

OMSTØTELSE ETTER DEKNINGSLOVEN  
§ 5-7 FØRSTE LEDD BOKSTAV A VED  
REFINANSIERING AV SIKREDE LÅN

Kandidatnummer: 57

Antall ord: 13 783



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2019

## INNHOLDSFORTEGNELSE

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1</b>	<b>Vurderingstema .....</b>	<b>4</b>
<b>1.2</b>	<b>Bakgrunn .....</b>	<b>5</b>
1.2.1	Innledende om konkursinstituttet og bostyreren .....	5
1.2.2	Nærmere om konkursboets dekningsrett.....	6
<b>1.3</b>	<b>Generelt om deknl. §§ 5-7 og 5-11 .....</b>	<b>9</b>
1.3.1	Deknl. § 5-7 første ledd bokstav a .....	9
1.3.2	Deknl. § 5-11 første ledd første punktum .....	10
1.3.3	Kort om det nordiske lovsamarbeidet .....	11
<b>1.4</b>	<b>Metode .....</b>	<b>11</b>
<b>1.5</b>	<b>Avgrensning.....</b>	<b>12</b>
<b>2</b>	<b>REFINANSIERING AV SIKREDE LÅN HOS SAMME KREDITOR.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2</b>	<b>Når er det tale om en disposisjon som aktualiserer ombyttingslæren? .....</b>	<b>14</b>
<b>2.3</b>	<b>Ombygging av sikkerhet.....</b>	<b>15</b>
2.3.1	Har debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld? .....	15
2.3.2	Har kreditor oppnådd en berikelse? .....	16
2.3.3	Bør bostyreren stå fritt til å kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen? .....	18
2.3.4	Forholdet til deknl. § 5-9.....	20
2.3.5	Kort om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 andre ledd .....	21
<b>2.4</b>	<b>Forbedring av sikkerhet.....</b>	<b>22</b>
2.4.1	Hvordan skal berikelsen til kreditor utmåles? .....	22
2.4.2	Må det oppstilles et ytterligere tapsvilkår? .....	23
2.4.3	Kan det innfortolkes en ordinærreservasjon?.....	28
2.4.4	Hvordan skal omstøtelsesoppjøret gjennomføres?.....	31
2.4.5	Forholdet til deknl. § 5-9.....	31

<b>2.5</b>	<b>Konklusjon .....</b>	<b>32</b>
<b>3</b>	<b>REFINANSIERING AV SIKREDE LÅN HOS NY KREDITOR .....</b>	<b>33</b>
<b>3.1</b>	<b>Innledning.....</b>	<b>33</b>
<b>3.2</b>	<b>Ombytting av sikkerhet i kreditorskifte .....</b>	<b>33</b>
<b>3.3</b>	<b>Forbedring av sikkerhet i kreditorskifte .....</b>	<b>34</b>
3.3.1	Kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I .....	35
3.3.1.1	Har debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld?.....	35
3.3.1.2	Har kreditor II oppnådd en berikelse? .....	39
3.3.2	Kreditor II burde ha visst eller visste ikke at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I .....	40
<b>3.4</b>	<b>Konklusjon .....</b>	<b>40</b>

## 1 INNLEDNING

### 1.1 Vurderingstema

Temaet for masteroppgaven er omstøtelse etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a ved refinansiering av sikrede lån. Begrepet "refinansiering av sikrede lån" fanger en nokså vanlig situasjon i norske kredittforhold der debitor tar opp et nytt lån for å innfri ett eller flere eldre, sikrede lån. Som oftest vil debitor begi seg ut på en slik øvelse for å få bedre vilkår i det nye lånet, typisk i form av lavere rentesats eller lengre nedbetalingstid. Samtidig kan det også hende at han simpelthen ønsker andre vilkår enn tidligere, uten at disse kan sies å være bedre eller verre for ham.

Masteroppgaven vil dreie seg om tilfeller der debitor får refinansiering hos en kreditor, men likevel går konkurs kort tid senere. Mer konkret vil den knytte seg til refinansieringsavtaler som går ut på at debitor bytter ut eller supplerer den opprinnelige sikkerheten for lånet med en ny – og eventuelt bedre – sikkerhet. Etter konkursåpning kan det nemlig hende at bostyreren vil omstøte den nye sikkerhetsstillelsen etter deknl. § 5-7 første ledd bokstav a, som står under tittelen "[s]ikkerhetsstillelse for eldre gjeld" og lyder som følger:

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

a) pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt".

Formålet med denne bestemmelsen er å ramme enhver sikkerhetsstillelse som ikke tilfører debitor noe kreditt, men som begunstiger én kreditor på kreditorfellesskapets bekostning.<sup>1</sup> Ved refinansiering av sikrede lån finnes det imidlertid tilfeller der den omtvistede sikkerhetsstillelsen faller utenfor dette formålet, men likevel innenfor den umiddelbare forståelsen av ordlyden i bestemmelsen – og *vice versa*. Følgelig er det overordnede vurderingstemaet for masteroppgaven slik:

---

<sup>1</sup> Se NOU 1972: 20 s. 294 og Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, Oslo 2009 s. 335.

## **Under hvilke omstendigheter åpner dekl. § 5-7 første ledd bokstav a for å omstøte en sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt i forbindelse med refinansiering av sitt sikrede lån?**

Dette vurderingstemaet vil forgrene seg i to deler, nemlig del 2 og del 3. Del 2 vil knytte seg til tilfeller der debitor får refinansiering hos den samme kreditoren som ga ham det første lånet. Motsetningsvis vil del 3 dreie seg om tilfeller der han får refinansiering hos en helt ny og utenforstående kreditor. I begge delene vil den såkalte ombyttingslæren stå sentralt. Ombyttingslæren fastslår at bostyreren må respektere den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen så lenge det kun er tale om en ombytting av sikkerhet.<sup>2</sup> Dersom det derimot er tale om en forbedring av sikkerhet, kan han omstøte den aktuelle sikkerhetsstillelsen etter dekl. § 5-7.<sup>3</sup> I den forbindelse vil særlig to spørsmål havne i fokus, nemlig om debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekl. § 5-7, og om kreditor har oppnådd en berikelse etter § 5-11. Svaret på disse spørsmålene vil variere fra situasjon til situasjon.

### **1.2 Bakgrunn**

#### *1.2.1 Innledende om konkursinstituttet og bostyreren*

Vurderingstemaet for masteroppgaven blir først aktuelt når debitor får refinansiering hos en kreditor, men likevel går konkurs kort tid senere. Her i punkt 1.2.1 vil jeg derfor si litt om konkursinstituttet og bostyreren.

Det sentrale vilkåret for å slå en fysisk eller juridisk person konkurs er at vedkommende debitor er "insolvent", se kkl. § 60. Dette krever at han er illikvid og insuffisient, jf. kkl. § 61.<sup>4</sup> Han er illikvid når han "ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, med mindre betalingsudyktigheten må antas å være forbigående", jf. kkl. § 61. Videre er han insuffisient når disse forpliktelsene overstiger hans "eiendeler og inntekter", jf. kkl. § 61. Dersom retten godtar en

---

<sup>2</sup> Fra rettspraksis, se Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) s. 819 og RG 1971 s. 402 (Polaris) s. 406-407. Fra juridisk teori, se Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett, utdrag*, 1985 s. 47, Kristian Huser, *Gjeldsforhandling & konkurs*, bind 3, Bergen 1992 s. 399-404, Sjur Brækhus, *Omsetning og kreditt* 2, 3. utg. ved Borgar Høgetveit Berg, Oslo 2005 s. 603, Andenæs 2009 s. 342 og Henriette Nazarian, *Konkursrett*, 2012 s. 196.

<sup>3</sup> Se fotnote 2.

<sup>4</sup> Se bl.a. Andenæs 2009 s. 60 flg.

konkursbegjæring, skal den opprette et konkursbo og "straks oppnevne en bostyrer", jf. kkl. § 77, se også § 78. Dermed vil debitor miste all rett til å råde over sine formuesgoder, jf. kkl. § 100.

Bostyreren har i oppgave å ivareta interessene til kreditorfellesskapet overfor den enkelte kreditoren og andre, utenforstående tredjepersoner, se kkl. § 85. I den forbindelse skal bostyreren se til at konkursboet tar generalbeslag i alle formuesgoder som tilhører debitor eller som for øvrig hører hjemme i konkursboets masse i henhold til dekl. § 2-2, se kkl. § 85 første ledd nummer 1.<sup>5</sup> Formålet med bobehandlingen er å omgjøre alt av verdi til penger, og deretter fordele disse pengene mellom kreditorene på en forholdsmessig måte.<sup>6</sup> Slik sett kan konkursinstituttet karakteriseres som en "fellesforfølgning" der formålet er å oppnå en rettferdig og lik behandling av de ulike kreditorene.<sup>7</sup>

### *1.2.2 Nærmere om konkursboets dekningsrett*

Masteroppgaven dreier seg om ulike sikkerhetsstillelser som debitor har foretatt i tiden før han gikk konkurs. Hvorvidt bostyreren kan angripe slike disposisjoner beror på en nærmere analyse av konkursboets dekningsrett.

Hovedregelen etter norsk konkursrett er at konkursboet kan ta dekning i "ethvert formuesgode" som "tilhører" debitor på tidspunktet for konkursåpning, og som kan "selges, utleies eller på annen måte omgjøres i penger", jf. dekl. § 2-2 smh. NOU 1972: 20 s. 255. I den forbindelse er det klart at en sikkerhetsrett må anses som et "formuesgode".<sup>8</sup> Bak denne hovedregelen står et grunnleggende prinsipp om at konkursboet ikke kan få bedre rett til et formuesgode enn den debitor har.<sup>9</sup> Dette tilsier at så lenge et formuesgode "tilhører" noen andre enn debitor på tidspunktet for konkursåpning, vil konkursboet være avskåret fra å ta dekning i dette etter dekl. § 2-2.

Imidlertid uttaler forarbeidene at hovedregelen i dekl. § 2-2 må suppleres med reglene om legitimasjon, bevis, rettsvern og omstøtelse.<sup>10</sup> Legitimasjonsreglene innebærer at konkursboet vil være avskåret fra å ta dekning i et formuesgode som aldri har tilhørt debitor. Dette fremstår

---

<sup>5</sup> Se Andenæs 2009 s. 10 og 25.

<sup>6</sup> Se *ibid.* s. 10.

<sup>7</sup> *Ibid.* s. 10.

<sup>8</sup> Jf. *ibid.* s. 89.

<sup>9</sup> Se Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, "Introduksjon til reglene om omstøtelse", *Jussens venner*, 2014 s. 61-121 (s. 67 flg.).

<sup>10</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 255.

umiddelbart som rimelig og fornuftig, ettersom kreditor ikke har et verneverdig behov for å bygge sin rett på at debitor fremstod som rette eier av et formuesgode.<sup>11</sup>

I de tilfellene der det derimot er klart at et formuesgode har tilhørt debitor tidligere, har bostyreren tre rettslige grunnlag for å angripe overdragelsen fra debitor til den påståtte nye eieren av det aktuelle formuesgodet; reglene om bevis, rettsvern og omstøtelse. Bevisreglene har sin forankring i selve ordlyden i dekl. § 2-2, og de går ut på at konkursboet kan ta dekning i et formuesgode når det er klart at overdragelsen fra debitor til den påståtte nye eieren er ugyldig mellom partene, f.eks. fordi den er *proforma*.<sup>12</sup> Her er realitetene at formuesgodet fortsatt "tilhører" debitor i relasjon til dekl. § 2-2.

Dersom formuesgodet er gyldig mellom partene, kan bostyreren gå videre til rettsvernsreglene. I henhold til disse reglene kan konkursboet ta dekning i et formuesgode så lenge den påståtte nye eieren mangler rettsvern for overdragelsen. Her er formålet å sikre notoritet og publisitet rundt overdragelsen samt å forhindre kreditorsvik fra debitor og en medhjelper, som sammen kan finne på å antedatere en avtale og påstå at sistnevnte har blitt den nye eieren av formuesgodet. Nettopp derfor har Høyesterett tolket rettsvernsreglene strengt etter sin ordlyd.<sup>13</sup>

I de tilfellene der formuesgodet er gyldig mellom partene med ordinært rettsvern overfor omverdenen, finnes det en siste skanse for bostyreren, nemlig omstøtelsesreglene. Disse reglene gir bostyreren en adgang til å omstøte – *i.e.*, tilsidesette eller omgjøre – den aktuelle overdragelsen dersom den oppfyller nærmere bestemte vilkår og kan anses som (presumtivt) utilbørlig overfor kreditorfellesskapet.<sup>14</sup> Dette forutsetter at den andre parten erkjenner kravet eller taper saken i retten.<sup>15</sup>

Omstøtelsesreglene skal forhindre at debitor foretar kreditorskadelige disposisjoner i tiden forut for den formelle konkursåpningen, enten i form av kreditorbegunstigelser, unndragelser av eiendeler eller forøkelser av gjeld.<sup>16</sup> Slike disposisjoner undergraver selve grunntanken bak konkursinstituttet, nemlig at kreditorene skal få rettferdig og lik behandling av sine krav mot debitor. Når virkningen av

---

<sup>11</sup> Se bl.a. Rt. 1935 s. 981 (Bygland) og Rt. 2015 s. 979.

<sup>12</sup> Se Borgar Høgetveit Berg, "Omstøyting utom konkurs", *Tidsskrift for forretningsjus*, 1999 s. 400-422 (s. 401).

<sup>13</sup> Se bl.a. Rt. 1997 s. 1050 (Momentum) og Rt. 1998 s. 268 (Dorian Grey).

<sup>14</sup> Se Huser 3 s. 30-31.

<sup>15</sup> Se *ibid.* s. 44-45.

<sup>16</sup> Se *ibid.* s. 49 og Andenæs 2009 s. 285-287.

omstøtelse er at den andre parten enten må fralegge seg sin berikelse eller erstatte konkursboet dets tap, kan omstøtelsesreglene sies å ha en reparativ og preventiv effekt, se hhv. dekl. §§ 5-11 og 5-12.<sup>17</sup>

Omstøtelsesreglene står hovedsakelig nedfelt i dekl. kap. 5.<sup>18</sup> I dekl. §§ 5-2 til 5-8 har lovgiver oppstilt syv forskjellige objektive omstøtelsesregler som knytter seg til ulike typer disposisjoner som debitor har foretatt eller tatt del i før frisdagen.<sup>19</sup> Disse reglene retter seg bl.a. mot gaver (jf. dekl. § 5-2), ekstraordinære betalinger av gjeld (jf. § 5-5) og nye sikkerhetsstillelser for eldre gjeld (jf. § 5-7). Lovgiver har fastsatt forskjellige tidsfrister både på tvers av og innad i disse bestemmelsene. Begrunnelsen er at noen typer disposisjoner til noen typer kreditorer vil vekke større mistanke om kreditorsvik enn andre. Nettopp derfor har lovgiver vedtatt en tidsfrist på ett år for gaver, men tre måneder for nye sikkerhetsstillelser for eldre gjeld, og utvidet begge tidsfristene til to år dersom den andre parten kan anses som "nærstående" av debitor. I dekl. § 1-5 har lovgiver legaldefinert hvilke relasjoner som faller inn under dette "nærstående"-vilkåret.

Foruten de objektive omstøtelsesreglene i dekl. §§ 5-2 til 5-8 har lovgiver inntatt en subjektiv omstøtelsesregel i § 5-9. Dekl. § 5-9 søker å tilby bostyreren en "rettslig standard" som er egnet til å "endre seg i takt med samfunnsforholdene".<sup>20</sup> Denne bestemmelsen retter seg mot disposisjoner som på en "utilbørlig måte" begunstiger én kreditor på kreditorfellesskapets bekostning, unndrar debtors eiendeler fra å tjene til dekning for kreditorene eller forøker debtors gjeld til skade for dem. I tillegg krever bestemmelsen at debtors økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, samt at den andre parten kjente eller burde ha kjent til debtors økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig. Her er tidsfristen på ti år, jf. dekl. § 5-9 andre ledd.

---

<sup>17</sup> Se også Andenæs 2009 s. 286-287.

<sup>18</sup> For øvrig tilbyr fal. § 16-2 en *lex specialis* omstøtelsesregel som angår åpenbart urimelige premiebetalinger fra en forsikringstaker.

<sup>19</sup> Ved konkurs er hovedregelen at frisdagen "er dagen da den begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten", jf. dekl. § 1-2 første ledd.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 171. Se også Huser 3 s. 464 og Nygaard 2004 s. 190.



### 1.3 Generelt om dekl. §§ 5-7 og 5-11

#### 1.3.1 Deknl. § 5-7 første ledd bokstav a

Frem til nå har jeg redegjort for hovedtrekkene ved konkursinstituttet, bostyreren og konkursboets dekningsrett. I det følgende vil jeg greie ut om de to sentrale bestemmelsene for vurderingstemaet vårt, nemlig dekl. §§ 5-7 og 5-11.

Som tidligere nevnt handler masteroppgaven om omstøtelse etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a. Denne bestemmelsen søker tilsynelatende å ramme enhver ny sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt for eldre gjeld.<sup>21</sup> Begrunnelsen er at en slik sikkerhetsstillelse ikke tilfører debitor noe kreditt, men begunstiger én kreditor på kreditorfellesskapets bekostning.<sup>22</sup> Denne begunstigelsen går ut på at kreditoren kan søke dekning i det aktuelle sikkerhetsobjektet i stedet for å stå i dividende-kø med de andre usikrede kreditorene.<sup>23</sup> Således vil han legge bånd på et formuesgode som konkursboet ellers kunne ha tatt dekning i etter dekl. § 2-2. Når kreditor mottar en slik sikkerhetsrett senere enn tre måneder før fristdagen, vil det være "grunn til å anta at debitor er insolvent og at insolvensen er mer eller mindre kjent".<sup>24</sup> Følgelig fastslår forarbeidene at omstøtelse "bør ... kunne skje uten at det kreves bevis for insolvens eller ond tro".<sup>25</sup>

Deknl. § 5-7 første ledd bokstav a gjelder enhver "[p]antsettelse" eller "annen sikkerhetsstillelse" som debitor "har foretatt". Dette omfatter både avtalepant og lignende sikkerhetsretter, slik som sikkerhetsoverdragelse og tilbakeholdsrett.<sup>26</sup> Samtidig finnes det én sikkerhetsrett som overhodet ikke faller inn under dekl. § 5-7, nemlig factoringpant. I dekl. § 5-5 fjerde ledd har nemlig lovgiver presisert at slik "pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer" skal anses som betaling av gjeld.

---

<sup>21</sup> Se NOU 1972: 20 s. 294.

<sup>22</sup> Se *ibid* og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 169 samt Andenæs 2009 s. 335.

<sup>23</sup> Jf. pantel. § 1-9 første ledd bokstav c og § 1-1 første ledd (forutsetningsvis), se også Andenæs 2009 s. 432. Konseptet "dividende" innebærer at alle de usikrede kreditorene får "forholdsmessig dekning" (jf. Nazarian 2012 s. 51) av kravene sine mot debitor under hensyn til kravenes prioritet i konkursboet, se også Andenæs 2009 s. 391.

<sup>24</sup> NOU 1972: 20 s. 294.

<sup>25</sup> *Ibid*.

<sup>26</sup> Se Huser 3 s. 373-378 og Andenæs 2009 s. 338.

Sikkerhetsstillelsen må ha blitt foretatt for "gjeld", noe som omfatter både gjeld i penger og gjeld i andre ytelser enn penger.<sup>27</sup> Gjelden må påhvile debitor.<sup>28</sup> Det springende punktet vil ofte være om denne gjelden ble "pådratt" før "sikkerhetsretten ble avtalt". I utgangspunktet ble gjelden "pådratt" på det tidspunktet da debitor mottok den aktuelle ytelsen fra kreditor, mens "sikkerhetsretten ble avtalt" på det tidspunktet da den aktuelle refinansieringsavtalen ble endelig bindende mellom partene.<sup>29</sup>

Konkursboet har bevisbyrden for at alle omstøtelsesvilkårene er oppfylte etter dekl. § 5-7 første ledd bokstav a.<sup>30</sup>

### 1.3.2 Dekl. § 5-11 første ledd første punktum

Dekl. § 5-7 eksisterer ikke i et vakuum, men snarere i et samspill med særlig § 5-11. Dette samspillet vil gjennomsyre mange av de ulike spørsmålene i masteroppgaven. Dekl. § 5-11 første ledd første punktum står skrevet slik:

"Dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon".

I de tilfellene der bostyreren har et omstøtelseskrav etter dekl. § 5-7, søker § 5-11 å regulere omfanget av dette omstøtelseskravet.<sup>31</sup> Etter denne bestemmelsen vil vurderingen knytte seg til hvorvidt det foreligger en berikelse for den andre parten. Forarbeidene uttaler at "berikelse" er et "forholdsvis festnet begrep", og at "det ikke er grunn til å utdype det nærmere med supplerende regler i lovteksten".<sup>32</sup> Den umiddelbare forståelsen av ordlyden "berikelse" indikerer at disposisjonen må ha tilført den andre parten en nettogevinst som lar seg utmåle i penger på omstøtelsestidspunktet.<sup>33</sup> Følgelig avgrenser den mot fremtidige og potensielle berikelser som ikke kan sies å ha materialisert seg enda.<sup>34</sup>

---

<sup>27</sup> Se Huser 3 s. 378-379.

<sup>28</sup> Se Andenæs 2009 s. 338.

<sup>29</sup> Jf. Huser 3 s. 379 og 381.

<sup>30</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 298.

<sup>31</sup> Se Andenæs 2009 s. 375.

<sup>32</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>33</sup> Se i samme retning Huser 3 s. 578-579 og Andenæs 2009 s. 377 (forutsetningsvis).

<sup>34</sup> Jf. bl.a. Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1653.

Virkningen av omstøtelse er ifølge rettspraksis og juridisk teori at den andre parten skal havne i den samme økonomiske stillingen som han hadde vært i dersom han ikke hadde inngått eller tatt del i den aktuelle disposisjonen.<sup>35</sup> I den forbindelse må man se hen til mulige handlingsalternativer og velge det som virker mest sannsynlig.<sup>36</sup> En slik øvelse kan fort bli både krevende og spekulativ, og derfor har Høyesterett ansett det som "mest naturlig å legge til grunn en utvikling som ligger nær opptil det som faktisk skjedde".<sup>37</sup> Formålet er under enhver omstendighet at den andre parten verken skal vinne eller tape på omstøtelsen.<sup>38</sup> Begrunnelsen er ifølge forarbeidene at så lenge omstøtelsen ikke betinges av bevis for insolvens eller ond tro, vil det være "lite rimelig" å oppstille "[e]n plikt til å erstatte boet dets fulle tap".<sup>39</sup>

I likhet med etter dekl. § 5-7, har konkursboet bevisbyrden for at alle omstøtelsesvilkårene er oppfylte etter § 5-11 første ledd første punktum.<sup>40</sup>

### 1.3.3 Kort om det nordiske lovsamarbeidet

Dekningsloven ble utarbeidet i et nordisk lovsamarbeid mellom primært Norge, Sverige og Danmark.<sup>41</sup> Omstøtelsesreglene i dekl. kap. 5 har derfor fått noenlunde likt innhold på tvers av landegrensene, noe som medfører "at svenske og danske kilder er av særlig interesse på dette området".<sup>42</sup> Samtidig finnes det tilfeller der Sverige og Danmark har valgt visse løsninger som den norske lovgiveren bevisst har tatt avstand fra. I slike tilfeller må svenske og danske rettskilder naturligvis få begrenset vekt ved vurderingen av hva som er *de lege lata* i Norge.

## 1.4 Metode

Før jeg begir meg ut på den første hoveddelen i masteroppgaven, vil jeg presentere visse metodiske betraktninger om vurderingstemaet vårt. Det har seg nemlig slik at dette vurderingstemaet befinner seg på et positivrettslig rettsområde der hensynet til forutberegnelighet "ofte [vil] ha høy verdi".<sup>43</sup> I

---

<sup>35</sup> Jf. Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1653. Se også RG 1973 s. 727 (Poulsen & Co) s. 735 og Huser 3 s. 571-576.

<sup>36</sup> Jf. Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1653-1654 og Huser 3 s. 571-576.

<sup>37</sup> Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1654.

<sup>38</sup> Se Huser 3 s. 572.

<sup>39</sup> NOU 1972: 20 s. 299-300.

<sup>40</sup> Jf. *ibid.* s. 298.

<sup>41</sup> Se *ibid.* s. 2-3 og Huser 3 s. 129.

<sup>42</sup> Huser 3 s. 129. Se også Sandvik 1985 s. 29.

<sup>43</sup> Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg., Bergen 2004 s. 166-167. Se også Rt. 1997 s. 645 s. 650.

den forbindelse må det hensyntas at dekl. § 5-7 søker å tilby konkursboet en retts teknisk enkel omstøtelsesregel som unngår skjønsmessige og bevis tungs spørsmål.<sup>44</sup> Dette kan begrunnes med at bostyreren ofte mangler tid og ressurser til å starte rettsprosess rundt alle kravene som kan eller bør oppstå i det aktuelle konkursboet. Derfor må den umiddelbare forståelsen av ordlyden i bestemmelsen tillegges særlig vekt.<sup>45</sup>

En gjennomgående trend i masteroppgaven er at ordlyden i dekl. § 5-7 vil gi anvisning på én bestemt løsning, mens rettspraksis og juridisk teori vil ta til orde for en annen. I slike tilfeller vil man stå overfor metodiske utfordringer, for det kan jo forekomme at ordlyden gir en lite tilfredsstillende løsning som utfordrer andre, verneverdige hensyn i konkursretten. Samtidig kan det vise seg at løsningen i rettspraksis og juridisk teori representerer en utvidende, så vel som kreativ, tolkning av dekl. § 5-7. I så fall må man ta stilling til et prinsipielt spørsmål, nemlig om domstolene bør håndheve den umiddelbare forståelsen av ordlyden i dekl. § 5-7, eller om de snarere bør åpne for rimelighetsvurderinger fra sak til sak. Svaret på dette spørsmålet beror på "ei form for interesseveging mellom dei interesser eller verdier som ligg innebygt i dei legislative omsyn som gjer seg gjeldande".<sup>46</sup> Denne interesseavveiningen vil naturligvis variere fra situasjon til situasjon.

## 1.5 Avgrensning

I masteroppgaven vil jeg kun ta for meg omstøtelse ved konkurs, og ikke forhandling om tvangsakkord eller offentlig skifte av insolvent dødsbo. Jeg vil fokusere på dekl. § 5-7 første ledd bokstav a, men samtidig trekke visse paralleller til § 5-9 der dette påkaller oppmerksomhet. Jeg vil ikke behandle dekl. § 5-7 første ledd bokstav b eller de utvidede tidsfristene i bestemmelsens andre og tredje ledd. Med det sagt vil jeg kort bemerke at ombyttingslæren synes å gi de samme løsningene etter bestemmelsens bokstav b som etter bestemmelsens bokstav a.<sup>47</sup>

Masteroppgaven handler om gjeld som debitor har pådratt seg i en gjensidig bebyrdende låneavtale. Dermed vil jeg ikke behandle annen gjeld som erstatningskrav og kausjon.

---

<sup>44</sup> Se Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153 og NOU 1972: 20 s. 282. Se også Sandvik 1985 s. 26 og Andenæs 2009 s. 288-289.

<sup>45</sup> Se generelt Nygaard 2004 s. 102-103 og s. 177 flg.

<sup>46</sup> *Ibid.* s. 227.

<sup>47</sup> Jf. Huser 3 s. 404-405.

For øvrig finnes det en panterettslig ombyttingslære, og lovgiver har inntatt denne i luftl. § 3-30 for panteretter i luftfartøy og brl. § 6-10 for panteretter i borettslagsandeler.<sup>48</sup> Denne læren omhandler i hvilken utstrekning pantsetter kan gyldig bytte ut én panthaver med en ny panthaver på lik prioritet. Den konkursrettslige ombyttingslæren har lite med dette spørsmålet å gjøre, ettersom den forutsetter at sikkerhetsretten er gyldig, se punkt 1.2.2.

I punkt 3 vil jeg fokusere på de tilfellene som er praktiske ved refinansiering hos en helt ny og utenforstående kreditor. Således vil jeg ikke drøfte andre tredjemannsspørsmål, herunder; tilfeller der debitor gir kreditor en ny og bedre sikkerhet via en stråmann (proformatilfellet); tilfeller der kreditor I transporterer kravet sitt mot debitor til kreditor II, og debitor gir kreditor II en ny og bedre sikkerhet (transporttilfellet); og tilfeller der en tredjeperson stiller seg som kausjonist og betaler debtors gjeld hos kreditor, og debitor gir denne tredjepersonen en sikkerhet for dennes regresskravet mot ham (kausjonstilfellet).<sup>49</sup>

## 2 REFINANSIERING AV SIKREDE LÅN HOS SAMME KREDITOR

### 2.1 Innledning

I det følgende vil masteroppgaven knytte seg til tilfeller der debitor får refinansiering hos den samme kreditoren som ga ham det første lånet, men likevel går konkurs kort tid senere. Mer konkret vil den dreie seg om ulike refinansieringsavtaler som går ut på at debitor må bytte ut eller supplere den opprinnelige sikkerheten for et lån med en ny sikkerhet. Vurderingstemaet er som følger:

Under hvilke omstendigheter åpner dekl. § 5-7 første ledd bokstav a for å omstøte en sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt i forbindelse med refinansiering av sitt sikrede lån hos samme kreditor?

Her vil den ulovfestede, konkursrettslige ombyttingslæren gi videre veiledning. Ombyttingslæren har sin forankring i rettspraksis og juridisk teori, og den fastslår at bostyreren må respektere den nye

---

<sup>48</sup> Den panterettslige ombyttingslæren kan også sies å gjelde på ulovfestet grunnlag, men her er rettsstilstanden usikker, se bl.a. Rt. 1993 s. 183 for panteretter i fast eiendom og Rt. 1995 s. 975 for salgspanteretter i bil. Se Jens Edvin Andreassen Skoghøy, *Panterett*, 4. utg., 2018 s. 214-215.

<sup>49</sup> Se om dette Sjur Brækhus, *Konkursrett, utvalgte emner*, Oslo 1970 s. 112-113, Sandvik 1985 s. 45 samt Huser 3 s. 405 flg.

sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen så lenge det kun er tale om en ombytting av sikkerhet.<sup>50</sup> Dette er tilfellet når den nye sikkerheten er verdt like mye som den opprinnelige sikkerheten på omstøtelsestidspunktet. Dersom det derimot er tale om en forbedring av sikkerhet, kan bostyreren omstøte den aktuelle sikkerhetsstillelsen etter dekl. § 5-7. Her er den nye sikkerheten nemlig verdt mer enn den opprinnelige sikkerheten på omstøtelsestidspunktet. Nedenfor vil jeg se nærmere på forholdet mellom slike refinansieringsavtaler og de ulike rettskildene rundt dekl. §§ 5-7 og 5-11. Først vil jeg imidlertid avklare når det er tale om en disposisjon som aktualiserer ombyttingslæren.

## 2.2 Når er det tale om en disposisjon som aktualiserer ombyttingslæren?

I henhold til rettspraksis og juridisk teori er det tale om en disposisjon som aktualiserer ombyttingslæren når debitor inngår en refinansieringsavtale med kreditor der han bytter ut den opprinnelige sikkerheten for et lån med en ny sikkerhet. Dette forutsetter at den opprinnelige sikkerheten er gyldig, rettsvernet og uomstøtelig overfor konkursboet.<sup>51</sup>

Det vil ikke ha betydning om den nye sikkerheten var verdt mer enn den opprinnelige sikkerheten da partene inngikk den aktuelle refinansieringsavtalen, eller om den kan komme til å bli verdt mer fremover. Vurderingen må knytte seg til forholdene på omstøtelsestidspunktet og "i størst mulig grad basere seg på markedsverdier".<sup>52</sup> Videre vil det ikke ha betydning om endringsavtalen gjelder to ulike sikkerhetsobjekter (bil A og bil B), eller om den snarere gjelder to ulike sikkerhetstyper knyttet til det samme sikkerhetsobjektet (håndpant og underpant i bil A).<sup>53</sup> I den forbindelse kan det ikke vektlegges om den ene sikkerhetstypen kan sies å være bedre for kreditor enn den andre.<sup>54</sup> Ifølge Huser er begrunnelsen at en slik rangering av de ulike sikkerhetstypene ville ha vært "svært vanskelig å praktisere".<sup>55</sup>

Det er ikke tale om en disposisjon som aktualiserer ombyttingslæren når den nye sikkerhetsstillelsen har hjemmel i den opprinnelige låneavtalen.<sup>56</sup> Dette er tilfellet når låneavtalen inneholder en klausul om at debitor må stille tilleggssikkerhet såfremt det opprinnelige sikkerhetsobjektet faller i verdi.

---

<sup>50</sup> Jf. fotnote 2.

<sup>51</sup> Se Huser 3 s. 404.

<sup>52</sup> *Ibid.* s. 582.

<sup>53</sup> Se Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) og Huser 3 s. 404.

<sup>54</sup> Se Huser 3 s. 404.

<sup>55</sup> *Ibid.* (fotnote 90).

<sup>56</sup> Se *ibid.* s. 401.

Dersom denne klausulen utløses, kan det nemlig hevdes at kreditor kun har fått den "sikkerhetsretten" som opprinnelig "ble avtalt" mellom partene, sml. dekl. § 5-7.<sup>57</sup> I et slikt tilfelle må omstøtelsesadgangen bero på om "rettsvernet ... ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt", jf. dekl. § 5-7 første ledd bokstav b.<sup>58</sup> I praksis vil dette bli et spørsmål om rettsvernet gyldig kunne forhåndsetableres før debitor foretok den aktuelle tilleggssikkerhetsstillelsen.<sup>59</sup>

## 2.3 Ombyting av sikkerhet

### 2.3.1 *Har debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld?*

I det følgende vil jeg se nærmere på forholdet mellom en ombyting av sikkerhet og dekl. § 5-7.

Ved en ombyting av sikkerhet er det klart at den nye sikkerhetsretten i refinansieringsavtalen ble endelig bindende mellom partene etter at debitor mottok det første lånet fra kreditor, se punkt 1.3.1. I et slikt perspektiv kan "sikkerhetsretten" anses som "avtalt" etter at gjelden "ble pådratt", slik at debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekl. § 5-7.

Til dette kan det innvendes at det aktuelle lånebeløpet var like godt sikret før som etter refinansieringsavtalen. I et slikt perspektiv kan den nye sikkerhetsstillelsen sies å ha hjemmel i den tidligere "sikkerhetsretten" som "ble avtalt" i den opprinnelige låneavtalen. En slik løsning antydes i både rettspraksis og juridisk teori, noe som tilsier at debitor likevel ikke har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekl. § 5-7.<sup>60</sup>

Videre kan det hevdes at gjelden ikke må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det første lånet, men da han fikk det nye lånet i refinansieringsavtalen. Det er imidlertid tvilsomt om dette kan føre frem. Det fremgår nemlig av juridisk teori at man må se på de reelle forholdene og vurdere om det nye lånet kan sies å være en "omdanning" (jf. Huser 3 s. 384 (utheving fjernet)) av det første lånet.<sup>61</sup> Mer konkret må man spørre seg om det nye lånet "skal dekke det samme behovet

---

<sup>57</sup> Se Huser 3 s. 401 og 446-447.

<sup>58</sup> Se *ibid.* s. 446-447.

<sup>59</sup> Se *ibid.*

<sup>60</sup> Se Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) s. 819 samt Huser 3 s. 399-400.

<sup>61</sup> Jf. bl.a. Huser 3 s. 484, Brækhus II s. 106-107, Sandvik 1985 s. 45 og Andenæs 2009 s. 336-337.

hos debitor", eller om det snarere skal dekke "et nytt behov".<sup>62</sup> Dersom førstnevnte er tilfellet, må gjelden anses som pådratt på det tidspunktet da debitor fikk det første lånet fra kreditor.

Ved vurderingen vil det være relevant om det nye lånet knytter seg til nye vilkår og lyder på et annet beløp enn det første lånet.<sup>63</sup> Et slikt moment kan imidlertid ikke bli avgjørende, for ellers ville det ha vært altfor enkelt å omgå dekl. § 5-7. Samtidig vil det være vesentlig om debitor skal bruke pengene fra det nye lånet til å innfri det første lånet hos den samme kreditoren.<sup>64</sup> I så fall vil det "normalt ikke [være] tilstrekkelig" at debitor har fått bedre vilkår i refinansieringsavtalen i form av lavere rentesats eller lengre nedbetalingstid.<sup>65</sup> Samlet sett skal det "trolig nokså mye til" før gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det nye lånet i refinansieringsavtalen.<sup>66</sup> Dersom det nye lånebeløpet er høyere enn det gamle, vil selve forhøyelsen utgjøre ny gjeld.<sup>67</sup>

Videre veiledning gir forarbeidene, som fastslår at dekl. § 5-7 "[ikke gir] nærmere regler om virkningen av at et pant blir byttet om med et nytt pant".<sup>68</sup> Følgelig vil "den praksis som foreligger" etter konkursloven § 45 (opph.) fortsatt "være relevant".<sup>69</sup> Med dette gir forarbeidene anvisning på at det er usikkert om debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en ombytting av sikkerhet, og at man må se hen til andre rettskilder for å drøfte vurderingstemaet vårt.

### 2.3.2 *Har kreditor oppnådd en berikelse?*

Som tidligere nevnt lever ikke dekl. § 5-7 i et vakuum, men snarere i et samspill med § 5-11. Nedenfor vil jeg derfor analysere forholdet mellom en ombytting av sikkerhet og dekl. § 5-11.

Ved en ombytting av sikkerhet er det på det rene at kreditor har fått en ny "særrett til å søke dekning" (jf. pantel. § 1-1 første ledd) for det aktuelle lånebeløpet. Samtidig er ikke denne særretten bedre enn den han hadde tidligere. Slik sett kan det hevdes at det ikke foreligger en nettogevinst som lar seg

---

<sup>62</sup> Huser 3 s. 388 (utheving fjernet).

<sup>63</sup> Se Huser 3 s. 387.

<sup>64</sup> Se Andenæs 2009 s. 336.

<sup>65</sup> *Ibid.* s. 336, se også Reidar Myhre, "Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 84-151 (s. 128).

<sup>66</sup> Andenæs 2009 s. 337.

<sup>67</sup> Se *ibid.*

<sup>68</sup> NOU 1972: 20 s. 294.

<sup>69</sup> *Ibid.*



utmåle i penger på omstøtelsestidspunktet, og at det dermed ikke foreligger en berikelse etter dekl. § 5-11, jf. punkt 1.3.2.

Dette synspunktet støttes av Høyesterett, som har avgjort én sentral sak om ombytting av sikkerhet, nemlig Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni). Her stod tvisten mellom konkursboet til et kullkompani, Kristiania Aktie-Kul Kompagni, og en bank, Aktieselskabet Den norske Industrie- og Vexelbank. Seks uker før konkursåpning lånte kullkompaniet 6000 kroner fra banken. Til gjengjeld fikk banken sikkerhet i konnossementer fra to skip som fraktet kull til kullkompaniet. Da kullkompaniet mottok alt dette kullet, fikk banken sikkerhet i nye, lignende konnossementer. Da kullkompaniet mottok deler av dette kullet, byttet partene ut denne delen av sikkerheten med en nøkkelpant i et lager med kull.

Høyesterett måtte ta stilling til om denne ombyttingen var omstøtelig etter konkursloven § 45 (opph.) – som tilsvarer dekl. § 5-7. Høyesterett henviste til byretten og fastslo at banken ikke hadde oppnådd "nogen bedre Sikkerhed" ved arrangementet.<sup>70</sup> Følgelig kunne Høyesterett "i det Væsentlige tiltræde [byrettens] Begrundelse".<sup>71</sup>

Byretten uttalte at siden "Sikkerheden ikke blev bedre ved Ombytningen", forelå det ingen "Begunstigelse" for banken.<sup>72</sup> Riktignok anerkjente byretten at den nye sikkerhetsstillelsen "[r]ent udvortes seet" falt inn under ordlyden i konkursloven § 45 (opph.).<sup>73</sup> Byretten mente imidlertid at "det vilde ... være mindre rigtigt" å vurdere denne nye sikkerheten "isoleret", og samtidig "se bort fra dens Sammenhæng med den tidligere" sikkerheten.<sup>74</sup> Kredittforholdet mellom kullkompaniet og banken var "fra sin Oprindelse ... ledsaget af" sikkerhet, og det var "naturligvis beregnet paa at skulle forblive saaledes betrygget, indtil det var afviklet".<sup>75</sup> Den nye sikkerhetsstillelsen var derfor ingen "selvstændig og af den oprindelige Ordning uafhængig Disposition", men snarere "en Fortsættelse eller Følge af den oprindelige" sikkerheten.<sup>76</sup>

---

<sup>70</sup> Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) s. 817.

<sup>71</sup> *Ibid.* s. 818.

<sup>72</sup> *Ibid.* s. 819.

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

Byretten bemerket så at formålet med konkursloven § 45 (opph.) var å ramme sikkerhetsstillelser "hvorved ældre Kreditorer begunstiges", og "hvorved Eiendelene behæftes uden at der kommer tilsvarende Valuta ind i Massen".<sup>77</sup> Her var "Forholdet et andet", ettersom banken ga kullkompaniet ny "Valuta" ved at kullkompaniet kunne omgjøre den opprinnelige sikkerheten, dvs. de to første kulladningene, "i Penge".<sup>78</sup> For øvrig tilføyet byretten at "[d]et vilde ... være en Overraskelse for Forretningsverdenen" om domstolene kunne omstøte en slik disposisjon.<sup>79</sup>

Kort oppsummert, ble det i Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) avgjørende at "Sikkerheden ikke blev bedre ved Ombytningen", og at det dermed ikke forelå noen "Begunstigelse" for den aktuelle kreditoren.<sup>80</sup> Dette synspunktet er viktig, ettersom forarbeidene fastslår at rettspraksis etter konkursloven § 45 (opph.) er relevant etter deknl. § 5-7.<sup>81</sup> Videre er det på det rene at juridisk teori går entydig i samme retning som denne dommen.<sup>82</sup> På den bakgrunn er det på det rene at kreditor ikke har oppnådd en berikelse ved en ombytting av sikkerhet.

### 2.3.3 *Bør bostyreren stå fritt til å kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen?*

Frem til nå har jeg fremhevet at det er usikkert om debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en ombytting av sikkerhet. I et slikt tilfelle er det imidlertid på det rene at kreditor ikke har oppnådd en berikelse. I det følgende vil jeg ta stilling til om bostyreren likevel bør stå fritt til å kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen ved en ombytting av sikkerhet.

Som tidligere nevnt har lovgiver oppstilt vilkårene for omstøtelse i deknl. § 5-7 og virkningen av omstøtelse i § 5-11. Følgelig kan det formelt sett hevdes at berikelse ikke er et vilkår for omstøtelse, men kun en virkning av omstøtelse. Til dette kan det innvendes at så lenge kreditor ikke har oppnådd en berikelse ved den omstøtelige disposisjonen, har han heller ikke noe å fralegge seg etter deknl. § 5-11. Slik sett vil bostyreren mangle et krav å forfølge for domstolene. Dette understrekes av Huser,

---

<sup>77</sup> Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) s. 819.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 294.

<sup>82</sup> Se Sandvik 1985 s. 47, Huser 3 s. 399-404, Brækhus 2005 s. 603, Andenæs 2009 s. 342 og Nazarian 2012 s. 196.

som mener at det vil være "uten betydning" om konkursboet "av en eller annen grunn måtte ønske en restitusjon".<sup>83</sup>

Hvorvidt tap er et ytterligere vilkår for omstøtelse behandles i punkt 2.4.2. Både rettspraksis og juridisk teori synes å stå delt om dette spørsmålet.<sup>84</sup>

I visse tilfeller kan det imidlertid hevdes at bostyreren har en verneverdig interesse i å omstøte den nye sikkerhetsstillelsen. For eksempel kan det tenkes at debitor har byttet ut en underpant i et ikke-realregistrerbart løsøreobjekt med en håndpant i samme objekt (jf. pantel. § 3-2 første ledd). Etter konkursåpning ønsker konkursboet å bruke løsøreobjektet til å videreføre debitors virksomhet ved å tre inn i én eller flere av debtors kontrakter etter dekl. § 7-3. Dersom konkursboet likevel må respektere den aktuelle ombyttingen, vil kreditorfellesskapet kanskje gå glipp av en tapt fortjeneste. Videre kan det tenkes at debitor har byttet ut ett sikkerhetsobjekt med et annet, og at konkursboet – etter konkursåpning – vil ha det nye sikkerhetsobjektet tilbake fordi dette kan komme til å stige i verdi mens bobehandlingen pågår. I den forbindelse kan det anføres at omstøtelsesreglene bør tolkes til fordel for konkursboet. Kreditor vil uansett ikke tape på en eventuell omstøtelse, ettersom han vil få full kompensasjon i form av betaling fra konkursboet eller tilbakelevering av det opprinnelige sikkerhetsobjektet, jf. dekl. § 5-11 andre ledd. Dette kan tas til inntekt for at bostyreren likevel bør stå fritt til å kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen ved en ombytting av sikkerhet.

Berikelsesregelen i dekl. § 5-11 skal imidlertid verne om den andre parten, som kan rammes av omstøtelse etter § 5-7 selv om det ikke finnes bevis for insolvens eller ond tro.<sup>85</sup> Nettopp derfor har både Høyesterett og juridisk teori uttalt at det ville være "en Overraskelse for Forretningsverdenen" (jf. Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) s. 819) og "for lite smidig" (jf. Brækhus II s. 118) om bostyreren kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i et slikt tilfelle. Her må det hensyntas at sikkerhetsstillelsen ikke begunstiger én kreditor på kreditorfellesskapets bekostning. Følgelig må den sies å falle på siden av de disposisjoner som lovgiver har ment å ramme gjennom vedtakelsen av dekl. § 5-7. Bostyreren vil derfor ikke stå fritt til å kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen ved en ombytting av sikkerhet.

---

<sup>83</sup> Huser 3 s. 611 (fotnote 131). Se også *ibid.* s. 577-580.

<sup>84</sup> Se Rt. 1899 s. 817 (Kul Kompagni) og Huser 3 s. 400 sml. RG 1971 s. 402 (Polaris) og Myhre i TfR 1992 s. 127.

<sup>85</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 299-300, se punkt 1.3.1.

#### 2.3.4 Forholdet til deknl. § 5-9

Så langt har jeg drøftet forholdet mellom en ombygging av sikkerhet og de ulike rettskildene rundt deknl. §§ 5-7 og 5-11. Her i punkt 2.3.4 vil jeg kort rette fokuset mot deknl. § 5-9 første ledd.

Dersom det er tale om en ombygging av sikkerhet, er det nærliggende å anta at den nye sikkerhetsstillelsen vil falle utenfor de disposisjoner som deknl. § 5-9 rammer. Her foreligger det nemlig ingen kreditorbegunstigelse, unndragelse av eiendeler eller forøkelse av gjeld.

Under enhver omstendighet har det formodningen mot seg at den nye sikkerhetsstillelsen kan karakteriseres som utilbørlig overfor kreditorfellesskapet. Forarbeidene uttaler at domstolene kan "trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg".<sup>86</sup> Samtidig må spørsmålet ofte besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene.<sup>87</sup> I den forbindelse kan det tillegges atskillig vekt at den aktuelle sikkerhetsstillelsen – etter sin art – må anses som uomstøtelig etter deknl. § 5-7.<sup>88</sup> Videre er det klart at "utilbørlig" er et "belastende begrep" (jf. Rt 1995 s. 259 (Troms Kjøtt) s. 269) som må forbeholdes de "klart kritikkverdige" disposisjonene (jf. Rt. 2001 s. 1136 (Kjells Markiser) s. 1145). I fravær av andre holdepunkter kan ikke sikkerhetsstillelsen betegnes som en slik, klart kritikkverdig disposisjon.

For øvrig krever deknl. § 5-9 at debtors økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Ifølge Andenæs er det her tale om enten insolvens eller en "insolvenslignende økonomisk stilling".<sup>89</sup> Ved en ombygging av sikkerhet ble ikke debtors økonomiske stilling alvorlig svekket ved den nye sikkerhetsstillelsen. Samtidig kan det tenkes at stillingen uansett var svak da han inngikk den aktuelle refinansieringsavtalen.

Dessuten oppstiller bestemmelsen et subjektivt vilkår, nemlig at den andre parten kjente eller burde ha kjent til debtors økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.<sup>90</sup> Ved vurderingen av hva han burde ha kjent til, er vanlig uaktsomhet nok.<sup>91</sup> Derimot er det ikke noe

---

<sup>86</sup> NOU 1972: 20 s. 297.

<sup>87</sup> Jf. *ibid.*

<sup>88</sup> Jf. *ibid.*

<sup>89</sup> Andenæs 2009 s. 355.

<sup>90</sup> Se *ibid.* s. 366-369.

<sup>91</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 298.

generelt krav om at kreditor må ha opptrådt utilbørlig.<sup>92</sup> Her må det foretas en konkret vurdering fra sak til sak.

I likhet med etter deknl. §§ 5-7 og 5-11, har konkursboet bevisbyrden for at alle omstøtelsesvilkårene er oppfylte etter § 5-9 første ledd.<sup>93</sup>

### 2.3.5 Kort om lov om finansiell sikkerhetsstillelse § 5 andre ledd

I 2004 vedtok lovgiver en lov om finansiell sikkerhetsstillelse for å "styrke det finansielle markedet" og "ivareta hensynet til finansiell stabilitet ved å bidra til sikker, ordnet og effektiv finansiell sikkerhetsstillelse", jf. § 1 første ledd. Lovens § 5 andre ledd utgjør en *lex specialis*-regel til deknl. § 5-7 i de tilfellene der debitor har byttet ut én finansiell sikkerhet med en annen. Den lyder som følger:

"En sikkerhetsstillelse kan ikke omstøtes alene på det grunnlag at den er stilt for en finansiell forpliktelse som allerede er pådratt".

Bestemmelsen søker å gjennomføre artikkel 8 nr. 3 bokstav a og b punkt ii) i direktiv 2002/47/EF av 6. juni 2002 om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse.<sup>94</sup> I dette direktivet står det at en "ombytning" av "finansiell sikkerhet" som "i alt væsentlig har samme verdi", ikke kan "omstødes ... alene på det grunnlag" at "de relevante finansielle forpliktelse ble pådraget forud for datoen for etableringen af den finansielle sikkerhet", jf. *ibid.* artikkel 8 nr. 3 bokstav b sammenholdt punkt ii). På generelt grunnlag synes dette å være i samsvar med ombyttingslæren. Med det sagt, vil jeg ikke gå nærmere inn på lovens § 5 andre ledd, herunder alle de mulige diskrepansene mellom dennes ordlyd, det bakenforliggende direktivet og deknl. § 5-7.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 298.

<sup>93</sup> Jf. *ibid.*

<sup>94</sup> Se Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) s. 5 flg.

<sup>95</sup> Se om dette Karl Rosén, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer*, 2011 s. 59 flg.

## 2.4 Forbedring av sikkerhet

### 2.4.1 Hvordan skal berikelsen til kreditor utmåles?

Så langt har jeg drøftet forholdet mellom en ombygging av sikkerhet og de ulike rettskildene rundt deknl. §§ 5-7 og 5-11. I det følgende vil jeg se nærmere på tilfeller der den nye sikkerheten er verdt mer enn den opprinnelige sikkerheten på omstøtelsestidspunktet, slik at det foreligger en forbedring av sikkerhet. Før bostyreren kan omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen etter deknl. § 5-7, må han se til at kreditor faktisk har oppnådd en berikelse etter deknl. § 5-11. Her i punkt 2.4.1 vil jeg greie ut om hvordan denne berikelsen til kreditor skal utmåles.

Den sentrale rettesnoren for berikelsesvurderingen er at den andre parten skal havne i den samme økonomiske stillingen som han hadde vært i dersom han ikke hadde inngått eller tatt del i den aktuelle disposisjonen, se punkt 1.3.2. Dersom kreditor ikke hadde tatt del i den nye sikkerhetsstillelsen, ville han fortsatt ha hatt den opprinnelige sikkerheten.<sup>96</sup> I utgangspunktet må berikelsen derfor utmåles til "verdiøkningen" fra den opprinnelige sikkerheten til den nye sikkerheten, slik denne økningen fortøner seg på omstøtelsestidspunktet.<sup>97</sup> I de tilfellene der den opprinnelige sikkerheten uansett ville ha gitt kreditor fullgod dekning for kravet sitt mot debitor, må berikelsen imidlertid utmåles til null. Kreditor kan nemlig ikke kreve noe annet eller mer enn kravets fastsatte beløp ved tvangsrealisasjon av sikkerhetsobjektet, jf. pantel. §§ 1-4 første ledd og 1-1 første ledd (forutsetningsvis).<sup>98</sup>

Dersom den nye sikkerhetsstillelsen kan omstøtes etter deknl. § 5-7, må den opprinnelige sikkerhetsretten igjen "respektere[s]" av konkursboet, jf. deknl. § 8-14 første ledd første punktum smh. § 8-17. I så fall kan kreditor kreve "dividende" for "den del" av kravet "som ikke dekkes" av den opprinnelige sikkerhetsretten, jf. deknl. § 8-14 første ledd første punktum. Dette dividendebeløpet vil redusere verdiøkningen fra den opprinnelige sikkerheten til den nye sikkerheten.<sup>99</sup> I utgangspunktet må det derfor gjøres et fradrag for dette dividendekravet.<sup>100</sup>

---

<sup>96</sup> Jf. Huser 3 s. 403.

<sup>97</sup> Jf. *ibid.* s. 403.

<sup>98</sup> Se også Hans Fredrik Marthinussen, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet*, Bergen 2010 s. 23-26.

<sup>99</sup> Se i samme retning Huser 3 s. 575-576 samt Myhre i TfR 1992 s. 128.

<sup>100</sup> Jf. Huser 3 s. 576.

Når omstøtelseskravet skal avgjøres, kan det imidlertid være usikkert om kreditor vil motta noe som helst i medhold av dividendekravet sitt – og i så fall, hvor mye. I et slikt tilfelle mener Huser at det ikke kan gjøres et fradrag for dette dividendekravet.<sup>101</sup> Denne fremgangsmåten kan for så vidt anføres å ivareta hensynet til konkursboet, som klart nok trenger en retts teknisk enkel berikelsesvurdering som unngår skjønsmessige og bevistunge spørsmål. Alternativt kan det på omstøtelsestidspunktet gjøres et fradrag for den delen av dividendekravet som det er sannsynlig at kreditor vil motta. Dersom dette anslaget senere viser seg å være feil, kan den tapende part kreve utligning fra den andre parten. Her må det imidlertid bemerkes at løsningen er usikker *de lege lata*.

Det kan tenkes at kreditor har hatt utgifter i forbindelse med den nye sikkerhetsstillelsen, gjerne gjennom betaling av offentlige gebyrer eller registreringsavgifter. I så fall må det gjøres et fradrag for disse utgiftene.<sup>102</sup>

Videre kan det hende at kreditor har gitt debitor visse lettelser eller motytelser i refinansieringsavtalen, typisk i form av lavere rentesats eller lengre nedbetalingstid. Dersom kreditor ikke hadde tatt del i den nye sikkerhetsstillelsen, ville han heller ikke ha gitt debitor disse lettelsene eller motytelsene. I utgangspunktet må det derfor gjøres et fradrag her.<sup>103</sup> Ifølge Myhre kan dette gjennomføres ved at det f.eks. ses vekk fra den nye rentesatsen eller nedbetalingstiden når dividendekravet skal klarlegges.<sup>104</sup>

For øvrig kan det vise seg at kreditor har overdratt den aktuelle sikkerhetsretten til en utenforstående tredjeperson i tiden forut for den formelle konkursåpningen. Dette har han i utgangspunktet adgang til, jf. pantel. § 1-10 første ledd. I så fall kan konkursboet kun omstøte sikkerhetsstillelsen dersom denne tredjepersonen "kjente eller burde" ha kjent til "de forhold" ved kreditors "retts serverv som kunne føre til omstøtelse", jf. dekl. § 5-11 tredje ledd.

#### 2.4.2 *Må det oppstilles et ytterligere tapsvilkår?*

Det kan vise seg at en ny sikkerhetsstillelse verken har eller vil påføre konkursboet noe tap. For eksempel kan det hende at debitor gir kreditor en ny og bedre sikkerhet, og at kreditor til gjengjeld

---

<sup>101</sup> Jf. Huser 3 s. 576.

<sup>102</sup> Jf. *ibid.* s. 596-598 samt NOU 1972: 20 s. 300 og Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 173.

<sup>103</sup> Se i samme retning Huser 3 s. 595-596 og Myhre i TfR 1992 s. 128-129, se også NOU 1972: 20 s. 300 (forutsetningsvis).

<sup>104</sup> Se Myhre i TfR 1992 s. 128.

gir ham visse lettelser eller motytelser. Uten disse lettelsene eller motytelsene ville debitor ha gått umiddelbart konkurs. Med refinansieringsavtalen kan han i stedet fortsette driften og inntjeningen i en viss tid – til gunst for hele kreditorfellesskapet. En slik refinansieringsavtale kan gjerne karakteriseres som en redningsaksjon der debitor både må gi og ta for å utsette konkursen. I en slik redningsaksjon må bostyreren se til at kreditor faktisk har oppnådd en berikelse etter dekl. § 5-11, selv etter fradrag for dividendekrav, utgifter, lettelser og motytelser. Dersom det foreligger en slik berikelse etter dekl. § 5-11, kan bostyreren i utgangspunktet omstøte den nye sikkerhetsstillelsen etter § 5-7. I det følgende vil jeg imidlertid drøfte om det må oppstilles et ytterligere tapsvilkår i dekl. § 5-7.

Dekl. § 5-7 sier ingenting om et eventuelt tapsvilkår. Det samme gjelder dekl. § 5-11, som kun retter seg mot kreditors berikelse – og ikke mot konkursboets tap. Dersom bostyreren derimot kan omstøte en disposisjon etter dekl. § 5-9, fastslår § 5-12 at den andre parten må erstatte det "tap" som konkursboet har lidt ved den omstøtelige disposisjonen, jf. første ledd første punktum. Dersom dekl. § 5-11 holdes opp mot § 5-12, synes det klart at lovgiver har valgt å knytte berikelse til de objektive omstøtelsesreglene og tap til den subjektive omstøtelsesregelen.

Det finnes imidlertid en vesensforskjell mellom å kreve at konkursboet må ha lidt et tap på den ene siden, og å kreve at kreditor må erstatte hele dette tapet på den andre siden. Det kan derfor innvendes at dekl. §§ 5-11 og 5-12 ikke tar direkte stilling til spørsmålet vårt. For øvrig kan det anføres at så lenge den omtvistede sikkerhetsstillelsen verken har eller vil påføre konkursboet noe tap, må disposisjonen sies å falle på siden av de disposisjoner som lovgiver har ment å ramme gjennom vedtakelsen av dekl. § 5-7. Dersom sikkerhetsstillelsen inngikk i en redningsaksjon, kan den snarere sies å ha et "verdiskapende element i seg".<sup>105</sup>

I Danmark oppstilles det et tapsvilkår. I konkursloven § 75, som tilsvarende dekl. § 5-11, står det nemlig at den andre parten skal "fralægge sig den berigelse, han har vundet, dog ikke du over boets tab", jf. stk. 1. Til dette uttaler imidlertid det norske utvalget "at det ikke er noen reell begrunnelse for en slik grense", og at utvalget derfor "ikke [har] tatt inn en tilsvarende begrensning i norsk

---

<sup>105</sup> Myhre i TfR 1992 s. 129 (utheving fjernet).



utkast".<sup>106</sup> Disse uttalelsene tilsier klart at det ikke kan oppstilles et generelt tapsvilkår for å kunne omstøte en disposisjon på objektivt grunnlag etter dekningsloven.<sup>107</sup>

Etterarbeidene går i samme retning som forarbeidene. I NOU 1993: 16 presenterte Falkangerutvalget en etterkontroll av konkurslovgivningen, og her foreslo utvalget å innføre et slikt generelt tapsvilkår.<sup>108</sup> Departementet forkastet forslaget i sin helhet, særlig fordi et tapsvilkår "kan virke prosesskapende".<sup>109</sup> Mer konkret bemerket departementet at de objektive omstøtelsesreglene skal representere "en retts teknisk forenkling" av den subjektive omstøtelsesregelen, og at konkursboet "skal slippe å føre bevis for insolvens" og "ond tro" på disposisjonstidspunktet.<sup>110</sup> Dessuten kommenterte departementet at berikelsesregelen i dekl. § 5-11 "i mange tilfeller [vil] gjøre tapsspørsmålet mindre aktuelt".<sup>111</sup>

Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) bekrefter standpunktet i forarbeidene og etterarbeidene. Her måtte Høyesterett ta stilling til om det må oppstilles et generelt tapsvilkår for å kunne omstøte en disposisjon på objektivt grunnlag etter dekningsloven. Til dette bemerket flertallet at dekl. § 5-11 ikke oppstiller et slikt tapsvilkår, og at dette "er resultatet av et bevisst valg".<sup>112</sup> Så spurte flertallet om "reelle hensyn" likevel kunne tale for en annen løsning.<sup>113</sup> Svaret var nei, for flertallet kunne ikke se at det "isolert sett" er "urimelig" at debitor må fralegge seg sin berikelse etter dekl. § 5-11.<sup>114</sup> Samtidig kom flertallet til at kreditors berikelse var like stor som konkursboets tap. Følgelig fant ikke flertallet "grunn til å ta stilling til det generelle spørsmålet", noe som innebærer at de ovenfor nevnte uttalelsene utgjør *obiter dicta*.<sup>115</sup>

Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) går i samme retning som Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik). I denne dommen uttalte Høyesterett at "det ved lovens tilblivelse klart ble presisert at det ikke skal oppstilles noe vilkår for omstøtelse at konkursboet har lidt et tap gjennom disposisjonen som ønskes omstøtt".<sup>116</sup> På

---

<sup>106</sup> NOU 1972: 20 s. 300.

<sup>107</sup> Se i samme retning Huser 3 s. 581.

<sup>108</sup> Se NOU 1993: 16 s. 112-114.

<sup>109</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153.

<sup>110</sup> *Ibid.*, se også Myhre i TfR 1992 s. 130.

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 154.

<sup>112</sup> Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1654.

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.* s. 1654.

<sup>115</sup> *Ibid.* Om begrepet "*obiter dictum*", se bl.a. Nygaard 2004 s. 115 flg.

<sup>116</sup> Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) avsn. 50.

generelt grunnlag synes juridisk teori, herunder Myhre, Huser og Andenæs, å bekrefte dette standpunktet.<sup>117</sup>

Etter dette synes det klart at det ikke kan oppstilles et generelt tapsvilkår for å kunne omstøte en disposisjon på objektivt grunnlag etter dekningsloven. Det kan anføres at dette likevel ikke løser spørsmålet vårt. Ifølge Falkangerutvalget finnes det nemlig flere typetilfeller der det faktisk opereres med et slikt vilkår, herunder ved ombygging av sikkerhet.<sup>118</sup>

I den forbindelse gir RG 1971 s. 402 (Polaris) videre veiledning.<sup>119</sup> Her stod tvisten mellom konkursboet til et flyselskap, Polaris Air Transport, og et annet flyselskap, SAS. SAS hadde i lang tid utført vedlikeholdsarbeid på flyene til Polaris, og Polaris slet etter hvert med å betale regningene for dette arbeidet. Et halvt år før konkursåpning hadde Polaris en gjeld hos SAS på ca. 360 000 kroner, hvorav 130 000 kroner knyttet seg til reparasjon av en flymotor (heretter "flymotor 1"). Siden Polaris også slet med å betale disse 130 000 kronene, utøvde SAS tilbakeholdsrett i flymotor 1, som var verdt ca. 200 000 kroner. Polaris og SAS inngikk så en avtale om at Polaris skulle betale ned gjelden hos SAS med 30 000 kroner per måned. Kort tid senere fikk Polaris en skade på en annen flymotor (heretter "flymotor 2"), og da var flyselskapet avhengig av flymotor 1 for å fortsette driften. Med lagmannsrettens ord, ville Polaris ellers ha havnet i en "prekær situasjon".<sup>120</sup> Mens både flymotor 1 og flymotor 2 stod på verkstedet til SAS, utleverte SAS flymotor 1 til Polaris. Til gjengjeld fikk SAS sikkerhet i tre objekter; flymotor 2, som var verdt ca. 40 000 kroner, et forsikringskrav på flymotor 2, som var verdt ca. 70 000 kroner, og en personlig garanti fra sjefen i Polaris, som var verdt ca. 60 000 kroner. Kort oppsummert, var den opprinnelige sikkerheten altså verdt ca. 200 000 kroner, mens den nye sikkerheten var verdt ca. 170 000 kroner.

For lagmannsretten anførte konkursboet at kreditor ikke hadde rett til å bytte ut flymotor 1 med de tre nye sikkerhetsobjektene fordi disse ikke hadde noen direkte tilknytning til den aktuelle

---

<sup>117</sup> Jf. Myhre i TfR 1992 s. 146, Huser 3 s. 124 og Andenæs 2009 s. 288. Se også Jonny Johansen, "Innføringen av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse", *Lov og rett*, 1996 s. 233-243 (s. 243), Nazarian 2012 s. 204-205, Brækhus og Berg i JV 2014 s. 117-120 samt Kristoffer Aasebø, Leif Petter Masen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer*, Oslo 2015 s. 179.

<sup>118</sup> Jf. NOU 1993: 16 s. 113.

<sup>119</sup> Riktignok er underrettspraksis ingen overbevisende rettskilde. Med det sagt uttaler Nygaard at "den løysing dommen inneheld, iallfall bør kunne reknast som eit stykke rettslitteratur, og kunne ha interesse i minst like stor grad som det", jf. Nygaard 2004 s. 210.

<sup>120</sup> RG 1971 s. 402 (Polaris) s. 403.

reparasjonen. Lagmannsretten tillot imidlertid arrangementet, bl.a. på grunnlag av "ombyttingsbetraktninger".<sup>121</sup> Debitor måtte sies å ha stilt den nye sikkerheten før kreditor friga sikkerheten, og da hadde ikke "konkursboet ... tapt noe på ombyttingen".<sup>122</sup> Denne siste uttalelsen støttes av Myhre. Han anser det som klart at det må fokuseres på konkursboets tap, og at det derfor må oppstilles et slikt tapsvilkår så lenge det er tale om en ombytting eller forbedring av sikkerhet.<sup>123</sup> Disse rettskildene kan tas til inntekt for at det likevel må oppstilles et ytterligere tapsvilkår i dekl. § 5-7.

Motsetningsvis fremgår det av Huser at det ikke er "avgjørende" at boet har lidt et tap ved en ombytting av sikkerhet.<sup>124</sup> Således virker det som om Huser er uenig med både RG 1971 s. 402 (Polaris) og Myhre. Til lagmannsrettsdommen kan det innvendes at den opprinnelige sikkerheten var verdt mer enn den nye sikkerheten. Følgelig hadde den andre parten uansett ikke oppnådd en berikelse etter dekl. § 5-11. Dette ble overhodet ikke kommentert av lagmannsretten, noe som kan anføres å svekke dommens vekt. Videre synes konklusjonen til Myhre å bygge på en oppfatning om at berikelse ikke er et vilkår for omstøtelse, men kun en virkning av omstøtelse.<sup>125</sup> For øvrig forankrer han konklusjonen sin kun i RG 1971 s. 402 (Polaris), én flertydig setning fra Brækhus II samt svensk juridisk teori.<sup>126</sup>

Samlet sett må det bemerkes at spørsmålet vårt befinner seg på et positivrettslig rettsområde der hensynet til forutberegnelighet "ofte [vil] ha høg verdi", se punkt 1.4.<sup>127</sup> Verken dekl. §§ 5-7 eller 5-11 sier noe om et eventuelt tapsvilkår, og rettskildene fastslår entydig at det ikke kan oppstilles et generelt tapsvilkår for å kunne omstøte en disposisjon på objektivt grunnlag etter dekningsloven. RG 1971 s. 402 (Polaris) og Myhre i TfR 1992 synes ikke å ha tilstrekkelig rettskildemessig dekning for å fravike dette utgangspunktet. Det kan derfor ikke oppstilles et ytterligere tapsvilkår i dekl. § 5-7.

---

<sup>121</sup> RG 1971 s. 402 (Polaris) s. 406.

<sup>122</sup> *Ibid.* s. 406-407.

<sup>123</sup> Jf. Myhre i TfR 1992 s. 147 samt s. 126-132.

<sup>124</sup> Huser 3 s. 400, se også s. 577-580.

<sup>125</sup> Se *ibid.* s. 129 (petit)

<sup>126</sup> Se *ibid.* s. 127.

<sup>127</sup> Nygaard 2004 s. 166-167, se også Rt. 1997 s. 645 s. 650.

### 2.4.3 Kan det innfortolkes en ordinærreservasjon?

Under visse omstendigheter kan en sikkerhetsstillelse fortone seg slik at den verken kan anses som utilbørlig eller illojal overfor kreditorfelleskapet.<sup>128</sup> Dette synes mest aktuelt ved en redningsaksjon der kreditor gir debitor visse lettelsener eller motytelser for å forhindre at sistnevnte går umiddelbart konkurs. Selv om det i et slikt tilfelle foreligger en berikelse etter deknl. § 5-11, kan det kanskje fremstå som urimelig om bostyreren kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen etter § 5-7. Her i punkt 2.4.3 vil jeg derfor ta stilling til om det kan innfortolkes en ordinærreservasjon eller lignende sikkerhetsventil i deknl. § 5-7.

Ordinærreservasjonen stammer fra deknl. § 5-5, som fastslår at bostyreren kan omstøte ulike typer betalinger av gjeld, så sant den aktuelle betalingen "etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær", jf. første ledd.<sup>129</sup> I henhold til rettspraksis "fremtrådte" betalingen "som ordinær" dersom den inngikk i en redningsaksjon som tok "sikte på å hjelpe" debitor "på lengre sikt" og som innebar både fordeler og ulemper for kreditor, jf. Rt. 1969 s. 624 (Hamar Auto II) s. 629. Her vil "[d]et vesentlige" være om det foreligger "et gjensidig bebyrdende forhold basert på en vurdering av hva som alt i alt måtte anses for å være den beste løsningen for [debitor] i den spesielle situasjon som forelå", jf. Rt. 1982 s. 1232 (Ruud & Ziener I) s. 1237.

Lovgiver har ikke inntatt en ordinærreservasjon i deknl. § 5-7. Videre har lovgiver presisert at én type sikkerhetsstillelse må vurderes etter deknl. § 5-5, nemlig factoringpant, jf. § 5-5 fjerde ledd. Ifølge forarbeidene er begrunnelsen at denne bestemmelsen har "mer skjønnsmessige regler" enn § 5-7, som på sin side oppstiller "klarere og mer ubetingede" vilkår for omstøtelse.<sup>130</sup> Således synes sontringen mellom deknl. §§ 5-5 og 5-7 å representere et bevisst valg fra lovgivers side, noe som trekker sterkt i retning av at det ikke kan innfortolkes en ordinærreservasjon i § 5-7.

I visse tilfeller kan det imidlertid virke nokså vilkårlig at lovgiver har inntatt en ordinærreservasjon i deknl. § 5-5, men ikke i § 5-7. Det kan for eksempel tenkes at debitor må be om refinansiering hos en kreditor fordi han står på randen av konkurs. Kreditoren svarer at han kan nedjustere rentesatsen og forlenge nedbetalingstiden, mot at debitor gir ham en bedre dekning enn tidligere. Dersom debitor

---

<sup>128</sup> Se Myhre i Tfr 1992 s. 127 flg.

<sup>129</sup> De ulike betalingstypene er betaling "med usedvanlig betalingsmidler", betaling "før normal betalingstid" eller betaling "med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne", jf. deknl. § 5-5 første ledd.

<sup>130</sup> NOU 1993: 16 s. 123, se i samme retning Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 154.

godtar et slikt forslag, vil det gjerne bero på tilfeldigheter om dekningen skjer i form av en nedbetaling på lånet, eller en ny sikkerhetsstillelse. Ved konkurs kan det imidlertid hende at nedbetalingen må anses som uomstøtelig etter deknl. § 5-5, mens sikkerhetsstillelsen må anses som omstøtelig etter § 5-7. I 2002 innførte Sverige derfor en ordinærreservasjon i konkurslagen 4 kap. 12 § – som tilsvarer deknl. § 5-7.<sup>131</sup> Ifølge forarbeidene er det "[p]rincipielt sett ... betydande likheter mellan betalningar och säkerställanden i efterhand".<sup>132</sup> Dersom "betalingen [kan] återvinnas", dvs. omstøtes, "bör i princip även säkerheten kunna återvinnas – och omvänt".<sup>133</sup> Hensynet til sammenheng i regelverket kan derfor tas til inntekt for at det kan innfortolkes en ordinærreservasjon eller lignende sikkerhetsventil i deknl. § 5-7.

Dersom en sikkerhetsstillelse inngikk i en redningsaksjon som tok "sikte på å hjelpe" debitor "på lengre sikt" og som innebar både fordeler og ulemper for kreditor (jf. Rt. 1969 s. 624 (Hamar Auto II) s. 629), vil den skille seg fra de typiske kreditorbegunstigelser som lovgiver har ment å ramme gjennom vedtakelsen av deknl. § 5-7. Sett fra partenes perspektiv på disposisjonstidspunktet, kan en slik sikkerhetsstillelse ha "et verdiskapende element i seg" (jf. Myhre i TfR 1992 s. 129 (utheving fjernet)) som vil "bidra til at debitor kommer over en krise" (jf. Sandvik 1985 s. 44). Følgelig kan den vanskelig karakteriseres som utilbørlig eller illojal overfor kreditorfellesskapet.<sup>134</sup> Nettopp derfor mener både Sæbø og Nazarian at deknl. § 5-7 bør få en tilsvarende ordinærreservasjon som § 5-5.<sup>135</sup> Riktignok medgir begge at en slik løsning vil kreve lovendring.<sup>136</sup>

Til dette kan det innvendes at deknl. § 5-7 skal representere "en retts teknisk forenkling" av § 5-9, og at konkursboet "skal slippe å føre bevis for insolvens" og "ond tro" på disposisjonstidspunktet.<sup>137</sup> Dersom det kan innfortolkes en ordinærreservasjon i deknl. § 5-7, må konkursboet nettopp ta stilling til hvordan debtors økonomiske stilling var før og etter den aktuelle sikkerhetsstillelsen, og hva som var kreditors intensjoner med hele refinansieringen.<sup>138</sup> I så fall mener Myhre at deknl. § 5-7 ei lenger

---

<sup>131</sup> Se Prop. 2001/02:57 s. 8-10.

<sup>132</sup> *Ibid.* s. 9.

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> Se *ibid.* 2001/02:57 s. 9

<sup>135</sup> Jf. Sæbø 2010 s. 306-308 og Nazarian s. 193, se også s. 219.

<sup>136</sup> Se fotnote 135.

<sup>137</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153.

<sup>138</sup> Se i samme retning Myhre i TfR 1992 s. 130.

vil "tjene sitt formål".<sup>139</sup> Han tar derfor til orde for å praktisere bestemmelsen "restriktivt".<sup>140</sup> I samme retning går Sandvik, som synes å legge avgjørende vekt på at når debitor går konkurs så kort tid etter den omtvistede sikkerhetsstillelsen, "kan det ... være naturlig å likestille" ham med de andre usikrede kreditorene.<sup>141</sup> Både Huser og Andenæs synes å være enig med Myhre og Sandvik.<sup>142</sup> Særlig Huser tilbyr en begrunnelse. Han mener at i stedet for å begi seg ut på en slik redningsaksjon, kan debitor realisere det aktuelle objektet eller tilby dette som sikkerhet for et nytt lån hos andre "profesjonelle långivere".<sup>143</sup> Ifølge Huser er dette "ryddigere" overfor kreditorfellesskapet.<sup>144</sup> Dersom debitor bruker disse pengene til å innfri et annet lån, kan han for øvrig påberope seg ordinærreservasjonen i dekl. § 5-5.<sup>145</sup> Videre vil en "absolutt regel ... kunne motvirke et kappløp fra kreditorenes side" og avskjære kompliserte spørsmål om "hvorvidt debitor i stedet hadde kunnet betale med penger eller ikke og om en slik betaling i så fall ville ha vært omstøtelig".<sup>146</sup> For øvrig kan det nok settes spørsmålstejn ved om en redningsaksjon er særlig verneverdig når debitor uansett går konkurs kort tid senere. Hensynet til en retts teknisk enkel omstøtelsesregel gir derfor anvisning på at det ikke kan innfortolkes en ordinærreservasjon eller lignende sikkerhetsventil i dekl. § 5-7.

Ifølge forarbeidene retter de objektive omstøtelsesreglene seg mot disposisjoner som på grunn av sitt innhold og tidspunkt skaper en viss presumsjon for illojalitet og utilbørlighet.<sup>147</sup> Men så lenge det ikke kreves "bevis for insolvens" og "ond tro" på disposisjonstidspunktet, må kreditor kun fralegge seg sin berikelse i stedet for å erstatte konkursboet dets tap, jf. dekl. §§ 5-11 sml. 5-12.<sup>148</sup> Slik sett er det nærliggende å mene at dekl. § 5-7, av hensyn til en retts teknisk enkel omstøtelsesregel, også skal ramme disposisjoner som faller utenfor denne presumsjonen, og at § 5-11 blir en slags kompensasjon til den andre parten. Dette, sammenholdt med at lovgiver har oppstilt en bevisst sondring mellom dekl. §§ 5-5 og 5-7, må bli avgjørende for spørsmålet vårt. Det kan derfor ikke innfortolkes en ordinærreservasjon eller lignende sikkerhetsventil i dekl. § 5-7.

---

<sup>139</sup> Myhre i TfR 1992 s. 129. Se også Aasebø mfl. 2015 s. 240.

<sup>140</sup> Myhre i TfR 1992 s. 130.

<sup>141</sup> Sandvik 1985 s. 44.

<sup>142</sup> Se hhv. Andenæs 2009 s. 335 og Huser 3 s. 365-366.

<sup>143</sup> Huser 3 s. 365.

<sup>144</sup> *Ibid.*

<sup>145</sup> Se *ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.* s. 366.

<sup>147</sup> NOU 1972: 20 s. 282.

<sup>148</sup> Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) s. 153, se også NOU 1972: 20 s. 299-300.

#### 2.4.4 *Hvordan skal omstøtelsesoppgjøret gjennomføres?*

I de tilfellene der bostyreren kan omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen etter deknl. § 5-7, må omstøtelsesoppgjøret gjennomføres på en eller annen måte. Her gir deknl. § 5-11 andre ledd videre veiledning, som står skrevet slik:

"Når noen av partene krever det, skal oppgjøret skje ved at hver leverer tilbake det mottatte, for så vidt dette er i behold og tilbakelevering kan skje uten urimelig verdispille, idet den nødvendige utligning skjer ved betaling fra en av sidene".

Bestemmelsen søker å regulere i hvilken utstrekning "noen av partene" kan kreve naturalrestitusjon. Dersom vilkårene for dette er oppfylte og det er tale om en håndpant, må kreditor levere tilbake det aktuelle løsøreobjektet til konkursboet.<sup>149</sup> Dersom det derimot er tale om en realregistrert underpant, må kreditor i utgangspunktet slette den aktuelle heftelsen.<sup>150</sup> I de tilfellene der det finnes etterstående rettigheter i det aktuelle sikkerhetsobjektet, må det "anses som sikker rett at konkursboet ved omstøtelse trer inn i den rettighet som blir omstøtt".<sup>151</sup> Således vil ikke de etterstående rettighetene rykke opp ved omstøtelse av den foranstående rettigheten.<sup>152</sup> Ved naturalrestitusjon må kreditor til gjengjeld få tilbake den opprinnelige sikkerhetsretten.

Dersom ingen av partene krever naturalrestitusjon, eller vilkårene for dette ikke er oppfylte, må de foreta et rent pengeoppgjør.<sup>153</sup> I så fall vil kreditor beholde den nye sikkerhetsretten, men tilbakebetale den utmålte berikelsen til konkursboet. Dette fremgår forutsetningsvis av ordlyden "idet den nødvendige utligning skjer ved betaling fra en av sidene", jf. deknl. § 5-11 andre ledd.

#### 2.4.5 *Forholdet til deknl. § 5-9*

Frem til nå har jeg drøftet forholdet mellom en forbedring av sikkerhet og de ulike rettskildene rundt deknl. §§ 5-7 og 5-11. Her i punkt 2.4.5 vil jeg trekke en kort parallell til deknl. § 5-9.

---

<sup>149</sup> Se Huser 3 s. 623.

<sup>150</sup> Se *ibid.* s. 622.

<sup>151</sup> Rt. 2014 s. 883 avsn. 32. Se også Skoghøy 2018 s. 214.

<sup>152</sup> Jf. Skoghøy 2018 s. 214.

<sup>153</sup> Se Huser 3 s. 611.

Dersom det foreligger en forbedring av sikkerhet, ligger det i dagen at det òg foreligger en kreditorbegunstigelse. Således vil den nye sikkerhetsstillelsen i utgangspunktet havne inn under de disposisjoner som dekl. § 5-9 rammer.

Av samme grunn er det nærliggende å mene at den nye sikkerhetsstillelsen kan karakteriseres som utilbørlig overfor kreditorfellesskapet. Som tidligere nevnt må dette spørsmålet ofte besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene.<sup>154</sup> Disse reglene retter seg nemlig mot ulike typer disposisjoner som etter sin art skaper en presumsjon for illojalitet og utilbørlighet. Denne presumsjonen står gjerne ved lag selv om de objektive tidsfristen er ute.<sup>155</sup> Ved en forbedring av sikkerhet må det derfor tillegges betydelig vekt at sikkerhetsstillelsen må anses som omstøtelig etter dekl. § 5-7. Her kan det imidlertid tenkes unntak, spesielt i de tilfellene der den aktuelle sikkerhetsstillelsen inngikk i en redningsaksjon. Nazarian understreker dette standpunktet, og hun mener at så lenge det ikke kan innfortolkes en ordinærreservasjon i dekl. § 5-7, vil det forekomme tilfeller der en sikkerhetsstillelse er omstøtelig på objektivt grunnlag, men uomstøtelig på subjektivt grunnlag.<sup>156</sup> Tilsvarende må gjelde i de tilfellene der det overhodet ikke foreligger et tap, jf. dekl. § 5-12.<sup>157</sup>

For øvrig må det foretas en konkret vurdering fra sak til sak om debtors økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og om den andre parten kjente eller burde ha kjent til debtors økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

## 2.5 Konklusjon

I henhold til ombyttingslæren må konkursboet respektere den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen så lenge det kun er tale om en ombytting av sikkerhet. Dersom det derimot er tale om en forbedring av sikkerhet, kan bostyreren omstøte den aktuelle sikkerhetsstillelsen etter dekl. § 5-7. Det springende punktet er om kreditor har oppnådd en berikelse etter dekl. § 5-11 ved den aktuelle disposisjonen. Denne berikelsen utmåles til verdiøkningen fra den opprinnelige sikkerheten til den nye sikkerheten. Samtidig må det eventuelt gjøres et fradrag for dividendekrav,

---

<sup>154</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 297.

<sup>155</sup> Se *ibid.* og Huser 3 s. 516-518.

<sup>156</sup> Jf. Nazarian 2012 s. 219, se også Huser 3 s. 517.

<sup>157</sup> På lik linje med at berikelse er et vilkår for omstøtelse etter dekl. § 5-7, er tap et vilkår for omstøtelse etter § 5-9, se Huser 3 s. 124 flg.



utgifter, lettelser og motytelser. Dersom dette medfører at det ikke foreligger en berikelse likevel, vil bostyreren mangle et krav å forfølge for domstolene. I motsatt fall må kravet føre frem, ettersom det ikke kan oppstilles et ytterligere tapsvilkår i dekl. § 5-7, og det ikke kan innfortolkes en ordinærreservasjon eller lignende sikkerhetsventil i bestemmelsen.

### **3 REFINANSIERING AV SIKREDE LÅN HOS NY KREDITOR**

#### **3.1 Innledning**

Så langt har masteroppgaven knyttet seg til tilfeller der debitor får refinansiering hos den samme kreditoren som ga ham det første lånet (kreditor I). I det følgende vil den dreie seg om tilfeller der debitor snarere får refinansiering hos en helt ny og utenforstående kreditor (kreditor II), men likevel går konkurs kort tid senere. Mer konkret vil den handle om ulike refinansieringsavtaler som går ut på at debitor må gi kreditor II en annen – og eventuelt bedre – sikkerhet enn den kreditor I hadde tidligere. Vurderingstemaet lyder slik:

Under hvilke omstendigheter åpner dekl. § 5-7 første ledd bokstav a for å omstøte en sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt i forbindelse med refinansiering av sitt sikrede lån hos en ny kreditor?

Også her gir ombyttingslæren videre veiledning. Dersom den nye sikkerheten til kreditor II er verdt like mye som den tidligere sikkerheten til kreditor I på omstøtelsestidspunktet, er det tale om en form for ombytting av sikkerhet, men i et "kreditorskifte" (jf. Huser 3 s. 411). Dersom den nye sikkerheten til kreditor II er verdt mer enn den tidligere sikkerheten til kreditor I på omstøtelsestidspunktet, foreligger det derimot en form for forbedring av sikkerhet, men igjen i et kreditorskifte. Det er imidlertid usikkert om dette kan medføre de samme løsningene som i del 2. Nedenfor vil jeg således se nærmere på forholdet mellom slike refinansieringsavtaler og de ulike rettskildene rundt dekl. §§ 5-7 og 5-11.

#### **3.2 Ombytting av sikkerhet i kreditorskifte**

Dersom den nye sikkerheten til kreditor II er verdt like mye som den tidligere sikkerheten til kreditor I på omstøtelsestidspunktet, er det altså tale om en ombytting av sikkerhet i kreditorskifte. Dette forutsetter at debitor faktisk bruker pengene fra det nye lånet hos kreditor II til å innfri det eldre lånet

hos kreditor I, og at kreditor I mister sikkerhetsretten sin ved innfrielse. Dersom partene har avtalt noe annet, antyder nemlig juridisk teori at sikkerhetsretten består, jf. også finansavtl. § 6 (forutsetningsvis).<sup>158</sup> Med disse forutsetningene i behold, vil jeg se nærmere på om bostyreren kan omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen etter dekl. § 5-7.

Det kan settes spørsmålstegn ved om debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en ombytting av sikkerhet i kreditorskifte. I den forbindelse kan det særlig problematiseres om gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det første lånet fra kreditor I, eller på det tidspunktet da han fikk det nye lånet hos kreditor II i refinansieringsavtalen. Dette vil jeg drøfte inngående i punkt 3.3.1.1. I denne omgang nøyer jeg meg med å henvise til konklusjonen derfra, nemlig at gjelden må anses som "pådratt" på det sistnevnte tidspunktet. Dermed er det klart at debitor ikke har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en ombytting av sikkerhet i kreditorskifte.

I et slikt tilfelle kan det under enhver omstendighet konstateres at kreditor II ikke har oppnådd en berikelse etter dekl. § 5-11. Kreditor II har fått en "særrett til å søke dekning" (jf. pantel. § 1-1 første ledd) for det aktuelle lånebeløpet, men denne særretten er ikke bedre enn den kreditor I hadde tidligere. Slik sett foreligger det ikke en nettogevinst som lar seg utmåle i penger på omstøtelsestidspunktet, jf. punkt 1.3.2. Så lenge det er tale om en ombytting av sikkerhet i kreditorskifte, er det derfor klart at bostyreren må respektere den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen.

### **3.3 Forbedring av sikkerhet i kreditorskifte**

Vanskeligere blir det dersom debitor får refinansiering hos kreditor II, og den nye sikkerheten til kreditor II er verdt mer enn den tidligere sikkerheten til kreditor I på omstøtelsestidspunktet. Her foreligger det en form for forbedring av sikkerhet, men igjen i et kreditorskifte. Som tidligere nevnt forutsetter dette at debitor faktisk bruker pengene fra det nye lånet hos kreditor II til å innfri det eldre lånet hos kreditor I, og at kreditor I mister sikkerhetsretten sin ved innfrielse.

---

<sup>158</sup> Se Marthinussen 2010 s. 340-343 med videre henvisninger.

I punkt 3.3.1 og 3.3.2 vil jeg se nærmere på forholdet mellom en slik forbedring av sikkerhet i kreditorskifte og dekl. §§ 5-7 og 5-11. I den forbindelse vil jeg dele drøftelsen opp i flere ledd, alt etter om kreditor II visste, burde ha visst eller ikke visste at debitor skulle bruke pengene fra det nye lånet til å innfri et eldre lån hos kreditor I.<sup>159</sup>

### 3.3.1 *Kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I*

#### 3.3.1.1 Har debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld?

I det følgende vil jeg legge til grunn at kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I. Dette må nok betegnes som hovedregelen i refinansieringstilfellet. Med denne forutsetningen i behold, vil jeg ta stilling til om debitor har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte.

Fra og med refinansieringsavtalen er det klart at det foreligger en ny sikkerhetsrett overfor kreditor II. Det som er usikkert er om den nye sikkerhetsstillelsen herfra knytter seg til ny eller eldre gjeld etter dekl. § 5-7. Mer konkret kan det drøftes om gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det første lånet fra kreditor I, eller på det tidspunktet da han fikk det nye lånet hos kreditor II i refinansieringsavtalen.<sup>160</sup> Rent umiddelbart synes det sistnevnte tidspunktet å være riktig. Det er tale om et helt nytt lån overfor en helt ny kreditor på andre – og gjerne bedre – vilkår enn i det første lånet hos kreditor I. Inntil debitor har brukt pengene fra det nye lånet hos kreditor II til å innfri det første lånet hos kreditor I, vil disse to lånene eksistere side om side. Følgelig er det vanskelig å se for seg at lånene kan karakteriseres som én og samme gjeldspost hos debitor. I den forbindelse må det vektlegges at spørsmålet vårt befinner seg på et positivrettslig rettsområde der hensynet til forutberegnelighet og behovet for en retts teknisk enkel omstøtelsesregel står sentralt, se punkt 1.4. Dette taler for at gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det nye lånet hos kreditor II i refinansieringsavtalen, og at debitor derfor ikke har foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld ved en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte.

Juridisk teori står delt om spørsmålet vårt, og særlig Brækhus og Sandvik tar til orde for at bostyreren må kunne omstøte en slik sikkerhetsstillelse etter dekl. § 5-7.<sup>161</sup> Riktignok synes

---

<sup>159</sup> Slik også Brækhus II s. 112-113 og Andenæs 2009 s. 343.

<sup>160</sup> Dette ble også problematisert i punkt 2.3.1.

<sup>161</sup> Jf. hhv. Brækhus II s. 112-113 og Sandvik 1985 s. 45.

Brækhus å være klarere i sin tale enn Sandvik.<sup>162</sup> Brækhus mener at så lenge kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos en av "sine mest pågående kreditorer", kan det ikke bli avgjørende at kreditor II ga ham et nytt lån i refinansieringsavtalen.<sup>163</sup> Riktignok fremhever han at en slik løsning er usikker.<sup>164</sup>

Løsningen til Brækhus og Sandvik støttes av omgåelseshensynet, som går ut på at partene ikke skal kunne inngå eller ta del i en disposisjon på en slik måte at de omgår – *i.e.*, unnslipper – rettsvirkningene av en bestemmelse. Dette kan nok sies å være aktuelt ved en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte. Det kan tenkes at debitor står på randen av konkurs, og at han ønsker å tilgodese den til dels usikrede kreditor I. Derfor går han til kreditor II, som kun vil gi debitor et nytt lån såfremt sistnevnte kan gi ham fullgod sikkerhet. Debitor godtar en slik refinansieringsavtale, og han bruker pengene fra det nye lånet til innfri det eldre lånet hos kreditor I. Når debitor deretter går konkurs, kan kreditor II henvise til det "nye" lånet med de "nye" vilkårene og anføre at omstøtelsesvilkårene ikke er oppfylte. Etter den umiddelbare forståelsen av ordlyden i dekl. § 5-7 må en slik anførsel gis medhold. Reelt sett er det imidlertid tale om en sikkerhetsstillelse som ikke tilfører debitor noe kreditt, men som begunstiger kreditor I på kreditorfellesskapets bekostning. Dette blir særlig aktuelt dersom det "nye" lånet hos kreditor II reelt sett knytter seg til det samme beløpet og de samme vilkårene som det eldre lånet hos kreditor I. Formålsbetraktninger og omgåelseshensynet taler derfor for at gjelden likevel må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det første lånet fra kreditor I.

Til dette kan det innvendes at de aller færreste refinansieringsavtaler vil fortone seg slik at de må anses som utilbørlige eller illojale overfor kreditorfellesskapet. Snarere tvert imot vil debitor typisk begi seg ut på en slik øvelse for å få lavere rentesats eller lengre nedbetalingstid på det aktuelle lånet. Dessuten vil debitor gjerne unngå betalingsmislighold overfor kreditor I, og da kan refinansieringsavtalen kanskje "bidra til at debitor kommer over en krise".<sup>165</sup> I fravær av andre holdepunkter kan den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen derfor sies å falle på siden av de disposisjoner som lovgiver har ment å ramme gjennom vedtakelsen av dekl. § 5-7.

---

<sup>162</sup> Se fotnote 161.

<sup>163</sup> Brækhus II s. 112-113.

<sup>164</sup> Se *ibid.*

<sup>165</sup> Hhv. Myhre i TfR 1992 s. 129 (utheving fjernet) og Sandvik 1985 s. 44.

Verken Høyesterett eller lagmannsretten har tatt stilling til spørsmålet vårt. Videre veiledning gir imidlertid RG 1996 s. 741 (Barrique), som riktignok er en dom fra Nedenes herredsrett. Her stod tvisten mellom konkursboet til et restaurantselskap, Barrique, og en långiver, Sound City.

Långiveren måtte anses som nærstående av restaurantselskapet etter dekl. § 1-5 tredje ledd fordi långiveren eide en vesentlig del av aksjene i restaurantselskapet. Fem måneder før konkursåpning lånte restaurantselskapet ca. 350 000 kroner fra långiveren. Til gjengjeld fikk långiveren sikkerhet i en leiekontrakt. Restaurantselskapet trengte disse pengene for å innfri eldre, usikret gjeld hos to kreditorer. Långiveren overførte derfor lånebeløpet direkte fra egen konto til kreditorenes konti.

Herredsretten uttalte først at løsningen av tvisten måtte "bero på en helhetsvurdering, der så vel hensynet til kreditorfellesskapet som hensynet til ny långiver kommer inn".<sup>166</sup> I denne saken var långiveren "fullt ut klar over" at restaurantselskapet ønsket å bruke pengene til å innfri eldre, usikret gjeld hos to kreditorer.<sup>167</sup> Långiveren var "også klar over at den økonomiske situasjonen" i restaurantselskapet "var svak".<sup>168</sup> Riktignok anførte långiveren at det aktuelle lånet skulle "sikre fortsatt drift", men herredsretten mente at dersom de "hadde foretatt undersøkelser hos regnskapsfører og hos skattefogden ..., er det sannsynlig at det ville ha kommet klart frem at selskapet var insolvent".<sup>169</sup> Med andre ord hadde långiveren "opptrådt" på en måte som utsatte dem for en "risiko" for omstøtelse.<sup>170</sup> Følgelig måtte "hensynet til ny långiver ... vike for hensynet til kreditorfellesskapet" slik at bostyreren kunne omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i leiekontrakten.<sup>171</sup>

RG 1996 s. 741 (Barrique) er en dom fra herredsretten, og derfor har dommen svært beskjeden rettskildemessig verdi.<sup>172</sup> Med det sagt bekrefter den for så vidt standpunktet til Brækhus og Sandvik, nemlig at ordlyden i dekl. § 5-7 ikke er i veien for å omstøte en omtvistet sikkerhetsstillelse som debitor har foretatt som ledd i en refinansiering – selv hos en helt ny og utenforstående kreditor. Samtidig omhandlet ikke dommen en klassisk refinansieringssituasjon, da långiveren overførte beløpet direkte fra egen konto til kreditorenes konti. Dette svekker dommens overføringsverdi til spørsmålet vårt.

---

<sup>166</sup> RG 1996 s. 741 (Barrique) s. 755.

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> *Ibid.*

<sup>169</sup> *Ibid.* s. 756.

<sup>170</sup> *Ibid.*

<sup>171</sup> *Ibid.*

<sup>172</sup> Se fotnote 119.

Andreassen (Skoghøy), Huser og Andenæs er av en annen oppfatning enn Brækhus og Sandvik.<sup>173</sup> Huser vektlegger at dersom bostyreren kan omstøte den nye sikkerhetsstillelsen overfor en helt ny og utenforstående kreditor, kan det "oppstå vanskelige avgrensingsproblemer": Må det vektlegges hvor lang tid som har gått fra debitor mottar det nye lånet til han innfrir den eldre gjelden, og om debitor eventuelt sammenblander disse pengene med øvrige penger først?<sup>174</sup> Må det hensyntas om det dreier seg om én kreditor eller flere kreditorer, og om størrelsen på og vilkårene for de aktuelle lånene er ulike?<sup>175</sup> Verken forarbeidene, rettspraksis eller juridisk teori gir særlig veiledning for disse avgrensingsproblemene. Således vil løsningen til Brækhus og Sandvik skape betydelig prosessrisiko for kreditoren som ønsker å gi debitor refinansiering, og bostyreren som deretter vurderer å reise krav om omstøtelse.

Dersom løsningen til Brækhus og Sandvik legges til grunn, vil det påhvile bostyreren å føre bevis for at det foreligger en viss identitet mellom det nye hos kreditor II og det tidligere lånet hos kreditor I.<sup>176</sup> Videre må bostyreren føre bevis for at kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et lån hos en eldre kreditor. Alt dette utfordrer selve grunntanken bak dekl. § 5-7, nemlig at konkursboet "skal slippe å føre bevis for ... ond tro" på disposisjonstidspunktet.<sup>177</sup>

I den forbindelse må det hensyntas at bostyreren har flere alternative rettslige grunnlag for å avbøte den ulempe som en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte representerer. For det første kan bostyreren angripe selve innfrielsen av gjelden hos kreditor I etter dekl. § 5-5. Den typiske utfordringen for bostyreren blir å overbevise retten om at betalingen har redusert debtors tilgjengelige dekningsmidler i en slik grad at den "betydelig har forringet" hans "betalingsevne".<sup>178</sup> Deretter må bostyreren vinne frem med at betalingen "ikke fremtrådte som ordinær", men at den snarere begunstiget én kreditor på kreditorfellesskapets bekostning.<sup>179</sup> Dersom den aktuelle refinansieringsavtalen reelt sett var et omgåelsesforsøk der partene konverterte et til dels usikret lån

---

<sup>173</sup> Jf. Jens Edvin Andreassen (Skoghøy), *Factoringpant*, 1990 s. 429, Huser 3 s. 411-415 og Andenæs 2009 s. 343-344.

<sup>174</sup> Huser 3 s. 412.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> Jf. NOU 1972: 20 s. 298.

<sup>177</sup> Jf. fotnote 110.

<sup>178</sup> Rettspraksis og juridisk teori antyder at forringelsesvilkåret er oppfylt ved 10-25% reduksjon, se bl.a. RG 1993 s. 433 (19,7%) sml. RG 2009 s. 129 (5,6%) samt Huser 3 s. 313-316 og Andenæs 2009 s. 324-326. Riktignok vil slike prosentsetter kun utgjøre et utgangspunkt, og de kan aldri erstatte den skjønsmessige og helhetlige vurderingen som bestemmelsen legger opp til.

<sup>179</sup> Se NOU 1972: 20 s. 292 om i hvilke tilfeller en betaling kan sies å ha "fremtråd[t] som ordinær".

hos kreditor I til et fullgodt sikret lån hos kreditor II, vil betalingen fort måtte anses som ekstraordinær etter deknl. § 5-5.

For det andre kan bostyreren angripe både innfrielsen overfor kreditor I og den nye sikkerhetsstillelsen overfor kreditor II etter deknl. § 5-9. Dersom det er på det rene at den aktuelle refinansieringsavtalen ikke var en samvittighetsfull og balansert redningsaksjon, men snarere et omgåelsesforsøk, må både innfrielsen og sikkerhetsstillelsen kunne anses som kreditorbegunstigende disposisjoner etter deknl. § 5-9. Av samme grunn er det nærliggende å anta at disposisjonene må kunne karakteriseres som utilbørlige overfor kreditorfellesskapet.

I de tilfellene der det er tale om en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte, er det derfor klart at gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det nye lånet hos kreditor II i refinansieringsavtalen. Således har ikke debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, og da må konkursboet respektere den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen etter deknl. § 5-7.

### 3.3.1.2 Har kreditor II oppnådd en berikelse?

Ved en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte kan det under enhver omstendighet problematiseres om kreditor II har oppnådd en berikelse etter deknl. § 5-11. Riktignok har kreditor II fått en "særrett til å søke dekning" (jf. pantel. § 1-1 første ledd) for det aktuelle lånebeløpet, og denne særretten er bedre enn den kreditor I hadde tidligere. Men ved omstøtelse skal den andre parten havne i den samme økonomiske stillingen som han hadde vært i dersom han ikke hadde inngått eller tatt del i den aktuelle disposisjonen, jf. punkt 1.3.2. Det kan derfor anføres at dersom kreditor ikke hadde tatt del i den omtvistede sikkerhetsstillelsen, hadde han heller ikke gitt debitor det aktuelle lånet i refinansieringsavtalen. Dette antydes av Andenæs.<sup>180</sup> I et slikt perspektiv må det ved berikelsesvurderingen gjøres et fradrag for dette lånebeløpet, og da vil fradraget overgå berikelsen til kreditor II.

Det kan innvendes at en slik vurdering fort kan bli både krevende og spekulativ. Nettopp derfor har Høyesterett ansett det som "mest naturlig å legge til grunn en utvikling som ligger nær opptil det som faktisk skjedde".<sup>181</sup> Ved en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte er "det som faktisk skjedde" at

---

<sup>180</sup> Jf. Andenæs 2009 s. 344.

<sup>181</sup> Rt. 1996 s. 1647 (Bruvik) s. 1654.

kreditor II ga debitor et nytt lån. Således kan det likeså godt hevdes at sikkerhetsstillelsen må omstøtes, mens låneforholdet for øvrig vil bevares. I så fall får kreditor II en dividenderett mot konkursboet på lik linje med alle de andre usikrede kreditorene. Her må det imidlertid bemerkes at løsningen er usikker *de lege lata*.

### 3.3.2 *Kreditor II burde ha visst eller visste ikke at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I*

Så langt har jeg fremhevet at dersom det er tale om en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte, må bostyren respektere den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen. Dette gjelder selv om kreditor II visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I. Således må tilsvarende legges til grunn i de tilfellene der kreditor II burde ha visst eller ikke visste dette.

## 3.4 **Konklusjon**

I de tilfellene der det er tale om en form for ombytting av sikkerhet i kreditorskifte, er det klart at bostyren ikke kan omstøte den nye sikkerhetsstillelsen i refinansieringsavtalen etter dekl. § 5-7. Det samme må gjelde dersom det foreligger en forbedring av sikkerhet i kreditorskifte, uavhengig av om kreditor visste, burde ha visst eller ikke visste at debitor skulle bruke pengene til å innfri et eldre lån hos kreditor I. Begrunnelsen er at gjelden må anses som "pådratt" på det tidspunktet da debitor fikk det nye lånet hos kreditor II i refinansieringsavtalen. Således har ikke debitor foretatt en ny sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekl. § 5-7. Under enhver omstendighet kan det også anføres at kreditor II ikke har oppnådd en berikelse etter dekl. § 5-11, men her er løsningen usikker *de lege lata*.



## LITTERATURLISTE

### Norske lover

- Konkursloven (opph.) Lov 6. juni 1863 om Concurs og Concursboers Behandling (opph.)
- Kommisjonsloven Lov 30. juni 1916 om kommisjon (kml.)
- Tinglysingsloven Lov 7. juni 1935 om tinglysing (tingl.)
- Panteloven Lov 8. februar 1980 nr. 2 om pant (pantel.)
- Konkursloven Lov 8. juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs (kkl.)
- Dekningsloven Lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshaveres dekningsrett (deknl.)
- Luftfartsloven Lov 11. juni 1993 om luftfart (luftl.)
- Sjøloven Lov 24. juni 1994 om sjøfarten (sjøl.)
- Finansavtaleloven Lov 25. juni 1999 om finansavtaler og finansoppdrag (finansavtl.)
- Burettslagslova Lov 6. juni 2003 om burettslag (brl.)
- Lov om finansiell sikkerhetsstillelse Lov 26. mars 2003 om finansiell sikkerhetsstillelse

### Svenske lover

- Konkurslagen Konkurslagen utfärdad 11. juni 1987 (SFS 1987:672), t.o.m. SFS 2018:1911

### Danske forarbeider

- Konkursloven Konkursloven lovbekendtgørelse nr. 588 af 1. september 1986

### Norske forarbeider

- NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs
- Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) Om A)Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m
- NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v
- Ot.prp. nr. 26 (1998-1999) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v
- Ot.prp. nr. 22 (2003-2004) Om lov om finansiell sikkerhetsstillelse

### Svenske forarbeider

- Prop. 2001/02:57 Återvinning av säkerhet i konkurs

### Direktiver

- Direktiv 2002/47/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/47/EF av 6. juni 2002 om avtaler om finansiell sikkerhetsstillelse

### Høyesterettspraksis

- Rt. 1899 s. 817 Kul Kompagni

- Rt. 1935 s. 981 Bygland
- Rt. 1969 s. 624 Hamar Auto II
- Rt. 1982 s. 1232 Ruud & Ziener I
- Rt. 1993 s. 183
- Rt. 1995 s. 259 Troms Kjøtt
- Rt. 1995 s. 975
- Rt. 1996 s. 1647 Bruvik
- Rt. 1997 s. 645
- Rt. 1997 s. 1050 Momentum
- Rt. 1998 s. 268 Dorian Grey
- Rt. 2001 s. 1136 Kjells Markiser
- Rt. 2008 s. 1170 Rema 1000
- Rt. 2014 s. 922
- Rt. 2015 s. 979
- HR-2017-33-A Forusstranda

#### **Underrettspraksis**

- RG 1971 s. 402 Polaris
- RG 1973 s. 727 Poulsen & Co
- RG 1993 s. 433

- RG 1996 s. 741 Barrique
- RG 2009 s. 129

### **Juridiske bøker**

- Aasebø mfl. 2015 Aasebø, Kristoffer, Leif Petter Masen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer* (Oslo 2015)
- Andenæs 2009 Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg. (Oslo 2009)
- Andreassen (Skoghøy) 1990 Jens Edvin Andreassen (Skoghøy), *Factoringpant* (Oslo 1990)
- Brækhus II Brækhus, Sjur, *Konkursrett, utvalgte emner* (Oslo 1970)
- Brækhus 2005 Brækhus, Sjur, *Omsetning og kreditt 2*, 3. utg. ved Berg, Borgar Høgetveit (Oslo 2005)
- Huser 3 Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling & konkurs*, bind 3 (Bergen 1992)
- Marthinussen 2010 Marthinussen, Hans Fredrik, *Forholdet mellom panteretten og det sikrede kravet* (Bergen 2010)
- Nazarian 2012 Nazarian, Henriette, med bidrag fra Anna Nylund, *Konkursrett* (Tromsø 2012)
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utg. (Bergen 2004)
- Rosén 2011 Rosén, Karl, *Lov om finansiell sikkerhetsstillelse med kommentarer* (2011)
- Sandvik 1985 Sandvik, Tore, *Lærebok i materiell konkursrett, utdrag*, (1985)

- Skoghøy 2018 Skoghøy, Jens Edvin Andreassen, *Panterett*, 4. utg. (Tromsø 2018)

### **Juridiske artikler**

- Berg i Tidsskrift for forretningsjus 1999 Berg, Borgar Høgetveit, "Omstøyting utom konkurs", *Tidsskrift for forretningsjus*, 1999 s. 400-422
- Brækhus og Berg i JV 2014 Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, "Introduksjon til reglene om omstøtelse", *Jussens venner*, 2014 s. 61-121
- Johansen i LoR 1996 Johansen, Jonny, "Innføringen av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse", *Lov og Rett*, 1996 s. 233-243
- Myhre i TfR 1992 Myhre, Reidar, "Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?", *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1992 s. 84-151