

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ

Vilkåret «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne»

Kandidatnummer: 516

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17 738



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Problemstilling .....	1
1.2	Avgrensninger .....	2
1.3	Rettskilder .....	3
1.3.1	Ordlyd, forarbeider, juridisk litteratur og rettspraksis .....	3
1.3.2	Svensk og dansk rett .....	3
1.4	Den videre fremstillingen.....	5
<b>2</b>	<b>GENERELT OM OMSTØTELSE .....</b>	<b>6</b>
2.1	Innledning – subjektive og objektive omstøtelsesregler .....	6
2.2	Omstøtelsesreglenes formål .....	7
2.3	Dekningsloven § 5-5 - oversikt .....	8
2.3.1	Innledning.....	8
2.3.2	Kort om de øvrige vilkårene i § 5-5 første ledd tredje alternativ .....	9
<b>3</b>	<b>VILKÅRET OM «FORRINGET BETALINGSEVNE» .....</b>	<b>11</b>
3.1	Begrepet «betalingsevne» .....	11
3.1.1	Innledning.....	11
3.1.2	Ordlyd .....	11
3.1.3	Forarbeider .....	12
3.1.4	Juridisk litteratur.....	12
3.1.5	Rettspraksis .....	17
3.1.5.1	Generelt .....	17
3.1.5.2	Høyesterettspraksis .....	17
3.1.5.3	Praksis fra lagmannsrettene.....	24
3.1.6	Oppsummering og vurderinger.....	27
3.2	Nærmere om vurderingen av betalingsevnen.....	29

3.2.1	Innledning.....	29
3.2.2	Vurdering basert på skyldnerens frie aktiva.....	30
3.2.3	Helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold.....	31
3.2.4	Oppsummering og vurderinger.....	36
3.3	«Forringet» betalingsevne.....	37
3.3.1	Foreligger det et vilkår om tap?.....	37
3.3.2	Særlig om betaling ved trekk på kassekreditt.....	39
<b>4</b>	<b>BETYDELIGHETSKRITERIET .....</b>	<b>40</b>
4.1	«Betydelig» forringelse.....	40
4.1.1	Innledning.....	40
4.1.2	Ordlyd og forarbeider .....	40
4.1.3	Juridisk litteratur.....	41
4.1.4	Rettspraksis .....	44
4.1.4.1	Avgjørelser der prosentteorien er fremtredende .....	44
4.1.4.2	Avgjørelser som tar utgangspunkt i en skjønnsmessig helhetsvurdering .....	45
4.1.5	Oppsummering og vurderinger.....	47
4.2	Addisjonsprinsippet .....	49
4.2.1	Innledning.....	49
4.2.2	Flere betalinger til samme kreditor.....	50
4.2.3	Flere betalinger til forskjellige kreditorer .....	54
<b>5</b>	<b>HVILKET TIDSPUNKT SKAL VURDERINGEN AV «BETYDELIG FORRINGET BETALINGSEVNE» KNYTTES TIL? .....</b>	<b>56</b>
<b>6</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>59</b>
<b>7</b>	<b>KILDER.....</b>	<b>61</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Problemstilling

Dekningsloven (deknl.) § 5-5 regulerer objektiv omstøtelse av ekstraordinære betalinger. Bestemmelsen lyder slik:

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

Bestemmelsen oppstiller tre omstøtelsesgrunnlag. Betalingen kan omstøtes hvis den er skjedd enten (i) med usedvanlige betalingsmidler, (ii) før normal betalingstid eller (iii) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne.

Temaet for denne avhandlingen er dekningsloven § 5-5 første ledd *tredje* alternativ, nærmere bestemt hva som ligger i vilkåret «*betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*». Omstøtelse etter § 5-5 er av stor praktisk betydning, og er trolig den omstøtelsesregel som oftest påberopes i praksis.<sup>1</sup> Det er særlig § 5-5 tredje alternativ som blir påberopt av konkursboer. Selv om dette omstøtelsesgrunnlaget har stor praktisk betydning, er innholdet i bestemmelsen nokså uklart. I denne avhandlingen vil jeg søke å klarlegge nærmere hva som ligger i uttrykket «*betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*» (i det følgende vil jeg anvende forkortelsen «*betydelig forringet betalingsevne*»).

---

<sup>1</sup> Andenæs (2009) s. 309

## 1.2 Avgrensninger

Hoveddelen i denne avhandlingen vil som nevnt bestå i hva som ligger i vilkåret om at betalingen betydelig må ha forringet skyldnerens betalingsevne. I tillegg til at betalingen må oppfylle dette vilkåret, oppstiller § 5-5 første ledd i.f. som krav for omstøtelse at disposisjonen «*allikevel ikke fremtrådte som ordinær*» - den såkalte ordinærreservasjonen. I praksis synes det ofte å oppstå tvist om anvendelsen av denne reservasjonen. Grensen for hvilke betalinger som skal anses som «ordinære» og dermed uomstøtelige, byr ofte på tvil og det foreligger en god del rettspraksis om dette. Etersom avhandlingens tema er hva som ligger i vilkåret «*betydelig forringet betalingsevne*», faller det utenfor avhandlingen å redegjøre nærmere for denne ordinærreservasjonen. Jeg vil imidlertid si noe kort om ordinærreservasjonen under punkt 2.3.2, og også berøre den andre steder i avhandlingen der jeg finner dette naturlig for sammenhengen i fremstillingen.

Ved tolkingen av dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ viser Kristian Huser til praksis rundt den tidligere straffeloven § 284 som relevant rettskildefaktor. Dette fordi begge bestemmelser rettet seg mot betalinger av samme art, og vilkåret «*betydelig forringet*» var benyttet i begge bestemmelsene.<sup>2</sup> Etter Husers omtale av straffebestemmelsen, er imidlertid bestemmelsen endret. Etter den nåværende § 284 i straffeloven er det ikke lenger tilstrekkelig for straff at man har foretatt en «*betydelig*» betaling; man må også ha unnlatt å begjære oppbud noe som må ha medført at betalingen ikke kan omstøtes. Av den grunn avgrensner jeg mot en behandling av straffeloven § 284. Etersom straffebestemmelsen fortsatt inneholder vilkårene «*betydelig*» og «*forringet*» vil jeg imidlertid trekke inn praksis knyttet til denne der jeg mener dette vil være av interesse for tolkingen av dekningslovens bestemmelse.

---

<sup>2</sup> Huser (1992) s. 219

## 1.3 Rettskilder

### 1.3.1 Ordlyd, forarbeider, juridisk litteratur og rettspraksis

Ved fastsettelsen av hva som ligger i vilkåret «*betydelig forringet betalingsevne*», vil jeg ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Videre vil dekningslovens forarbeider trekkes inn ved tolkningen. Det vil i avhandlingen bli viet stor plass til juridisk teori og rettspraksis. Det finnes en stor mengde rettspraksis knyttet til dekningsloven § 5-5, men det er relativt få Høyesterettsdommer som belyser det nærmere innholdet i «*betydelig forringet betalingsevne*». Jeg vil derfor også omtale en del lagmannsrettspraksis.<sup>3</sup> Selv om rettspraksis i utgangspunktet tillegges større rettskildemessig vekt enn juridisk teori, har jeg flere steder i avhandlingen (særlig i punkt 3.1 og 4.1) valgt å gjennomgå juridisk litteratur først, ettersom dette er et rettsområde hvor rettspraksis i stor grad har henvist til teorien. Etter min mening vil det derfor gi en bedre pedagogisk forståelse av problemstillingene å behandle juridisk litteratur før praksis fra domstolene.

### 1.3.2 Svensk og dansk rett

Omstøtelsesreglene i dekningsloven ble til gjennom et nordisk samarbeid mellom sakkyn-  
dige lovkomiteer i Norge, Sverige og Danmark. Tanken var at innholdet i de norske, dans-  
ke og svenske lovtekstene skulle være i overensstemmelse med hverandre.<sup>4</sup> Hensynet til  
rettslikhet taler dermed for å tillegge svenske og danske rettskilder en viss vekt ved tol-  
kingen av de norske omstøtelsesreglene. Det er imidlertid forhold som svekker deres retts-  
kildemessige vekt ved fastleggelsen av innholdet i «*betydelig forringet betalingsevne*».  
Huser påpeker særlig tre forhold.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Lagmannsrettene har avsagt omkring 50 dommer som går på dekningsloven § 5-5. Rundt en tredjedel av disse omhandler vilkåret «*betydelig forringet betalingsevne*». I det følgende vil jeg behandle et utvalg av disse.

<sup>4</sup> Lennander (2013) s. 240

<sup>5</sup> Huser (1992) s. 220

For det første er ordlyden, også bortsett fra språkforskjellene, på flere punkter ulik. Dette gjelder særlig i forhold til den danske lovteksten som gir boet adgang til omstøtelse dersom betalingen er foretatt med *«beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne, forudsat at betalingen ikke under hensyn til omstendighetene fremtrådte som ordinær»*.<sup>6</sup> Her hadde det opprinnelige forslaget samme ordlyd som vår § 5-5, men ordet *«betydelig»* ble byttet ut med *«avgørende»*, ettersom man ønsket å presisere at bestemmelsen bare skulle ramme de aller største eller vesentligste betalingene.<sup>7</sup>

For det andre er motivuttalelsene temmelig forskjellige. I forarbeidene til den svenske bestemmelsen er det blitt uttalt at *«[f]ör att återvinningsinstitutet skall fylla sin först nämnda funktion är det betydelsefullt att återvinningsreglerna får träffa en mycket vid krets av rättshandlingar som företas kort före konkursutbrottet»*.<sup>8</sup> Regelen er i svensk praksis anvendt i betydelig utstrekning, og det antas at denne går lenger enn den norske bestemmelsen.<sup>9</sup>

For det tredje må hver av landenes bestemmelser sees som forankret i, og som en videreføring av, vedkommende lands tidligere rett. Her er det store variasjoner mellom landene. Dette vil kunne få betydning for tolkningen, ettersom eldre rettskilder vil kunne prege anvendelsen av de nye bestemmelsene.<sup>10</sup> I Sverige fantes det i den tidligere svenske konkurslov en generell bestemmelse om omstøtelse av betaling av gjeld. Med den nye bestemmelsen i konkurslagen ble adgangen til omstøtelse av betalingen innskrenket ved at betalingen må være skjedd med *«annat än sedvanliga betalningsmedel, i förtid eller med belopp som avsevärt har försämrat gäldenärens ekonomiska ställning»*.<sup>11</sup> I dansk og norsk rett innebar

---

<sup>6</sup> Konkursloven § 67

<sup>7</sup> Huser (1992) s. 302

<sup>8</sup> Prop. 1975:6 s. 132

<sup>9</sup> Huser (1992) s. 302

<sup>10</sup> Huser (1992) s. 220

<sup>11</sup> Konkurslagen (1987:672) kap. 4, § 10

regelen derimot en utvidelse av omstøtelsesadgangen.<sup>12</sup> I Norge var omstøtelse av betaling av forfalt gjeld med sedvanlige betalingsmidler tidligere kun mulig etter den snevre, ulovfestede subjektive omstøtelsesregel, Actio Pauliana.<sup>13</sup> Omstøtelse av ekstraordinær betaling på objektiv grunnlag var dermed en nyvinning i norsk rett.

Oppfatninger i Sverige og Danmark vil etter dette ha begrenset rettskildemessig vekt ved tolkingen av § 5-5 første ledd tredje alternativ. Men ettersom avhandlingen vil vise at det i stor grad knytter seg usikkerhet til hvordan den norske bestemmelsen nærmere skal forstås, kan det likevel være hensiktsmessig å trekke inn svenske og danske rettskilder ved tolkingen av denne.

#### **1.4 Den videre fremstillingen**

Avhandlingen tar sikte på å klarlegge det nærmere innholdet i dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ, gjennom en vurdering og analyse av rettskildene.

I punkt 2 vil jeg forsøke å sette problemstillingen inn i en større rettslig sammenheng ved å se generelt på omstøtelsesinstituttet i Norge. Jeg vil også se på formålene bak reglene om omstøtelse, for så kort å belyse de øvrige vilkårene for omstøtelse etter § 5-5 første ledd tredje alternativ.

Punktene 3 til 5 vil utgjøre hoveddelen i denne avhandlingen. Her vil jeg i punkt 3.1 søke å fastlegge hva som ligger i begrepet «*betalingsevne*», i hovedsak på bakgrunn av bestemmelsens ordlyd, forarbeider, juridisk litteratur og rettspraksis. Videre vil jeg i punkt 3.2 foreta en nærmere vurdering av hvilke aktiva og andre momenter som er relevante i vurderingen av betalingsevnen. I punkt 3.3 vil jeg redegjøre for hva som ligger i vilkåret «*forringet*» betalingsevne, blant annet ved å undersøke om det foreligger et vilkår om at boet

---

<sup>12</sup> Huser (1992) s. 302

<sup>13</sup> Huser (1992) s. 303



må ha lidt tap for at omstøtelse kan skje. I punkt 4 gjennomgås hva som ligger i en «*betydelig*» forringelse av skyldnerens betalingsevne. Hvilket tidspunkt vurderingen skal knytte seg til, vil jeg redegjøre for i punkt 5. Endelig vil jeg i punkt 6 gi noen avsluttende bemerkninger. For øvrig vil jeg også underveis i avhandlingen fortløpende oppsummere rettskildet bildet og foreta egne vurderinger av de spørsmål og problemstillinger som drøftes.

## **2 Generelt om omstøtelse**

### **2.1 Innledning – subjektive og objektive omstøtelsesregler**

Omstøtelsesreglene i dekningsloven kapittel 5 oppstiller et sett av regler som gir boene rett til å reversere eller sette til side disposisjoner som er foretatt den siste tiden før boåpningen. Verdiane tilbakeføres da til boet, noe som medfører at det blir mer til fordeling til de usikrede kreditorene.<sup>14</sup> Mens rettsvernsreglene i utgangspunktet virker uten hensyn til innholdet av skyldnerens disposisjoner, retter omstøtelsesreglene seg mot disposisjoner som er kreditorskadelige etter sitt innhold.<sup>15</sup> Det er vanlig å skille mellom objektive og subjektive omstøtelsesregler. Betegnelsene knytter seg til den annen parts subjektive forhold, ved at de subjektive reglene krever at den annen part kan bebreides for at disposisjonen ble foretatt. Det er § 5-9 som hjemler den alminnelige subjektive omstøtelsesregel. Det finnes også et par subjektive regler om motregning i § 5-6. De øvrige bestemmelsene i kapittel 5, herunder § 5-5, er objektive omstøtelsesregler, som betyr at omstøtelse kan skje uten hensyn til om den annen part kan bebreides for at disposisjonen ble foretatt.

Fristene for omstøtelse er fastsatt i de enkelte omstøtelsesregler. Fristen for omstøtelse på subjektivt grunnlag er på ti år, jfr. deknl. § 5-9 annet ledd. Ettersom det her er bevist at den annen part har utvist uaktsomhet, er det er liten grunn til å verne hans innrettelse etter disposisjonen selv om det har gått langt tid.<sup>16</sup> De objektive omstøtelsesreglene bygger på en

---

<sup>14</sup> Nazarian (2012) s. 141

<sup>15</sup> Andenæs (2009) s. 285

<sup>16</sup> Nazarian (2012) s. 147

presumsjon om at disposisjoner foretatt kort tid før konkursåpning er utilbørlige. Fristene for omstøtelse etter disse reglene er derfor relativt korte. Den alminnelige omstøtelsesfristen for gaver er etter deknl. § 5-2 første ledd et år, mens det for omstøtelse etter de øvrige objektive reglene, herunder § 5-5 første ledd tredje alternativ, er tre måneder. De enkelte objektive omstøtelsesreglene åpner imidlertid for en forlenget frist ved disposisjoner til fordel for nærstående. Begrunnelsen for dette er at skyldneren ofte vil ha et ønske om å begunstige disse. Det er også antatt at nærstående lettere og på et tidligere tidspunkt enn andre kan gjøre seg kjent med skyldnerens økonomi.<sup>17</sup> De utvidede omstøtelsesfristene gjelder imidlertid ikke dersom den annen part beviser at skyldneren var utvilsomt solvent da disposisjonen fant sted.

## **2.2 Omstøtelsesreglenes formål**

Omstøtelsesreglenes hovedformål er å motvirke at boet tømmes for aktiva forut for den formelle boåpning, enten i form av boforringende disposisjoner eller i form av forfordeling av fordringshaverne.<sup>18</sup>

I dekningslovens forarbeider omtales de omstøtelige disposisjoner som «*skadegjørende*» og «*illojale*».<sup>19</sup> Omstøtelsesreglene kan på denne bakgrunn sies å ha et dobbelt formål; de skal virke både reparativt og preventivt.<sup>20</sup> Den reparative eller gjenopprettende funksjon skal hindre brudd på prinsippet om at kreditorene skal likebehandles, og viser seg ved at boet kan kreve midlene tilbakeført for fordeling mellom alle kreditorene. Omstøtelsesreglene kan også virke preventivt ved at partene unnlater å foreta disposisjoner som man antar kan bli omstøtt.

---

<sup>17</sup> Nazarian (2012) s. 148

<sup>18</sup> Andenæs (2009) s. 286

<sup>19</sup> NOU 1972:20 s. 281 og Ot. prp. nr. 50 (1980-1981) s. 157

<sup>20</sup> Huser (1992) s. 49

Ved omstøtelse etter den subjektive regelen i § 5-9 er det boet som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. Dekningsloven hjemler en rekke objektive omstøtelsesregler som blant annet har til hensikt å lette denne bevisbyrden.<sup>21</sup> De objektive omstøtelsesregler gjelder for ulike typer disposisjoner hvor ett av formålene med reglene er at de skal være retts-teknisk enkle å praktisere. Disse positivt, oppregnede kategorier av disposisjoner forenkler bevis- og tolkningstemaet, ved at bestemmelsene - i motsetning til den subjektive omstøtelsesregel i § 5-9 - i utgangspunktet ikke oppstiller noe vilkår om at skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble svekket av disposisjonen.<sup>22</sup> Det er heller ikke et krav om at disposisjonen objektiv sett var utilbørlig eller kritikkverdig eller at den annen part var i god tro på betalingstidspunktet.<sup>23</sup> På grunn av disposisjonens objektive innhold og det tidspunkt den blir foretatt, foreligger det en presumsjon om illojalitet og ond tro hos medkontrahtenten.<sup>24</sup>

## 2.3 Dekningsloven § 5-5 - oversikt

### 2.3.1 Innledning

Dekningsloven § 5-5 første ledd oppstiller som nevnt tre forskjellige omstøtelsesgrunnlag: omstøtelse kan skje dersom gjeldsbetalingen er foretatt med «*usedvanlige betalingsmidler*», «*før normal betalingstid*» eller med beløp som «*betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*».

Ved betaling av gjeld med egne midler/eiendeler blir skyldneren kvitt en gjeldspost. Differansen mellom skyldnerens eiendeler og gjeld vil således være den samme, og betalingen er dermed ikke en boforringende disposisjon. En innfrielse av gjeld til en kreditor vil imidlertid innebære en begunstiging på bekostning av de øvrige kreditorene, ved at vedkommende

---

<sup>21</sup> NOU 1972:20 s. 282

<sup>22</sup> Andenæs (2009) s. 288

<sup>23</sup> Andenæs (2009) s. 288

<sup>24</sup> NOU 1972:20 s. 282

får en bedre dekning enn om gjelden bare skulle bli dekket som en dividendefordring i boet. Samtidig vil de øvrige kreditorene få en prosentvis mindre dekning. Dersom det ikke var adgang til å tilbakeføre slike kreditorbegunstigede disposisjoner, ville dette kunne røkke ved konkursinstituttets grunnleggende tanke om likebehandling av kreditorene, noe som kunne ha ført til en «alles kamp mot alle».<sup>25</sup> Det er kun der debitor ikke har tilstrekkelige midler til å dekke kravene fra de øvrige kreditorene at det foreligger en kreditorbegunstigelse. Det er likevel slik at omstøtelse etter § 5-5 ikke krever insolvens.<sup>26</sup> Hvis debitor ikke er insolvent, vil han ha tilstrekkelige midler til å dekke alle kreditorene. Dette ser man imidlertid bort fra ved omstøtelse etter § 5-5.

Det er bare betalinger som objektivt sett bærer preg av illojalitet som skal rammes. I § 5-5 er det derfor inntatt en reservasjon for betalinger som fremstår som ordinære. Også fristene for omstøtelse er satt med sikte på å ramme illojale betalinger. Presumsjonen for at betalingen er illojal er større jo nærmere betalingen kommer konkurs, ettersom skyldneren erfaringsmessig får mindre til å dekke krav jo nærmere en er konkursåpning.

### 2.3.2 Kort om de øvrige vilkårene i § 5-5 første ledd tredje alternativ

Deknl. § 5-5 rammer bare «*betaling av gjeld*». I samsvar med tidligere rett antas dette å omfatte både pengeforpliktelser og forpliktelser til å yte annet enn penger, for eksempel forskuddsbetalte varer.<sup>27</sup> En naturlig språklig forståelse av uttrykket «*gjeld*», tilsier at det må være betaling av et krav skyldneren har pådratt seg *før* betalingen. Dette innebærer at kontantkjøp ikke rammes.<sup>28</sup> Dette skyldes at § 5-5 er begrunnet i hensynet til likhetsbehandling og at alle usikrede kreditorer skal løpe samme risiko for ikke å få sine krav dekket. Dette hensynet slår ikke til dersom kreditor ikke har ytt kreditt, som er tilfellet ved

---

<sup>25</sup> Lennander (2013) s. 22

<sup>26</sup> NOU 1972:20 s. 291-292

<sup>27</sup> NOU 1972:20 s. 303

<sup>28</sup> Huser (1992) s. 222

kontantkjøp; her har kreditor innrettet seg slik at han nettopp ikke risikerer mangelfull dekning av kravet.<sup>29</sup>

Deknl. § 5-5 rammer betaling av både forfalt og uforfalt gjeld, renter inkludert.<sup>30</sup>

Videre må det foreligge en «*betaling*». Dette innebærer at hovedformålet med betalingen må være å dekke eksisterende gjeld. Dette omtales gjerne som et krav om at betalingen må ha primær dekningshensikt.<sup>31</sup> Dette ble blant annet fastslått i Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) hvor retten uttalte at «*[b]etaling av eksisterende gjeld må ha vært den vesentlige hensikt med transaksjonen*». Begrunnelsen for dette vilkåret er å hindre at disposisjoner som har et annet selvstendig og aktverdig formål rammes, selv om kreditor samtidig oppnår dekning av sitt krav.<sup>32</sup> Om det foreligger en primær dekningshensikt beror på en konkret objektiv vurdering.<sup>33</sup>

Vilkåret om at betalingen ikke fremtrådte som ordinær refererer seg til alle de tre omstøtelsesgrunnlagene § 5-5. Selv om reservasjonen gjelder for alle grunnlagene, betyr det ikke at dens reelle betydning er den samme.<sup>34</sup> Når det gjelder omstøtelsesgrunnlaget i tredje alternativ, følger det av forarbeidene at en betaling som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne likevel må anses ordinær der betalingen er skjedd «*i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning ...*». Dette vil for eksempel være vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv.<sup>35</sup> Betalingen blir ifølge mo-

---

<sup>29</sup> Nazarian (2012) s. 161

<sup>30</sup> Huser (1992) s. 222 og Rt. 1932 s. 622

<sup>31</sup> Huser (1992) s. 223, Rt. 2008 s. 1170

<sup>32</sup> Huser (1992) s. 223

<sup>33</sup> Huser (1992) s. 224

<sup>34</sup> Andenæs (2009) s. 317

<sup>35</sup> NOU 1972:20 s. 292

tivene ekstraordinær der det er tale om eldre gjeldsposter som er forfalt og dermed misligholdt over lengre tid.<sup>36</sup>

### 3 Vilkåret om «forringet betalingsevne»

#### 3.1 Begrepet «betalingsevne»

##### 3.1.1 Innledning

Omstøtelse etter § 5-5 første ledd tredje alternativ krever at betalingsevnen ble betydelig forringet. Problemstillingen i det følgende er hva som ligger nærmere i uttrykket «*betalingsevne*». Sagt på en annen måte er spørsmålet hva den omtvistede betalingen skal holdes opp mot. Ved fastsettelsen av skyldnerens «*betalingsevne*», er rettskildebildet nokså uklart og til dels sprikende. Det er særlig to vurderingsmåter som er fremhevet; en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet og en vurdering basert på skyldnerens frie aktiva.

##### 3.1.2 Ordlyd

En naturlig språklig forståelse av uttrykket «*betalingsevne*» tilsier at en må se på skyldnerens evne til å gjøre opp for seg – skyldnerens evne til å betale. Det vil her være naturlig å se på hvilke *likvide* midler skyldneren har til rådighet. En slik tolking støttes også av konkursloven § 61; det er naturlig å se «*betalingsevne*» som synonymt med «*betalingsdyktighet*», hvor sistnevnte knytter seg direkte til skyldnerens likviditet, det vil si hans evne til å gjøre opp sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> NOU 1972:20 s. 292

<sup>37</sup> Huser (1992) s. 306

### 3.1.3 Forarbeider

Om innholdet i uttrykket betalingsevne, uttaler forarbeidene følgende:

*«Spørsmålet om et beløp er så betydelig at debtors betalingsevne blir forringet, skal her avgjøres på objektivt grunnlag: beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet. Det kreves ikke at debitor er eller blir insolvent som følge av betalingen, og enn mindre at betalingsmottageren er klar over en slik mulig insolvens.»<sup>38</sup>*

Ifølge forarbeidene skal altså betalingsevnen vurderes i lys av skyldnerens «omsetning og vanlige likviditet». At likviditeten har betydning, sier imidlertid neppe så mye mer enn det som allerede følger av ordlyden («betalingsevne»).

Forarbeidene nevner at beløpets størrelse også skal ses opp mot skyldnerens «omsetning». En naturlig forståelse av dette er at det blant annet må ses hen til virksomhetens kontantstrøm. Dette tilsier at det skal anlegges en bredere vurdering enn kun en vurdering basert på skyldnerens likvide midler.

Forarbeidene er imidlertid svært knappe og gir utover de nevnte uttalelser ingen ytterligere veiledning om hva betalingen skal holdes opp mot. Huser hevder at forarbeidene på dette punktet er «*uvanlig lite opplysende – på enkelte punkter nærmest villedende*».<sup>39</sup>

### 3.1.4 Juridisk litteratur

Kristian Huser søker å fastslå hva som nærmere ligger i begrepet «betalingsevne».<sup>40</sup> Han innleder med å påpeke at både ordlyden og forarbeidene taler for at det er skyldnerens lik-

---

<sup>38</sup> NOU 1972:20 s. 291-292

<sup>39</sup> Huser (1999) s. 212

<sup>40</sup> Huser (1992) s. 306 flg.

viditet som er avgjørende. Ettersom forarbeidene uttrykkelig fastslår at insolvens ikke er et vilkår for omstøtelse,<sup>41</sup> ser Huser det imidlertid som noe søkt å si at betalingsevnen er forringet dersom konkursskyldneren fortsatt er likvid og suffisient. Dersom skyldneren var likvid på betalingstidspunktet, kan det heller ikke hevdes å være noe årsakssammenheng mellom betalingen og skyldnerens senere betalingsproblemer. Han mener derfor at en ren vurdering av likviditeten ikke kan være korrekt fremgangsmåte.<sup>42</sup>

Huser påpeker imidlertid at dersom skyldneren hadde unnlatt å betale kreditor, ville det blitt mer penger igjen til kreditorfelleskapet.<sup>43</sup> Han hevder på denne bakgrunn at det kan være nærliggende å sammenholde betalingen med kreditorenes dekningsutsikter, det vil si den dividendereduksjon betalingen har medført. Huser fremhever imidlertid særlig to forhold som taler mot en slik løsning.<sup>44</sup> For det første taler retts tekniske hensyn mot at betalingsevnen skal avgjøres ut fra kreditorenes dekningsutsikter; det vil være vanskelig å oppstille klare og entydige kriterier ettersom boets passivasituasjon i stor grad vil variere. En kan således ikke operere med en bestemt prosentsats ved vurderingen av om betalingen har betydelig forringet betalingsevnen. En løsning kunne ifølge Huser være å oppstille et «rundt kriterium». Dette ville imidlertid medført et mer omfattende bevis- og tolkingstema enn dersom kravene var klare. For det annet mener Huser at dette vil medføre et praktisk problem ettersom det ikke vil være avklart hvilke dekning som finnes i boet før bobehandlingen er avsluttet, mens spørsmålene om omstøtelse normalt må avklares før denne tid.

Huser mener at disse problemene kan elimineres ved å sammenholde betalingen med boets frie aktiva, i stedet for å se på en eventuell dividendereduksjon.<sup>45</sup> Han oppsummerer drøftelsen av disse spørsmålene slik:

---

<sup>41</sup> NOU 1972:20 s. 291-292

<sup>42</sup> Huser (1992) s. 307

<sup>43</sup> Huser (1992) s. 307

<sup>44</sup> Huser (1992) s. 308-309

<sup>45</sup> Huser (1992) s. 310



*«Alt tatt i betraktning synes de beste grunner å tale for at man ved vurderingen av om betalingen betydelig har forringet debtors betalingsevne, legger avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet.»<sup>46</sup>*

Husers oppfatning er således at skyldnerens betalingsevne skal vurderes i lys av hvilke tilgjengelige aktiver skyldneren har hatt på betalingstidspunktet. Det er her skyldnerens ikke-pantsatte aktiva som må legges til grunn.<sup>47</sup> I en artikkel skrevet i 1999 opprettholder Huser dette synet.<sup>48</sup> Dette bryter imidlertid med både ordlyden i § 5-5 og forarbeidene, som tilsier at skyldneren betalingsevne må fastlegges på bakgrunn av en likviditetsvurdering.

Det kan synes som om Huser bruker tilgjengelige/frie aktiva og ikke-pantsatte aktiva som synonymer. Dette vil som regel være riktig, ettersom det kun er den friverdien på panteobjektene som overstiger pantegjelden som kan sies å være skyldnerens tilgjengelige/frie aktiva. Men eiendeler som er beslagsfrie etter dekl. §§ 2-3 flg., vil ikke kunne regnes med, selv om disse ikke er pantsatte. Her vil derfor ikke uttrykkene være sammenfallende. I det følgende vil imidlertid uttrykkene bli brukt som synonymer dersom ikke annet er sagt.

Hva gjelder vilkåret om at betalingen må ha forringet betalingsevnen *«betydelig»*, har Huser oppstilt den såkalte «prosentteorien», se nærmere punkt 4 nedenfor.

Også Tore Sandvik søker å fastlegge hva betalingen skal sammenholdes med. Selv om hans behandling av vilkåret betydelig forringet betalingsevne er relativt knapp, uttaler han at det *«vil være nok at betalingen medfører en betydelig reduksjon av debtors aktiva»*.<sup>49</sup> Men han

---

<sup>46</sup> Huser (1992) s. 312

<sup>47</sup> Huser (1992) s. 317. Se nærmere om dette i punkt 3.2.2

<sup>48</sup> En nærmere gjennomgang av artikkelen vil bli gjort i punkt 3.1.5.2

<sup>49</sup> Sandvik (1985) s. 39

understreker at «*vurderingen må også skje under hensyn til debtors likviditet*». I motsetning til Huser, synes Sandvik dermed å åpne for at skyldnerens likviditet kommer inn som moment ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne.

Mads Henry Andenæs har gitt ut tre utgaver av sin lærebok i konkursrett. Gjennom disse tre utgavene kan det synes som om han er noe endret i synet på hva som nærmere ligger i uttrykket «*betalingsevne*».

I førsteutgaven av «Konkurs» (1993), uttaler han at forarbeidenes henvisning til «*omsetning og vanlige likviditet*» ikke gir noen klar målestokk på hva den omstridte betalingen skal holdes opp mot, og at forringelse av skyldnerens betalingsevne må trolig presiseres til «*reduksjon av skyldnerens beslagbare formuesgoder*».<sup>50</sup> I likhet med Huser hevder altså Andenæs at en må se på betalingens reduksjon av skyldnerens ikke-pantsatte aktiva.

I andreutgaven av boken (1999), modereres disse uttalelsene noe. Andenæs henviser her til forarbeidene, men påpeker at «*hvor veiledende det er å se beløpet i forhold til skyldnerens omsetning og vanlige likviditet, vil variere med situasjonen*». Han understreker videre at det i enkelte situasjoner vil være tilstrekkelig å se hen til skyldnerens omsetning og vanlige likviditet. Men han påpeker at det kan være behov for å trekke inn en supplerende målestokk. I denne forbindelse uttaler han at en «*nærliggende mulighet er å se hen til i hvilken grad betalingen reduserer skyldnerens beslagbare formuesgoder (fri aktiva)*».<sup>51</sup>

I den tredje utgaven av boken (2009), går Andenæs nærmere inn på hva som ligger i begrepet «*betalingsevne*». Her kan det imidlertid se ut til at han har skiftet syn på hva betalingen skal sammenholdes med. Ved spørsmålet om hva som skal inngå i skyldnerens betalingssevne tar han, med henvisning til forarbeidene,<sup>52</sup> utgangspunkt i en likviditetsvurdering. Han

---

<sup>50</sup> Andenæs (1993) s. 324

<sup>51</sup> Andenæs (1999) s. 254

<sup>52</sup> Andenæs (2009) s. 324

skiller så mellom tilfeller der skyldneren fortsetter å betale sine fordringer ved forfall og der det ikke er tilfellet. Der skyldneren etter betalingen fortsetter å betale sine øvrige kreditorer ved forfall, vil det ifølge Andenæs være nærliggende å slutte at betalingen ikke har forringet skyldnerens betalingsevne.<sup>53</sup> Der skyldneren ikke greier å betale fordringene etter hvert som de forfaller, er det etter hans mening nærliggende å slutte at betalingen har forringet betalingsevnen.<sup>54</sup> Det må her presumeres at skyldneren ikke har tilstrekkelige midler til å innfri alle kravene, og at han da foretar en forfordeling av kreditorene ved å innfri den enes krav på bekostning av de øvrige. Avslutningsvis konkluderer Andenæs med at betalingen må sammenholdes med skyldnerens «*tilgjengelige dekningsmidler*», som han definerer som «*skyldnerens likvide midler og midler som skyldneren lett kan omgjøre til likvide midler*».<sup>55</sup>

Andenæs' standpunkt om at betalingen skal sammenholdes med skyldnerens «*tilgjengelige dekningsmidler*», er nok influert av Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000), hvor Høyesterett la nettopp dette vurderingstemaet til grunn.<sup>56</sup> Det kan se ut som om Andenæs har søkt å tilpasse seg Høyesteretts avgjørelser, ved å endre sitt syn slik at det tilsynelatende er i samsvar med disse. Han har dermed gått fra å dele Husers syn om at det er forekomsten av skyldnerens frie aktiva som er avgjørende for skyldnerens betalingsevne, til å mene at det i større grad må foretas en vurdering av skyldnerens likviditet.

I likhet med Andenæs mener Henriette Nazarian i sin bok om konkursrett, at skyldnerens likviditet må være avgjørende for hans betalingsevne.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Andenæs (2009) s. 324

<sup>54</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>55</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>56</sup> Se punkt 3.1.5.2

<sup>57</sup> Nazarian (2012) s. 184-185

### 3.1.5 Rettspraksis

#### 3.1.5.1 Generelt

Da ordlyden og forarbeidene er knappe og problemstillingen er relativt lite behandlet i juridisk litteratur (med unntak av Huser), vil rettspraksis være en viktig kilde for å belyse innholdet i ordlyden «*betalingsevne*» nærmere. I det følgende vil jeg derfor gå relativt utførlig gjennom praksis fra Høyesterett og lagmannsrettene.

#### 3.1.5.2 Høyesterettspraksis

I Rt. 1999 s. 64 (Teamcon) ble vilkåret om «*betydelig forringet betalingsevne*» for første gang behandlet av Høyesterett. Saksforholdet var som følger: Teamcon overtok en virksomhet som kreditor (Teamco, senere omdøpt til Janus) tidligere hadde drevet. Teamcon misligholdt to av avdragene på kjøpesummen. Før konkursen betalte imidlertid Teamcon hele kjøpesummen med tillegg av renter. Oppgjøret skjedde ved at selskapet tok opp lån og trakk penger på innvilget kassekreditt. Som sikkerhet for dette fikk banken factoringpant i Teamcons fordringer samt selvskyldnerkausjon fra Janas. Ettersom det ved refinansieringen ble stilt sikkerhet for et tidligere usikret krav, hevdet boet at dette innebar en forringelse av Teamcons betalingsevne og at betalingen dermed var omstøtelig. Teamcon og Janas var å anse som nærstående, slik at den utvidede omstøtelsesfristen i § 5-5 annet ledd kom til anvendelse.

I likhet med de tidligere instanser kom Høyesterett til at betalingen ikke kunne omstøtes etter § 5-5. I Høyesterett var det enighet om resultatet, men det var dissens om begrunnelsen. Førstvoterende, som representant for flertallet (fire dommere), uttalte innledningsvis at «*med sikte på vurderingen av om Teamcons betalingsevne ble betydelig forringet ved betalingen, må det foretas en sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen*». Hun viste så til juridisk litteratur, blant annet Huser, og hans teori om at bestemmelsen sikter til «*reduksjonen av skyldnerens beslagbare formuesgoder*». Videre understreket førstvoterende at ved den aktuelle problemstillingen – utvidet sikkerhet ved refinansiering – er bestemmelsen

*«utformet annerledes enn bestemmelsen i dekningsloven § 5-9, hvor det blant annet er spørsmål om en disposisjon «unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem». Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne – likviditet – som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs».*

Førstvoterende la altså til grunn at det skulle foretas en vurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet, og ikke en vurdering av kreditorenes dekningsmuligheter ved konkursen, slik Huser i sin fremstilling gir anvisning på.<sup>58</sup>

Ved den konkrete vurderingen av selskapets økonomiske situasjon la flertallet vekt på at refinansieringen medførte betydelige forretningsmessige fordeler for Teamcon; som en konsekvens av transaksjonen fikk selskapet reduserte renteutgifter, to års avdragsfrihet og generell forskyving av avdrag. Førstvoterende fremhevet også at virksomheten i sin art ikke var særlig kapitalkrevende, selskapet hadde god likviditet og betalte sine forpliktelser etter som de forfalt frem til konkursen. Det var etter hennes syn dermed vanskelig å si at betalingen hadde betydelig forringet betalingsevnen.

Mindretallet (én dommer) var enig i resultatet, men hadde en annen oppfatning om hva som lå i kriteriet «*betalingsevne*». Annenvoterende uttalte at «*[e]tter min mening må det sentrale uttrykket være hvorvidt kreditorenes mulighet til å få dekning, vesentlig forringes. Dermed blir størrelsen på skyldnerens beslagbare formuesgoder et avgjørende kjennetegn på hans betalingsevne*». Mindretallet delte altså her Husers syn om at det er skyldnerens frie aktiva som må anses å utgjøre betalingsevnen (jfr. punkt 3.1.4 ovenfor).

---

<sup>58</sup> Huser (1992) s. 308

I den aktuelle saken var det forhold at refinansieringen medførte betydelige fordeler for virksomheten, i tillegg til at Teamcon fortsatte å betale sine forpliktelser ved forfall, etter flertallets syn avgjørende for at betalingsevnen ikke kunne anses som betydelig forringet. En slik type helhetsvurdering synes å bryte med Husers teori om at betalingen alene skal holdes opp mot de frie aktiva som ikke på samme måte åpner for en mer samlet vurdering av skyldnerens økonomiske forhold.

I en artikkel i Jussens Venner<sup>59</sup> kritiserer Huser Teamcon-dommen på dette punktet. Han påpeker at Høyesterett synes å streve med å formulere sin begrunnelse, og at retten heller legger vekt på et godt resultat enn å foreta en korrekt juridisk vurdering. Hva gjelder vurderingen av betalingsevnen, opprettholder Huser sitt syn om at betalingen må sammenholdes med skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet. Han kritiserer så førstvoterende for å være altfor knapp ved gjengivelsen av hvordan Huser selv tolker bestemmelsen. Det er i tillegg uklart for Huser hvorvidt førstvoterende har et annet syn enn teorien; en likviditetsvurdering følger allerede av ordlyden. Ettersom denne ikke sier mye, kan den heller ikke sies å stå i motstrid til teorien. Huser konkluderer etter dette med at Høyesteretts uttalelser om betalingsevnen «*fremstår som så vidt knappe, vage og uklare at de ikke gir nevneverdig veiledning ved tolkingen av bestemmelsen*».

Jeg oppfatter flertallet i Teamcon-dommen slik at man bevisst valgte å se den aktuelle betalingen i en større sammenheng enn det Husers teori åpner for. En slik vurdering åpnet blant annet opp for å tillegge refinansierings positive virkning for driften av virksomheten betydning. Det aktuelle saksforholdet gjorde det også rimelig å foreta en slik samlet helhetsvurdering. Flertallet påpekte for det første at Teamcons virksomhet ikke var spesielt kapitalkrevende. Selskapet drev med salg av ingeniørtjenester til oljeindustrien. Dersom betalingsevnen utelukkende hadde berodd på forekomsten av frie aktiva, ville dette kunne medført at betalingen måtte omstøtes til tross for at selskapet hadde stor omsetning og god likviditet. For det annet skjedde refinansieringen ca. ett år før konkursen. Normalt ville

---

<sup>59</sup> Huser (1999) s. 210 flg.

dette vært utenfor tidsfristen på tre måneder, men da Teamcon og Janas måtte anses som nærstående, fikk den utvidende fristen i § 5-5 annet ledd anvendelse. Ettersom det hadde gått såpass lang tid mellom refinansieringen (hvor den omtvistede betalingen inngikk som ett element) og konkursen, var det grunn til å ta de positive virkningene av refinansieringen, da dette bl.a. var med på å sikre virksomhetens videre drift. Selv om det senere viste seg at Teamcon gikk konkurs, var betalingen på betalingstidspunktet en fornuftig forretningsmessig disposisjon.

Hva gjelder dommens rettskildemessige vekt, vil det konkrete saksforholdet kunne svekke denne. Faktum i saken må sies å være noe spesielt, ved at betalingen for det første ble foretatt som ledd i en refinansiering som innebar betydelige fordeler for skyldneren. Dette arrangementet medførte videre at det ble stilt nytt pant for gjeld skyldneren tidligere hadde pådratt seg. Det kan da stilles spørsmål ved om omstøtelsesgrunnlaget egentlig burde vært dekl. § 5-7 litra a, som rammer sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Også det forhold at det nesten gikk ett år fra betaling til åpning av konkurs, og at Teamcon i denne tiden betalte sine forpliktelser etterhvert som de forfalt, vil normalt ikke være det typiske tilfellet ved konkurs. Deknl. § 5-5 første ledd tredje alternativ anvendes oftest der betalingen er foretatt innenfor tremånedersperioden slik at det er § 5-5 første ledd som får anvendelse. I denne perioden vil normalt skyldnerens økonomiske stilling være dårlig og han vil ofte være uten evne til å oppfylle forpliktelser ettersom de forfaller. De konkrete forholdene i saken kan derfor muligens forklare hvorfor flertallet i Høyesterett valgte å foreta en bredere vurdering av Teamcons økonomi, ettersom en beregning på grunnlag av de frie aktiva kunne gitt et annet og lite ønskelig resultat i saken. Ettersom Høyesterett tar stilling til innholdet i begrepet «*betalingsevne*», er dommen sentral når det gjelder spørsmålet om hvordan begrepet skal vurderes. Det spesielle saksforholdet medfører imidlertid at dommen neppe kan sies å avgjøre rettstilstanden.

I Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) kom spørsmålet om innholdet i § 5-5 første ledd tredje alternativ igjen opp for Høyesterett. I denne saken hevet Rema 1000 en franchiseavtale med en franchisetaker. Det fulgte av avtalen at Rema 1000 hadde rett til å overta franchisetake-

rens varebeholdning til innkjøpspris og motregne kjøpesummen i eventuelle krav Rema 1000 hadde mot franchisetaker. Rema 1000 tok så over varebeholdningen og deler av driftstilbehøret, og gjorde opp kjøpesummen ved motregning. Rema 1000 solgte så dette til samme pris til en ny franchisetaker som overtok driften umiddelbart. Boet hevdet at motregningen innebar at Rema 1000 ble begunstiget på bekostning av de øvrige kreditorene, og krevde betalingen omstøtt med hjemmel i § 5-5.

Høyesterett ga boet medhold. Man fant at i den grad betalingen måtte anses som betaling av gjeld, måtte det være klart at både vilkåret om «*usedvanlige betalingsmidler*» og vilkåret om «*betydelig forringet betalingsevne*» var oppfylt. Hva gjaldt det sistnevnte er domspremissene knappe. Etter å ha fastslått at vilkåret om usedvanlige betalingsmidler var oppfylt, uttalte retten følgende:

*«Det samme må etter min mening gjelde det alternative vilkår om at betalingen har skjedd «med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne», idet det er på det rene at overtakelsen av varelageret og driftstilbehøret i vesentlig grad – ca. 67 % - reduserte selskapets tilgjengelige dekningsmidler.»*

Høyesterett sa ikke noe om hva som menes med «*tilgjengelige dekningsmidler*». Er det alle selskapets aktiva, bare ikke-pantsatte aktiva eller kun lett omsettelige aktiva? Etter mitt syn kan uttrykket «*tilgjengelige dekningsmidler*» åpne for alle de tre forståelsene. Hva Høyesterett har ment med disse uttalelsene er dermed vanskelig å fastslå sikkert. Et moment som kan tilsi at Høyesterett har ment at det er skyldnerens ikke-pantsatte aktiva som skal legges til grunn, er det faktum at retten legger avgjørende vekt på hvor mange prosent betalingen utgjorde av betalingsevnen. Dette er i samsvar med Husers prosentteori,<sup>60</sup> og dersom hensikten har vært å følge denne, er det naturlig å tro at retten har ansett skyldnerens ikke-pantsatte aktiva for å utgjøre betalingsevnen. Ettersom Høyesterett ikke har henvist til Husers eller på annen måte uttrykkelig sluttet seg til hans teori, kan imidlertid ikke dette uten

---

<sup>60</sup> Se punkt 4.1.3



videre sluttet av dommen. Som punkt 4.1.4.2 vil vise har lagmannsrettene flere ganger vektlagt betalingens prosentvise reduksjon av betalingsevnen, selv om vurderingen av skyldnerens betalingsevne tar utgangspunkt i hans likviditet.

Da det springende punkt i saken var om betalingen måtte anses som ordinær, kan det for meg se ut som om Høyesterett tar noe lett på vurderingen av skyldnerens betalingsevne, og nærmest kun fastslår at denne ble betydelig forringet. At Høyesterett fant at vilkåret om usedvanlig betalingsmiddel var oppfylt, kan også være en av årsakene til at retten ikke foretok en utfyllende drøftelse av betalingsevnen. Ettersom vilkåret i det alternative omstøtelsesgrunnlaget allerede var oppfylt, var det ikke avgjørende for omstøtelsesadgangen at betalingen også representerte en betydelig forringelse av betalingsevnen.

Ettersom det var dissens i Teamcon-dommen, hadde det etter min mening vært ønskelig om Høyesterett i Rema 1000-dommen utformet sine premisser klarere med tanke på avklaring av rettstilstanden. At retten med «*tilgjengelige dekningsmidler*» her synes å ha introdusert et nytt skjønnsmessig vurderingstema ved fastsettelsen av betalingsevnen, fører etter mitt syn snarere til mer uklarhet enn avklaring om hva som nærmere ligger i «*betalingsevne*».

Siste gang Høyesterett foretok en vurdering av begrepet «*betalingsevne*» var i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Faktum i saken var som følger: Et morselskap (Centrum Eiendom AS) hadde en betydelig gjeld til sitt datterselskap (Centrum Eiendomsmegling AS). Før sistnevnte gikk konkurs, betalte morselskapet et krav for datterselskapet og motregnet sitt regresskrav mot datterselskapet i sin gjeld til datterselskapet. Høyesterett måtte her for det første ta stilling til om en slik betaling fra tredjemann (Centrum Eiendom AS) overhodet kunne omstøtes overfor betalingsmottakeren med hjemmel i § 5-5. Høyesterett besvarte dette bekreftende. Det andre tvistepunktet i saken var hva som skulle medregnes i skyldnerens betalingsevne. Hva gjaldt forståelsen av dette begrepet, viste retten til Teamcon-dommen og flertallets uttalelse om at likviditeten måtte ligge til grunn for vurderingen. Videre trakk retten frem Rema 1000-dommen og viste til uttrykket «*tilgjengelige dekningsmidler*». Hva gjaldt innholdet i dette uttrykket, hevdet retten at «*tilgjengelige dek-*

*ningsmidler ... [må] ut fra sammenhengen ... leses som en stikkordsmessig henvisning til flertallets synspunkt i Rt-1999-64» (altså Teamcon-dommen). Så langt kan det se ut som om Høyesterett legger til grunn at fastleggelsen betalingsevnen skal gjøres på bakgrunn av skyldnerens likviditet. Uten å ta videre stilling til innholdet i begrepet betalingsevne, uttalte imidlertid Høyesterett i samme avsnitt at:*

*«[d]et generelle poenget i vår sammenheng er at et formuesgode ikke uten videre skal regnes med ved fastleggingen av betalingsevnen etter § 5-5 bare fordi det inngår i bomassen».*

Slik jeg oppfatter denne uttalelsen, sier Høyesterett her verken at den er enig i eller uenig i at det er likviditeten som skal legges til grunn for fastleggelsen av betalingsevnen, men kun at det ikke kan være slik at ethvert formuesgode skal regnes med. Når det gjelder hvilke aktiva som skal medregnes, konkluderer Huser i sin bok med at *«antakelig bør samtlige aktiver medregnes»*, det vil si også ikke-likvide midler.<sup>61</sup> Dersom en ser Høyesteretts uttalelse i lys av denne uttalelsen, kan det tilsi at Høyesterett har ment å ta avstand fra Husers oppfatning ved å understreke at det ikke kan være slik at nødvendigvis samtlige aktiver skal medregnes.<sup>62</sup> På den annen side sier retten bare at *«et formuesgode ikke uten videre skal regnes med ved fastleggingen»*. At ikke ethvert formuesgode skal medregnes må anses å være i samsvar med Husers teori. Selv om han hevder at det er uten betydning hvor likvide midlene er, er det kun skyldnerens ikke-pantsatte aktiva som kan medtas i beregningen. At ethvert formuesgode ikke skal regnes med, vil dermed være tilfellet både der det tas utgangspunkt i skyldnerens likviditet og der det legges til grunn en vurdering basert på frie aktiva. Etter mitt syn bringer derfor ikke denne uttalelsen fra Høyesterett oss noe nærmere en avklaring av hvilken av betraktningmåtene som skal legges til grunn for fastleggelsen.

---

<sup>61</sup> Huser (1992) s. 317

<sup>62</sup> Ankerud (2012) s. 315

Jeg mener det er uheldig at retten uttalte seg såpass vagt, ettersom underrettspraksis etter de tidligere nevnte høyesterettsdommer viser at det er behov for avklaring.<sup>63</sup> En grunn til at Høyesterett ikke gikk nærmere inn på innholdet i begrepet «*betalingsevne*», kan ha vært at retten i den konkrete saken fant at det var klart at lagmannsrettens forståelse av begrepet var feil; at det forelå usikkerhet med hensyn til hvilke gjeldsposter som ville bli innfridd, kunne ikke medføre at den omtvistede fordringen måtte settes ut av betraktning ved beregningen av betalingsevnen.<sup>64</sup> At slike fordringer skal medregnes må være korrekt enten det legges til grunn en vurdering basert på likviditet eller frie aktiva. Det var derfor ikke nødvendig for Høyesterett å ta stilling til hvilke av de to betraktningmåtene som måtte legges til grunn.

Høyesterett har altså uttalt seg tre ganger om vilkåret betydelig forringet betalingsevne, noe som etter min mening har skapt mer forvirring enn avklaring. Uttalelsene i avgjørelsene er knappe og vage, og kan virke innbyrdes uforenelige. Som gjennomgangen av praksis fra lagmannsrettene vil vise, synes Høyesteretts noe uklare og vaklende praksis også å ha preget underrettene. Etter min mening hadde det vært ønskelig om Høyesterett kunne oppstille klarere retningslinjer hva gjelder innholdet i vilkåret neste gang spørsmålet oppstår for Høyesterett.

### 3.1.5.3 Praksis fra lagmannsrettene

Som fremstillingen over viser, er det uklart hva Høyesterett nærmere legger i begrepet «*betalingsevne*». Praksis fra lagmannsrettene vil dermed kunne være med på å kaste lys over innholdet i begrepet.

I LH-1999-871 hadde skyldneren betalt fem fakturaer like før konkursåpning. Boet hevdet at tre av disse betalingene måtte omstøtes med hjemmel i § 5-5 første ledd tredje alternativ.

---

<sup>63</sup> Se punkt 3.1.5.3

<sup>64</sup> Se punkt 3.2.3

Hva gjaldt forståelsen av uttrykket «*betalingsevne*», trakk retten inn forarbeidene og juridisk litteratur, hvor den viste til Husers teori om at de frie aktiva er avgjørende. Retten trakk også inn Teamcon-dommen og påpekte at «*[d]et sentrale er «skyldnerens betalingssevne – likviditet»*». Det er etter min mening noe uklart om retten mente at betalingsevnen generelt skal vurderes etter skyldnerens frie aktiva, eller om det skal foretas en mer samlet vurdering basert på skyldnerens likviditet. I den konkrete vurderingen fortok imidlertid retten en helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold. Med henvisning til Teamcon-dommen la retten vekt på at det ikke kunne sies å ha foreligget noen refinansieringssituasjon med økonomiske fordeler for skyldneren. Videre ble det påpekt at kredittytelsen innebar at selskapets likviditet ble vesentlig forbedret, men at dette kun var kortsiktig. Selv om betalingene måtte anses for å betydelig forringe skyldnerens betalingsevne, fant retten imidlertid at disse måtte anses som ordinære og dermed ikke omstøtelige.

At retten foretar en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet, var også tilfellet i LB-2001-2709. Ved vurderingen av skyldnerens betalingsevne tok retten utgangspunkt i forarbeidene, og uttalte i likhet med Teamcon-dommen at det må foretas en «*sammenligning av den økonomiske situasjonen i selskapet før og etter betalingen hvor skyldnerens likviditet er sentral*». I den konkrete vurderingen understreket retten at selskapet på betalingstidspunktet ikke hadde noen likviditet. Det ble videre påpekt at «*[u]t fra en likviditetsbetraktning ble således betalingsevnen betydelig forringet ved betalingen til skattefogden – selskapet var i realiteten betalingsudyktig*». Skyldnerens likviditet var imidlertid ikke det eneste momentet i totalvurderingen. Retten fremhevet at det i en samlet vurdering «*også vil være av betydning hvor mye betalingen utgjorde av selskapets aktiva og også hvor mye det ble igjen til andre kreditorer etter at skattefogden hadde fått dekket sitt krav*». Retten konkluderte så med at betalingen til kreditor måtte anses for så stor at skyldnerens betalingsevne ble betydelig forringet. Dersom man i denne saken utelukkende hadde vurdert skyldnerens betalingsevne på bakgrunn av hans frie aktiva og lagt Husers prosentteori til grunn,<sup>65</sup> ville betalingen neppe blitt ansett å medføre en betydelig forringelse av beta-

---

<sup>65</sup> Se punkt 4.1.3

lingsevnen da betalingen etter tingrettens beregning kun utgjorde 13,5 % av de frie aktiva.<sup>66</sup> Dette viser at valg av betrakningsmetode kan ha avgjørende betydning for utfallet av omstøtelsessaken.

I RG 2009 s. 129 (Eidsivating) kom spørsmålet om omstøtelse av betaling etter § 5-5 første ledd tredje alternativ nok en gang opp for lagmannsretten. Ved fastsettelsen av skyldnerens betalingsevne konkluderte retten, på bakgrunn av forarbeidene og Teamcon-dommen, at disse rettskildefaktorene «synes å åpne for et betydelig skjønn og en helhetstilnærming». Retten uttalte videre at «[e]tter lagmannsrettens syn får man et forsvarlig bilde av «debitors omsetning og vanlige likviditet» - den størrelsen betalingene skal holdes opp mot - ved å nettopp se på hvilke likvider som var tilgjengelig i perioden fra 1. oktober 2005 til konkursåpning». Slik som i Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000), dukker også her uttrykket «tilgjengelige midler» opp. I motsetning til Høyesterett, foretok lagmannsretten en nærmere utdyping av hva retten la i dette. Skyldnerens tilgjengelige midler måtte anses som de likvider som var tilgjengelig for skyldneren. Ifølge retten skulle det således foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet, og ikke kun en vurdering av skyldnerens frie aktiva.

I de nevnte dommer har lagmannsrettene ved fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne foretatt en samlet vurdering av hele hans økonomiske forhold på betalingstidspunktet. Det finnes imidlertid flere eksempler på at lagmannsretten følger Husers teori og knytter vurderingen av betalingsevne alene til en vurdering av skyldnerens frie aktiva. Et eksempel på det er LB-2006-163808 som gjaldt betaling av leverandørgjeld. Her viste retten til Huser og sluttet seg til hans syn om at «[a]lt tatt i betraktning synes de beste grunner å tale for at man ved vurderingen av om betalingen betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, legger avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med verdien av debtors tilgjengelige verdier på betalingstidspunktet».

---

<sup>66</sup> Disse prosentsatsene fremgår av Oslo byretts dom i saken, datert 25. mai 2001 (saksnr. 00-09888 A/46)

At retten foretar en vurdering basert på skyldnerens frie aktiva, var også tilfellet i LG-2006-17565. Her er domspremissene knappe, men det fremkommer at retten holdt betalingen opp mot «*boets samlede aktiva*», det vil si skyldnerens frie aktiva.

Det finnes også eksempler på at retten ikke tar stilling til hva som må anses å utgjøre betalingssevnen. I LB-2005-118889 understreket retten at ordlyden ikke var entydig, og at en nærmere avklaring måtte forankres i forarbeider, rettspraksis og juridisk teori. Etter en gjennomgang av de nevnte rettskilder, konkluderte retten med at «*man ut fra rettspraksis og teori ikke [kan] foreta en klar avgrensning av begrepet «betalingsevne»*». Videre ble det uttalt at «*i den foreliggende sak har det imidlertid ikke betydning om beregningsgrunnlaget bare omfatter MIMs likvide midler eller alle beslagbare formuesgoder, fordi lagmannsretten uansett er kommet til at betalingen «betydelig har forringet skyldnerens betalingssevne»*».

Fremstillingen viser at praksis fra lagmannsrettene også er nokså uklar og sprikende. Den gir da begrenset veiledning til fastleggelsen av innholdet i begrepet «*betalingsevne*».

### 3.1.6 Oppsummering og vurderinger

Gjennomgangen over viser altså at rettskildebildet er nokså sprikende. Som en litt forenklet sammenfatning av rettskildene kan man si at lovens ordlyd taler for at skyldnerens betalingssevne skal vurderes på bakgrunn av hans likviditet. Forarbeidene taler også for en likviditetsvurdering, og åpner opp for at det kan foretas en mer helhetlig vurdering av skyldnerens økonomi, ved å trekke inn omsetning som vurderingstema. Flertallets uttalelser i Rt 1999 s. 64 (Teamcon) tilsier at det skal skje en bredere og samlet vurdering av skyldnerens økonomiske forhold, med utgangspunkt i hans likviditet. I de to siste avgjørelsene fra Høyesterett om dette temaet, Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) og Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eieningsmegling), har uttalelsene om forståelsen av begrepet betalingssevne vært knappe, og gir etter min mening sparsom veiledning. Også praksis fra lagmannsrettene har vært sprikende. Oppfatningene i juridisk litteratur er nokså forskjellige. Andenæs synes i de siste årene å ha endret sitt syn på hva betalingen skal vurderes i lys av, og i sin siste utgave leg-

ger han, i likhet med Nazarian, til grunn at målestokken må være skyldnerens likvide midler og midler skyldneren lett kan omgjøre til likvide midler.<sup>67</sup> Sandvik tar utgangspunkt i skyldnerens frie aktiva, men også han åpner for at skyldnerens likviditet kan komme inn som et moment i vurderingen.<sup>68</sup> Huser har et annet syn på hva som må inngå i skyldnerens betalingsevne. Han hevder at den omtvistede betalingen alene skal holdes opp mot skyldnerens frie aktiva. En slik vurdering strider tilsynelatende mot både ordlyd og forarbeider.

I praksis synes boene å ha en tendens til å velge Husers innfallsvinkel, ved å sammenligne den omtvistede betaling med skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet.<sup>69</sup> Det kan da settes spørsmålsteget ved om dette er riktig juss, da det fraviker både lovens ordlyd og forarbeider.

I en de lege ferenda-betraktning om hvilken vurderingsmåte som bør legges til grunn for å fastsette betalingsevnen, gjør blant annet retts tekniske hensyn seg gjeldende. Hensynet til retts teknisk enkle regler kan tilsi at fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne skal skje basert på Husers teori, ettersom vurderingen av hvilke frie aktiva som forelå på betalingstidspunktet, er langt enklere å foreta enn en vurdering av betalingens innvirkning på skyldnerens likviditet og øvrige økonomiske forhold. Også hensynet til forutberegnelighet taler for klare og retts tekniske enkle regler. Det vil være lettere for berørte parter å forutsi sin stilling dersom kriteriene for når det foreligger en betydelig forringelse er klare, i motsetning til der avgjørelsen er mer skjønnspreget og vurderingsbasert. Sistnevnte vurderingsmåte kan også medføre et mer omfattende bevistemåte enn hvor vurderingen kun skal knyttes til forekomsten av frie aktiva.

At betalingen skal sammenholdes med skyldnerens frie aktiva vil imidlertid være problematisk der virksomheten er lite kapitalkrevende, noe som blant annet er tilfellet for virk-

---

<sup>67</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>68</sup> Sandvik (1985) s. 39

<sup>69</sup> Se note 104

somheter som driver salg av tjenester.<sup>70</sup> I slike tilfeller vil virksomheten ofte ikke ha aktiva av særlig verdi. Virksomheten kan således ha en betydelig omsetning og god likviditet, uten at den har særlige verdier i form av ikke-pantsatte aktiva. Dersom vurderingen av selskapets betalingsevne i slike tilfeller ikke tar hensyn til virksomhetens omsetning og likviditet, men kun dens frie aktiva, kan dette gi et skjevt bilde av selskapets faktiske økonomiske situasjon. Men det er ikke bare i forhold til mindre kapitalkrevende virksomheter at en vurdering basert utelukkende på de frie aktiva kan slå skjevt ut. Den vide pantsatteseadgangen medfører at også svært kapitalkrevende virksomheter i praksis ofte vil ha lite frie, ikke-pantsatte aktiva. Dersom en kun skal vurdere betalingen opp mot slike frie aktiva, vil en risikere at selv svært små beløp anses å ha betydelig forringet betalingsevnen, selv om virksomheten har god omsetning og likviditet. Dette taler for at det må foretas en helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold.

## **3.2 Nærmere om vurderingen av betalingsevnen**

### **3.2.1 Innledning**

Redegjørelsen over har vist at innholdet i begrepet «*betalingsevne*» i stor grad er uklart, ved at det i hovedsak er to betraktningmåter som legges til grunn; en vurdering basert på skyldnerens frie aktiva og en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet. I det følgende vil jeg se nærmere på hvilke aktiva juridisk litteratur og rettspraksis har medregnet ved fastsettelsen av skyldnerens betalingsevne, og verdsettelsen av disse. Jeg vil også undersøke om andre momenter er blitt vektlagt. Hva som er blitt vektlagt i vurderingen av betalingsevnen vil kunne være forskjellig for de to betraktningmåtene. Jeg finner det derfor hensiktsmessig å skille mellom disse.

---

<sup>70</sup> Se for eksempel Rt. 1999 s. 64 (Teamcon)



### 3.2.2 Vurdering basert på skyldnerens frie aktiva

Der vurderingen av skyldnerens betalingsevne tar utgangspunkt i hans frie aktiva, vil disse være det eneste av betydning ved fastsettelsen av denne. Ved spørsmålet om man må se bort fra eiendeler som kan være vanskelig å omsette, slik som for eksempel anleggsmidler, konkluderer Huser med at svaret ikke er opplagt. Han mener likevel at «*antakelig bør samtlige aktiver medregnes*». <sup>71</sup> Han begrunner dette med at det er likegyldig for bokkreditorene hvor likvide de forskjellige aktiver er, og at det ikke foreligger noe krav om årsakssammenheng mellom den omstridte betalingen og senere insolvens. Det har også klart rettsstekniske fordeler å medregne alle aktiver, ettersom en da slipper å vurdere hvorvidt et aktivum er tilstrekkelig likvid til å medregnes. <sup>72</sup> Utgangspunktet er dermed alle skyldnerens ikke-pantsatte aktiva må medregnes.

Hva gjelder verdsettelsen av skyldnerens aktiva, hevder Huser at det kun er friverdien som kan medregnes. <sup>73</sup> Det vil si at der aktiva er pantsatt, er det kun en eventuell verdi som overstiger pantegjelden som skal medtas i vurderingen av betalingsevnen. Her er det den underliggende effektive pantegjelden som er avgjørende, og ikke pantets pålydende.

At kun den frie verdien av aktiva skal medregnes, er også fulgt i praksis. I LG-1996-67 uttalte f.eks. lagmannsretten at «*[n]år et aktivum er beheftet med pant er det kun den del av verdien som overstiger heftelsen som kan sies å være disponibel for bokkreditorene*».

Videre skal verdien på aktiva vurderes til markedsverdi, på den gunstigste måte for skyldneren. <sup>74</sup> Det er de reelle verdiene som må fastlegges. Hva gjelder fordringer, følger det av rettspraksis <sup>75</sup> og teori <sup>76</sup> at en må se på fordringens godhet og ikke pålydende. Det vil si at

---

<sup>71</sup> Huser (1992) s. 317

<sup>72</sup> Huser (1992) s. 317

<sup>73</sup> Huser (1992) s. 317

<sup>74</sup> Huser (1992) s. 318

<sup>75</sup> Se bl.a. LB-2006-163808 og Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling)

krav det antas å ikke kunne oppnås dekning for, ikke kan tas i betraktning ved vurderingen av betalingsevnen. Dette gjelder tilsvarende for skyldnerens øvrige aktiva. Dersom for eksempel aksjer har sunket i verdi eller varelager har blitt ukurant, er det de reelle verdiene som må legges til grunn for verdsettelsen.

Et særskilt spørsmål i forbindelse med vurderingen av betalingsevnen er om ubenyttet kassekreditt og andre trekkrettigheter kan medregnes. Huser hevder at «*[i]nnvilget, ubenyttet kassekreditt eller andre kredittmuligheter ikke kan tas med i regnestykket*». Lagmannsretten støttet opp under dette i LB-2006-163808. Her påpekte retten at trekkrettigheter på en kassekredittkonto «*ikke kan anses å utgjøre en del av de tilgjengelige midler*» til skyldneren. Det er på det rene at slike trekkrettigheter regnskapsmessig ikke kan anses som aktiva. Dette innebærer at dersom en legger Husers betraktningssmåte til grunn, er en avskåret fra å innta trekkrettigheter i vurderingen av betalingsevnen. Der retten derimot har tatt utgangspunkt i en bredere vurdering av skyldnerens økonomiske forhold, har slike rettigheter blitt tatt med i beregningen av skyldnerens betalingsevne, se punkt 3.2.3.

### 3.2.3 Helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold

Der en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet legges til grunn, vil det åpne for at flere momenter kan trekkes inn i fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne. I likhet med betraktningssmåten som legger avgjørende vekt på skyldnerens frie aktiva, vil skyldnerens aktiva være et moment av betydning i vurderingen av hans likviditet. I motsetning til Husers teori, kan imidlertid ikke samtlige aktiver medregnes. Det er kun likvide midler og midler skyldneren lett kan omgjøres til likvide midler som skal inntas i vurderingen.<sup>77</sup> Ettersom aktiver kan være mer eller mindre lette å realisere, innebærer dette at det må foretas en vurdering av om det aktuelle aktivum er tilstrekkelig likvid til å kunne medregnes.

---

<sup>76</sup> Se Huser (1992) s. 318

<sup>77</sup> Andenæs (2009) s. 325

Et eksempel på aktiva det kan knytte seg usikkerhet til, er driftsmidler. Disse kan være vanskelig omsettelige da de for eksempel kan være spesialtilpasset til den aktuelle virksomhet eller kun interessant for en snever krets av kjøpere. Salg av virksomhetens driftsmidler vil også ofte kunne vanskeliggjøre virksomhetens videre drift. I LB-2004-13673 gjennomgikk lagmannsretten hvilke midler som skulle medregnes i skyldnerens betalingssevne. Ved vurderingen av om driftsmidler skulle medregnes, uttalte retten at den var i tvil ettersom dette var *«verdier som ikke er likvide og som vanligvis vil være vanskelig å omsette. Selges de ut, vil grunnlaget for videre drift forsvinne»*. Lagmannsretten regnet likevel med driftsmidlene. Dette hadde imidlertid ingen betydning for resultatet, da retten – med driftsmidlene medregnet – fant at betalingen uten tvil innebar en betydelig forringelse av betalingsevnen. Om skyldnerens driftsmidler skal inngå som et moment i vurderingen av hans betalingsevne er således usikkert. Ettersom det kan være stor forskjell på driftsmidlene, må det foretas en konkret vurdering basert på midlenes likviditet. Et eksempel på likvide driftsmidler kan være nyinnkjøpte PC'er som lett kan selges, i motsetning til spesialtilpassede maskiner som ingen andre kan bruke.

Hva gjelder verdsettelsen av skyldnerens aktiva mener Andenæs, i likhet med Huser, at det for beheftede formuesgoder kun er verdien som overstiger heftelsene som kan tas i betraktning.<sup>78</sup> Når det foretas en helhetsvurdering av skyldnerens likviditet og omsetning, er det etter min mening imidlertid ikke gitt at man skal se helt bort fra pantsatte aktiva. Som eksempel kan en bruke et pantsatt varelager; dersom kun skyldnerens frie aktiva skal medtas i vurderingen, vil bare den verdien som er igjen etter fratrukk fra den underliggende effektive pantegjelden kunne medregnes i skyldnerens betalingsevne. Dersom pantegjelden omfatter hele verdien av varelageret, må en således se helt bort i fra dette aktiva. Dersom en derimot vurderer betalingsevnen ut fra blant annet skyldnerens likviditet og omsetning, er det klart at et varelager vil kunne bidra til å øke betalingsevnen dersom varelageret bidrar til inntekter til virksomheten, selv om hele varelageret skulle være beheftet. Salg av de

---

<sup>78</sup> Andenæs (2009) s. 325

pantsatte varene vil jo skape inntekter og likviditet til å betale selskapets forpliktelser. Det kan således gi et misvisende inntrykk av skyldnerens økonomiske stilling dersom det kun er de ikke-pantsatte aktiva som tas med i vurderingen.

I likhet med punkt 3.2.2, må verdsettelsen av aktiva gjøres på bakgrunn av deres reelle verdier. Hva gjelder fordringer på virksomhetens hånd, følger dette blant annet av LB-2004-13673, hvor lagmannsretten nedjusterte verdien på virksomhetens kundefordringer ved å trekke fra de fordringene som det ikke kunne antas å oppnå dekning for.

Men det forhold at det til den aktuelle fordring knytter seg en viss usikkerhet om hvilke gjeldsposter som vil bli innfridd, er imidlertid ikke nok til å se bort ifra den. Dette slo Høyesterett fast i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), hvor det var spørsmål om det ved fastsettelsen av skyldnerens betalingsevne måtte ses bort fra fordringen konkursskyldneren hadde på morselskapet. Lagmannsretten konkluderte med at så var tilfellet. Retten begrunnet dette med at ettersom det var morselskapet som i realiteten styrte konkursskyldnerens likviditet, var dette egnet til å skape usikkerhet om hvilke av selskapets gjeldsposter som ville bli innfridd ved å trekke på fordringen. Denne usikkerheten måtte ifølge lagmannsretten medføre at fordringen på morselskapet ikke kunne anses å bidra til betalingsvnen. Høyesterett fant imidlertid at lagmannsrettens lovforståelse var uriktig på dette punktet, og understreket i den forbindelse at *«[e]n slik usikkerhet fører ikke til at man ved anvendelsen av § 5-5 setter ut av betraktning de betalingsmidler skyldneren faktisk har til rådighet i denne sammenheng»*. Høyesterett konkluderte så med at *«[d]et sentrale må være om fordringen rent faktisk fungerer som et betalingsmiddel for datterselskapet ...»*. Faktum var for øvrig at det ikke var noe å si på betalingsevnen (eller betalingsviljen) til morselskapet. Det fremgår således av kjennelsen at boet etter konkursen fikk inndrevet fordringen på morselskapet.

At det er den reelle verdien som må legges til grunn for verdsettelsen, gjelder tilsvarende for skyldnerens øvrige aktiva.<sup>79</sup>

Som nevnt i punkt 3.2.2 har det i rettspraksis og juridisk litteratur vært spørsmål om ubenyttet kassekreditt og andre trekkrettigheter skal medregnes i skyldneres betalingsevne. Dersom en legger Husers betraktningssmåte til grunn, vil en være avskåret fra å ta hensyn til ubenyttede trekkrettigheter, da slike rettigheter ikke kan anses som aktiva overhodet, se punkt 3.2.2. Der det har blitt lagt en bredere vurdering av skyldnerens økonomi til grunn for fastleggningen av betalingsevnen, har derimot retten vektlagt skyldnerens ubenyttede trekkrettigheter ved fastsettelsen av betalingsevnen. Et eksempel på dette er RG 2009 s. 129 (Eidsivating). Her hevdet boet at det utbetalte beløp måtte ses i sammenheng med de frie aktiva boet kunne beslaglegge, og at trekkrettigheter ikke kunne medregnes. Lagmannsretten var ikke enig i dette. Hva gjaldt ubenyttede trekkrettigheter konkluderte retten med at *«[n]år det skal legges til grunn at benyttelse av ubrukte trekkrettigheter på en kassekreditt kan svekke konkursdebitors betalingsevne, må disse trekkrettighetene også med på den andre side i regnskapet. Trekkrettighetene må anses som tilgjengelige dekningsmidler»*. Dette synet er altså et annet enn det som ble lagt til grunn i LB-2006-163808.<sup>80</sup> I sistnevnte dom uttalte retten at trekkrettigheter på en kassekredittkonto *«ikke kan anses å utgjøre en del av de tilgjengelige midler»* til skyldneren. Grunnen til at lagmannsretten i 2006-dommen ikke medregnet ubenyttede trekkrettigheter er at retten i denne saken vurderer skyldnerens betalingsevne på grunnlag av hans frie aktiva, i motsetning til 2009-dommen der retten bygget mer på en skjønsmessig helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold. Uttalelsene i de to dommene kan vanskelig forenes.

Der retten har lagt en helhetsvurdering til grunn, viser fremstillingen at skyldnerens lett omsettelige aktiva og trekkrettigheter inngår i vurderingen av hans betalingsevne. Men praksis viser at retten også har vektlagt andre momenter. Rt. 1999 s. 64 (Teamcon) gir et

---

<sup>79</sup> Se punkt 3.2.2

<sup>80</sup> Se punkt 3.2.2

eksempel på dette. Her sammenlignet Høyesterett selskapets økonomiske situasjon før og etter betalingen, og åpnet dermed opp for blant annet å trekke inn betalingsstrømmen til øvrige kreditorer etter den omstridte betaling. Retten konkluderte med at ettersom skyldneren blant annet betalte sine øvrige forpliktelser ved forfall helt frem til konkursen, var det vanskelig å si at betalingsevnen var betydelig forringet. Flere hensyn taler for å innta dette som et moment i vurderingen. Dersom en virksomhet for eksempel har lite aktiva, men en stadig innkommende kontantstrøm, kan det være anstrengt å si at den omstridte betalingen til en av kreditorene forringet hans «*betalingsevne*» - det vil si hans evne til å gjøre opp for seg - *dersom* han i tiden etter betalingen fortsatte å betale de øvrige kreditorene.

Høyesterett har også lagt vekt på eventuelle positive konsekvenser av betalingen ved vurderingen av om den har betydelig forringet betalingsevnen. Etter å ha sett på de økonomiske virkningene av refinansieringen som en helhet, konkluderte Høyesterett i Teamcondommen (Rt. 1999 s. 64) med at det ikke var skjedd en betydelig forringelse av betalingssevnen. Selv om det ved refinansieringen var blitt stilt sikkerhet for tidligere usikret gjeld, påpekte retten at disposisjonen medførte betydelige forretningsmessige fordeler i form av reduserte renteutgifter, to års avdragsfrihet og en generell forskyving av avdrag. Også underrettspraksis har lagt vekt på slike positive virkninger av en betaling. Et eksempel på dette er RG 1993 s. 433 (Eidsivating), hvor den annen part både hadde levert varer til skyldneren for så å tilbakekjøpe deler av det i vekslende omfang. Kort tid før konkurs økte den annen part sine tilbakekjøp radikalt og benyttet gjelden som da oppsto overfor skyldneren, til å motregne overfor konkursboet. Boet hevdet at det omfattende tilbakekjøpet måtte omstøtes med hjemmel i § 5-5 første ledd tredje alternativ. Ettersom det her hadde gått en strøm av penger og varer begge veier, måtte det imidlertid etter lagmannsrettens oppfatning i dette tilfellet «*foretas en samlet bedømmelse på grunnlag av alle poster i det økonomiske mellomværende mellom partene i det aktuelle tidsrom*». Det vil si at lagmannsretten ikke bare så isolert på de gjeldsbetalinger som hadde funnet sted i denne perioden (ved overføring av penger og varer til den annen part), men også på de leveranser og innbetalinger fra den annen part som hadde skjedd i samme periode og som dermed samtidig bidro til å styrke skyldnerens betalingsevne. En konsekvens av at lagmannsretten også la vekt på disse

positive virkningene av den omtvistede disposisjonen, var at beløpet det var aktuelt å omstøte ble satt kraftig ned.

Dersom en ser helt bort i fra betalinger som skjer til skyldneren, og kun summerer alle betalingene til kreditor i omstøtelsesperioden,<sup>81</sup> vil resultatet etter min mening kunne bli uheldig. For å fastslå betalingens innvirkning på skyldnerens evne til å betale, bør en vurdere om betalingen inngår i et større hele som samlet kan ha fordeler for skyldneren. Dersom en kun vurderer betalingen isolert, vil en ikke alltid få med betalingens fulle innvirkning på skyldnerens betalingsevne – kun de negative. Der det foretas en slik isolert vurdering av betalingen, kan imidlertid ordinærreservasjonen kunne komme inn og hindre omstøtelse.

Også dansk rett viser at det kan være relevant å vektlegge disposisjonens positive virkninger. I U 2007 s. 761 H krevde boet omstøtelse av en betaling man mente representerte en «*avgjørende*» forringelse av skyldnerens betalingsevne. I motsetning til Landsræten la Højesterett en bred vurdering til grunn, og konkluderte med at betalingen ikke kunne omstøtes. Højesterett begrunnet dette med at den omstridte betalingen kun var én av flere disposisjoner som samlet sett måtte anses å være til fordel for selskapet og deres kreditorer.

### 3.2.4 Oppsummering og vurderinger

Ovennevnte gjennomgang viser at resultatet i stor grad vil kunne variere ettersom en legger til grunn en helhetsvurdering med utgangspunkt i skyldnerens likviditet eller om en legger avgjørende vekt på hans frie aktiva. Den sistnevnte betraktningmåten medfører retts teknisk enkle regler ved at den utelukker omfattende vurderinger. Den hindrer dermed omfattende bevismaer, noe som igjen er prosessbesparende.

---

<sup>81</sup> Se punkt 4.2

Dersom en i stedet legger til grunn en helhetsvurdering, åpner dette for at det kan foretas en bredere vurdering av forhold som har innvirket på skyldnerens økonomi, da også eventuelle positive virkninger av disposisjonen. På den ene siden kan en slik vurdering kanskje forutsette mer kompliserte analyser og medføre et mer omfattende bevistema. Dette kan sies å stride imot formålet bak de objektive omstøtelsesreglene, som blant annet er å lette bevisbyrden til boet. På den annen side vil en ved en slik totalvurdering åpne for en langt mer sammensatt og individuell vurdering, hvor disposisjonen faktiske virkninger på skyldnerens betalingsevne – den negative så vel som de positive – søkes klarlagt og vektlegges. En slik betraktningssmåte vil i større grad åpne for å finne rimelige løsninger i det konkrete tilfellet, i motsetning til Husers betraktningssmåte som kan bli for «mekanisk» og for lite tilpasset de konkrete forholdene i saken.

### **3.3 «Foringet» betalingsevne**

#### **3.3.1 Foreligger det et vilkår om tap?**

Problemstillingen her er om det i vilkåret om betydelig «*foringet*» betalingsevne må innfortolkes et krav om tap for boet. Et eksempel på at boet ikke kan anses å ha lidt noe tap, er hvor skyldneren tar opp et nytt usikret lån av en ny kreditor som i sin helhet brukes til å innfri en annen usikret kreditor. Ses disse disposisjonene i sammenheng, er det ikke skjedd noe endring i skyldnerens økonomiske situasjon, ettersom en gjeldspost er byttet med en tilsvarende annen gjeldspost. Boet har således under en slik synsvinkel ikke lidt noe tap ved disposisjonen. Et annet eksempel på disposisjon som ikke medfører tap for boet er der en kreditor som har betryggende separatistrett, for eksempel en panthaver, får betalt. Ved at kreditor blir betalt faller pantet bort noe som medfører at skyldnerens økonomiske stilling er den samme.

Ordlyden «*betydelig foringet betalingsevne*» oppstiller ikke eksplisitt noe krav om at boet må ha lidt et tap. Til sammenligning oppstiller § 5-9 et krav om at disposisjonen må ha begunstiget en kreditor «*på de øvriges bekostning*», unndratt aktiva som kunne «*tjene til*



dekning for fordringshaverne» eller medført en gjeldsforøkelse «til skade» for kreditorene, noe som klart innebærer et vilkår om tap.<sup>82</sup>

Høyesterett har flere ganger slått fast at det ikke kan oppstilles et tapsvilkår ved de objektive omstøtelsesregler. I Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000) uttalte retten følgende om en anførsel fra den ene part om at betalingen i realiteten ikke hadde påført kreditorene tap:

*«Under enhver omstendighet kan den neppe tillegges særlig vekt, da det ved lovens tilblivelse klart ble presisert at det ikke skal oppstilles noe vilkår for omstøtelse at konkursboet har lidt et tap gjennom disposisjonen som ønskes omstøtt, jf. punkt 6.1 i Ot.Prp.nr.26 (1998-1999).»*

Også lovgiver har lagt til grunn at det ikke foreligger noe vilkår om tap; i Ot. prp. nr. 26 (1998-1999) behandlet departementet et forslag fra Falkanger-utvalget om å lovfeste et generelt tapsvilkår.<sup>83</sup> Departementet fulgte ikke opp forslaget blant annet fordi man mente at innholdet i et slikt vilkår var uklart og innføring av et generelt tapsvilkår ville være prosesskapende.<sup>84</sup>

På bakgrunn av dette synes det nå avklart at det ikke gjelder noe vilkår om at boet må ha lidt tap ved disposisjonen for å kunne omstøte den etter de objektive omstøtelsesregler, herunder § 5-5 første ledd tredje alternativ. Dette innebærer altså at omstøtelse etter dette alternativet kan skje uten hensyn til om betalingen kan anses tapsbringende for boet.

---

<sup>82</sup> Myhre (1992) s. 87

<sup>83</sup> NOU 1993:16 punkt 6.1

<sup>84</sup> Ot. prp. nr. 26 (1998-1999)

### 3.3.2 Særlig om betaling ved trekk på kassekreditt

I forbindelse med diskusjonen om det foreligger et tapsvilkår for objektiv omstøtelse, har det vært reist spørsmål om trekk på negativ kassekreditt kan omstøtes. Ved trekk på negativ kassekreditt vil trekket øke gjelden til kreditor for kassekreditten (banken), mens trekkbeløpet brukes til å betale en annen kreditor. Etersom gjelden er den samme som før trekket, har det vært hevdet at et slikt trekk må anses som et kreditorskifte som ikke kan sies å skade de øvrige kreditorene og dermed heller ikke kan omstøtes etter § 5-5.<sup>85</sup>

I Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame) var spørsmålet om betaling ved trekk på negativ kassekreditt kunne omstøtes opppe for Høyesterett. Spørsmålet her var om flere innbetalinger av skattetrekksterminer måtte anses som ekstraordinære betalinger etter § 5-5. Et springende punkt var om betalingene måtte anses som «ordinære». Høyesterett konkluderte med at to av innbetalingene ikke kunne anses ordinære. Videre konkluderte Høyesterett med at disse betalingene måtte omstøtes. Ved vurderingen av om det var skjedd en forringelse av betalingsevnen, tok ikke retten stilling til om § 5-5 første ledd tredje alternativ oppstilte et generelt vilkår om tap for boet, men konkluderte med at forringelsesvilkåret var oppfylt ved trekk på negativ kassekredittkonto. Retten uttalte følgende om dette:

*«Dette vilkåret er etter mitt syn oppfylt når man trekker på en kassekredittkonto, selv om saldoen på kontoen er negativ når betalingen skjer. Det virker kunstig å se en slik betaling som et kreditorskifte som ikke innebærer tap. En kassekreditt kan debitor disponere fritt, og den riktigste betraktningssmåten må være å likestille betaling ved å trekke på kontoen med betaling med likvide midler.»*

Gjeldende rett må således være at forringelsesvilkåret må anses oppfylt ved trekk på negativ kassekreditt, og at betalingen med det kan omstøtes etter § 5-5 første ledd tredje alternativ, forutsatt av at de øvrige vilkårene er oppfylt.

---

<sup>85</sup> Se blant annet RG 1989 s. 132 (Eidsivating)

## 4 Betydelighetskriteriet

### 4.1 «Betydelig» forringelse

#### 4.1.1 Innledning

Fremstillingen har til nå vært konsentrert om hva som ligger i vilkåret «*foringet betalingssevne*». Problemstillingen her er hva som må anses for å utgjøre en «*betydelig*» forringelse av skyldnerens betalingsevne.

#### 4.1.2 Ordlyd og forarbeider

En naturlig språklig forståelse av ordlyden «*betydelig*» tilsier det må foreta en skjønnsmessig vurdering av betalingen. Ordlyden oppstiller også en grense ved at betalingen nødvendigvis må være av en viss størrelsesorden for at den skal kunne omstøtes. Hvor stor betalingen må være for at betydelighetsvilkåret er oppfylt, kan imidlertid ikke sluttes fra ordlyden.

Forarbeidene er også knappe hva gjelder innholdet i betydelighetskravet. Det heter i motivene at vurderingen skal «*avgjøres på objektivt grunnlag: beløpets størrelse sett i relasjon til debtors omsetning og vanlige likviditet*».<sup>86</sup> Forarbeidene tilsier således at det skal skje en objektiv skjønnsmessig vurdering. Videre må dreie seg om «*et så betydelig beløp at debtors betalingsevne blir forringet ...*».<sup>87</sup> Det er dermed ikke tilstrekkelig at beløpet i seg selv er stort, så lenge betalingen ikke har forringet skyldnerens betalingsevne tilstrekkelig. En må derfor se hen til beløpets relative størrelse. Dette kan illustreres av svensk rettspraksis der Högsta Domstolen i ett tilfelle fant at en betaling på 6 000 kr. betydelig forringet skyldnerens betalingsevne<sup>88</sup>, mens retten i en annen sak<sup>89</sup> fant at 145 000 kr. ikke kunne anses som tilstrekkelig forringelse.

---

<sup>86</sup> NOU 1972:20 s. 291

<sup>87</sup> NOU 1972:20 s. 291

<sup>88</sup> NJA 1982 s. 224

#### 4.1.3 Juridisk litteratur

Det synes å være en viss uenighet mellom teoretikerne om innholdet i betydelighetsvilkåret. Ved avgjørelsen av om betalingen representerer en «*betydelig*» forringelse av skyldnerens betalingsevne, hevder Huser at en *kun* skal se på hva betalingen utgjør i prosent av verdien av skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet.<sup>90</sup> Denne teorien omtales gjerne som «prosentteorien». Ved en slik fremgangsmåte kan en sette relativt klare grenser for når en betaling må anses som betydelig forringende, ved å angi betydelighetsterskelen som en proSENTSATS. Dette har utvilsomt klare retts tekniske fordeler, da en unngår en vurderingsbasert fremgangsmåte. Huser finner støtte for sitt syn i svensk rett, hvor Högsta Domstolen flere ganger har lagt en slik vurderingsmåte til grunn. Når det gjelder hvor mye av skyldnerens frie aktiva som må medgå til den omstridte betaling, er det ikke avklart hvor grensen går. Huser viser i denne forbindelse til svensk rett hvor det i rettspraksis og juridisk litteratur er antatt at der betalingen utgjør ca. 10 % må det anses som en betydelig forringelse.<sup>91</sup> Dette ble blant annet lagt til grunn i NJA 2008 s. 1208 hvor retten uttalte at

*«Med ledning av tidligare rättspraxis och i syfte att underlätta den praktiske tillämpningen av bestämmelsen bör det som et riktmärke kunne anges att betalning med ett belopp som överstiger tio procent av tillgångarna träffas av den aktuella återvinningsbestämmelsen».*

Denne grensen kan imidlertid ikke uten videre sies å gjelde i norsk rett, ettersom det er antatt at den svenske omstøtelsesregelen går lenger enn den norske.<sup>92</sup> Ved vurderingen av om en betaling betydelig forringet de øvrige kreditorenes utsikter til å få dekning etter straffe-

---

<sup>89</sup> NJA 1981 s. 759

<sup>90</sup> Huser (1992) s. 313

<sup>91</sup> Lennander (2013) s. 248

<sup>92</sup> Se punkt 1.3.2

lovens bestemmelse<sup>93</sup>, la Høyesterett til grunn at en betaling som utgjorde ca. 26 % av skyldnerens frie aktiva måtte anses som betydelig.<sup>94</sup> Om den konkursrettslige terskel ligger lavere enn den strafferettslige, finner Huser usikkert. Han konkluderer imidlertid med at «[m]ye kan tyde på at grensen kan ligge i intervallet 10 – 25 %, et intervall som muligens kan innsnevres ytterligere til 15 – 20 %».<sup>95</sup> Som begrunnelse for å legge grensen på 15 – 20 % av betalingsevnen, uttaler Huser at denne grensen vil fange opp de vesentligste og mest ekstraordinære betalingene, samtidig som det blant annet er tatt hensyn til at konkurstidspunktet i praksis ofte vil måtte legges til grunn for beregningen av betalingsevnen, noe som ofte vil medføre at betalingsevnen blir satt for lavt.<sup>96</sup> Huser påpeker videre at de nevnte presentsatser og grenser refererer seg til skyldnerens aktiva inklusive betalingen. Dersom en sammenligner det betalte beløp med de aktiva som er igjen etter disposisjonen må grensene heves tilsvarende, det vil si til 17 – 25 %.<sup>97</sup> Ved vurderingen av om det har skjedd en «betydelig» forringelse av skyldnerens betalingsevne, hevder altså Huser at den omtvistede betalingen skal holdes opp mot skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet. Dersom denne utgjør rundt 15 – 20 % av disse aktiva, kan betalingen omstøtes forutsatt av at den likevel ikke fremstår som ordinær. Etersom denne prosentteorien kun innebærer at man skal finne hvilken prosent den omtvistede betalingen utgjør av skyldnerens frie aktiva, synes denne fremgangsmåten å stenge for en bredere vurdering av andre forhold på skyldnerens side.

Det er fra flere teoretikere blitt rettet kritikk mot Husers prosentteori. En av disse er Kåre Lilleholt. Han uttaler følgende i en artikkel som omhandler argumentasjonsmønsteret i Høyesteretts praksis:

---

<sup>93</sup> Se nå straffeloven § 284

<sup>94</sup> Se blant annet Rt. 1896 s. 554

<sup>95</sup> Huser (1992) s. 314

<sup>96</sup> Huser (1992) s. 316. Se punkt 5

<sup>97</sup> Huser (1992) s. 318

*«Der lovgjevaren har opna for konkret dommarskjøn, skal korkje Høgsterett eller andre prøve å laga regel av skjønnet. Er det eit vilkår for omstøyting at debtors betalingsevne vart « betydelig ... forringet » ( dekningslova § 5-5), skal vi ikkje prøve å trekkje prosenttal ut av rettspraksis. Hadde lovgjevaren ønskt ein prosentsats, ville satsen ha stått i lova».*<sup>98</sup>

Også Andenæs mener at de må foretas en «*skjønnsmessig helhetsvurdering*» ved avgjørelsen av om betalingen medførte en «*betydelig*» forringelse.<sup>99</sup> Han påpeker imidlertid at det kan være hensiktsmessig å se hvilken prosentvis reduksjon av skyldnerens likvide midler betalingen har medført.<sup>100</sup> Andenæs viser, med henvisning til Huser, til at det har vært antydning at grensen for betydelig forringelse av betalingsevnen kan ligge i intervallet 10 – 25 % reduksjon. Han understreker imidlertid at «*[d]et er selvsagt bare tale om en tommelfingerregel som ikke erstatter behovet for en skjønnsmessig helhetsvurdering av det enkelte tilfellet*». I motsetning til Husers prosentteori kan det ifølge Andenæs dermed ikke skje en vurdering utelukkende basert på hvor stor prosentvis reduksjon av skyldnerens aktiva betalingen medførte. Det må alltid foretas en skjønnsmessig vurdering.

Også i svensk juridisk litteratur er det tatt til ordet for at det skal skje en helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold. Lennander viser i sin fremstilling til rettspraksis som sier at det der betalingen ligger nærme 10 % grensen, «*kan således viss hänsyn tas til även andra omständigheter, så som rörelseomsättning*».<sup>101</sup> Hun påpeker videre at selv om prosentregelen stort sett følges i Sverige, er det etter hennes syn «*[s]jälvlart ... bara fråga om en tumregel*».<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Lilleholt (2002) s. 74

<sup>99</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>100</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>101</sup> Se NJA 2008 s. 1208, Lennander (2013) s. 248

<sup>102</sup> Lennander (2013) s. 248

#### 4.1.4 Rettspraksis

##### 4.1.4.1 Avgjørelser der prosentteorien er fremtredende

I flere avgjørelser har retten trukket frem Husers prosentteori ved bedømmelsen av om det foreligger en betydelig forringelse. Et eksempel på at retten anvender denne prosentteorien er LB-2006-163808. Ved vurderingen av om den omstridte betalingen var stor nok til å kunne sies å ha «*betydelig*» forringet skyldnerens betalingsevne, viste retten her til at det i «*juridisk teori er lagt til grunn at grensen for betydelig forringelse ligger i intervallet 10 – 25 % reduksjon av de beslagbare aktiva*». Retten understreket imidlertid at det foreligger begrenset rettspraksis, slik at dette ikke uten videre kunne legges til grunn. Retten konkluderte deretter med at en betaling med et beløp på 144 963 kr. med en betalingsevne i størrelsesorden 450 000 kr. likevel utvilsomt representerer en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne. Selv om lagmannsretten sår tvil om Husers grense på 10 – 25 % må legges til grunn, følger retten hans betraktningssmåte ved utelukkende å se på betalingens prosentvise reduksjon av skyldnerens frie aktiva.

Domstolene har også i flere andre tilfeller lagt prosentteorien til grunn for bedømmelsen av om betydelighetsvilkåret er oppfylt. Et eksempel på dette er RG 1993 s. 433 (Eidsivating), hvor retten la til grunn at en ved vurderingen av om beløpet er så stort at betalingen i betydelig grad svekket betalingsevnen, skulle en se hen til forholdet mellom det betalte beløp og skyldnerens samlede aktiva. Retten viste så til at betalingen utgjorde ca. 19,7 % av realisasjonsverdien, ca. 14,7 % av registrert verdi og ca. 13,4 % av korrigert registrert verdi. På bakgrunn av dette kom retten frem til at betydelighetsvilkåret var oppfylt. Det henvises her ikke til Husers prosentteori, men fortolkningen av «*betydelig*» forringet er også her i samsvar med hans fremgangsmåte. Også i en dom inntatt i LG-1996-67 la retten avgjørende vekt på hvilken prosentdel betalingen utgjorde av skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet. Ved beregningen av om beløpet betydelig forringet skyldnerens betalingsevne, uttalte retten innledningsvis at den ikke hadde funnet grunnlag for å fravike Husers betraktningssmåte. Deretter konkluderte retten med at betalingen måtte anses som betydelig etter som den utgjorde 29,8 % av ikke-pantsatte aktiva. Det ble ikke foretatt noe vurdering av andre omstendigheter ved betalingen; det ble lagt avgjørende vekt på beløpet sammenholdt

med skyldnerens frie aktiva. Det samme var tilfellet i LG-2006-17565. Ved vurderingen av om det betydelighetsvilkåret var oppfylt, slo lagmannsretten uten videre drøftelse fast at en reduksjon på 15 – 20 % av skyldnerens frie aktiva måtte anses som betydelig.

#### 4.1.4.2 Avgjørelser som tar utgangspunkt i en skjønnsmessig helhetsvurdering

Felles for de overnevnte avgjørelser er at de, i tråd med Husers lære, legger avgjørende vekt på skyldnerens frie aktiva ved vurderingen av hans betalingsevne. Når størrelsen/verdien av disse aktiva er fastslått, beregnes hva betalingen utgjør i prosent av disse verdiene. Men som jeg tidligere i avhandlingen har vist, er det å legge avgjørende vekt på skyldnerens frie aktiva kun en av to betraktningmåter hva gjelder fastsettelsen av hans betalingsevne. Det er også lagt til grunn en mer skjønnsmessig helhetsvurdering ved beregningen av denne. Et eksempel på det er Rt. 1999 s. 64 (Teamcon). Her tok retten utgangspunkt i en sammenligning av den økonomiske situasjon før og etter betalingen, og la avgjørende vekt på betalingens positive virkninger for skyldneren. Det ble også vist til at virksomheten fortsatte å betale sine forpliktelser ved forfall helt frem til konkursen, og at det dermed vanskelig kunne sies at betalingen betydelig forringet skyldnerens betalingsevne. Betalingens reduksjon av skyldnerens aktiva og Husers prosentteori ble ved vurderingen ikke nevnt. Etter min mening kan det synes som at Høyesterett her bevisst valgte å ikke anvende Husers teori, muligens fordi man i denne saken mente at den kunne medføre et lite ønskelig resultat, se punkt 3.1.5.2.

Det finnes også flere dommer fra lagmannsrettene der retten ikke har fulgt Husers prosentteori, men i stedet inntatt betalingens reduksjon av skyldnerens frie aktiva som et moment i vurderingen av om den representerer en «*betydelig*» forringelse. Et eksempel på dette er en dom fra Hålogaland lagmannsrett inntatt i LH-2010-56746. Ved den konkrete vurderingen av om beløpet var så stort at det «*betydelig*» forringet skyldnerens betalingsevne, henviste retten til Husers lære. Lagmannsretten konkluderte så med at den prosentvise reduksjon kan komme inn som moment i vurderingen, men at retten «*ikke [kan] se at en slik prosentberegning får avgjørende betydning ...*». Det måtte således foretas en helhetsvurdering av skyldnerens økonomiske forhold.



At en ikke kan legge avgjørende vekt på prosentberegninger, men at slike kan komme inn som et moment i helhetsvurderingen, var også rettens syn i LB-2001-2709. Innledningsvis uttalte retten at det ved vurderingen måtte foretas en sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen. Det måtte således foretas en samlet vurdering av skyldnerens økonomiske situasjon ved avgjørelsen av om det forelå en «*betydelig*» forringelse. Retten påpekte videre at i denne samlede vurderingen kunne det blant annet «*være av betydning hvor mye betalingen utgjorde av selskapets beslagbare aktiva og også hvor mye det ble igjen til andre kreditorer ...*». At retten som ett av momentene i den samlede vurderingen, så på betalingen sammenholdt med skyldnerens aktiva, var også tilfellet i RG 1992 s. 463 (Stavanger byrett) og LH-1999-871. I den sistnevnte avgjørelsen gjennomgikk retten betalingens reduksjon av aktiva. Hva gjaldt presentsatsen uttalte den at «*[h]vilken prosentvis størrelse dette utgjør har partene ikke opplyst eller beregnet*». Retten søkte ikke å fastslå denne selv, men fortsatte derimot vurderingen ved å trekke inn øvrige momenter, som betalingens betydning for skyldnerens likviditet.

I RG 1992 s. 463 (Stavanger byrett) valgte retten samme fremgangsmåte. Innledningsvis sammenholdt man betalingen med de aktivaposter som inngikk i boets beslag. I forhold til selskapets aktiva på betalingstiden, slo retten fast at beløpet var betydelig. Lagmannsretten regnet imidlertid ikke ut hvilken presentsats denne reduksjonen representerte, men så videre på hvilken betydning betalingen hadde for skyldnerens likviditet og omsetning. Retten konkluderte deretter kort med at «*[b]asert på en sammenligning mellom de betalte kr. 100.000,- og selskapets aktiva, likviditet og omsetning, må det kunne fastslås at betalingen i betydelig grad forringet betalingsevnen*».

Gjennomgangen av rettspraksis viser at domstolene synes å være mindre bundet i sin vurdering av hvor stor betalingen må ha vært for å kunne utgjøre en «*betydelig*» forringelse, der den legger en skjønnsmessig helhetsvurdering til grunn. Praksis viser også at i disse tilfellene vil retten ofte trekke inn hvor mye betalingen utgjorde av de aktiva som inngår i

boet, men at dette ikke vil være det eneste momentet i vurderingen. Retten står da langt friere til å vektlegge momenter den finner hensiktsmessig i den konkrete sak.

#### 4.1.5 Oppsummering og vurderinger

Som fremstillingen viser er praksis varierende hva gjelder innholdet i betydelighetsvilkåret. Det kan således vanskelig slås fast hva som kan anses for å være gjeldende rett. Som en trend kan det se ut til at retten i noe større grad legger avgjørende vekt på hvor stor reduksjon av de frie aktiva betalingen medførte. I en stor del av sakene blir imidlertid ikke prosenttallet regnet ut; retten slår kun fast at det «klart» foreligger en betydelig forringelse.<sup>103</sup> Det kan derfor være vanskelig å si hvor den eksakte grensen går.

Hva gjelder konkursboenes fremgangsmåte i praksis, synes disse i stor grad å følge Husers betraktningmåte.<sup>104</sup> Man undersøker skyldnerens kontoutskrifter for så å sjekke betalingene som er foretatt de siste tre månedene. Deretter blir disse betalingene holdt opp mot størrelsen/verdien av skyldnerens ikke-pantsatte aktiva, hvoretter betalingens prosentvise andel av disse aktiva beregnes. Dersom boet etter dette finner at betalingen utgjør 10 – 25 % av skyldnerens frie aktiva, og betalingen ellers fremstår som ekstraordinær (typisk fordi gjelden hadde stått forfalt i lang tid da betalingen skjedde), har man med Husers syn et grunnlag for å kreve omstøtelse etter § 5-5 første ledd tredje alternativ.

Som tidligere nevnt finnes det flere gode grunner til å foreta en slik standardisert fremgangsmåte hva gjelder bedømmelsen av om betalingen «*betydelig*» har forringet skyldnerens betalingsevne; dersom det settes klare grenser i form av en prosentsats, vil reglene være retts teknisk enkle å praktisere og bevistemålet vil som oftest også bli langt mindre omfattende. Retts teknisk enkle regler og lemping av boets bevisbyrde er også to av hensy-

---

<sup>103</sup> Se for eksempel LB-2006-163808

<sup>104</sup> Jeg har basert det følgende på samtaler med et utvalg praktiserende bostyrere

nene bak reglene om objektiv omstøtelse av ekstraordinær betaling.<sup>105</sup> Å foreta bedømmelsen på bakgrunn av klart fastsatte grenser i form av et prosenttall kan således sies å harmonere bedre med formålet bak bestemmelsene.

Det finnes imidlertid flere hensyn som taler mot at en skal legge avgjørende vekt på betalingens prosentvise reduksjon av skyldnerens frie aktiva. Dersom en legger avgjørende vekt på prosenttallet, vil en miste muligheten til å vektlegge andre virkninger av betalingen, slik som for eksempel dens positive virkninger på skyldnerens økonomi. Ut fra rettskildematerialet kan det også settes spørsmålsteget ved om det er riktig å vektlegge bare den prosentvise reduksjon av skyldnerens aktiva. Både ordlyden og forarbeidene tilsier at det i utgangspunktet skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering. At det vil være enklere for boene å legge til grunn en fast prosentgrense, er etter min oppfatning ikke et tilstrekkelig argument for å fravike dette utgangspunktet. Dersom lovgiver ønsket klare grenser for når en betaling representerte en betydelig forringelse, er det naturlig at dette ville blitt inntatt i lovteksten eller forarbeidene. At den prosentvise reduksjonen kan inntas som ett av flere momenter i det konkrete vurderingen, er derimot lovteksten og forarbeidene ikke til hinder for. Det er lang tradisjon for at teori og praksis utvikler momenter som kan vektlegges i den skjønnsmessige vurderingen.

Prosentteorien er også utformet med den forutsetning at det skal skje en jevnføring av betalingen og skyldnerens frie aktiva på betalingstidspunktet ved fastleggelsen av betalingsevnen. Som avhandlingen viser er det imidlertid tvil om dette er riktig vurderingsgrunnlag, da både ordlyd og forarbeider tilsier at det ved fastleggelsen av skyldnerens betalingsevne skal skje en samlet vurdering med utgangspunkt i hans likviditet og omsetning. Dersom fastleggelsen foretas på bakgrunn av en slik skjønnsmessig helhetsvurdering, vil ikke teorien kunne anvendes. Her vil andre momenter – slik som betalingens positive virkninger – kunne vektlegges, noe det ikke vil være mulig å beregne en prosentsats av. Det lar seg dermed ikke gjøre å operere med en prosentsats i slike tilfeller.

---

<sup>105</sup> NOU 1972:20 s. 282, se punkt 2.2

## 4.2 Addisjonsprinsippet

### 4.2.1 Innledning

Et særskilt spørsmål ved vurderingen av om det foreligger en «*betydelig*» forringelse, er om flere betalinger kan ses i sammenheng med hverandre. Problemstillingen her er derfor om flere betalinger foretatt til samme eller forskjellige kreditorer innenfor omstøtelsesfristen kan legges sammen ved vurderingen. I teori og praksis er det utviklet et prinsipp om at betalinger under visse omstendigheter kan ses under ett - gjerne kalt addisjonsprinsippet. Et slikt prinsipp har flere gode grunner for seg. En av dem er å forhindre omgåelser, en adgang som ville vært til stede dersom betalingene skulle vurderes hver for seg. Skyldneren kunne da unngått omstøtelse ved å stykke opp betalingen.<sup>106</sup> Det vil også være like skadelig for kreditorfellesskapet enten det gjelder én stor betaling eller flere mindre som samlet sett reduserer betalingsevnen betydelig.<sup>107</sup>

At flere disposisjoner kan ses under ett kommer blant annet til uttrykk i gaverregelen i § 5-2 tredje ledd annet punktum. Denne får anvendelse «*[d]ersom verdien av gaver [til samlivs-partneren] samlet overstiger ti ganger folketrygdens grunnbeløp*». Spørsmålet er om en kan legge til grunn et slikt prinsipp også ved anvendelsen av § 5-5 første ledd tredje alternativ. Ordlyden tilsier at en slik summering ikke kan skje ettersom bestemmelsen taler om «*betalingen*» i entallsform. I praksis<sup>108</sup> og teori<sup>109</sup> er det imidlertid antatt at ordlyden ikke kan være til hinder for at flere betalinger under visse omstendigheter kan ses under ett, da de samme hensyn bak addisjonsprinsippet gjør seg gjeldende ved denne bestemmelsen.

---

<sup>106</sup> Huser (1992) s. 166

<sup>107</sup> Nazarian (2012) s. 187

<sup>108</sup> Se blant annet RG 1993 s. 433 (Eidsivating), RG 1994 s. 614 (Eidsivating) og LH-1999-871

<sup>109</sup> Se blant annet Huser (1992) s. 320, Andenæs (2009) s. 326 og Nazarian (2012) s. 189

I teori og praksis skilles det ofte mellom tilfeller der det foreligger flere betalinger til *samme kreditor* (punkt 4.2.2 nedenfor) og der det er utbetalt beløp til *ulike kreditorer* (punkt 4.2.3).

#### 4.2.2 Flere betalinger til samme kreditor

Hva gjelder spørsmålet om flere betalinger som er utbetalt til en og samme kreditor innenfor omstøtelsesfristen kan summeres ved vurderingen av betydelighetskriteriet i § 5-5 tredje alternativ, besvarer Huser dette bekreftende. Han begrunner dette med at det for de øvrige kreditorene vil være likegyldig om denne ene kreditoren hadde fått én eller flere betalinger fra konkursskyldneren, i tillegg til at det ville vært uheldig dersom omstøtelse kunne unngås ved oppsplitting av betalinger.<sup>110</sup>

At flere betalinger til samme kreditor skal ses under ett er også i stor grad fulgt i praksis. I Rt. 2001 s. 1136 (Kjells Markiser) hadde skyldneren i løpet av omstøtelsesfristen foretatt en rekke innbetalinger til bankens kassekredittkonto. Boet krevde disse betalingene omstøtt med hjemmel i blant annet § 5-5 første ledd tredje alternativ. Ved vurderingen av om betalingen skulle omstøtes, synes Høyesterett uten videre å ha tatt for gitt at alle betalingene kunne summeres. Den annen part synes heller ikke å ha bestridt at en slik summering skulle skje.

Det finnes også flere eksempler fra lagmannsrettene på at man uttrykkelig har uttalt at det skal skje en summering av betalingene. Et eksempel er RG 1994 s. 614 (Eidsivating). I denne saken hadde konkursskyldneren et engasjement i sin bank som knyttet seg til en innvilget kassekreditt, varefinansiering og et gjeldsbrevlån med sikkerhet i tinglyst pantobligasjon, samt en avtale om factoringpant. Banken sa opp selskapets engasjement slik at gjelden straks forfalt og kassekredittkontoen ble sperret. Det ble deretter oppnådd enighet om at selskapet skulle få fortsette å selge varer på ordinær måte, forutsatt at alle brutto salgs-

---

<sup>110</sup> Huser (1992) s. 320

inntekter skulle settes inn på den sperrede kassekredittkontoen. Boet krevde omstøtelse for de foretatte innbetalinger som deretter skjedde til kassekredittkontoen; de gjennomførte salg kunne ikke ses som et ledd i en tvangsfullbyrdelse, og de måtte med det anses som en ekstraordinær betaling av gjeld. I likhet med byretten, ga lagmannsretten boet medhold. Hva gjaldt adgangen til å se de ulike innbetalingene under ett, uttalte lagmannsretten, med henvisning til Huser, at *«[s]elv om det dreier seg om en rekke innbetalinger, vil disse i relasjon til § 5-5, første ledd, tredje alternativ måtte ses under ett og summeres»*. Lagmannsretten la således til grunn at betalinger til samme kreditor kunne summeres, uten noen nærmere drøftelse av dette.

At flere betalinger kan summeres ble også lagt til grunn i RG 1993 s. 433 (Eidsivating). Faktum i saken er gjengitt i punkt 3.2.3 ovenfor. Her vurderte retten pengeinnbetalingene samt tilbakekjøpene under ett. Retten konkluderte med at ettersom det gikk en pengestrøm mellom de to partene, var det *«pengebetalinger og vareleveranser begge veier etter skjæringstidspunktet som må vurderes»*.

Praksis og juridisk teori viser således at betalinger til samme kreditor i utgangspunktet kan summeres. Det er imidlertid også tatt til ordet for at det må foretas en bredere vurdering av om betalingene kan ses under ett, noe som vil innebære at det nødvendigvis ikke er tilstrekkelig for summering at beløpet er utbetalt til samme kreditor. Andenæs synes å ha et slik syn. Ved spørsmålet om betalinger til samme kreditor kan ses i sammenheng, uttaler han at *«[h]vis fordringshaveren har mottatt flere betalinger fra skyldneren som hver for seg ikke er betydelige, vil det bero på nærmere omstendigheter om de må ses som en sammenhengende betaling, og i tilfellet for hvilken periode»*.<sup>111</sup> Dette tilsier at det må foretas en konkret vurdering av om betalingene kan ses i sammenheng. I den konkrete vurderingen vil etter min mening det forhold at betalingene gjelder forskjellige rettsforhold, tale mot at det skal skje en summering av betalingene. I motsetning til der det for eksempel skjer flere betalinger under samme avtale, vil det ved betalinger i forskjellige rettsforhold ikke være

---

<sup>111</sup> Andenæs (2009) s. 326

noen sammenheng mellom betalingene, rent bortsett fra at de har skjedd til samme kreditor. Det vil også kunne bero på tilfeldigheter om skyldneren stifter nye rettsforhold med den samme kreditoren eller ikke. LH-1999-871 gir et eksempel på at lagmannsretten foretok en slik konkret vurdering. Ved vurderingen av om flere betalinger skulle ses under ett, uttalte lagmannsretten at betalingene skjedde «*til samme fordringshaver, i samme forretningsforhold og nær hverandre i tid, og ses naturlig under ett som en sammenhengende betaling*».

Gjennomgående i rettspraksis og teori synes det imidlertid som om retten legger til grunn at betalinger til samme kreditor kan summeres. Tendensen er således at der kreditor er den samme, anses det som tilstrekkelig for at betalingene kan ses under ett, og at det derfor ikke gjøres noen nærmere vurdering av betalingene.

Selv om flere betalinger til samme kreditor i utgangspunktet kan summeres, er det imidlertid ikke gitt at de alltid kan vurderes samlet. Hva gjelder reservasjonen for ordinære betalinger, er det klart at betalingene må vurderes hver for seg. Det vil si at dersom en eller flere av betalingene til kreditor fremstår som ordinære, kan disse ikke medregnes.<sup>112</sup> At ordinære betalinger ikke kan medtas ved vurderingen av om det foreligger en betydelig forringelse, fremkommer blant annet av Rt. 1995 s. 222 (Direkte Reklame). Her ble tre innbetalinger av skattetrekksterminer begjært omstøtt. En av disse betalingene ble ansett som ordinær, og den kunne derfor ikke tas med i beregningen av om betalingen(e) medførte en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne.

En situasjon som kan oppstå er at en av flere utbetalinger til kreditor er stor nok til å oppfylle vilkårene i § 5-5 første ledd tredje alternativ. I slike tilfeller kan naturligvis denne betalingen omstøtes.<sup>113</sup> Men Huser går lenger enn å slå fast dette. Han hevder at der en av betalingene oppfyller vilkårene for omstøtelse og dermed kan omstøtes på selvstendig grunnlag, kan også de øvrige betalingene omstøtes selv om de hver for seg ikke kan anses å

---

<sup>112</sup> Huser (1992) s. 320

<sup>113</sup> Huser (1992) s. 321

betydelig forringet skyldnerens betalingsevne. Etter Husers syn betyr dette at samtlige betalinger kan omstøtes dersom bare én av betalingene isolert sett overstiger grensen.<sup>114</sup>

Hva gjelder tidspunktet for vurderingen, har fremstillingen til nå sett på de aktuelle betalingene sammenholdt med skyldnerens økonomiske situasjon på betalingstidspunktet. Huser hevder imidlertid at en kan gå ett skritt lenger. Han uttaler at man antakelig må «*sammenholde summen av alle betalingene i perioden til vedkommende kreditor med verdien av debtors aktiva på hvert av betalingstidspunktene, og statuere omstøtelse av samtlige betalinger hvis grensen overstiges på minst ett av disse tidspunktene*».<sup>115</sup> Huser begrunner dette med at dersom hele beløpet ble utbetalt samtidig, ville grensen vært overskredet; oppsplittingen bør da ikke hindre omstøtelse.<sup>116</sup>

Med denne begrunnelsen kan det for meg se ut som om Huser legger til grunn at der det skjer flere betalinger til samme kreditor, like gjerne kunne skjedd et oppgjør av hele beløpet samtidig. Dette vil kunne være tilfellet der det i samme rettsforhold er blitt avtalt at skyldneren skal betale kreditor beløpet over flere tidspunkter i stedet for å utbetale det hele beløpet med en gang. Dette vil for eksempel kunne være tilfellet ved vareleveranser til en butikk eller fortløpende betaling av leie. Det kan her være tilfeldig om det avtales at oppgjør skal på ulike tidspunkter eller om det skal skje en engangsbetaling av beløpet. Fordeelingen av betalingene ville da kunne fått avgjørende betydning for omstøtelsesadgangen. Dette ville åpnet for en omgåelsesadgang, ved at skyldneren kunne oppsplitte betalingen i mindre summer som isolert sett ikke betydelig forringet betalingsevnen.

Men at hele beløpet kunne blitt utbetalt samtidig, vil slett ikke alltid være tilfellet. Et eksempel på det er hvor skyldneren ved første betaling ikke hadde planlagt at det skulle skje ytterligere betalinger, for eksempel ved forskjellige uavhengige kjøp. Her vil det etter min

---

<sup>114</sup> Huser (1992) s. 321

<sup>115</sup> Huser (1992) s. 321

<sup>116</sup> Huser (1992) s. 321-322



mening være lite rimelig å summere disse betalingene for så å holde det opp mot betalings- evnen der denne er lavest; det er det her er tale om flere vidt forskjellige rettsforhold hvor det ikke foreligger noen sammenheng mellom betalingene. Den eneste som knytter beta- lingene sammen er at de er utbetalt til samme kreditor.

#### 4.2.3 Flere betalinger til forskjellige kreditorer

Spørsmålet her er om flere betalinger til forskjellige kreditorer også kan summeres ved vurderingen av om betalingen har betydelig forringet skyldnerens betalingsevne.

Verken Høyesterett eller underrettene har tatt stilling til spørsmålet. For de kreditorene som ikke har fått dekning av sitt krav, er det for så vidt likegyldig om skyldneren har betalt til en eller flere kreditorer. Hensynet til likebehandling taler altså for at betalingene også her kan ses under ett.

Hensynet til de kreditorene som har mottatt betaling, taler imidlertid mot en slik summe- ring. For dem kan det virke urimelig om deres stilling skal avhenge av om også andre kre- ditorer tilfeldigvis har fått dekning. Huser tillegger dette rettferdighetshensynet avgjørende vekt da han konkluderer med at det ikke kan gjelde noe addisjonsprinsipp på dette område. Betalingene må her vurderes selvstendig i forhold til hver enkelt kreditor. Han påpeker at noe annet ville være et så «*oppsiktsvekkende brudd med omstøtelsesreglenes alminnelige opplegg, at det i så fall måtte ha støtte i lovtekst eller motiver*».<sup>117</sup> Noe slik støtte finner en ikke i dekningslovens ordlyd eller dens forarbeider.

Også andre juridiske forfattere støtter opp under dette synspunktet. Nazarian påpeker at formålet med bestemmelsen er å ramme betalinger som fremstår som ekstraordinære, noe

---

<sup>117</sup> Huser (1992) s. 322

den enkelte betaling til flere kreditorer som regel ikke vil gjøre. Det vil derfor ikke være i samsvar med bestemmelsens formål å bedømme dem samlet.<sup>118</sup>

Jeg er enig i denne løsningen. Dersom en alltid skulle summere betalinger til flere kreditorer, ville jo dette – satt på spissen – i praksis bety at boet kunne omstøte samtlige betalinger skyldneren har foretatt de siste tre månedene før konkursen, uansett hvor liten og ubetydelig den enkelte betaling er. Det må være åpenbart at § 5-5 første ledd tredje alternativ ikke er ment å ramme så vidt.

Dersom kreditorene har et nærmere økonomisk fellesskap, som for eksempel et konsernselskap eller andre kombinerte selskapsformer, kan det imidlertid være grunn til å vurdere dette annerledes. Det forhold at kreditorene har kjennskap til hverandres økonomi og mulighet for felles økonomisk planlegging, kan tilsi at det må skje en summering av betalingene til disse.

Som nevnt har verken Høyesterett eller lagmannsrettene har tatt stilling til om det kan foretas en summering betalingene til ulike kreditorer. Högsta Domstolen i Sverige har derimot åpnet for at betalinger til ulike kreditorer i visse tilfeller kan ses i sammenheng. I NJA 2008 s. 1208 gjaldt saken omstøtelse av ekstraordinær betaling etter konkurslagen § 10 (som tilsvarende dekningsloven § 5-5). Her hevdet boet at ved vurderingen av om betalingen medførte en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne, måtte betalingen «*ses i det totala sammanhanget där även betalningarna till de andra borgenärerna ... skall vägas in*». Högsta Domstolen fremhevet, i likhet med Huser, at kreditor kun har mulighet til å bedømme og påvirke betalinger til seg selv og ikke til andre kreditorer. Retten påpekte også at regelen skal ramme ekstraordinære betalinger som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne; en lemping av bestemmelsen som medfører at betalinger som isolert sett ikke kan anses for å være betydelig forringende, må anses for å gå lenger enn formålet bak regelen skulle tilsi. Det forhold at regelen kunne komme til å få vidtrekkende og uforutsigbare

---

<sup>118</sup> Nazarian (2012) s. 188

følger, samt hensynet til forutberegnelighet, talte ifølge retten mot at betalingene kunne kumuleres. Betalingene kunne således ikke omstøtes. Avslutningsvis uttalte imidlertid retten at «[u]ndantag bör dock kunna tänkas i vissa mycket speciella fall, t.ex. när fråga är om en sammanhållen betalning till flera borgenärer som ingår i en och samma ekonomiska intressesfär». Retten åpnet således opp for at det i visse tilfeller kan foretas en samlet vurdering av betalingene.

Det kan dermed tenkes at en særlig økonomisk tilknytning mellom kreditorene i visse tilfeller kan medføre kumulasjon av betalingene også i norsk rett. Hvor grensene går er imidlertid usikkert.

## **5 Hvilket tidspunkt skal vurderingen av «betydelig forringet betalingsevne» knyttes til?**

Problemstillingen her er på hvilket tidspunkt § 5-5-vurderingen skal knyttes til. Ettersom skyldnerens betalingsevne ofte vil forverre seg ytterligere i perioden mellom betalingen og boåpningen,<sup>119</sup> er det nødvendig å fastslå på hvilket tidspunkt vurderingen av om det foreligger en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne skal foretas.

Verken bestemmelsens ordlyd eller forarbeider gir veiledning til hvilket tidspunkt vurderingen skal knyttes til.

Huser legger til grunn at det er beløpets størrelse sammenholdt med verdien av skyldnerens tilgjengelige aktiver på «*betalingstidspunktet*» som er avgjørende.<sup>120</sup> Dette synet deles også av Nazarian<sup>121</sup> og Andenæs,<sup>122</sup> og er i stor grad fulgt i rettspraksis. I LH-2010-56746 uttalte

---

<sup>119</sup> Andenæs (2009) s. 325

<sup>120</sup> Huser (1992) s. 312

<sup>121</sup> Nazarian (2012) s. 186

<sup>122</sup> Andenæs (2009) s. 325

lagmannsretten at skyldnerens betalingsevne må vurderes «konkret i forhold til selskapets stilling og status på betalingstidspunktet».

Men rettspraksis har åpnet for at det i § 5-5-vurderingen kan legges vekt på forholdene både før og etter betalingstidspunktet. Dette var blant annet tilfellet i Teamcon-dommen (Rt.1999 s. 64) hvor Høyesterett nettopp tok utgangspunkt i en sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen.

Juridisk teori har også åpnet for at et annet tidspunkt enn betalingstidspunktet kan legges til grunn for fastsettelsen av betalingsevnen. I likhet med flere andre teoretikere<sup>123</sup> ser Huser det praktiske problemet med å fastslå betalingsevnen på betalingstidspunktet, ved at man må gå tilbake i tid. Han påpeker at ettersom betalingen normalt vil være foretatt innenfor en 3-månedersperiode forut for fristdagen, kan det tenkes å være forsvarlig å bygge på stillingen i boet med mindre det foreligger konkrete holdepunkter for at situasjonen var annerledes.<sup>124</sup> Han understreker imidlertid at dette «som prinsipp» ikke kan være riktig, men at det kan være forsvarlig i visse tilfeller.<sup>125</sup> RG 1992 s. 463 (Stavanger byrett) og RG 1992 s. 498 (Frostating) gir to eksempler på at praksis har bygget på verdiene på konkurstidspunktet og ikke betalingstidspunktet. Her var det tale om betalinger som var foretatt kort tid før konkurs, ca. 3 - 4 uker. I slike tilfeller kan det være praktisk å legge til grunn forholdene på konkurstidspunktet, da en ofte kan presumere at forholdene var de samme på betalingstidspunktet. Men Huser påpeker at «mest betryggende vil det likevel være å ta utgangspunkt i situasjonen på et noenlunde sikkert tidspunkt, f.eks. en regnskapsavslutning eller konkursoåpningen, og så nøste seg fremover eller bakover gjennom de foretatte disposisjoner», slik at en nærmest mulig kommer frem til hvordan forholdene faktisk var på betalingstidspunktet.

---

<sup>123</sup> Se blant annet Andenæs (2009) s. 325, Nazarian (2012) s. 186

<sup>124</sup> Huser (1992) s. 216-217

<sup>125</sup> Huser (1992) s. 312

I praksis legger boene som nevnt i punkt 3.1.6 som regel avgjørende vekt på betalingen sammenholdt med skyldnerens ikke-pantsatte aktiva. Etter gjennomgangen av juridisk teori og rettspraksis ovenfor, er det klare utgangspunkt at § 5-5-vurderingen skal foretas på betalingstidspunktet. Mitt inntrykk av praksis synes imidlertid å være at dette ikke alltid er tilfellet.<sup>126</sup> Ordningen er gjerne at boet etter konkursåpningen sjekker kontoutskrifter for de siste tre månedene for å avdekke hvilke gjeldsbetalinger som har skjedd innenfor omstøtelsesfristen i § 5-5 som så sammenholdes med verdien av aktiva boet sitter på. Ved denne fremgangsmåten har nok boene en tendens til å overse at det er verdiene per betalingstidspunktet som er avgjørende, og ikke verdiene per konkurstidspunktet. Boene legger her typisk til grunn de verdier som er blitt registrert etter konkurstidspunktet, eventuelt hva aktiva er blitt solgt for etter konkurs. Dette kan gi et skjevt bilde på skyldnerens økonomiske situasjon på betalingstidspunktet, ettersom det her tas utgangspunkt i «slakteverdiene» på konkurstidspunktet og ikke verdiene ved forutsatt fortsatt drift på betalingstidspunktet (going concern-verdier). At det legges vekt på slakteverdier og ikke going concern-verdier, vil kunne få en dramatisk betydning for verdsettelsen av aktiva, da det kan være stor forskjell på disse verdiene. Et eksempel er verdsettelsen av varelager. Ved salg i en konkurssituasjon vil det erfaringsmessig være vanskelig å få samme pris for varene som om de var blitt solgt under vanlig drift. På konkurstidspunktet må gjerne salget skje raskt, og boet har som regel ikke noe salgsapparat rundt seg. Også verdien av utestående fordringer kan variere kraftig ettersom hvilket tidspunkt som legges til grunn for vurderingen. Når virksomheter går konkurs reiser ofte mange av debitorerne for skyldnerens fordringer innsigelser mot det leverte, idet det spekuleres i at boet ikke vil forfølge kravene. På denne bakgrunn vil konkursskyldnerens utestående fordringer ofte være mindre verdt på konkurstidspunktet enn på betalingstidspunktet. Immaterielle rettigheter vil også ofte ikke ha noen verdi på konkurstidspunktet, men kan ha stor verdi dersom de bedømmes ut fra et going concern-perspektiv pr. betalingstidspunktet.

---

<sup>126</sup> Se note 104

En verdsettelse av eiendelene basert på en going concern-betrakning vil kunne innebære relativt kompliserte regnskapsanalyser. For boene vil det derfor være langt enklere å legge til grunn forholdene på konkurstidspunktet, hvor man typisk vil vite hva eiendelene faktisk er blitt solgt for. Men som gjennomgangen av rettskildene ovenfor viser, skal altså vurderingen av skyldnerens betalingsevne som hovedregel knyttes til betalingstidspunktet.

At boene i praksis ofte synes å legge konkurstidspunktet til grunn i stedet for betalingstidspunktet vil som fremstillingen viser i mange tilfeller kunne gi feil resultat. Det er også lett å være etterpåkløkt. Når skyldneren beviselig er konkurs, vil det være lett å ta verdiforholdene på konkurstidspunktet som sannhetsbevis på hva situasjonen var på betalingstidspunktet. Det faktum at det vil være lettere for boet å legge konkurstidspunktet til grunn for vurderingen, vil etter min mening neppe kunne medføre at hovedregelen kan fravikes.

## 6 Avsluttende bemerkninger

I denne avhandlingen har jeg søkt å redegjøre nærmere for innholdet i uttrykket «*betydelig forringet betalingsevne*» i dekningsloven § 5-5 første ledd tredje alternativ. Som gjennomgangen viser, er de relevante rettskildene ved tolkingen av bestemmelsen nokså uklare og sprikende hva gjelder vurderingsgrunnlaget. Konklusjonen må således være at gjeldende rett på området må anses som uavklart.

I og med at § 5-5 første ledd tredje alternativ svært ofte anvendes i praksis, er det etter min mening uheldig at rettsreglene og vurderingstemaene ikke er klarere. Vi er også på et rettsområde hvor avgjørelser kan ha store økonomiske konsekvenser. Ettersom det er usikkert hva som nærmere ligger i omstøtelsesgrunnlaget «*betydelig forringet betalingsevne*», blir det vanskeligere for den annen part å forutse om en betaling fra skyldneren vil være omstøtelig i en eventuell etterfølgende konkurs. For kreditorer uten særlig kjennskap til reglene kan det også være belastende å få et omstøtelseskrav rettet mot seg. Det kan lett oppfattes som at vedkommende kan bebreides for noe, som igjen kan bety at vedkommende godtar omstøtelseskravet uten å undersøke om grunnlaget for omstøtelseskravet er holdbart.

Etter min mening bør det ved anvendelsen av § 5-5 tredje alternativ foretas en helhetsvurdering av skyldnerens økonomi, med utgangspunkt i skyldnerens likviditet og omsetning på betalingstidspunktet. I denne helhetsvurderingen må selvfølgelig størrelsen på skyldnerens aktiva være relevant. I enkelte tilfeller vil en vurdering basert på omfanget av virksomhetens frie aktiva kunne være tilstrekkelig for fange opp skyldnerens økonomiske forhold på betalingstidspunktet. Men i motsetning til Husers teori bør skyldnerens aktiva kun komme inn som ett av flere momenter. Dette åpner opp for at der skyldnerens aktiva ikke kan sies å gi uttrykk for virksomhetens reelle betalingsevne, slik som for eksempel for lite kapitalkrevende virksomheter, er en ikke «tvunget» til å legge avgjørende vekt på deres frie aktiva. At det åpnes opp for å legge vekt på andre momenter i vurderingen etter § 5-5 tredje alternativ, slik som betalingens positive innvirkning på skyldnerens økonomiske stilling, bidrar også til at man lettere kan nå konkret rimelige løsninger i den enkelte sak.

## 7 Kilder

### Juridisk litteratur

#### Bøker

Andenæs, Mads Henry	<i>Konkurs</i>	1. utg.	Oslo, 1993
Andenæs, Mads Henry	<i>Konkurs</i>	2. utg.	Oslo, 1999
Andenæs, Mads Henry	<i>Konkurs</i>	3. utg.	Oslo, 2009
Huser, Kristian	<i>Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3, Omstøtelse</i>	1. utg.	Bergen, 1992
Lennander, Gertrud	<i>Återvinning i konkurs</i>	4. utg.	Stockholm, 2013
Nazarian, Henriette	<i>Konkursrett</i>	1. utg.	Oslo, 2012
Sandvik, Tore	<i>Lærebok i materiell konkursrett: utdrag</i>	1. utg.	Bergen, 1985

#### Artikler

Ankerud, Anja	<i>Rt. 2012 s. 468 – noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5</i>	Tidsskrift for Rettsvitenskap	2012, s. 314-332 (siteret fra idunn.no)
Huser, Kristian	<i>Omstøtelse av ekstraordinær betaling – Kommentar til Rt. 1999 s. 64</i>	Jussens Venner	1999, s. 210-217
Lilleholt, Kåre	<i>Argumentasjonsmønsteret i høgsterettspraksis frå dei seinare åra</i>	Tidsskrift for Rettsvitenskap	2002, s. 62-75 (siteret fra Lovdata)
Myhre, Reidar	<i>Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?</i>	Tidsskrift for Rettsvitenskap	1992, s. 84-151

#### Lovgivning

##### Norske lover

1902	Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10
1984	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58



1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59

### **Utenlandske lover**

Konkurslagen Konkurslagen (1987:672) [Sverige]

Konkursloven Konkursloven nr. 298 af 8. juni 1977 [Danmark]

### **Forarbeider**

#### **Norske forarbeider**

NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs

NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.

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

Ot. prp. nr. 26 (1998-1999) Om lov om endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

#### **Svenske forarbeider**

Prop. 1975:6 Regeringens proposition om ändring i konkurslagen (1921:225) m.m.

### **Rettspraksis**

#### **Norske rettspraksis**

Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling)

Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000)

Rt. 2001 s. 1136 (Kjells Markiser)

Rt. 1999 s. 64 (Teamcon)

Rt. 1896 s. 556

LH-2010-56746

RG 2009 s. 129 (Eidsivating)

LB-2006-17565

LB-2006-163808  
LB-2005-118889  
LB-2004-13673  
LB-2001-2709  
LH-1999-871  
LG-1996-67  
LG-1994-1117  
RG 1994 s. 614 (Eidsivating)  
RG 1993 s. 433 (Eidsivating)  
RG 1992 s. 498 (Frostating)  
RG 1992 s. 463 (Stavanger byrett)  
RG 1989 s. 132 (Eidsivating)

Oslo byretts dom av 25. mai 2001

**Utenlandsk rettspraksis**

NJA 1982 s. 224  
NJA 1981 s. 759  
U 2007 s. 761 H