

**OMSTØTELSE PÅ OBJEKTIVT OG SUBJEKTIVT GRUNNLAG- EN
SAMMENLIGNING AV DEKNINGSLOVEN §§ 5-5 OG 5-9**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 658

Leveringsfrist: 25. april 2012

Til sammen 15234 ord

24.04.2012

INNHOLDSFORTEGNELSE

1.0 INNLEDNING	s. 4
1.1 Presentasjon av emnet	s. 4
1.2 Avgrensning	s. 5
1.3 Videre fremstilling	s. 6
2.0 GENERELT OM OMSTØTELSESGLENE	s. 6
2.1 Omstøtelsesreglens historikk	s. 6
2.2 Rettskildesituasjonen	s. 7
2.3 Hensynet bak reglene	s. 8
3.0 DEN OBJEKTIVE OMSTØTELSESGELEN § 5-5	s. 9
3.1 Ekstraordinær betaling av gjeld	s. 9
3.2 Betaling foretatt med usedvanlig betalingsmiddel	s. 10
3.3 Betaling før normal betalingstid	s. 12
3.4 Beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne	s. 14
3.5 Omstøtelsesfristen	s. 18
4.0 KOMPARATIV DEL	s. 19
4.1 Videre fremstilling	s. 19
4.2 Generell sammenligning av subjektive og objektive omstøtelsesregler	s. 19
4.3 Innledning	s. 21
4.4 Disposisjonskravet	s. 22
4.5 Dobbeltkravet	s. 24
4.5.1 Utilbørlig	s. 25
4.5.1.1 Utilbørlig kreditorbegunstigelse	s. 28
4.5.1.2 Utilbørlig aktivaunndragelse	s. 30
4.5.1.3 Utilbørlig gjeldsøkning	s. 31
4.6 Tapsrekvisittet «til skade for dem»	s. 32
4.7 Det økonomiske kravet «var svak eller ble svekket»	s. 34

4.8 Det subjektive kravet «kjente eller burde kjenne til».....	s. 36
4.8.1 Den vanskelige økonomiske stillingen.....	s. 37
4.8.2 De forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.....	s. 38
4.9 Omstøtelsesfristen.....	s. 39
4.10 Virkningen av omstøtelse.....	s. 41
5.0 AVSLUTNING.....	s. 44
REGISTRET.....	s. 47

1. INNLEDNING

1.1 Presentasjon av emnet

I denne oppgaven skal vi se nærmere på omstøtelsesreglene i konkurs. Reglene om omstøtelse er samlet i Dekningsloven av 8. juni Nr. 59 1984 (dekl.) kapittel 5, §§5-1- 5-15.

Etter konkursloven av 8.juni Nr. 58 1984 (kkl.)§ 60 skal, når en skyldner er insolvent vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren selv eller en fordringshaver. Insolvenskravet er nærmere regulert i kkl. § 61. Etter denne bestemmelsen er en skyldner insolvent når han *ikke kan oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller*, også kalt illikviditet, med mindre de er forbigående og når *skyldnerens forpliktelser overstiger verdien av hans eiendeler*, såkalt insuffisiens. Insolvensvilkårene er objektive slik at det ikke er opp til skyldneren selv eller kreditorene å avgjøre om han er solvent eller ikke.

Insolvensvilkåret skal prøves av Tingretten og skal være oppfylt før konkurs åpnes.¹

Meningen med konkurs er å gi skyldnerens fordringshavere dekning ved at skyldnerens formue omgjøres i penger og fordeles forholdsmessig mellom dem, såkalt dividende.² Tiden forut for konkurs vil være en anspent situasjon både for fordringshavere og skyldneren selv og vil kunne resultere i at det blir foretatt disposisjoner fra både skyldneren selv og fordringshaverne, som lovgivningen ikke vil kunne tolerere. Det er her omstøtelsesreglene kommer inn i bildet, med tanken på at boet kan påberope seg de hvis det har blitt foretatt disposisjoner forut for konkursåpningen som medfører at debtors aktiva reduseres eller gjelden økes(boforringelse) eller som har ført til en forfordeling av fordringshaverne (kreditorbegunstigelser).

Omstøtelsesreglene innebærer at disposisjoner som ellers er bindende og rettsvirkosomme, foretatt forut for konkursåpningen og som forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne vil kunne settes helt eller delvis til side.

Betegnelsen subjektive og objektive omstøtelsesregler brukes ikke i dekningsloven, selv om det fra gammelt av har vært vanlig å skille de på denne måten. Det som kjennetegner de objektive omstøtelsesreglene er at de ikke sier noe om den annen parts subjektive forhold slik

¹ NOU 1972 s. 124

² Andenæs 2009 s. 10

at det er uten betydning om den annen part har vært i god tro eller ikke. Med «den annen part» menes fordringshavere.

En følge av de objektive omstøtelsesreglene vil være at også disposisjoner som ikke er ment som illojale vil være gjenstand for omstøtelse så lenge de rammes av de positivt oppregnede kategorier og er gjennomført innen gitte frister. Grunnen til at også disposisjoner som ikke er ment som illojale rammes, er fordi reglene søker å ramme disposisjoner som på grunn av sitt innhold og tidspunktet da de blir foretatt skaper en viss presumsjon for illojalitet og ond tro hos medkontrahenten.³ Jo kortere tid har gått fra disposisjonen har blitt foretatt og til boåpningen, dess sterkere presumsjon. Samme vil gjelde når den foretatte disposisjonen retter seg mot en som står skyldneren nær eller når disposisjonen bærer preg av ekstraordinær innhold. Reglene om omstøtelse på objektivt grunnlag finner vi i dekl. §§ 5-2- 5-8 jf. § 5-11 med unntak av § 5-6 som inneholder omstøtelse av motregning på subjektivt grunnlag.

Den subjektive omstøtelsesregelen finner vi dekl. § 5-9 jf§5-12. Denne skiller seg fra de objektive reglene ved at den inneholder vilkår om et subjektivt klanderverdig forhold på den annen parts side. Begrunnelsen for denne reglen er at den skal fange opp illojale disposisjoner som ikke dekkes av de objektive regler.⁴ Bevis og tolkningstema er mer omfattende i den subjektive omstøtelsesregelen sammenlignet med de objektive. Siden boet har bevisbyrden⁵ i slike tilfeller, vil en risikere at illojale disposisjoner står seg i konkurs grunnet manglende bevis.

1.2 Avgrensning

Omstøtelsesreglene er for det meste samlet i dekningslovens kapitel 5. Andre lover inneholder spredte spesial regler om omstøtelse slik som Forsikringsavtalelovens § 16-2 og Ekteskapsloven §§ 51 til 53. Videre sier dekningslovens § 5-1 i hvilke bo omstøtelse kan skje: ved konkurs, tvangsakkord og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo.

Denne oppgaven er avgrenset kun til å gjelde *omstøtelsesreglene etter dekningsloven ved konkurs*. Det avgrenses videre til en sammenligning mellom den objektive regelen i dekl. § 5-5 og den subjektive omstøtelsesregelen i § 5-9.

³ NOU 1972:20 s. 282

⁴ NOU 1972:20 s. 282

⁵ NOU 1972:20 s. 298

1.3 Videre fremstilling

Hovedregelen om beslagsretten finner vi i dekl. §2-2. I henhold til denne har fordringshaverne rett til dekning «i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden». For å finne ut om en formuesgode tilhører skyldneren eller en annen må det foreligge en disposisjon som er bindende og gyldig mellom partene. Videre må avtalen være reell og ikke proforma, fordi det er det underliggende reelle forhold som skal legges til grunn overfor boet.⁶ Sist men ikke minst kreves det i dekl. § 5-10 at det ordinære rettsvernet er brakt i orden. Etter dekl. § 5-10 anses ikke en disposisjon for foretatt før eller slik sikringsakt er iverksatt.

I denne oppgaven skal jeg i del 2 gjøre rede for omstøtelsesreglenes historiske bakgrunn, rettskildesituasjonen og hensynene bak reglene.

Del 3 i oppgaven er viet til den objektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5. Her vil jeg gjennomgå de tre formene for ekstraordinærbetaling av gjeld bestemmelsen oppstiller. Videre oppstiller dekl. § 5-5 første ledd in fine en begrensning i form av «ordinærreservasjonen» som jeg kommer til å drøfte avslutningsvis etter hver form av ekstraordinær betaling. Etter å ha tolket bestemmelsens første ledd skal jeg avslutte delen med å se på omstøtelsesfristen hva gjelder dekl. § 5-5.

Del 4 er hoveddel av avhandlingen. Her vil jeg gjøre rede for vilkårene den subjektive regelen i dekl. § 5-9 oppstiller samtidig som jeg vil sammenligne den subjektive regelen med den objektive i § 5-5 underveis.

I del 5 som er en avsluttende del vil jeg komme med oppsummerende og avsluttende bemerkninger.

2. GENERELT OM OMSTØTELSESREGLENE

2.1 Omstøtelsesreglenes historikk

Før reformen i 1984 gjaldt loven om Concurs og Concursboers Behandling av 6. juni 1863.⁷ Denne loven inneholdt først og fremst prosessuelle regler samt noen materiellrettslige. Denne

⁶ Huser 1992 s. 31

⁷ Ot.prp.nr. 50 1980-81 Proposisjonens hovedinnhold 1.1 annen avsnitt

rettskildesituasjonen er endret i dag og bærer preg av mer oversikt ved at de prosessuelle reglene i kreditorbeslagsretten er å finne i kkl., mens de materielle er samlet i dekl.

I loven om Concurs og Concursboers Behandling av 1863 ble ikke betegnelsen omstøtelse brukt. Her talte man blant annet i stedet om å «søge tilbage gjenstander» jf. C § 49, «tilbageføring av gaver» C § 42, «tilbagegivelse av betaling» C § 44 og at en panterett ikke gjøres gjeldende mot boet C § 45.⁸ Etter disse bestemmelsene kunne omstøtelse kreves på objektivt grunnlag med den forutsetning at den omstøtelige disposisjonen var foretatt innen visse frister.

Den subjektive regelen om omstøtelse har sitt utspring i regelen fra NL 5-13-44 (1687) og som også er et resultat av at betegnelsen omstøtelse nå ble tatt i alminnelig bruk.

Bestemmelsen i NL 5-13-44 inneholdt først og fremst regler om partsed.⁹ NL 5-13-44

1.punktum inneholdt kravet om at når et dokument som inneholdt bestemmelser om pant, kjøp eller makeskifte ble påberopt på skifte skulle de impliserte ved ed bekrefte at de ikke forsøkte seg på bedrageri(subjektiv regel). Etter 2.punktum måtte en også ved ed bekrefte at skyldner ikke var insolvent på disposisjonstidspunktet når en hadde foretatt visse disposisjoner til fordel for sine nærmeste(objektiv regel).¹⁰

Når Concursloven skulle vedtas oppstod spørsmålet om den bare skulle inneholde regler om omstøtelse på objektivt grunnlag og ikke på subjektivt. Bernhard Getz tok kraftig avstand fra dette i en artikkel publisert i Rt. 1878 s. 629 og hevdet generelt «en Hovedregel om Omstødelse af svigagtige Retshandler». Dette utdypet han i en større avhandling i Rt. 1881 s. 209 «Kreditorenes adgang til at Omstøde sin Skyldners Retshandler». Etter dette begynte domstolene å betrakte NL 5-13-44 1.punktum som en regel om omstøtelse av «bedragelige transaksjoner overfor kreditorene». ¹¹

2.2 Rettskildesituasjonen

Ved konkursreformen av 1984 ble omstøtelsesreglene i konkursloven av 1863 avløst av reglene i dekningsloven kapitel 5 og trådte i kraft 1. januar 1986. Dekningsloven regulerer de materiellrettslige sider ved kreditorbeslag. Materiellrettslige regler er de som sier noe om hva

⁸ Tjaum 1995 s. 13

⁹ Huser jf. Schweigaard 288, Om at dette antas å være edstemaet

¹⁰ Huser 1992 s. 458

¹¹ Huser 1992 s. 459

som skal beslaglegges mens de prosessuelle sier noe om på hvilke måte dette skal gjøres, noe som også ligger i navnet. Loven er imidlertid ikke uttømmende slik at formuerettslige regler vil stå sentralt.

Når omstøtelseslæren i dag i det vesentlige er lovregulert vil loven stå sentralt ved anvendelsen av omstøtelsesregler, hvor en objektiv tolkning vil gjøre seg gjeldende. Med objektiv tolkning menes at det er en naturlig språklig forståelse som skal legges til grunn. Reglene er noe kompliserte slik at det må tas hensyn til mer spesiell, teknisk- juridisk språkbruk.

Selv om bestemmelsene er lovfestet og forholdsvis klare, utelukker det ikke hyppig bruk av forarbeidene i rettsavgjørelsene. Dette kan sees av nyere rettspraksis. Videre blir forarbeidene underbygget med teori, som oftest Huser, Brækhus og Andenæs.

Dekningslovens bestemmelser er i det vesentlige en kodifikasjon av eldre regler slik at eldre rettspraksis og litteratur fortsatt vil være relevant. Selv om eldre rettspraksis og litteratur er av betydning vil det ikke alltid være like lett å anvende de på en forsvarlig måte. Grunnen til det er at samfunnet vårt er under stadig utvikling slik at reglene må tilpasses samfunnsutviklingen med særlig tanke på bransjepraksisen. Hva gjelder nyere rettspraksis er omfanget her stort og gir god veiledning på hvordan reglene tolkes og anvendes.

Videre gir forarbeidene til loven: NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs, Ot.prp.nr. 50 1980-81, Ot.prp.nr. 39 1982-83, Innst. O nr. 56 1983-84, Forh O 1983-84 s. 550-626, Forh L 1983-84 s. 62-63, god veiledning på hvordan reglene skal tolkes og anvendes.

2.3 Hensynet bak reglene

Konkursinstituttet operer med to hensyn som begrunner konkursreglene. Det første er *likhetshensynet*. Med dette menes at konkurs skal bidra til å motvirke tilfeldige og urimelige forskjeller mellom en insolvent skyldners fordringshavere. Økonomien hos skyldneren er som oftest ute av kontroll forut for konkurs. Både fordringshavere og skyldneren vil være under økonomisk press og fristelser, slik at det vil kunne resultere i disposisjoner som ikke er i samsvar med loven. Likhetshensyn slår inn her ved å hindre at enkelte kreditorer blir begunstiget på bekostning av andre.

En type disposisjon som strider mot loven i en konkurssituasjon er boforringende disposisjoner. Med dette menes disposisjoner som medfører at debtors aktiva reduseres eller gjelden økes.¹² Dette kan skje til fordel for debitor selv, hans nærstående, tidligere eller nye kreditorer. En annen type disposisjon er de som på en eller annen måte fører til forfordeling av kreditorene, såkalte kreditorbegunstigelser.¹³

På bakgrunn av likhetshensynet har omstøtelsesreglene to formål. Det første er *gjenopprettende* funksjon. Når denne type disposisjoner foreligger vil omstøtelsesreglene få anvendelse ved at midlene føres tilbake til boet hvis vilkårene er tilstede og innenfor omstøtelsesfristen. Det andre formålet er at omstøtelsesreglene virker *preventivt* fordi både skyldner og kreditorer vil være klar over at slike typer disposisjoner vil være gjenstand for omstøtelse. I tillegg vil reglene ha en beskyttende funksjon overfor skyldneren mot pågående kreditorer.

Det andre hensynet konkursinstituttet bygger på er *effektivitetshensynet*. Denne muliggjør en mer effektiv beslagsform enn enkeltforfølgning.¹⁴ Som Andenæs skriver vil konkurs være et rettsmiddel for en insolvent skyldners fordringshavere. Effektivitetshensynet skinner gjennom omstøtelsesreglene også, på den måten at vi har «klare» regler på hva som er lov og hva som ikke er lov. Videre gjør effektivitetshensynet seg sterkere gjeldende i de objektive omstøtelsesreglene enn subjektive fordi de er retsteknisk enklere å anvende og bevis og tolkningstema ikke er fullt så omfattende.

3. DEN OBJEKTIVE OMSTØTELSESREGLENE § 5-5

3.1 Ekstraordinær betaling av gjeld

Deknl. § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel. Etter denne bestemmelsen vil betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kunne omstøtes hvis betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær.

¹² Huser 1992 s. 49

¹³ Huser 1992 s. 49

¹⁴ Andenæs 2009 s. 10 og 11

Med gjeld menes først og fremst gjeld i penger. Gjeld kan forekomme i annet enn penger. For eksempel vil det å levere et vareparti som er betalt på forhånd være gjeld i lovens forstand. Videre er det snakk om eldre gjeld, det vil si gjeld som skyldneren pådrar seg før betalingen. Kontantkjøp inngår ikke i begrepet gjeld. Debtors forpliktelse må være oppstått før den aktuelle disposisjonen.¹⁵ Så om skyldneren inngår en avtale om kontantkjøp og betaler kjøpesummen med usedvanlige betalingsmidler vil ikke betalingen kunne omstøtes.¹⁶

Deknl. §5-5 har overskriften «ekstraordinær betaling», med dette forstås at ikke all gjeldsbetaling vil være gjenstand for omstøtelse. Det er tre ekstraordinære former for betaling:

- Betaling foretatt med usedvanlig betalingsmiddel
- Betaling før normal betalingstid og
- Betaling med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne

3.2 Betaling foretatt med usedvanlige betalingsmidler

Et usedvanlig betalingsmiddel vil først og fremst være en form for betaling som ikke er avtalt på avtaletidspunktet. Det kan være avtalt at betalingsmidlet skal være penger eller at den ene parten yter penger mens den andre yter tjenester eller naturalytelser. Så lenge betalingsmiddelet er avtalt ved avtaleinngåelsen vil den ikke være å anse som usedvanlig.

Rettspraksis viser at ikke all avtalt gjeldsbetaling vil være uomstøtelig. Skatlanddommen Rt. 2008 s. 1170¹⁷ strider mot prinsippet om at avtalt betalingsmiddel normalt ikke kan anses som usedvanlig. Rema 1000 hevet franchisekontrakten med et selskap og overtok hele varelageret til innkjøpspris og en del av driftsutstyret som motregning av Remas krav mot selskapet på bakgrunnen av franchisekontrakten. Betalingsformen her var motregning. Hva gjelder motregning er situasjonen slik at motregning reguleres av deknl. § 5-5 hvis den finner sted før

¹⁵ Huser 1992 s. 222

¹⁶ Andenæs 2009 s. 310

¹⁷ Rt. 2008 s. 1170 Skatland. A startet i 1983 kolonialforretning på X i Mo i Rana gjennom selskapet A AS. Han inngikk i den forbindelse en franchiseavtale med Rema 1000 Norge AS. Etter en lenger periode med dårlig inntjening besluttet Rema ved brev av 30. november 2004 å heve franchisekontrakten. Brevet inneholdt blant annet hevingsgrunnlaget som var negativ egenkapital. I tillegg overtok Rema varebeholdningen per opphørsdag til innkjøpspris og rett til motregning samt driftstilbehøret i selskapet jf. kontraktens pkt. 16.2. Konkursboet mente motregningen innebar at Rema ble begunstiget på de øvrige kreditorenes bekostning og fremsatte krav om at midlene skulle tilbakeføres boet. Boet fikk medhold i kravet.

konkursåpningen.¹⁸ Hvis fordringshaveren erklærer motregning først etter konkursåpningen er motregningsretten avskåret etter dekl. § 8-3.

Boet krevde omstøtelse noe Høyesterett ga medhold i jf. dekl. § 5-5. Dommeren uttalte her at en konsekvens av retten til å overta varebeholdningen og motregningsretten er at Rema sikrer seg en eksklusiv dekningsadgang for sitt krav så langt det er verdier i varelageret og driftstilbehøret. Denne dekningsadgangen er ikke av samme kvalitet som panterett, i det den ikke vil stå seg ved konkurs. Et moment er at slik sikkerhet fremstår som skjult overfor andre leverandører idet franchiseavtaler ikke er alminnelig offentlig tilgjengelige.¹⁹

Avtalen kan også inneholde en modifikasjon av ytelsen eller det kan være avtalt alternative betalingsmidler. Et eksempel på modifikasjon har vi i Rt. 1909 s. 734. To trelasthandlere inngikk i juli 1903 en avtale om kjøp av 300 tylfter tømmer fra en person som hadde kjøpt seg en del uthugstrettigheter. Kjøperne betalte 2500 kr på forskudd. Levering skulle skje samme år i september. En del tømmer ble hugget men ingenting ble levert pr. 1. oktober. Partene ble da enige om at kjøperne skulle overta det allerede huggede tømmeret, i alt 106 tylfter til noe lavere pris enn avtalt og som tilsvarte det innbetalte forskuddet. Videre ble det avtalt at dersom resten av tømmeret ble levert våren 1904, skulle selgeren også få den opprinnelig avtalte pris for det tidligere leverte. Her uttalte førstvoterende følgende:

«Selv om tømmeret var egentlig betalingsmiddel, antager jeg med de underordnede retter, at der under de foreliggende omstændigheder ikke kunde siges her at foreligge usedvanlig betalingsmiddel. Men i nærværende tilfælde er det efter min mening ikke spørgsmaal om noget betalingsmiddel, men kun om en delvis opfyldelse af den tidligere kontrakt af juli 1903, en modifikation i denne, idet kjøberne tog en mindre god salgsvare for god betaling».

Modifikasjon av avtalen var avtalt og det kunne ikke ha noe betydning at endringen i formen skjedde som et nytt kjøp.²⁰

Ordinærreservasjonen Selv om betalingen er skjedd med usedvanlig betalingsmiddel vil den ikke være gjenstand for omstøtelse når den « allikevel... fremtrådte som ordinær» jf. dekl. § 5-5 første ledd in fine. Forarbeidene uttaler om ordinærreservasjonen at den neppe sier mer enn det som ligger i at betalingsmidlet skal være usedvanlig.²¹ Ut fra dette forstås ordinærreservasjonen som en sikkerhetsventil. Hvorvidt en betaling med usedvanlig

¹⁸ Andenæs 2009 s. 311

¹⁹ Rt. 2008 s. 1170

²⁰ Rt. 1909 s. 734

²¹ NOU 1972:20 s. 291

betalingsmiddel skal anses som ordinær beror på en individuell og konkret vurdering av forholdene.²²

Rettsadvenderen står fritt til å velge i hvilke ende han vil begynne. Om han vurderer betalingsmiddelet til å fremstå som ordinær behøver han ikke vurdere om betalingsmiddelet er usedvanlig. Avgjørelsen er veldig skjønnsmessig preget og beror på forholdet mellom skyldner og fordringshaver og den generelle bakgrunnen som lokale, bransjemessige eller geografiske forhold gir.²³

Bransjepraksis vil være et moment ved tolkningen om betaling med usedvanlig betalingsmiddel likevel fremstår som ordinær. For eksempel må en kartlegge om partene bruker definerte gjenstander som betalingsmidler. Hvis så er bekreftende vil betalingen fremstå som ordinær og ikke være gjenstand for omstøtelse.

Videre vil partenes egen praksis være av betydning. Den vil gjøre seg enda sterkere gjeldende hvis den i tillegg samsvarer med bransjepraksisen. Omfanget og varigheten av praksisen vil også være av betydning. I praksis har et par ganger vært ansett som relevant.²⁴

3.3 Betaling før normal betalingstid

Den andre formen for ekstraordinær betaling er betaling før normal betalingstid. Hva som anses som normal betalingstid fremgår av Gjeldsbrevlovens regler av 17. februar 1939 (gbl.). Hovedregelen ved pengekrav er at kravet forfaller ved påkrav. Med påkrav menes at skyldneren er pliktig til å betale så snart kreditor sier fra jf. gbl. § 5.

Når slikt påkrav ikke foreligger har skyldneren rett til å betale «so snart han vil» jf. gbl.§5, når såkalt frigjøringstid har kommet. Det vanlige for solvente skyldnere vil være å drøye betalingen så lenge som mulig uten å misligholde den. En skyldner som er under gjelds- eller konkurs behandling forventes heller å oversitte betalingsfristene enn å betale før. For hvis han betaler før forfallsfristen i en slik situasjon vil betalingen være å anse som betaling før normal betalingstid.

²² Huser 1992 s. 273

²³ Huser 1992 s. 274

²⁴ Huser 1992 s. 281

Et spesial spørsmål er om en betaling er å anse som betaling før normal betalingstid selv om den skjer ved forfall. Et eksempel her vil være når skyldneren har et lån som skal avdras over ti år og som ifølge vilkårene forfaller i sin helhet hvis skyldneren misligholder en termin. Da vil skyldneren med viten og vilje misligholde den første termin for så å betale ned hele gjelden ved neste forfall. Her vil ni tideler av gjelden være innbetalt før normal betalingstid. I følge forarbeidene anses dette som betaling «før normal betalingstid» og er en utvidelse av omstøtelsesadgangen i forhold til kkl.1863 § 44 bokstav b.²⁵

Ordinærreservasjonen Betaling før normal betalingstid vil likevel ikke være gjenstand for omstøtelse når den «etter omstendighetene allikevel(...) fremtrådte som ordinær». Om en betaling før normal betalingstid likevel er ordinær må vurderes utfra en konkret og individuell helhetsvurdering av forholdene.²⁶

Om en betaling skal anses for ordinær eller ikke vil generelt bero på om betalingen fremtrådte som begrunnet i andre bestemte forhold enn skyldnerens vanskelige økonomiske situasjon og trusselen om betalingsinnstilling.²⁷ Her vil både debitor og kreditors rolle være av betydning. Kreditor vil være å bebreide hvis han har hatt en aktiv rolle. Debitor vil være å bebreide når kreditors rolle har vært passiv og når han handlet i aktsomt god tro, fordi debitor har ønsket å begunstige nettopp denne kreditoren. Omstøtelse vil her kunne skje.

Et moment er at debitor kan ha hatt sin begrunnelse til førtidsbetalingen uten om at det er noe direkte sammenheng med hans økonomiske situasjon. Hvis følgende bevises vil omstøtelse ikke kunne skje.

Tidspunktet for betalingen er av betydning ved vurderingen av ordinærreservasjonen. Det skal mye til for å anse betalingen som ordinær når skyldner betaler før hans frigjøringstid har kommet.

Et annet moment er hvor lenge før åpningen av bobehandlingen betalingen skjer. Hvis betalingen ligger like opp til frisdagen vil dette trekke i retning av ekstraordinær betaling hvor omstøtelse vil kunne skje.²⁸ Et unntak vil være hvor skyldner ønsker å gardere seg mot at forfallsdagen overskrides. Denne begrunnelsen er avhengig av betalingsformidlingen om hvor

²⁵ NOU 1972:20 s. 291

²⁶ Huser 1992 s. 295

²⁷ Huser 1992 s. 296 jf. Munch s. 449, som uttaler at betalingen må være fremtrådt «som et normalt, ikke af konkurstruslen betinget led i driften af en virksomhed af den påg. art. Bevisbyrden påhviler betalingsmodtageren.

²⁸ Jf. Lennander, Ordinær betaling s. 407

stort slingringsmann skal aksepteres. Et par-tre dager og opp til en uke vil være å anse som normalt.²⁹ Om slingringsmann på opp til en uke er like akseptabelt i dag er noe usikkert. Grunnen til det er at betalingsformidlingen har utviklet seg betydelig mye siden Huser skrev boka «Omstøtelse» i 1992. I henhold til finansavtaleloven av 25. juni 1999 nr. 46 § 26 a nr. 1, anses en betalingsordre for mottatt på det tidspunktet betalerens institusjon mottar betalingsordren. Mottas slik betalingsordre nær slutten av en virkedag, anses betalingsordren som mottatt først den påfølgende virkedag. Videre heter det i finansavtaleloven § 26 c 1 at betalerens institusjon skal sørge for at beløpet overføres til betalingsmottakeren senest innen utløpet av virkedagen etter betalingsordre er mottatt og at denne kan forlenges med en virkedag for papirbaserte betalingstransaksjoner. Som vi ser er det snakk om 1-2 dager i henhold til finansavtalelovens regler slik at slingringsmann på opp til en uke er noe tvilsom. Videre vil skyldnerens økonomiske stilling være av betydning om betalingen fremstår som ordinær. Hvis skyldneren hadde store økonomiske problemer på betalingstidspunktet desto større grunn er det å anse betalingen som ekstraordinær. Spesielt hvis skyldneren bruker sine siste midler til å dekke en uforfalt gjeld fremfor forfalte krav.

En debitor kan også velge å betale før forfallet fordi det vil være økonomisk fordelaktig å betale på et tidligere tidspunkt. I forarbeider heter det « gjeldkonvertering som gir debitor fordeler i form av lavere rente og/ eller mindre avdrag» vil være å anse som ordinær.³⁰ Et eksempel på en økonomisk fordel vil være hvor debitor oppnår en kontantrabatt. Han får 30 dagers betalingsfrist, men to prosent kontantrabatt hvis han betaler innen ti dager. Et annet eksempel på slike fordeler ved betaling før normal betalingstid vil være skatte og avgiftsmessige grunner.

Førtidig betaling vil også kunne begrunnes i at debitor ønsker å oppnå goodwill hos kreditor, med sikte på fremtidig samarbeid eller leveranser.³¹ Dette er et moment som vil være vanskelig å sannsynliggjøre. På den annen side vil det være tilstrekkelig hvor dette har vært vanlig praksis mellom skyldner og kreditor.

3.4 Beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne

²⁹ Jf. Huser 1992 s. 297 jf. NJA 1987 s. 872

³⁰ NOU 1972:20 s. 291

³¹ Huser 1992 s. 299

Den siste formen for ekstraordinær betaling er betaling som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne. Etter denne bestemmelsen vil omstøtelse kunne skje selv om betaling skjer med sedvanlig betalings middel og ved normal betalingstid.³² Denne regelen fantes ikke i kkl. av 1863 og omstøtelse måtte da skje på subjektivt grunnlag. Et eksempel på det er Rt. 1933 s. 1265³³. Etter utkastet behøver ikke boet føre bevis for debtors insolvens og for kreditors onde tro. Det er nok å bevise betalingens objektivt sett ekstraordinære karakter.³⁴

Det at en skyldner betaler en gjeldspost er det for så vidt ikke noe galt med. Omstøtelse vil imidlertid kunne inntre når gjeldsposten skyldneren har betalt gjør at hans betalingsevne blir betydelig forringet i ettertid. Rettere sagt at skyldneren etter denne betalingen ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser ettersom de forfaller.³⁵ Den svekkede betalingsevnen kan likestilles med betalings udyktighet omtalt i kkl. § 61.

Siden det er betalingsevnen som må bli betydelig forringet er beløpets størrelse av betydning. Det må dreie seg om et relativt stort beløp for at betalingsevnen skal bli betydelig forringet. Hvorvidt et beløp er så betydelig at skyldnerens betalingsevne blir betydelig forringet skal avgjøres på objektivt grunnlag, hvor beløpets størrelse skal sees i relasjon til skyldnerens omsetning og vanlige likviditet.³⁶ Beløpets absolutte størrelse har imidlertid liten betydning. Et eksempel har vi i svensk praksis hvor betaling på SEK 145 000 har vært unntatt for omstøtelse jf. NJA 1982 s. 759, mens en betaling på SEK 6000 har blitt omstøtt jf. NJA 1982 s. 224.³⁷

For å finne ut hvorvidt den foretatte betalingen har skjedd på bekostning av de øvrige fordringshavere må en ta stilling til i hvilken grad betalingen har redusert de midlene som er igjen, såkalte tilgjengelige dekningsmidler.³⁸ Hva som er skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler kan være vanskelig å beregne noen ganger. Hva gjelder aktiver beheftet med

³² NOU 1972:20 s. 291

³³ Rt. 1933 s. 1265 Ringendommen Partene i saken var J. Ringens konkursbo mot Haigesunds Kredittbank AS. Banken hadde positivt medvirket til transaksjoner hvorved den oppnådde dekning av forfallede gjeld hos sin insolvente debitor. Banken positivt tilskyndet Ringen til å foreta salget av villaen og motorbåten for derigjennom å skaffe dekning for dens krav. På denne måten oppnådde banken en særfordel på bekostning av andre kreditorer. Forholdet ble ansett som rettstridig om transaksjonene ble omstøtt.

³⁴ NOU 1972:20 s. 292

³⁵ Andenæs 2009 s. 325

³⁶ NOU 1972:20 s. 291

³⁷ Jf. NJA 1982 s. 759 og NJA 1982 s. 224

³⁸ Rt. 2008 s. 1170

pant og lignende vil det riktige være kun å medregne den verdien som overstiger heftelsene. Innvilget og ubenyttet kassekreditt tas heller ikke med i beregningsgrunnlaget.³⁹

Omstøtelse vil være aktuelt hvor en skyldner etter å ha betalt en gjeldspost ikke greier å betale sine forpliktelser ettersom de forfaller. Full innfrielse av en kreditor vil gå på bekostning av andre kreditorer, slik at de ikke får dekning for sine krav.

Videre har vi ordlyden «betydelig». Hva som anses for å være betydelig beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Siden det er snakk om en objektiv omstøtelsesregel, som skal være enkel å praktisere, er det en fordel å operere med noe mer klar målestokk for hva som anses som betydelig. Det har vært vanlig å operere med en «prosentsats» slik at grensen går ved betalinger som utgjør minst x % av aktivaene.⁴⁰ Best illustrert ved eksempel: skyldnerens tilgjengelige dekningsmidler før betalingen utgjør kr 200 000 og skyldneren betaler kr 50 000. Forringelsen utgjør her 25 %. Hvis skyldnerens aktiva er på 2 mill og betalingen fortsatt er på kr 50 000 vil forringelsen være på 2,5 %.

Selv om et beløp er betydelig, vil det ikke alltid resultere i omstøtelse. Dette var tilfellet i Rt. 1999 s. 64 Teamcon⁴¹. Teamco AS overdro rettigheter, inventar og utstyr til Teamcon AS 23. oktober 1992 for 1.700.000. Kjøpesummen skulle etter avtalen nedbetales over fire år med like avdrag. Teamcon AS misligholdt betalingen i både 1993 og 1994. En av årsakene til misligholdet var at selskapet forventet nye kontrakter der man kunne ha behov for økt driftskapital i starten. Elleve måneder før fristdagen betalte Teamcon AS 1,9 mill. til sin nærstående Janas (tidligere Teamco AS). Boet fikk ikke medhold i omstøtelseskravet grunnet at selskapet etter innfrielsen betalte alle fordringer helt frem til konkursåpningen.

Huser skriver at mye tyder på at grensen kan ligge i intervallet 10-25 %, noe Andenæs også er enig i.⁴² Andenæs nevner videre at det kun er snakk om en tommelfingerregel og at den ikke erstatter behovet for en skjønnsmessig helhetsvurdering av det enkelte tilfellet.

³⁹ Huser 1992 s. 317

⁴⁰ Huser 1992 s. 313

⁴¹ Rt. 1999 s. 64 Teamcon Teamcon AS ble stiftet 20. oktober 1992. Selskapet overtok den virksomhet med salg av ingeniør tjenester til oljeindustrien som et annet selskap, Teamco AS tidligere hadde drevet. Rettighetene, inventar og utstyr ble overdratt Teamcon 23. oktober 1992 for 1 700 000 kroner. Etter avtalen skulle Teamcon betale summen over fire år med like store avdrag. Teamcon betalte imidlertid ikke verken i 1993 eller 1994. Først i 1995 betalte Teamcon 1.898.333 kroner til Janas AS(Tidligere Teamco). Boet krevde omstøtelse jf. dekl. § 5-5. Siden dekl. § 5-5 tolkes slik at skyldnerens betalingsevne er det sentrale fikk ikke boet medhold fordi Teamcon var betalingsdyktig helt frem til konkursen ble åpnet.

⁴² Andenæs 2009 s. 326

Ordinærreservasjonen Selv betaling med betydelig beløp er uomstøtelig når den har fremtrådt som ordinær. Forarbeidene definerer ordinær betaling som «betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv.»⁴³ Videre defineres ekstraordinær betaling hvor det heter at «ekstraordinær blir betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter, for eksempel til debtors bankforbindelse eller råstoffleverandør, som har vært forfalt og for så vidt misligholdt i lengre tid.»⁴⁴

De siste årene har innholdet av ordinær reservasjonen vært oppe i Høyesterett flere ganger, hvor alle har tatt utgangspunkt i forarbeidene, noe som gjør at forarbeidene har blitt tolket som om de skulle vært lovtekst.⁴⁵ Jeg nevner her noen av dommene.

Rt. 1993 s. 289 hadde Gamvikfisk AS innbetalt Gamvik kommunen litt over to millioner til dekning av skyldig skattetrekk, fem dager før frisdagen. Selv om «skatter» står oppført som eksempel på løpende utgifter i forarbeidene, ble betalingen omstøtt. Begrunnelsen for at betalingen ikke ble sett på som ordinær var at betalingen gjaldt krav som hadde forfalt for lenge siden.

Høyesterettsavgjørelsen Rt. 1995 s. 222 Direkte Reklame AS gjaldt også innbetalingen av skyldig skattetrekk. Her ble det gjort tre innbetalinger hvor to av dem ble gjenstand for omstøtelse. Begrunnelsen var at kravene hadde forfalt for henholdsvis fire og to måneder siden og ble betalt 14 dager før frisdagen, da selskapet allerede var insolvent og varslet om at konkursen ville bli begjært. Den siste innbetalingen ble ikke omstøtt fordi den ble betraktet som ordinær grunnet den beskjedne forsinkelsen som var på tre uker.

Momenter som kan tillegges vekt ved avgjørelser om en betaling er å anse som ordinær eller ikke, er blant annet *hvor lenge fordringen har vært forfalt*. For jo lenger fordringen har vært forfalt jo mer mistenkelig er det at den blir betalt kort tid forut for konkursåpningen. I rettsavgjørelsen Direkte Reklame AS Rt. 1995 s. 222 har fordringens forfallstid blitt tillagt stor betydning. Tre uker ble ansett som ordinær betaling mens forsinkelsen på to og fire måneder ble ansett som ekstraordinær. Dommen søker også støtte for begrunnelsen, om hvor stor forsinkelse som skal til for at en betaling av forfalt gjeld ikke kan anses som ordinær, i teorien ved å gjengi Kristian Huser sin drøftelse av emnet. Huser mener at forsinkelsen på et

⁴³ NOU 1972:20 s. 292

⁴⁴ NOU 1972:20 s. 292

⁴⁵ Andenæs 2009 s. 327

halvt år klart gjør betalingen ekstraordinær, mens en forsinkelse på to-tre måneder kanskje vil være nok til å anse betalingen som ordinær. Når Høyesterett likevel velger å omstøte disse to kravene, er det fordi selskapet allerede på betalingstidspunktet var klart insolvent og fordi det hadde mottatt skattefogdens konkursbegjæring.

Et annet moment er *arten* av fordringen skyldneren innfrir. Er det snakk om betaling av ytelser som er nødvendige for å holde selskapets virksomhet gående vil det tale for at betalingen er å anse som ordinær og dermed ikke gjenstand for omstøtelse. Et eksempel her er en bensinstasjon hvem sine primære inntekter er salg av drivstoff. Det at en bensinstasjon prioriterer betaling av drivstoffleveransen fremfor andre forfalte krav vil tale for ordinær betaling.

Et tredje moment er om *fordringshaveren* som begunstiges er skyldnerens nærstående eller en ekstern fordringshaver. Det å begunstige en nærstående på bekostning av andre fordringshavere vil jo stride mot likhetsprinsippet og tale for omstøtelse. Som sagt er dette bare et moment og som ikke automatisk slår inn hvis så er tilfellet, men som kan ha betydning ved en helhetsvurdering.

3.5 Omstøtelsesfristen

Etter dekl. § 5-5 kan betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før frisdagen omstøtes. Fristdagen ved konkurs er dagen da den begjæring om konkurs som ble tatt til følge, kom inn til Tingretten jf. dekl. § 1-2. Hva gjelder betaling med annet enn penger vil det ikke bli ansett som foretatt før den har fått rettsvern jf. dekl. § 5-10.

Reglene om omstøtelse av ekstraordinær betaling, samt sikkerhetsstillelse av eldre gjeld og utlegg er av konkurslovutvalget formet som absolutte omstøtelsesregler med frist på tre måneder.⁴⁶ Dekl. § 5-5 annet ledd hjemler en utvidet omstøtelsesadgang av ekstraordinære betalinger til skyldnerens nærstående. Fristen for omstøtelse overfor nærstående er satt til to år.⁴⁷ Hvem som anses som nærstående reguleres av dekningslovens § 1-5. Bestemmelsen er delt opp slik at nummer 1 omfatter «personlig nærstående», mens nummer 2 og 3 omfatter en eller flere juridiske personer. Etter annet ledd kan betalinger som er skjedd mer enn tre

⁴⁶ Ot.prp.nr. 50 1980-81 kapitel om Omstøtning s. 158

⁴⁷ NOU 1972:20 s. 292

måneder og mindre enn to år før frisdagen unngås omstøtt hvis det føres bevis for at skyldneren var solvent da betalingen ble foretatt.⁴⁸

Bakgrunnen for den utvidede omstøtelsesfristen etter annet ledd å avgrense en gruppe av personer eller selskaper som skyldneren er knyttet til. Interesfefellesskapet som foreligger mellom disse danner grunnlag for strengere regler enn overfor andre da det ligger i naturen å begunstige de som er nærstående fremfor de eksterne.⁴⁹

Deknl. § 5-5 tredje ledd inneholder en ytterligere skjerpelse ved at det overfor ektefelle, ugifte samboende eller forlovede gjelder en ubetinget to års frist, uten adgang til å føre insolvensbevis.

4. KOMPARATIV DEL

4.1 Videre fremstilling

Så langt har vi sett på omstøtelsesreglenes historikk, rettskildesituasjon samt hensynene for omstøtelsesreglene. Videre har vi i del 3 sett på vilkårene for omstøtelse som den objektive omstøtelsesregelen deknl. § 5-5 oppstiller. Målet med denne fremstillingen har vært å gi en oversikt over regelen som anses som nødvendig for å forstå den videre fremstillingen.

I denne delen av avhandlingen skal jeg først og fremst i punkt 4.2 gi en generell sammenligning mellom de subjektive og objektive reglene. I punkt 4.3 kommer jeg til å si litt mer om den subjektive omstøtelsesregelen, dens opphav samt endringene bestemmelsen har blitt tilført. Videre vil jeg i punkt 4.4 til 4.10 gå gjennom vilkårene for den subjektive omstøtelsesregelen samtidig som jeg foretar en sammenligning av deknl. §§ 5-9 og 5-5 underveis.

4.2 Generell sammenligning av de objektive og subjektive omstøtelsesreglene

Både subjektive og objektive omstøtelsesreglene har samme formål, nemlig det å motvirke at boet tømmes for aktiva forut for den formelle boåpningen. Videre bygger begge regelsettene på grunnleggende prinsipper i konkursinstituttet- likhets og effektivitetshensynet. Det

⁴⁸ NOU 1972:20 s. 292

⁴⁹ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 140

preventive formålet ivaretas i begge regelsettene. De objektive reglene har muligens en sterkere preventiv funksjon ved at type disposisjoner som er gjenstand for omstøtelse er konkret angitt. Videre har lovgiveren ønsket å fremme en mer effektiv bobehandling. Dette fremheves også i forarbeidene som uttaler at «sett fra boets side er det vesentlig at reglene om omstøtning er klare og gir minst mulig grunnlag for tvist».⁵⁰

Den subjektive regelen i dekl. § 5-9 er preventiv i den forstand at den fanger opp disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene, noe som også er begrunnelsen for dens eksistens, slik at den som eventuelt prøver på en omgåelse av reglene likevel vil risikere omstøtelse når vilkårene i § 5-9 er oppfylt. Den ses på som en generalklausul som tar sikte på å ramme disposisjoner som er utilbørlige og uaktsomme overfor skyldnerens øvrige kreditorer i det enkelte tilfellet.⁵¹ Noen ganger vil det enkelte tilfellet være dekket av de objektive omstøtelsesreglene, men den korte omstøtelsesfristen vil være begrensningen. Ved dekl. § 5-9 sin eksistens unngår man at kreditorskadelige disposisjoner blir stående, fordi den lange omstøtelsesfristen på hele ti år jf. dekl. § 5-9 annet ledd, gir omstøtelsesadgang.

Den objektive omstøtelsesregelen i dekningslovens § 5-5 er objektiv i den forstand at det ikke stilles som vilkår for omstøtelse, at det i det enkelte tilfellet er noe å bebreide den annen part som omstøtelseskravet retter seg mot.⁵² Den subjektive omstøtelsesregelen dekl. § 5-9 skiller seg fra den objektive på den måten at det stilles som vilkår for omstøtelse at det er noe subjektivt å bebreide den annen part som omstøtelseskravet retter seg mot.⁵³ Det kreves at den annen part kjente eller burde kjent til de *forhold* som gjorde disposisjonen utilbørlig.

Objektive omstøtelsesreglene ivaretar behovet for regler som er retts teknisk enklere å praktisere. De er utformet til å ramme visse generelt angitte kategorier av disposisjoner. Den subjektive omstøtelsesregelen § 5-9 inneholder vilkår som medfører et omfattende bevis og tolkningstema. Siden boet er den som har bevisbyrden vil mye av tiden gå med på å skaffe nødvendig bevis som medfører stort ressursforbruk for boet og ikke fullt så effektiv bobehandling. Dermed vil det være en klar fordel for boet å påberope seg de objektive omstøtelsesreglene. Dette vil selvfølgelig ikke være mulig når omstøtelsesfristen ved de objektive reglene er oversittet eller når disposisjonen ikke omfattes av de objektive reglene.

⁵⁰ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 161

⁵¹ Andenæs 2009 s. 289

⁵² Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 170

⁵³ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 170

4.3 Innledning

Den subjektive omstøtelsesregelen «actio Pauliana» stammer opprinnelig fra klassisk romersk rett. Etter denne regelen var det et krav for omstøtelse at skyldneren hadde opptrådt svikaktig i forhold til sine kreditorer og at medkontrahenten hadde medvirket til dette ved å være klar over sviket. Som nevnt i punkt 2.1 var det antatt at en slik regel ikke gjaldt i norsk rett. Den første klare avgjørelsen som bygget på actio Pauliana regelen var Ringen- dommen Rt. 1933 s. 1265.⁵⁴

Utover 1900- tallet skjedde en del forandringer hva gjaldt den opprinnelige læren. Man fjernet seg nå fra kravet om svik hos debitor, slik at det subjektive vilkår nå gjaldt kun den annen part og ikke skyldneren. Tidligere var det et krav at disposisjonen var foretatt av skyldneren. Dette har man også gått bort fra i dag, noe som kan leses ut fra bestemmelsens ordlyd «disposisjoner». Dermed vil disposisjoner foretatt av både skyldneren og medkontrahenten kunne omstøtes så lenge de øvrige vilkår er oppfylt.

Videre støtte man i den opprinnelige regelen på krav om at kreditors opptreden må ha vært «illojal», «utilbørlig» ol.⁵⁵ Dette har man også gått bort fra i dag ved å kreve at disposisjonen objektivt sett er utilbørlig. Et annet viktig endring i dagens bestemmelse er at man ikke lenger stiller som krav at skyldneren var eller ble insolvent ved disposisjonen. Dette kravet har fått en mildere formulering ved at kun kreves at skyldnerens økonomiske stilling «var svak eller ble alvorlig svekket», noe jeg kommer tilbake til under det økonomiske kravet.

Bestemmelsen i dekl. § 5-9 oppstiller i alt fem vilkår som alle må være oppfylt for at omstøtelse skal kunne skje. Vilrårene er følgende:

- 1) Disposisjonskravet
- 2) Dobbeltkravet:
 - a) Utilbørlig
 - b) Ett av de tre alternativene:
 - i. Utilbørlig kreditorbegunstigelse
 - ii. Utilbørlig aktivaunndragelse

⁵⁴ Tjaum 1995 s. 114

⁵⁵ Tjaum 1995 s. 116

- iii. Utilbørlig gjeldsforøkning
 - 3) Tapsrekvistittet
 - 4) Det økonomiske kravet « var svak eller ble alvorlig svekket»
 - 5) Det subjektive kravet « kjente eller burde kjenne til»
 - a) Den vanskelige økonomiske stillingen
 - b) De forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig

4.4 Disposisjonskravet

Det første vilkåret er at det må foreligge en disposisjon, fordi det er den som er gjenstand for omstøtelse. Med disposisjon menes en rettslig forpliktende opptreden.⁵⁶ Siden dekl. § 5-9 har et generelt anvendelsesområde omfatter den disposisjon som nevnt i de objektive omstøtelsesreglene §§5-2 til 5-7, samt andre disposisjoner som faller utenfor de objektive reglene enten innholds- eller tidsmessig. Grunnen til at dekl. § 5-8 *Utlegg* ikke er nevnt ovenfor er fordi det i den juridiske teorien strides om hvorvidt utlegg omfattes av disposisjonskriteriet.⁵⁷

Behov for utlegg vil være når noen har penger til gode, men som ikke får oppgjør for det. Da kan kravet tvangsinnndrives ved utlegg. Utlegg innebærer at den som har et krav kan få sikkerhet i skyldnerens eiendeler. Grunnen til at det strides om hvorvidt utlegg er å anse som disposisjon er fordi skyldneren normalt ikke frivillig har disponert ved en slik tvangsforretning, noe som også ligger i navnet *tvangsforretning*. Huser mener at det neppe kan være tvilsomt at utlegg er disposisjoner i § 5-9's forstand.⁵⁸ Andenæs derimot, som anser spørsmålet for å ha mer teoretisk enn praktisk betydning, mener at utlegg normalt faller utenfor dekl. § 5-9. Begrunnelsen er den at det ikke kan anses som utilbørlig å ta utlegg selv om skyldnerens økonomiske stilling var svak eller blir alvorlig svekket ved utlegget.⁵⁹ Omstøtelse av utleggspant på objektivt grunnlag jf. dekl. §5-8 er ikke basert på en

⁵⁶ NOU 1970:20 s.298

⁵⁷ Andenæs 2009 s. 353

⁵⁸ Huser 1992 s. 474

⁵⁹ Andenæs 2009 s. 354 jf. 296

formodning om illojalitet fra skyldnerens eller fordringshaverens side, slik at det ikke er rom for en formodning om at det er utilbørlig å ta utleggspant i forhold til dekl. § 5-9.⁶⁰

Hvorvidt utlegg skal ses på som disposisjon eller ikke blir det ikke noe videre enighet om. Et moment som taler for at også utlegg skal ansees som disposisjon er begrunnelsen for dekl. §5-9's dannelse, nemlig det at den skal supplere de objektive omstøtelsesreglene som bare omfatter snevert definerte disposisjoner.⁶¹

En annen begrunnelse for å anse utlegg som disposisjon er for å unngå forskjellsbehandling blant kreditorer. En mulig situasjon kan tenkes hvor en kreditor forstår at konkurs står for døra og skaffer seg pant i form av utlegg. For å unngå at utlegget blir gjenstand for omstøtelse inngår han avtale med skyldneren om ikke å begjære oppbud før den ordinære omstøtelsesfristen er utløpt eller om han gir ukorrekte opplysninger til en annen kreditor om skyldnerens økonomi slik at heller ikke denne begjærer konkurs. Her vil det være mer prosessbesparende å kreve omstøtelse ved å påberope seg dekl. § 5-9 enn å gå veien om alminnelige erstatningsregler.

Videre er det viktig å trekke grensen mot at rent faktiske handlinger og unnlaterer ikke gir grunnlag for omstøtelse. Denne avgrensningen er gjort i forbindelse med gavebegrepet jf. dekl. § 5-2, men samme synspunkter vil gjelde også ved disposisjons tolkning i forbindelse med dekl. § 5-9. Eksempel på rent faktiske handlinger som ikke er gjenstand for omstøtelse vil være hvor A river et bygg på tomten sin som stenger for B's utsikt. I praksis vil dette innebære et økonomisk tap for A og en vinning for B.⁶² Omstøtelse vil her ikke kunne skje.

I følge forarbeidene vil imidlertid passiviteten kunne oppfattes som en bindende disposisjon.⁶³ Setningen er noe uklar men Huser tolker det dithen at omstøtelse vil kunne skje hvis det avtalerettslig foreligger et bindende passivitet.⁶⁴ Et eksempel på slikt tilfellet vil være når skyldneren ved passivitet lar være å gjøre krav på en fordring slik at den foreldes. Boet vil da kunne kreve omstøtelse. Imidlertid vil en fordringshaver kunne bli ansvarlig for skade på skyldnerens eiendeler ved faktiske handlinger eller unnlaterer etter alminnelige erstatningsregler.⁶⁵

⁶⁰ Andenæs 2009 s. 354

⁶¹ Ot.prp.nr. 50 s. 170

⁶² Andenæs 2009 s.

⁶³ NOU 1972:20 s. 298

⁶⁴ Huser 1992 s. 478

⁶⁵ Andenæs 2009 s. 353

Hva gjelder de objektive omstøtelsesreglene er disse begrenset til de positivt oppregnede kategorier av kreditorskadelige og presumptivt illojale disposisjoner. Bakgrunnen er de retts tekniske hensyn som gjør at reglene er lettere å praktisere og mer prosessbesparende. Sammenlignet med de subjektive omstøtelsesreglene har de objektive omstøtelsesregler en fordel ved at type disposisjoner som er gjenstand for omstøtelse er konkret angitt og gir en veiledning på hvorvidt det kan sies at det foreligger en rettslig bindende opptreden.

Disposisjonsalternativene dekl. § 5-9 oppstiller: disposisjoner som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning, unndrar skyldnerens midler fra å tjene til dekning for fordringshaverne og som forøker skyldnerens gjeld til skade for fordringshaverne, vil i stor grad være sammenfallende med de tre former for ekstraordinær betaling som oppstilt i dekl. § 5-5. Bakgrunnen for dette er likhetshensynet konkursinstituttet opererer med. Denne søker å forhindre at enkelte kreditorer blir begunstiget på bekostning av andre kreditorer. Hvis slike disposisjoner har blitt foretatt til skade for andre fordringshavere, vil omstøtelsesreglene slå inn som siste forsvarslinje og gjenopprette den skade som har skjedd. Betaling med usedvanlig betalingsmiddel etter dekl. § 5-5 første ledd, vil kunne sammenlignes med disposisjonen som begunstiger en fordringshaver på bekostning av andre, slik tilfellet var i Skattlanddommen Rt. 2008 s. 1170. Samme vil være når en skyldner betaler før normal betalingstid. Gjør han det vil han begunstige en fordringshaver på bekostning av andre slik som § 5-9 søker å forhindre. Likhetshensynet skinner gjennom begge regelsettene hva gjelder spørsmålet hvilke disposisjoner som rammes, bare at formuleringen er noe annerledes. Den er mer spesifikk i de objektive reglene mens den er mer generell i den subjektive noe som også har vært hensikten ved reglenes utforming.

Hva gjelder disposisjon og de objektive omstøtelsesreglene er de begrenset til å gjelde disposisjoner som skyldneren har foretatt. Den subjektive omstøtelsesregelen dekl. § 5-9 vil imidlertid også ramme disposisjoner foretatt av en fordringshaver.⁶⁶

4.5 Dobbeltkravet

Det andre vilkåret som må være oppfylt for at en disposisjon skal kunne omstøtes er at disposisjonen må være foretatt på en «utilbørlig måte».⁶⁷ Bestemmelsen angir tre typer

⁶⁶ NOU 1972:20 s. 298

⁶⁷ Ot.prp.nr 50 1980-81 s. 170

disposisjoner som vil kunne være gjenstand for omstøtelse: *disposisjon som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning, disposisjon som unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller disposisjon som forøker skyldnerens gjeld til skade for dem.*

Selv om det aktuelle tilfellet faller inn under en av de tre angitte disposisjonstypene vil ikke omstøtelse inntre automatisk. I tillegg kreves det at den aktuelle disposisjonen har skjedd på en utilbørlig måte. Det oppstilles et slags dobbeltkrav om utilbørlige disposisjoner av en nærmere bestemt type.⁶⁸

Dobbeltkravet i dekl. § 5-9 kan sammenlignes med ordinærreservasjonen etter dekl. § 5-5. Etter dekl. § 5-5 vil en betaling ikke være gjenstand for omstøtelse når den likevel fremstår som ordinær. Samme vil gjelde ved anvendelsen av dekl. § 5-9, selv om en disposisjon begunstiger en kreditor på bekostning av de øvrige, unndrar skyldnerens midler fra å tjene til dekning eller forøker skyldnerens gjeld, vil den ikke være kvalifisert for omstøtelse så lenge den ikke har blitt til på en utilbørlig måte. Et tilfelle hvor disposisjonen ikke ble kvalifisert som utilbørlig har vi i Rt. 1994 s. 792. En investor (CBK) hadde skutt inn friskt kapital i et selskap (Comdel). Det innbetalte beløpet ble brukt til nedbetaling av kassekreditten Comdel hadde hos CBK. Denne disposisjonen ble ikke ansett for å være utilbørlig grunnet forholdet CBK og Comdel hadde i en lengre tidsperiode. CBK ble av Høyesterett regnet for å ha trodd at Comdel ville klare seg ved tilførsel av ny kapital med den forutsetning at banken skulle føre stram kontroll samt at en ny investor ville være på plass innen rimelig tid. Høyesterett kom frem at det ikke forelå noe illojalt i det.

4.5.1 Utilbørlig

Utilbørlighetsvilkåret er et objektivt vilkår.⁶⁹ Grunnen til det er at det klart fremgår av dekl. § 5-9 at det er den aktuelle disposisjonen som på en utilbørlig måte må begunstige en kreditor eller forringe boets aktiva.⁷⁰ Det er selve disposisjonen som er utilbørlig som sådan og ikke det at den annen part har opptrådt utilbørlig. Bestemmelsen oppstiller et skille mellom disposisjonens utilbørlighet på den ene siden og den begunstigedes parts uaktsomhet på den annen side, noe jeg kommer tilbake til senere under drøftelsen av det subjektive vilkåret. En

⁶⁸ Huser 1992 s. 483

⁶⁹ NOU 1972:20 s. 297-298

⁷⁰ Huser 1992 s. 494

viktig bemerkning her er at en og samme moment vil kunne være av betydning både ved utilbørlighetsvurderingen som ved uaktsomhetsvurderingen.⁷¹

Med ordlyden «utilbørlig» siktes til at ikke alle de angitte disposisjonsalternativer vil være gjenstand for omstøtelse. Utilbørlighetsvilkår søker å fange opp disposisjoner som etter en nærmere vurdering er klart kritikkverdige.⁷² Dette kreves ikke etter de objektive omstøtelsesreglene, vårt tilfelle dekl. § 5-5. Etter § 5-5 vil disposisjonen kunne være gjenstand for omstøtelse, selv om den ikke er å anse som klart kritikkverdig. Grunnen til det er at en disposisjon etter de objektive omstøtelsesregler, antas å være illojal og bygger på ond tro hos medkontrahtenten, grunnet disposisjonsinnholdet og den korte tiden før boåpningen som disposisjonen har blitt foretatt på.

Hva som er å anse som utilbørlig vil variere fra tid til tid. Grunnen til det er at utilbørlighetsvilkåret er en *rettslig standard*. Med rettslig standard menes at det i regelen er innebygget en fleksibilitet ved at regelen vil endre seg i takt med samfunnsforholdene.⁷³ Dette understrekes også av forarbeidene som sier at utilbørlighetskriteriet:

«gjør det mulig og nødvendig for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kreditorforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg».⁷⁴

Utilbørlighetskriteriet etter dekl. § 5-9, som er en rettslig standard kan sammenlignes med ordinærreservasjonen som er oppstilt i dekl. § 5-5. Etter dekl. § 5-5 vil en disposisjon som faller inn under et av de tre alternativene jf. bestemmelsens første ledd, ikke være gjenstand for omstøtelse når disposisjonen likevel fremtrådte som ordinær. Altså selv om en skyldner har betalt med midler som enten er usedvanlige eller forringer skyldnerens betalingsevne vil disposisjonen ikke være gjenstand for omstøtelse så lenge den fremstår som ordinær.

Når det i forarbeidene står at utilbørlighetsvilkåret vil ramme disposisjoner som *etter en nærmere vurdering i det enkelte tilfellet* er klart kritikkverdige, peker det på at det må tas en helhetsvurdering av disposisjonen, hvor individuelle og konkrete omstendigheter skal legges til grunn.⁷⁵ Det samme vil gjelde ved avgjørelsen om en disposisjon fremstår som ordinær jf. § 5-5. Avgjørelsen om en disposisjon fremstår som ordinær er veldig skjønnspreget og

⁷¹ Andenæs 2009 s. 356

⁷² NOU 1972:20 s. 297

⁷³ Huser 1992 s. 464

⁷⁴ NOU 1972:20 s. 297

⁷⁵ Huser 1992 s. 500

vurderes utfra en konkret og individuell helhetsvurdering hvor en legger vekt på momenter som lokale, bransjemessige eller geografiske forhold samt forholdet mellom skyldneren og fordringshaveren.⁷⁶

Et annet moment som styrker synet på ordinærreservasjon jf. § 5-5 som rettslig standard er at bestemmelsen bruker fortidsformen «fremtrådte». Denne formuleringen peker i retning av at det er forholdene på betalingstidspunktet som skal legges til grunn ved vurderingen og ikke rettsanvendelsestidspunktet.⁷⁷ Ut fra dette forstås at regelen for hva som fremstår som ordinært vil endre seg i takt med samfunns og kreditt- forholdene. Det samme vil gjelde ved utilbørighetsvurderingen i dekl. § 5-9 hvis formulering er fortidsform « de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig».

Hvorvidt en disposisjon er å anse som utilbørlig vil kunne avgjøres ved hjelp av en interesseavveining. Interesser som skal tas i betraktning er kreditorens, medkontrahentens og samfunnets. Et eksempel hvor omstøtelse vil kunne skje er hvor en disposisjon foretatt av en kreditor strider mot næringslivets etablerte praksis, slik at næringslivets interesser veier tyngre og kreditors interesser ikke er sterke nok til å opprettholde disposisjonen.

Et annet moment som vil kunne gi veiledning om hvorvidt en disposisjon er omstøtelig eller ikke, er straffereglene. Straffeloven av 1902 § 287 annet ledd setter straff for bruk av «utilbørlige trusler eller andre utilbørlige midler for å få skyldneren til å betale eller stille sikkerhet». Hvis en disposisjon er foretatt under sterk press og overtalelse fra den annen part vil det tale for omstøtelse. Dette var tilfellet i Rt. 1933 s. 1265 Ringen-dommen. Banken hadde presset Ringen til å selge villaen, vel og merke til underpris, samt motorbåten for å få dekning for sine krav. Høyesterett mente at det forelå «særegne omstendigheter» og at banken ved sin positive tilskyndelse har opptrådt «rettstridig».

Om betaling er skjedd med skyldnerens vanlige betalingsmidler eller midler som er skaffet på en irregulær måte vil også være av betydning ved utilbørighetsvurderingen. Ringen dommen er et godt eksempel også her, fordi betalingsmidler ble skaffet på en rettstridig måte og taler for omstøtelse av disposisjonen.

Hvem som begunstiges ved disposisjonen vil også være av betydning ved utilbørighetsvurderingen. Er det skyldnerens nærstående som begunstiges på bekostning av

⁷⁶ Huser 1992 s. 274

⁷⁷ Huser 1992 s. 298

andre vil det lettere tale for at utilbørighet foreligger. Dette gjør seg særlig gjeldende hvor skyldneren er et selskap som dekker ledelsens eller hovedaksjonærens fordringer på bekostning av andre fordringshavere. Dette var tilfellet i Rt. 1966 s. 636. Aksjeselskapet Vesta AS ble stiftet av en bank for å fortsette driften av en skofabrikk. Banken fikk forlagspant for 400 000 kroner i fabrikkens varebeholdning til sikkerhet for tidligere gjeld og for senere utbetalinger på kassekreditten. Problemet her var at hele styret i Vesta AS bestod av personer som også satt i styret i banken, slik at banken egentlig var både debitor og kreditor. Høyesterett uttalte her at de stilles en særlig aktsomhets og lojalitetsplikt, noe banken ikke overholdt slik at disposisjonen måtte omstøtes.

Tidsforløpet er også av betydning ved vurderingen. Går det lang tid mellom disposisjonens tilblivelse og til økonomien bryter sammen, vil det mistenkelige ved disposisjonen blekne litt slik at det vil være vanskeligere å bevise at disposisjonen ble til på en utilbørlig måte. Viktig å foreta en konkret vurdering av forholdet fordi noen kreditorer kan medvirke til å holde liv i et selskap for sin egen del. Kort tid mellom disposisjonen og det økonomiske sammenbruddet vil derimot være et skjerpene moment som vil kunne tale for omstøtelse av disposisjonen.

4.5.1.1 Utilbørlig kreditor begunstigelse

Disposisjonsalternativene dekl. § 5-9 angir er veldig generelt formulert. Dette har også vært hensynet med regelens dannelse, nettopp det å fange opp utilbørlige disposisjoner som ikke dekkes av de objektive omstøtelsesreglene. Dette vil være en positiv konsekvens for boet fordi nye og smarte varianter vil kunne rammes.⁷⁸

Den første type disposisjon bestemmelsen oppstiller er såkalte *kreditorbegunstigende disposisjoner*. Kjennetegnet er at de begunstiger en fordringshaver på bekostning av andre. Kreditorbegunstigelse vil typisk skje ved at skyldneren betaler gjeld eller stiller sikkerhet for eldre gjeld. Spørsmålet om en disposisjon er omstøtelig eller ikke, vil kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesregler eller på grunnlag av den foreliggende rettspraksis.⁷⁹ De objektive omstøtelsesregler oppstiller typer disposisjoner som det presumeres innebærer en utilbørlig kreditorbegunstigelse. Denne presumpsjonen vil også ha betydning i forhold til § 5-9. Hvis en disposisjon etter sitt innhold ville blitt rammet av dekl.

⁷⁸ Huser 1992 s. 485

⁷⁹ NOU 1972:20 s. 297

§ 5-5 dersom den hadde vært foretatt innenfor tre måneders fristen som § 5-5 fastsetter, vil den etter alminnelig formodning også være utilbørlig kreditorbegunstigelse etter § 5-9.

Et eksempel fra rettspraksis hvor betaling med usedvanlig betalingsmiddel ble omstøtt på subjektivt grunnlag er Rt. 1986 s. 681 Norway Cup- dommen: Jørgen Bryhn som drev et matvarefirma fikk kontrakt om levering av ferdigmat til fotballturneringen Norway Cup i Oslo. For å kunne gjennomføre kontrakten fikk han innvilget ny kreditt hos Sparebanken Hedmark på den betingelse at pengekravet på Norway Cup skulle tjene som sikkerhet. 19. august 1982 ble oppgjøret fra Norway Cup sendt til banken, som anvendte det mottatte beløpet ikke bare til nedbetaling av sine krav i forbindelse med den nye kreditten men også til betaling av andre forfalte krav banken hadde mot Bryhn. Høyesterett uttalte her at det var enighet om at de objektive omstøtelsesreglene ikke får anvendelse her fordi handlingene ikke lå innenfor omstøtelsesfristen slik at neste spørsmål var om den subjektive omstøtelsesregelen fikk anvendelse. Boet fikk medhold i sitt omstøtelseskrav hva gjaldt nedbetaling av andre krav enn finansiering av leveransen.

Selv om de objektive reglene vil være en god veiledning ved utilbørlighetsvurderingen foreligger det ingen automatikk i dette. Retten må uansett foreta en konkret helhetsvurdering.⁸⁰ Det at den aktuelle disposisjon rammes av en objektiv omstøtelsesregel vil likevel være et tungtveiende moment.

Hvis en disposisjon faller utenfor de objektive omstøtelsesreglene vil det ofte kunne tale for at den ikke er utilbørlig etter § 5-9 heller. Rt. 1969 s. 624 Hamar Auto II er et eksempel på det. Høyesterett kom frem til at den betalingen som skjedde var med sedvanlig betalingsmiddel og på sedvanlig måte slik at daværende konkurslovens § 44 (§5-5) ikke fikk anvendelse. Videre uttalte Høyesterett at samme begrunnelsen også er avgjørende på boets krav på erstatning på subjektivt grunnlag. Omstøtelseskravet ble her avskåret etter både §§ 5-5 og 5-9.

Det samme vil kunne skje hvis rekkefølgen er omvendt. Kreves omstøtelse prinsipalt etter § 5-9 og subsidiært etter § 5-5 vil omstøtelse kunne avskjæres etter § 5-5 også hvis den ikke er å anse som utilbørlig etter § 5-9. Et eksempel på dette er Rt. 2001 s. 1136 Kjells Markiser. Boet krevde omstøtelse prinsipalt på grunnlag av § 5-9 og subsidiært etter § 5-5. Når Høyesterett kom frem til at samtlige betalinger ikke var av utilbørlig karakter etter § 5-9, fordi de var skjedd til avtalt tid og på avtalt måte, fant Høyesterett det ikke nødvendig å foreta en ytterligere vurdering i forhold til § 5-5.

⁸⁰ RG 2006 s. 8

Selv om de objektive reglene gir god veiledning på hvorvidt en disposisjon skal anses som utilbørlig eller ikke vil ikke disposisjoner som faller utenfor de objektive reglene være avskåret fra omstøtelse. Betalinger etter § 5-5 som betydelig forringer skyldnerens betalings evne vil kunne stå seg i konkurs etter § 5-5 fordi betalingen ikke er betydelig, men vil kunne omstøtes etter § 5-9 fordi det etter denne bestemmelsen kun kreves at skyldnerens økonomi var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Det økonomiske kravet er ikke like strengt i § 5-9 som i § 5-5. Noe Høyesterettspraksis på dette området finnes ikke. RG. 2009 s. 129 Landheim Veveri er derimot et eksempel på dette tilfellet. Det ble her gjort to betalinger til to fordringshavere på 200 000 (en forringelse på 5,6 %) og 124 000 kroner. Omstøtelse ble krevd på grunnlag av §§ 5-5, hvor boet mente at vilkåret om at betalingen forringet skyldnerens evne betydelig var oppfylt og 5-9. Som vi har sett i dekl. § 5-5 nr. 3 antas det at betalingsevnen er forringet med en prosentsats i intervallet 10-25 %. Ingen av betalingene ble ansett som betaling som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne. Derimot ble betalingene omstøtt på subjektivt grunnlag jf. dekl. § 5-9.

4.5.1.2 Utilbørlig aktivaunndragelse

Disposisjoner som unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning er en boforringende disposisjon. Dette skjer i form av aktivaunndragelser.

Det typiske eksemplet på slike disposisjoner er gaver fra skyldneren.⁸¹ Skyldneren overfører eiendomsretten til et aktivum til andre. Andre eksempler vil være hvor en fordringshaver kjøper skyldnerens eiendeler til underpris eller betaler en annens gjeld. Et noe mer spesielt tilfelle som nevnes i forarbeidene er hvor debitor plasserer midlene på en slik måte at de formelt eller reelt blir unndradd fra normal gjeldsforfølgning.⁸² Eksemplet her er at skyldneren selger fast eiendom mot å få føderåd av kjøperen.⁸³ Utilbørlig unndragelse vil også omfatte oppkjøp av debtors eiendeler når kjøperen vet at skyldneren er insolvent og planlegger å flykte ut av landet.⁸⁴

⁸¹ NOU 1972:20 s. 298

⁸² NOU 1972:20 s. 298

⁸³ Andenæs 1992 s. 363

⁸⁴ NOU 1972:20 s. 298

En annen form for aktivaunndragelse er hvor skyldneren forstikker, forbruker eller ødelegger aktiva.⁸⁵ Et eksempel på forbruk vil være når skyldneren forstår at konkurs står for døra slik at de siste midlene han har, brukes til en luksusreise for han selv og ektefellen. Spørsmålet er da om dette kan kreves omstøtt av reisebyrået. Huser mener her at omstøtelse i dette tilfellet absolutt kan tenkes.⁸⁶

Utilbørlig aktivaunndragelse vil ikke være så relevant i forhold til deknl. § 5-5. Grunnen til det er at deknl. § 5-5 hovedsakelig handler om betaling av gjeld. Som forarbeider nevner vil det typiske eksemplet på utilbørlig aktivaunndragelse være gaver fra skyldneren eller hvor skyldneren forstikker, forbruker eller ødelegger aktiva. Slik sett har deknl. § 5-9 større betydning hva gjelder aktivaunndragelse enn den objektive regelen i deknl. § 5-5 har. Muligheten for å ramme disposisjoner som unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne vil med andre ord være bedre ivaretatt gjennom den subjektive regelen.

4.5.1.3 Utilbørlig gjeldsforøkning

Det tredje alternativet, *disposisjoner som forøker skyldnerens gjeld til skade for dem*, er også en boforringende disposisjon. Både den juridiske teorien og forarbeidene er knappe på tolkningen av dette disposisjonstilfellet. I henhold til forarbeidene vil dette først og fremst ramme gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag.⁸⁷ Eksemplet her er at en skyldner kausjonerer eller helt overtar gjelden for en tredjemann.⁸⁸

Noe nyere avgjørelser på dette området finnes ikke. Rt. 1932 s. 522 illustrer imidlertid det nevnte eksemplet. Et aksjeselskap påtok seg et vekselansvar på to millioner for å støtte selskapets hovedaksjonær og indirekte støtte Handelsbanken som var i vanskeligheter. Vekselansvar er ansvar for betaling av en vekselsum. I følge vekselloven § 47 er de som blant annet har akseptert en veksel solidarisk ansvarlige overfor vekselinnehaveren. Vekselansvaret ble aktuelt slik at det selskapet som påtok seg vekselansvaret gikk konkurs noen år senere som følge av denne disposisjonen. Boet fikk ikke medhold i omstøtelseskravet fordi Høyesterett ikke anså insolvensen som følge av vekselansvaret. Denne avgjørelsen er ikke av betydning i

⁸⁵ Huser 1992 s. 488

⁸⁶ Huser 1992 s. 488

⁸⁷ NOU 1972:20 s. 298

⁸⁸ NOU 1972:20 s. 298

dag, fordi en slik disposisjon helt klart hadde vært ansett for å ha svekket skyldnerens økonomiske stilling.

Som sagt i foregående avsnitt vil den foretatte disposisjonen i dag i Rt. 1932 s. 522 være ansett for å ha svekket skyldnerens økonomiske stilling. Dette kan sammenlignes med dekl. § 5-5 tredje alternativ hvor skyldnerens betalingsevne blir betydelig forringet ved betalingen. Med betydelig forringet betalingsevne menes at skyldneren kommer i en insolvenslignende situasjon og ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser ettersom de forfaller. Skyldnerens betalingsevne vil også være betydelig forringet når han overtar gjelden for en tredjemann. Si at en skyldner overtar gjelden til en av sine nærstående slik at hans egen gjeld økes ytterligere og kommer til skade for de øvrige kreditorer. Dette tilfellet vil også kunne rammes av dekl. § 5-7 når det er foretatt innen omstøtelsesfristen, men også av dekl. § 5-9 når fristen er oversittet.

4.6 Tapsrekvisittet

Etter dekl. § 5-9 kreves at den foretatte disposisjonen må ha vært «til skade for dem». Med dette menes at kreditorene ved boet er blitt påført et økonomisk tap som følge av den foretatte disposisjonen. Det at boet er påført et økonomisk tap innebærer at midlene som opprinnelig skulle tjene til dekning for kreditorene, har blitt redusert.⁸⁹

Hva gjelder den objektive omstøtelsesregelen dekl. § 5-5, stiller den ikke som vilkår at kreditorene har blitt påført et økonomisk tap som følge av den foretatte disposisjonen, slik den subjektive omstøtelsesregelen gjør. Omstøtelse etter dekl. § 5-5 vil kunne skje når skyldnerens disposisjon er av den art som loven angir, uansett om den fører til tap for boet eller ikke.⁹⁰ Innføring av tapsvilkåret var foreslått lovfestet da man foretok en etterkontroll av konkursreformen.⁹¹ Forslaget ble imidlertid avvist av departementet.⁹² Begrunnelsen var at de fleste disposisjoner som kreves omstøtt har påført de øvrige kreditorene tap, slik at tapsspørsmålet kun vil oppstå i et begrenset antall tilfeller. Videre er de objektive reglene utformet slik at de er retts teknisk enkle å anvende noe som også styrker effektivitetshensynet, som konkursinstituttet bygger på. En innføring av tapsrekvisittet i de objektive

⁸⁹ Huser 1992 s. 548

⁹⁰ Huser 1992 s. 124 jf. fotnote nr. 241

⁹¹ NOU 1993:16

⁹² Ot.prp.nr. 26 1998-99 s. 153

omstøtelsesreglene ville etter departementets syn virke mer prosesskapende og vanskeligere å praktisere.⁹³

For å finne ut om det foreligger et økonomisk tap må en sammenligne den økonomiske situasjonen før og etter den foretatte disposisjonen. Foreligger det en negativ differanse etter slik sammenligning vil resultatet være økonomisk tap for boet og vilkåret vil være oppfylt. Boet kan da kreve dette tapet erstattet slik at boet kommer i den samme økonomiske stillingen som den var i før disposisjonens foretagelse.

Det er viktig å poengtere at tapsrekvisittet innebærer kun nettoeffekten av disposisjonen. Er det slik at skyldneren kun foretar en ombytting av aktiva vil det bare oppstå en verdi reduksjon i og med de nye aktivaene er mindre verdt enn de gamle. Samme vil være tilfellet hvis skyldneren foretar et ordinært kjøp/ salg til markedspris. Noe videre tap kan ikke fastslås her fordi penger vil være byttet i en vare tilsvarende verdi og omvendt.

En fordringshaver som har panterett i ett objekt vil kunne motta full betaling uten å risikere at denne blir omstøtt, på den betingelse at det innbetalte beløp medfører en tilsvarende reduksjon av hans pantekrav.⁹⁴ Dette er et unntak fra hovedregelen i deknl. § 2-2 som bestemmer at fordringshaverne kan ta dekning «i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren» når ikke annet er fastsatt ved lov. En fordringshaver som har en panterett har med andre ord en separatistrett slik at han ved en eventuell konkurs vil gå foran de usikrede fordringshaverne.

Hvis en fordringshaver har factoringpant jf. Panteloven § 4-10 vil denne stå seg i konkurs når fordringshaveren har tiltrådt pantet ved å overta adgangen til å motta og inndrive fordringene og underrette kundene om dette. Factoringpant er når en næringsdrivende bruker et finansieringsselskap til å administrere og inndrive sine kundefordringer og som da får pant i fordringene. I Rt. 2001 s. 1136 Kjells Markiser- dommen hadde Gjensidige NOR Sparebank blant annet factoringpant i kundefordringer. Bedriften- Kjells Markiser hadde plikt til å la betalingen for alle sine kundefordringer gå inn på kassekredittkontoen den hadde hos banken. Spørsmålet var om innbetalingene til kassekredittkonto kunne anses som en form for tiltredelse av pantet, slik at omstøtelse ville være avskåret. Factoringpantavtalen var i samsvar med hva som er vanlig praksis ved factoringpant, nemlig at bedriften inntil videre beholder rådigheten over kravene. Bare dersom gjelden overfor banken misligholdes eller banken av andre grunner ønsker å foreta direkte innkreving av kravene, kan banken kreve at rådigheten

⁹³ Ot.prp.nr. 26 1998-99 s. 153

⁹⁴ Andenæs 2009 s. 365

går over. Overgangen skjer ved at banken selv overtar adgangen til å motta og inndrive kravene og debitorerne skal underrettes om dette. Dett var ikke tilfellet i denne saken. Høyesterett mente her at banken fortsatt var på sikringsstadiet slik at omstøtelse ikke var avskåret.

Vilkåret «til skade for dem» vil heller ikke være oppfylt hvor skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket da disposisjonen ble foretatt, men hvor skyldneren i ettertid har fått økonomien på riktig vei, inntil en eventuell konkurs inntrådte. Mellomkommende forbedring avskjærer vanligvis omstøtelsesadgangen. Det gjelder et krav om årsakssammenheng mellom den utilbørlige disposisjonen og fordringshavernes tap og denne sammenhengen brytes hvis skyldneren i mellomtid er på opptur økonomisk sett.⁹⁵

Et spørsmål som har vært oppe til diskusjon er om betaling som finansieres ved trekk på skyldnerens negative kassekredittkonto medfører tap for boet. Når en skyldner trekker fra kassekreditten kan det likestilles som om han betaler med likvide midler og dermed begunstiger betalingsmottakeren på bekostning av øvrige fordringshavere. I Rt. 2001 s. 1136 Kjells Markiser dommen, hadde banken blant annet factoringpant i kundefordringer. Factoringpant er når en næringsdrivende bruker et finansieringsselskap til å administrere og inndrive sine kundefordringer. For at slik pant skal stå seg i konkurs må banken ha tiltrådt pantet ved og selv overta adgangen til å motta og inndrive kravene og debitorerne skal underrettes om dette. Bankens tiltrådte ikke pantet slik som forskrevet og omstøtelse kunne skje. Hva gjaldt gjeldsnedbetaling ved å trekke ytterligere på en negativ kassekreditt mente banken at det kun var snakk om ompostering av et gjeldsbeløp. Høyesterett godtok ikke dette jf. Rt. 1995 s. 250 og Rt. 1995 s. 222 hvor det har blitt gitt uttrykk for at gjeldsnedbetaling ved trekk på negativ kassekreditsaldo kan være til skade for de øvrige kreditorer og således omstøtelig. Dette i tråd med synspunktene til Thor Falkanger som foretar en nærmere analyse av dommen.⁹⁶

4.7 Det økonomiske kravet «var svak eller ble alvorlig svekket»

Hovedregelen i de objektive omstøtelsesreglene er at det ikke stilles som vilkår at skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Grunnen til at man

⁹⁵ Andenæs 2009 s. 366

⁹⁶http://www.idunn.no/ts/lor/2002/0910/kjells_markiser_en_hoyesterettsdom_om_kassekreditt_pant_og_omstotelse_-_rt

ikke har et slikt vilkår i de objektive reglene er fordi man har søkt å ivareta behovet for regler som er retts teknisk enklere å praktisere. Unntak fra hovedregelen har vi i deknl. § 5-5 første ledd tredje alternativ. Denne regelen fantes ikke i kkl. av 1863, slik at omstøtelse måtte skje på subjektivt grunnlag. Etter denne bestemmelsen vil betaling med beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne være gjenstand for omstøtelse. Den svekkede betalingsevnen i deknl. § 5-5 kan likestilles med betalingsudyktigheten i kkl. § 61. Dette vilkåret peker i samme retning som det økonomiske vilkåret i deknl. § 5-9. Et eksempel på at omstøtelse ikke vil kunne skje fordi skyldnerens betalingsevne ikke ble svekket ved disposisjonen har vi i Rt. 1999 s. 64 Teamcon. Boet fikk ikke medhold i omstøtelseskrevet fordi selskapet klarte å betale alle fordringer helt frem til konkursåpningen.

Et annet unntak fra hovedregelen har vi i deknl. § 5-5 annet ledd. Denne hjemler en utvidet omstøtelsesadgang av ekstraordinære betalinger til skyldnerens nærstående. Etter denne bestemmelsen vil en disposisjon kunne omstøtes dersom det ikke bevises at skyldneren var utvilsomt solvent da betalingen skjedde. Regelen åpner her for en bevisføring sammenfallende med det økonomiske vilkåret i deknl. § 5-9.

Den subjektive omstøtelsesregelen § 5-9 stiller som vilkår at skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Formuleringen «var svak eller ble alvorlig svekket» forstås som et lavere krav til graden av skyldnerens økonomiske problemer enn insolvensbegrepet i kkl. § 61. Lovens vilkår vil med andre ord være oppfylt selv om insolvens ikke foreligger. Det vil være tilstrekkelig at skyldneren er eller kommer i en insolvenslignende økonomisk stilling.⁹⁷ Formuleringen var et bevisst valg av departementet grunnet ønsket om en enklere håndheving av reglene.⁹⁸ Det retts tekniske hensyn er tillagt betydning også ved utformingen av deknl. § 5-9.

Deknl. § 5-9 operer med to alternative økonomiske vilkår. Det første er at skyldnerens økonomiske stilling var svak da disposisjonen ble foretatt. Hvis så er tilfellet vil vilkåret klart være oppfylt. Vilåret vil også være oppfylt hvor skyldnerens gjeld overstiger skyldnerens aktiva (insuffisiens). Samme vil være i tilfellet hvor skyldneren er illikvid. Når han ikke klarer å oppfylle forpliktelser ettersom de forfaller likestilles det med insolvenslignende situasjon.⁹⁹

⁹⁷ Andenæs 2009 s. 355

⁹⁸ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 171

⁹⁹ Andenæs 2009 s. 355

Når det i bestemmelsen heter «ved disposisjonen» må rettsverntidspunktet være avgjørende også her jf. dekl. § 5-10. Etter denne vil en disposisjon ikke anses som foretatt før rettsvern ved tinglysning eller annen sikringsakt er iverksatt. I Reksten-dommen Rt. 1988 s. 1327 la retten til grunn at Reksten var solvent da gaveløftet ble gitt i 1972, og ble insolvent i løpet av 1974, før gaven ble fullbyrdet. Insolvensen på fullbyrdelsestidspunktet ble betraktet som avgjørende og gaven ble omstøtt.

4.8 Det subjektive kravet «kjente eller burde kjenne til»

Det siste vilkåret for omstøtelse etter dekl. § 5-9 er at den annen part «kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Det såkalte «skyldkravet».¹⁰⁰ Slik krav om skyld kreves ikke i dekl. § 5-5. Skyldkravet kan skape bevisproblemer for boet, blant annet fordi disposisjoner som kreves omstøtt vil ha skjedd lang tid i forveien før konkurs. Så hvis krav om skyld hos den annen part skulle vært innført i de objektive omstøtelsesreglene ville de ha mistet mye av sin virkning, nettopp det at de skal være enkle å anvende for boet og bidra med til å effektivisere bobehandling.

Begrunnelsen for den subjektive bestemmelsens innhold av det subjektive vilkåret må ses på bakgrunn av den vide anvendelsesadgangen bestemmelsen har.¹⁰¹ Det subjektive vilkåret vil være med på å luke ut og ramme kun de disposisjonene hvor den annen part ikke har vært i god tro ved at det må foretas en konkret helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet.

Etter den romerske tradisjonen krevde man at det forelå svik på skyldnerens side og at medkontrahenten skulle ha vært klar over dette og for så vidt ha medvirket til sviket.¹⁰² Siden det er den annen part som rammes av omstøtelsen er det dennes onde tro som skal legges til grunn, slik at skyldnerens subjektive forhold er irrelevant i dag.¹⁰³

¹⁰⁰ Huser 1992 s. 555

¹⁰¹ Andenæs 2009 s. 367

¹⁰² NOU 1972:20 s. 298

¹⁰³ NOU 1972:20 s. 298

Når det i bestemmelsen heter at den annen part *kjente* til de nærmere angitte forhold, vil det si at han handlet med forsett, slik at vilkåret vil være oppfylt. Videre heter det i bestemmelsen *burde kjent til*, slik at også uaktsomhet vil omfattes.¹⁰⁴

Uaktsomhet eller forsett må foreligge i to nærmere angitte forhold: *den vanskelige økonomiske stillingen* skyldneren befant seg, som henviser til det økonomiske kravet «var svak eller ble alvorlig svekket» i og de *forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig* som henviser til utilbørlighetsvilkåret. De to angitte forhold vil bli gjort rede for i punkt 4.8.1 og 4.8.2.

4.8.1 Den vanskelige økonomiske stillingen

For at det subjektive vilkåret skal være oppfylt oppstiller bestemmelsen to momenter skyldkravet må omfatte. Det første er at den annen part kjente eller burde kjent til *skyldnerens vanskelige økonomiske stilling*. Dette momentet hentyder til det økonomiske vilkåret om at «skyldnerens stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen».

Hvorvidt den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens økonomiske stilling vil blant annet kunne avgjøres på bakgrunn av forholdet skyldneren og medkontrahenten har hatt. Er omstøtelseskrevet rettet mot skyldnerens bank eller hovedleverandør vil det være et skjerpene moment. Vesta- dommen Rt. 1966 s. 636 oppstilte Høyesterett en særlig streng aktsomhetsnorm grunnet det nære forholdet mellom skyldneren- Vesta og medkontrahenten- banken. Vesta var i realiteten eid av banken samt som tre medlemmer av bankens styre også var styremedlemmer av Vesta.

Hvorvidt den annen part kjente eller burde kjent til den vanskelige økonomiske stillingen til skyldneren vil også kunne avgjøres på bakgrunn av allment tilgjengelige kilder.¹⁰⁵ I våre dager er mulighetene mange for å finne ut av hvordan den enkelte gjør det i forretningslivet. Et eksempel er den private nettsiden proff.no. Her vil det ved å søke på skyldnerens selskaps navn eller organisasjonsnummer være mulig å finne ut av selskapets regnskap, blant annet om selskapet går med underskudd eller overskudd, hvordan driftsinntektene de siste årene har vært osv. Videre har vi den offentlige kilden Brønnøysundregisteret som holder en viss oversikt over hvem som har forpliktet seg til hva og som ved slik åpenhet bidrar til å motvirke

¹⁰⁴ Ot.prp.nr 50 1980-81 s. 171-172, hvor det også foretas nærmere vurdering av dette spørsmålet.

¹⁰⁵ Huser 1992 s. 558

økonomisk kriminalitet. All denne offentlig tilgjengelige informasjonen vil være med på å skjerpe aktsomhetsplikten hos den annen part.

I den objektive omstøtelsesregelen § 5-5 stilles ikke som vilkår at den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens økonomiske stilling. Er den gitte disposisjonen foretatt innen omstøtelsesfristen vil den være omstøtelig. Hvis den gitte disposisjonen faller utenfor omstøtelsesfristen slik at boet påberoper seg dekl. § 5-9 subsidiært, vil boet måtte føre bevis for at skyld foreligger slik § 5-9 foreskriver.

4.8.2 De forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig

Det andre momentet skyldkravet omfatter er at den annen part kjente eller burde kjent til *de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig*. De forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig er noe annet enn medkontrahentens uaktsomme eller onde tro. Det er med andre ord de objektive vilkår vedkommende kjente eller burde kjent til. Det stilles ikke som krav at den annen part kjente til alle momenter som gjorde disposisjonen utilbørlig, de mest utslagsgivende vil være holdbare.

Hva gjelder culpanormen vil vanlig uaktsomhet være nok, som jeg nevnte i punkt 4.8.¹⁰⁶ Imidlertid vil aktsomhetsnormen kunne variere med hvem som er part i saken. Vestaddommen er et eksempel at det stilles større krav til aktsomhet når forholdet mellom partene er så nært som det var der. For skyldnerens tilfeldige forbindelser vil aktsomhetskravet være mindre strengt. En medkontrahents undersøkelsesplikt vil være avhengig av informasjonen han har fra før eller har tilgang til.

Videre er det bare de faktiske forhold som omfattes av skyldkravet. Det at en annen part tror at disposisjonen er uomstøtelig på grunn av rettsvillfarelse vil ikke være begrensning for at omstøtelse ikke kan skje. Et eksempel på dette har vi Rt. 1988 s. 1327, Rekstendommen. Skipsreder Hilmar Reksten hadde opprettet et Fond i 1971 som skulle medvirke til løsning av større- allmenn nyttige oppgaver på lands eller distrikts basis og i særlig grad fremme kulturelle og humanitære oppgaver. Reksten ga en rekke gaver til fondet. Disse ble krevet omstøtt av boet. Høyesterett uttalte her at Reksten var styremedlem i Fondet og spilte en fremtredende rolle i forbindelse med alle Fondets disposisjoner slik at hans kunnskap må anses som Fondets. Dermed forutsettes at Fondet har vært kjent med de faktiske

¹⁰⁶ NOU 1972:20 s. 298

omstendighetene som gjorde disposisjonen utilbørlig. Den rettsvillfarelse som måtte foreligge kan ikke være til hinder for omstøtelse.

Skyldkravet er knyttet til den annen part, slik at det er denne som må være uaktsom for at omstøtelse skal kunne skje. Opptrer den annen part ved en fullmektig må en ved hjelp av eldre teori og praksis identifisere fullmektigen med sin oppdragsgiver slik at omstøtelse vil kunne skje.¹⁰⁷ At skyldneren er i ond tro eller uaktsom er intet til hinder for at omstøtelse vil kunne skje, nettopp fordi skyldkravet er knyttet til den annen part.

4.9 Omstøtelsesfristen

Omstøtelsesfristen setter en begrensning for hvilke disposisjoner som er gjenstand for omstøtelse. Det er kun disposisjoner foretatt inne visse gitte frister som vil kunne omstøtes. Når en disposisjon anses som foretatt, reguleres av dekl. § 5-10. Denne bestemmelsen er felles for begge regelsettene. Etter dekl. § 5-10 anses en disposisjon «som først oppnår ordinært rettsvern ved tinglysning eller annen sikringsakt, ikke for foretatt før slik sikringsakt er iverksatt». Når det i bestemmelsen heter «disposisjoner som først oppnår ordinært rettsvern...» forstås det slik at den ikke omfatter alle disposisjoner, kun de som behøver slik rettsvern for å kunne stå seg i konkurs. Som følge av denne regelen vil tidspunktet for når en disposisjon anses som foretatt forskyves fremover, slik at omstøtelsesmulighetene vil utvides.¹⁰⁸

Før den subjektive omstøtelsesregelen ble lovfestet har det i teorien vært uenighet om det i hele tatt gjaldt noen frist, hvor lenge denne var og om det gjaldt forskjellige frister avhengig av kravets innhold.¹⁰⁹ Måten problemet ble løst på var å støtte seg til alminnelige foreldelsesregler.¹¹⁰ I forarbeidene foreslo Konkurslovutvalget at fristen burde være fem år regnet fra disposisjonens fullbyrding, men ti år ved omstøtelse overfor en nærstående eller dersom den annen part handlet forsettlig. Departementet hadde imidlertid endret dette til en felles frist på ti år slik at det ikke er behov for noe særlig frist overfor nærstående.¹¹¹

¹⁰⁷ Andenæs 2009 s. 368

¹⁰⁸ Huser 1992 s. 74

¹⁰⁹ Huser 1992 s. 469 note 35

¹¹⁰ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 173

¹¹¹ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 173

De subjektive og objektive omstøtelsesregler oppstiller ulike frister for å omstøte en disposisjon. Etter den subjektive regelen § 5-9 er omstøtelsesfristen satt til 10 år. En av begrunnelsene for den lange fristen er at det etter § 5-9 stilles krav om skyld hos den annen part. Når den annen part har utvist slik skyld vil, vil det være lite hensiktsmessig å beskytte vedkommende ved å oppstille en kortere frist.

En annen begrunnelse for tiårs fristen i § 5-9 er at den er ment å gjelde som en generalklausul som søker å ramme disposisjoner som er utilbørlige og uaktsomme i det enkelte tilfellet. Et tilfelle vil være hvor en disposisjon faller inn under de objektive reglene, men den korte omstøtelsesfristen setter en begrensning for omstøtelse. Det er blant annet slike typer tilfeller § 5-9 er ment å dekke. Hvis fristen i den subjektive regelen ikke var så lang som den er, ville bestemmelsen mistet sin betydning.

Den objektive omstøtelsesregelen § 5-5 oppstiller to forskjellige frister. Disse er betydelig kortere enn fristen i den subjektive regelen. Etter § 5-5 første ledd vil en betaling av gjeld, når de øvrige vilkår er oppfylt, være omstøtelig når disposisjonen er foretatt senere enn tre måneder før frisdagen. Begrunnelsen for at denne fristen er så kort som den er, er fordi disposisjoner som kan omstøtes etter denne bestemmelsen vil som regel være forretningsmessig motivert slik at lovgiver ikke ønsker å ramme næringslivet mer enn nødvendig. Videre tar lovgivningen hensyn til næringslivets generelle behov for bevegelsesfrihet.¹¹²

Videre varierer fristens lengde med hvem som er den begunstigede. Det er spesielt en gruppe som er i en særstilling som omfattes av den utvidede omstøtelsesfristen- skyldnerens nærstående. Etter dekl. § 5-5 annet ledd er omstøtelsesfristen satt til to år hva gjelder skyldnerens nærstående. Hvem skyldnerens nærstående er reguleres av dekl. § 1-5. Lovgiveren begrunner den utvidede fristen med interessefellesskapet som foreligger mellom disse og en økende mulighet for illojale disposisjoner noe som danner grunnlag for strengere regler.

Grunnen til at objektive og subjektive regler oppstiller så ulike frister skyldes at de objektive regler bygger på en formodning om illojale disposisjoner, hvilket innebærer at også disposisjoner som ikke er ment som illojale vil kunne rammes av omstøtelse. Lovgivers inngrep i den private sfære er allerede av betydning ved at det formodes om illojalitet, slik at det å utvide omstøtelsesfristen ytterligere vil vanskelig kunne forklares.

¹¹² Huser 1992 s. 69

Et moment som begrunner den lange omstøtelsesfristen i § 5-9 er at det økonomiske og det subjektive vilkåret setter en begrensning for hvilke disposisjoner som vil være gjenstand for omstøtelse.

I den danske lov § 74 er det ingen særlig frist ved omstøtelse på subjektivt grunnlag. I den svenske loven § 30 er fristen satt til fem år. Når den norske loven har valgt å sette en frist for subjektiv omstøtelse er det for å få klarhet i reglene om dette.¹¹³ Et moment som likevel vil kunne tale for en kortere frist i den subjektive regelen er at når fristen er så lang som den er vil det være svært vanskelig for boet å bevise disposisjonens illojalitet når den er foretatt i de tidligste år innen fristen. Det utilbørlige preget vil blekne og eventuelt helt forsvinne. Et annet moment som taler for en kortere frist for den subjektive regelen er de reelle hensyn. Omstøtelse vil kunne oppleves som et uforholdsmessig sterkt inngrep for den parten som rammes av omstøtelse, at en disposisjon foretatt så langt tid i forveien før konkurs blir gjenstand for omstøtelse.

4.10 Virkningen av omstøtelse

Virkningen av omstøtelse etter de objektive reglene vil være forskjellig fra virkning etter den subjektive regelen. Etter de objektive omstøtelsesreglene, i vårt tilfelle dekl. § 5-5, reguleres virkning av omstøtelse av dekl. § 5-11. Etter den subjektive omstøtelsesregelen reguleres virkning av omstøtelse av dekl. § 5-12.

Etter dekl. § 5-11 vil boet, dersom vilkårene for omstøtelse er oppfylt, kunne kreve at «at den annen part fralegger seg den berikelsen han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen». Hva en slik «berikelse» innebærer kommer i det følgende.

Siden disposisjonen er omstøtelig anser boet at den annen part har hatt en ubegrunnet berikelse, slik at denne fordelen skal tilbakeføres boet. På annen side innebærer berikelsesregelen at boets krav ikke skal overstige berikelsen medkontrahenten har oppnådd (berikelsesbegrensning). Denne berikelsesbegrensning kan leses ut fra at omstøtelseskravet kan gjøres gjeldende uten hensyn om medkontrahentens gode tro.¹¹⁴ Omstøtelse vil kunne

¹¹³ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 173

¹¹⁴ Andenæs 2009 s. 376

skje selv om den annen part fører bevis for at resultatet ville blitt det samme uten at den omstøtelige disposisjonen fant sted.¹¹⁵

Har den annen part ytt vederlag til skyldneren vil dette kunne fradras av det den annen part har oppnådd. Samme vil skje med utgifter som for eksempel stempelavgift, tinglysningsgebyr, reparasjon eller påkostning innen visse grenser.¹¹⁶ Formålet med bestemmelse er å tilbakeføre berikelsen boet, og ikke å svekke den annen part ytterligere ved å plusse på utgiftene han har hatt med disposisjonen.

Har den annen part tapt det mottatte ved et uhell vil ikke denne anses som å ha oppnådd en berikelse slik at han da vil være uten ansvar.¹¹⁷ Saken stiller seg annerledes når den annen part har utvist uaktsomhet.¹¹⁸ Antar her ut fra slik forarbeidene fremstiller det, at den annen part vil være ansvarlig. Er det slik at medkontrahenten har solgt ytelsen videre og omstøtelse overfor tredjemann ikke kan skje, vil medkontrahenten være ansvarlig for det nettobeløpet han har tjent ved salget. Videre uttaler forarbeidene at ren forbruk, som penger brukt til utdanning, ferier o.l. normalt ikke anses å ha ført til berikelse medkontrahenten kan stilles ansvarlig for.

Deknl. § 5-11 første ledd annet punktum er et unntak fra første ledd første punktum. Etter denne bestemmelsen kan boet ikke kreve tilbakeført det utbytte som den annen part i god tro har vunnet av den mottatte ytelsen før kravet om omstøtelse ble gjort gjeldende ved søksmål. Et eksempel (tatt fra Andenæs) på dette vil være at boet ikke kan kreve tilbake avlingen fra en mottatt landbrukseiendom eller renteinntekter fra et mottatt pengebeløp.¹¹⁹

Avkastningen gjelder avkastning vunnet i «god tro». Med dette menes at avkastning før søksmålet er reist, vil være avkastning i god tro.¹²⁰ Når søksmålet er reist vil ikke medkontrahenten lenger være i god tro, nettopp fordi kravet søkes omstøtt. Da vil den avkastningen, fra boet har reist søksmål mot medkontrahenten og til omstøtelse skjer, være avkastning vunnet i «ond tro», slik at denne ville kunne kreves tilbakeført boet.

Deknl. § 5-11 første ledd tredje punktum åpner for erstatningsansvar når det mottatte helt eller delvis har gått tapt. Hvis så har skjedd vil mulig ansvar overfor boet nedsettes eller eventuelt

¹¹⁵ Andenæs 2009 s. 322

¹¹⁶ NOU 1972:20 s. 300

¹¹⁷ NOU 1972:20 s. 300

¹¹⁸ NOU 1972:20 s. 300

¹¹⁹ Andenæs 2009 s. 378

¹²⁰ Ot.prp.nr. 50 s. 173-174

falle helt bort etter regelen i § 5-12 annet ledd første punktum. Loven sier ikke noe om vilkårene for at et slikt ansvar kan inntre. Justisdepartementet mener at et slikt ansvar bør kunne lempes ved uaktsomhet på tilsvarende måte som i § 5-12 annet ledd.¹²¹

Deknl. § 5-11 annet ledd regulerer oppgjørsmåten. Spørsmålet her er om boet skal kreve det mottatte tilbake in natura eller om boet bare skal ha krav på tilbakeføring av verdien. Annet ledd åpner for slik in natura tilbakeføring. Forutsetningen er at det mottatte er «i behold og tilbakelevering kan skje uten urimelig verdispille». Er ikke disse vilkårene oppfylt vil oppgjøret måtte skje i form av penger. Dette volder som regel ikke store problemer i praksis, fordi boet likevel må omgjøre alt i penger. Medkontrahenten er som regel også mest interessert i å beholde gjenstanden og heller tilbakeføre berikelsen i form av penger.

Virkingen av omstøtelse etter den subjektive regelen reguleres av dekl. § 5-12. Etter denne bestemmelsens første ledd vil boet, når vilkårene for omstøtelse er oppfylt, kreve at den annen part erstatter boet det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjonen. Denne bestemmelsen skiller seg fra virkning av omstøtelse på objektivt grunnlag ved at det ikke bare kreves tilbake den berikelsen den annen part har oppnådd, men full erstatning for tapet boet har blitt påført ved den omstøtelige disposisjonen. Begrunnelsen for denne regelen er at det i § 5-9 kreves at den annen part har utvist skyld, slik at det og bare å kreve tilbakeført den oppnådde berikelsen ikke vil være nok. Dette kan også sees på bakgrunn kreditorfellesskapet er utsatt for, når den annen part har opptrådt illojalt.

Beregningen av tapet vil i grunn være det samme som berikelsesberegningen. En forskjell er at medkontrahenten ved tapsberegningen ikke kan kreve fradrag for sine utgifter, eller fordi det mottatte har gått tapt, gitt bort eller forbrukt. Samme gjelder hva angår utbyttet vunnet av det mottatte.¹²²

En ytterligere negativ konsekvens av at virkingen av omstøtelse etter § 5-12 kommer til anvendelse på en medkontrahent er at boet kan kreve vedkommende å erstatte ytterligere tap som boet har blitt påført ved den omstøtelige disposisjonen jf. dekl. § 5-12 første ledd siste punktum. Et eksempel på slik ytterligere tap vil være hvor gjenstanden skades mens den befinner seg hos medkontrahenten.¹²³

¹²¹ Ot.prp.nr. 50 1980-81 s. 174

¹²² Andenæs 2009 s. 380

¹²³ Andenæs 2009 s. 380

Bestemmelsens annet ledd gir adgang til å nedsette ansvaret eller la det falle helt bort for medkontrahtenten når vedkommende har vist uaktsomhet, så fremt betaling av full erstatning vil være urimelig byrdefullt eller det for øvrig er særlige grunner til det. Grunnen til at man åpner for en slik lemping av ansvaret er fordi utvalget mener det vil være tilfeller for slikt behov ved omstøtelse på subjektivt grunnlag, blant annet fordi skyldgraden vil variere fra tilfellet til tilfellet. Dette lempingsansvaret er meget begrenset og vil kunne skje i forholdsvis få tilfeller. Begrensningen følger av «uaktsomhetsvilkåret», «urimelig byrdefull» og av «særlige grunner». En ytterligere begrensning er at den annen part uansett ikke kan stilles gunstigere enn vedkommende ville vært stilt etter § 5-11.

Hva gjelder oppgjørsmåten etter den subjektive regelen vil tilbakeføring i form av in natura skje dersom boet forlanger det. Samme vilkåra gjelder her som i § 5-11. En forskjell ved slik oppgjørsmåte er at boet stiller sterkere i § 5-12 enn i § 5-11. Etter dekl. § 5-11 vil slik oppgjør kunne skje når «noen av partene» krever det, mens det etter § 5-12 heter «dersom boet forlanger det». Noe videre begrunnelse for denne formuleringen finnes ikke i forarbeidene.

5. AVSLUTNING

Målet med denne avhandlingen har vært å sammenligne den objektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5 med den subjektive regelen, dekl. § 5-9.

Likhetshensynet som er formålet for konkursreglens eksistens ivaretas gjennom omstøtelsesreglene ved at de har en gjenopprettende og preventiv funksjon. Foretar skyldneren (§ 5-5) eller den annen part (§5-9) en disposisjon som fører til en forfordeling av kreditorene eller forringer boets aktiva vil omstøtelsesreglene komme inn og sørge for at midlene føres tilbake til boet slik at en gjenoppretter den opprinnelige tilstanden boet var i før disposisjonen fant sted. Hva som skal tilbakeføres boet vil avhenge av hvilke bestemmelse som har blitt påberopt. Krever boet omstøtelse etter dekl. § 5-5 vil det være snakk om å tilbakeføre den berikelsen den annen part har oppnådd jf. dekl. § 5-11. Kreves omstøtelse etter dekl. § 5-9 vil boet kunne kreve at den annen part erstatter det tapet boet har blitt påført ved den omstøtte disposisjonen jf. dekl. § 5-12.

Den andre funksjonen omstøtelsesreglene har er at de skal virke preventivt overfor både skyldneren og fordringshaveren ved at partene vet om reglens eksistens og dermed ikke begir seg ut på å stifte disposisjoner av tvilsom karakter.

Gjenopprettelseshensynet som er formålet med omstøtelsesreglene kan sies å virke etter sin hensikt, for er en disposisjon gjenstand for omstøtelse vil dette kunne gjenopprettes. Hva gjelder prevensjonshensynet er situasjonen litt annerledes.

Med første øyekast synes det som den objektive regelen ivaretar prevensjonshensynet i større grad enn den subjektive regelen gjør. Grunnen til det er at disposisjonsalternativene er konkret angitt slik at en lett vil kunne finne ut om den foretatte disposisjon vil kunne være gjenstand for omstøtelse. På annen side har vi ordinærreservasjonen i dekl. § 5-5, som vil kunne føre til usikkerhet. Etter denne bestemmelsen vil en betaling med usedvanlig middel, før normal betalingstid og som forringer skyldnerens betalingsevne betydelig, ikke være gjenstand for omstøtelse når den likevel fremstår som ordinær. Hva som ligger i at en betaling likevel fremstår som «ordinær» er ikke uttrykt i loven. Ved at det ikke står uttrykkelig i loven hva ordinær- innebærer vil prevensjonshensynet svekkes. En viss veiledning vil kunne søkes i forarbeidene. I tillegg beror avgjørelsen på en konkret og individuell helhetsvurdering hvor momenter som lokale bransjemessige eller geografiske forhold samt forhold mellom skyldneren og fordringshaveren vil kunne vektlegges. Det samme vil gjelde ved utilbørighetsvurdering som den subjektive regelen oppstiller.

Den subjektive regelen dekl. § 5-9 er preventiv i den forstand at den er en generalklausul som fanger opp disposisjoner som faller utenfor de objektive reglene enten innholds eller tidsmessig. Dens generelle utforming vil ivareta prevensjonshensynet ytterligere. Grunnen til det er at partene vanskelig vil kunne forutberegne hva som ligger i ordlyden utilbørlig og på denne måten utvise ekstra forsiktighet ved disposisjonsstiftelser.

Omstøtelsesreglene er blitt til som et ledd i et nordisk samarbeid mellom sakkyndige komiteene i Norge, Sverige og Danmark slik at reglene vil være sammenfallende på mange områder.¹²⁴ En viktig forskjell mellom de nordiske landene er omstøtelsesfristen på subjektivt grunnlag. Begrunnelsen for det er at de ønsker å ramme disposisjoner som kan ligge en årrekke tilbake i tid. Spesielt nevnes tilfellet hvis insolvensen skyldes underslag og bedrageri. Norske utvalget er for så vidt enig i begrunnelsen men velger likevel å sette en bestemt

¹²⁴ Huser 1992 s. 129

tidsfrist. Grunnen til det er at hva gjelder underslag og bedrageri foreldes straffeansvaret etter ti år jf. strl. § 67 med §§ 255 og 270.¹²⁵ Sverige derimot oppstiller en alminnelig femårs frist.

Den lange omstøtelsesfristen (10 år) den subjektive regelen oppstiller, har sin begrunnelse i at den annen part har utvist skyld. Når den annen part har utvist skyld vil det være betenkelig å beskytte vedkommende ved å oppstille en kortere frist. Hvorvidt tiårs fristen er hensiktsmessig er noe tvilsomt. Grunnen til det er at bevisbyrden hviler på boet. Jo lenger tilbake i tiden vedkommende disposisjon ligger dess vanskeligere vil det være å føre bevis. Dermed vil boet i mange tilfeller la være å reise krav fordi bevisføring vil være vanskelig. Slik sett vil saken være tapt uansett, noe som taler for en kortere frist. Et annet moment som vil kunne tale for en kortere frist ved omstøtelse på subjektivt grunnlag er at omstøtelse i slike tilfeller vil kunne oppleves som sterkt inngrep for vedkommende som er berørt av omstøtelse. At en disposisjon blir omstøtt etter så langt tid vil kunne ødelegge mye for vedkommende som berøres.

En annen ting som kan diskuteres er hvorvidt vi egentlig har behov for omstøtelse på subjektivt grunnlag. Ut fra rettspraksis synes som den subjektive regelen blir påberopt bare subsidiært som en slags sikkerhetsventil. Ser en på Høyesterettsavgjørelser hvor det primært kreves omstøtelse etter § 5-5 og subsidiært etter § 5-9, bruker Høyesterett den objektive regelen som veiledning for hva som anses som disposisjon osv. Den subjektive regelen har som regel virkning kun i tilfeller hvor fristen for omstøtelse etter de objektive reglene er oversittet.

Løsningen vil kunne være å forlenge omstøtelsesfristen i de objektive reglene slik at en kan avvike den subjektive regelen. To momenter taler mot denne løsningen. Den ene er at man da hadde måttet innført skyldkravet i de objektive reglene. Dette ville igjen ha ført til et omfattende bevis og tolknings tema som igjen ville ha ført til at de objektive omstøtelsesreglene mistet sin retts tekniske betydning. Meningen med de objektive reglene er nettopp at de skal være enkle å anvende og skal føre til en mer effektiv bobehandling.

Etter å ha tatt en kikk på høyesterettsavgjørelser, hva gjelder påberopelse av dekl. § 5-9, er det ikke mange ganger omstøtelse på subjektivt grunnlag har ført frem. Spesielt nyere avgjørelser ser ut til å vike tilbake for anvendelse av dekl. § 5-9.

¹²⁵ NOU 1972:20 s. 299

REGISTRE

Lover

1902 Almindelig borgelig straffelov av 22. mai 1902, nr. 10

1939 Lov om gjeldsbrev av 17. februar 1939, nr. 1

1980 Lov om pant av 8. februar 1980, nr. 2

1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett av 8. juni 1984, nr. 59

1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984, nr. 58

1989 Lov om forsikringsavtaler av 16. juni 1989

1991 Lov om ekteskap av 4. juli 1991, nr. 47

1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag av 25. juni 1999, nr. 46

Forarbeider

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen

Ot.prp.nr. 50 (1980-81) Om A) Om lov om gjeldsforhandling og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) Lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning mm

Ot.prp.nr. 26 1998-99 Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

Rettspraksis

Rt. 1878 s. 629

Rt. 1881 s. 209

Rt. 1909 s. 734

Rt. 1932 s. 522

Rt. 1933 s. 1265 Ringen

Rt. 1966 s. 636 Vesta

Rt. 1969 s. 624 Hamar Auto II

Rt. 1986 s. 681 Norway Cup

Rt. 1988 s. 1327 Reksten

Rt. 1993 s. 289 Gamvikfisk

Rt. 1994 s. 792 Namtvedt

Rt. 1995 s. 222 Direkte reklame

Rt. 1999 s. 64 Teamcon

Rt. 2001 s. 1136 Kjells Markiser

Rt. 2008 s. 1170 Skatland

RG. 2006 s. 8

RG. 2009 s. 129 Landheim veveri

NJA 1982 s. 759

Nja 1982 s. 224

Bøker og artikler

Andenæs, Mads Henry Konkurs. Oslo 2009

Huser, Kristian Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3: Omstøtelse. 1992

Tjaum, Arne Dommer i materiell konkursrett: med kommentarer. 1995

Elektroniske kilder

http://www.idunn.no/ts/lor/2002/0910/kjells_markiser_en_hoyesterettsdom_om_kassekreditt_pant_og_omsotelse_-_rt

