

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Utlbørighetskravet i dekningsloven § 5-9

Hva skal til for at en disposisjon anses for å være utlbørilig?

Kandidatnummer: 640

Leveringsfrist: 25.11.2013

Antall ord: 17.175



## Innholdsfortegnelse

<b>1 INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1 Presentasjon av temaet.....	1
1.2 Avgrensning.....	3
1.3 Videre fremstilling.....	4
<b>2 OMSTØTELSESGREGLERENS BAKGRUNN OG FORMÅL .....</b>	<b>5</b>
2.1 Generelt.....	5
2.2 Den subjektive omstøtelsesregels bakgrunn og formål .....	6
2.2.1 Kort om historikken bak den subjektive omstøtelsesregel .....	6
2.2.2 Formål.....	8
2.2.3 Rettskildesituasjonen.....	9
<b>3 DEKNINGSLOVEN § 5-9.....</b>	<b>11</b>
3.1 Kort om innholdet.....	11
3.2 Disposisjonen.....	12
3.2.1 Addisjonsprinsippet.....	14
3.3 De tre disposisjonstypene (de tre alternative vilkår) i § 5-9 .....	15
3.3.1 Innledning.....	15
3.3.2 Kreditorbegunstigelser.....	15
3.3.3 Unndragelse av skyldnerens aktiva .....	16
3.3.4 Økning av skyldnerens gjeld .....	18
3.4 Generelt om utilbørighetsvilkåret .....	19
3.5 Skyldnerens økonomiske stilling .....	19
3.5.1 Det økonomiske vilkåret.....	19
3.5.2 To alternative økonomiske vilkår .....	20
3.6 Skyldkravet .....	22
3.6.1 Innledning.....	22

3.6.2	Objektene for den annen parts tro.....	22
3.6.3	Identifikasjon.....	23
3.6.4	Aktsomhetsnormen.....	23
3.7	Kort om omstøtelsesfristen.....	25
<b>4</b>	<b>NÆRMERE OM UTILBØRLIGHETSKRAVET .....</b>	<b>26</b>
4.1	Innledning.....	26
4.2	Vurderingen.....	27
4.3	Momenter ved vurderingen.....	29
4.3.1	En interesseavveining?.....	29
4.3.2	De øvrige vilkårs betydning.....	30
4.3.3	Partenes opptreden og forhold.....	30
4.3.4	Hvordan kravet er blitt til.....	35
4.3.5	Tidsforløpet.....	36
4.3.6	Når vurderingen omhandler flere disposisjoner.....	38
<b>5</b>	<b>REFERANSERAMMER FOR VURDERINGEN.....</b>	<b>39</b>
5.1	De objektive omstøtelsesreglene som referanseramme.....	39
5.1.1	Disposisjoner som rammes av en objektiv omstøtelsesregel.....	39
5.1.2	Disposisjoner som faller utenfor omstøtelsesfristene i de objektive reglene.....	39
5.1.3	Disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene.....	41
5.2	Straffereglene som referanseramme.....	41
<b>6</b>	<b>RT.1995 S.259, PALONEN-DOMMEN.....</b>	<b>44</b>
6.1	Innledning.....	44
6.2	Omstøtelseskravet, og de aktuelle disposisjonsalternativer.....	44
6.3	Høyesteretts dom.....	45
6.3.1	Særlig om nedbetalingen av pantegjelden og tidspunktet for utilbørlighetsvurderingen.....	46
6.4	Noen vurderinger.....	48

<b>7</b>	<b>HVA SKAL TIL FOR AT EN DISPOSISJON ANSES FOR Å VÆRE UTILBØRLIG? .....</b>	<b>51</b>
7.1	Innledning .....	51
7.2	Utilbørlige kreditorbegunstigelser .....	51
7.2.1	Generelt .....	51
7.2.2	Betaling av gjeld .....	52
7.2.3	Frivillig sikkerhetsstillelse .....	53
7.2.4	Utlegg .....	54
7.2.5	Motregning .....	54
7.3	Utilbørlige aktivaunndragelser .....	55
7.3.1	Generelt .....	55
7.3.2	Gaver og lignende .....	56
7.3.3	Disposisjoner som gjør et aktiva beslagsfritt .....	57
7.4	Utilbørlige gjeldsøkninger .....	58
7.4.1	Generelt .....	58
7.4.2	Skyldnerens interesse når aktiva ikke øker tilsvarende .....	59
7.5	Generelt om betydningen av tapets størrelse .....	60
<b>8</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....</b>	<b>61</b>
<b>9</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>62</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av temaet

Denne oppgaven ser på dekningsloven av 8.juni 1984 nr. 59 (deknl.) § 5-9, ”den subjektive omstøtelsesregel (Actio Pauliana)”.

Etter konkursloven av 8.juni 1984 nr. 58 (kkl.) § 60 skal skyldnerens bo tas under konkursbehandling når skyldneren er insolvent og det begjæres av skyldneren selv, eller av en fordringshaver. I kkl. § 61 er insolvenskravet nærmere beskrevet. Det følger av denne bestemmelsen at en skyldner er insolvent når han ikke kan oppfylle sine løpende forpliktelser etter hvert som de forfaller (”likviditetstesten”), med mindre illikviditeten er forbigående. Samtidig må skyldnerens passiva overstige hans aktiva (”suffisienstesten”). Disse vilkårene er objektive. Det er altså ikke opp til skyldneren eller hans fordringshavere å avgjøre om han er insolvent eller ikke – det er retten som skal prøve insolvensvilkåret. Dersom retten finner at skyldneren er insolvent, *skal* konkurs åpnes.<sup>1</sup>

Under konkursen realiseres skyldnerens aktiva, og fordringshaverne gis dekning for sine krav ved at realisasjonsverdien fordeles forholdsmessig mellom dem, i henhold til prioritetsreglene i deknl. kapittel 9. Tiden før konkurs åpnes kan være anspent, både for skyldneren og fordringshaverne. Dette kan føre til at det foretas disposisjoner enten fra skyldneren selv, eller fra en fordringshaver, som av likebehandlingshensyn ikke kan godtas. Det er her reglene om omstøtelse får sin anvendelse.

Omstøtelsesreglene innebærer en inngripen i ellers bindende disposisjoner som skyldneren har vært part i eller berøres av, foretatt før åpning av gjeldsforhandling eller konkurs. At en disposisjon omstøtes vil si at den helt eller delvis settes til side, eller omgjøres til gunst for boet, og dermed kreditorene. Virkningen er at boet tilføres midler, enten ved at aktiva til-

---

<sup>1</sup> NOU 1972:20 s. 119

bakeføres, eller ved at boet tilkjennes erstatning fra vedkommende kreditor, se dekl. §§ 5-11 og 5-12.

Omstøtelsesreglene anvendes mot reelle disposisjoner som er gyldige og har rettsvern. Dersom en disposisjon ikke er gyldig, vil boet kunne påberope seg dette, uten at omstøtelsesreglene finner anvendelse. Boet vil heller ikke måtte innrette seg etter en disposisjon som er gjort proforma.

Rettsvern ved tinglysning eller annen sikringsakt må også være brakt i orden. Boet trenger ikke å godta en bindende, gyldig og reell disposisjon, så lenge den ikke har rettsvern.

Dersom disse tre vilkårene er oppfylt, vil boet undersøke om omstøtelsesreglene kommer til anvendelse, slik at den bindende, gyldige og reelle disposisjonen eventuelt kan omstøtes. I noen tilfeller vil imidlertid rettsvirkningene av omstøtelse være mer omfattende, slik at boet vil ta stilling til omstøtelsesspørsmålet uansett om de nevnte vilkår er oppfylt eller ikke.

Reglene om omstøtelse finner vi i dekl. kapittel 5. Det kan skilles mellom de objektive- og den subjektive omstøtelsesregel. De objektive reglene, som vi finner i §§ 5-2 til 5-8, hjemler omstøtelse ut fra i det vesentlige objektive kriterier (§ 5-6 inneholder imidlertid også et subjektivt vilkår). Bestemmelsene stiller i utgangspunktet ikke noe vilkår om at skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Dette fører til at boet kan kreve omstøtelse uten å gå inn på skyldnerens økonomiske stilling. Samtidig hjelper det ikke at den annen part fører bevis for at skyldnerens økonomi ikke var svak eller ikke ble svekket ved disposisjonen. Noe vilkår om at disposisjonen må være utilbørlig i det enkelte tilfelle stilles heller ikke. Når det gjelder den annen parts subjektive forhold sier ikke disse bestemmelsene noe om dette. Det spiller altså ingen rolle for omstøtelse om den annen part har vært i god tro på de overnevnte punkter. Likevel søker bestemmelsene å ramme disposisjoner som etter sitt innhold og tidspunktet da de ble foretatt skaper en viss presumsjon for illojalitet og ond tro hos medkontrahenten. Jo kortere tid det er gått fra dis-

posisjonen til åpning av konkurs, jo nærmere medkontrahenten står skyldneren, og jo mer ekstraordinær disposisjonen er innholdsmessig, jo sterkere er presumsjonen.<sup>2</sup>

De objektive reglene er begrenset til de positivt oppregnede typer av kreditorskadelige disposisjoner, se dekl. §§ 5-2 til 5-8. Dette gir reglene et snevert anvendelsesområde.

I motsetning til de objektive omstøtelsesregler skjer omstøtelse etter den subjektive bestemmelsen i dekl. § 5-9, nettopp på subjektivt grunnlag: det gjøres en vurdering av blant annet debtors økonomiske stilling og medkontrahentens kunnskap om debtors stilling, og transaksjonens tilbørighet. Regelen varetar behovet for en generalklausul som kan ramme disposisjoner som anses utilbørlige overfor kreditorfellesskapet i det enkelte tilfelle. Regelen supplerer de objektive reglene. Innenfor det området som også dekkes av de objektive bestemmelsene inneholder den subjektive regel flere tilleggsvilkår for omstøtelse. Bevis og tolkningstema er mer omfattende, og det er boet som har bevisbyrden for at de subjektive vilkår er oppfylt. Denne bestemmelsen vil bli nærmere behandlet senere i oppgaven, se punkt 3 flg.

## 1.2 Avgrensning

Foruten reglene om omstøtelse i dekningsloven finner vi også regler om omstøtelse i forsikringsavtaleloven § 16-2, ekteskapsloven §§ 51-53 og arveloven § 19. Disse reglene blir ikke behandlet.

Opgaven er avgrenset til kun å gjelde *utilbørighetskravet i dekl. § 5-9, og hva som skal til for at en disposisjon skal anses for å være utilbørlig.*

---

<sup>2</sup> *ibid.* s. 282

### **1.3 Videre fremstilling**

Innledningsvis blir omstøtelsesreglenes bakgrunn og formål behandlet for å gi noe bakgrunnsstoff for oppgavens tema. I denne sammenheng blir historikken bak dekl. § 5-9 gjort rede for. Rettskildesituasjonen på området skal videre kort skisseres. For å gi et klarere bilde av utilbørighetskravet og vurderingen rundt dette skal også de øvrige vilkårene i dekl. § 5-9 fremstilles. Oppgavens hoveddel gir en fremstilling av utilbørighetsvilkåret. Her skal vurderingstemaet drøftes, samt at det skal gis en fremstilling av momentene ved utilbørighetsvurderingen. Momentene blir fremstilt og relatert til teori, forarbeider og praksis. Hoveddelen viser på denne måten betydningen av de ulike momentene. Ved en gjennomgang av dette er det også nødvendig å sette opp visse referanserammer for vurderingen, slik at man kommer nærmere en angivelse av hva som er utilbørlig og ikke. Til slutt skal det ved bruk av enkelte typetilfeller gjøres et forsøk på å sette en grense for hva som skal til for at en disposisjon skal anses som utilbørlig etter dekl. § 5-9.



## 2 Omstøtelsesreglernes bakgrunn og formål

### 2.1 Generelt

Situasjonen før konkurs vil ofte være anspent, noe som kan føre til at det blir foretatt disposisjoner som ikke kan tolereres av likebehandlingshensyn. Det er i dette omstøtelsesreglene har sin bakgrunn. En skyldner i ”insolvenssonen” må ta særlig hensyn til sine fordringshaver og likebehandlingen av disse. Så lenge skyldneren er solvent, vil det ikke være tilsvarende begrensninger i hans handlefrihet. Er skyldneren insolvent, eller nær insolvent, er det annerledes. Skyldneren ”bestyrer” da i realiteten sine fordringshaveres verdier, og må da ta særlig hensyn til disse.<sup>3</sup>

Disposisjonene det er tale om kan deles inn i to hovedgrupper. For det første er det disposisjoner som medfører at skyldnerens aktiva reduseres eller at gjelden økes – dvs. *forringelser*. Dette kan skje ved disposisjoner som beriker skyldneren selv, hans nærstående, tidligere kreditorer, nye medkontrahenter eller andre tredjemenn. Den andre gruppen benevnes *kreditorbegunstigelser*. Dette er disposisjoner som gir en eller flere kreditorer en fordel på bekostning av de andre kreditorene. På den måten forfordes de kreditorene som ikke får denne fordel.

Disposisjoner omtalt i forrige avsnitt vil kunne rokke ved gjeldsforhandlings- og konkursinstituttens grunnleggende premiss om likebehandling av kreditorene.<sup>4</sup> De likhets- og effektivitetshensyn som konkursinstituttet bygger på, tilsier at det må være adgang til å omstøte disposisjoner som er foretatt før bo-åpningen, og som kan stå i sammenheng med insolvensen, og som har eller kan antas å ha et illojalt preg overfor de andre kreditorene.

Omstøtelsesreglernes formål er nettopp å beskytte kreditorene mot skadegjørende disposisjoner fra debtors og/eller enkeltkreditorenes side.

---

<sup>3</sup> Rt. 1993 s. 1399, på side 1404

<sup>4</sup> Huser 1992 s. 49

Reglene rammer disposisjoner som etter sitt innhold er eller antas å være illojale overfor kreditorfellesskapet.<sup>5</sup> Mer overordnet kan man si at formålet er å motvirke at boet ”tømmes” for aktiva forut for bo-åpningen, enten i form av bo-forringende disposisjoner eller i form av kreditorbegunstigelser.

Omstøtelsesreglene har både en *gjenopprettende* og *preventiv* funksjon. Den gjenopprettende funksjon viser seg ved at boet kan kreve midler tilbakeført, eller erstatning for det økonomiske tapet. Dersom partene kan regne med at slike disposisjoner blir omstøtt, kommer den preventive funksjon til uttrykk ved at partene unnlater å foreta dem.<sup>6</sup> Hvor stor en slik preventiv effekt er, er imidlertid usikkert.<sup>7</sup>

## **2.2 Den subjektive omstøtelsesregels bakgrunn og formål**

### **2.2.1 Kort om historikken bak den subjektive omstøtelsesregel**

Regelen om subjektiv omstøtelse har sitt utspring i NL 5-13-44 (1687). Bestemmelsen inneholdt først og fremst regler om partsed.<sup>8</sup> Dersom et dokument inneholdende bestemmelser om pant, kjøp eller makeskifte ble påberopt på et skifte, måtte partene ved ed bekrefte at de ikke forsøkte seg på bedrageri. I tillegg måtte debitor ved ed, bekrefte at han ikke var insolvent på disposisjonstidspunktet, når han hadde foretatt visse disposisjoner til fordel for sine nærmeste. Om denne praksisen ble fulgt ved skiftebehandling, vites imidlertid ikke.<sup>9</sup>

Før konkursloven av 1863 var det den generelle oppfatning at det ikke var mulighet for omstøtelse på grunnlag av skyldnerens kreditorsvikaktige disposisjon, dvs. hans subjektive

---

<sup>5</sup> NOU 1972:20 s. 281

<sup>6</sup> Andenæs 2009 s. 286

<sup>7</sup> Berg, Tidsskrift for Forretningsjus 1999 s. 412-414

<sup>8</sup> Huser 1992 s. 458, jf. Schweigaard der dette antas

<sup>9</sup> I.c.

forhold.<sup>10</sup> Da loven av 1863 kom, inneholdt den eksplisitte objektive omstøtelsesregler, men ikke regler om subjektiv omstøtelse. I lovens forarbeider ble det foreslått en subjektiv regel, men den ble ikke tatt med.<sup>11</sup> Spørsmålet var så om dette skulle tolkes slik at subjektiv omstøtelse var utelukket, eller om man kunne hjemle omstøtelse på subjektivt grunnlag i NL 5-13-44 (1687).

I den første tiden etter ikrafttreddelsen av konkursloven av 1863, ble det antatt at omstøtelse på subjektivt grunnlag var avskåret. Bernhard Getz tok imidlertid i en artikkel publisert i Rt.1878 s.629, kraftig avstand fra dette synspunktet. Han hevdet en generell hovedregel om ”omstødelse af svigagtige Retshandler”.<sup>12</sup> Dette begrunnet han i at bestemmelsen i NL 5-13-44 (1687) ga uttrykk for en alminnelig regel om omstøtelse av kreditorsvikaktige disposisjoner, også utenfor de konkrete tilfeller bestemmelsen selv nevner. I Rt.1881 s.209 utdypet han, i en større avhandling, innholdet av denne regelen og omstøtelseslæren for øvrig.<sup>13</sup> Etter dette begynte også domstolene å betrakte bestemmelsen som en regel om omstøtelse av ”bedragelige transaksjoner overfor kreditorene”. Dette til tross for at Getz’ tolkning ble kritisert, blant annet for brudd på vanlige tolkningsprinsipper.<sup>14</sup>

Før dekningsloven av 1984 hadde man altså ingen lovhjemmel for omstøtelse på subjektivt grunnlag. Regelen hvilte før dette på – en etter hvert - sikker rettspraksis. Den første Høyesterettsdommen som anvendte den ulovfestede subjektive regelen kom i 1933.<sup>15</sup> Deknl. § 5-9 innebar, i det vesentlige, en kodifisering av gjeldende rett, noe som blant annet fremkommer i Rt.1989 s.7: ”Saken gjelder spørsmålet om omstøtelse i konkurs etter den tidlige-

---

<sup>10</sup> Brækhus, Jussens Venner 1955 serie 1 nr. 4 s. 76-117. (Brækhus 1971 s. 80)

<sup>11</sup> Brækhus 1971 s. 80

<sup>12</sup> Huser 1992 s. 459

<sup>13</sup> *ibid.* s. 459

<sup>14</sup> *ibid.* s. 457 flg.

<sup>15</sup> Rt. 1933 s. 1265

re ulovfestede, subjektive omstøtelsesregel (Actio Pauliana) som finnes i dekningsloven...§ 5-9.<sup>16</sup>

Deknl. § 5-9 brakte imidlertid med seg enkelte prinsipielle endringer. For det første var det tidligere et krav om at debitor selv hadde foretatt disposisjonen for at omstøtelse kunne skje. Etter § 5-9 kan en disposisjon omstøtes, uavhengig av hvem som har foretatt den.<sup>17</sup> For det andre var det tidligere et krav om at kreditors opptreden var rettstridig, illojal, utilbørlig eller lignende. Etter § 5-9 er spørsmålet om disposisjonen objektivt sett er utilbørlig. For det tredje er kravet om at debitor var eller ble insolvent ved disposisjonen, endret til at hans økonomiske stilling må ha vært svak eller blitt alvorlig svekket ved disposisjonen. Til slutt er den tidsmessige begrensning for omstøtelse tatt inn som et nytt vilkår. Etter den ulovfestede rett var dette spørsmålet tvilsomt.<sup>18</sup>

Deknl. § 5-9 er i overensstemmelse med eldre rett på mange vesentlige punkter, slik at eldre rettspraksis og teori fortsatt vil være relevant.

### 2.2.2 Formål

Som nevnt i punkt 2.1 er formålet med omstøtelsesreglene å beskytte kreditorfellesskapet mot skadegjørende disposisjoner fra debitor eller enkeltkreditorens side. Reglene skal videre ramme transaksjoner som etter sitt innhold er eller antas å være illojale overfor kreditorfellesskapet.<sup>19</sup>

Når det gjelder § 5-9 er også dette dens hovedformål; hensynet til kreditorfellesskapet står sterkt. Samtidig skal denne bestemmelsen være en slags generalklausul som supplerer de spesielle og primært objektive omstøtelsesreglene. Den skal med andre ord fange opp tilfel-

---

<sup>16</sup> Se side 7 i dommen

<sup>17</sup> NOU 1972:20 s. 298

<sup>18</sup> *ibid.* s. 299

<sup>19</sup> *ibid.* s. 281

ler som etter (den objektive) ”gjerningsbeskrivelsen” faller utenfor reglene i dekl. §§ 5-2 til 5-8, men også tilfeller som faller innenfor ”gjerningsbeskrivelsen”, men som faller utenfor fristene i disse bestemmelsene.<sup>20</sup> Videre skal § 5-9 slå sterkt ned på subjektivt klanderverdige tilfeller av kreditorskadelige disposisjoner. Dette vises ved at bestemmelsen har et erstatningsrettslig preg. Boets krav er ikke begrenset til tredjemanns eller kreditors berikelse, men skal tilsvare boets økonomiske tap. Ved anvendelse av reglene i dekl. §§ 5-2 til 5-8 gjelder det en berikelsesbegrensning, der kreditors eller tredjemanns berikelse – og ikke boets tap - bestemmer kravets størrelse. Hensynet til *korreksjon* skal på denne måten bli ivaretatt.

Til slutt skal det påpekes at § 5-9 gir uttrykk for en rettslig standard, da den finner anvendelse på disposisjoner som på en *utilbørlig måte* rammer kreditorfellesskapet. Bestemmelsen har således en fleksibilitet ved at den kan, og vil endre seg ettersom samfunnsforholdene endrer seg. Dette er beskrevet slik i forarbeidene: ”utilbørlighetskriteriet gjør det også mulig – og nødvendig – for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg.”<sup>21</sup>

### 2.2.3 Rettskildesituasjonen

Det vil i dette kapittel bli knyttet noen bemerkninger til hvilke rettskilder som er aktuelle ved anvendelsen og tolkningen av § 5-9.

Lovforarbeidene vil, som vanlig, være en rettskilde hvor man kan finne hjelp ved anvendelsen og tolkningen av bestemmelsen. Motivene til § 5-9 er imidlertid relativt få, og man

---

<sup>20</sup> Huser 1992 s. 463

<sup>21</sup> NOU 1972:20 s. 297

finner liten veiledning ved mange tvilsspørsmål.<sup>22</sup> Dette gjelder også ved utilbørighetsvurderingen.

Videre vil rettspraksis være en kilde som kan være til hjelp. Det foreligger imidlertid få dommer der § 5-9 er tolket av domstolen, slik at det kan være vanskelig å finne tolkningsmomenter for de ulike tilfellene. Da det ble sagt i motivene at § 5-9 ”i det vesentlige er en kodifikasjon av gjeldende rett”, vil også eldre kilder være av betydning. Dette innebærer at både eldre teori og rettspraksis vil kunne brukes ved anvendelsen og tolkningen. Det må naturligvis tas visse forbehold ved bruk av eldre kilder. På enkelte punkter avviker, som nevnt i punkt. 2.2.1, § 5-9 fra den tidligere ulovfestede regelen. På disse punktene vil eldre kilder være av mindre interesse. Videre utviklet den ulovfestede regelen seg, mens den besto, slik at eldre dommer kan gi uttrykk for en rettsoppfatning som senere ble forlatt. Til slutt må det tas hensyn til at § 5-9 er en rettslige standard, slik at innholdet av begrepet ”utilbørlig” vil kunne ha utviklet seg.

Til slutt skal nevnes utenlandsk rett som rettskilde. Grunnen til at dette er en relevant kilde, er for det første at de fleste lands rett inneholder en subjektiv omstøtelsesregel med opphav i den romerske Actio Pauliana.<sup>23</sup> Utviklingen av regelen i de forskjellige land har naturlig nok ført til variasjoner, slik at det bare unntaksvis kan være aktuelt å anvende utenlandske kilder. Her vil imidlertid dansk og svensk rett stå i en særstilling, da det var et nordisk samarbeid vedrørende deler av konkursretten, spesielt de materielle regler.<sup>24</sup> De norske, danske og svenske lovtekstene er langt på vei likelydende, og de rettskilder som er knyttet til de subjektive reglene i Sverige og Danmark kan derfor være relevante ved tolkningen av § 5-9.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Huser 1992 s. 469

<sup>23</sup> Lennander 1985 s. 127

<sup>24</sup> NOU 1972:20 s. 3-4

<sup>25</sup> Huser 1992 s. 470

### 3 Dekningsloven § 5-9

#### 3.1 Kort om innholdet

Innledningsvis skal hovedpunktene i bestemmelsen gjennomgås for å gi en oversikt over vilkårene bestemmelsen oppstiller. Vilkårene vil bli nærmere gjennomgått i punkt 3.2-3.6. Ordlyden i § 5-9 lyder slik:

”Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges be-  
kostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne  
eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økono-  
miske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjen-  
te eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde  
disposisjonen utilbørlig.

Disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn ti år før fristdagen, kan ikke omstøtes”.

For det første er det kun *”disposisjoner”* som kan omstøtes. Videre må disposisjonen *”på en utilbørlig måte”* ha gitt et nærmere bestemt resultat. De tre alternative, objektive vilkår, hvor utilbørlighetskriteriet må inngå i minst ett av de disposisjonstyper bestemmelsen lister opp er: a) kreditorbegunstigelser b) unndragelse av skyldnerens aktiva c) økning av skyldnerens gjeld. Neste vilkår er at disposisjonen må ha vært *”til skade”* for kreditorene. Det oppstilles altså et skaderekvisitt. Omstøtelse kan imidlertid bare skje dersom *”skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen”*. Det oppstilles dermed et økonomisk vilkår, slik at omstøtelse ikke vil skje dersom skyldnerens økonomi er god. Endelig finner vi det subjektive vilkåret; *”den annen part kjente eller burde ha kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”*.

Det er kun dersom de ovennevnte vilkår er oppfylt at omstøtelse kan skje etter § 5-9. Konkursboet må dermed passere flere sett med *”hindre”* for å vinne frem med omstøtelse etter § 5-9.

### 3.2 Disposisjonen

Det er bare *disposisjoner* som kan omstøtes. I forarbeidene er dette angitt som en ”rettslig forpliktende opptreden”.<sup>26</sup> Faktiske handlinger vil dermed ikke rammes av § 5-9. Det uttales videre i motivene at ”en unnløtelse av å erverve en fordel eller av å avverge tap, vil normalt ikke være noen disposisjon i denne mening”.<sup>27</sup> Dette tyder på at det må foreligge en juridisk bindende disposisjon for at disposisjonskravet skal være oppfylt. Det uttales imidlertid videre at ”...forholdene kan imidlertid ligge slik an at passiviteten må oppfattes som en bindende disposisjon.”<sup>28</sup> Det tas dermed forbehold om at det kan foreligge en avtalerettslig bindende passivitet, og at denne vil anses for å være en ”disposisjon” etter § 5-9. Dersom passiviteten ikke er bindende, vil den derimot ikke anses som en ”disposisjon”. Det er altså ikke kun aktive rettslige disposisjoner som kan omstøtes, men all rettslig forpliktende opptreden, herunder også unnløtelser på kreditorfellesskapets bekostning.

Med en såpass vid forståelse av disposisjonskravet, favner § 5-9 mye bredere enn de objektive reglene. Dette gir kreditorfellesskapet et utvidet vern, forutsatt at de subjektive vilkårene er oppfylt. De subjektive vilkårene vil i praksis lett føre til at omstøtelse nektes, for eksempel fordi disposisjonen ikke kan karakteriseres som utilbørlig. Det er først og fremst de subjektive vilkårene som skal skille ut disposisjoner som ikke bør omstøtes. Noe alminnelig unntak med begrunnelse i disposisjonskravet bør, etter Huser sin mening, ikke oppstilles.<sup>29</sup>

Videre er det ikke noe krav om at det er skyldneren som har foretatt den aktuelle disposisjon.<sup>30</sup> Disposisjonen kan bli omstøtt, selv om den alene er foretatt av en kreditor, eller en tredjemann. Forarbeidene forutsetter her for eksempel at en motregningserkløring fra en

---

<sup>26</sup> NOU 1972:20 s. 298

<sup>27</sup> I.c.

<sup>28</sup> I.c.

<sup>29</sup> Huser 1992 s. 480

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



kreditor kan rammes. Skyldnerens mottak av en slik erklæring vil da ikke betraktes som noen disposisjon; heller ikke hans eventuelle passivitet. Det forutsettes videre i forarbeidene at også en avtale mellom to kreditorer kan omstøtes. Dette ble lagt til grunn av Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt.1993 s.234, der retten blant annet uttaler at ”Den omstendighet at konkursdebitor selv ikke er part i denne avtalen, kan ikke ha betydning.”<sup>31</sup> Bakgrunnen for denne tolkningen er at de disposisjoner det er tale om å omstøte etter § 5-9 er skadegjørende, erstatningsbetingende handlinger.<sup>32</sup> Det er ingen gode grunner for å fritta tredjemenn fra et slikt erstatningsansvar, selv om konkursskyldneren er holdt utenfor avtalen, og ikke er part.

Et omdiskutert spørsmål har vært om utlegg kan anses som en disposisjon etter § 5-9. Bakgrunnen for dette er at utlegg etter ordlyden i § 5-10 ikke anses for å dekkes av disposisjonsbegrepet, jf. § 5-10 annet ledd. Huser mener det er utvilsomt at utlegg er disposisjoner etter § 5-9. Hans grunnlag for denne påstanden er for det første at man kan se det slik at både skyldner og kreditor er parter ved en slik disposisjon. Han kaller utlegg ”reelt en disposisjon hvorved kreditor erverver en panterett hos debitor”.<sup>33</sup> Selv om skyldneren ikke har disponert, i alle fall ikke frivillig, ved en slik tvangsforretning, er det klart at kreditor har disponert ved å inndrive sitt krav gjennom tvangsapparatet. Derfor må prosedyren ved utlegg anses som ”én sammenhengende realitet”.<sup>34</sup> I dansk rett er derimot ikke utlegg omfattet i begrepet ”disposisjon”.<sup>35</sup> En annen sak er at det skal mye til for at et utlegg anses for å være utilbørlig, jf. blant annet Rt.1926 s.657.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Se side 235-236 i dommen.

<sup>32</sup> Huser 1992 s. 475

<sup>33</sup> *ibid.* s. 474

<sup>34</sup> *I.c.*

<sup>35</sup> Munch 1988 s. 485 og Ørgaard 1991 s. 115

<sup>36</sup> Også kommentert i Falkanger Jussens Venner 1998 s. 118-119

### 3.2.1 Addisjonsprinsippet

Dersom man benytter begrepet ”transaksjon” i stedet for ”disposisjon”, får man spørsmålet om hva som utgjør disposisjonen i rettslig forstand, og eventuelt om transaksjonen rettslig må vurderes som bestående av én eller flere disposisjoner. Det kan for eksempel være hensiktsmessig å se det som utgjør en gave som én transaksjon, men delt opp i flere disposisjoner. Skyldneren kan ikke unngå omstøtelse ved å stykke en gave opp i flere disposisjoner, som hver og en muligens ikke er omstøtelig, selv om han kommer med flere gaveløfter. Selv om man ellers i utgangspunktet vurderer de enkelte fullbyrdete gavene som separate disposisjoner kan disse i forhold til § 5-9 vurderes i sammenheng dersom de reelt utgjør deler av den samme transaksjon.<sup>37</sup> Dette blir også omtalt i forarbeidene, hvor det å se flere disposisjoner under ett blir nevnt som en mulighet.<sup>38</sup>

Dette vil ha særlig betydning i forhold til § 5-9 hvor flere mindre disposisjoner i seg selv ikke er å anse som utilbørlige, men samlet sett vil oppfylle vilkåret om utilbørlighet. Addisjonsprinsippet vil her kunne motvirke uheldige resultater, samt stoppe forsøk på å omgå omstøtelsesreglene. Dekningsloven inneholder imidlertid ingen uttrykkelig hjemmel for anvendelse av addisjonsprinsippet. Ettersom svensk rett vil kunne være en rettskilde (se punkt 2.2.3.) vil det være naturlig å se dit på dette punkt.

Den svenske konkursloven gir uttrykkelig hjemmel for å se flere disposisjoner under ett ved vurderingen av om skyldneren blir insolvent ved disposisjonen, jf. ”ensamt eller i förening med annan omständighet”.<sup>39</sup> På den måten kan et addisjonsprinsipp hos oss finne støtte i svensk rett.

Norsk rettspraksis har også respektert denne tankegangen gjennom addisjonsprinsippet. I Rt.2001 s.1136 (Kjells Markiser) som omhandlet nedbetaling av gjeld med ekstraordinært

---

<sup>37</sup> Huser 1992 s. 482

<sup>38</sup> NOU 1972:20 s. 297

<sup>39</sup> Svensk kkl. IV: 5(1)§

betalingsmiddel, uttalte Høyesterett i et obiter dictum at ”Det antas som gjeldende rett at samtlige betalinger må legges sammen ved vurderingen - addisjonsprinsippet”.<sup>40</sup> Forutsatt at det er en naturlig tilknytning mellom disposisjonene i tid og rom, synes det dermed klart at vi i norsk rett har anledning til å se flere disposisjoner under ett, selv om det ikke fremgår direkte av loven, som det gjør i svensk rett.

Etter dette kan man trolig konkludere med at alle disposisjoner kan omstøtes, såfremt de øvrige vilkår i § 5-9 er oppfylt.

### **3.3 De tre disposisjonstypene (de tre alternative vilkår) i § 5-9**

#### **3.3.1 Innledning**

De tre disposisjonstypene i § 5-9 innskrenker adgangen til omstøtelse, ved at det oppstilles krav til utfallet av disposisjonen. Den tidligere ulovfestede subjektive omstøtelsesregel inneholdt ingen slik begrensning.<sup>41</sup> Likevel innebærer nok ikke dette noen reell endring. Dette kan begrunnes med at lovens formulering er såpass omfattende, at det tvilsomt vil være en kreditorskadelig, omstøtelsesverdig disposisjon som faller utenfor ett av de tre alternativ som § 5-9 oppstiller. Dersom dette er tilfelle bør det vurderes om § 5-9 kan anvendes analogisk, eller alternativt om den alminnelige culparegelen får anvendelse.<sup>42</sup>

#### **3.3.2 Kreditorbegunstigelser**

Den første av de tre alternative disposisjoner som angis i § 5-9 er disposisjoner som ”*begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning*”. Dette omfatter enhver disposisjon som gir en kreditor bedre dekning enn hva han egentlig skulle ha, eller forbedrer hans dek-

---

<sup>40</sup> Se side 1139 i dommen

<sup>41</sup> Huser 1992 s. 484

<sup>42</sup> I.c.

ningsmulighet for kravet mot skyldneren. Eksempler på dette kan være at skyldneren betaler gjeld eller stiller sikkerhet for eldre gjeld.

Vilkåret for anvendelse av § 5-9 første alternativ er begunstigelse av en fordringshaver ”*på de øvriges bekostning*”. Dette innebærer at det må ha skjedd en form for forfordeling, enten ved at en kreditor har fått helt eller delvis dekning for kravet, eller oppnådd sikkerhet for kravet. At det må ha skjedd en forfordeling betyr at én eller flere av de øvrige kreditorene får mindre enn de rettmessig har krav på. For at begunstigelsen skal skje på ”de øvriges bekostning”, må den lede til at de eksisterende kreditorene ikke får ”like mye” (som de ellers ville ha fått) - begunstigelsen må være til skade for kreditorfellesskapet. Det må foretas en helhetsvurdering av blant annet forholdet mellom fordringens forfallstidspunkt og betalingstidspunktet. Videre må tapsvurderingen knyttes til kreditorfellesskapet ved konkursåpningen, og ikke det kreditorfellesskap som eksisterte på disposisjonstidspunktet.<sup>43</sup> Grunnen til dette er at hvem som er kreditorer kan ha forandret seg mellom disse tidspunktene. Det er kreditorfellesskapet ved konkursåpningen som eventuelt vil lide tap ved disposisjonen – tidligere kreditorer har fått dekning.

### 3.3.3 Unndragelse av skyldnerens aktiva

Den neste kategori av disposisjoner som regnes opp i § 5-9, er disposisjoner som ”*unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne*”. I dette alternativet er det hele boet (kreditorfellesskapet) sett under ett som taper på disposisjonen. Dette kalles gjerne boforringelse. Hovedeksemplet på boforringende disposisjoner er når skyldneren ”tømmer boet” ved for eksempel å gi gaver. Det kan også være vederlagsfrie disposisjoner som ikke nødvendigvis innebærer en gave. Problemet med slike disposisjoner er at skyldneren gir en ytelse, uten å få noen ytelse tilbake, slik at hans aktiva reduseres. På denne måten blir midler reelt sett unndratt fra gjeldsforfølgning, dersom disposisjonen ikke omstøtes.

---

<sup>43</sup> Rt.1994 s.792, på side 799

Det er bare aktivaunndragelser som skader kreditorfellesskapet som rammes av alternativet. Dette innebærer at det er nettoeffekten av disposisjonen som må utgjøre en reduksjon av skyldnerens aktiva. En ombytting av aktiva vil bare medføre en reduksjon dersom de nye aktiva er mindre verd enn de gamle. Et ordinært kjøp, eller salg til markedspris vil da i utgangspunktet ikke rammes, idet penger vil byttes med en gjenstand av tilsvarende verdi. Det er normalt uinteressant for kreditorene om skyldnerens aktiva finnes i penger eller andre verdigjenstander.

I tillegg til gavedisposisjoner, som er kjerneområdet for denne kategori av disposisjoner<sup>44</sup>, kan aktivaunndragelse gjennomføres på flere andre måter. En endring av et aktivas status slik at det blir beslagsfritt, eller ombytting i et slikt aktiva, vil også rammes av alternativet.<sup>45</sup> Etter dekl. §§ 2-3 til 2-5 har man regler om beslagsfrihet for enkelte eiendeler og aktiva, hvoretter kreditorene ikke kan kreve dekningen i aktivumet. At skyldneren endrer et aktiva som det i utgangspunktet er beslagsrett i, til et beslagsfritt aktiva, vil ofte falle under dette alternativet, da det vil unndra aktiva fra kreditorfellesskapet. Det samme må gjelde dersom han bytter bort et aktiva med beslagsrett mot et aktiva som er beslagsfritt.

Til slutt skal nevnes at forstikkelse, forbruk eller ødeleggelse av aktiva, kan tenkes å rammes av alternativet. Dette er nok sjeldnere disposisjoner enn de foregående, men dersom det skjer, vil de falle under dette alternativet. Når det gjelder forbruksalternativet siktes det til transaksjoner som forbruker skyldnerens aktiva. Man kan for eksempel se for seg at skyldneren innser at konkurs er uunngåelig og bestemmer seg for å bruke de siste aktiva på reiser eller luksusvarer for seg selv.

En fysisk unndragelse vil nok ikke i seg selv være tilstrekkelig for å vinne frem med et omstøtelseskrav. Dersom vedkommende aktiva fortsatt er i behold, men er ”gjemt unna”, vil

---

<sup>44</sup> NOU 1972:20 s. 298, der det uttales at dette alternativet ”rammer først og fremst gavetransaksjoner.”

<sup>45</sup> Huser 1992 s. 488.

det fortsatt inngå i beslaget, dersom man finner frem til det eller dets besitter. Det kan her tenkes at skyldneren gir bort eiendeler for eksempel til sin ektefelle, men at de reelt sett fortsatt eies av skyldneren selv. Ved slike proformatransaksjoner vil boet altså kunne kreve vedkommende aktiva utlevert fra den annen part direkte med hjemmel i beslaget, jf. dekl. § 2-2, og trenger ikke gå veien om omstøtelse. Når det gjelder forstikkelser eller ødeleggelser foretatt av skyldneren må dette klart gå under unndragelses-alternativet. Det kan likevel være mer nærliggende for boet å fremme et ordinært erstatningskrav ved slike unndragelser, da dette er enklere for boet å vinne frem med, enn et omstøtelseskrav etter dekl. § 5-9.

### 3.3.4 Økning av skyldnerens gjeld

Det siste disposisjonsalternativet i § 5-9 er disposisjoner som *”forøker skyldnerens gjeld”*. I utgangspunktet vil ethvert kredittkjøp gå inn under dette alternativet. Man må her likevel se hen til vilkåret om at disposisjonen må være til skade for kreditorfellesskapet. Et ordinært kredittkjøp øker gjelden, men vil også medføre en tilsvarende aktiva-økning. Kredittkjøp til for høy pris kan imidlertid tenkes rammet. I forarbeidene uttales det at alternativet i utgangspunktet vil ramme ”gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag”.<sup>46</sup> Huser mener at dette bør utvides noe for å fange opp gavekjøpene, slik at spørsmålet blir om ”debitor ved disposisjonen ble innrømmet fullt vederlag”.<sup>47</sup> Som eksempel på en slik disposisjon kan nevnes kausjon eller overtakelse av ansvar for tredjemanns gjeld.<sup>48</sup> Ved slike disposisjoner vil skyldneren påta seg ansvar, uten å få noe vederlag for dette. Ved utløsning av et kausjonsansvar vil skyldneren som regel ha et regresskrav i behold, men det faktum at han er ansvarlig må være nok til at en slik disposisjon går under gjeldsøknings-alternativet. Videre nevner Huser at omdanning av egenkapital til gjeld også må gå under gjeldsøknings-alternativet. Dette er fornuftig da også dette vil medføre en gjeldsøkning, dersom skyldneren ikke får noe vederlag.

---

<sup>46</sup> NOU 1972:20 s. 298

<sup>47</sup> Huser 1992 s. 490

<sup>48</sup> NOU 1972:20 s. 298

### 3.4 Generelt om utilbørighetsvilkåret

De forskjellige kategorier av disposisjoner som bestemmelsen rammer har nå vært drøftet. § 5-9 rammer imidlertid kun de disposisjoner som på en *”utilbørlig måte”* begünstiger, unndrar eller forøker, alt etter hvilken kategori disposisjonen faller under, rammer kreditor-ene. Dette har i teorien blitt omtalt som et tilleggskrav eller dobbeltkrav.<sup>49</sup> I og med at be- stemmelsen i utgangspunktet rammer alle typer disposisjoner (som beskrevet i § 5-9), har man tatt med et generelt utilbørighetskrav for å begrense de omstøtelige disposisjoner. Utilbørighetsvilkåret er dermed absolutt og på sett og vis ”grunnvilkåret” i § 5-9; uten utilbørighet, ingen omstøtelse. Vilkåret er objektivt da det er disposisjonen som sådan som på en utilbørlig måte må ha hatt den kreditorskadelige effekt. Det er altså disposisjonens innhold som er avgjørende, og subjektive forhold på skyldnerens har mindre betydning ved vurderingen.<sup>50</sup> Partenes forhold trenger da ikke å betegnes som utilbørlig for at omstøtelse skal skje etter § 5-9. Partenes motivasjon og andre subjektive forhold kan imidlertid være momenter ved utilbørighetsvurderingen. Utilbørighetsvilkåret blir nærmere behandlet i punkt 4 flg.

### 3.5 Skyldnerens økonomiske stilling

#### 3.5.1 Det økonomiske vilkåret

Dersom en disposisjon er utilbørlig og faller under en eller flere av kategoriene som nevnt i punkt 3.3, blir spørsmålet om det økonomiske vilkåret er oppfylt. Dette vilkåret er formu- lert som et krav om at *”skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen”*. I NOU 1972:20 side 298 ble det foreslått at vilkåret skulle være insol- vens: at skyldneren var eller ble insolvent ved disposisjonen. I proposisjonen ble dette ned- tonet til dagens ordlyd. Det ble her blant annet uttalt at det vil være vanskelig å ta stilling til

---

<sup>49</sup> Huser 1992 s. 483

<sup>50</sup> NOU 1972:20 s. 298

hvor insolvensgrensen går, og at man ønsket en enklere håndheving av reglene.<sup>51</sup> Det ble på samme side konkludert med at dagens ordlyd vil være tilstrekkelig, og man antar at ”man da ved utilbørighetsvurderingen vil ha tilstrekkelig grunnlag for å ramme de kreditorskadelige disposisjoner som bør kunne omstøtes”. Det er dermed ikke tvilsomt at det økonomiske vilkåret i § 5-9 ikke er et insolvenskrav. Hvis skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket, er det utelukket for den begunstigede å føre solvensbevis for å unngå omstøtelse. Følgende utsagn i NOU 1972:20 side 297 gjenspeiler dermed trolig ikke gjeldende rett: ”En disposisjon er sjelden illojal i forhold til kreditorene hvis debitor verken er insolvent på disposisjonstiden eller blir insolvent som følge av disposisjonen”.

Det kan imidlertid diskuteres om et insolvensvilkår ville vært mer passende. Det kan begrunnes med at så lenge skyldneren ikke er insolvent, så vil han ha mulighet til å dekke sine kreditorers krav. Dette skal jeg imidlertid ikke gå nærmere inn på i denne oppgaven.

I dansk rett har man valgt å bruke et insolvensvilkår. Dette kommer frem i den danske konkurslovens § 74: ”såfremt skyldneren var eller ved dispositionen blev insolvent”. I definisjonen av insolvens i den danske lovens § 17.2, er det imidlertid kun tale om illikviditet, uten noe krav om insuffisiens. Temporær (forbigående) illikviditet vil imidlertid utelukke insolvens. Dermed må et visst insuffisienskrav oppstilles indirekte, ved at skyldneren for eksempel må få rimelig tid til å realisere aktiva, slik at dette ikke vil være noen vesentlig forskjell fra norsk rett. Det samme gjelder også i svensk rett.<sup>52</sup>

### 3.5.2 To alternative økonomiske vilkår

Deknl. § 5-9 oppstiller to alternative økonomiske vilkår. Det er bare nødvendig at ett av dem er oppfylt. Det første er at skyldnerens økonomiske stilling ”*var svak*” på fullbyrdel-

---

<sup>51</sup> Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 171

<sup>52</sup> Svensk konkurslov §§4:5, jf. 1:2.



sestidspunktet. At man har brukt et slikt vagt begrep kan skape tolkningsproblemer. Dersom skyldneren er insolvent ved disposisjonen må vilkåret klart være oppfylt. Dette må også være tilfelle når gjelden overstiger verdien på aktivaene, såkalt insuffisiens, eller når skyldneren ikke klarer å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller. Dersom ett av disse alternativene er tilfelle for skyldneren, må hans økonomi kunne sies å være svak. Ved dette første alternative økonomiske vilkåret vil man også få en viss hjelp ved at en åpning av konkurs etter relativt kort tid, kan tyde på at skyldnerens økonomi faktisk var svak ved disposisjonen.

Det andre alternativet er at skyldnerens økonomiske stilling *”ble alvorlig svekket ved disposisjonen”*. Her kreves det altså ikke at hans økonomi var ”svak” i utgangspunktet. Etter ordlyden kan det heller ikke kreves at den ble ”svak”. Vilkåret er at den ble ”alvorlig svekket”. Det kan synes tilstrekkelig at man beviser en alvorlig svekkelse, slik at økonomien ble vesentlig dårligere som følge av disposisjonen og ikke at den ble direkte svak. Huser oppstiller her et synspunkt som kan sies å stride mot ordlyden. Han viser et eksempel der nettoformuen var kr. 1 million, og ble redusert til kr. 500 000 som følge av disposisjonen. På grunnlag av at dette likevel vil være en solid og sunn økonomi, mener han at vilkåret her ikke er oppfylt.<sup>53</sup> I dette eksemplet halveres skyldnerens formue, som isolert sett må sies å være en alvorlig svekkelse. Vilkåret må likevel sees i sammenheng med bestemmelsens formål. At økonomien må bli ”alvorlig” svekket må dermed sees slik at det må være en svekkelse som er av betydning for kreditorene, noe som innebærer at disposisjonen bringer skyldneren i nærheten av insolvens.<sup>54</sup> Dersom skyldneren, som i dette tilfellet, har en nettoformue etter disposisjonen på kr. 500 000, vil svekkelsen trolig ikke være av betydning for kreditorene, da svekkelsen ikke bringer skyldneren i nærheten av insolvens.

---

<sup>53</sup> Huser 1992 s. 555

<sup>54</sup> Falkanger Jussens Venner 1998 s. 109

## 3.6 Skyldkravet

### 3.6.1 Innledning

Det siste vilkåret for omstøtelse etter § 5-9 er at *”den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”*. Dette er et subjektivt vilkår da det kreves uaktsomhet fra tredjemann. Vilkaåret svarer slik sett til skyldkravet i erstatningsretten. Begrunnelsen for det subjektive vilkåret er at et slikt vilkår gjør at man må foreta en konkret vurdering av om disposisjonen er omstøtelig. Vilkaåret begrenser på denne måten bestemmelsens vide anvendelsesområde.<sup>55</sup> Samtidig blir tilfeller som det ikke er grunn til å ramme, ”skilt ut” etter det subjektive vilkåret.

Det subjektive vilkåret inneholder to alternativer. Den annen part må enten ha kjent til de aktuelle forhold eller burde ha kjent til dem. Det første alternativ innebærer forsett, altså at han har vært i ond tro. Det andre alternativet rammer uaktsomhet. Når det gjelder det siste alternativet, er det tilstrekkelig at det er utvist simpel uaktsomhet, jf. ”burde”. Det er altså ikke noe vilkår at uaktsomheten er grov eller kvalifisert.<sup>56</sup> Sett i forhold til andre nordiske land, stemmer skyldkravet i § 5-9 overens med dansk og svensk rett, henholdsvis kkl. § 74 og kkl. IV: 5§.

### 3.6.2 Objektene for den annen parts tro

Uaktsomheten i § 5-9 knytter seg til to omstendigheter. Den annen part må ha vært i ond tro eller uaktsom god tro med hensyn til *”skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”*. Dette gjør at den annen part kan unngå omstøtelse ved å vise at han var i aktsom god tro med hensyn til ett av disse. Begge omstendighetene må altså være oppfylt. Det kreves imidlertid ikke at den annen part skjønnte eller burde skjønnt at disposisjonen var *omstøtelig*. Derimot kreves det at han kjente eller burde

---

<sup>55</sup> Andenæs 2009 s. 367

<sup>56</sup> Dette fremgår særlig av Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 171-173

kjent til at to av de øvrige vilkårene var oppfylt: det økonomiske vilkåret og utilbørighetsvilkåret.

Det vil være store individuelle forskjeller på hvor mye informasjon den annen part får i sin direkte forbindelse med skyldneren. En part kan ha en såpass tett forbindelse med skyldneren at han vet alt om dens økonomi, mens andre parter må forholde seg til eventuelt allment tilgjengelig informasjon. Aktsomhetsnormen vil her variere noe fra gruppe til gruppe. Dette skal jeg komme tilbake til i punkt 3.6.4.

### 3.6.3 Identifikasjon

Som sagt er skyldkravet knyttet til ”den annen part”. Den annen part kan ofte opptre ved fullmektig, altså at han gir myndighet til en annen for å handle for seg, med den virkning at disposisjonen blir å regne som foretatt av han selv. Hvis skyld foreligger hos den annen part selv, følger det direkte av lovens formulering at det subjektive vilkår er oppfylt. På samme måte må ”den annen part” identifiseres ned sin fullmektig, slik at vedkommendes onde eller uaktsomme gode tro også oppfyller vilkåret. Dette ble lagt til grunn i blant annet Rt.1967 s.993 der en part ble identifisert med sin advokat. Det er etter dette nok for å kunne omstøte at enten ”den annen part” selv eller hans representant oppfyller det subjektive vilkåret. Det vil imidlertid ikke være nok at for eksempel ”den annen part” var uaktsom med hensyn til det ene objektet og representanten med hensyn til det andre: en av dem må oppfylle begge fullt ut.

### 3.6.4 Aktsomhetsnormen

Som nevnt i punkt 3.6.2 vil aktsomhetsnormen variere noe fra gruppe til gruppe. Dette har gjerne sammenheng med varierende personlige og yrkesmessige forutsetninger, som gjør at de forventninger og krav som stilles vil variere. Dette er kjent fra den alminnelige erstat-

ningsrett, og har også relevans i aktsomhetsvurderingen etter § 5-9.<sup>57</sup> I dommen inntatt i Rt.1966 s.636 ble det anvendt en streng aktsomhetsnorm da styret i skyldnerselskapet besto av personer som også satt i styret i vedkommende filial av banken, som her var ”den annen part”. Det ble uttalt på side 639 at det forelå ”en aktsomhets- og lojalitetsplikt utover den som kan oppstilles i normalt tilfelle hvor kreditorer og debitorer står overfor hverandre med atskilte interesser og innbyrdes uavhengige organer”.

Det kan legges til grunn at skyldnerens faste bankforbindelse og andre forretningsforbindelser vil ha en streng aktsomhetsnorm og vil ha en oppfordring til å holde seg orientert om skyldnerens økonomiske situasjon. Dersom disse ikke er klar over skyldnerens økonomiske situasjon kan det i seg selv anses som uaktsomt.<sup>58</sup> Dette vil naturlig nok også avhenge av hvilken- og hvor mye informasjon ”den annen part” får av skyldneren.

For skyldnerens mer tilfeldige forbindelser vil kravene til aktsomhet være mindre strenge. I Rt.1967 s.993, som gjaldt betaling til dekning av underslag ble kreditors(den annen part) forhold ikke ansett som kritikkverdig eller illojalt. Det ble uttalt på side 997 at man ”...ikke hadde å gjøre med et ordinært gjeldsforhold. I et slikt tilfelle må dekning ... kunne kreves hurtig, og det kan ikke kreves at det blir foretatt inngående undersøkelser om underslagers solvens”.

Ut i fra de nevnte dommene ser man altså at normen for hva som er aktsomt- og ikke, vil variere etter hvem ”den annen part” er.

---

<sup>57</sup> Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 172: ”... det bør samtidig understrekes at selve aktsomhetsnormen vil kunne variere etter forholdene”.

<sup>58</sup> Rt. 1970 s. 52 og Rt. 1986 s. 681 der det legges til grunn at skyldnerens faste bankforbindelse kjente til hans økonomiske stilling.

### 3.7 Kort om omstøtelsesfristen

Disposisjoner som er fullbyrdet tidligere enn ti år før fristdagen, kan ikke omstøtes etter § 5-9 annet ledd. I NOU 1972:20 s. 299 ble det foreslått å ha en alminnelig frist på fem år, mens det skulle gjelde en grense på ti år for debtors ”nærstående” samt for de medkontra-henter som har ”handlet forsettlig til skade for fordringshaverne”. Departementet endret dette til en felles ti års-grense.<sup>59</sup>

Fristen gjelder omstøtelsesadgangen generelt, uavhengig om det gjelder et pengekrav eller et restitusjonskrav in natura. Det avgjørende tidspunkt vil være når disposisjonen er ”fullbyrdet”. Det vil også her være det tidspunktet når rettsvern er sikret, jf. § 5-10. Fristen beregner på denne måten ”bakover” fra fristdagen til fullbyrdelse. Fristdagen ved konkurs er den dagen da begjæring om åpning av konkurs kom inn til tingretten, forutsatt at begjæringen tas til følge, jf. § 1-2.

---

<sup>59</sup> Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) s. 173

## 4 Nærmere om utilbørighetskravet

### 4.1 Innledning

Det grunnleggende spørsmål ved anvendelsen av dekningsloven § 5-9 er om den aktuelle disposisjonen var ”utilbørilig”. En ren språklig forståelse av begrepet gir ikke mye hjelp. I følge ordboken betyr utilbørilig noe ”som strider mot rett og rimelighet/god forretningsskikk”. Vilkåret gir, som nevnt, uttrykk for en rettslig standard; det er de illojale disposisjoner som skal rammes. Problemet ved vurderingen er at det som skal karakteriseres som illojalt, ikke er fiksert.

I forarbeidene antas at § 5-9 vil ramme de disposisjoner som etter en nærmere vurdering i det enkelte tilfelle er ”klart kritikkverdige”.<sup>60</sup> Det nærmere innholdet blir presisert slik:

”Spørsmålet om hvorvidt en disposisjon er utilbørilig i forhold til kreditorene vil i mange tilfeller kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesreglene eller på grunnlag av den foreliggende rettspraksis. Men utilbørighetskravet gjør det også mulig – og nødvendig – for domstolene å trekke opp stadig nye grenser for hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt i kredittforhold, alt ettersom forretningsmetodene og synet på forretningsmoralen utvikler seg”.

Dette ble uttalt i NOU 1972:20 side 297, noe som ble tiltrådt i proposisjonen.

I teorien er det enighet om at disposisjoner som rammes av de objektive omstøtelsesreglene, også vil rammes av § 5-9.<sup>61</sup> Dette kan forstås slik at ensidig bebyrdende disposisjoner som gaver, kan omstøtes etter § 5-9 som regel uten at man behøver å gå nærmere inn på en drøftelse av utilbørighetskravet. Kravet om utilbørighet er fortsatt til stede, men vil normalt anses oppfylt allerede på grunn av disposisjonens karakter. Dette betyr imidlertid ikke at enhver disposisjon som rammes av de objektive reglene, automatisk rammes av § 5-9. Det skal som utgangspunkt også i disse tilfellene foretas en konkret helhetsvurdering.

---

<sup>60</sup> *ibid.* s. 170

<sup>61</sup> Huser 1992 s. 522 og Andenæs 2009 s. 357

De situasjoner hvor det oppstår problemer er heller der hvor den annen part kontraktsrettslig sett, har krav på oppfyllelse. Utilbørligheten kan her ligge i forhold til de andre kreditorene som vil få desto lavere dividende. Utgangspunktet for drøftelsen er jo at skyldnerens økonomiske stilling er svak, slik at han i realiteten disponerer over kreditorenes midler. Det må dermed være et krav om at han disponerer midlene på en lojal og tilbørlig måte.<sup>62</sup>

Forarbeidene gir ingen forklaring på hvorfor dette begrepet er tatt i bruk. Da dekningsloven ble vedtatt i 1984, inneholdt verken dansk eller svensk konkurslovgivning noe utilbørlichetsvilkår. I dag finner vi igjen begrepet i våre nabolands rett, se her ”utilbørlig” Konkursloven av 4. februar 1997 nr. 118 § 74 og ”otillbörligt” i Konkurslagen av 11. Juni 1987 IV: 5§.

I denne delen av oppgaven skal det gjøres et forsøk på å etablere hva som skal til for at en disposisjon anses for å være utilbørlig, og hvilke momenter som kan og skal legges til grunn ved vurderingen. Dette vil i noen grad gå ut på å analysere praksis fra Høyesterett.

## 4.2 Vurderingen

”Utilbørlig” kan sies å være et svært belastende begrep, og det må tas flere momenter med i vurderingen. Som sagt legger forarbeidene til grunn at det er ”klart kritikkverdige” forhold som skal rammes. I teorien er det sagt at det ikke kan kreves at forholdene er ”særdelvis graverende”, men viser til at handlingen må være ”kvalifisert graverende”.<sup>63</sup> Domstolene har videre uttalt at vilkåret må knyttes til situasjonen rundt disposisjonen, og ikke bare

---

<sup>62</sup> Reusch 1997, ”To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger”, festskrift til Birger Stuevold. S. 836

<sup>63</sup> NOU 1972:20 s. 297 og Huser 1992 s. 493

til partene selv.<sup>64</sup> Ut i fra dette kan man si at det må foretas en konkret helhetlig vurdering av hver disposisjon som påstås å være utilbørlig.

For at omstøtelse skal skje etter § 5-9 må naturligvis alle de vilkårene som nevnt i punkt 3 være oppfylt. Utilbørlighetskravet innebærer at det kreves noe langt mer enn at de fire andre vilkår er oppfylt, for at omstøtelse skal finne sted. Som nevnt setter vilkåret om de tre alternative disposisjonstyper en ramme for de disposisjoner som kan omstøtes. Innenfor denne rammen er det utilbørlighetskravet som avgjør om den aktuelle disposisjonen skal omstøtes eller ikke. Det er dermed utilbørlighetskravet som til slutt avgjør om disposisjonen skal omstøtes. Man kan si at hele anvendelsen av § 5-9 ”står og faller” på dette vilkåret. Det hjelper ikke at det foreligger en disposisjon som begunstiger en kreditor på de øvrige bekostning, og skyldnerens økonomiske stilling var svak, noe som den annen part visste, dersom disposisjonen ikke kan anses for å være utilbørlig. Utilbørlighetskravet innebærer på denne måten et *merkrav* eller *grunnkrav* til de øvrige vilkårene.

Oppfyllelse av de øvrige vilkårene kan imidlertid ha betydning for vurderingen. Dette ble blant annet uttalt i Borgarting Lagmannsretts kjennelse i LB-1996-2821: ”Vurderingen av om en disposisjon utgjør en utilbørlig kreditorbegunstigelse må være konkret og individuell. Det er bare utilbørlige disposisjoner ... som kan omstøtes. Gjennom utilbørlighetskravet oppstilles et merkrav. I mer ekstreme tilfelle kan dette merkravet tenkes oppfylt ved sterk overoppfyllelse av de øvrige vilkårene i § 5-9”. Da de øvrige vilkår ikke var overoppfylt i denne saken, ble det videre uttalt at ”Det må da kreves tilleggsmomenter for å kunne konstatere oppfyllelse av merkravet”. Det må altså foreligge andre skjerpene momenter som taler for omstøtelse.

---

<sup>64</sup> LF-1994-613.



### 4.3 Momenter ved vurderingen

#### 4.3.1 En interesseavveining?

De berørte interesser ved spørsmål om omstøtelse i konkurs vil for det første være medkontrahenten (den annen part) og kreditorenes interesse. Medkontrahenten ønsker at disposisjonen skal opprettholdes, mens kreditorfellesskapet ønsker å omstøte disposisjonen. Medkontrahenten vil ofte være en av kreditorene, slik at disposisjonen i realiteten innebærer at denne kreditoren delvis får dekning for sitt krav gjennom omstøtelse. Vurderingen blir da om denne kreditorens krav på oppfyllelse må vike for hensynet til kreditorfellesskapet.

Etter uttalelsen i NOU 1972:20 s. 297, om utilbørighetskravet som en rettslig standard, kan man også si at begrepet har et moralsk trekk ved at man tar utgangspunkt i den norm som næringslivet og samfunnet til enhver tid oppstiller. Når visse disposisjoner krenker denne normen, vil dette innebære at medkontrahentens interesser i å opprettholde disposisjonene ikke kan anses sterke nok i forhold til boets interesse i å omstøte dem. Omvendt vil visse disposisjoner bli opprettholdt, selv om hensynet til kreditorene isolert sett synes å tilsi at de bør omstøtes, fordi omstendighetene samlet sett er slik at hensynet til medkontrahenten må veie tyngre.

Interesseavveiningen går altså ut på en konkret vurdering av hvilke interesser man bør verne i det enkelte tilfellet. I omstøtelsessaker vil disse interessene stå mot hverandre, slik at denne samlede konkrete vurderingen alltid kan sies å ligge i bunnen. Denne avveiningen vil nok likevel ikke være et moment som blir særskilt og eksplisitt vurdert, og er heller ikke nevnt i noen høyesterettsdommer angående utilbørighetskravet i § 5-9. Det er heller et utgangspunkt for vurderingen som skal foretas. Huser uttaler at denne avveiningen er ”av normativ art, det er et spørsmål om hvor langt omstøteligheten generelt bør utstrekkes”.<sup>65</sup> Dette kan tolkes slik at interesseavveiningen ligger i bakgrunnen som en ramme for den konkrete helhetlige vurderingen av om disposisjonens karakter samlet sett, skal anses for å

---

<sup>65</sup> Huser 1992 s. 500

være utilbørlig. Ved helhetsvurderingen vil det være relevant å trekke inn forhold hos medkontrahenten, den eller de kreditorer som blir påført tapet, og debitor, og man foretar på denne måten en interesseavveining.

#### 4.3.2 De øvrige vilkårs betydning

Etter hva som er sagt i punkt 4.2 er det klart at graden av oppfyllelse av de øvrige vilkår er relevante momenter ved utilbørlighetsvurderingen. Fremstår et vilkår spesielt sterkt eller svakt, vil dette være et moment man må ta hensyn til ved vurderingen. En spesielt sterk oppfyllelse av et vilkår vil være et skjerpende moment, mens en spesielt svak oppfyllelse vil være et formildende moment.

#### 4.3.3 Partenes opptreden og forhold

##### 4.3.3.1 Den annen part

Det subjektive vilkåret i § 5-9 går ut på hva den annen part *”kjente eller burde kjenne til”*. I samsvar med den alminnelige culpanormen, som kan sies å innvirke på § 5-9, vil det likevel være naturlig å tillegge vedkommendes subjektive forhold og adferd før og under disposisjonstidspunktet vekt. Vi forutsetter altså her at det subjektive vilkåret er oppfylt, og ser på vedkommendes adferd. Det vil være et skjerpende moment dersom han har vært svært aktiv eller pågående for å få gjennom disposisjonen. Det kan på den annen side ikke være et moment som brukes mot den annen part at han for eksempel krever betaling for et forfalt krav. Det kan derfor ikke være avgjørende om den annen part krever skyldneren eller om skyldneren betaler kravet uoppfordret. Man må her heller se på om det ligger noen skjerpende momenter ved den annen parts adferd på for eksempel tidspunktet for avtaleinngåelsen eller senere. Dersom den annen part presser gjennom en avtale, som er gunstig for han, men kanskje ikke like gunstig for skyldneren, samtidig som han vet at skyldnerens økonomi begynner å skranke, er dette et moment som kan tillegges vekt. Et spesielt eksempel er der den annen part forsøker å trenere konkursåpningen, slik at for eksempel sikkerhetsstillelse for eldre gjeld faller utenfor den objektive omstøtelsesfristen. Dette var forhold-

det i Rt.1908 s.899 der den annen part ba en annen kreditor om gi skyldneren en utsettelse av betalingsfristen, fordi han hadde gjort det samme selv. Det han ikke fortalte kreditoren var at han hadde fått sikkerhet for det meste av skyldnerens frie aktiva. Saken gjaldt vurderingen av den ulovfestede lære, men vil også ha betydning i dag, selv om § 5-9 ikke krever aktiv medvirkning fra den annen part. En eventuell medvirkning vil likevel være et moment.

En annen sak er den annen parts motivasjon for disposisjonen. Dette temaet ble vurdert i Rt.1994 s.792, Namtvedt-dommen. En investor hadde skutt inn frisk kapital i selskapet i forbindelse med en emisjon. Selskapets eneste bankforbindelse benyttet beløpet til nedbetaling av kassakreditten. Banken hadde før dette innbetalt 300.000 kroner til lønninger, og motregnet dette i sitt tilgodehavende på kassakredittkontoen, slik at én million gikk til dekning av bankens fordring. Førstvoterende tok utgangspunkt i en anførsel fra motparten (investoren), og konkluderte med at det ikke var dekning for å hevde at

”CBK [banken] bare var ute etter å redde sitt eget tilgodehavende. CBK må ha trodd på at Comdel [selskapet] kunne klare seg hvis selskapet ble tilført nye midler, og var innstilt på å yte selskapet ekstraordinær hjelp i en overgangsfase, forutsatt at det skjedde under stram kontroll”.<sup>66</sup>

Dette viser at en disposisjon som isolert kan sees som utilbørlig, ikke behøver å være det, på grunn av den annen parts motivasjon. Ved spørsmålet om det forelå noe illojalt ved avregningen isolert sett svarte førstvoterende nei. At emisjonsbeløpet ble krevet innbetalt på kassakredittkontoen, hvor selskapets inntekter og utgifter pleide å gå inn og ut, kunne heller ikke anses som illojalt. Etter hans mening måtte dette ses i sammenheng med etableringen av den nye kredittgrensen:

---

<sup>66</sup> Se s. 798-799 i dommen.

”[Det er] mulig CBK kan kritiseres for å ha begrenset kassakreditten til 2,1 mill kroner, men dette later iallfall ikke til å ha skjedd med sikte på å vareta bankens interesser ved en forventet snarlig avvikling av selskapet”.<sup>67</sup>

At man forsøker å sikre fortsatt drift hos skyldneren vil heller være et moment som trekker i retning av at disposisjonen er tilbørlig. Dette ble også lagt til grunn i Rt.2001 s.1136, Kjells Markiser, som viser at både den annen parts adferd og motivasjon har betydning. Saken gjaldt debtors bankforbindelse som hadde pant i varelager, factoringpant i kunde- fordringer og pant i firmaets aksjer. I tremånedersperioden før det ble åpnet konkurs hos debitor, hadde banken fått nedbetalt gjeld på ca. 5 millioner kroner. Når det gjaldt bankens disposisjon om å innvilge økt ramme på kassakreditten uttalte førstvoterende at

”selv om situasjonen våren 1996 var alvorligere enn tidligere år, finner jeg ikke grunnlag for å kritisere bankens videre engasjement i bedriften. Således kan jeg ikke se at det er dekning for boets anførsler om at banken har opptrådt med det for øyet å begrense eget tap på kreditorfellesskapets bekostning.”

Førstvoterende var videre ikke enig i boets anførsel om at banken hadde opptrådt bevisst med sikte på styrt konkurs, slik at de gjenværende aktiva, som banken hadde sikkerhet i, kunne selges til nye eiere. Hun fortsatte slik: ”jeg oppfatter bankens fortsatte engasjement som et forsøk på å sikre fortsatt drift, riktignok for å sikre egne krav og unngå tap, men også for å kunne gjøre bedriften i stand til å betjene sine øvrige kreditorer”.<sup>68</sup> Falkanger<sup>69</sup> konkluderer her med at det vil være vesentlig for kreditor å få sikring for sitt krav når han i en kritisk fase tilføyer ytterligere kreditt. Ved vurderingen av om dette er utilbørlig, vil det etter hans mening, ”være av vesentlig betydning hvorvidt kreditor må ansees å ha gjort et forsøk på å sikre fortsatt drift”.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Ibid. s. 799

<sup>68</sup> Begge sitat på s. 1145 i dommen.

<sup>69</sup> Lov og Rett 2002 s. 564 – 584, ”Kjell’s Markiser, en høyesterettsdom om kassakreditt, pant og omstøtelse”.

<sup>70</sup> Ibid. S. 578

Ved vurderingen legges det, i begge ovennevnte saker, vesentlig vekt på hvorvidt banken kan anses å ha gjort et forsøk på å sikre fortsatt drift. Det kan virke som at dersom dette kan besvares bekreftende, vil Høyesterett sjelden, eller aldri, karakterisere en disposisjon som utilbørlig. Dette må være en rimelig konklusjon da det ikke kan anses som ”klart kritikkverdige” at en bank forsøker å unngå konkurs. Unngår man konkurs vil det som regel være til det beste for alle kreditorer, virksomheten selv, og dens eiere.

Her bør det imidlertid presiseres at man må se på muligheten og sannsynligheten for at konkurs unngås. Er det ingen sjanse for at driften vil fortsette idet banken engasjerer seg på en måte som gjør at dens krav blir sikret, vil det trolig gå over grensen til ”klart kritikkverdige”. Dette forsterkes ved at et selskaps bankforbindelse ofte har, og bør ha god oversikt over selskapets økonomi. Når Høyesterett da legger til grunn at bankens engasjement var for å sikre fortsatt drift, må man forutsette at mulighetene for fortsatt drift er vurdert av retten. I Rt.1933 s.1265, Ringen-dommen, ble det også vurdert om den annen part (en bank) hadde disponert i et forsøk på å sikre fortsatt drift. Resultatet ble her et annet enn i de foregående sakene. Høyesterett konkluderte med at det måtte være på det rene at skyldneren ikke hadde overlevelsesmulighet, og banken kunne da heller ikke anses å ha gjort et reelt forsøk på å sikre fortsatt drift. Det ble uttalt at ”baade Ringen [skyldneren] selv og banken ialfall har ansett det overveiende sannsynlig, at der forelaa insolvens, og at de begge har optraadt som skjedd med insolvensen for øie”.<sup>71</sup>

#### 4.3.3.2 Skyldneren

Også skyldnerens subjektive forhold og adferd kan være momenter av betydning ved utilbørlighetsvurderingen. Ved det subjektive vilkåret er som nevnt skyldnerens forhold irrelevant, fordi det kun er den annen part som visste eller burde visst. Ved selve vurderingen av om disposisjonen er utilbørlig må løsningen bli en annen. Man bør, etter min mening like-

---

<sup>71</sup> Se side 1266 i dommen.

vel være forsiktig med å tillegge skyldnerens forhold for mye vekt, da en eventuell omstøtelse går utover den annen part, og ikke skyldneren selv.

Som regel er skyldneren klar over sin egen situasjon. Når lovgiver har tatt det standpunkt at skyldnerens eventuelle uvitenhet eller unnskyldelige villfarelse om sin egen økonomi ikke hindrer omstøtelse, bør man være forsiktig med å tillegge hans kjennskap til egen økonomi for mye vekt. Det kan likevel tenkes at det finnes tilfeller der skyldneren bevisst går inn for å svike kreditorene, noe som kan føre til bedrageri. Ved slike tilfeller bør hans kunnskap tillegges betydelig vekt. Dette begrunnes i hovedformålet om en rettfærdig fordeling mellom kreditorene, se punkt 2.2.

Skyldnerens aktive opptreden er også et moment som kan gjøre en disposisjon utilbørlig. I Rt.1926 s.657 hadde en kreditor oppnådd utlegg hos skyldneren ca. 1 ½ år før konkursåpning. Høyesterett uttaler først at en kreditor ikke gjør seg skyldig i ”rettsbrudd” ved å skaffe sikkerhet for sin fordring. Det uttales videre at et slikt rettstridig preg kan oppstå dersom det foreligger ”særlige omstendigheter”.<sup>72</sup> Disse forhold ble knyttet til noe uvanlig aktivitet fra skyldnerens side: for det første hadde han gått med på å skrive under på et ek-sigibelt gjeldsbrev som kunne tjene som tvangsgrunnlag. For det andre hadde han inngått forlik med en ekstraordinær kort betalingsfrist. For det tredje fant han seg i at ”eksekusjon” ble avholdt selv om betalingsfristen ikke var utløpt. Skyldneren gikk på denne måten langt i å medvirke til at kreditor fikk utlegg raskt. Skyldnerens konkrete adferd ble ikke avgjørende i saken, men dommen viser at skyldnerens uvanlige aktivitet kan være en omstendighet som gjør at en disposisjon fremstår som utilbørlig.

Videre kan skyldnerens motivasjon for disposisjonen tillegges vekt. Dette gjelder særlig der skyldneren begunstiger én eller flere kreditorer som for eksempel er hans venner eller personer han har særlig interesse i å gjøre fornøyde. Sistnevnte kan for eksempel være personer han ønsker å jobbe med i etterkant av konkursen. Her vil hans egeninteresse komme i

---

<sup>72</sup> Se side 658 i dommen.

konflikt med kreditorenes interesser, ved at skyldnerens egeninteresser ofte vil bli stemplet som illojalt.<sup>73</sup> Et noe spesielt eksempel finnes i RG-1990-83 fra Skien og Porsgrunn byrett. ”A” var eneksjonær, styreformann og daglig leder i et aksjeselskap. Han var klar over at selskapet var insolvent allerede ved hans overtakelse, men overførte likevel kr. 50 000 til seg selv fra selskapet, fire måneder før konkursåpning. Pengene ble benyttet til å starte et nytt selskap i samme bransje. Selv om retten var enig i at han hadde et tilgodehavende på ca. kr. 50 000, fant den det ”utvilsomt at [han] ved det aktuelle uttaket ... på en utilbørlig måte, forsettlig, har begunstiget en fordringshaver, nemlig seg selv, på de øvrige kreditorens bekostning”.<sup>74</sup>

#### 4.3.4 Hvordan kravet er blitt til

I Rt.1967 s.993, var forholdet at skyldneren hadde begått underslag i et gårdselskap. Skyldneren hadde ca. et halvt år før konkursen betalt to beløp på til sammen kr. 225 000 til gårdselskapet til dekning av underslaget. Konkursboet gikk til sak mot gårdselskapet med krav om omstøtelse av de to betalingene. Det ble lagt til grunn at slike disposisjoner ikke kunne være kritikkverdig eller illojal. Førstvoterende la vekt på at man ikke hadde å gjøre ”med et ordinært gjeldsforhold. Disposisjonene skjedde, ... for å skaffe dekning og sikkerhet for et nylig avdekket betydelig underslag. I et slikt tilfelle må dekning eller sikkerhetstillelse kunne kreves hurtig”.<sup>75</sup> Dette viser at kravets oppstandelse også kan ha betydning ved vurderingen. Da underslag er ulovlig, vil det være urimelig om dette skal gå utover den annen part gjennom at disposisjonene skulle blitt omstøtt. De færreste kreditorer vil føle seg forbigått ved at slike disposisjoner står seg ovenfor kreditorfelleskapet. Når den annen parts krav er oppstått på en irregulær måte vil dette være et formildende moment, og den påfølgende dekningsdisposisjon vil ikke anses for å være utilbørlig.

---

<sup>73</sup> Brækhus 1970 s. 154

<sup>74</sup> Se side 88 i dommen.

<sup>75</sup> Se side 996 i dommen.

#### 4.3.5 Tidsforløpet

Tidsforløpet kan være et relevant moment ved vurderingen av om en disposisjon er utilbørlig. Det som her vil ha betydning er hvor lang tid det går fra disposisjonen foretas, til konkurs åpnes. Generelt kan man si at dersom det går lang tid fra disposisjonen til konkurs, vil det være et moment som trekker i retning av at disposisjonen ikke er omstøtelig. Motsatt vil et svært kort tidsrom være et moment som kan tilsi omstøtelse.

At det har gått lang tid vil tyde på at disposisjonen ikke har hatt noen konsekvenser av betydning for skyldneren, og at disposisjonen trolig heller ikke er motivert av noen konkursfrykt. Vi må likevel ta med oss forutsetningen om at skyldnerens økonomi ble alvorlig svekket av disposisjonen. Dersom konkurs ikke åpnes før for eksempel ett år i ettertid, kan det tenkes at den alvorlige svekkelsen av økonomien likevel ikke brakte skyldneren i nærheten av konkurs. Det kan imidlertid være andre momenter som tilsier at disposisjonen likevel bør omstøtes, men dersom disposisjonen er foretatt lang tid i forveien, og den ikke har hatt noen praktisk betydning på skyldnerens stilling, ville det vært urimelig å skulle omstøte den.<sup>76</sup>

##### 4.3.5.1 Tidsramme for vurderingen

Ved vurderingen av om det forelå en utilbørlig begunstigelse tok Høyesterett som utgangspunkt i Namtvedt-dommen at det var nødvendig å se på forholdet mellom Comdel og CBK i hele den perioden de hadde forbindelse med hverandre, og særlig i 1987, da disposisjonen fant sted.<sup>77</sup> Dette er i tråd med teorien ved at man ser mer ”globalt” på partenes forhold, ikke bare på disposisjonstidspunktet, men også hvordan forholdet har vært i perioden før, og også etter.

---

<sup>76</sup> Dette ble lagt til grunn i Rt. 1926 s. 657, selv om urimelighet ikke ble nevnt.

<sup>77</sup> Se side 798 i dommen.



I motsetning til lagmannsretten mente førstvoterende i Namtvedt-dommen at vurderingen av om disposisjonen var utilbørlig også måtte knyttes til etterfølgende forhold. Dette fordi de kastet lys over hendelsene i begynnelsen av oktober (da disposisjonen ble foretatt). Førstvoterende forsvarer bruken av etterfølgende forhold på denne måten: ”Saken dreier seg om omstøtelse i konkurs etter den subjektive omstøtelsesregel i dekningsloven § 5-9, og da må det være riktig å se vedkommendes disposisjoner helt frem til konkursen i sammenheng”.<sup>78</sup>

Høyesterett legger betydelig vekt på et etterfølgende forhold der CBK innvilget selskapet en kassakreditt på fire millioner kroner. Etter førstvoterendes vurdering viser dette at CBK under enhver omstendighet var villig til å fortsette å satse på selskapet, og at de ikke var ute etter å redde sitt eget tilgodehavende. Dette viser at de etterfølgende forhold nærmest blir avgjørende for utfallet av saken.

Huser er av den oppfatning at ”det er forholdene på disposisjonstidspunktet som i prinsippet skal legges til grunn”.<sup>79</sup> Spørsmålet blir da om det er riktig å se disposisjonen (avregningen og den nye trekkgrensen) isolert, eller om det vil være riktig å se lengre frem i tid til de etterfølgende forhold. I denne saken viser de etterfølgende forhold at banken ikke hadde opptrådt ”klart kritikkverdig” eller illojalt. Hadde man sett bort i fra disse forholdene ville resultatet trolig blitt et annet, som i lagmannsretten. Forarbeidene snakker også om en helhetsvurdering der flere momenter kan tillegges vekt. Det ville på denne måten vært urimelig dersom man skulle sett bort i fra forhold som taler mot omstøtelse, selv om de inntrådte etter disposisjonstidspunktet.

Man kan etter dette konkludere med at forhold som først inntreffer etter at disposisjonen er foretatt, også kan tillegges vekt ved vurderingen av om disposisjonen er utilbørlig. Videre må partenes forhold ses i en lengre periode enn kun ved disposisjonstidspunktet.

---

<sup>78</sup> *ibid.* s. 799

<sup>79</sup> Huser 1992 s. 512

#### 4.3.6 Når vurderingen omhandler flere disposisjoner

I Kjells Markiser-dommen hadde banken, i tremånedersperioden før det ble åpnet konkurs, fått nedbetalt gjeld på ca. 5 millioner kroner. Boets omstøtelseskrav gjaldt tre hovedposter:

- reduksjon av saldo på kassakreditt med 3.850.000 kroner,
- nedbetaling av fastlån i alt 1.150.000 kroner,
- nedbetaling av diskonteringskreditt med 500.000 kroner.

Når omstøtelseskravet gjelder flere disposisjoner til samme kreditor blir spørsmålet om man skal vurdere disposisjonene samlet, eller om det må vurderes konkret i forhold til hver enkelt betaling. Førstvoterende, som representerer flertallet, tar utgangspunkt i at vurderingen må skje konkret i forhold til de forskjellige betalingene. Annenvoterende, som er i mindretall, mener at når det beror på en helhetsvurdering om nedbetalingene var utilbørlig, så må samtlige betalinger vurderes samlet. En må anta at annenvoterende ønsker å vurdere betalingene under ett for å få et mer samlet ”bilde” av handlingene. Dette kan sammenlignes med at det er naturlig å se forholdet mellom partene over lengre tid, samt at etterfølgende forhold kan tillegges vekt. Begge disse momentene er til hjelp for å få et mer samlet og helhetlig ”bilde”.

Likevel må førstvoterendes standpunkt etter min mening være det riktige. § 5-9 gir anvisning på en helhetsvurdering, og rammer bare disposisjoner som etter en slik konkret vurdering fremstår som klart kritikkverdige, jf. Ot.prp.nr.50 (1980-1981) side 170-171. Det ville vært feil om man skulle ha mulighet til å la ulike disposisjoner kunne påvirke hverandre, slik at de samlet sett anses for å være utilbørlig (dette skiller seg fra addisjonsprinsippet ved at det her er snakk om flere isolerte transaksjoner og ikke transaksjoner som inneholder flere disposisjoner, se punkt. 3.2.1). Ved utilbørlighetsvurderingen etter § 5-9 må hver og en disposisjon vurderes konkret, men i lys av partenes opptreden og forhold i en lengre periode. Hver enkelt disposisjon vurderes på denne måten for seg, men i et helhetlig bilde. I Kjells Markiser kom annenvoterende frem til at en betydelig større del av nedbetalingene de tre siste månedene før konkursåpningen måtte omstøtes, enn hva flertallet kom frem til. Hans synspunkt på dette temaet kan være grunnen til det.

## 5 Referanserammer for vurderingen

### 5.1 De objektive omstøtelsesreglene som referanseramme

#### 5.1.1 Disposisjoner som rammes av en objektiv omstøtelsesregel

Som tidligere nevnt vil spørsmålet ”om hvorvidt en disposisjon er utilbørlig i forhold til kreditorene ... i mange tilfeller kunne besvares på grunnlag av analogier fra de objektive omstøtelsesregler”.<sup>80</sup> De objektive reglene rammer gaver, betalinger, motregninger, sikkerhetstillelser og utlegg, se dekl. §§ 5-2 til 5-8. Disse disposisjonstypene representerer de mest praktiske kreditorskadelige disposisjoner. Vi har allerede vært inne på at disposisjoner som rammes av en av de objektive reglene, også som regel vil være utilbørlig etter § 5-9.<sup>81</sup> Også i disse tilfellene må det foretas en helhetsvurdering. Det kan derfor tenkes tilfeller som rammes av en objektiv regel, uten samtidig å rammes av § 5-9. Slik bør det også være da rettsvirkningene er forskjellige, se dekl. §§ 5-11 og 5-12, samtidig som det vil virke ”hardere” for partene at disposisjonen anses som utilbørlig og ”klart kritikkverdige”.

På denne måten mener Huser at det vil være et meget tungtveiende moment i utilbørlighetsvurderingen at den aktuelle disposisjonen rammes av en objektiv regel.<sup>82</sup> Det kan imidlertid stilles spørsmål om hvor tungtveiende dette vil være i praksis ved vurderingen av om disposisjonen er ”utilbørlig”, fordi det er såpass mange andre momenter som kan tillegges vekt ved vurderingen. I de tre dommene som vurderer utilbørlighetskriteriet direkte, har omstøtelse ikke blitt resultatet på grunn av andre momenter.

#### 5.1.2 Disposisjoner som faller utenfor omstøtelsesfristene i de objektive reglene

I forarbeidene fremholdes det at i praksis vil ”den subjektive omstøtelsesregel først og fremst bli påberopt i tilfeller hvor de objektive regler ikke fører frem – det gjelder f.eks. en

---

<sup>80</sup> NOU 1972:20 s. 297

<sup>81</sup> Se punkt 4.1

<sup>82</sup> Huser 1992 s. 517

disposisjon som tidsmessig eller innholdsmessig faller utenfor de sistnevnte regler”.<sup>83</sup> Her skal jeg se på de disposisjoner som tidsmessig faller utenfor. De disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor blir behandlet i punkt 5.1.3.

I tilfeller som nevnt ovenfor, vil § 5-9 være den eneste hjemmel for omstøtelse. Boet har kun én mulighet: omstøtelse etter den subjektive regel. Situasjonen er her at man ut i fra disposisjonens innhold kunne påberopt seg en objektiv regel, men da den faller utenfor omstøtelsesfristen må boet benytte seg av § 5-9. Som nevnt i punkt 5.1.1 må det også her være et tungtveiende moment ved utilbørighetsvurderingen at disposisjonen er av en slik type at den rammes av en objektiv regel. Begrunnelsen for de relativt korte omstøtelsesfristene som oppstilles i de objektive reglene, er at deres objektive karakter betinger ”sikkerhetsmarginer”.<sup>84</sup> Uten korte frister ville reglene kunne ramme alt for hardt, da de ikke inneholder subjektive og økonomiske vilkår, som § 5-9 gjør.

Spørsmålet er om det faktum at en disposisjon faller utenfor fristene i de objektive reglene, vil ha noen betydning fra eller til i forhold til den subjektive regel, sammenlignet med tilfeller som er innenfor begge frister. Hvis en disposisjon faller like utenfor den objektive fristen, vil ikke det være noe formildende moment. Dette vil heller understreke disposisjonens omstøtelsesverdighet. Generelt kan det sies at ”jo nærmere man er fristen, jo mer utilbørilig vil disposisjonen kunne virke”.<sup>85</sup> Dette vil da være et moment ved utilbørighetsvurderingen. At man er utenfor fristen behøver ikke da i seg selv å ha noen betydning fra eller til i forhold til tilfeller som er innenfor begge frister.

Det man sikkert kan slutte ut av dette er at disposisjoner utenfor fristen i de objektive reglene kan omstøtes etter § 5-9 dersom vilkårene er til stede, og at tidspunktet for disposisjonen, som ellers i utilbørighetsvurderingen, vil være et moment.

---

<sup>83</sup> NOU 1972:20 s. 297

<sup>84</sup> Huser 1992 s. 518

<sup>85</sup> *ibid.* s. 519

### 5.1.3 Disposisjoner som innholdsmessig faller utenfor de objektive reglene

Spørsmålet ved slike disposisjoner er om de må bedømmes på fritt grunnlag i forhold til § 5-9, eller om man kan bruke den analogien som oppstilles i forarbeidene.<sup>86</sup> Svaret vil være todelt. Huser mener at dersom ”den aktuelle disposisjon etter sin art enten teknisk eller funksjonelt ligner på en disposisjon som innholdsmessig rammes av en objektiv regel, vil [det] være et skjerpene moment ved utilbørighetsvurderingen”.<sup>87</sup> Man kan si at jo nærmere en disposisjon ligger en disposisjon som rammes av en objektiv regel, jo mer nærliggende vil det være å karakterisere den som utilbørlig. En slik likhet kan altså innebære at utilbørighet blir konstatert.

På den annen side har vi disposisjoner som ligger langt unna de objektivt omstøtelige, og som ikke ligner verken teknisk eller funksjonelt. Dette vil ikke automatisk medføre det motsatte: at det er lite nærliggende å karakterisere disposisjonen som utilbørlig fordi den ikke ligger nære nok det som en objektiv regel rammer. Også ved slike typer disposisjoner må det foretas en helhetlig vurdering, der det faktum at den er langt unna det objektivt omstøtelige, etter min mening ikke bør være et formildende moment. Slike tilfeller bør bedømmes på fritt grunnlag i forhold til § 5-9.

## 5.2 Straffereglene som referanseramme

Utgangspunktet er at straffereglene og omstøtelsesreglene må vurderes separat. Det er ingen formell tilknytning eller henvisning til straffereglene i norsk konkursrett. Likevel kan formålet bak reglene i straffeloven av 22. mai 1902 (strl.) kapittel 27, i stor grad sammenlignes med § 5-9. De hensyn som tilsier straff, ligger også i stor grad til grunn for omstøtelse i dekl. § 5-9. Det siktes her spesielt til det preventive hensynet.

---

<sup>86</sup> Se note 80

<sup>87</sup> Huser 1992 s. 521

Selv om omstøtelsesreglene må vurderes separat fra straffereglene i strl. Kap. 27, vil ikke det bety at straffereglene ikke kan trekkes inn som et relevant moment i utilbørighetsvurderingen. En viss sammenheng mellom de to regelsettene vil være naturlig. For allmennheten ville det for eksempel være vanskelig å forstå at en kreditor eller skyldner som blir straffet for sine handlinger i forbindelse med konkurs, ikke samtidig behøver å omstøte den aktuelle handlingen/disposisjonen til fordel for konkursboet. I Rt.2001 s.1136 (Kjells Markiser), som er nevnt tidligere, uttaler annenvoterende at ved straffetrusselen i den da gjeldende § 284 (nå § 282), markerer lovgiveren at ”fordeling av kreditorer må unngås”.<sup>88</sup> Han fortsetter slik: ”Straffeloven § 284 illustrerer dessuten at plikten til å unngå fordeling er overordnet det forhold at forfallstiden er kommet”. På denne måten blir straffebestemmelsen trukket inn som et skjerpene moment i utilbørighetsvurderingen.

Det kan i mange tilfeller være naturlig at en disposisjon som anses som straffverdig, også anses som omstøtelsesverdig, og dermed karakteriseres som ”utilbørlig”. I og med at det først og fremst er den annen parts subjektive forhold som får betydning ved utilbørighetsvurderingen, vil dette i utgangspunktet få betydning hvor dennes deltakelse medfører straffansvar. Den annen parts straffansvar er da et tungtveiende moment i utilbørighetsvurderingen. Skyldnerens eventuelle straffansvar vil naturligvis også ha innvirkning på utilbørighetsvurderingen. Det må da konstateres at den annen part kjente eller burde kjent til det straffbare ved disposisjonen.

Det vil ikke være like naturlig å anse en omstøtelsesverdig disposisjon som straffverdig kun på grunn av omstøteligheten (og utilbørigheten). Straff anses for å være en mer byrdefull følge enn omstøtelse. For den som rammes vil det føles mye strengere og hardere å bli straffet med fengsel, enn om disposisjonen kun blir omstøtt.

---

<sup>88</sup> Se side 1149 i dommen

Straffereglene gir således en viss veiledning eller ramme for utilbørighetsvurderingen. Når disposisjonen er foretatt gjennom straffbare handlinger, skal det svært mye til for at den skal stå seg etter den subjektive omstøtelsesregel. Da dette er to forskjellige regelverk er det ikke noe i veien for at de sivilrettslige reglene kommer til anvendelse (omstøtelse), selv om vilkårene for straff ikke er oppfylt.

## **6 Rt.1995 s.259, Palonen-dommen**

### **6.1 Innledning**

Dommen reiser interessante spørsmål vedrørende utilbørighetsvurderingen, og blir derfor behandlet i en egen del. Dommen illustrerer etter min mening også i noen grad domstolens forsiktighet med å karakterisere noe som ”utilbørlig”.

Palonen ble ansatt som daglig leder for Troms Kjøtt AS i februar 1989. På dette tidspunktet hadde selskapet en svak økonomiske stilling, og Palonen forlot en god stilling i ”Gildesystemet”. I ansettelsesvilkårene fikk Palonen opsjon til å overta selskapets bedriftsbolig. Prisen skulle være kr. 475.000, som var halve prisen av hva selskapet anskaffet huset for. Opsjonen ble tinglyst med prioritet bak pantegjelden på kr. 800.000. Selskapets økonomiske problemer vedvarte. Palonen gjorde opsjonen gjeldende i mai 1991, kjøpekontrakt ble inngått for kr 475.000. Før overskjøting nedbetalte Troms Kjøtt pantegjelden, slik at Palonen ved senere betaling av avtalt pris, kr 475.000, til banken og Troms Kjøtt, ble eier av en heftelsesfri eiendom. Skjøte ble tinglyst 2. oktober 1991. Etter en reorganisering, som blant annet innebar overdragelse av driftsaktiva til et nytt selskap i oktober, begjærte Troms Kjøtt oppbud i november 1991.

### **6.2 Omstøtelseskravet, og de aktuelle disposisjonsalternativer**

I desember 1991 tok bostyrer ut omstøtelsessøksmål mot Palonen med grunnlag i dekl. § 5-9. I utgangspunktet, slik jeg ser det, er det fem mulige disposisjoner eller ”deldisposisjoner” som kunne angripes av boet alene eller i kombinasjon:

1. Inngåelse av opsjonsavtalen
2. Tinglysningen av opsjonsavtalen
3. Utøvelse av opsjonen, med tilhørende kjøpsavtale
4. Selskapets nedbetaling av pantegjelden
5. Tinglysningen av skjøtet som ga Palonen rettsvern



De aktuelle disposisjonene som boet mente var utilbørlige, og dermed omstøtelige var tinglysningen av opsjonsavtalen, samt ”gjennomføringen av overdragelsen (det vil si inngåelse av kjøpsavtalen og tinglysning av skjøte) og selskapets nedbetaling av pantegjelden til fordel for Palonen.

### **6.3 Høyesteretts dom**

Høyesterett kom under dissens (3-2) til at vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-9 ikke var til stede.

Både flertallet og mindretallet mente at den mulige omstøtelige disposisjon var nedbetalingen av pantegjelden, men delte seg i spørsmålet om denne betalingen var ”utilbørlig”. Siden boet og Palonen var enige om at inngåelsen av opsjonsavtalen ikke var utilbørlig, ble dette ikke drøftet. Flertallet og mindretallet var videre enige om at tinglysning av kjøpsopsjonen ikke var utilbørlig. Det var heller ikke erklæringen av opsjonen eller inngåelse av kjøpskontrakten.

Høyesteretts flertall sluttet seg i det alt vesentlige til mindretallet med unntak av utilbørlighetsvurderingen av nedbetalingen til banken.

Selv om Palonen og boet var enige om at inngåelse av opsjonsavtalen ikke var utilbørlig uttalte førstvoterende (del av mindretallet) likevel at

”kjøperetten fremkom som en del av bedriftens ytelser til Palonen i en gjensidig bebyrdende avtale, hvor Palonen på sin side hadde forlatt en god og sikker stilling for å søke å bringe på fote en bedrift med usikker fremtid.” (s. 264).

Tinglysningen av avtalen fant sted i november 1989, noe boet anførte var utilbørlig fordi selskapets økonomiske situasjon på dette tidspunkt var forverret, og tinglysningen etablerte sikkerhet for en allerede eksisterende forpliktelse, i den hensikt å sikre Palonen ved en fremtidig konkurs. Angående denne anførselen uttalte førstvoterende følgende:

”Det er noe uklart hva som var årsaken til at kjøperetten først ble tinglyst i november 1989, men jeg kan ikke se at situasjonen på det tidspunkt - to år før konkursen - hadde utviklet seg slik at det var utilbørlig at Palonen fikk etablert rettsvern for kjøperetten.”(s. 264)

Flertallet og mindretallet var også enige om at det ikke var forhold til hinder for at Palonen utøvet opsjonen i mai 1991; heller ikke dette kunne anses utilbørlig, og førstvoterende uttaler:

”På den tid da Palonen gjorde opsjonen gjeldende var situasjonen for Brødrene Bothner blitt meget vanskelig, og utsiktene til fortsatt drift syntes dystre. ...Imidlertid kan jeg ikke se at disse forhold var til hinder for at Palonen gjorde bruk av sin kjøperett.

Herredsretten og lagmannsretten synes å ha lagt til grunn at utviklingen i tiden frem til mai 1991 medførte at Brødrene Bothner kunne ha ansett seg ubundet av Palonens kjøperett på grunnlag av bristende forutsetninger. Det er jeg ikke enig i. Det var da kjøperetten ble etablert, en nærliggende risiko for at det ikke ville lykkes å snu den negative utvikling i bedriften, og kjøperetten hadde åpenbart til formål å komme Palonen til gode også i en slik situasjon.

Heller ikke kan jeg se at utøvelsen av kjøperetten isolert sett var utilbørlig i forhold til bedriftens kreditorer. Det som skjedde, var at Palonen gjorde gjeldende en rett som var gyldig stiftet og som hadde rettsvern i kraft av tinglysingen.” (s. 265).

### 6.3.1 Særlig om nedbetalingen av pantegjelden og tidspunktet for utilbørlighetsvurderingen

Både flertallet og mindretallet var enige om at nedbetalingen innebar en begunstigelse av Palonen. Vel hadde Palonen etter avtalen krav på en heftelsesfri eiendom mot erleggelse av kjøpesummen på kr 475.000, men hans rett var tinglyst etter bankens pantekrav i eiendommen. Palonen var dermed en alminnelig usikret kreditor for det beløp som banken måtte nedbetale med, for at eiendommen skulle bli heftelsesfri.

Det er – tilsynelatende – noen forskjeller i flertallets og mindretallets bedømmelse av om nedbetalingen har skjedd på de øvrige kreditorers bekostning; flertallet påpeker i alle fall at de øvrige kreditorer ikke har lidt noe tap.

Det vesentlige spørsmålet, der dissensen oppstod, var altså om nedbetalingen av pantegjelden måtte anses som utilbørlig etter dekl. § 5-9.

Førstvoterende, som representerer mindretallet, uttalte følgende om utilbørlighetsspørsmålet:

”[Det så] mørkt ut for bedriftens fremtid da nedbetalingen skjedde. Det foreligger en rekke opplysninger som underbygger dette. Jeg viser således til at Den norske Bank, som bedriften var avhengig av for å overleve, i februar 1991 hadde gitt signaler om at den ville ut av engasjementet. Det ble våren 1991 gjort forsøk på å komme til en privat gjeldssanering med de største kreditorerne, men forsøket mislyktes. Fra våren 1991 sluttet bedriften helt å betale merverdiavgift. Når bedriften i denne situasjon foretar betaling av et så vidt betydelig usikret krav til fordel for daglig leder, må det etter min oppfatning anses som en utilbørlig begunstiging av denne kreditor sett i forhold til de øvrige. Jeg kan for øvrig vanskelig se annet enn at tidspunktet for disposisjonene må være valgt med sikte på å komme en truende konkurs i forkjøpet.” (s. 267)

Som det fremgår ovenfor mente mindretallet at den omstendighet at selskapet betalte et usikret krav til fordel for daglig leder, som naturlig nok måtte være den første til å kjenne selskapets økonomiske stilling, var nok til å anse nedbetalingen som utilbørlig.

Mindretallet legger dermed avgjørende vekt på situasjonen (og kunnskapen) på nedbetalingstidspunktet. Selskapet begunstiget Palonen på de øvrige kreditorenes bekostning, på et tidspunkt hvor en slik nedbetaling måtte være utilbørlig, og Palonen måtte – som daglig leder – kjenne både den økonomiske situasjon og at nedbetalingen ville være utilbørlig.

Flertallet legger til grunn et videre tidsmessig perspektiv i vurderingen av om nedbetalingen av pantelånet innebar en utilbørlig kreditorbegunstigelse. Annenvoterende, som representerte flertallet, uttalte at

”Ved utilbørlighetsvurderingen må det etter mitt syn tas utgangspunkt i den situasjon som forelå da opsjonsavtalen ble inngått.” (s. 268).

Flertallet vektlegger på denne måten selve inngåelsen av opsjonen, selv om spørsmålet da ikke var om selve inngåelsen var utilbørlig, men gjaldt den senere nedbetalingen av gjelden. Annenvoterende fortsatte slik angående situasjonen på inngåelsestidspunktet:

”Fra selskapets side var det et sterkt ønske om at Palonen skulle overta stillingen som daglig leder. Det var alminnelig kjent at selskapet hadde en meget dårlig økonomi, og det var vanskelig å få stillingen besatt. Palonen ble gjort kjent med at selskapets gjeld var "astronomisk" og at forutsetningen for videre drift var ny kapitaltilførsel, noe som ikke skjedde. ... Jeg kan ikke se at denne avtalen ga Palonen noe mer enn rimelig vederlag for den utsatte og vanskelige oppgaven han påtok seg. ... Forutsetningen må ha vært at Palonen skulle få overta eiendommen fri for heftelser.” (s. 268).

#### **6.4 Noen vurderinger**

Som i Namtvedt-dommen<sup>89</sup> ser Høyesterett også her på forholdet mellom partene i en lengre periode enn kun hvordan situasjonen var ved den aktuelle disposisjonen. Da situasjonen ved inngåelsen av opsjonen kunne belyse hvorfor nedbetalingen ble foretatt, blir dette tillagt vekt. Mindretallet på sin side knyttet utilbørlighetsvurderingen til situasjonen våren 1991. Flertallet uttalte videre at ved nedbetalingen av pantelånet tok ”selskapet sikte på å oppfylle de forutsetningene som lå til grunn for at Palonen skulle ta på seg oppgaven som daglig leder i et økonomisk vanskeligstillet selskap for å gjøre sitt til å bedre økonomien, til beste for selskapet og dets kreditorer”. Dette selv om flertallet var enige med

---

<sup>89</sup> Se punkt. 4.3.5.1.

mindretallet i at nedbetalingen innebar en begunstiging av Palonen på de øvrige bekostning.

Resonnementet kan sammenlignes med blant annet Namtvedt-dommen,<sup>90</sup> der den annen parts opptreden og motivasjon kan anses som en ”redningsaksjon”. Flertallet legger særlig vekt på forutsetningen for ansettelsesavtalen. Det kan stilles spørsmål ved om dette prinsippet blir dratt litt for langt i denne saken. At Palonen ble ansatt for å gjøre situasjonen bedre for kreditorfellesskapet skal man ikke så tvil om. Likevel fikk selskapet en ny kreditor ved denne ansettelsen: Palonen selv. Saken skiller seg også ut fra andre saker der disposisjonen ikke blir omstøtt på grunn av at den må anses som en ”redningsaksjon”, der for eksempel en banks engasjement før konkursen blir ansett som en forsøk på å sikre fortsatt drift, jf. Kjells Markiser. Å ansette en ny daglig leder, og samtidig gi han en opsjonsavtale på bolighus, må sies å innebære noe annet enn hva forholdet i Kjells Markiser var.

Det ble videre lagt vekt på at styreformannen og styremedlemmet som medvirket ved overdragelsen av eiendommen, var valgt inn av banken. Det ble lagt til grunn at banken hadde godkjent betalingene, og at det var de som ville tape på nedbetalingene. ”De øvrige kreditorer har i realiteten ikke lidt noe tap ved nedbetalingen av pantegjelden.” (s.269) Det kan tenkes at det er dette sitatet som er den virkelige begrunnelsen for resultatet flertallet kommer til. Banken hadde til en viss grad selv ansvar for det tap de lidte, ved at de hadde personer i ledende styrestillinger.

Mindretallet og flertallet kan synes å være uenig om hva som bør legges i begrepet. Flertallet vil ikke karakterisere disposisjonene med et så ”belastende begrep” som utilbørlig. Mindretallet synes på den andre side å mene at en innfrielse av usikrede fordringer til fordel for daglig leder, som skjer på bekostning av de øvrige kreditorene, klart må ligge innenfor område for omstøtelse etter § 5-9. Dersom man skal følge departementets syn om at det er de ”klart kritikkverdige” forhold som rammes, kan man være enige med mindretallet

---

<sup>90</sup> Se punkt 4.3.3.1.

dersom man ser utelukket på disposisjonen, uten å legge vekt på hvem som lider tapet. Her skal det nevnes at § 5-9 uttømmende regulerer kreditors ansvar for tap som påføres kreditorfellesskapet.<sup>91</sup> Dersom omstøtelse ikke fører frem vil den annen part altså være ansvarsfri. Legges det da for mye i begrepet, slik at omstøtelse svært sjeldent vil skje etter § 5-9, vil spørsmålet bli om formålet med bestemmelsen faktisk oppfylles slik den anvendes i denne saken.

Ut i fra dommen kan man trekke at ved utilbørlighetsvurderingen må en se partenes forhold under ett, og ikke utelukkende vurdere den aktuelle disposisjonen isolert. Videre vil måten kravet oppstår på, og grunnlaget for kravet ha betydning. Den ”opprinnelige disposisjon” (disposisjonen som utløser en ny disposisjon fra skyldnerens side) vil således være av betydning. Til slutt viser dommen at det ikke er nødvendig med fysisk ”innskyting” av penger til skyldneren for at en handling kan anses motivert av å sikre fortsatt drift.

---

<sup>91</sup> Reusch, Ånd og rett 1997, ”To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger”. S. 836

## **7 Hva skal til for at en disposisjon anses for å være utilbørlig?**

### **7.1 Innledning**

Hvilke momenter som kan og skal tillegges vekt ved utilbørlighetsvurderingen og hva vurderingen går ut på, er nå forsøkt klargjort. Videre er noen referanserammer oppstilt for å gi et tydeligere bilde. Jeg har også vært inne på det enkle svaret for hva som skal til for at en disposisjon anses for å være utilbørlig: det er de ”klart kritikkverdige” og illojale disposisjoner som rammes etter § 5-9.<sup>92</sup>

I og med at vurderingen skal være individuell og konkret i hvert enkelt tilfelle, er det vanskelig å angi eksakt hvilke disposisjoner som rammes og hvilke som ikke rammes. De individuelle omstendigheter i hver sak gjør at det ikke vil være mulig å komme nærmere enn til å angi hvor en slags normalgrense går. I tillegg har vi kun tre dommer fra Høyesterett som gjelder vurderingen etter dekl. § 5-9, og ikke den eldre ulovfestede lære. Dette gjør øvelsen ekstra krevende. Den beste måten for å forsøke å angi hva som skal til for at en disposisjon anses for å være utilbørlig, vil være å oppstille noen typetilfeller etter de forskjellige disposisjonstypene som § 5-9 oppstiller.<sup>93</sup> Fremstillingen i denne delen av oppgaven tar dermed ikke sikte på å oppstille noen uttømmende oversikt over hvilke tilfeller som rammes av § 5-9.

### **7.2 Utilbørlige kreditorbegunstigelser**

#### **7.2.1 Generelt**

Kreditorbegunstigelser vil som oftest være at skyldneren betaler en eller flere kreditorer utestående gjeld. Andre kreditorbegunstigelser kan være frivillig sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, eller utlegg. De tre dommene som omhandler vurderingen etter § 5-9 (Namtvedt,

---

<sup>92</sup> Se punkt 4.

<sup>93</sup> Se punkt 3.3.

Palonen og Kjells Markiser) gikk alle, enten direkte eller indirekte ut på kreditorbegunstigelse ved gjeldsbetaling.

### 7.2.2 Betaling av gjeld

Ved vurderingen av om en gjeldsbetaling er utilbørlig vil det som sagt kunne legges vekt på både skyldnerens og kreditorens forhold.<sup>94</sup> Det forutsettes videre at betalingen kommer kreditorfellesskapet til skade.

Det er klart at en betaling av gjeld som er motivert av å tilgodese den aktuelle kreditoren, må anses som utilbørlig. På den andre siden har vi sett at en betaling som er motivert for å sikre fortsatt drift, ikke kan anses som utilbørlig, jf. de tre dommene nevnt i punkt 7.2.1. Det som er problematisk er tilfeller som ligger i mellom disse eksemplene.

En sammenligning med den objektive regelen i dekl. § 5-5 kan være til hjelp. Nedbetaling av gjeld kan omstøtes etter § 5-5 blant annet dersom betalingen kan sies å være ”ekstraordinær”. Det antas at også dette vilkåret inneholder en rettslig standard, som viser til en individuell og konkret helhetsvurdering av den aktuelle betaling.<sup>95</sup> Vurderingen er noe lik den som følger av utilbørlighetskriteriet, men kan likevel ikke sies å være sammenfallende. Huser er av den oppfatning at det ”må kunne legges til grunn at en ekstraordinær betaling etter § 5-5 normalt vil være utilbørlig i forhold til § 5-9”.<sup>96</sup> Dersom man legger dette til grunn, vil § 5-5 gi en veiledning ved at en gjeldsbetaling som er ekstraordinær også vil være utilbørlig. Dette gir imidlertid ikke noe svar på hva som skal til for at et gjeldsnedbetaling skal anses som utilbørlig, annet enn at en ”ekstraordinær” betaling også vil være utilbørlig.

---

<sup>94</sup> Se punkt 4.3.3.

<sup>95</sup> Huser 1992 s. 531

<sup>96</sup> *ibid.* s. 532



Utlørligheten ved betaling av gjeld ligger i forholdet mellom den kreditor som får eller skaffer seg full eller delvis dekning, og de øvrige kreditorene som da vil få lavere dividende. Kreditor vil her i utgangspunktet ha krav på betalingen, slik at en oppfyllelse fra skyldnerens side er i samsvar med hans forpliktelse. Ved vurderingen av om gjeldsbetalingen er utlørlig må man dermed bruke momentene som angitt i punkt 4. Noe typetilfeller kan imidlertid oppstilles:

- hvem som begunstiges av betalingen. Dersom skyldnerens nærstående begunstiges vil dette lett anses som utlørlig.
- Om betalingen er skjedd med skyldnerens vanlige betalingsmidler. En betaling med ekstraordinært betalingsmiddel vil lett anses som utlørlig.
- Tidspunktet for betalingen. Jo nærmere konkurs betalingen er foretatt, jo mer nærliggende er det å anse betalingen som utlørlig.

### 7.2.3 Frivillig sikkerhetsstillelse

Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld kan også sammenlignes med en objektiv regel: dekl. § 5-7. Denne regelen gjelder kun ved ”sikkerhetsstillelse”. Det kan tenkes at anvendelsen av § 5-9 er videre. ”Disposisjoner” i § 5-9 har en videre rekkevidde enn ”sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt” i § 5-7, og § 5-9 er ment å skulle fange opp de omstøtelsesverdige tilfeller som ikke rammes av de objektive reglene.

I Namtvedt-dommen, som er gjengitt ovenfor, ble det lagt betydelig vekt på bankens forpliktelser der CBK innvilget selskapet en kassakreditt på fire millioner kroner. Rettens vurdering viser at selv om kassakreditten ble betinget av en ny sikkerhet, en selvskyldnerkausjon fra skyldneren, så viste dette at CBK under enhver omstendighet var villig til å fortsette og satse på selskapet, og at de ikke var ute etter å redde sitt eget tilgodehavende. Ut i fra kreditors motivasjon, ble disposisjonen dermed ikke omstøtt. Det viser at en sikkerhetsstillelse fra skyldnerens side ikke vil anses som utlørlig, dersom kreditor ønsker å fortsette satsningen på selskapet. Det bør vel oppstilles et vilkår her om at skyldneren er klar over kreditors motivasjon: disposisjonen kan anses som utlørlig selv om kreditors motivasjon er god, dersom skyldneren ikke var klar over kreditors ønske om å satse videre.

#### 7.2.4 Utlegg

Som jeg har vært inne på vil krav mot skyldneren som ikke har rettsvern, ikke ha virkning ved konkurs. Spørsmålet blir så om det skal karakteriseres som utilbørlig at den som har sikkerhet, senere velger å gå veien om rettslig inndrivelse.

I Rt.1926 s.657 (Beyer Olsen) ble et utlegg ikke omstøtt og Høyesterett begrunnet det slik: ”Man gaar ut fra, at en kreditor i almindelighet ikke gjør sig skyldig i retsbrud overfor mulige medkreditorer ved at sette sin fordring under retslig inddrivelse, selvom det er ham bekjent, eller han må skjønne, at debitor er insolvent...”.<sup>97</sup>

Huser er imidlertid av den oppfatning at denne holdningen er for kreditorvennlig etter nåtidens forhold og den nye lovgivningen.<sup>98</sup> En av grunnene til å skaffe seg dekning for sitt krav er jo nettopp for å lide et mindre tap ved en eventuell konkurs. Lovgiveren anviser i utgangspunktet til enkeltforfølgning for kreditorer som ikke kan oppnå dekning, men dette vil ikke være av betydning når fellesforfølgning blir innledet ved konkurs. Man kan dermed slå fast at utlegg kan omstøtes etter § 5-9. Vurderingen vil være den samme som for betaling av gjeld, se punkt 7.2.2.

#### 7.2.5 Motregning

I forarbeidene er det uttalt at dekl. § 5-9 ”rammer rent generelt utilbørlige "disposisjoner" til skade for kreditorene, og kan derfor gis direkte anvendelse på motregning”.<sup>99</sup> Lovgiverens forutsetning synes altså å være at § 5-9 også kan anvendes på motregning. I dekl. § 5-6 finnes imidlertid en egen regel om omstøtelse av motregning, som inneholder en regulering av enkelte spesielle tilfeller. Denne regelen har ikke noe generelt vilkår som svarer til

---

<sup>97</sup> Se side 658 i dommen.

<sup>98</sup> Huser 1992 s. 539

<sup>99</sup> NOU 1972:20 s. 293

utilbørighetsvilkåret, samtidig som det er oppstilt et insolvensvilkår i § 5-6. Bestemmelsen rammer ”Motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen” og dersom ” motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring.”. Tidspunktet for ervervelsen er uten betydning dersom ” erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent.”.

Spørsmålet er om § 5-9 representerer en utvidelse av anvendelsesområdet for § 5-6. I forarbeidene til § 5-9 uttales det at ” En motregningserklæring fra en kreditors side kan f. eks. rammes, forutsatt at de øvrige omstøtelsesvilkår er til stede (men det vil her normalt være mer praktisk å bygge på [§ 5-9])”.<sup>100</sup> Dette viser at innenfor de disposisjoner som § 5-6 rammer, er det av liten betydning hvilken av de to bestemmelsene man anvender. Utforming av det økonomiske vilkåret kan likevel ha betydning: ved disposisjoner som ikke setter skyldneren i en insolvenssituasjon må § 5-9 anvendes. Huser forutsetter videre at § 5-6 annet ledd rammer alle foretatte motregninger som ville ha vært utelukket under behandlingen.<sup>101</sup> Det vil da heller ikke være adgang til noen utvidelse av rekkevidden av de disposisjonstyper som omfattes av § 5-6.

Deknl. § 5-9 kan etter dette ramme motregninger som rammes av § 5-6, samt motregninger der skyldneren ikke var insolvent ved disposisjonen.

### **7.3 Utilbørlige aktivaunndragelser**

#### **7.3.1 Generelt**

Aktivaunndragelse er noe hele kreditorfellesskapet taper på. Enkelt sagt betyr det at skyldneren taper aktiva, slik at det blir mindre verdier i boet. Det som kjennetegner slike disposisjoner er at skyldneren gir en ytelse, uten å få noen ytelse tilbake, slik at hans aktiva redu-

---

<sup>100</sup> ibdi. s. 298

<sup>101</sup> Huser 1992 s. 540

seres. På denne måten blir midler reelt sett unndratt fra gjeldsforfølgning, dersom disposisjonen ikke omstøtes.

### 7.3.2 Gaver og lignende

Gaver er kjerneområdet for denne type disposisjoner.<sup>102</sup> Situasjonen er altså at skyldneren overfører eiendomsretten til et aktiva til den annen part. Ved vurderingen av hvilke gaver som kan omstøtes og ikke, vil den objektive regel være til hjelp: § 5-2. Bestemmelsen rammer i utgangspunktet alle gaver. Begrepet ”gave” er ikke definert i dekningsloven. I forarbeidene skal det bygges på det ”tradisjonelle begrep, slik det er fastlagt i praksis og doktrin”.<sup>103</sup> I Rt.1996 s.1647 ble dette uttalt angående gavebegrepet: ”For at en disposisjon skal anses som en gave, kreves tradisjonelt, etter rettspraksis og teori, dels at det er skjedd en formuesforskyvning, og dels at dette er skjedd i den hensikt å berike mottakeren”.<sup>104</sup>

Selve gavebegrepet kan etter dette ikke utvides etter § 5-9. Man må dermed legge til grunn at gaver som kan omstøtes etter § 5-2, også kan omstøtes etter § 5-9 dersom de øvrige vilkår er oppfylt. § 5-9 representerer på denne måten en utvidelse kun når det gjelder omstøtelsesfristene.

Spørsmålet er om en gave fra skyldneren alltid vil anses for å være utilbørlig. I punkt 4.1 ble det sagt at ved gavedisposisjoner behøver man ikke å gå nærmere inn på en drøftelse av utilbørlighetsvilkåret. Det må likevel være mulig å utelukke noen type gaver fra dette.

Aktiva med liten verdi kan være eksempel på gaver som ikke vil anses som utilbørlig. Aktivaunndragelser der kreditorfelleskapet taper minimalt slik at det ikke vil være merkbart, vil nok aldri bli krevd omstøtt, og i alle fall ikke etter § 5-9. På grunn av det økonomiske

---

<sup>102</sup> Se note 44.

<sup>103</sup> NOU 1972:20 s. 285

<sup>104</sup> Se side 1652 i dommen.

vilkåret vil man sjelden eller aldri komme helt til utilbørighetsvurderingen ved små gaver, da omstøtelse vil bli uaktuelt allerede ved dette vilkåret.

Etter dette kan synes slik at alle gaver av en viss verdi vil være utilbørlig etter § 5-9.

### 7.3.3 Disposisjoner som gjør et aktiva beslagsfritt

Når det gjelder aktivaunndragelse nevner forarbeidene også tilfeller der ”debitor plasserer midlene på en slik måte at de formelt eller reelt blir unndradd fra normal gjeldsforfølgning”.<sup>105</sup> Unndragelsen kan skje på to måter: enten kan aktiva bli beslagsfritt ved selve disposisjonen, eller så byttes den om i et beslagsfritt aktiva.

Straffelovens kapittel 27 har regler der straffansvar blir oppstilt til den skyldner som søker å unndra aktiva fra å tjene til dekning for sine kreditorer.<sup>106</sup> Dette taler som nevnt i punkt 5.2 for at omstøtelse bør kunne skje etter § 5-9. Samtidig må hensynet til reglene om beslagsfrihet ikke undergraves. Skyldneren kan ikke berøves muligheten til å anskaffe seg goder som av lovgivningen er ansett som så viktige for han at de er gjort beslagsfrie. Vurderingen av utilbørighetskravet ved slike aktivaunndragelser vil på denne måten dreie seg i stor grad om å balansere omstøtelseshensynet mot hensynet bak- og reglene om beslagsfrihet.

Skyldnerens unndragelse av et allerede beslagsfritt aktiva kan normalt ikke omstøtes. Dette vil ikke ha noen reell virkning for kreditorfellesskapet, da aktivumet ikke ville gått til dekning av noe krav likevel. Skaderekvisittet vil dermed stenge for omstøtelse.

Spørsmålet blir mer komplisert når skyldneren bytter aktiva som det er beslagsrett i, om til et beslagsfritt aktiva. På dette punktet nevner forarbeidene det tilfelle at skyldneren ”ved salg av sin faste eiendom betinger seg ... at vederlaget for den del av verdien som oversti-

---

<sup>105</sup> NOU 1972:20 s. 298

<sup>106</sup> Se straffeloven §§ 283 til 285

ger overtatt pantegjeld, skal være et meget omfattende føderåd for ham selv og hans familie”.<sup>107</sup> Friverdien på eiendommen byttes i realiteten i et gode som boet bare i begrenset utstrekning kan beslaglegge. Kjøperens medvirkning til et slikt kreditorskadelig salg kan være utilbørlig, og medføre omstøtelse av selve salget. I Rt.1906 s.433 hadde skyldneren overdratt sine siste midler – kr. 13.000 – til sin søster mot at hun skulle yte han underhold for resten av livet. Flertallet (5-2) i Høyesterett synes å forutsette at disposisjonen i utgangspunktet var omstøtelig. På grunn av at det subjektive vilkåret ikke var oppfylt ble ikke disposisjonen omstøtt.

Disposisjoner som gjør et aktiva beslagsfritt vil med dette som utgangspunkt være utilbørlig, men vurderingen må knyttes opp mot skyldnerens rett til å anskaffe goder som er avgjørende for han.

## **7.4 Utilbørlige gjeldsøkninger**

### **7.4.1 Generelt**

En disposisjon som øker skyldnerens gjeld vil kunne skade de øvrige kreditorene ved at deres dividende blir redusert når de må ”dele” med flere kreditorer. Som eksempel på utilbørlig gjeldsøkning nevner forarbeidene ”gjeldsstiftelser som skjer uten at debitor får noe vederlag, f.eks. hvor debitor som en vennetjeneste kausjonerer eller helt overtar ansvaret for tredjemanns gjeld”.<sup>108</sup> En annen måte å påta seg gjeld på er når man omdanner egenkapital til fremmedkapital. Disposisjonen står da i to deler: et avkall på egenkapitalstatusen og en etablering av gjeldsstatusen.

---

<sup>107</sup> NOU 1972:20 s. 298

<sup>108</sup> I.c.

#### 7.4.2 Skyldnerens interesse når aktiva ikke øker tilsvarende

Andenæs hevder at et moment i utilbørighetsvurderingen ved gjeldsstiftelser er om stiftelsen indirekte er i skyldnerens egeninteresse.<sup>109</sup> Dette kan vises med en eldre sak fra Høyesterett: Rt.1932 s.522. Skyldneren var et aksjeselskap som påtok seg et vekselansvar på kr. 2 000.000 for å støtte hovedaksjonæren og indirekte bankforbindelsen som var i vanskeligheter. Selskapet gikk konkurs noen år senere vesentlig som følge av ansvaret. Omstøtelse ble for det første ikke aktuelt fordi skyldneren ikke ble insolvent ved å ta på seg gjelden, noe som ikke har gyldighet i dag etter dekl. § 5-9. Likevel ville ikke omstøtelse blitt resultatet da retten fremhevet at selskapet indirekte hadde egeninteresse i at hovedaksjonæren og banken ikke kom i vansker. Derfor kunne selskapet påta seg risikoen uten at det ville være åpenbart rettsstridig i forhold til kreditorfellesskapet.

Spørsmålet er etter dette om skyldnerens egeninteresse i den personen eller det selskapets økonomiske stilling, gjør at man kan påta seg gjeldsansvar uten at dette er utilbørlig ovenfor kreditorfellesskapet. Ut i fra forarbeidene, som sier at en kausjon som en vennetjeneste er omstøtelig, må det ligge en økonomisk interesse ved å påta seg ansvaret. I saken ovenfor fikk ikke selskapet noe vederlag ved gjeldsøkningen, slik at det må være snakk om en økonomisk interesse frem i tid. Det må på denne måten ha vært avgjørende for selskapets videre drift at banken og hovedaksjonæren kom seg ut av de økonomiske vanskelighetene. Når vekselansvaret likevel ble aktuelt, og selskapet gikk konkurs vesentlig på grunn av dette, kan man si at situasjonen ble slik at selskapet reddet banken fra en eventuell konkurs. Ved slike tilfeller må gjeldsøkningen være utilbørlig, i alle fall dersom selskapet hadde en sjanse til å overleve uten banken.

Man kan etter dette konkludere med at gjeldsstiftelser uten at skyldneren får noe vederlag i utgangspunktet er utilbørlig, men at skyldnerens egeninteresse i den annen part kan gjøre disposisjonen uomstøtelig. For at en gjeldsstiftelse som øker aktiva tilsvarende skal bli om-

---

<sup>109</sup> Andenæs 2009 s. 365

støtelig kreves det mye, da resultatet av dette i verste fall er at de allerede kreditorene får sin dividende redusert.

## **7.5 Generelt om betydningen av tapets størrelse**

Det økonomiske vilkåret i dekl. § 5-9 stiller i noen grad krav til det økonomiske tapets størrelse for boet, se punkt 3.5. Utilbørighetsvilkåret kan også tenkes å sette krav til tapets størrelse, utover det økonomiske vilkåret i bestemmelsen: jo større tap boet lider av disposisjonen jo større kan sjansen være for at disposisjonen må anses som utilbørlig. Mindre leilighetsgaver kan for eksempel tenkes å være uomstøtelige fordi de ikke er utilbørlige, selv om gaven oppfyller det økonomiske vilkåret i § 5-9. På denne måten kan tapets størrelse både være et moment ved utilbørighetsvurderingen, og samtidig sette en retningslinje for hva som skal anses som utilbørlig.

Disposisjonstypen kan også være avgjørende for graden av skade som påføres. En gjeldsøkning vil som regel være mindre skadegjørende for kreditorfellesskapet enn en kreditorbegunstigelse eller aktivaunndragelse. Huser benytter følgende eksempel for å vise dette: ”Hvis aktiva er kr. 200.000 og passiva kr. 1 million, vil en gjeldsøkning på kr. 50.000 redusere dividenden fra 20 % til 19 %. Benyttes de kr. 50.000 i stedet til en kreditorbegunstigelse – f.eks. en gjeldsbetaling – vil dividenden falle til 15,8 %, mens en aktivaunndragelse vil redusere dividenden til 15 %”.<sup>110</sup>

Det vil imidlertid være svært vanskelig å sette noen grense for hvor stort tap boet må lide for at disposisjonen skal anses utilbørlig. Enhver disposisjon som oppfyller det økonomiske vilkåret kan i utgangspunktet være omstøtelig etter § 5-9. Andre momenter kan også gjøre at en disposisjon som ikke pålegger kreditorfellesskapet et stort tap, likevel kan anses som utilbørlig.

---

<sup>110</sup> Huser 1992 s. 552



## **8 Avsluttende bemerkninger**

Oppgavens primære siktemål har vært å finne en generell grense for hva som skal til for at en disposisjon skal anses som utilbørlig etter dekl. § 5-9, og på denne måten angi hvilke disposisjoner som er utilbørlige, og hvilke som ikke er det.

Som det fremgår av punkt 7.1 er dette en krevende øvelse da spørsmålet om en disposisjon er utilbørlig, beror på en individuell og konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle der dekl. § 5-9 blir påberopt av boet. Å sette en klar grense for hva som er en utilbørlig disposisjon er dermed ikke mulig.

Det er belyst i oppgaven at Høyesterett sjelden karakteriserer en disposisjon som utilbørlig etter dekl. § 5-9. Dette er noe av bakgrunnen for problemstillingen, som på denne måten må anses som aktuell. Det har blitt stilt spørsmål ved om Høyesterett i noen tilfeller tolker begrepet for strengt, slik at omstøtelse etter § 5-9 sjeldent blir aktuelt.

Fremstillingen har vist at ved spørsmålet om en disposisjon er utilbørlig kan flere momenter tillegges vekt. Videre er det vilkåret om utilbørlighet som ofte stenger for omstøtelse etter dekl. § 5-9. Utilbørlighetskravet er på denne måten det vanskeligste "hinderet" for boet når omstøtelse etter § 5-9 blir anført.

## 9 Litteraturliste

### Litteratur

Kristian Huser 1992: *Gjeldsforhandling & konkurs* bind 3, omstøtelse.

Mads Henry Andenæs 2009: *Konkurs*, 3.utgave.

Christian H. P. Reusch 1997: *To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger*, Ånd og Rett s. 831.

Thor Falkanger 2003: *Kjells Markiser, en høyesterettsdom om kassakreditt, pant og omstøtelse*, Lov og Rett 2002 s. 564-584.

Thor Falkanger 1998: *Utlørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9*, Jussens Venner 1998 s. 105.

Borgar Høgetveit Berg 1999: *Omstøytning utom konkurs*, Tidsskrift for Forretningsjuss 1999 s. 400-422.

Sjur Brækhus 1971: *Materiell konkurs- og eksekusjonsrett i utdrag* v/Hans Petter Lundgaard, 4.utgave.

Sjur Brækhus 1970: *Konkursrett – utvalgte emner*.

Gertrud Lennander 1985: *Återvinning i konkurs*.

Mogens Munch 1988: *Konkursloven af 1977 med kommentarer*, 6.utgave.

Niels Ørgaard 1991: *Konkursret*, 4.utave.

Norsk Lovkommentar, [www.rettsdata.no](http://www.rettsdata.no), kommentarer til dekningsloven kapittel 5.

### Forarbeider

NOU 1972:20

Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

### Lover

Norske lover

LOV-1984-06-08-59 Lov om fordringshavernes dekningsrett

LOV-1984-06-08-58 Lov om gjeldsforhandling og konkurs

LOV-1902-05-22-10 Almindelig borgerlig Straffelov

LOV-1989-06-16-69 Lov om forsikringsavtaler

LOV-1991-07-04-47 Lov om ekteskap

LOV-1972-03-03-5 Lov om arv m.m.

Kong Christian Den Femtis Norske Lov (Norske lov, NL) 15. april 1687.

Svenske lover

Konkurslagen 11.juni 1987

Danske lover

Konkursloven af 1.september 1986

### **Dommer**

Høyesterett

Rt.1878 s.629

Rt.1881 s.209

Rt.1906 s.433

Rt.1908 s.899

Rt.1926 s.657

Rt.1932 s.522

Rt.1933 s.1265

Rt.1966 s.636

Rt.1967 s.993

Rt.1970 s.52

Rt.1986 s.681

Rt.1989 s.7

Rt.1993 s.234

Rt.1993 s.1265

Rt.1993 s.1399

Rt.1994 s.792

Rt.1995 s.259

Rt.1996 s.1647

Rt.2001 s.1136

Lagmannsrettene

LF-1994-613

LB-1996-2821

Tingrettene

RG-1990-83 (Skien og Porsgrunn byrett)