt at de skal være enkle å praktisere,¹⁶ og henger nok sammen med konkursboenes generelt begrensede midler og dermed behov for en billig og effektiv bevisvurdering og dekningsforfølgning.¹⁷

⁸ NOU 1972: 20, s. 255

⁹ Lilleholt, *Knops oversikt over Norsk rett* (2013), s. 375

¹⁰ Huser s. 41

¹¹ NOU 1972: 20 s. 283, Andenæs, *Konkurs*, s. 286

¹² Andenæs, *Konkurs*, s. 286, jf. s. 10-11

¹³ Deknl. §§ 5-2 til 5-8

¹⁴ Deknl. § 5-9

¹⁵ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157

¹⁶ Lilleholt, *Knops oversikt over Norsk rett* (2013), s. 375

¹⁷ Marthinussen s. 46.

At reglene er objektive innebærer at de ikke inneholder subjektive vilkår som kan være vanskelig å bevise at er oppfylt. Siden disposisjonene allerede etter sitt innhold er presumptivt illojale, «foreligger [det] sterke grunner til å anta» at medkontrahenten i slike disposisjoner ikke har vært i god tro.¹⁸ Omstøtelse etter de objektive omstøtelsesreglene krever derfor ikke bevis for medkontrahentens kunnskap eller onde tro om debtors svake økonomi og forholdene som gjør disposisjonen illojal.¹⁹

Disposisjonene må ha funnet sted innen tre måneder før fristdagen for at omstøtelse kan skje.²⁰ Fristdagen fremgår av dekl. §§ 1-1 til 1-3. Omstøtelse av gaver og disposisjoner overfor nærstående har lengre tidsfrister, henholdsvis ett og to år før fristdagen.²¹ Det er nemlig størst risiko for at skyldneren foretar slike kreditorskadelige disposisjoner.²²

Den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen fremgår av dekl. § 5-9. Bestemmelsen knytter seg ikke til bestemte disposisjoner slik som de objektive omstøtelsesreglene. I stedet kreves det at disposisjonen på en «utilbørlig måte» er boforringende eller kreditorbegunstigende, samt at skyldnerens økonomiske stilling må ha vært «svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen». Bestemmelsen innehar dessuten subjektive vilkår. Omstøtelse kan bare gjøres dersom medkontrahenten «kjente eller burde kjent til» skyldnerens «vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig».

Disposisjoner som er omstøtelsesverdig etter de objektive omstøtelsesreglene kan også være omstøtelsesverdig etter dekl. § 5-9. Bestemmelsen gir en videre omstøtelsesadgang både i henhold til type disposisjoner og omstøtelsesfrist enn de objektive omstøtelsesreglene.²³ Omstøtelse kan nemlig gjøres av disposisjoner fullbyrdet senere enn ti år før fristdagen.²⁴ Bestemmelsen fungerer dermed som en sikkerhetsventil for de disposisjoner som ikke faller under ordlyden i de objektive omstøtelsesreglene, eller for disposisjoner som er foretatt utenfor omstøtelsesfristen etter de objektive omstøtelsesreglene.

Virkningen av omstøtelse fremgår av dekl. §§ 5-11 og 5-12. Førstnevnte knytter seg til omstøtelse etter de objektive omstøtelsesreglene. Etter bestemmelsen kan boet kreve at

¹⁸ Lilleholt, *Knophs oversikt over Norsk rett* (2013) s. 375

¹⁹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157

²⁰ Deknl. §§ 5-3 til 5-8

²¹ Deknl. §§ 5-2 til 5-8

²² Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 157

²³ Andenæs, *Konkurs*, s. 289

²⁴ Deknl. § 5-9 (2)

skyldnerens medkontrahent «fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen». Innholdet i bestemmelsen blir redegjort for under punkt 3.3. da den knytter seg til omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Deknl. § 5-12 knytter seg til omstøtelse etter den alminnelige subjektive omstøtelsesregel. Etter bestemmelsen kan boet kreve at «den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjonen».

3 Generelt om omstøtelse etter dekningsloven § 5-7 (1) a

3.1 Bestemmelsens formål

Bestemmelsens formål er å beskytte debitors kreditorer mot disposisjoner som begunstiger en enkeltkreditor på bekostning av kreditorfelleskapet.

Dersom debitor har pådratt seg usikret gjeld overfor en kreditor, og senere gir sikkerhet for denne gjelden, vil debitor etter sikkerhetsstillelsen ha like stor gjeld og like lite kapital.

Sikkerhetsstillelsen tilfører nemlig ikke debitor ny kapital. Når slik eldre, usikret gjeld blir sikret like før debitors konkurs, medfører sikkerhetsstillelsen en kreditorbegunstigelse.

Når jeg senere i avhandlingen skriver begrepet «kreditorbegunstigelse», er det den følgende virkningen av sikkerhetsstillelsen jeg sikter til. Kreditoren får som følge av sikkerhetsstillelsen en særrett til forutsetningsvis full dekning ved debitors konkurs, i stedet for et dividendekrav som hans opprinnelige usikrede krav ville gitt ham. Økningen i kreditorens dekning medfører en tilsvarende reduksjon av den totale dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer ved debitors konkurs.²⁵ Kreditoren har dermed blitt begunstiget på bekostning av debitors øvrige kreditorer. Derfor har bestemmelsen som formål å ramme slike presumptivt illojale sikkerhetsstillelser som foretas så sent som i løpet av de siste tre månedene før fristdagen, eller to år før fristdagen overfor nærstående.

3.2 Vilkårene i dekn. § 5-7 (1) a

Det er «pantsettelse[n]» eller «sikkerhetsstillelse[n]» som kan omstøtes. Bestemmelsen rammer all sikkerhetsstillelse som er stiftet gjennom partenes disposisjoner.²⁶ Dette omfatter også kontraktsmessig tilbakeholdsrett, men utelukker utleggspant, jf. også dekn. § 5-8.

Omstøtelsesadgangen gjelder sikkerhetsstillelser «som skyldneren har foretatt». Dersom en tredjeperson foretar sikkerhetsstillelsen på vegne av debitor, men formuesobjektet det gis sikkerhet i tilhører debitor, antas det at vilkåret er oppfylt selv om det formelt er tredjepersonen som har «foretatt» sikkerhetsstillelsen.²⁷ Dette vil ikke bli drøftet da det er utenfor oppgavens kjerne.

²⁵ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169 og NOU 1972:20 s. 294

²⁶ NOU 1972:20 s. 294

²⁷ Huser s. 409 og 423

Debitor må være den reelle eier av objektet som blir benyttet til sikkerhetsstillelse.²⁸ Det er nettopp debtors bo som ønsker sikkerhetsstillelsen omstøtt. Dersom debitor ikke er den reelle eier av formuesobjektet, har ikke sikkerhetsstillelsen medført en redusert dekningsmulighet for debtors øvrige kreditorer.

Sikkerhetsstillelsen må ha skjedd «senere enn tre måneder før fristdagen» for at den skal kunne omstøtes. Fristdagen fremgår av dekl. §§ 1-1 til 1-3. Sikkerhetsstillelsen anses foretatt når sikringsakt for å oppnå rettsvern er iverksatt, jf. dekl. § 5-10.

De siste tre måneder før fristdagen utgjør et tidspunkt «hvor det generelt sett er grunn til å anta at debitor er insolvent og at insolvensen er mer eller mindre kjent».²⁹ Hvis så er tilfellet – noe det som oftest er – må medkontrahenten ha forstått at debtors økonomi var svak og at sikkerhetsstillelsen derfor var illojal. Sikkerhetsstillelser for eldre gjeld foretatt senere enn tre måneder før fristdagen kan derfor omstøtes uten at det «kreves bevis for insolvens eller ond tro».³⁰

Sikkerhetsstillelsen kan bare omstøtes dersom sikkerheten er «stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Det må derfor avklares hvilken «gjeld» det er stilt sikkerhet for, når denne gjelden ble «pådratt» og når sikkerheten ble «avtalt».

Dersom sikkerheten ble «avtalt» før eller samtidig som gjelden den skal sikre ble «pådratt», er det stilt sikkerhet for ny «gjeld». Når ny gjeld sikres, mottar ikke kreditoren noe han tidligere ikke hadde krav på – gjelden går ikke fra å være usikret til sikret. Det skjer dermed ikke en kreditorbegunstigelse som forklart under punkt 3.1. Det må derfor skilles mellom tilfellene hvor «opprinnelig usikret gjeld seinere sikres» og hvor sikkerhet «avtales i forbindelse med stiftelsen av ny gjeld».³¹

3.3 Virkningen av omstøtelse etter dekl. § 5-7

Ved omstøtelse etter dekl. § 5-7, er hovedregelen etter dekl. § 5-11 at boet kan kreve at «den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon». Den omstøtelige disposisjon er sikkerhetsstillelsen, slik at omstøtelse gjøres overfor mottakeren av sikkerheten.

²⁸ NOU 1972:20 s. 295

²⁹ NOU 1972:20 s. 294

³⁰ NOU 1972:20 s. 294

³¹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169

At det er den «oppnådd[e]» berikelsen som skal fralegges, tilsier at det mottatte eller verdien av det mottatte må være i behold. Omstøtelsestidspunktet er det siste tidspunktet før selve omstøtelsen at det mottatte eller dets verdi – hva som er «oppnådd» – kan beregnes. Dermed må tidspunktet for beregningen av hva som skal fralegges være omstøtelsestidspunktet.³²

Ordlyden av «fralegge[r] seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen» tilsier at mottakeren må gi opp eller tilbakeføre til boet det overskytende av hva han uten sikkerhetsstillelsen har krav på. Ved berikelsesberegningen må det dermed tas utgangspunkt i «hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt».³³

De «hypotesene som kan settes opp» om hvordan situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt, «blir lett meget spekulative».³⁴ Det er derfor det hendelsesforløp som «ligger nær opptil det som faktisk skjedde» som er «mest naturlig å legge til grunn».³⁵ Dersom det som faktisk skjedde var at kreditor ytet et lån til debitor og at debitor silte sikkerhet overfor kreditor, vil hendelsesforløpet som ligger nær opptil det som faktisk skjedde – dersom sikkerhetsstillelsen ikke hadde vært foretatt – være at kreditor ytet et lån til debitor. Ved debtors konkurs ville kreditor da hatt et krav på debitor som han kunne melde i debtors bo, herunder et dividendekrav.³⁶

Berikelsen kreditoren oppnår ved den omstøtelige sikkerhetsstillelsen er dermed sikkerheten – særretten til forutsetningsvis full dekning. Dersom sikkerheten er realisert, er det pengene han har mottatt ved realisasjonen som overskyter dividendekravet som utgjør berikelsen. Det er imidlertid vanlig at parten må fralegge seg hele den mottatte dekningen, så kan han melde sitt krav i boet og motta dividende når dividendeberegningen er klar.³⁷

Berikelsen er ikke maksimert til boets tap, men det gjøres fradrag for eventuelle vederlag ytet av og utgifter påført mottakeren i forbindelse med disposisjonen.³⁸ Dermed får ikke sikkerhetsmottakeren noen fordel av den illojale disposisjonen, men heller ikke noen ulempe i den forstand at han må tilbakeføre mer enn den faktiske oppnådde berikelse.³⁹ Dersom

³² Andenæs, *Konkurs*, s. 376-377, Huser s. 582

³³ Rt. 1996-1647 s. 1653

³⁴ Rt. 1996-1647 s. 1653

³⁵ Rt. 1996-1647 s. 1653, Huser s. 573-574, Andenæs, *Konkurs*, s. 376

³⁶ Deknl. § 6-1

³⁷ Huser s. 576

³⁸ NOU 1972:20 s. 300, Ot.prp. nr.50 (1980-1981) s. 173.

³⁹ Rt. 1996-1647 s. 1654, Andenæs, *Konkurs*, s. 376

sikkerheten ikke er realisert og berikelsen som fralegges er særretten til dekning, kan det ikke gjøres slikt fradrag, men heller kreves som massekrav i boet.⁴⁰

⁴⁰ Brækhus s. 156, Huser s. 602

4 Generelt om dekl. § 5-7 (1) a i tilknytning til tredjepersonsspørsmål

4.1 Presentasjon av situasjonene

Som det fremgår under punkt 3.2. skal dekl. § 5-7 (1) a skille mellom tilfellene hvor «opprinnelig usikret gjeld seinere sikres» og hvor sikkerhet «avtales i forbindelse med stiftelsen av ny gjeld». ⁴¹ Dette skillet er ikke alltid like klart, særlig når det stilles sikkerhet overfor en tredjeperson. Det vil da være tre parter: kreditor, debitor og tredjepersonen.

Situasjonene som kan oppstå er flere:

- En tredjeperson mottar sikkerhet fra debitor på vegne av en eldre, usikret kreditor (proforma-tilfellet)
- Kreditor overdrar sin fordring på debitor til en tredjeperson, og tredjepersonen mottar sikkerhet fra debitor for dette kravet (transporttilfellet)
- Tredjepersonen yter lån/kreditt til debitor mot sikkerhet med den betingelse eller klare forutsetning at lånet skal innfri debitors eldre gjeld overfor kreditor. Det nye lånet er identisk med gjelden det skal innfri (konverteringstilfellet).
- Tredjepersonen yter lån/kreditt til debitor mot sikkerhet med den betingelse eller klare forutsetning at lånet skal innfri debitors eldre gjeld overfor kreditor. Det nye lånet har andre lånevilkår enn gjelden det skal innfri (refinansieringstilfellet)
- Tredjepersonen yter lån/kreditt til debitor mot sikkerhet uten en slik betingelse eller klar forutsetning, men debitor velger å bruke lånytelsen til å innfri eldre gjeld (lånetilfellet).
- Tredjepersonen er en kausjonist som innfrir debitors eldre gjeld overfor kreditor, og mottar sikkerhet for sitt regresskrav (kausjonstilfellet).

Det forutsettes i de senere drøftelsene at sikkerhetsstillelsen i alle situasjonene er gyldig, reell og innehar rettsvern, samt at sikkerhetsstillelsen finner sted senere enn tre måneder før fristdagen.

⁴¹ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169

4.2 Disposisjonens realitet

I forarbeidene fremgår det at bestemmelsen er ment å ramme de «egentlige tilfelle av pant for eldre gjeld, dvs. tilfelle hvor gjeld som er stiftet som en vanlig personlig forpliktelse for debitor, senere blir pantesikret».⁴² Det skjer da en kreditorbegunstigelse som forklart under punkt 3.1.

Bruken av ordet «egentlige» tilsier at disposisjonens realitet er avgjørende for omstøtelsesadgangen. Dersom for eksempel en kreditor for et usikret krav yter et nytt lån til debitor, og mottar sikkerhet for dette, vil det etter disposisjonens form fremstå som at sikkerhet er stilt for ny gjeld. Dersom det nye lånet imidlertid er identisk med det gamle, og debtors eldre gjeld overfor den samme kreditoren blir slettet ved sikkerhetsstillelsen, utgjør det nye lånet egentlig en videreføring av det gamle. Debitor tilføres ikke egentlig ny kapital. Disposisjonens realitet tilsier da at det er stilt sikkerhet for eldre, usikret gjeld.

Forarbeidsuttalelsen er generell, og dermed ikke spesifikt tilknyttet tredjepersonsituasjonene. Verken bestemmelsens ordlyd eller forarbeider utelukker imidlertid at bestemmelsen kan anvendes hvor sikkerhet er stilt overfor en tredjeperson. Det avgjørende er om sikkerhetsstillelsen medfører at debtors eldre gjeld går fra å være usikret til sikret – det er som sagt dette som er de «egentlige tilfelle av pant for eldre gjeld». Er realiteten den at eldre, usikret gjeld blir sikret, har det blitt stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Disposisjonen faller dermed under lovens ordlyd slik at det ikke er tale om omstøtelse med grunnlag i en utvidende tolkning. Når jeg i avhandlingen bruker begrepet «disposisjonens realitet» og spør om disposisjonens realitet er omstøtelig, sikter jeg nettopp til spørsmålet om en gjeld i realiteten går fra å være usikret til sikret.

Hvorvidt en disposisjon i realiteten utgjør sikkerhet for eldre gjeld, har flere ganger vært gjenstand for vurdering i Høyesterett.⁴³ I Rt. 1880-198 på s. 199 var Høyesteretts flertall enige med overretten om at ”Transaksjonen i sit Væsen” var sikkerhet for eldre gjeld. Mindretallet uttalte med henvisning til tidligere dommer at man må se på ”Tingens Væsen og ikke paa den Form” disposisjonen er gitt.⁴⁴ Dommen er svært gammel, men synspunktet om at omstøtelse kan gjøres der sikkerhetsstillelsens realitet er omstøtelig, er det oppslutning om i teorien.⁴⁵

⁴² NOU 1972:20 s. 294

⁴³ Rt. 1880-198, Rt. 1887-633, Rt. 1910-309

⁴⁴ Rt. 1880-198 s. 202

⁴⁵ Andenæs, *Konkurs*, s. 343, Huser s. 406-407, Brækhus s. 110.

4.3 Kjernetilfellet

Disposisjonen som er i kjernen av hva som kan omstøtes etter bestemmelsen, kalles heretter for kjernetilfellet. Tredjepersonsituasjonene vil i avhandlingens hovedanalyse bli løpende sammenlignet med kjernetilfellet.

I kjernetilfellet har en kreditor et usikret krav på debitor, uten avtalt sikkerhet. I løpet av de siste tre månedene før fristdagen, stiller debitor sikkerhet for gjelden overfor kreditor. Sikkerheten er da stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Sikkerhetsstillelsen tilfører ikke debitor ny kapital, men medfører heller at debitors gjeld går fra å være en personlig betalingsforpliktelse til et sikret krav. Sikkerhetsstillelsen medfører da en kreditorbegunstigelse som forklart under punkt 3.1.

4.4 Omgåelsesforsøk

I det følgende vil det forklares hvorfor hovedanalysen ikke har en egen drøftelse av omgåelsesforsøk. Omgåelsesforsøk i tilknytning til dekl. § 5-7 foreligger når en eller flere av partene bevisst forsøker å omgå – komme utenfor – bestemmelsen. Partene kan for eksempel velge et arrangement som etter formen fremstår å falle utenfor bestemmelsens ordlyd, mens disposisjonen i realiteten faller under ordlyden og utgjør sikkerhet for eldre gjeld. I noen tilfeller kan det være at arrangementet faktisk – etter realiteten – faller utenfor bestemmelsens ordlyd og altså ikke utgjør sikkerhet for eldre gjeld. Det vil da være et vellykket omgåelsesforsøk i den forstand at sikkerhetsstillelsen er uomstøtelig etter dekl. § 5-7. Omstøtelse kan imidlertid tenkes etter de øvrige omstøtelsesreglene.

Verken Brækhus, Sandvik eller Andenæs bruker kategorien omgåelsesforsøk, og de konkluderer heller ikke med at omstøtelse kan gjøres fordi det foreligger omgåelsesforsøk. Huser bruker imidlertid begrepet «omgåelsesforsøk» som en egen kategori, og det kan derfor fremstå som at han mener at omstøtelse kan gjøres fordi det er et omgåelsesforsøk. Innledningsvis under kategorien skriver han imidlertid at;

«Prinsippet om gjennomskjæring vil gjelde også ved sikkerhetsstillelse. Dette innebærer at domstolene i betydelig grad vil skjære igjennom en disposisjons form, dersom den underliggende realitet ansees å være omstøtelig etter § 5-7. Helt klart er

det at man vil forsøke å fange opp bevisste omgåelsesforsøk. Men også andre tilfelle der formen ikke svarer til realiteten, kan tenkes å bli rammet».⁴⁶

Av det ovennevnte fremstår det som at han anser det avgjørende for omstøtelsesadgangen at disposisjonens realitet er omstøtelig, og at disposisjonens realitet ved omgåelsesforsøk typisk vil være omstøtelig. Videre i drøftelsen hans under kategorien «omgåelsesforsøk» viser han til eksempler og dommer hvor proforma blir vurdert. Det kan derfor fremstå som at han sikter til proforma-tilfellene når han skriver «omgåelsesforsøk».

En avtale som er proforma er en avtale gjort kun for formens skyld, slik at innholdet av avtalen er formelt og ikke reelt. En proforma-avtale vil dermed ikke ha rettsvirkninger mellom partene den gjelder.⁴⁷ Proforma-arrangementet er nok det klareste eksempelet på bevisste omgåelsesforsøk. Det er imidlertid ikke slik at det alltid foreligger omgåelseshensikt ved proforma-arrangementer.⁴⁸ Dessuten kan det foreligge omgåelsesforsøk i også andre tilfeller enn proforma-tilfellene. Viktigst er det å påpeke at omstøtelsesadgangen ikke avhenger av at det foreligger et omgåelsesforsøk, og at et omgåelsesforsøk heller ikke automatisk medfører omstøtelse. Sistnevnte krever i så fall en videre avklaring vedrørende hvem eller hvor mange av partene som må ha hatt omgåelseshensikt, samt om det er lånytelsen/kausjonsstillelsen eller sikkerhetsstillelsen – eller begge – som er foretatt med en slik omgåelseshensikt. Det er disposisjonens realitet som er avgjørende, og det innebærer at en disposisjon foretatt i et forsøk på å omgå dekl. § 5-7 ikke kan omstøtes etter bestemmelsen dersom disposisjonens realitet ikke faller under ordlyden. Det er klart at hensikten med lånytelsen fra tredjepersonen og sikkerhetsstillelsen fra debitor kan belyse realiteten, men deres hensikt kan være ganske forskjellig. Hensikt er dessuten subjektivt, og omstøtelse etter bestemmelsen skal gjøres etter de objektive forhold. I denne avhandlingen blir derfor ikke omgåelsesforsøk drøftet i et eget punkt.

Bruken av begrepet «disposisjonens realitet» i avhandlingen sikter ikke bare til proforma-tilfellet, altså hvor avtalen er uten et reelt innhold og uten rettsvirkninger for partene. En disposisjon med et reelt innhold og med rettsvirkninger for partene kan etter formen fremstå som at den ikke faller under ordlyden i dekl. § 5-7 (1) a, mens disposisjonens underliggende realitet faktisk faller under ordlyden slik at disposisjonen er omstøtelig. I det følgende vil det

⁴⁶ Huser s. 406

⁴⁷ Bl.a. Rt. 1999-1833 s. 1836, Rt. 1994-235

⁴⁸ Sandvik, «Proforma-overdragelse av fast eiendom», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, s. 48-75 (58-59). Sandvik skriver at selv om proforma-overdragelser (av fast eiendom) normalt utgjør omgåelsesforsøk, er det «nødvendig å holde disse begrepene [proforma og omgåelse] hver for seg».

først bli vurdert om proforma-tilfellet er omstøtelig, og så om ulike disposisjoner som ikke er proforma har en underliggende, omstøtelig realitet.

5 Kan sikkerhetsstillelser overfor tredjepersoner omstøtes etter dekl. § 5-7 (1) a?

5.1 Tredjepersonen er stråmann/proforma-mottaker

Situasjonen kan illustreres med at Marte har et usikret krav på Peder. Peder nærmer seg konkurs, og ønsker å gi Marte sikkerhet for kravet sitt. Grunnet dekl. § 5-7 kan dette imidlertid ikke gjøres uten at sikkerheten senere omstøtes. Marte og Peder blir derfor enige om å bruke Lars som stråmann slik at han kan motta sikkerheten på vegne av Marte. Lars er da proforma-mottaker av sikkerheten.

Som nevnt under punkt 4.4. er en proforma-avtale gjort for formens skyld uten et reelt innhold, og avtalen vil dermed ikke ha rettsvirkninger mellom partene den gjelder. Dette har betydning for kreditorenes beslagsrett. Illustrerende er den tradisjonelle hjemmelsmannkonflikten; Lars eier en eiendom, og overfører denne proforma til Peder. Peder går konkurs, og Peders bo ønsker å ta beslag i eiendommen. Etter dekl. § 2-2 kan boet søke dekning i formuesgjenstander som «tilhører» Peder. Da overføringen av eiendommen kun var proforma og dermed ikke er reell, «tilhører» ikke eiendommen Peder, men Lars. Boet kan dermed ikke søke dekning i eiendommen.⁴⁹

Situasjonen hvor sikkerhet stilles overfor tredjepersoner er imidlertid en annen. Her vil det ikke være en proforma-avtale i tradisjonell forstand. Selve sikkerhetsstillelsen er nemlig reell, og har den rettsvirkning at den binder debitor. Det er mottakeren av sikkerheten som er proforma. Etter avtalens form fremstår det som at debitor er bundet av sikkerhetsstillelsen overfor stråmannen, men avtalens realitet er at debitor er bundet av sikkerhetsstillelsen overfor en annen – for eksempel kreditor. Etter dekl. § 2-2 kan ikke debitorens bo da ta beslag i verdien av formuesgodet som sikkerheten er stilt i og som tilsvarer sikkerhetsbeløpet. Siden sikkerhetsstillelsen er reell, «tilhører» ikke verdien debitor. I stedet må boet søke sikkerhetsstillelsen omstøtt. Omstøtelsesspørsmålet etter dekl. § 5-7 (1) a beror da på en vurdering av om sikkerheten er stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt».

Det kan tenkes at sikkerheten stilles overfor tredjepersonen uten at tredjepersonen yter noe lån/kreditt. Da fremstår det av disposisjonens form som at sikkerheten ikke er stilt for noen

⁴⁹ Først fastslått i Rt. 1935-981, og er i dag akseptert som gjeldende rett, se Andenæs, *Konkurs*, s. 157

«gjeld». Det kan også tenkes at sikkerheten stilles overfor tredjepersonen for et fremtidig, ubestemt lån. Etter disposisjonens form vil sikkerheten da heller ikke fremstå som å være stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt».

Som redegjort for i punkt 4.2. er det imidlertid disposisjonens realitet – og ikke form – som er avgjørende for om det foreligger sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Spørsmålet er om debitor i realiteten har sikret sin eldre, usikrede gjeld.

Illustrerende er Rt. 1880-198. Til tross for dommens alder illustrerer den betydningen av å se på en disposisjons realitet, samt at dommens faktum kan illustrere det overnevnte spørsmål. Situasjonen var at debitor hadde gjeld til en gruppe med kreditorer. Debitor utstedte en pantobligasjon til kreditorenes felles advokat uten at advokaten ytet noe til debitor. Det var erklært fra debitor at pantobligasjonen skulle benyttes til å betale gjelden hans overfor kreditorene. Advokaten mottok dermed sikkerheten proforma, og sikkerheten skulle sikre eldre, usikret gjeld.

Det spesielle med dommens faktum var at advokaten overdro pantobligasjonen til en trelasthandler etter forespørsel fra kreditorene. Trelasthandleren betalte pantobligasjonens pålydende. Ved å selge pantobligasjonen fikk kreditorene dermed dekning umiddelbart, i stedet for å måtte vente på direkte betaling fra debitor eller på at pantet ble realisert. Da debitor gikk konkurs ønsket boet å omstøte sikkerhetsstillelsen overfor kreditorene etter Konkursloven § 45 som er videreført i deknl. § 5-7.

Høyesterett sa seg enig med overretten om at «Transaksjonen i sit Væsen kun er en Pantsættelse» og uttalte at «Virkeligheden forholder sig saa at man har brugt en Omvei» for å få dekning for kreditorenes fordringer, og at trelasthandleren «kun var en Mellemand, som man brugte for derved at give Transaksjonen Udseende af at være lovlig og gyldig».⁵⁰ Forholdet ble ansett som «aldeles gjennemsigtigt og klart».⁵¹ Sikkerhetsstillelsen ble omstøtt.

Realiteten i saksforholdet var nemlig at kreditorene hadde fått panterett for eldre gjeld ved bruk av advokaten som stråmann. Usikret gjeld ble sikret, selv om kreditorene fikk dekning ved å selge pantet til en utenforstående tredjeperson i stedet for å vente på realisasjonen av pantet.

⁵⁰ Rt. 1880-198 s. 199

⁵¹ Rt. 1880-198 s. 200

Selv om det på papiret fremstår som at en tredjeperson mottar sikkerhet for et fremtidig lån, eller uten å yte noe lån, må man se på hvilket lån som i realiteten sikres. Dersom mottakeren av sikkerheten er en stråmann, er det ikke meningen at han skal beholde sikkerheten. Dersom den reelle mottakeren er en kreditor som tidligere har ytet usikret gjeld til debitor, må realiteten objektivt sett være at sikkerheten skal sikre den eldre, usikrede gjelden. Det er da klart at eldre, usikret gjeld blir sikret.⁵² Debitor tilføres ikke noen ny kapital som følge av sikkerhetsstillelsen, men debitors gjeld overfor kreditoren går fra å være en personlig betalingsforpliktelse til et sikret krav. Det skjer da en kreditorbegunstigelse som forklart under punkt 3.1.

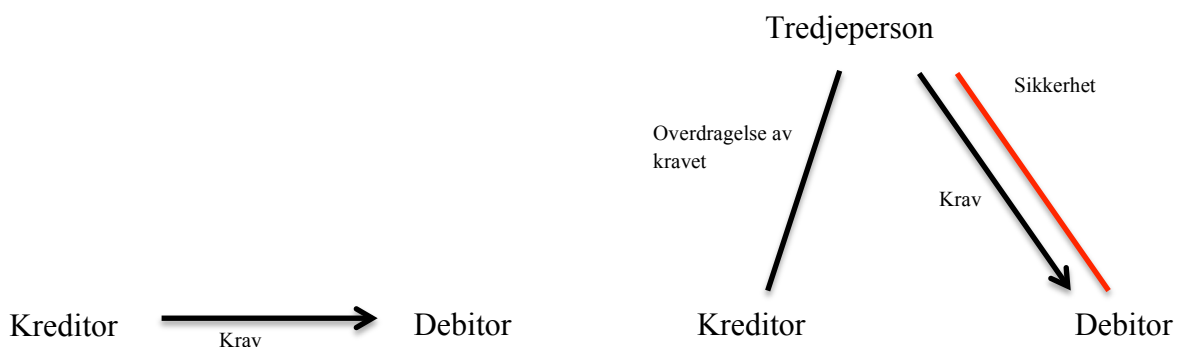
Når tredjepersonen mottar sikkerheten som en stråmann på vegne av en eldre, usikret kreditor, er altså realiteten at sikkerheten er stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Sikkerhetsstillelsen er dermed omstøtelig etter dekn. § 5-7 (1) a.

Virkningen av omstøtelsen blir at kreditoren som den reelle mottakeren må fralegge seg «den berikelse han har oppnådd» ved sikkerhetsstillelsen, jf. dekn. § 5-11 (1) 1. punktum.

Kreditoren oppnår den berikelse at han har en særrett til dekning i stedet for et dividendekrav. Særretten må dermed fralegges slik at han står igjen med et dividendekrav. Kreditors stilling samt dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer blir dermed den samme som dersom sikkerhetsstillelsen ikke ble foretatt.

5.2 Tredjepersonen er kreditor som følge av en transport

Situasjonen kan illustreres med at Marte har et usikret krav på Peder. Marte selger så kravet sitt til tredjepersonen Lars. Dette betegnes som en transport av en fordring. Lars mottar sikkerhet fra Peder for kravet. Situasjonen kalles heretter for transporttilfellet.



⁵² Andenæs, *Konkurs*, s. 343

Bakgrunnen for at Marte selger kravet sitt kan være at kravet på Peder ikke forfaller på en stund, og at hun har behov for umiddelbar dekning. Det kan også være at Marte vet at Peder nærmer seg konkurs og at hun derfor ønsker seg dekning før konkursen.

Bakgrunnen for sikkerhetsstillelsen vil naturligvis for Lars være for å sikre seg mot tap. Det kan være at Lars vet om Peders økonomiske stilling og at han derfor ønsker sikkerhet for sitt krav. Dessuten kan det være at Peder ønsker å hjelpe Marte med å få full dekning pga. Peders dårlige økonomi, men uten å tape selv.

Spørsmålet her er om omstøtelse kan gjøres overfor tredjepersonen Lars når han mottar sikkerhet for et overdratt krav som opprinnelig var usikret.

Etter dekl. § 5-7 (1) a er det sikkerhetsstillelser for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt» som kan omstøtes. Det er ikke et vilkår om at kreditoren for gjelden må være den samme. Ordlyden er ikke til hinder for at «pantsettelse i forbindelse med ombytting av kreditorer kan rammes».⁵³ Det avgjørende er om den «gjeld» som sikres ble «pådratt (...) før sikkerhetsretten ble avtalt».

Den «gjeld» det er stilt sikkerhet for i transporttilfellet er gjelden som debitoren har overfor tredjepersonen. Gjelden kan fremstå som en ny gjeldspost hos debitor da gjeldsforholdet med tredjepersonen som kreditor er nytt.

En overdragelse av et krav fra en kreditor til en tredjeperson utgjør imidlertid bare et kreditorskifte, og dette kreditorskiftet berører ikke selve gjelden.⁵⁴ Gjelden som debitor har overfor tredjepersonen er derfor i realiteten den samme gjelden som debitor hadde overfor den første kreditoren. Det stiftes ikke et nytt lån fra tredjepersonen, og dermed heller ikke noen ny gjeld for debitor. Gjelden overfor tredjepersonen ble dermed «pådratt» allerede da kravet ble stiftet hos den første kreditoren. Når sikkerhet da stilles overfor tredjepersonen som ny kreditor vil sikkerheten være stilt for eldre gjeld.

Transporttilfellet er derfor veldig likt kjernetilfellet. Den eneste forskjellen er at det i transporttilfellet er en ny kreditor for kravet slik at det er den nye kreditoren som mottar sikkerhet. Gjelden går for debitor fra å være en personlig betalingsforpliktelse til et sikret krav. Slik som i kjernetilfellet medfører dermed sikkerhetsstillelsen en kreditorbegunstigelse som nevnt i punkt 3.1.

⁵³ RG 1996-741 s. 754

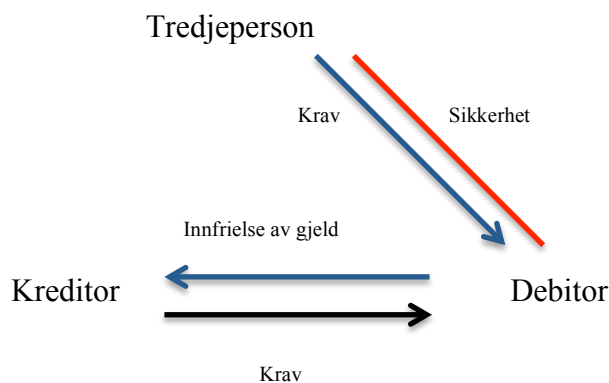
⁵⁴ Huser s. 411

Gjelden som sikres i transporttilfellet er altså klart en gjeld som debitor har «pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt» og må kunne omstøtes.⁵⁵

Tredjepersonen må derfor fralegge seg den berikelsen han har oppnådd ved å motta sikkerheten, jf. dekl. § 5-11 (1) 1. punktum. Uten sikkerhetsstillelsen ville tredjepersonen hatt et dividendekrav. Med sikkerhetsstillelsen har tredjepersonen en særrett til forutsetningsvis full dekning. Særretten på full dekning, eller det mottatte dersom sikkerheten er realisert, utgjør da berikelsen som må fralegges. Tredjepersonen blir dermed stilt som om sikkerhetsstillelsen ikke ble foretatt, og står igjen med et dividendekrav.

5.3 Tredjepersonen er långiver

Situasjonen kan illustreres med at Marte er en kreditor med et usikret krav på Peder. På et senere tidspunkt gir tredjepersonen Lars et lån eller kreditt til Peder mot at han får sikkerhet. Peder benytter så ytelsen fra Lars til å innfri gjelden sin overfor Marte.



Det kan være ulike grunner til at Lars yter lån/kreditt. For eksempel kan det være at Lars er klar over Peders dårlige økonomi, og ønsker å hjelpe ham økonomisk da de er gode venner. Det kan også være at Peder har en forretning, og at Lars yter lån for å sikre fortsatt drift, eller for at Peder skal kunne kjøpe nye varer til forretningen. Dessuten kan det være at Peder er venn med Marte, og ønsker at Peder skal bruke pengene til å dekke gjelden overfor henne før Peder går konkurs. Bakgrunnen for at Lars ønsker sikkerhet kan være de samme grunnene som under transporttilfellet. Peders begrunnelse kan være at han ønsker å sikre fortsatt drift eller styre unna en konkurs under de betingelser som Lars setter. Det kan også være at Peder enten alene eller i samarbeid med Marte ønsker å gi Marte full dekning ved å lure Lars.

⁵⁵ RG 1996-741 s. 754, Huser s. 411, Brækhus s. 112, Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45

I de følgende drøftelsene er spørsmålet om en sikkerhetsstillelse overfor en tredjeperson som yter lån eller kreditt til debitor kan omstøtes etter dekl. § 5-7 (1) a. Det forutsettes i det videre at sikkerhetsretten overfor tredjepersonen ble avtalt samtidig som tredjepersonen yter lånet. Det fremstår derfor som at tilfellet ikke faller under ordlyden om at det er stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Spørsmålet er om disposisjonens realitet innebærer at tilfellet faller under ordlyden.

I proforma-tilfellet under punkt 5.1. var det et spørsmål om hvem som i realiteten mottok sikkerheten. Der tredjepersonen er långiver er det imidlertid tredjepersonen som både etter formen og realiteten mottar sikkerheten. Kreditor får her dekning ved at debitor bruker lånet fra tredjepersonen til å innfri gjelden sin overfor kreditor – men kreditor får ikke en sikkerhetsrett.

Hvorvidt bestemmelsen kan anvendes her, beror på en avklaring av om gjelden overfor tredjepersonen i realiteten er ny eller eldre gjeld – om gjelden er den samme som debitor hadde overfor kreditor. Spørsmålet er om gjelden som det oppnås sikkerhet for ble «pådratt da den opprinnelige gjeldspost ble stiftet» eller da «det nye lånet til innfrielse av eldre gjeld ble stiftet».⁵⁶

I det følgende blir drøftelsen delt opp i tre punkter. Det første punktet behandler konverteringstilfellet, det andre punktet behandler refinansieringstilfellet, og det tredje punktet behandler lånetilfellet. Bakgrunnen for inndelingen er at formålet med lånytelsen kan belyse disposisjonens realitet, slik at utfallet kan bli ulikt.

5.3.1 Konverteringstilfellet

I teorien beskrives konverteringstilfellet som at tredjepersonen yter et lån til debitor mot sikkerhet, hvor lånet er identisk med debitors gjeld overfor kreditor. Tredjepersonen setter som betingelse eller klar forutsetning for lånytelsen at beløpet skal benyttes til å betale debitors gjeld overfor kreditor.⁵⁷ Med «betingelse» eller «klar forutsetning» mener jeg at tredjepersonen har klart uttrykket at lånytelsen skal innfri en bestemt eldre gjeld og ingenting annet. I konverteringstilfellet er det nye lånet eller den nye kreditten identisk med debitors gjeld overfor kreditor, både i henhold til beløp og lånevilkår.

⁵⁶ RG 1996-741 s. 754

⁵⁷ Brækhus s. 112, Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45

Hvorvidt disposisjonen kan omstøtes beror på en vurdering av om disposisjonens realitet faller under ordlyden. Som nevnt i punkt 5.3. er det et spørsmål om gjelden som det oppnås sikkerhet for ble «pådratt da den opprinnelige gjeldspost ble stiftet» eller da «det nye lånet til innfrielse av eldre gjeld ble stiftet».⁵⁸ Spørsmålet krever en nærmere vurdering av avtaleforholdet mellom tredjepersonen og debitor, og derunder lånytelsen og sikkerhetsstillelsen.

Lånet fra tredjepersonen har en egen stiftelsesdato. Det stiftes etter at gjelden overfor kreditor stiftes, og før gjelden overfor kreditor innfris. Gjelden overfor kreditor og tredjepersonen eksisterer dermed i utgangspunktet samtidig. Det fremstår derfor som at det er to forskjellige gjeldsposter, og at lånet fra tredjepersonen ble «pådratt» da dette ble stiftet.

Slik vil imidlertid også situasjonen fremstå der tredjepersonen tenkes borte, og det er kreditor som yter et nytt lån før eller samtidig som debtors eldre gjeld overfor den samme kreditoren blir innfridd. Det er enighet i juridisk teori at der kreditor yter et nytt og identisk lån til debitor mot sikkerhet, og det nye lånet egentlig er en omdannelse av det eldre, usikrede lånet, vil sikkerheten være stilt for eldre gjeld.⁵⁹ En omdannelse av gjeld innebærer at en eldre gjeld blir videreført med samme innhold, men på en ny gjeldspost. Hvorvidt det har skjedd en omdannelse av gjeld, må vurderes på selvstendig grunnlag i det konkrete tilfellet. Sentrale momenter er bl.a. materielle forskjeller mellom de to gjeldsforholdene, formålet med lånene og tidsfaktoren.⁶⁰ For eksempel hvor det nye lånebeløpet fra kreditor er høyere enn det første beløpet fra kreditor, tilsier økningen at det er en ny gjeld. Det samme gjelder dersom det nye lånet har andre lånevilkår i den grad at lånets innhold blir et annet enn innholdet i gjelden som innfris.

En omdannelse av gjeld kan også gjøres ved hjelp av en tredjeperson, og innebærer et bytte av gjeldsposter hvor den nye gjeldsposten har en ny kreditor. Når det for en ny lånytelse er betinget eller klart forutsatt av tredjepersonen at lånet skal innfri eldre gjeld – og lånytelsen er identisk med gjelden den skal innfri – fremstår nettopp dette som et bytte av gjeldsposter hvor innholdet i postene er samme gjeld. For eksempel kan det være at det usikrede kravet som kreditor har på debitor skyldes en lånytelse fra kreditor som skulle brukes til å kjøpe en bil. Gjeldsposten overfor kreditor heter derfor «bilkjøp». Pengene som debitor bruker til å tilbakebetale kreditor representerer da kjøpet av bilen, og sletter dermed gjeldsposten

⁵⁸ RG 1996-741 s. 754

⁵⁹ Huser s. 384, Brækhus s. 106-107, Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45, Andenæs, *Konkurs*, s. 336-337

⁶⁰ Huser s. 384-388

«bilkjøp». Dersom pengene debitor betaler med kommer fra en tredjepersons lånytelse som er identisk med gjelden overfor kreditor – og denne lånytelsen er av tredjepersonen gitt med den betingelse eller klare forutsetning at den skal tilbakebetale kreditor – er innholdet i lånytelsene i realiteten det samme. Gjeldsposten «lån til bilkjøp» overfor kreditor slettes, men gjeldsposten «lån til å dekke lån til bilkjøp» åpnes overfor tredjepersonen og kunne like godt ha blitt kalt «lån til bilkjøp». Selv om det skulle gå lang tid mellom ytelsen fra kreditor og ytelsen fra tredjepersonen, må det anses mistenkelig dersom en slik lånytelse fra tredjepersonen gis mot sikkerhet veldig nær i tid en konkurs hos debitor. Forholdene kan da tilsa at konverteringstilfellet utgjør en omdannelse av gjeld ved hjelp av en tredjeperson – at det skjer en videreføring av eldre gjeld til en ny gjeldspost. Forholdene tilsier da at den sikrede gjelden i realiteten ble «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet.

Den økonomiske realiteten er nemlig at debitor står igjen med like lite kapital og like mye gjeld som om tredjepersonen ikke hadde ytet et nytt lån, samtidig som at dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer er redusert. Objektivt sett medfører en slik betingelse for bruken av lånebeløpet at både lånytelsen fra tredjepersonen og sikkerhetsstillelsen fra debitor klart fremstår som gjort med hensikt til å sikre full dekning for både kreditor og tredjepersonen. Ved sikkerhetsstillelsen vil nemlig tredjepersonen få en særrett til dekning, og grunnet betingelsen for lånytelsen vil kreditor få umiddelbar dekning for sitt usikrede krav på debitor. Når en slik betingelse eller forutsetning for lånytelsen foreligger så tett opp mot konkurs, er det objektivt sett nærliggende å anta at det foreligger en hensikt til å omgå deknl. § 5-7 (1) a.

Det er imidlertid også mulig at det ikke foreligger omgåelseshensikt, eller at det ikke foreligger omgåelseshensikt alene. Hensikten med lånet kan ha vært et ønske fra tredjepersonen om å sikre fortsatt drift hos debitors selskap, for eksempel ved å erstatte en eldre forfalt gjeld med en ny gjeld.

Det var dette som var tilfellet i RG 1996 s. 741 (Nedenes herredsrett). Dommen er en underrettsdom og har liten rettskildemessig vekt. Dommen kan imidlertid ha argumentasjonsverdi, samt illustrere situasjonen hvor et lån er gitt med den klare forutsetning at lånet skal innfri eldre gjeld for å sikre fortsatt drift. I saksforholdet var debitor et selskap (heretter debitor) som drev restaurantvirksomhet. Debitor sto i gjeld til et bryggeri som hadde fremmet en konkursbegjæring. Et tredje selskap (heretter Sound City) betalte gjelden overfor bryggeriet, og bryggeriet trakk så konkursbegjæringen. Sound City mottok sikkerhet fra debitor. Da debitor gikk konkurs, ønsket boet å omstøte sikkerhetsstillelsen overfor Sound

City som sikkerhet for eldre gjeld. Sound City hevdet imidlertid at deres overføring til bryggeriet var en ny gjeldsstiftelse for debitor gjort for å sikre fremtidig drift hos debitor.

Retten påpekte at situasjonen for debtors øvrige kreditorer som følge av disposisjonen var lik som dersom bryggeriet hadde fått sikkerhet for sitt eldre krav.⁶¹ De foretok så en konkret vurdering av hensynet til kreditorfelleskapet og hensynet til nye långiver.⁶² Før lånytelsen var det klart forutsatt at lånet skulle innfri gjelden overfor bryggeriet, og overføringen skjedde direkte fra selskapet til bryggeriet.

«Sound City AS var følgelig fullt ut klar over at eldre usikret gjeld ble erstattet med pantelikret gjeld, og at utbetalingen, lånet og pantet skulle sikre såvel Christiansands Bryggeri som dem selv fullt oppgjør, med den følge at det ble en tilsvarende reduksjon i de aktiva som kunne tjene til dekning av øvrige kreditorer.

Selv om Sound City AS ikke tenkte i retning av pant for eldre gjeld eller omstøtelse, var de klar over de faktiske konsekvenser av de transaksjoner som ble gjort. De var også klar over at den økonomiske situasjonen i Barrique AS var svak, selv om de ved utbetalingen av lånene har ment at dette skulle være tilstrekkelig til å sikre fortsatt drift».⁶³

Retten uttalte at Sound City hadde opplysninger om debtors økonomi som ga dem en grunn til å undersøke økonomien ytterligere. Når slike undersøkelser ikke ble gjort, hadde Sound City «opptrådt på en måte som har utsatt dem for risiko for å få sitt pant omstøtt i en senere konkurs».⁶⁴ Hensynet til Sound City som ny långiver måtte derfor vike for hensynet til kreditorfelleskapet.⁶⁵ Sikkerhetsstillelsen ble omstøtt etter dekl. § 5-7.

Opplysninger eller kunnskap som tredjepersonen har om debtors økonomi kan i noen tilfeller gjenspeile en omgåelseshensikt. Det foreligger for eksempel ingen omgåelseshensikt hvis man ikke tror at debitor nærmer seg insolvens, for hvis debitor ikke nærmer seg insolvens vil det ikke være noen grunn for at debitor skal få et bo som ønsker å omstøte debtors disposisjoner. Dersom man yter et lån til et selskap med et ønske om å sikre fortsatt drift, må det imidlertid være fordi man har kunnskap om at debitor mangler likviditet til å fortsette eller til å betale forfalt gjeld. Dersom lånytelsen foregår så tett opp mot en konkurs som i løpet av

⁶¹ RG 1996 s. 741 s. 754-755

⁶² RG 1996 s. 741 s. 755-757

⁶³ RG 1996 s. 741 s. 755

⁶⁴ RG 1996 s. 741 s. 755-756

⁶⁵ RG 1996 s. 741 s. 756

tre måneder før frisdagen, er det dessuten på dette tidspunktet «generelt sett (...) grunn til å anta at debitor er insolvent og at insolvensen er mer eller mindre kjent».⁶⁶ Med noen enkle undersøkelser vil en kreditor få slik kunnskap. Å la være å foreta slike undersøkelser må da objektivt sett være begrunnet i enten uforsiktighet, eller et forsøk på inneha god tro for å kamuflere et omgåelsesforsøk. Det er nettopp derfor at det fremgår av forarbeidene at det ved anvendelsen av bestemmelsen ikke kreves bevis for verken insolvens hos debitor eller ond tro om debtors økonomi.⁶⁷ En kreditor som da mottar sikkerhet i dette tidsrommet for en lånytelse gitt med den betingelse eller klare forutsetning om at beløpet skal innfri eldre gjeld – uavhengig av om hensikten er å sikre fortsatt drift eller bevisst å omgå bestemmelsen – har utsatt seg selv for den risiko at sikkerhetsstillelsen kan omstøtes dersom sikkerhetsstillelsen anses å være stilt for eldre gjeld.

At man har utsatt seg selv for en risiko for omstøtelse illustrerer imidlertid bare at omstøtelse overfor denne parten ikke vil være urimelig – ikke at det er stilt sikkerhet for eldre gjeld. Etter min mening er det derfor feil å konkludere med at omstøtelse kan gjøres med grunnlag i en hensynsvurdering der hensynet til nye långiver må vike pga. at man har utsatt seg selv for risiko.

Omstøtelsesregelen i dekl. § 5-7 (1) a er objektiv, og anvendelsen av bestemmelsen må derfor begrunnes med at disposisjonen etter sin objektive realitet er omstøtelig. Realiteten i RG 1996 s. 741 var at Sound City ga et lån til debitor slik at debitor skulle ha gjeld overfor Sound City i stedet for bryggeriet. Denne realiteten bevises objektivt sett av at det ved lånytelsen var klart forutsatt at lånet skulle innfri gjelden overfor bryggeriet. At hensikten var å sikre fortsatt drift hos debitor, forandrer ikke at det skjedde en ombytting av gjeldspost fra gjeld overfor bryggeriet til gjeld overfor Sound City. Dersom en slik lånytelse er identisk i beløp og vilkår som gjelden den skal innfri, har ikke den nye lånytelsen et annet innhold enn gjelden den skal innfri. Når sikkerhet da stilles overfor det nye lånet, er realiteten den at det er stilt sikkerhet for en eldre gjeld på en ny gjeldspost med en ny kreditor.

Det er nettopp tilfellene hvor opprinnelig usikret gjeld senere blir sikret som er ment å rammes av bestemmelsen.⁶⁸ I slike tilfeller tilføres ikke debitor ny kapital. Når lånytelsen fra tredjepersonen er betinget eller klart forutsatt til å innfri identisk, eldre gjeld, er ikke pengene ment å tilføre debitor kapital, og de kan heller ikke sies å tilføre debitor ny kapital. Debtors

⁶⁶ NOU 1972:20 s. 294

⁶⁷ NOU 1972:20 s. 294

⁶⁸ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169

kreditorer kan aldri søke dekning i pengene fra lånytelsen. Pengene innfrier bare eldre gjeld slik at debitor har samme gjeldsbeløp på samme vilkår overfor en annen.

I juridisk teori er det til dels uenighet om omstøtelse kan gjøres i konverteringstilfellet. Huser skriver at sikkerhetsstillelsen ikke kan omstøtes overfor tredjepersonen «bare fordi hans ytelse benyttes til innfrielse av debtors forpliktelse overfor én eller flere andre kreditorer».⁶⁹ Han kommenterer ikke situasjonen hvor det er stilt som betingelse for lånytelsen at beløpet benyttes til å innfri eldre gjeld. Han foretar imidlertid en sammenligning av transporttilfellet og situasjonen generelt hvor tredjepersonen er en långiver.

Blant annet skriver han at hvor tredjeperson er långiver så påtar debitor seg en ny forpliktelse fordi han mottar kreditt og han kan «i mangel av motsatt avtale benytte pengene til hva han vil».⁷⁰ Også Andenæs skriver at den nye långiveren «har mottatt sikkerhet mot å yte kreditt», og knytter det konkret til når tredjepersonen har gitt en lånytelse som er betinget eller klart forutsatt til å innfri eldre gjeld.⁷¹ Som påpekt overfor er realiteten imidlertid den at debitor ikke blir – og heller ikke er tiltenkt å bli – tilført kreditt i konverteringstilfellet. Debitor påtar seg derfor ikke en ny forpliktelse ved lånytelsen – han har bare en ny kreditor å forholde seg til. I realiteten skjer det egentlig bare et kreditorskifte. På den måten fremstår konverteringstilfellet i realiteten som en kamuflert eller alternativ transport av kreditors fordring på debitor til tredjepersonen gjennom en omdannelse av gjelden.

At det i konverteringstilfellet i realiteten skjer et kreditorskifte ved at gjelden får en formell fornyelse, er bakgrunnen for at Brækhus mener at bestemmelsen «utvilsomt komme[r] til anvendelse i de rene konverteringstilfellene».⁷² Han skriver at «Når hverken kreditorskiftet eller fornyelsen hver for seg hindrer omstøtelse, kan heller ikke den planmessige kombinasjonen av de to forhold gjøre det».⁷³ Også Sandvik er av denne oppfatning, og viser til at det «At fordringen overdras, medfører selvsagt ikke at det blir tale om ny gjeld. Av denne grunn må en også gi § 5-7 anvendelse der det mot pant gis lån til innfrielse, konvertering av eldre, usikret gjeld».⁷⁴

Huser viser imidlertid til at omstøtelse overfor tredjepersonen etter dekl. § 5-7 ikke er like nødvendig for boet når tredjepersonen er långiver, som i transporttilfellet hvor kravet

⁶⁹ Huser s. 413

⁷⁰ Huser s. 412

⁷¹ Andenæs, *Konkurs*, s. 343-344

⁷² Brækhus s. 112. Brækhus skriver om konkursloven § 45 som er videreført i dagens dekl. § 5-7

⁷³ Brækhus s. 112

⁷⁴ Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45

overdras. Han viser til at boet i transporttilfellet er avhengig av å kunne omstøte overfor tredjepersonen etter § 5-7 fordi omstøtelse overfor kreditoren ikke kan gjøres etter dekl. § 5-5 da han ikke mottar betaling fra debitor, men fra tredjepersonen.⁷⁵ Hvorvidt omstøtelse kan gjøres etter andre bestemmelser kan imidlertid ikke ha betydning for realiteten av en disposisjon – det er heller av betydning dersom man vurderer en utvidende tolkning av dekl. § 5-7.

Huser mener dessuten at situasjonen for tredjepersonen er forskjellig i transporttilfellet og i tilfellet hvor tredjepersonen er långiver.⁷⁶ Han mener det er mistenkelig dersom en tredjeperson i transporttilfellet får sikkerhet fra debitor – tredjepersonen burde ha krevd prisavslag eller sikkerhet fra kreditor dersom han vurderte kravet som usikkert.⁷⁷ Huser vurderer imidlertid kun transporttilfellet opp mot situasjonen der tredjepersonen ikke visste, visste eller burde forstå at lånytelsen skulle innfri eldre gjeld.⁷⁸ Dette er gjenstand for vurdering under punkt 5.3.3. Der lånytelsen er betinget eller klart forutsatt til å innfri eldre gjeld, er imidlertid situasjonen lik som for tredjepersonen i transporttilfellet. Dersom tredjepersonen vurderer debtors økonomi som usikker, kan han enten kreve sikkerhet fra kreditor som får gjelden sin innfridd, eller fra debitor som han selv blir kreditor for. Det mistenkelige er å be om sikkerhet fra debitor for en lånytelse som tredjepersonen klart har forutsatt at skal innfri en eldre, usikret gjeld på et tidspunkt hvor det «generelt sett er grunn til å anta at debitor er insolvent og insolvensen er mer eller mindre kjent».⁷⁹

Huser konkluderer med at det er mye som taler mot at omstøtelse kan gjøres når tredjeperson er långiver «med mindre det dreier seg om et omgåelsesforsøk» eller dersom «en identisk lånesum overføres direkte fra K2 til K1».⁸⁰ Han kommenterer som sagt ikke situasjonen hvor det er stilt som betingelse for lånytelsen at beløpet benyttes til å innfri eldre gjeld. Han gir heller ikke et eksempel på hva som utgjør et omgåelsesforsøk.

Dersom tredjepersonens hensikt med lånytelsen er å omgå bestemmelsen – og lånytelsen faktisk benyttes til å innfri eldre gjeld samt at tredjepersonen får sikkerhet – må disposisjonens realitet klart være at eldre, usikret gjeld blir sikret. Da har han hatt til hensikt – og lykkes med – å overta eldre gjeld og motta sikkerhet for denne, kamuflert ved en ny

⁷⁵ Huser s. 412

⁷⁶ Huser s. 412

⁷⁷ Huser s. 413

⁷⁸ Huser s. 413

⁷⁹ NOU 1972:20 s. 294

⁸⁰ Huser s. 415

gjeldsstiftelse. Hensikt er imidlertid subjektivt og kan være vanskelig å bevise. Det er nettopp derfor det er tilstrekkelig for omstøtelsesadgangen at sikkerhetsstillelsen etter de objektive forhold er stilt for eldre gjeld.

Objektivt sett utgjør et lån som fra tredjepersonen er gitt med den betingelse eller klare forutsetning at det skal innfri eldre gjeld – når lånet er identisk med gjelden det skal innfri – i realiteten en videreføring av den eldre gjelden. Betingelsen medfører som sagt at debitor ikke tilføres og heller ikke er tiltenkt å tilføres ny kapital. Det er derfor ikke slik at debitor velger å bruke ny kapital på å innfri eldre gjeld, slik at bruken av lånet reduserer dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer. Det er selve sikkerhetsstillelsen som reduserer dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer da den i realiteten sikrer eldre, usikret gjeld. Tredjepersonen blir da kreditorbegunstiget. Tilfellet er derfor likt kjernetilfellet og transporttilfellet. Den nye stiftelsesdatoen endrer ikke gjelden, bare kreditoren. Gjelden overfor tredjepersonen må da anses som «pådratt» ved stiftelsen av den eldre kreditorens krav, slik at det er stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt».

Konklusjonen er da at omstøtelse kan gjøres i konverteringstilfellet.

Andenæs mener at omstøtelse ikke kan gjøres fordi den nye långiveren «ville lide tap hvis sikkerheten skulle omstøtes».⁸¹ Dette argumentet knytter seg imidlertid til virkningen av omstøtelse, og ville vært relevant dersom det var et spørsmål om å foreta en utvidende tolkning av anvendelsesområdet til dekl. § 5-7. I konverteringstilfellet faller imidlertid disposisjonens realitet under ordlyden i dekl. § 5-7 (1) a, og kan derfor omstøtes.

Virkningen av at sikkerhetsstillelsen omstøtes er at tredjepersonen må fralegge seg «den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen». Han blir dermed stilt slik «situasjonen for mottakeren ville vært hvis disposisjonen ikke hadde vært foretatt».⁸² Som redegjort for under punkt 3.3. må man legge til grunn det hendelsesforløp som «ligger nær opptil det som faktisk skjedde».⁸³ At mottakeren hevder at han ikke ville ha gitt lånytelsen uten sikkerhet slik at sikkerheten ikke er en «berikelse», er ikke det hendelsesforløp som ligger nærest opp til det som faktisk skjedde. Det som faktisk skjedde var at tredjepersonen ytet et lån til å innfri eldre gjeld, og at debitor stilte sikkerhet overfor tredjepersonen. Dersom

⁸¹ Andenæs, *Konkurs*, s. 344

⁸² Rt. 1996-1647 s. 1653

⁸³ Rt. 1996-1647 s. 1653, Huser s. 573-574, Andenæs, *Konkurs*, s. 376

sikkerhetsstillelsen ikke hadde vært foretatt, vil hendelsesforløpet som ligger nærest opp til det som faktisk skjedde være at tredjepersonen ytet et lån til å innfri eldre gjeld. Han ville da hatt et usikret krav på debitor. Tredjepersonen blir dermed beriket ved sikkerhetsstillelsen i den forstand at han får forutsetningsvis full dekning i stedet for dividende. Han må derfor fralegge seg særretten til full dekning, eller den mottatte dekning dersom sikkerheten er realisert.

5.3.2 Refinansieringstilfellet

Situasjonen er her den samme som under konverteringstilfellet. Forskjellen er at lånytelsen fra tredjepersonen har andre lånevilkår enn gjelden den skal innfri. Også her er det et spørsmål om gjelden som det oppnås sikkerhet for ble «pådratt da den opprinnelige gjeldspost ble stiftet» eller da «det nye lånet til innfrielse av eldre gjeld ble stiftet».⁸⁴

Lånytelsen i refinansieringstilfellet vil i likhet med lånytelsen i konverteringstilfellet ha til formål å innfri og erstatte eldre gjeld, da den inneholder en betingelse eller klar forutsetning om slik innfrielse. Det fremstår da som et bytte av gjeldsposter hos debitor hvor eldre gjeld blir videreført med en ny kreditor. Selv om den nye lånytelsen skal innfri og erstatte eldre gjeld, kan imidlertid lånets lånevilkår tilsi at innholdet i lånet er et annet enn innholdet i gjelden som lånet skal innfri. Lånet fremstår da objektivt sett som en ny gjeld «pådratt» ved stiftelsen av den nye lånytelsen.

Dersom forskjellene i vilkårene er marginale, fremstår ikke innholdet i den nye lånytelsen som å være et annet innhold enn innholdet i gjelden den skal innfri. Det nye lånet vil ikke da oppleves som en ny gjeld for debitor, eller et annet krav for tredjepersonen. De nye vilkårene fremstår heller som en måte å omgå bestemmelsen på ved å få det nye lånet til å fremstå som ny gjeld. Objektivt sett fremstår derfor den nye lånytelsen i realiteten som den samme gjelden som den lånet skal innfri. Situasjonen er derfor i realiteten den samme som konverteringstilfellet, slik at sikkerhetsstillelsen kan omstøtes.

Dersom forskjellene i lånevilkårene er større, reelle forskjeller, fremstår imidlertid lånets innhold som et annet enn innholdet i gjelden lånet skal innfri.

⁸⁴ RG 1996-741 s. 754

Et lån med reelt gunstigere lånevilkår sammenlignet med gjelden den skal innfri, vil for debitor være enklere å håndtere. Dersom rentene er lavere enn rentene på lånet fra kreditor, vil debitor ha en redusert kostnad ved lånytelsen fra tredjepersonen. Tredjepersonen vil ha en tilsvarende redusert renteinntekt enn hva kreditor hadde. For både debitor og tredjepersonen vil dermed den nye lånytelsen oppleves som ny gjeld.

Formålet med lånytelsen fremstår objektivt sett som en redningsaksjon. Selv om det av forarbeidene fremgår at de tre siste månedene før fristdagen er en tid hvor det «generelt sett er grunn til å anta at debitor er insolvent»,⁸⁵ vil det ikke alltid være slik at kreditor allerede er insolvent. En redningsaksjon innebærer nemlig at tredjepersonen har vurdert debitors økonomi. Basert på vurderingen har tredjepersonen ansett det å yte et nytt lån med gunstige vilkår til å innfri eldre, dyrere gjeld, som en reell mulighet til å redde debitor fra konkurs. Det fremgår av gjeldsordningsloven § 1-4 (2) a at «forsvarlige lånopptak til refinansiering» ikke anses som «støtende for andre skyldnere eller samfunnet».⁸⁶ Tvert i mot er det ønskelig både i konkursretten og samfunnet generelt med refinansierende lån som har til formål å gi lavere kostnader og unngå konkurs hos debitor. Ved lavere kostnader kan det nemlig bli mer penger igjen til betjening av debitors gjeld overfor øvrige kreditorer. Lånytelsen innebærer imidlertid en risiko for tredjepersonen, og det er derfor ikke mistenkelig at han ønsker sikkerhet for lånet. Sikkerheten balanserer risikoen tredjepersonen tar ved de gunstige vilkårene, samtidig som den medfører at debitor får en lavere kostnad enn ved å beholde den usikrede gjelden overfor kreditor. Sikkerhetsstillelsen kan derfor ikke anses som illojal overfor debitors øvrige kreditorer.

Selv om lånytelsen er gitt med den betingelse eller klare forutsetning om at den skal innfri eldre gjeld, er det overordnede formålet å gi debitor en billigere og mer håndterbar gjeld. Realiteten er også at debitor får en billigere og mer håndterbar gjeld, da sikkerhetsstillelsen medfører at debitor sparer penger og står igjen med mer kapital. Lånevilkårene må derfor anses å gi lånytelsen et annet innhold enn innholdet i gjelden den skal innfri. Objektivt sett fremstår dermed lånytelsen i realiteten som en ny gjeld «pådratt» ved stiftelsen av det nye lånet, når lånytelsen har reelt gunstigere lånevilkår enn gjelden den skal innfri. Det er derfor

⁸⁵ NOU 1972:20 s. 294

⁸⁶ Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv.

ikke stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Omstøtelse kan dermed ikke gjøres etter dekl. § 5-7 (1) a.

Et lån med reelt skjerpede lånevilkår sammenlignet med gjelden den skal innfri, vil for debitor være vanskeligere å håndtere. Dersom rentene er høyere enn rentene på lånet fra kreditor, vil debitor ha en økt kostnad ved lånytelsen. Tredjepersonen vil ha en tilsvarende økt renteinntekt enn hva kreditor hadde. For debitor og tredjepersonen oppleves derfor lånytelsen som ny gjeld. Det har dessuten «formodningen mot seg at debitor skulle gå med på å gi sikkerhet i tillegg til en skjerpelse av vilkårene» på den eldre gjelden.⁸⁷ Det er mer sannsynlig at debitor gir sikkerhet for en ny gjeld med skjerpede vilkår for å innfri eldre, forfalt gjeld eller som nærmer seg forfall, i et forsøk på å unngå konkursbegjæring. Objektivt sett fremstår derfor den nye lånytelsen i realiteten som en ny og dyrere gjeld med et annet innhold enn innholdet i gjelden den skal innfri, når lånevilkårene er reelt skjerpet. Lånytelsen utgjør da ny gjeld «pådratt» ved stiftelsen av det nye lånet, slik at sikkerheten ikke er stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Sikkerheten kan derfor ikke omstøtes etter dekl. § 5-7 (1) a.

Formålet med lånytelsen fra tredjepersonens side fremstår imidlertid ikke som en langsiktig redningsaksjon, da den medfører økte kostnader for debitor. Når lånytelsen ikke tilfører eller medfører spart kapital hos debitor, og lånytelsen gis med den betingelse eller klare forutsetning at den skal innfri eldre gjeld mot sikkerhet, foreligger det kanskje et avtalt spill mellom tredjepersonen og kreditor. Situasjonen fremstår uansett som mistenkelig, og omstøtelse av betalingen overfor kreditor kan tenkes etter dekl. §§ 5-5 eller 5-9.

5.3.3 Lånetilfellet

Lånetilfellet kan illustreres med at Marte har et usikret krav på Peder, og at Lars senere yter et lån til Peder mot sikkerhet. Peder bruker det nye lånet til å innfri gjelden overfor Marte. Lars har ved lånytelsen ikke satt som betingelse eller klar forutsetning at pengene skal innfri eldre gjeld. Det kan imidlertid være at Lars vet eller burde forstå at Peder skal bruke pengene til å innfri eldre gjeld. Det kan også være at Lars er helt uvitende og ikke burde forstå at Peder skal bruke pengene til å innfri eldre gjeld.

⁸⁷ Huser s. 388

Det er altså stiftet og ytet et nytt lån fra en tredjeperson. Når sikkerhet avtales for dette lånet samtidig som lånet ytes, fremstår det ikke som at det er stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Det må likevel vurderes om disposisjonens realitet faller under ordlyden. Spørsmålet er som nevnt under punkt 5.3. om gjelden som det oppnås sikkerhet for ble «pådratt» da den opprinnelige gjeldsposten ble stiftet, eller da det nye lånet som innfrir den eldre gjelden ble stiftet.

Lånet fra tredjepersonen har en egen stiftelsesdato. I likhet med konverteringstilfellet stiftes det etter at gjelden overfor kreditor stiftes, og før gjelden overfor kreditor innfris. Gjelden overfor kreditor og tredjepersonen eksisterer dermed i utgangspunktet samtidig. Det fremstår derfor som at debtors gjeld overfor kreditor og tredjepersonen utgjør to forskjellige gjeldsposter, og at lånet fra tredjepersonen ble «pådratt» da dette ble stiftet.

Når det nye lånet brukes til å innfri debtors eldre gjeld overfor kreditor, blir imidlertid gjeldsposten overfor kreditor slettet. Den økonomiske realiteten er da at debitor står igjen med like lite kapital og like mye gjeld som om tredjepersonen ikke hadde ytet et nytt lån, samt at tredjepersonen har fått en særrett til dekning. På samme måte som i kjernetilfellet hvor kreditor mottar sikkerhet for eldre gjeld, vil debtors øvrige kreditorer da ha en redusert dekningsmulighet ved debtors konkurs.

I motsetning til kjernetilfellet, transporttilfellet og konverteringstilfellet, er det imidlertid ikke sikkerhetsstillelsen som forårsaker at debtors øvrige kreditorer får en redusert dekningsmulighet ved debtors konkurs. Sikkerhetsstillelsen medfører nemlig som vi skal se at debitor får ny kapital.

For å avgjøre om realiteten er at debitor tilføres ny kapital, eller om det skjer en omdannelse av eldre gjeld, må man se på avtaleforholdet mellom debitor og tredjepersonen.

Når lånytelsen fra tredjepersonen ikke inneholder noen betingelse eller klar forutsetning om hva lånytelsen skal benyttes til, må det objektivt sett kunne fastslås at debitor kan bruke lånytelsen til hva han selv ønsker. Dersom debitor går konkurs, kan debtors kreditorer ved boet i utgangspunktet søke dekning i disse pengene eller den gjenstanden han har kjøpt med pengene. Når lånet da ytes mot sikkerhet, medfører sikkerhetsstillelsen objektivt sett at debitor tilføres ny og fri kapital.

Dersom lånytelsen er betinget eller klart forutsatt til et annet formål enn å innfri eldre gjeld – for eksempel til å kjøpe driftstilbehør til debtors forretning – kan ikke debitor bruke lånet til hva han vil. Ved en konkurs kan imidlertid debtors kreditorer ved boet i utgangspunktet søke dekning i driftstilbehøret han kjøpte med lånet. Sikkerheten som debitor stiller overfor tredjepersonen må derfor også i dette tilfellet objektivt sett anses å tilføre debitor ny kapital.

Andenæs og Huser anser også lånytelsen i lånetilfellet som ny kapital.⁸⁸ Tredjepersonen velger å tilføre debitor denne kapitalen uavhengig av debtors avtaleforhold med kreditoren. I motsetning til transporttilfellet er det derfor ikke mistenkelig at tredjepersonen ber om sikkerhet fra debitor og ikke kreditor, dersom han vurderer debtors økonomi som usikker.⁸⁹

Siden sikkerhetsstillelsen tilfører debitor ny kapital, reduserer ikke sikkerhetsstillelsen dekningsmuligheten til debtors øvrige kreditorer. Dersom debitor velger å bruke lånytelsen fra tredjepersonen til å innfri eldre gjeld – uavhengig av om lånytelsen var fri eller betinget til å kjøpe for eksempel driftstilbehør – så reduseres imidlertid dekningsmuligheten til debtors øvrige kreditorer. Det er da debtors bruk av pengene som reduserer dekningsmuligheten. Hadde debitor ikke brukt pengene til å innfri eldre gjeld, kunne debtors øvrige kreditorer ved boet i utgangspunktet søkt dekning i pengene eller det debitor hadde kjøpt for pengene.

Lånetilfellet skiller seg derfor fra konverteringstilfellet. Som redegjort for under punkt 5.3.1. er lånytelsen i konverteringstilfellet betinget eller klart forutsatt til å innfri eldre, identisk gjeld, slik at den eldre gjelden videreføres på en ny gjeldspost. Lånytelsen er ikke da tiltenkt å tilføre debitor ny kapital, og den tilfører heller ikke debitor ny kapital. I stedet blir eldre, usikret gjeld sikret. Det er da sikkerhetsstillelsen som reduserer dekningsmuligheten til debtors øvrige kreditorer. Tredjepersonen blir da kreditorbegunstiget som forklart under punkt 3.1. Tredjepersonen i lånetilfellet blir motsetningsvis ikke kreditorbegunstiget; Siden debitor tilføres ny kapital, må lånytelsen i realiteten være en ny gjeld «pådratt» ved stiftelsen av denne. Tredjepersonen får ikke da sikkerhet for et eldre, usikret krav.

I juridisk teori har det blitt drøftet om tredjepersonens kunnskap eller tro vedrørende bruken av lånytelsen til å innfri eldre gjeld, har betydning for anvendelsen av bestemmelsen på lånetilfellet. Brækhus hevder at det er klart at bestemmelsen ikke kan anvendes når tredjepersonen «var helt uvitende om at lånet skulle brukes til dekning av eldre gjeld», for eksempel dersom debitor har «anmodet om og fått lånet for å kunne kjøpe inn nye varer til sin

⁸⁸ Huser s. 412, Andenæs, *Konkurs*, s. 344

⁸⁹ Huser s. 413

forretning; i strid med dette bruker han det til å betale ut eldre kreditorer».⁹⁰ Han antar imidlertid at omstøtelse må kunne gjøres når tredjepersonen visste eller burde forstå at lånytelsen skulle brukes til å innfri eldre gjeld. Han skriver at;

«I endel tilfelle av denne type vil konkursboet kunne kreve omstøtelse efter den almindelige subjektive regel. Men boet har i så fall bevisbyrden så vel for at bedriften var insolvent på lånetiden og at banken kjente eller burde kjenne til det, som for at boet er blitt taplidende ved pantsettelsen. Hvis § 45 kommer til anvendelse, er det tilstrekkelig at boet fører bevis for at banken visste eller burde forstått at lånet ville bli brukt til betaling av eldre gjeld».⁹¹

Brækhus viser imidlertid ikke til noen begrunnelse eller hjemmel for sitt standpunkt om at boet skal eller kan føre bevis for at tredjeperson visste eller burde ha forstått at lånytelsen skulle innfri eldre gjeld. Han knytter heller ingen kommentar til hvorvidt det er problematisk å foreta en slik subjektiv bevisvurdering etter en objektiv omstøtelsesregel.

Andenæs mener det er tvilsomt om det er grunnlag for å gi bestemmelsen anvendelse bare fordi långiveren visste eller burde forstå at debitor skulle bruke lånytelsen til å innfri eldre gjeld; den nye långiveren «har mottatt sikkerhet mot å yte kreditt»,⁹² slik at han ikke blir begunstiget av sikkerhetsstillelsen. Huser viser til det nevnte sitatet fra Brækhus, og påpeker at en slik subjektiv bevisvurdering vil «neppe være noen heldig regel, og et slikt subjektivt rekvisitt er da også helt i strid med bestemmelsens objektive karakter».⁹³

Det er klart at et slikt subjektivt rekvisitt vil påvirke hvorvidt omstøtelse vil være rimelig. Det er mindre urimelig med omstøtelse overfor en tredjeperson som visste eller burde forstå at debitor skulle bruke pengene til å innfri eldre gjeld, enn overfor en tredjeperson som ikke visste og heller ikke burde forstå det.

Tredjepersonens kunnskap eller tro påvirker imidlertid ikke disposisjonens realitet – lånytelsen vil fortsatt utgjøre frisk kapital da den etter debtors og tredjepersonens avtaleforhold kan eller skal brukes til noe annet enn å innfri eldre gjeld. Lånytelsen utgjør derfor en selvstendig gjeldsforpliktelse for debitor. Det er debitor som tar den endelige beslutningen om hvordan han velger å bruke pengene. Uavhengig av tredjepersonens

⁹⁰ Brækhus s. 112

⁹¹ Brækhus s. 113. Deknl. § 5-7 er en videreføring av konkursloven § 45.

⁹² Andenæs, *Konkurs*, s. 344

⁹³ Huser s. 413

kunnskap eller onde tro, er realiteten den at lånytelsen fra tredjepersonen utgjør en ny gjeld som blir «pådratt» ved stiftelsen av det nye lånet. Det er dermed ikke stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Deknl. § 5-7 (1) a kan derfor ikke anvendes til å omstøtes sikkerhetsstillelsen.

Huser mener likevel at omstøtelse kan gjøres i lånetilfellet dersom det foreligger et omgåelsesforsøk.⁹⁴ Han gir imidlertid ingen konkrete eksempler på når det kan foreligge omgåelsesforsøk i lånetilfellet, eller hvem eller hvor mange av partene som må ha omgåelseshensikt.

Dersom Huser sikter til der omgåelseshensikten foreligger hos debitor og kreditor i lånetilfellet – men ikke hos tredjepersonen – kan man forestille seg to scenarier. Det ene er at debitor og kreditor har fått tredjeperson til å yte et lån mot sikkerhet, og at tredjepersonen ikke visste og heller ikke burde forstå at debitor skulle bruke pengene til å innfri eldre gjeld. Tredjepersonen har da blitt lurt. Det andre er at debitor og kreditor har fått tredjepersonen til å yte et lån mot sikkerhet, og tredjepersonen visste eller burde forstå at debitor skulle bruke pengene til å innfri eldre gjeld. Dersom det foreligger et slikt avtalt spill mellom debitor og kreditor om å anvende en tredjeperson for å omgå bestemmelsen, er arrangementet fra deres side ment som en omdannelse av gjeld ved bruk av en tredjeperson. Debitor er likevel forpliktet overfor tredjepersonen, og det er i avtaleforholdet mellom debitor og tredjepersonen gitt ny kapital slik at det er stilt sikkerhet for ny gjeld. Omstøtelse kan derfor ikke gjøres overfor tredjepersonen. Omstøtelse etter bestemmelsen kan heller ikke gjøres overfor kreditor, da sikkerheten ikke er stilt overfor ham verken etter formen eller realiteten. Det antas derfor av de overnevnte grunner at Huser ikke sikter til tilfellet hvor omgåelseshensikten er hos debitor og kreditor, når han uttaler at omstøtelse bør kunne gjøres etter bestemmelsen i lånetilfellet når det foreligger omgåelsesforsøk.

Det andre aktuelle tilfellet er der det foreligger omgåelseshensikt hos tredjepersonen og debitor (og evt. kreditor), slik at kreditor får full dekning uten å motta sikkerhet. Hensikten innebærer da å erstatte usikret gjeld med pantesikret gjeld uten at tredjepersonen lider tap. Når det foreligger en slik omgåelseshensikt hos tredjepersonen og debitor, vil det være en klar forutsetning – og muligens også en betingelse – for lånytelsen fra tredjepersonen at pengene skal innfri eldre gjeld. Tilfellet faller derfor under konverteringstilfellet. Dersom det er dette tilfellet Huser sikter til, er tilfellet allerede redegjort for under punkt 5.3.1.

⁹⁴ Huser s. 415

Av drøftelsen over må konklusjonen derfor være at dekl. § 5-7 (1) a ikke kan anvendes til å omstøte sikkerhetsstillelser overfor en tredjeperson i lånetilfellet. Når tredjepersonen yter et lån uten en betingelse eller klar forutsetning om at lånytelsen skal innfri eldre gjeld, stilles sikkerheten for ny gjeld. Etter ordlyden er det uten betydning om tredjepersonen visste eller burde forstå at debitor skulle bruke lånytelsen til å innfri eldre gjeld. Dersom tredjepersonens kunnskap eller onde tro likevel skal medføre at omstøtelse kan gjøres etter bestemmelsen – fordi hensynet til kreditorfelleskapet i dette tilfellet burde veie tyngre enn hensynet til tredjepersonen – må det foretas en utvidende tolkning av bestemmelsen.

En utvidende tolkning av lovteksten innebærer at man gir bestemmelsen anvendelse på et tilfelle som ikke faller inn under lovtekstens ordlyd, men som ligner på de tilfeller som omfattes av ordlyden.

Når tredjepersonen visste eller burde forstå at debitor skulle bruke lånytelsen til å innfri eldre gjeld, er han mer å bebreide for den reduserte dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer enn dersom tredjepersonen var uvitende og ikke burde forstå at debitor skulle bruke ytelsen til å innfri eldre gjeld. På den måten er tilfellet hvor tredjepersonen hadde slik kunnskap eller ond tro likt kjernetilfellet, transporttilfellet og konverteringstilfellet hvor mottakeren av sikkerheten er medvirkende til den reduserte dekningsmuligheten. Formålet med bestemmelsen er jo å hindre samt reparere slik forfordeling av kreditorene. Hensynet til kreditorfelleskapet skulle da tilsi at omstøtelse også burde kunne gjøres overfor en slik tredjeperson med kunnskap eller ond tro om debitors planlagte bruk av lånytelsen. Som tidligere redegjort for er det dessuten klart at omstøtelse ikke vil være like urimelig overfor en tredjeperson som visste eller burde forstå at debitor skulle bruke lånytelsen til å innfri eldre gjeld, enn for en tredjeperson som var uvitende og ikke burde forstå dette.

De objektive omstøtelsesreglene er imidlertid utformet objektivt for å ramme de disposisjoner som etter sin art er presumptivt illojale, slik at bestemmelsene blir enkle å praktisere. I hver av de objektive omstøtelsesreglene har derfor lovgiver tatt et konkret standpunkt til hvilke disposisjoner som er presumptivt illojale, slik at de rammer bestemte disposisjoner og ikke enhver forfordeling av kreditorene. I dekl. § 5-7 (1) a er den bestemte disposisjonen sikkerhetsstillelse for eldre gjeld i et bestemt tidsrom, fordi slike disposisjoner etter sin art er presumptivt illojalt. Omstøtelse etter bestemmelsen blir da enkel å praktisere fordi det kan gjøres uten at det må føres bevis for verken insolvens eller god tro. Lovgivers vilje kommer derfor klart frem gjennom lovtekstens ordlyd og forarbeider. Når en disposisjon da verken

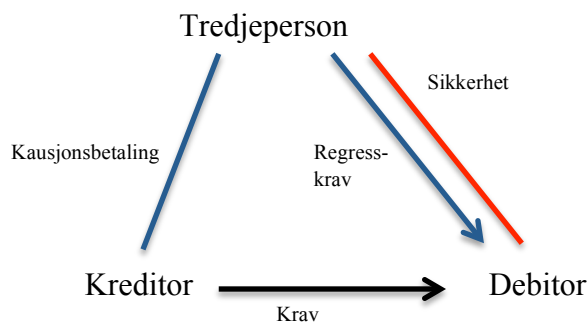
etter formen eller realiteten utgjør sikkerhet for eldre gjeld – og dermed ikke er presumptivt illojalt – vil praktiseringen av bestemmelsen bli vanskeligere og være i mot lovgivers hensikt hvis man skal innta en subjektiv vurdering av tredjepersonens kunnskap eller onde tro, samt la dette veie tyngre enn disposisjonens realitet. Da rammer bestemmelsen et tilfelle som ikke er presumptivt illojalt i tillegg til at det legges til en subjektiv vurdering.

Dessuten vil det i lånetilfellet skje en kreditorbegunstigelse hos kreditor ved at han får betaling. Det kan derfor søkes omstøtelse overfor kreditor etter dekl. § 5-5 om ekstraordinær betaling. Der bruken av en tredjeperson har vært et avtalt spill mellom debitor og kreditor – noe det også typisk vil være – kan omstøtelse dessuten søkes etter dekl. § 5-9 overfor kreditor som den reelt begunstigede. Når det foreligger et avtalt spill mellom debitor og kreditor i lånetilfellet, vil normalt vilkårene i § 5-9 være oppfylt. Dermed vil boet få tilbakeført det de har tapt som følge av betalingen overfor kreditor, og det er den reelt begunstigede og ikke den uaktsomme tredjepersonen som blir rammet av omstøtelsen. Verken likhetshensyn eller lovgivers vilje tilsier da en utvidende tolkning av dekl. § 5-7 (1) a, og det kan pga. omstøtelsesmuligheten overfor kreditor etter dekl. §§ 5-5 og 5-9 da heller ikke sies å foreligge et reelt dekningsbehov for en slik utvidende tolkning.

Konklusjonen er at dekl. § 5-7 (1) a ikke kan anvendes til å omstøte sikkerhetsstillelser i lånetilfellet.

5.4 Tredjepersonen er kausjonist

Situasjonen er her at Marte har et krav på Peder, og Lars er kausjonist. Martes krav på Peder forfaller uten at Peder betaler. I sin stilling som kausjonist innfrir så Lars Peders gjeld overfor Marte. Lars har mottatt sikkerhet av Peder for sitt regresskrav. Peder går så konkurs.



Tidspunktet når tredjepersonen inngår avtale med debitor og kreditor hvor han forplikter seg til å kausjonere for debitor overfor kreditor, vil heretter omtales som inngåelsen av kausjonsavtalen. Kausjonsforpliktelsen som stiftes ved inngåelsen av kausjonsavtalen er normalt betinget av at kausjonisten kan kreve regress overfor debitor dersom kausjonisten må innfri debitors gjeld. Regresskravet er identisk med debitors gjeld overfor kreditor. Siden kausjonsforpliktelsen er betinget av et regresskrav, stiftes kausjonistens regresskrav samtidig som inngåelsen av kausjonsavtalen.

Tidspunktet når tredjepersonen må innfri gjelden til debitor overfor kreditor, omtales heretter som kausjonsansvarets inntreden. Da oppstår regresskravet som et faktisk krav på tredjepersonens hånd, selv om kravet er stiftet ved inngåelsen av kausjonsavtalen.

Det overordnede spørsmålet er om sikkerhetsstillelsen overfor kausjonisten for regresskravet innebærer at sikkerheten er stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Som det fremgår under punkt 3.2. skal bestemmelsen skille mellom tilfellene hvor «opprinnelig usikret gjeld seinere sikres» og hvor sikkerhet «avtales i forbindelse med stiftelsen av ny gjeld».⁹⁵ Det er derfor et spørsmål om regresskravet som det stilles sikkerhet for ble «pådratt» som gjeld samtidig som stiftelsen av hovedkravet som det kausjoneres for, eller da regresskravet ble stiftet ved inngåelsen av kausjonsavtalen. Det er imidlertid ulike situasjoner som kan oppstå der tredjepersonen er kausjonist, slik at skillet mellom de to stiftelsestidene ikke alltid kommer på spissen.

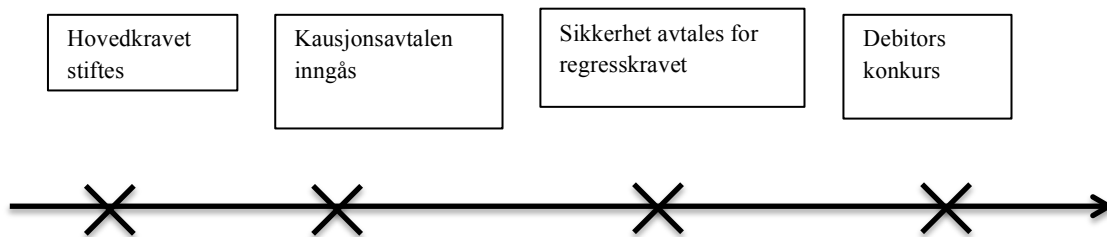
Et eksempel på en situasjon hvor skillet mellom stiftelsestidene ikke kommer på spissen, er når sikkerhet for regresskravet avtales samtidig som inngåelsen av kausjonsavtalen, og inngåelsen av kausjonsavtalen skjer samtidig som hovedkravet stiftes i avtaleforholdet mellom kreditor og debitor.



⁹⁵ Ot.prp.nr.50 (1980-1981) s. 169

Sikkerheten blir da stilt samtidig som gjelden – uansett om regresskravet anses som gjeld «pådratt» ved inngåelsen av kausjonsavtalen eller ved stiftelsen av hovedkravet. Dermed er ikke sikkerheten stilt for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt», slik at sikkerhetsstillelsen ikke kan omstøtes.⁹⁶

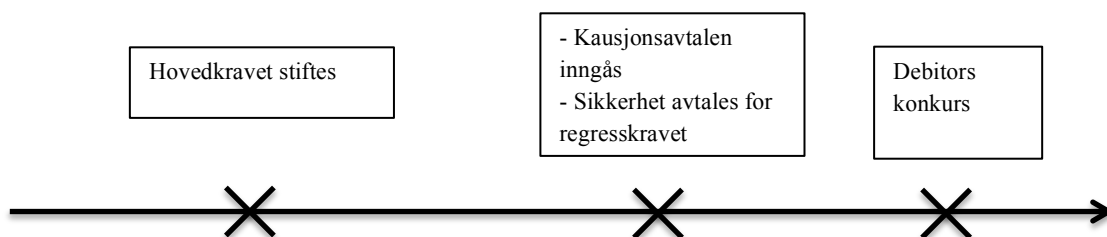
Skillet mellom stiftelsestidene kommer heller ikke på spissen dersom sikkerhetsstillelsen for kausjonistens regresskrav avtaltes etter inngåelsen av kausjonsavtalen.



Uansett om regresskravet anses som gjeld «pådratt» ved inngåelsen av kausjonsavtalen eller stiftelsen av hovedkravet, vil gjelden være «pådratt» før sikkerheten ble avtalt.

Sikkerhetsstillelsen kan da omstøtes fordi det ble stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt».⁹⁷

Da står man igjen med situasjonen hvor sikkerhet avtales for regresskravet samtidig som kausjonsavtalen inngås, men hvor kausjonsavtalen og den medfølgende sikkerhetsretten inngås etter at hovedkravet i avtaleforholdet mellom kreditor og debitor stiftes.



Her blir det spørsmål om regresskravet som det oppnås sikkerhet for ble «pådratt» som gjeld samtidig som hovedkravet som det kausjoneres for ble stiftet, eller da regresskravet ble stiftet

⁹⁶ Huser s. 416

⁹⁷ Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45, Huser s. 416, Brækhus s. 110

ved inngåelsen av kausjonsavtalen. Det er altså et spørsmål om regresskravet utgjør ny eller eldre gjeld.

Før selve vurderingen, må det knyttes noen kommentarer til dekl. § 6-3 da den kan fremstå som av betydning for vurderingen av om regresskravet utgjør ny eller eldre gjeld. Dekl. § 6-3 sier at et regresskrav på debitor «i anledning innfrielsen av en hovedfordring ansees i forhold til boet for å være oppstått samtidig med hovedfordringen».

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at et regresskrav skal anses som oppstått samtidig som hovedkravet, uavhengig av om regresskravet egentlig oppstår senere. Forarbeidene presiserer at kreditoren for hovedkravet har et krav i boet på tidspunktet for kausjonsåpningen, men at dette faller bort ved kausjonistens innfrielse etter konkursåpning. Kausjonisten må da kunne melde sin regressfordring i boet «uansett om den først ble aktuell på hans hånd etter boåpningen».⁹⁸ Formålet med bestemmelsen er altså å gi kausjonisten som innfrir en hovedfordring etter konkursåpningen en dividenderett. Dividende kan nemlig kun «kreves av fordringer på skyldneren som er oppstått før åpningen av bobehandlingen».⁹⁹

I forlengelsen av at bestemmelsen flytter regresskravet til å oppstå tilbake i tid, skulle det tilsi at også regresskravet som gjeldspådragelse ble flyttet til samme tidspunkt. På den måten ville både regresskravet til kausjonisten og gjeldsforpliktelsen til debitor overfor kausjonisten være oppstått og «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet. Dermed ville en sikkerhetsstillelse for regresskravet hvor sikkerhetsstillelsen var avtalt etter stiftelsen av hovedkravet utgjøre sikkerhetsstillelse for eldre gjeld.

I realiteten flytter imidlertid dekl. § 6-3 bare tidspunktet for regresskravet når regresskravet oppstår etter boåpning. Oppstår regresskravet før boåpning, har nemlig kausjonisten uansett krav på dividende. Dersom bestemmelsen da skulle anvendes som en generell hjemmel for å si at regresskravet som gjeld for debitor alltid må anses «pådratt» samtidig som hovedfordringen, brukes bestemmelsen langt utenfor sitt tiltenkte formål – nemlig å gi kausjonisten dividenderett når hovedkravet innfris etter konkursåpning. Det fremgår ikke av forarbeidene til verken § 6-3 eller omstøtelsesreglene at bestemmelsen skal ha noen betydning for omstøtelsesreglene. Taushet i forarbeidene kan ikke tillegges for mye vekt, men bestemmelsens formål samt plassering i loven tilsier også at bestemmelsene skal tolkes uavhengig av hverandre. Bestemmelsen finnes under kapittelet «Fordringshavernes

⁹⁸ NOU 1972:20 s. 306

⁹⁹ Dekl. § 6-1

dividenderett» under lovens annen del kalt «Kreditorfelleskapet ved insolvensbehandling av bo». Bestemmelsen er altså i en annen del av loven enn omstøtelsesreglene, som befinner seg i lovens første del kalt «Gjenstanden for fordringshavernes beslagsrett».

Deknl. § 6-3 bør heller ikke kunne anvendes til å konkludere med at regresskravet som gjeld anses «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet i de tilfellene regresskravet oppstår etter boåpningen, slik at sikkerhet stilt for regresskravet kan omstøtes. Bestemmelsen er nemlig kun aktuell når kausjonisten ikke har sikkerhet for sitt regresskrav. Hvis kausjonisten hadde sikkerhet for sitt regresskrav ville han ikke hatt noe behov for dividenderett. Derfor må dekl. § 6-3 anses som aktuell kun dersom regresskravet oppstår etter boåpning og kausjonisten ikke har noen sikkerhetsrett, eller dersom regresskravet oppstår etter boåpning og kausjonistens sikkerhetsrett allerede har blitt omstøtt. Det er derfor ikke slik at § 6-3 brukes som ledd i en omstøtelse, men heller uavhengig av eller etter en omstøtelse.

Av det overnevnte kan dekl. § 6-3 derfor ikke anvendes til å konkludere med at et regresskrav blir «pådratt» som gjeld for debitor ved stiftelsen av hovedfordringen, verken når regresskravet oppstår før eller etter boåpningen. Hvorvidt regresskravet er ny eller eldre gjeld beror derfor på en nærmere vurdering av avtaleforholdet mellom kausjonisten og debitor, og derunder regresskravet og sikkerhetsstillelsen.

Regresskravet har en egen stiftelsesdato, nemlig ved inngåelsen av kausjonsansvaret. Formelt fremstår dermed regresskravet som ny gjeld «pådratt» ved inngåelsen av kausjonsavtalen.

Kausjonistens regresskrav på debitor er betinget av at kausjonisten faktisk innfrir hovedkravet i avtaleforholdet mellom debitor og kreditor. På samme tidspunkt som kausjonisten innfrir hovedkravet og dermed får et regresskrav på debitor, slettes debitors gjeld overfor kreditor. Dermed eksisterer de to gjeldspostene aldri samtidig hos debitor. Som Huser påpeker skal debitor bare betale gjelden én gang, enten til kreditor eller til kausjonisten.¹⁰⁰ At kausjonistens faktiske krav på debitor er betinget av at kausjonisten innfrir debitors gjeld overfor kreditor, og at debitors faktiske gjeld overfor kausjonisten er betinget av det samme, tilsier at det ved kausjonsansvarets inntreden skjer et bytte av gjeldsposter hos debitor. Gjelden som debitor har overfor kreditor går nemlig – som følge av kausjonistens innfrielse – over til en gjeld overfor kausjonisten. For debitor er det dermed tale om samme gjeld med ny kreditor dersom kausjonsansvaret inntreer.

¹⁰⁰ Huser s. 418

At det for debitor er tale om samme gjeld, støttes av at debitor ikke tilføres noen ny kapital. Ytelsen fra kausjonisten skjer ved en direkte overføring fra kausjonisten til kreditor. Kausjonstilfellet ligner dermed veldig på transporttilfellet. Selv om det ikke skjer en faktisk overdragelse mellom kreditor og kausjonisten, skjer det i realiteten et kreditorskifte. At det for debitor er tale om samme gjeld med ny kreditor skulle tilsi at regresskravet som gjeld ble «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet.

At et regresskrav skal anses som «pådratt» som gjeld ved stiftelsestidspunktet for hovedkravet, fremgår implisitt av Rt. 1887-633. Saksforholdet var at en kausjonist skyldte debitor penger, men ikke ville betale så lenge han var kausjonist. Kausjonsforpliktelsen ble derfor overtatt av to brødre slik at debitor fikk betalt av kausjonisten. Brødrene mottok pant av debitor. Høyesteretts flertall mente at det ville være en «aabenbar Udvidelse af Bestemmelsen» dersom konkursloven § 45 skulle tillatte sikkerhetsstillelser for kausjonsforpliktelse «der angaar en af Debitor for længere Tid tilbage stiftet Gjæld».¹⁰¹ I så fall ville bestemmelsen «jevnlige (...) blive eluderet» for å «sikre en tvivlsom ældre Gjeldsfordring» ved å bruke en kausjonist som «fik Pantesikkerhed for sit Ansvar».¹⁰² Situasjonen skiller seg fra tilfellet loven er ment å frifinne – nemlig sikkerhet stilt for samtidig pådratt gjeld – fordi sistnevnte «ikke [vil] bringe de øvrige Kreditorer i nogen værre Stilling».¹⁰³ Mindretallet anså ikke de nye kausjonistene som begunstiget, og vektla at ordningen ble gjort for at debitor skulle få betalt.¹⁰⁴ Under dissens ble sikkerhetsstillelsen omstøtt.

Motsetningsvis er Rt. 1910-309 hvor en kreditor hadde en fordring på debitor, og debitoren hadde en fordring på en tredjeperson. Tredjepersonen stilte som kausjonist for debitors gjeld overfor kreditoren, mot at tredjepersonens gjeld overfor debitor ble slettet ved kausjonsansvarets inntreden. Da debitor gikk konkurs gikk boet til sak mot kreditoren og ikke kausjonisten, da de anså arrangementet som en overdragelse av fordringen på tredjepersonen fra debitor til kreditor. De krevde garantierklæringen fra tredjepersonen med den medfølgende motregningsretten ugyldig. Under dissens avsto Høyesterett kravet, og viste til byrettens avgjørelse som også var under dissens.

¹⁰¹ Rt.1887-633 s. 637

¹⁰² Rt.1887-633 s. 637

¹⁰³ Rt.1887-633 s. 637

¹⁰⁴ Rt.1887-633 s. 636

Byrettens flertall uttalte at ved sikkerhetsstillelser for kausjon beror omstøtelse på om «kautjonen – og ikke hovedfordringen – er stiftet samtidig med eller ialfald ikke er ældre end pantsættelsen».¹⁰⁵ Siden pant overfor tredjepersonen dermed ikke ville kunne omstøtes, burde heller ikke tredjepersonens motregningsrett kunne omstøtes, og slik «sikkerhedsopnaelse» - motregningsretten – måtte anses å «ligge[r] utenfor, hvad» bestemmelsen «handler om».¹⁰⁶ Uttalelsen må regnes som en slags obiter dictum da den ikke knytter seg til omstøtelse overfor kreditoren som omstøtelse var krevd overfor.¹⁰⁷ Spørsmålet var om arrangementet var proforma for å gi kreditor sikkerhet for sitt eldre krav på debitor «i, hvad Skaue [tredjepersonen] skyldte til denne», slik at garantien var sikkerhet for debitors eldre gjeld overfor kreditor. Byretten uttalte at i et ønske om å få garanti «kan ikke ligge noget indicium for tilsigtet proformaverk», og at tredjepersonen ikke var «kun var en straamand, hvis medvirkning var uden betydning».¹⁰⁸ Omstøtelse overfor kreditoren kunne derfor ikke gjøres.

Andenæs skriver at den siste dommen «vel tilsidesetter» Rt. 1887-633.¹⁰⁹ Ingen av dommene inneholder noen uttrykkelig uttalelse fra Høyesterett om hvilket stiftelsestidspunkt som skal legges til grunn. I den første dommen illustrerer argumentasjonen og resultatet at stiftelsestidspunktet for hovedfordringen er avgjørende. I den andre dommen er uttalelsen om at stiftelsestidspunktet for kausjonsavtalen er avgjørende, ikke av betydning for dommens vurdering eller resultat vedrørende omstøtelsesspørsmålet. Høyesterett kommenterer heller ikke uttalelsen. Av disse grunner mener Huser at uttalelsen ikke kan tillegges særlig vekt.¹¹⁰ Brækhus mener at det var uriktig å søke et slikt motregningsspørsmål løst etter konkursloven § 45, og at byrettens uttalelse må overses da den strider mot «en eldre, klar HR-dom», herunder Rt. 1887-633.¹¹¹ Dommene gjelder dessuten omstøtelse overfor forskjellige parter, samt to veldig forskjellige situasjoner. Av de overnevnte grunner må det være riktig at verken uttalelsen eller resultatet i Rt. 1910-309 kan anses å tilsidesette Rt. 1887-633.

Kausjonstilfellet som avhandlingen tar for seg ligner mer på situasjonen i Rt. 1887-633 hvor omstøtelse ble krevd av sikkerheten stilt for kausjonistens regresskrav, enn i Rt. 1910-309 hvor omstøtelse ble krevd av en garantierklæring fra en tredjeperson som en sikkerhetsstillelse overfor kreditor.

¹⁰⁵ Rt.1910-309 s. 311-312

¹⁰⁶ Rt.1910-309 s. 312

¹⁰⁷ Huser s. 420

¹⁰⁸ Rt.1910-309 s. 312

¹⁰⁹ Andenæs, *Konkurs*, s. 344 fotnote 31.

¹¹⁰ Huser s. 420.

¹¹¹ Brækus s. 111-112

Argumentene i Rt. 1887-633 er også passende i kausjonstilfellet. Når sikkerhet avtales samtidig som gjeldspådragelsen, svekker ikke dette debtors øvrige kreditorer. Når det stilles sikkerhet for et regresskrav i forbindelse med en kausjonsforpliktelse for en eldre gjeld, reduserer imidlertid sikkerhetsstillelsen dekningsmuligheten til debtors øvrige kreditorer. Debitor tilføres som sagt ikke noen ny kapital. For debitor er gjelden overfor kausjonisten den samme gjelden som han hadde overfor hovedkreditoren, og skulle tilsi at eldre, usikret gjeld blir sikret ved sikkerhetsstillelsen. Også for kausjonisten er det tale om samme krav. Når kausjonistens ytelse er å innfri debtors eldre gjeld – og hans regresskrav er betinget av at han innfrir hovedkravet – vil realiteten være at kausjonisten trer inn i hovedkreditorens krav på debitor. Realiteten er da at debtors gjeld overfor kausjonisten ble «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet, og ikke ved inngåelsen av kausjonsavtalen. Både Brækhus og Huser legger hovedkravets stiftelsestidspunkt til grunn.¹¹²

Kausjonisten innehar dessuten – i sin rolle som kausjonist – kunnskap om eller er i posisjon til å tilegne seg kunnskap om de faktiske forhold som gjør sikkerhetsstillelsen omstøtelig, på samme måte som en kreditor i kjernetilfellet. Kausjonisten vil derfor «typisk ikke være i aktsom god tro, hvilket nettopp gir grunnlag for oppstilling av en objektiv omstøtelsesregel».¹¹³ Kausjonisten måtte altså forstå – på samme måte som kreditor i kjernetilfellet – at debitor var eller nærmet seg insolvens, slik at sikkerhetsstillelsen omfattes av hva som er presumptivt illojalt.¹¹⁴ Dersom omstøtelse ikke skulle kunne gjøres fordi kausjonisten var i aktsom god tro, innebærer det en subjektiv bevisvurdering som ikke hører til under deknl. § 5-7. Det kan derfor ikke gjøres et unntak fra omstøtelse etter deknl. § 5-7 (1) a for de tilfellene hvor kausjonisten er i aktsom god tro, på samme måte som at det i lånetilfellet ikke kan gjøres unntak fra at omstøtelse ikke kan gjøres for tredjemenn som ikke er i aktsom god tro.

Både Brækhus, Huser og Sandvik mener at omstøtelse overfor kausjonisten kan gjøres der sikkerhetsstillelsen avtales ved inngåelsen av kausjonsavtalen, når dette gjøres etter at hovedkravet er stiftet.¹¹⁵ Andenæs mener at omstøtelse ikke bør kunne gjøres fordi «Hvis deknl. § 5-7 ikke rammer långiveren, ville det være lite konsekvent å anta noe annet om den som nøyer seg med å kausjonere for den eldre gjeld».¹¹⁶ Som løpende redegjort for er

¹¹² Brækhus s. 110, Huser s. 421

¹¹³ Huser s. 418

¹¹⁴ Brækhus s. 110, Huser s. 418

¹¹⁵ Huser s. 421, Brækhus s. 110-113, Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett*, s. 45

¹¹⁶ Andenæs, *Konkurs*, s. 344

kausjonstilfellet svært likt transporttilfellet og veldig ulikt lånetilfellet, da det i kausjonstilfellet ikke tilføres debitor noen ny kapital, da betaling skjer direkte fra kausjonisten til kreditor, da kausjonistens krav er betinget av at han betaler til kreditor, og da dekningsmuligheten til debitors øvrige kreditorer reduseres av sikkerhetsstillelsen. Når kausjonstilfellet har så mange flere likheter med transporttilfellet enn hva lånetilfellet har, er lånetilfellet dermed lenger unna kjernen av deknl. § 5-7 enn hva kausjonstilfellet er. Omstøtelse i kausjonstilfellet kan derfor ikke avvises med den begrunnelse at omstøtelse ikke kan gjøres i lånetilfellet.

Konklusjonen er dermed at omstøtelse kan gjøres overfor kausjonisten da regresskravet i realiteten er en videreføring av kreditors krav, og regresskravet derfor må anses som «pådratt» ved stiftelsen av hovedkravet. Realiteten er dermed at usikret gjeld blir sikret ved at det blir stilt sikkerhet for «gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt». Virkningen etter deknl. § 5-11 (1) 1. punktum blir da at kausjonisten må fralegge seg særretten til dekning. Dermed blir både kausjonisten og debitors øvrige kreditorer stilt som om sikkerhetsstillelsen ikke ble foretatt.

6 Avslutning

6.1 Konklusjon

Avhandlingen har vurdert ulike situasjoner hvor sikkerhet stilles overfor en tredjeperson, samtidig som eller like før debtors eldre, usikrede gjeld innfris. Spørsmålet har vært på om disposisjonenes realitet er at eldre, usikret gjeld blir sikret.

I avhandlingen har jeg løpende konkludert med at deknl. § 5-7 (1) a kan anvendes til å omstøte sikkerhetsstillelser i proforma-tilfellet, transporttilfellet, konverteringstilfellet og kausjonstilfellet. Felles for disse er at sikkerhetsstillelsen ikke tilfører debitor ny kapital, men heller gjør en personlig betalingsforpliktelse om til et sikret krav. Sikkerhetsstillelsen medfører dermed en kreditorbegunstigelse.

Jeg har også konkludert med at bestemmelsen ikke kan anvendes til å omstøte sikkerhetsstillelser i refinansieringstilfellet og lånetilfellet. Felles for disse er at tredjepersonens lånytelse har et annet innhold enn gjelden den skal innfri, enten i form av ny kapital eller reelt andre lånevilkår. Sikkerhetsstillelsen sikrer dermed en ny gjeld, og begunstiger ikke tredjepersonen. Omstøtelse av debtors betaling til kreditor kan imidlertid tenkes etter deknl. §§ 5-5 eller 5-9.

Kilderegister

Lover:

- Lov 06. juni 1863 Konkursloven
- Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett
- Lov 17. juli 1992 nr. 99 om frivillig og tvungen gjeldsordning for privatpersoner mv.

Forarbeider:

- NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs
- Ot.prp.nr.50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m.m.

Rettspraksis:

Høyesterettspraksis:

- Rt. 1880-198
- Rt. 1887-633
- Rt. 1910-309
- Rt. 1935-981
- Rt. 1994-235
- Rt. 1996-1647
- Rt. 1999-1833

Underrettspraksis:

- RG 1996-741 s. 754 (Nedenes herredsrett)

Litteraturliste:

- Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009
- Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009
- Brækhus, Sjur, *Konkursrett: utvalgte emner*, Oslo 1970
- Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs. 3: Omstøtelse*, Bergen 1992
- Lilleholt, Kåre, *Knophs oversikt over Norsk rett*, 13. utgave, Oslo 2013
- Marthinussen, Hans Fredrik, *Tredjemannsproblemene*, 1. utgave, Oslo 2016
- Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett : utdrag*, Bergen 1985

Tidsskriftartikler:

- Sandvik, Tore, «Proforma-overdragelse av fast eiendom», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1967, s. 48-75