

JUS 399 – Mastergradsoppgåve

***”Måten kravet vart til på – relevant moment i utilbørleg-vurderinga?
Eit djupdykk i dekningslova § 5-9”***

Kandidatnummer: 143 294
Rettleiar: Berte-Elen Reinertsen Konow
Ord: 11 727

INNHALD

1	INNLEIING – NÆRARE OM EMNET. HOVUDPROBLEMSTILLINGAR	3
1.1	Generelt om omstøyting	3
1.2	Tilhøvet mellom objektive og subjektive omstøytingsreglar	3
1.3	Legislative omsyn bak omstøytingsreglane	4
1.4	Tema for avhandlinga.....	4
2	DEN ALMINNELEGE SUBJEKTIVE OMSTØYTINGSREGELEN.....	5
2.1	Presentasjon av regelen	5
2.2	Historikk bak dekl. § 5-9.....	6
2.3	Vilkåra i dekl. § 5-9 – oversyn	6
2.3.1	<i>Generelt</i>	6
2.3.2	<i>Disposisjonskravet</i>	7
2.3.3	<i>Skyldnaren si økonomiske stilling</i>	7
2.3.4	<i>Utlbørleg-vilkåret</i>	8
2.3.5	<i>Kreditorskadelege disposisjonar – 3 kategoriar</i>	8
2.3.6	<i>Det subjektive vilkåret</i>	9
2.3.7	<i>Oppsummering</i>	9
3	NÆRARE OM UTILBØRLEG-VILKÅRET	10
3.1	Bakgrunn	10
3.2	Ordlyden.....	10
3.3	Er ein objektivt omstøyteleg disposisjon nødvendigvis utlbørleg?.....	11
3.4	Moment i utlbørleg-vurderinga	12
3.4.1	<i>Utgangspunkt</i>	12
3.4.2	<i>Vilkåra i § 5-9 som moment</i>	12
3.4.3	<i>Tilleggsmoment</i>	13
4	MÅTEN KRAVET OPPSTOD PÅ.....	14
4.1	Innleiing – kvifor måten kravet oppstod på er relevant	14
4.2	Kravets opphav som avgjerande moment	15
4.2.1	<i>Krav oppstått ved ei ulovleg og straffbar handling</i>	15
4.2.2	<i>Ulstein Bruk-dommen – modifisering?</i>	16
4.2.3	<i>Meir om ”tekniske feil” i denne samanhengen</i>	17
4.2.4	<i>Palonen – Rt 1995.259</i>	17
4.2.5	<i>Oppsummering så langt</i>	19
5	GJELD OGSÅ ”REDNINGSAKSJONAR” KRAVETS OPPHAV?	19
5.1	Nærare om typetilfelle og problemstillinga	19
5.2	Rettspraksis frå før dekningslova	20
5.2.1	<i>Generelt</i>	20
5.2.2	<i>Vesta – Rt 1966.636</i>	20
5.2.3	<i>Hamar Auto II – Rt 1969.624</i>	21
5.2.4	<i>Ruud og Ziener I – Rt 1982.1232</i>	21
5.3	Rettspraksis etter dekningslova	22
5.3.1	<i>Generelt</i>	22
5.3.2	<i>Namtvedt – Rt 1994.792</i>	22
5.3.3	<i>Kjells Markiser – Rt 2001.1136</i>	23
5.4	Oppsummering av dommar om ”redningsaksjonar” i høve til utlbørleg-vilkåret... 24	
5.4.1	<i>Generelt om ”redningsaksjonar”</i>	24
5.4.2	<i>Samanhengen med momentet om kravets opphav</i>	24
6	AVSLUTTANDE OPPSUMMERING. KONKLUSJONAR	25

1 INNLEIING – NÆRARE OM EMNET. HOVUDPROBLEMSTILLINGAR

1.1 Generelt om omstøyting

Reglane om omstøyting i konkurs er sentrale innanfor formueretten. Føremålet med dei er å verna kreditorar mot at ein insolvent skyldnar tømmer buet for verdiar eller favoriserer visse kreditorar før konkursopninga. Omstøytingsreglane kan verna mot at verdiar går tapt for kreditorane ved at slike disposisjonar på nærare vilkår kan krevjast tilbakeført til buet slik at ei fordeling basert på likebehandlingsprinsippet kan skje.

Omstøyting inneber ei reversering eller annullering av disposisjonar som i utgangspunktet er gyldig bindande og som har rettsvern. Buet vil kunna gjera gjeldande dei same påstandsgrunnlag for å nekta å godta ein disposisjon som skyldnaren ville kunna gjort. For at omstøyting skal bli aktuelt, må disposisjonen altså vera avtalerettsleg gyldig, det må ikkje vera tale om pro forma, og det ”ordinære” kreditorvernet må vera i orden¹.

Omstøytingsreglane utvidar altså høvet kreditorane har til å få dekning, samanlikna med det dei har etter hovudregelen om beslagsrett for kreditorar i dekl. § 2-2. Denne føresegna gir berre heimel for beslag i det som tilhøyrrer skyldnaren på konkurstidspunktet, medan omstøytingsreglane altså kan føra til at det blir teke beslag i verdiar som har gått ut av skyldnaren sitt eige før konkursen.

I tillegg til at omstøytingsreglane altså kan retta opp disposisjonar som er i strid med likebehandlingsprinsippet, kan dei fungera preventivt gjennom at omstøytelege disposisjonar ikkje finn stad fordi partane reknar med at dei kan verta omstøytt. Dermed kan også reglane indirekte verna skyldnaren mot pågåande kreditorar².

1.2 Tilhøvet mellom objektive og subjektive omstøytingsreglar

Tradisjonelt har ein delt omstøytingsreglane i to hovudgrupper – objektive og subjektive – der den avgjerande skilnaden er knytt til det subjektive forholdet hos den som er tilgodesett av disposisjonen (normalt ein kreditor).

Dei såkalla objektive omstøytingsreglane finst i lov 8. juni 1984 nr 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningslova) §§ 5-2 til 5-8. Kjenneteiknet på desse er at dei innanfor relativt korte tidsfristar gir høve til å omstøyta visse typar disposisjonar utan omsyn til om dei har ført til ei forverring av den økonomiske situasjonen til skyldnaren. Det er heller ikkje relevant for omstøytingsvurderinga kva den andre parten kjente eller burde kjenna til. Dette gjer reglane relativt enkle å praktisera rettsteknisk.

Reglane stiller i utgangspunktet heller ikkje noko vilkår om at disposisjonen er utilbørleg i det einskilde tilfellet, ettersom det kan seiast å vera ein presumsjon for at typen disposisjonar det her er tale om er kreditorskadelege, jf. punkt 3.3. Det er vidare ikkje stilt krav om at buet må ha lidt tap, men dette kan måtta tolkast inn som eit vilkår ut frå den einskilde omstøytingsregelen og situasjonen³.

¹ Huser: Omstøtelse 30

² Andenæs: Konkurs 286

³ Andenæs: Konkurs 288

Dei objektive omstøytingsreglane er altså knytte til relativt enkle og konstaterbare kriterium. Til gjengjeld er dei avgrensa til å gjelda positivt opprekna tilfelle av presumptivt kreditorskadelege disposisjonar, omstøytingsfristen er kort, og omstøytingskravet er avgrensa til det den andre parten har tent på disposisjonen⁴.

Den subjektive omstøytingsregelen i dekl. § 5-9 er ein generalklausul som krev meir vidløftige bevis- og tolkingsspørsmål, men som til gjengjeld på ein fleksibel måte kan råka disposisjonar som av ulike årsaker fell utanfor dei objektive omstøytingsreglane. Omstøytingsfristen er ti år, svært mykje lenger enn ved objektiv omstøyting, og omstøytingskravet er ikkje avgrensa til det den andre parten har tent på disposisjonen. Regelen skal presenterast grundig i kapittel 2. Som vi skal sjå, er eit sentralt vilkår at disposisjonen på ein ”utilbørlig” måte må ha ført til tap for kreditorfellesskapet – nærare om vilkåret i kapittel 3.

1.3 Legislative omsyn bak omstøytingsreglane

Det er ein nær samanheng mellom føremålet til omstøytingsreglane og føremålet til sjølve konkursinstituttet – dei byggjer på omsyna til likskap og effektivitet. Ein insolvent person styrer i realiteten ikkje lenger sine egne verdiar, derimot må omsynet til kreditorane i slike tilfelle stå sterkare.

Konkurs kan hindra at buet som skal gjerast opp mellom kreditorane held fram med å bli svekka, medan omstøyting kan føra tilbake verdiar som allereie er gått ut av buet. Det er lagt større vekt på at kreditorar skal behandlast mest mogleg likt, enn på førehandsvisse (”forutberegnelighet”) for dei som måtte ha blitt tilgodesett med og fått rettsvern for disposisjonar som har samanheng med insolvensen.

1.4 Tema for avhandlinga

Denne avhandlinga konsentrerer seg om den subjektive omstøytingsregelen i dekl. § 5-9. Som nemnt i punkt 1.2 står ”utilbørlig”-vilkåret i denne føresegna sentralt, og dette vilkåret skal i avhandlinga behandlast nærare. Kor vidt ein disposisjon er omfatta av uttrykket baserer seg på ei heilskapsvurdering, der fleire moment kan vera relevante.

I mange tilfelle vil disposisjonen som vert kravd omstøytt vera innfriing av eit krav mot skyldnaren, typisk betaling av eldre gjeld. Eit moment som i rettspraksis og teori har vore nemnt som relevant i utilbørlig-vurderinga, er måten dette kravet oppstod på. Ofte vil ”kravets opphav” vera ei kurant sak som verken talar for eller mot omstøyting, men i ein del tilfelle vil det liggja føre omstende rundt som gir det vekt i vurderinga. I denne avhandlinga vil eg for det første freista å slå fast *om* dette momentet har vekt, og dinest *på kva måte* det verkar inn i utilbørlig-vurderinga.

Eg vil sjå nærare på dommar og juridisk litteratur som omtalar dette momentet. Eg vil vidare ta føre meg dommar som omhandlar såkalla ”redningsaksjonar”, der mi hypotese er at også desse byggjer på måten kravet oppstod på ved vurderinga av kor vidt ein disposisjon var utilbørlig. Ettersom utilbørlig-vilkåret i følgje forarbeida skal kunna innebera ein ny rettsleg

⁴ Andenæs: Konkurs 289

standard etter kvart som samfunnet og næringslivet utviklar seg⁵, vil eg også undersøkje om ein ved gjennomgang av rettspraksis kan påvisa eit endra syn på vekta av momentet om kravets opphav.

Det er dermed den første typen disposisjonar som er nemnt i § 5-9 – dei som ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning” – som har hovudfokus, ettersom unndragingar og gjeldsauke typisk ikkje skjer som følgje av noko krav mot skyldnaren. Der det har overføringsverdi, vil eg likevel ta føre meg rettspraksis som gjeld dei to andre kategoriane disposisjonar.

For heilskapen si skuld skal det i kapittel 2 gjevast ein grundig presentasjon av vilkåra for subjektiv omstøyting etter dekl. § 5-9, sjølv om det er utilbørleg-vilkåret som er hovudtema for avhandlninga. Derimot er det berre vilkårssida av føresegna som skal behandlast. Eg avgrensar såleis oppgåva mot verknadssida – korleis omstøyting blir gjennomført.

I kapittel 3 vil eg handsama ”utilbørleg”-vilkåret særskilt, før eg i kapittel 4 undersøkker verknaden kravets opphav har i utilbørleg-vurderinga.

2 DEN ALMINNELEGE SUBJEKTIVE OMSTØYTINGSREGELEN

2.1 Presentasjon av regelen

I denne avhandlninga er det som nemnt den subjektive omstøytingsregelen i dekl. § 5-9 som står i fokus. Denne generalklausulen har som føremål å råka disposisjonar som må reknast som skadelege overfor kreditorfellesskapen i det einskilde tilfellet. Ei rekkje vilkår må vera oppfylte – desse skal presenterast i punkt 2.3, men eg nemner dei her for å gi eit oversyn.

- Det som skal kunna omstøytast må vera ein *disposisjon*.
- Disposisjonen må vera til skade for kreditorfellesskapen på minst ein av tre alternative måtar.
- Skyldnaren si økonomiske stilling må vera svak eller bli alvorleg svekt ved disposisjonen.
- Disposisjonen må ha skadd kreditorfellesskapen på ein *utilbørleg* måte.
- Den andre parten må ha kjent eller burde kjent til både skyldnaren si vanskelege økonomiske stilling og dei forholda som gjorde disposisjonen utilbørleg.

Føresegna inneheld altså fleire kumulative vilkår. Nøyaktig kor mange vilkår det er tale om, vil kunna variera etter kor sterkt ein splitter dei. Som vi skal sjå i punkt 2.3, er det også ein nær samanheng mellom fleire av vilkåra. Merk at arten av disposisjon oppstiller tre alternative vilkår – det er altså nok at disposisjonen fell inn under eitt av dei.

⁵ NOU 297, Ot.prp 171

2.2 Historikk bak deknl. § 5-9

Før dekningslova trådte i kraft 1. januar 1986, var det Lov 6. juni 1863 om Conkurs og Conkursboers Behandling som var den primære rettskjelda vedrørende konkurs, herunder omstøyting. Denne lova inneheldt likevel ingen regel om omstøyting på subjektivt grunnlag. Derimot hadde etter kvart den ulovfesta subjektive omstøytingsregelen (*Actio Pauliana* i romarrettsleg terminologi) vakse fram som eit alminneleg prinsipp. Huser samanfatar kjernen i denne regelen slik:

”[E]n disposisjon som fremsto som illojal overfor kreditorene kunne omstøtes hvis kreditorene derved var påført økonomisk skade, hvis debitor var eller ble insolvent ved disposisjonen og hvis debtors medkontrahent/kreditor hadde opptrådt uaktsomt.”⁶

Prinsippet vart vidareført i § 5-9 i dekningslova. Føresegna kan såleis seiast å vera kodifisering av den nemnde ulovfesta regelen.

Mykje rettspraksis er frå tida før dekningslova⁷. Det melder seg difor eit spørsmål om i kva grad ein kan bruka slik rettspraksis for å finna dagens rettstilstand. På enkelte punkt kan nok innføringa av deknl. § 5-9 ha medført ei regelendring, slik at tidlegare rettspraksis er av mindre interesse – til dømes er disposisjonsvilkåret i § 5-9 ikkje avgrensa til disposisjonar skyldnaren har gjort, til skilnad frå tidlegare rettstilstand der ”debtors rettslige disposisjoner”⁸ var det som kunne omstøytast.

I denne avhandlinga er ein del av målet å undersøkje kor vidt ein har sett ei rettsutvikling når det gjeld kravets opphav som moment i utilbørleg-vurderinga. Eldre dommar vil difor brukast i den grad dei brukar dette momentet, sjølv om ein ikkje knyter det opp mot ”utilbørleg” som eit lovfesta vilkår.

2.3 Vilkåra i deknl. § 5-9 – oversyn

2.3.1 Generelt

I punkt 1.2 har eg gått gjennom hovudskilnadene mellom den subjektive omstøytingsregelen i deknl. § 5-9 og dei objektive omstøytingsreglane i §§ 5-2 til 5-8. I motsetnad til det som gjeld for objektiv omstøyting kan i prinsippet alle typar disposisjonar omstøytast på subjektivt grunnlag. Fristen for omstøyting er ti år, jf. § 5-9 andre ledd, altså monaleg lenger enn fristane for objektiv omstøyting, der ein 3-månadersfrist er eit vanleg utgangspunkt, sjå til dømes §§ 5-5 og 5-6.

Til gjengjeld finst det i § 5-9 fleire vilkår som krev tolking og bevisføring for at ein disposisjon skal kunna omstøytast på subjektivt grunnlag. Desse skal presenterast i dei følgjande punkta.

⁶ Huser: Omstøtelse 462. Sjå også Brækhus: Konkursrett 155, Rt 1899.58, Rt 1986.843

⁷ Særleg relevant i denne avhandlinga: Rt 1933.1265, Rt 1966.636, Rt 1967.993, Rt 1969.624, Rt 1970.52, Rt 1982.1232

⁸ Huser: Omstøtelse 473

2.3.2 Disposisjonskravet

Det som skal omstøytast må vera ein ”disposisjon”. Dette omgrepet førekjem ulike stader i lovgjevinga, og kan neppe seiast å ha eit alminneleg klårlagt innhald.

Omgrepet skal i denne samanhengen i følge forarbeida tyda ”rettslig forpliktende opptreden”⁹. Etter alminneleg avtalerett inneber dette å opptre slik at det objektivt sett gir rimeleg grunn til å tru at ein bindande avtale er gjort. Normalt vil disposisjonar bli utførte skriftleg eller munnleg. Faktiske handlingar og unnlatingar vil difor i utgangspunktet falla utanfor, med mindre det er tale om passivitet som i det konkrete tilfellet må oppfattast som ein bindande disposisjon.

Det kan vera tale om disposisjonar som er omfatta av dei objektive omstøytingsreglane i dekl. §§ 5-2 til 5-7. Som nemnt er likevel § 5-9 ein generalklausul som er meint å femna vidare, og råka disposisjonar som av ulike årsaker fell utanfor dei objektive reglane – dette skal behandlast nærare i avsnitt 3.3. Alle typar disposisjonar kan difor i prinsippet vera omfatta.

Vidare er det ikkje noko krav om at disposisjonen skal ha vorte gjort av skyldnaren, sjølv om dette vil vera det typiske. Uttrykket omfattar såleis også disposisjonar gjort av kreditorar, dersom vilkåra elles er oppfylte¹⁰.

2.3.3 Skyldnaren si økonomiske stilling

Den økonomiske stillinga til skyldnaren må vera svak eller bli alvorleg svekka ved disposisjonen. Dette vilkåret har, slik forarbeida er inne på, avgrensa sjølvstendig verknad – ein disposisjon vil sjeldan føra til tap for kreditorfellesskapen eller vera utilbørleg dersom økonomien til skyldnaren er god og upåverka av disposisjonen¹¹.

Ettersom omstøytingsfristen er ti år, må det likevel gjerast ei vurdering av skyldnarens økonomiske stilling på disposisjonstidspunktet, ettersom ein ikkje kan presumera insolvens slik som ved bruk av dei objektive omstøytingsreglane¹².

At økonomien er svak, må truleg tyda at skyldnaren er insolvent eller har så store økonomiske vanskar at det ikkje er langt frå insolvens. Alvorleg svekking av økonomien ved disposisjonen vil seia at skyldnaren klart nærmar seg insolvens¹³.

Dersom økonomien til skyldnaren er god på avtaletidspunktet, men er blitt svak ved gjennomføringa av avtalen, må sistnemnde tidspunkt vera avgjerande¹⁴. At økonomien også er svak på avtaletidspunktet, kan medføre at gjennomføring av avtalen ikkje vil vera utilbørleg fordi ein har gjort eit forsøk på å redde verksemda, sjå særleg Rt 1995.259 (Palonen).

Det kan tenkjast at skyldnaren sin økonomi er svak då disposisjonen var gjort eller at han vart alvorleg svekka ved disposisjonen, men at økonomien deretter betra seg for deretter igjen å bli

⁹ NOU 298

¹⁰ Rt 1994.792 (Namtvedt). Avgrensa form for motrekning frå kreditor måtte vurderast som omstøyteleg disposisjon.

¹¹ NOU 297, Ot.prp. 171

¹² Andenæs: Konkurs 354, Falkanger: Utilbørighetsbegrepet 108

¹³ Falkanger: Utilbørighetsbegrepet 108, jf. Ot.prp. 171, NOU 298

¹⁴ Andenæs: Konkurs 355

svekt og enda med konkurs ("bølgedals-økonomi"). Etter ordlyden i lova skulle vilkåret for omstøyting også i slike tilfelle vera oppfylt. Det må likevel truleg krevjast ein årsakssamanheng mellom disposisjonen og konkursen, der disposisjonen faktisk er medverkande til det endelege utfallet¹⁵. Dersom ein ser heile § 5-9 i samanheng, verkar dette å vera den rimelegaste tolkinga – ein disposisjon som nemnt vil vanskelegare kunna seiast å på ein utilbørleg måte skada kreditorfellesskapen.

2.3.4 Utilbørleg-vilkåret

I § 5-9 er eitt av vilkåra at disposisjonen for å kunna omstøytast må ha skjedd på ein "utilbørleg" måte. Kva som ligg i dette tilleggsvilkåret skal behandlast grundig i kapittel 3. Likevel kan plasseringa av ordet "utilbørleg" i paragrafen gjera det uklårt om vilkåret berre gjeld i høve til den første av dei tre typane kreditorskadelege disposisjonar (sjå neste avsnitt), eller om det er eit fellesvilkår for alle tre. Forarbeida presiserer at utilbørleg-vilkåret gjeld for alle tre gruppene¹⁶.

2.3.5 Kreditorskadelege disposisjonar – 3 kategoriar

2.3.5.1 Kreditorfavorisering

For å kunna omstøytast, må disposisjonen falla innanfor ein av tre kategoriar kreditorskadelege disposisjonar. Som nemnt i punkt 1.3 er det den første kategorien – disposisjonar som "på en utilbørleg måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning" – som står sentralt i denne avhandlinga. Det mest typiske her er at skyldnaren betaler gjeld eller gir trygd for eldre gjeld. Kva som er ei utilbørleg kreditorfavorisering, vil vera hovudtema i kapittel 3.

2.3.5.2 Unndraging av eigedelar

Den neste kategorien disposisjonar som er lista opp i § 5-9 er disposisjonar som på ein utilbørleg måte "unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne". Her er det ikkje tale om at ein eller fleire kreditorar blir prioritert framfor andre, men at verdiar blir førte ut av skyldnarens eige utan at dei går til å dekkja skyldnader, såkalla "boforringelse". Hovudeksempel på slike disposisjonar er gåver, som kan omstøytast på objektivt grunnlag etter deknl. § 5-2, og difor er presumert å vera utilbørlege etter § 5-9, sjå punkt 3.4.

2.3.5.3 Auke av gjeld

Den siste kategorien disposisjonar er dei som på ein utilbørleg måte "forøker skyldnerens gjeld til skade for" kreditorane. Forarbeida gir som hovudeksempel på slike disposisjonar stifting av gjeld der skyldnaren ikkje får noko vederlag, til dømes "hvor debitor som en vennetjeneste kausjonerer eller helt overtar ansvaret for tredjemanns gjeld"¹⁷. Kredittkjøp vil auka gjelda til skyldnaren, men ettersom aktiva normalt vil auka tilsvarande vil dette ikkje

¹⁵ Huser: Omstøtelse 555, Brækhus: Konkursrett 141. Sjå også Rt 2001.1136 (Kjells Markiser), der skyldnarens økonomi ofte var svak i vinterhalvåret men som regel betra seg sommarhalvåret, då sesonginntektene var ventande.

¹⁶ NOU 297, Ot.prp. 170

¹⁷ NOU 298

skje til skade for kreditorane¹⁸. Omstøyting av ein slik gjeldsauke vil innebera at den nye kreditoren ikkje får noko dividendekrav.

2.3.6 *Det subjektive vilkåret*

Den andre parten må ha kjent eller burde kjent til både den vanskelege økonomiske stillinga til skyldnaren og det som gjorde disposisjonen utilbørleg. Dette er vilkår som rettar seg mot det subjektive hos adressaten for disposisjonen, i motsetnad til dei objektive vilkåra som vi har sett på over.

Som vi har sett, byggjer § 5-9 på ein regel som rettshistorisk har hatt som mål å råka disposisjonar som har karakter av å vera illojale. I dette ligg det at ein må unngå å råka ein del tilfelle som det ikkje er grunn til å omstøytta. Ved å stilla krav om at den andre parten må ha hatt ein viss kunnskap, oppnår ein dette resultatet.

For det første må altså adressaten for disposisjonen ha kjent til eller burde kjent til den vanskelege økonomiske stillinga til skyldnaren. Ein kan spørja kor inngåande denne kunnskapen må vera – må skulda omfatta at det dreidde seg om insolvens eller noko i nærleiken av dette? Forarbeida viser at lovteksten vart endra frå det opprinnelege framlegget frå konkurslovutvalet, der ordlyden var ”insolvens”¹⁹. Det kan etter dette ikkje krevjast at den andre parten visste eller burde ha visst at skyldnaren var nær insolvens – at skulda omfattar kjennskap til ein alvorleg økonomisk situasjon må vera tilstrekkeleg.

For det andre må skulda omfatta ”de forhold som gjorde disposisjonen utilbørleg”. Dei forholda som valdar tap for kreditorane må vera omfatta av skyldkravet²⁰. Skyldkravet omfattar berre dei faktiske tilhøva i saka. Alminneleg aktløyse er tilstrekkeleg, i følgje forarbeida²¹. Det vil difor måtta stillast strengare krav jo nærare relasjonen mellom skyldnaren og den andre parten er. Er den andre parten representert med fullmektig, må ein truleg identifisera denne med oppdragsgjevaren, slik at begge må ha vore i god tru for å unngå omstøyting²².

Det er ikkje stilt noko krav når det gjeld dei subjektive forholda til skyldnaren. Kva denne må vita om sin eigen økonomiske situasjon eller det som gjorde disposisjonen utilbørleg er såleis ikkje noko bevisema når det gjeld det subjektive vilkåret. Når det skal avgjerast om disposisjonen er utilbørleg, vil det likevel vera eit moment i skjerpande retning at skyldnaren var klar over den økonomiske situasjonen og medverka aktivt til disposisjonen – sjå nærare punkt 3.4.3.2.

2.3.7 *Oppsummering*

Alle vilkåra må vera oppfylte. Dette inneber at sjølv om ein økonomisk svakt stilt skyldnar disponerer slik at han favoriserer ein kreditor som kjenner til den svake økonomiske situasjonen, kan disposisjonen ikkje omstøytast på subjektivt grunnlag dersom han etter ei nærare vurdering ikkje kan reknast for å vera utilbørleg. Det er buet som må føra bevis for at dei objektive og subjektive vilkåra i § 5-9 er oppfylte²³.

¹⁸ Huser: Omstøtelse 490

¹⁹ Otprp 171

²⁰ Andenæs 367 med vidare tilvisingar

²¹ Otprp 171, NOU 298

²² Brækhus: Konkursrett 138, Huser: Omstøtelse 559, Rt 1967.993, Rt 1988.1327

²³ NOU 281-282

3 NÆRARE OM UTILBØRLEG-VILKÅRET

3.1 Bakgrunn

I rettspraksis frå før dekningslova vart innført, vart disposisjonar omstøytte på subjektivt grunnlag dersom dei hadde karakter av *illojalitet*²⁴. Sterke uttrykk som ”svikaktig” og ”rettsstridig” verserte også. Utviklinga i retning av ein meir moderat språkbruk rundt dette kan truleg sjåast i samanheng mellom anna med at det etter kvart vart slått fast at disposisjonar kunne omstøytast på subjektivt grunnlag også der den andre parten ikkje hadde handla med forsett, berre aktlaust²⁵.

Forarbeida slår fast at dekningslova § 5-9 er meint å kodifisera tidlegare rettstilstand, og at utilbørleg-vilkåret set ein rettsleg standard som gjer at regelen berre rår disposisjonar som etter ei nærare vurdering er ”klart kritikkverdige”. Det går fram at det er behov for ein fleksibel regel som let domstolane trekkja opp stadig nye grenser for kva som er tillete i kredittforhold, ut frå utviklinga i forretningsmoral og forretningsmetodar²⁶.

Etter dette legg eg til grunn vidare i avhandlinga at innføringa av dekningslova § 5-9 ikkje var meint som noka brå kursendring når det gjeld vilkåra for subjektiv omstøyting, sjølv om vurderingstemaet no fekk ein ny ordlyd. Det må såleis leggjast vekt også på tidlegare rettspraksis når innhaldet i utilbørleg-vilkåret skal kartleggjast.

3.2 Ordlyden

Forarbeida slår fast at utilbørleg-vilkåret inneber ei nærare vurdering av det kritikkverdige ved disposisjonen²⁷. Situasjonen var i hovudsak slik også før dekningslova – i Rt 1967.993 (Slotfeldt-Ellingsen) på side 996 blir det gjort ei ”konkret vurdering” av om ”kreditors forhold kan betegnes som kritikkverdig eller illoyalt”.

Utilbørleg-vilkåret gir såleis deknl. § 5-9 preg av å vera ein generalklausul, noko ein ikkje er ukjent med frå andre stader i lovgjevinga. Forarbeida grunn gir ikkje kvifor ein har valt nett dette uttrykket framfor til dømes ”urimelig” som elles er mykje brukt, til dømes i avtalelova § 36. Det er mogleg ein har valt eit anna uttrykk enn urimeleg for å markera eit skilje til avtaleretten, sjølv om omstøyting og lemping etter avtl. § 36 begge gir uttrykk for at i moderne tid er ikkje den bindande krafta til avtalar absolutt.

Ein kan likevel spørja om uttrykket utilbørleg markerer ein annan terskel for når klausulen får verknad, samanlikna med dersom vilkåret hadde vore ”urimelig”.

Utilbørleg er eit gamalmodig uttrykk som er lite brukt i daglegtale. Dette kan føra til at uttrykket også i ein juridisk samanheng blir oppfatta som sterkare enn ”urimelig”. I Rt 1995.259 (Palonen) omtalte Høgsterett omgrepet som ”belastende”, noko som talar for at det framleis krevst eit visst skin av illojalitet (jf. punkt 3.1 over) for at ein disposisjon kan seiast å vera utilbørleg, og dermed omstøyteleg.

²⁴ Huser: Omstøtelse 491, Rt 1966.636, Rt 1982.1232

²⁵ Rt 1966.636, Ot.prp. 171-173

²⁶ NOU 297, Ot.prp. 170-171

²⁷ Ot.prp. 170

Huser synest å meina at ”utilbørleg” inneber ein for høg terskel for kva ein etter den moderne utviklinga i næringslivet kan tillata seg i avtaleforhold, og hevdar at det ikkje krevst ”særdeles graverende forhold” for at vilkåret skal vera oppfylt²⁸. Andenæs tek til orde for å avstå frå å bruka ”illojalt” som eit synonym, og meiner at ein bør nøya seg med å konstatere at disposisjonen må vera ”kvalifisert kritikkverdig” for å kunna råkast av § 5-9, slik formuleringane i forarbeida tilseier²⁹.

Det er etter dette vanskeleg å slå fast gjennom synonymbruk nøyaktig kor strengt utilbørleg-vilkåret er samanlikna med andre generalklausular, og kanskje er nettopp dette tanken bak valet av uttrykk – det skal stå på eigne bein, og vurderinga skal basera seg på rådande oppfatningar i samfunns- og næringsliv av kva som er akseptabel åtferd når insolvens trugar.

Det nærare innhaldet i utilbørleg-vilkåret må såleis fastleggjast gjennom å identifisera vurderingstema, moment i vurderinga og kva som er slått fast i rettspraksis. Dette vil eg prøva å gjera i resten av kapittel 3, og i kapittel 4 vil eg ta føre meg momentet om kravets opphav særskilt i denne vurderinga.

Utilbørleg er eit objektivt vilkår. Dette vil seia at i vurderinga er det ikkje relevant å påvisa om partane sjølve opplevde disposisjonen som utilbørleg. Det subjektive vilkåret i § 5-9 omfattar berre ”de forhold” som gjorde disposisjonen utilbørleg. Likevel vil eitt og same faktiske moment kunna få vekt i dei to vurderingane.

3.3 Er ein objektivt omstøyteleg disposisjon nødvendigvis utilbørleg?

Når det gjeld kreditorfavorisering, som har hovudfokus i denne avhandlinga, finst det som nemnt objektive omstøytingsreglar som er meint å råka presumptivt utilbørlege disposisjonar. Hovudeksemla er betaling av gjeld eller å gi trygd for eldre gjeld. I dette avsnittet vil eg sjå nærare på i kva grad det er avgjerande for utilbørleg-vurderinga at ein disposisjon har eit innhald som er regulert av dei objektive omstøytingsreglane.

Det er såleis lagt til grunn i juridisk teori at om ein disposisjon etter sin art er omfatta av dei objektive omstøytingsreglane, er det ein presumsjon for at han også er ei utilbørleg kreditorfavorisering etter deknl. § 5-9, og at dette normalt vil vera tilfellet. Likevel må det haldast fast ved at utilbørleg er ein rettsleg standard som ikkje åleine kan vera oppfylt ved at ein disposisjon vert råka av ein objektiv omstøytingsregel³⁰.

Ein kan spørja om det i realiteten kan tenkjast tilfelle der presumsjonen ikkje får avgjerande verknad – altså om ein disposisjon etter sin art er råka av ein objektiv omstøytingsregel, men likevel ikkje er utilbørleg etter § 5-9. Her må det visast til systemet i omstøytingsreglane, som er slik at det etter § 5-9 skal gjerast ei heilskapleg vurdering som i prinsippet er uavhengig av typetilfella i §§ 5-2 til 5-7. Huser argumenterer for at dersom det finst sterke formildande moment, til dømes der vilkåra elles i § 5-9 berre så vidt er oppfylte, og kravet har blitt til på ein irregulær måte, kan det tenkjast at ein disposisjon som etter sin art er objektivt omstøyteleg går klar av utilbørleg-karakteristikken³¹ (sjå elles punkt 4.2).

²⁸ Huser: Omstøtelse 493

²⁹ Andenæs: Konkurs 357

³⁰ Andenæs: Konkurs 357, Huser: Omstøtelse 516

³¹ Huser: Omstøtelse 517

Når disposisjonen også tidsmessig og elles er omfatta av dei objektive omstøytingsreglane, har spørsmålet lita praktisk interesse, ettersom desse reglane vil vera enklare for ein part å påropa seg. Meir interessant blir det dersom objektiv omstøyting berre er hindra av at tidsfristen er utgått. Huser ser Rt 1967.993 (Slotfeldt-Ellingsen) som eit eksempel på at formildande moment i avgjerande grad reduserer vekta av at disposisjonen etter sin art var råka av objektive omstøytingsreglar³² (nærare om dommen i punkt 4.2.1).

Ein kan truleg slå fast at jo nærare ein disposisjon er å bli råka av ein objektiv omstøytingsregel, jo lettare vil han vera utilbørleg³³. Dersom disposisjonen ligg i kjerneområdet av det som blir presumert å vera utilbørleg, skal det svært sterke formildande moment til før han går klar av omstøyting.

3.4 Moment i utilbørleg-vurderinga

3.4.1 Utgangspunkt

I dette avsnittet vil eg sjå nærare på kva for nokre moment rundt ein disposisjon som er relevante ved utilbørleg-vurderinga. Som nemnt vil hovudfokuset liggja på den første kategorien kreditorskadelege disposisjonar, altså disposisjonar som ”begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning”, jf. deknl. § 5-9 (sjå over punkt 2.3.4.1). Dette fordi avhandlinga har som mål å undersøkje kva verknad kravets opphav har, og det er hovudsakleg ved kreditorfavoriserande disposisjonar at det på førehand eksisterer eit krav.

At ein disposisjon oppfyller kravet til ein kreditor, mens andre ikkje får sine krav oppfylt, er ikkje nok til omstøyting etter deknl. § 5-9. Det følgjer av tilleggskravet om at forfordelinga må skje på ein utilbørleg måte. Det er vidare verdt å notera seg at lovteksten seier at det er disposisjonen som må vera utilbørleg, ikkje handlemåten til skyldnaren – vilkåret er objektivt, jf. punkt 3.2 over.

Forarbeida viser ikkje til særskilte moment som skal leggjast særskilt vekt på i denne vurderinga, ut over at det skal gjerast ei heilskapleg vurdering. Desse momenta må ein finna gjennom analyse av rettspraksis, samt studiar av oppfatningar i litteraturen. Som nemnt i punkt 3.1 må rettskjelder som byggjer på den tidlegare ulovfesta Actio Pauliana-regelen leggjast stor vekt på i denne samanhengen.

3.4.2 Vilråra i § 5-9 som moment

Utilbørleg-vilkåret er som nemnt punkt 3.2 over det vilkåret som gjer deknl. § 5-9 til ein generalklausul, i den forstand at det er eit skjønnsprega vilkår som kjem i tillegg til fire grunnvilkår. For det første må det vera snakk om ein av tre typar disposisjonar som er lista opp. Vidare må disposisjonen ha vore til skade for andre kreditorar. Skyldnarens økonomiske stilling må dessutan ha vorte svekka av disposisjonen. Endeleg må dei subjektive forholda hos den andre parten vera til stades. Utilbørleg-kravet er såleis eit ”meirkrav”, sidan det inneber at det ikkje er nok for omstøyting at desse fire vilråra er oppfylte – det må noko meir til.

Det kan likevel argumenterast for at *graden av oppfylling* av dei fire grunnvilkåra er relevant i utilbørleg-vurderinga³⁴. Kvant av dei utgjer i realiteten tilhøve som gir disposisjonen drag av å

³² Huser: Omstøtelse 519

³³ Huser: Omstøtelse 521

³⁴ Huser: Omstøtelse 498

vera kritikkverdig. Dersom eit eller fleire av desse fire vilkåra er oppfylt i svært høg grad, kan det henda disposisjonen allereie framstår som utilbørleg. Om dei fire vilkåra berre så vidt er oppfylte – det er usikkert kor vidt det ligg føre ein disposisjon, skyldnarens økonomi var ikkje veldig svak, det var tvil om kreditorane vart skadelidande og aktløysa hos kreditor var ikkje overveldande – kan det måtta krevjast noko meir for å konstatera at disposisjonen var utilbørleg.

Ein må etter dette kunna slå fast at dei fire ”grunnvilkåra” i § 5-9 også vil vera relevante moment når det skal avgjerast om ein disposisjon er utilbørleg. Men som ved andre generalklausular i lovgjevinga er det vanskeleg å gi ei fullstendig kategorisering av relevante moment. Eg vil likevel i det følgjande prøva å nemna andre moment.

3.4.3 Tilleggsmoment

3.4.3.1 Åtferda til kreditor

At kreditor har gått særleg hardt til verks for å skaffa seg dekning hos skyldnaren vil kunna verka skjerpande i retning av omstøyting. Dette er lagt til grunn av Brækhus vedrørende Actio Pauliana-regelen³⁵, og har for så vidt støtte i Rt 1933.1265 (Ringen-dommen). Her hadde ein bank lagt press på skyldnaren for å få han til å selja eit hus og ein motorbåt for på den måten å få pengar til å betala ned på gjelda si til banken. Derimot vart det i Rt 1967.993 (Slotfeldt-Ellingsen) ikkje funne utilbørleg å truga med politimelding for å få tilbakebetalt eit underslag (nærare om dommen i punkt 4.2). Det er såleis naturleg å slutta at i meir alminnelege skuldforhold vil det ikkje vera utilbørleg i seg sjølv å krevja betaling av gjeld.

3.4.3.2 Åtferda til debitor

Dei subjektive forholda hos debitor er ikkje knytte til noko eige vilkår i § 5-9. Ein kan ikkje dermed slutta at dei ikkje kan spela inn ved utilbørleg-vurderinga. Dersom debitor opptreir uvanleg aktivt, kan dette vera med å på å gi disposisjonen eit utilbørleg preg. I Rt 1926.657 hadde ein kreditor fått utlegg 1 ½ år før konkursopninga, noko som normalt ikkje skulle tilseia omstøyting. Men debitor hadde her gått langt i å medverka til at kreditor fekk utlegg svært raskt, noko som gjorde at saka nærmast fekk karakter av frivillig trygd for eldre gjeld. Åtferda til debitor vart her ikkje sett på som avgjerande, men kunne fått verknad dersom andre tilhøve i saka hadde vore annleis.

3.4.3.3 Tidsaspektet

Forarbeida slår fast at det må leggjast stor vekt på kor nærliggjande det endelege samanbrotet fortonar seg på tidspunktet for disposisjonen, og at dersom det framleis er utsikt til at krisa vil kunna gli over, må alminnelege betalingar akseptast³⁶. Det er naturleg at disposisjonar som ligg nær i tid opp til konkurs, lettare vil måtta reknast som utilbørlege.

I mange slike tilfelle vil skyldnaren føreta betalingar som ledd i ”redningsaksjonar”, der føremålet med betalinga må sjåast i samanheng med kor nærliggjande konkursen synest å vera, noko vi skal sjå nærare på i punkt 4.3. Som eit døme kan nemnast Rt 2001.1136 (Kjells

³⁵ Brækhus: Konkursrett 134

³⁶ NOU 298

Markiser), der ein del av grunngevinga for å ikkje omstøyta var at det på tidspunktet for disposisjonen var realistisk at selskapet ville overleva.

I tillegg kjem det reint bevistekniske aspektet at jo lenger tilbake i tid disposisjonen ligg, dess vanskelegare blir det for buet å oppfylle beviskravet som det er pålagt³⁷.

3.4.3.4 *Kven som er tilgodesett av disposisjonen*

Dersom skyldnaren sine nærstående er tilgodesette, er det ein presumsjon for at disposisjonen er utilbørleg. Her vil skyldnarens personlege interesser vera i strid med interessene til kreditorfellesskapen. Omsynet til likebehandling for kreditorane, som ligg bak omstøytingsreglane, tilseier at slike disposisjonar ikkje kan godtakast.

Dette gir Rt 1966.636 (Vesta) eit eksempel på. Andenæs påpeikar at der skyldnaren er eit selskap, og hovudaksjonæren eller leiinga får dekt eigne krav mot selskapet framfor andre kreditorar, vil disposisjonane lettare vera utilbørlege³⁸. Etter hans syn burde dette momentet også vore framme i større grad i Rt 1995.259 (Palonen).

4 MÅTEN KRAVET OPPSTOD PÅ

4.1 Innleiing – kvifor måten kravet oppstod på er relevant

Som nemnt let det seg verken ut frå ordlyden eller frå forarbeida gjera å identifisera enkeltmoment som skal leggjast vekt på i vurderinga av om ein disposisjon er utilbørleg. Det er såleis rettspraksis og juridisk teori som har skilt ut nokre slike moment. I framstillingar i litteraturen har det vore vanleg å presentera slike moment punktvis som ein del av behandlinga av utilbørleg-vilkåret, slik også eg har gjort i punkt 3.4 i avhandlinga.

Andenæs nemner ”Hvordan fordringshaverens krav er oppstått” som eit moment³⁹. Huser slår fast at nyare rettspraksis har sett det som eit formildande moment at ”den annen parts krav har blitt til på en irregulær måte som gjør den påfølgende dekningsaksjon særlig forståelig og unnskyldelig”⁴⁰.

I utgangspunktet vil det å prioritera eit krav framfor eit anna lett kunna bli utilbørleg, noko som følgjer av omsynet til likebehandling av kreditorane. Likevel kan det vera at ein slik handlemåte i visse tilfelle bør godtakast. I botn av eit slikt syn må liggja at disposisjonen i slike tilfelle ikkje får preg av å vera ei forfordeling av kreditorar i ein pressa økonomisk situasjon, men heller framstår som ei naturleg oppfylling av eit krav som etter sin art bør ha ein viss forrang.

Sidan vektlegging av dette momentet føreset at det eksisterer eit krav mot skyldnaren, følgjer det at momentet først og fremst er aktuelt å bruka ved kreditorfavorisering, altså den første av dei tre typene disposisjonar dekn. § 5-9 tek sikte på.

³⁷ NOU 299

³⁸ Andenæs: Konkurs 362

³⁹ Andenæs: Konkurs 362

⁴⁰ Huser: Omstøtelse 513

4.2 Kravets opphav som avgjerande moment

4.2.1 Krav oppstått ved ei ulovleg og straffbar handling

Begge dei over nemnde forfattarane trekkjer fram Slotfeldt-Ellingsen-dommen (Rt 1967.993) som det første dømet i rettspraksis på at måten kravet oppstod på blir vektlagt i vurderinga av om ein disposisjon skal omstøytast på subjektivt grunnlag. Dommen er frå tida før dekningslova, men gir truleg ikkje uttrykk for noko anna enn det som vil vera dagens rettstilstand. Som det vil gå fram, fekk måten kravet oppstod på direkte verknad for kor vidt den aktuelle disposisjonen var ”kritikkverdig”, og det må leggjast til grunn at ei utilbørleg-vurdering ikkje ville slått anleis ut. Vi skal no sjå nærare på korleis momentet kjem fram i dommen.

Saka gjaldt krav frå eit konkursbu om omstøyting av to innbetalingar og ei handpantsetjing som skyldnaren, Slotfeldt-Ellingsen, hadde utført overfor eit bygardselskap. Disposisjonane skulle dekkja underslag som Slotfeldt-Ellingsen var skuldig i.

Høgsterett brukte, i tråd med tradisjonen som er forklart i punkt 2.2, kriteriet ”kritikkverdig eller illoyalt” som vilkår for omstøyting, og fann at disposisjonane ikkje hadde ein slik karakter. Formuleringa av vurderingstemaet i dommen er rett nok kritisert av Brækhus, som meiner dette er gjort upresist, og at det får avgjerande verknad for resultatet⁴¹. At ein skal leggja vekt på kravets opphav i denne vurderinga, seier han seg likevel ikkje usamd i.

Førstvoterande grunngir standpunktet sitt slik:

”Ved siden av de opplysningene som forelå om Slotfeldt-Ellingsens økonomi og omfattende virksomhet, legger jeg vekt på at man her ikke hadde å gjøre med et ordinært gjeldsforhold. Disposisjonene skjedde, som lagmannsretten har nevnt, for å skaffe dekning og sikkerhet for et nylig avdekket betydelig underslag. I et slikt tilfelle må dekning eller sikkerhetsstillelse kunne kreves hurtig, og det kan ikke kreves at det blir foretatt inngående undersøkelser om underslagerens solvens”.

At kravet mot skyldnaren oppstod ved ei straffbar handling, synest altså å vera det avgjerande i vurderinga av om kriteriet er oppfylt. Opplysningane om skyldnarens ”økonomi og omfattende virksomhet” viser til ei tidlegare drøfting i dommen om kor vidt den andre parten var i god tru, slik at opphavet til kravet verkar å ha hatt desto større vekt i vurderinga av om disposisjonen objektivt sett var kritikkverdig. Det kunne heller ikkje brukast mot kreditor at han hadde truga med politimelding – dette var ”rettmessig og naturleg”.

Etter denne dommen verkar altså rettstilstanden å vera klar der kravet er oppstått ved ei kriminell handling: Kravet har karakter av å vera eit separatistkrav, og det må tungtvegande grunnar til for at tilbakebetaling av eit slikt krav er utilbørleg. Ingen slike grunnar vart funne i Slotfeldt-Ellingsen-dommen. Ein slik rettstilstand harmonerer godt med at utilbørleg-kriteriet skal avspegla den rådande moralen i samfunn og næringsliv, slik forarbeida viser til. Som Huser uttrykkjer det: ”Det er vel grunn til å anta at de færreste øvrige kreditorer vil føle seg forbigått om slike disposisjoner opprettholdes”. Høgsterett ville neppe kome til eit anna resultat i dag.

⁴¹ Brækhus: Konkursrett 137

4.2.2 *Ulstein Bruk-dommen – modifisering?*

I litteraturen er vidare Ulstein Bruk-dommen (Rt 1970.52) trukken fram som eksempel på at måten kravet vart til på har vekt i utilbørleg-vurderinga. I denne dommen var det ikkje tale om noko krav som resultat av ei straffbar handling. Andenæs tek likevel Ulstein Bruk-dommen til inntekt for at Høgsterett i Slotfeldt-Ellingsen la for stor vekt på opphavet til kravet⁴². Det kan difor vera grunn til å undersøkje om Ulstein Bruk-dommen modifiserer rettstilstanden som er skildra over.

Ein bank hadde i denne saka overført ein pengesum til skyldnaren ved ein feil. Skyldnaren betalte banken tilbake med transport av pengekrav mot kundar, og denne disposisjonen vart omstøytt. Høgsterett tok utgangspunkt i at banken burde kjenna dei økonomiske vanskane bruket var i, og at betalinga skjedde med uvanlege betalingsmiddel. Spørsmålet var så om det at kravet var oppstått ved ein feil og utan motyting førte til at disposisjonen ikkje framstod som ”illojal”, slik banken heldt fram.

Førstvoterande opna med å seia seg ”enig i at dette er et forhold som kan tillegges vekt ved bedømmelsen av om omstøtelse av transportene bør finne sted”, men slo med det same fast at det ikkje heilt kan fjerna preget av at banken handla kritikkverdige overfor andre kreditorar gjennom å ta mot transporten av pengekrava.

Vidare la han ”betydelig vekt” på at kravet var oppstått ved ein feil frå bankens eiga side, og peika også på at bruket straks betalte pengesummen til 3 store kreditorar, at kravet trass opphavet var eit alminneleg uprioritert krav, og at det var gått ganske lang tid frå kravet oppstod til tilbakebetalinga fann stad. Denne drøftinga avsluttar førstvoterande med å ganske kort slå fast at han ikkje meiner ”dommen i Rt-1967-993 kan tillegges noen særlig betydning for vår sak, det var en annen situasjon der”.

Ut frå det som er referert frå Ulstein Bruk-dommen er det vanskeleg å følgja Andenæs i at Høgsterett her korrigerer dei retningslinjene som vart gitt i Slotfeldt-Ellingsen. Retten stadfestar kravets opphav som moment i vurderinga, men til skilnad frå i Slotfeldt-Ellingsen fanst det her fleire tungtvegande moment for omstøyting. Tvert i mot kan Ulstein Bruk-dommen seiast å presisera rettstilstanden gjennom passusen der ”betydelig vekt” vert lagt på at banken sjølv kunne klandrast for feilen som førte til at kravet oppstod. Det vart såleis ikkje vurdert som avgjerande at skyldnaren aldri hadde hatt nokon rett til pengane som vart betalt ut til han frå banken, til skilnad frå dei andre kreditorane.

Den rådande oppfatninga synest difor å vera at ein i stor grad sjølv må ta ansvar for eigne feil i eit slikt tilfelle. Eit krav som følgje av ei kriminell handling det er vanskeleg å gardera seg mot, er såleis meir verneverdig enn eit krav ein sjølv må bera risikoen for at er oppstått. Alminneleg rettsoppfatning må seiast å støtta at førstnemnde type krav står i ei anna stilling når det gjeld å kunna krevjast tilbakeført.

Kva som veg tyngst må likevel her som elles avgjerast konkret. I Ulstein Bruk-saka var ikkje kreditor skyldnaren sin faste bank, men ein som utførte sporadiske oppdrag for skyldnaren. Huser hevdar at om det ikkje eksisterer noko forhold mellom skyldnar og kreditor i det heile, vil omsynet til oppretting vega tungt, til dømes der det ved ei misforståing har skjedd ei utbetaling til feil person eller konto⁴³.

⁴² Andenæs: Konkurs 358 note 25

⁴³ Huser: Omstøtelse 515

Kanskje kan det vera grunn til å sjå til omsyna som tradisjonelt har vore vektlagt i læra om *condictio indebiti* i denne samanhengen. I slike tilfelle er ein utanfor det som er opplagt klanderverdig. Dersom ei betaling vil kunna krevjast tilbakeført etter denne læra, vil ein disposisjon som går ut på slik tilbakeføring vanskeleg kunna omstøytast. Her vil det mellom anna vera avgjerande kor lang tid det har gått frå betalinga til tilbakeføring blir kravd.

Etter mitt syn er det altså ingen motstrid mellom det Høgsterett seier i Slotfeldt-Ellingsen- og Ulstein Bruk-dommane. Begge sakene viser at måten kravet oppstod på etter tilhøva kan få stor verknad i utilbørleg-vurderinga, men at det skal meir til før dekking av eit krav oppstått ved ei kriminell handling blir vurdert som utilbørleg.

4.2.3 *Meir om "tekniske feil" i denne samanhengen*

I den juridiske litteraturen der kravets opphav er nemnt som moment i utilbørleg-vurderinga er berre desse to dommane gitt som eksempel. Huser⁴⁴ viser rett nok i tillegg til ein dom i RG 1973.442 (Narvik). Her hadde skyldnaren overført verksemda si til aksjeselskap, utan at forlagspantebrevet banken hadde for kassekreditten hans var blitt formelt overført. 4 månader før konkurs vart nytt forlagspantebrev utferda og tinglyst, og dette vart overfor banken kravd omstøytt.

Omstøyting vart avvist. Retten synest å leggja til grunn at reglane om *Actio Pauliana* ikkje kjem til bruk fordi det var føreset mellom partane at banken overfor selskapet skulle ha same panterett som før overføringa, og at utferding og tinglysing av nytt pantebrev nærast var ein formalitet. Ein må kanskje tolka dommen slik at dersom han skulle vore avgjort etter dekl. § 5-9, ville omstøyting vore hindra av vilkåra om disposisjon som fører til tap for kreditorfellesskapen.

Sidan retten ikkje vurderer sakskomplekset etter reglane om *Actio Pauliana* i det heile, er det noko uklårt kvifor Huser meiner at denne underrettsdommen er relevant i denne samanhengen. Eg vel å tolka Huser slik at han dreg parallellar mellom denne dommen og Ulstein Bruk-dommen ved at det låg føre ein "teknisk" feil som fekk verknad for utilbørleg-vurderinga. Korleis kravet, altså kassekredittgjelda, var oppstått, var derimot ikkje noko tema i underrettsdommen. Det ein muligens kan konkludera med når ein ser dei to dommane i samanheng, er at feil av denne typen ikkje blir tillagt stor vekt i omstøytingsspørsmål – det er realiteten bak disposisjonane som er avgjerande. I Ulstein Bruk slo ikkje det faktum at kravet var blitt til ved ei feiloverføring gjennom når ein vurderte om innfriinga var utilbørleg, mens i den nemnde underrettsdommen la ein realiteten i panteforholdet mellom banken og debitor til grunn, ikkje den manglande formelle overføringa.

4.2.4 *Palonen – Rt 1995.259*

Ein nyare dom der kravets opphav stod sentralt i utilbørleg-vurderinga, er Palonen-dommen.

Palonen vart 1. februar 1989 tilsett som disponent ei verksemd som var i ei svært svak økonomisk stilling. Han kom frå ein trygg arbeidsplass, og tok såleis ein viss risiko ved skiftet.

⁴⁴ Huser: Omstøtelse 515 note 126

Som kompensasjon for denne risikoen vart det mellom anna avtalt at Palonen skulle ha rett til å overta huset verksemda hadde kjøpt som bustad for han på gunstige vilkår. Prisen skulle vera ca. halve marknadsverdien, kr 475 000. Verksemda hadde finansiert kjøpet med eit lån som var sikra med ein pantobligasjon på kr 800 000 i huset.

Palonen brukte kjøperetten sin 13. mai 1991, og tre dagar seinare betalte verksemda ekstraordinært ned på pantelånet med kr 350 000. 19. november same året kom verksemda under konkursbehandling, og buet kravde overføringa av eigedommen omstøytt.

Dommen vart sagt under dissens. Retten var likevel samstemt i at bruken av kjøperetten i seg sjølv ikkje kunne reknast for å vera utilbørleg, ettersom retten var gyldig stifta og tinglyst. Det var også semje om at nedbetalinga av pantegjelda var ein disposisjon som favoriserte Palonen framfor dei andre kreditorane til verksemda.

Strengt tatt er vi her utanfor kjerneområdet for avhandlinga, nemleg ekstraordinære betalingstilfelle. Betalinga av pantegjelda til banken var ein disposisjon som ikkje direkte bygde på eit krav Palonen hadde mot verksemda. Likevel relaterer disposisjonen seg til Palonens underliggjande krav om å få kjøpa huset, og det var naturen til dette kravet som gjorde at retten delte seg i eit fleirtal og eit mindretal i spørsmålet om disposisjonen var utilbørleg. Eg vil difor drøfta dommen som ein illustrasjon på korleis kravets opphav spelte inn i utilbørleg-vurderinga.

Etter fleirtalets syn må det ”tas utgangspunkt i den situasjon som forelå da opsjonsavtalen ble inngått”. Andrevoterande peikar på at selskapet alt ved tilsetjinga av Palonen hadde ei svak økonomisk stilling. Dette tydde ikkje at ein avtale om gunstig kjøperett seinare ville kunna omstøytast som utilbørleg: ”Jeg kan ikke se at denne avtalen ga Palonen noe mer enn rimelig vederlag for den utsatte og vanskelige oppgaven han påtok seg”.

Fleirtalet i Høgsterett synest å byggja på situasjonen då avtalen om kjøperett vart gjort også ved vurderinga om nedbetalinga av pantegjelda var utilbørleg:

”Selv om jeg er enig med førstvoterende i at nedbetalingen av pantegjelden og den senere rentebetalingsen var en forfordeling av Palonen i forhold til de øvrige kreditorer, viker jeg tilbake for å karakterisere disposisjonene med et så belastende begrep som utilbørleg. Selskapet tok sikte på å oppfylle de forutsetningene som lå til grunn for at Palonen skulle ta på seg oppgaven som daglig leder i et økonomisk vanskeligstillet selskap for å gjøre sitt til å bedre økonomien, til beste for selskapet og dets kreditorer” (side 269 i dommen).

Mindretalet trekkjer derimot ikkje inn omstenda då kjøperettavtalen vart gjort i si vurdering av om nedbetalinga skjedde på ein utilbørleg måte. Utilbørleg-drøftinga på side 267 i dommen gjeld berre situasjonen på betalingstidspunktet.

Dissensen på dette punktet må såleis seiast å avklåra at det etter gjeldande rett skal leggjast vekt på store delar av bakgrunnen for ein disposisjon når ein vurderer kor vidt han er utilbørleg. I Palonen-dommen vart det avgjerande at avtalen som var bakgrunnen for den påstått omstøytelege disposisjonen, framstod som fornuftig og balansert, jf. det som er sitert frå dommen over.

Sjølv om denne avtaleinngåinga ikkje direkte kan kallast ”kravets opphav” i saka, stadfester Palonen-dommen inntrykket som er skapt gjennom sakene Slotfeldt-Ellingsen og Ulstein

Bruk, nemleg at måten kravet oppstod på etter omstenda kan vera eit tungtvegande moment i utilbørleg-vurderinga. I etterkant av Palonen-dommen er det vanskeleg å finna døme i høgsterettspraksis på at det er lagt stor vekt på momentet⁴⁵.

4.2.5 Oppsummering så langt

Det finst ikkje store mengder rettspraksis vedrørande omstøyting på subjektivt grunnlag der kravets opphav er trukke fram som dominerande moment i utilbørleg-vurderinga. Dommane eg har gått gjennom så langt viser likevel at det førekjem tilfelle der momentet er sentralt, og truleg har desse verka avklårande i ei slik grad at omstøytingskrav sidan ikkje har blitt sette fram i liknande tilfelle.

Rettstilstanden synest klar der eit krav oppstår som følgje av ei kriminell handling – ein disposisjon som dekkjer eit slikt krav vil neppe vera utilbørleg, sjølv om skyldnaren er nær insolvens. Palonen-dommen viser at krav som følgjer av avtalar inngåtte etter nøye overvegingar der begge partar ”gir og tar” i form av å akseptera risiko på avtaletidspunktet, kan dekkjast sjølv om situasjonen på gjennomføringstidspunktet er forverra.

Vekta av momentet kravets opphav er noko meir varierende der kravet vart til grunna ei eller annan form for feil. Det vil verka inn på utilbørleg-vurderinga kva type feil det er tale om, og kva part som er nærast til å bera risikoen for feilen. Etter det eg kjenner til, finst det ingen høgsterettsdom som let eit ekstraordinært opphav for kravet vera avgjerande for å nekta omstøyting.

I neste avsnitt vil eg ta føre meg nokre dommar som til no ikkje har vore nemnde i juridisk teori som eksempel på at kravets opphav er eit moment i utilbørleg-vurderinga. Eg vil undersøkje om ikkje også desse har ei side mot dette momentet.

5 GJELD OGSÅ ”REDNINGSAKSJONAR” KRAVETS OPPHAV?

5.1 Nærare om typetilfelle og problemstillinga

I fleire høgsterettsdommar har disposisjonar som vert ønskte omstøytt vore ein del av eit større kompleks der skyldnaren betaler tilbake krav som er oppstått fordi ein kreditor, typisk ein bank, har gitt større summar i kreditt for å hjelpa skyldnaren i ein økonomisk vanskeleg situasjon. Resultatet i dommane viser ofte at dersom det på tidspunktet for kreditten var ein sjanse for at denne kunne redda skyldnaren økonomisk, og at kreditoren dermed gjer ein innsats som kjem kreditorfellesskapet til gode, er det ikkje utilbørleg at skyldnaren betaler tilbake denne gjelda – også om det viser seg at skyldnaren likevel ikkje kunne reddast⁴⁶.

Desse sakene skil seg frå tilfella der ein kreditor har gått inn for å ”redda stumpane” for seg sjølv når det er klart at konkurs er uunngåeleg, noko som ligg i kjerneområdet for kva som er utilbørleg⁴⁷.

⁴⁵ Andenæs uttrykte i Konkurs 2. utgåva (note 24, side 283) ei forventning om at dommen skulle få påverknad på vektlegginga av momentet om kravets opphav, men har utelete dette i tilsvarande avsnitt i 3. utgåva (note 25, side 358).

⁴⁶ Falkanger: Utilbørighetsbegrepet 117. Sjå særleg Rt 1969.624, Rt 2001.1136

⁴⁷ Jf. Rt 1966.636

I punkt 4.2 har eg gått gjennom litteraturen si framstilling av momentet om kravets opphav. Denne byggjer i første rekkje på dommane om Slotfeldt-Ellingsen og Ulstein Bruk. For å få betre forståing av dette momentet, ønskjer eg å prøva å sjå samanhengene mellom desse dommane og dei som gjeld ”redningsaksjonar”. Min hypotese er at også desse siste har å gjera med kravets opphav. Ein ser nettopp bakgrunnen for at kravet oppstod, nemleg som følge av ein vanskeleg økonomisk situasjon der målet var å hjelpe skyldnaren til å overleva, som eit formildande omstende ved disposisjonen som skal dekkje dette kravet. Om disposisjonen er utilbørleg eller ikkje, må som alltid avgjerast ut frå heilskapen, der situasjonen då kravet oppstod må vurderast som ein del av dette.

For å finna ut i kva grad denne hypotesen kan nyttast til å utdjupe momentet om kravets opphav, vil eg i det følgjande gå gjennom ein del rettspraksis der preget av ”redningsaksjonar” er framtrødande. Eg deler framstillinga inn etter kor vidt dommane byggjer på den ulovfesta Actio Pauliana-regelen eller dekl. § 5-9, for slik å undersøkje eventuelle endringar.

5.2 Rettspraksis frå før dekningslova

5.2.1 Generelt

Felles for dommane som skal behandlast i punkt 5.2 er altså at dei byggjer på den ulovfesta subjektive omstøytingsregelen som eksisterte før dekningslova trådde i kraft. I Vesta- og Ruud og Ziener-dommane er det sentrale vurderingstemaet formulert som at disposisjonane må vera illojale for å kunna omstøytast, medan det i den kronologisk mellomliggjande Hamar Auto-dommen er brukt kriteriet ”klanderverdig”. Dette viser at Høgsterett ikkje var konsekvent i omgrepsbruken før dekningslova § 5-9 kom i bruk.

5.2.2 Vesta – Rt 1966.636

For å halda fram drifta av ein skofabrikk som hadde gitt ein bank store tap stifta banken eit aksjeselskap. Alle styremedlemmene i aksjeselskapet sat også i styret for bankfilialen. Ca 4 ½ månad før selskapet stogga betalingane sine, fekk banken forlagspant for 400 000 kroner i varelageret til fabrikkens som trygd for eldre kassekredittgjeld og for seinare utbetaling på kassekreditten.

Skofabrikkens hadde også etter at selskapet overtok drifta svært anstrengt økonomi, og var heile tida avhengig av kassekreditt hos banken. I 1958 kom, slik retten vurderte bevisa, selskapet i ein situasjon der samanbrot ikkje var til å unngå med mindre banken ”var villig til å øke kreditten ut over det forretningsmessig forsvarlige eller til på annan måte å engasjere seg i en ny redningsaksjon”⁴⁸. Banken tok ikkje denne typen grep, men tok tvert imot mot forlagspant for eldre gjeld.

Høgsterett avgjorde at pantsetjinga måtte omstøytast. Banken hadde etter retten sitt syn fått sikra sine interesser på dei andre kreditorane sin kostnad, noko som måtte karakteriserast som illojalt. Høgsterett slo fast i dommen at det ikkje kravdest forsett hos kreditor med omsyn til å valda tap for dei andre kreditorane, slik tidlegare rettspraksis tilsa.

⁴⁸ Rt 1966.636 640

Det såg altså ikkje ut til å vera gode utsikter til å halda fram drifta av selskapet. Avgjerande for utfallet i dommen synest likevel å vera at banken sitt engasjement ikkje bar preg av ein redningsaksjon. Sidan banken var representert ved tilsette både på kreditor- og debitorsida, låg det føre ei særskilt aktsam- og lojalitetsplikt, noko banken ikkje oppfylte.

5.2.3 *Hamar Auto II – Rt 1969.624*

Ein bilforhandlar overlet til ein bilimportør fire avbetalingskontraktar som importøren skulle prøva å få diskontert. Partane skulle dela det forventa provenyet, ca. 110 000 kroner, med ein halvpart på kvar. Importøren fekk diskontert tre av kontraktane, og beheldt provenyet for desse, ca. 58 000 kroner. Denne summen vart kravd omstøytt etter at bilforhandlaren gjekk konkurs, berre to månader etter overdraginga av kontraktane.

Høgsterett avviste einstemmig kravet om omstøyting på subjektivt grunnlag, og slo fast at disposisjonen ”mangler det preg av aktiv forfordeling” som måtte vera til stades for at handlemåten kunne ”karakteriseres som klanderverdig overfor de øvrige kreditorer”. Dette vart i hovudsak grunnlagt med at nedbetalinga av bilimportøren sitt krav var ein del av eit meir omfattande tiltak med sikte på å hjelpa bilforhandlaren i ein vanskeleg økonomisk situasjon, og at det også innebar plikter og risiko for bilimportøren. Retten konstaterer at det ville vera urett å sjå nedbetalinga av gjelda lausrive frå denne samanhengen.

I Hamar Auto-dommen er det ikkje sjølv kravets opphav som er i fokus – krava gjaldt så vidt det går fram av dommen alminneleg oppgjer for bilar – men måten dette kravet blir tilbakebetalt på (”redningsaksjonen”). Spørsmålet er om dommen likevel kan brukast til å gi momentet om kravets opphav meir substans. Etter mitt syn kan det vera naturleg å sjå det slik at kreditoren hadde opparbeidd seg ei særstilling, på same måte som i dommane om Slotfeldt-Ellingsen og Ulstein Bruk. Men sidan kravet var oppstått før den såkalla redningsaksjonen vart sett i verk, er nok denne dommen ikkje den fremste av dette slaget når det gjeld å byggja opp under momentet om kravets opphav.

5.2.4 *Ruud og Ziener I – Rt 1982.1232*

Det var usemje om betaling for eit større bygg som eit entreprenørselskap oppførte, noko som førte til at byggherren berre betalte delar av fakturaene. Selskapet fekk hausten 1976 løyve av banken sin til å trekkja nok på kassakreditten til at bygget kunne fullførast, men banken tok atterhald om å få transport på fakturaer som entreprenørfirmaet utferda vedrørende bygget. Då selskapet gjekk konkurs i august 1977, kravde buet omstøytt dei fakturaene som var transportert til banken dei siste tre månadene før konkursopninga.

Førstvoterande presiserer at omstøyting etter Actio Pauliana-regelen krev at disposisjonane må ”karakteriseres som illojale overfor kreditorene ellers”. Som grunnlag for å visa at dette ikkje var tilfelle her, viser førstvoterande til at krava disposisjonane skulle oppfylla oppstod i ein vanskeleg økonomisk situasjon for selskapet, der banken tok ein risiko. Grunnlaget for at transportane av fakturaene seinare skulle skje, var altså nok til at desse ikkje var å rekna som illojale.

I motsetnad til i Hamar Auto-dommen har resultatet i omstøytingsspørsmålet her direkte tilknytning til kravets opphav. Kravet oppstod ved at skyldnaren fekk auka kassekreditt, og tilbakebetalinga av denne skulle skje ved at banken fekk hand om dei omstridde krava mot byggherren. Det sentrale med dommen er at kravet mot skyldnaren, på same måte som i

Hamar Auto, inngjekk som eit element i ein prosess som skulle ta sikte på å sikra at skyldnaren overlevde økonomisk.

I Hamar Auto såg vi at det ikkje var til hinder for at disposisjonen skulle stå seg, at kravet alt hadde eksistert ei tid då det vart innfridd. I Ruud & Ziener vart det avtalt korleis tilbakebetalinga skulle skje samstundes med at kravet – auken i kassekreditten – oppstod. Det er mogleg at spørsmålet om illojalitet difor vart desto mindre tvilsamt.

Ruud & Ziener-dommen gjer det etter mitt syn enklare å relatera dommar som gjeld ”redningsaksjonar” til momentet om kravets opphav.

5.3 Rettspraksis etter dekningslova

5.3.1 Generelt

Då dekningslova trådte i kraft, vart som nemnt tidlegare vurderinga av kor vidt subjektiv omstøyting kunne skje, knytt til klårare kriterium. I dei følgjande dommane er det eit sentralt spørsmål om kor vidt disposisjonane innebar utilbørleg kreditorfavorisering, altså den første av dei tre kategoriane kreditorskadelege disposisjonar.

5.3.2 Namtvedt – Rt 1994.792

Dataselskapet Comdel hadde i 1987 alvorlege økonomiske problem, grunna vanskar hos hovudaksjonæren samt forseinkingar i utviklinga av eit større produkt. I september 1987 gjorde Comdel og Namtvedt Invest intensjonsavtale om at Namtvedt skulle skyta inn frisk kapital i Comdel. Dette skulle skje ved at Namtvedt overtok 4000 aksjar i Comdel som var eigd av eit anna dataselskap, og vidare at aksjekapitalen skulle aukast og Namtvedt overta 7000 nye aksjar for 1,4 millionar kroner. Denne summen vart betalt inn til Comdels kassekredittkonto 5. oktober 1987, og vart då avskrive i bankens favør ettersom saldoen alt var i minus med ein betydeleg sum. Den øvre kredittgrensa vart deretter redusert, og Comdel fekk dermed ikkje i stor grad auka handlefridom som følgje av kapitalinnskotet frå Namtvedt. Konkurs vart opna 3. mars 1988, og buet kravde innbetalinga til banken omstøytt etter deknl. § 5-9.

Høgsterett slår fast at disposisjonen som favoriserer banken må karakteriserast som illojal for at omstøyting skal kunna skje. Retten påpeikar at kreditor må ha trudd at debitor kunne klara seg om han vart tilført nye midlar, og var innstilt på å yta ekstraordinær hjelp i ei overgangsfase, noko den seinare opptreden viste. Det var ikkje unaturleg at summen som gjekk inn på kassekredittkontoen reduserte det uteståande. Disposisjonen kunne såleis ikkje karakteriserast som illojal.

Dommen vedrører til liks med Hamar Auto ikkje måten kravet oppstod på, berre disposisjonen som betaler ned på kravet. Det er difor vanskeleg å sjå at dommen kan seia så mykje om kravets opphav som moment i utilbørleg-vurderinga. Som illustrasjon på kva som kan akseptast ved forsøk på redningsaksjonar har dommen derimot verdi. Særleg interessant er det at han nærmast gir rom for å ”beslagleggja” midlar dersom dette ser ut til å kunna gagna skyldnaren. Tida som gjekk frå forsøket på redningsaksjon til konkursen var eit faktum

var også kortare enn i Hamar Auto og Ruud & Ziener, noko som tyder på ei viss liberalisering.

5.3.3 *Kjells Markiser – Rt 2001.1136*

Bankforbindelsen til firmaet Kjells Markiser hadde pant i varelager, faktoringpant i krav på kundar og pant i firma-aksjane. Firmaet hadde i åra 1991-95 svake, men varierende resultat. Inntektene kom for det meste i vår- og sommarhalvåret, då salet av solavskjermingsutstyr var størst. Ved inngangen til 1996 var situasjonen særskilt alvorleg, og banken gav i februar ein auka tilleggskreditt, under føresetnad av ein nedtrappingsplan fram til sommaren. Det skulle også skaffast nye eigarar eller frisk kapital. Dette lukkast ikkje, og konkurs vart opna i september.

I løpet av dei siste tre månadene før konkurs fekk banken nedbetalt gjeld på ca 5 millionar kroner av skyldnaren. Dette vart kravd omstøyt etter dekl. § 5-9. Bortsett frå når det gjaldt tre nedbetalingar avgjorde Høgsterett at det ikkje kunne skje omstøyting.

Førstvoterande presiserer på side 1144 i dommen at berre disposisjonar som framstår som ”klart kritikkverdige” kan omstøytast etter § 5-9, og nemner også at førearbeida viser til at dette inneber ei ”moralsk vurdering av hva som til enhver tid bør være tillatt og ikke tillatt i kredittforhold”. Retten framhevar såleis den dynamiske karakteren til føresegna, utan at vurderingstemaet ser ut til å vera eit anna samanlikna med dei tidlegare dommane.

Betalingane frå Kjells Markiser til banken som var kravde omstøyt, knytte seg i hovudsak til kreditt som var gjeve i ein for selskapet vanskeleg økonomisk periode våren 1996. På same måte som i Ruud & Ziener var ramma for kassekreditt blitt auka. Fleirtalet la avgjerande vekt på at kreditten var gitt for å sikra framleis drift, og viste til at selskapet kvart år hadde mest inntening i vår- og sommarmånadene – såkalla bølgedals-økonomi, jf. punkt 2.3.3.

Partane i saka var samde om at konkurs truleg ville blitt resultatet alt i februar 1996 dersom banken ikkje hadde gitt auka kreditt. Dette viser at ”redningsaksjonar” blir tolerert i ganske vid utstrekning, også der situasjonen er svært alvorleg. Det er grunn til å lesa dommen slik at så sant ein redningsaksjon kan gagna kreditorfellesskapen på nokon måte, vil det ikkje vera utilbørleg å lata skyldnaren pådra seg ny gjeld, sjølv om faren for konkurs framleis skulle vera overhengande. Når skyldnarens økonomi er varierende etter sesong, slik tilfellet var for Kjells Markiser, kan det gå lenger tid før ein negativ økonomisk trend kan påvisast. Det er mogleg at det er meir handlingsrom for å gi tilleggskreditt i slike tilfelle før grensa er nådd for det utilbørlege, sidan det er vanskelegare å slå fast når det ikkje lenger er utsikt til berging av verksemda.

Slik sett kan det hevdast at Kjells Markiser representerer ei utvikling i retning av eit meir liberalt syn på kva slags redningsaksjonar som må reknast som utilbørlege.

Også denne dommen kan etter mi meining takast til inntekt for at måten eit krav blir til på er relevant i utilbørleg-vurderinga. At krava som vart betalte oppstod på ein forsvarleg måte, ser ut til å ha vore avgjerande for fleirtalet.

Andrevoterande, som representerer mindretalet, viser til at det 12. februar 1996 vart gitt tilleggskreditt på tre millionar kroner, og slår fast at dette skjedde trass i at selskapet hadde alvorlege økonomiske problem. Mindretalet sitt syn er at ”[t]ilbørligheten av

gjeldsnedbetalingen må vurderes mot denne bakgrunn”, noko som viser at det også her blir lagt stor vekt på kravets opphav ved utilbørleg-vurderinga. Dette kjem også fram ved at andrevoterande (på side 1149) seier seg einig med førstvoterande i at tilleggs kreditten vart gitt for at selskapet skulle unngå konkurs før sesongsalet starta.

Mindretalet legg til skilnad frå fleirtalet meir vekt på at banken tok seg betalt for den auka kassekreditten i form av ei svært høg rente, og at dette avspeglar risikoen banken tok. Mindretalet sitt syn er at dette ikkje gjer favoriseringa av banken ved seinare tilbakebetalingar tilbørleg. Dette meir restriktive synet fekk altså ikkje tilslutting, jf. under punkt 5.4.1.

5.4 Oppsummering av dommar om ”redningsaksjonar” i høve til utilbørleg-vilkåret

5.4.1 Generelt om ”redningsaksjonar”

Omgrepet ”redningsaksjon” som skildring av denne typen omstøytningssaker er først nemnt i Vesta-dommen, men også brukt av Falkanger⁴⁹. Omgrepet kan seiast å vera noko uklårt, men som vi har sett tek det sikte på tilfelle der ein kreditor nok blir tilgodesett av ein disposisjon frå skyldnaren, men der dette er eit ledd i ein meir omfattande prosess der målet er å berga skyldnaren økonomisk. Gjennomgangen av rettspraksis har vist at det ikkje alltid krevst at utsiktene til overleving er spesielt gode, særleg situasjonen i Kjells Markiser-dommen viser dette⁵⁰.

Sidan utilbørleg er eit objektivt vilkår, må ein i vurderinga av disposisjonar i samband med ein redningsaksjon ta utgangspunkt i om aksjonen framstod som forsvarleg, og representerer eit forsøk på å sikra framleis drift⁵¹. I Vesta-dommen låg det ikkje føre eit slikt forsøk. Dersom det først er gjort eit forsøk, skal det ikkje nødvendigvis så mykje til før den ”bergande” kreditoren er verna mot omstøytning. Hamar Auto og Ruud & Ziener er eksempel på dette frå tida før dekningslova.

Det er ikkje haldepunkt for å seia at redningsaksjonar vart vurderte annleis etter den ulovfesta Actio Pauliana-regelen enn etter dekningslova § 5-9. Derimot kan det synest som om det likevel har vore ei viss utvikling i liberal retning når det gjeld synet på kva slags disposisjonar som må tillast i ein bergingsoperasjon. Her legg eg særleg vekt på drøftinga Høgsterett gjer nedst på side 1145 i Kjells Markiser-dommen, der det vert stilt spørsmål om kva som ville vore følgjene for kreditorane dersom kassekreditten ikkje hadde blitt auka, og der det vidare blir slått fast at banken hadde behov for trygd dersom slik ekstra kreditt skulle gjevast. Slike formuleringar finst ikkje i dei tidlegare dommane som er refererte, og gir grunn til å hevda at nyare rettspraksis gir aktørane i næringslivet ”friare tøyler” når det gjeld å vurdere kva slags handlingsalternativ som er mest tenlege i ein økonomisk pressa situasjon. Mindretalet i Kjells Markiser-avgjerda stod for eit meir restriktivt syn, men fekk altså ikkje gjennomslag.

5.4.2 Samanhengen med momentet om kravets opphav

Kva tilfører så denne analysen av ”redningsaksjonar” studiet av momentet om kravets opphav i utilbørleg-vurderinga?

⁴⁹ Falkanger: Utilbørlichetsbegrepet 115

⁵⁰ Sjå også Falkanger: Kjells Markiser 584: ”Et viktig moment er hvorvidt det er rimelig håp om fortsatt drift; kravene synes ikke stilt særlig høyt”.

⁵¹ Falkanger: Kjells Markiser 578

Som vi har sett, omfattar ikkje faktum i samtlege av dommane måten kravet vart til på – problemstillingane i Hamar Auto og Namtvedt-dommane gjeld innfriing av krav som allereie var oppstått. Desse kan difor berre i avgrensa grad gi bidrag til momentet, sjølv om drøftingane i desse to dommane på mange måtar fell saman med drøftingane i sakene der kravets opphav er ein del av saksforholdet i redningsaksjonen.

Når det gjeld andre dommar som handlar om redningsaksjonar, kanskje særleg Kjells Markiser som er av nyare dato, er det etter mitt syn naturleg å sjå det slik at desse i stor grad byggjer på momentet om kravets opphav i vurderinga av om disposisjonar er utilbørlege.

Dei forfattarane som har teke føre seg dette momentet, har i utgangspunktet tenkt på ekstraordinære opphavsmåtar, slik som feiloverføringar og tileigning på ulovleg vis. At kravet er oppstått på slike måtar vil, som vi har vore inne på tidlegare, ofte vera nok til at ei innfriing av kravet ikkje blir rekna som utilbørleg.

Det er etter mitt syn likevel tenleg å sjå *omstenda rundt opphavet til kravet* som ein del av dette momentet. Her har dommane om redningsaksjonar mykje å bidra med, slik vi har gått gjennom over. Det sentrale er at der kravets opphav er ei tilførsle av midlar til skyldnaren som tar sikte på å sikra økonomisk overleving, vil det ikkje vera utilbørleg om ”hjelparen” blir favorisert framfor andre kreditorar.

6 AVSLUTTANDE OPPSUMMERING. KONKLUSJONAR

Som det er sagt i innleiingskapittelet, var det første målet for avhandlinga å slå fast kor vidt måten kravet vart til på er eit relevant moment i utilbørleg-vurderinga. Dette er som forklart i punkt 4.1 tidlegare hevda i litteraturen, og synspunktet byggjer i hovudsak på dommane om Slotfeldt-Ellingsen og Ulstein Bruk. Av domsgrunnane for begge sakene gjekk det fram at der kravet mot skyldnaren er oppstått på ein ekstraordinær måte, må dette takast omsyn til ved vurderinga om tilbakebetalinga er kritikkverdig slik at ho kan omstøytast. Dette skulle vera tilstrekkeleg til å konstatera at kravets opphav *kan* vera eit relevant moment i utilbørleg-vurderinga etter dagens reglar.

Vidare var det eit mål med avhandlinga å undersøkje *på kva måte* kravets opphav kan verka inn på utilbørleg-vurderinga. Slotfeldt-Ellingsen-dommen slår fast at der kravet vart til grunna ei straffbar handling frå skyldnaren, har det ein slik karakter at ein disposisjon som innfrir kravet vanskeleg kan seiast å vera utilbørleg. I saka om Ulstein Bruk, der kravet vart til ved ein feil frå kreditors side, får kravets opphav ikkje avgjerande verknad. Som forklart i punkt 4.2.2 kan dette likevel ikkje tolkast som at Høgsterett var inkonsekvent og her strammar inn synspunkta i Slotfeldt-Ellingsen, men meir eit resultat av at situasjonen i sakene var svært ulike.

Dette illustrerer også at det er vanskeleg å slå fast på generelt grunnlag korleis kravets opphav verkar inn på utilbørleg-vurderinga, ettersom dette vil variera nettopp med situasjonen rundt dette opphavet.

Palonen-dommen var som skildra i punkt 4.2.4 ei dissens-avgjerd, der mindretalet ved utilbørleg-vurderinga såg bort frå situasjonen då grunnlaget for kravet mot den seinare

konkursskyldnaren oppstod. Dette la derimot fleirtalet avgjerande vekt på som argument for å nekta omstøyting. Dommen gir difor grunnlag for å hevda at kravets opphav også indirekte kan verka inn på vurderinga av om ein disposisjon er utilbørleg. I tillegg vart det gjort ei heilskapleg vurdering av om avtalen der Palonen vart tilgodesett framstod som forsvarleg ut frå den økonomiske situasjonen til den seinare konkursskyldnaren.

Denne heilskaplege vurderinga finn vi igjen i fleire av redningsaksjon-dommane som er behandla i kapittel 5. Nokre av, men ikkje alle, dommane kan seiast å bruka kravets opphav som moment i utilbørleg-vurderinga, utan at dette uttrykkjeleg går fram. Særleg Kjells Markiser-dommen er eit eksempel på at ein kreditor gir skyldnaren ekstra kreditt, og dermed får eit større krav mot han, i det som blir vurdert å vera eit reelt forsøk på å få skyldnaren gjennom ei økonomisk krise. Det vil i slike tilfelle ofte ikkje vera utilbørleg dersom skyldnaren før konkurs betaler tilbake slike krav.

I all hovudsak er disposisjonane som her har vore behandla, vore i kategorien kreditorfavorisering, altså alternativet "...begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning" i dekningslova § 5-9.

Slik eg har argumentert for i punkt 5.4, er Høgsterett i alle fall ikkje blitt meir restriktive når det gjeld å godkjenna forsøk på slike redningsaksjonar og påfølgjande disposisjonar som innfrir krav i samband med dette.

Kva kan seiast å vera dei viktigaste "fruktene" av denne avhandlinga? Det finst alt mykje teori rundt subjektiv omstøyting og utilbørleg-vilkåret spesielt, og dette arbeidet har vore ein freistnad på å gå i djupna innanfor ein liten del av dette. Nokre av hypotesene som var ein føresetnad for arbeidet har slått til, andre i mindre grad. Eg trur i alle høve koplinga mellom Slotfeldt-Ellingsen-, Ulstein Bruk- og Palonen-dommane på den eine sida, og "redningsaksjon"-dommane på den andre har vore ei tenleg analyse, som kanskje kan vera verdt nærare studiar.

REGISTER MED FORKORTINGAR

Litteratur

Andenæs: Konkurs	= Mads Henry Andenæs, Konkurs 3. utgåve, 2009 (ved eitt høve vist til 2. utgåve, 1999)
Brækhus: Konkursrett	= Sjur Brækhus, Konkursrett (utvalgte emner), 1970
Falkanger: Utilbørighetsbegrepet	= Thor Falkanger, Utilbørighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9, i JV 1998 s 105
Falkanger: Kjells Markiser	= Thor Falkanger, Kjells Markiser: En høyesterettsdom om kassekreditt, pant og omstøtelse, i Lov og Rett 2002 s 564
Huser: Omstøtelse	= Kristian Huser: Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 – omstøtelse, 1992

Lovforarbeid

NOU	= Konkurslovkomiteens innstilling NOU 1972:20 ("Gjeldsforhandling og konkurs")
Ot.prp.	= Ot.prp. nr. 50 (1980-81)

Dommar

RG 1973.442

Rt 1933.1265
Rt 1966.636
Rt 1967.993
Rt 1969.624
Rt 1970.52
Rt 1982.1232
Rt 1989.7
Rt 1994.792
Rt 1995.259
Rt 2001.1136