



Norwegian
Business School

Denne filen er hentet fra Handelshøyskolen BIs åpne institusjonelle arkiv BI Open <https://biopen.bi.no>.

Den inneholder akseptert og fagfellevurdert versjon av artikkelen sitert under. Den kan inneholde små forskjeller fra den originale pdf-versjonen publisert i tidsskriftet.

Ellingsæter, S. S. (2021). Verdimaksimering eller likedeling? Grensene for omstøtelse av kongruente betalinger. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 134(2–3), 261–298. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3096-2021-02-03-03>

Tidsskriftets forlag, Universitetsforlaget, tillater at siste forfatterversjon legges i åpent publiseringsarkiv ved den institusjon forfatteren tilhører.

Verdimaksimering eller likedeling? Grensene for omstøtelse av kongruente betalinger

1. Innledning

Denne artikkelen belyser to spørsmål vedrørende omstøtelse av *kongruente betalinger*, det vil si betalinger «ved eller etter forfall med sedvanlig betalingsmiddel», etter dekningsloven §§ 5-5 og 5-9.¹ For det første, *hvordan* vektet Høyesterett hensynet til å unngå omgåelser av konkursrettens fordelingsregler mot hensynet til å maksimere kreditorenes dekning når det vurderes om en betaling er ekstraordinær eller utgjør utilbørlig kreditorbegunstigelse? For det andre, *bør* hensynet til å maksimere kreditorenes dekning vektet annerledes enn etter gjeldende rett?

Konkurs innebærer fordeling av knappe midler blant skyldnerens kreditorer. Fordelingsreglene er grovt sagt som følger. Pantelikrede kreditorer har fortrinnsrett til verdien av formuesgoder som er beheftet med pant. Midler som kommer til når konkursboet selger skyldnerens ubehaftede formuesgoder, og verdier som eventuelt gjenstår etter at sikrede kreditorer har fått sitt, går så til å dekke omkostningene ved bobehandlingen og andre massekrav (dekningsloven § 9-2). Det som eventuelt er igjen, fordeles blant de usikrede kreditorene i tråd med reglene i §§ 9-3 flg. Ofte er det lite, om noe, igjen til usikrede kreditorer med krav som regnes som alminnelige konkursfordringer, jf. § 9-6. Usikrede kreditorer som har mottatt betaling forut for konkursåpning, beholder i utgangspunktet det mottatte, og sikres dermed full dekning. For en usikret kreditor vil det derfor ofte være av vesentlig betydning om vedkommende lykkes i å sikre seg betaling før skyldneren slås konkurs.

Dette utgangspunktet modifiseres ved at §§ 5-5 og 5-9 gir konkursboet adgang til å omstøte betalinger skyldneren har foretatt forut for konkursåpning.² Omstøtelse er ikke begrenset til tilfeller hvor betalingen skjer før normal betalingstid eller med usedvanlige betalingsmidler, også kongruente betalinger kan etter omstendighetene omstøtes. Begge bestemmelsene gjør omstøtelse betinget av flere vilkår. Omstøtelse etter § 5-5 er forbeholdt betalinger som «etter forholdende *ikke fremsto som ordinære*», og omstøtelse etter § 5-9 kommer kun på tale dersom betalingen «på en *utilbørlig måte*» begunstiget betalingsmottakeren på de øvrige kreditorenes bekostning. Når man trekker opp grensene for omstøtelse av betalinger, tar man stilling til et spørsmål om fordeling av knappe midler, og kryssende interesser gjør seg dermed gjeldende. Ved at omstøtelsesadgangen er gjort betinget av de vage vilkårene *ekstraordinær* og *utilbørlig*, overlates disse fordelingsspørsmålene til domstolene. For § 5-9 er dette uttrykkelig forutsatt i forarbeidene, hvor det heter at domstolene skal kunne «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».³ Høyesterett har i nyere tid beskrevet ekstraordinærvurderingen i § 5-5 på en måte som sammenfaller med temaet for utilbørlighetsvurderingen.⁴ Dette innebærer at domstolene får en sentral rolle i å definere grensene for omstøtelsesadgangen også etter denne bestemmelsen.

Det er over 30 år siden dekningsloven trådte i kraft. Høyesterett har flere ganger i denne perioden vurdert kongruente betalinger opp mot ordinær- eller utilbørligvilkåret. I tillegg kommer sakene om subjektiv omstøtelse fra tiden før denne regelen ble kodifisert i § 5-9. Dette reiser spørsmålet om

¹ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 298. Sml. HR-2017-370-A avsnitt 73, hvor kongruent betaling defineres som «betaling som skjer til avtalt forfall». Når artikkelen omtaler kongruente betalinger, siktes det til definisjonen i forarbeidene.

² Alle paragrafhenvvisninger i teksten er til dekningsloven, med mindre noe annet presiseres.

³ NOU 1972: 20 s. 297.

⁴ Se punkt 2.

hvordan Høyesterett har utøvet «fullmakten» til å trekke opp grensene mellom omstøtelige og uomstøtelige betalinger, og om grensene i fremtiden bør være de samme. Dette spørsmålet lar seg ikke umiddelbart besvare. De relevante avgjørelsene er veldig konkret begrunnet, og oppstiller ofte ikke noe overordnet kriterium for vurderingen av om en betaling er ekstraordinær eller utilbørlig.

For å belyse hvilke hensyn som gis forrang slik Høyesterett har trukket opp grensene for omstøtelse etter §§ 5-5 og 5-9, inntar artikkelen følgende tilnærming: Først oppstilles to normative argumenter – *likedelingsprinsippet* og *hensynet til verdimaksimering* – som kan tale henholdsvis for og mot at boet bør kunne omstøte betalinger foretatt av en (nær) insolvent skyldner (punkt 3). Deretter undersøker artikkelen hvordan Høyesteretts praksis forholder seg til spenningen mellom disse to argumentene (punkt 4). På bakgrunn av funnene i punkt 4, vurderer punkt 5 om hensynet til verdimaksimering bør tillegges enda større vekt i praksis, eller om det tvert om bør gis en mindre fremtredende rolle. Konklusjonen er at dette hensynet nok er et godt ideal, men uegnet som vilkår i lovbestemmelser.

Enkelte avgrensninger er foretatt. Artikkelen tar kun for seg betalinger foretatt av næringsdrivende. Videre behandles ikke særreglene i § 5-5 annet og tredje ledd som gjelder for omstøtelse av betalinger til skyldnerens nærstående.

2. Omstøtelse av kongruente betalinger etter dekningsloven §§ 5-5 og 5-9: Vurderingskriterier

Adgangen til å omstøte kongruente betalinger ble vesentlig endret i løpet av 1900-tallet. Konkursloven 1863 inneholdt ingen bestemmelser som hjemlet omstøtelse av slike betalinger. Det var videre opprinnelig antatt at den subjektive omstøtelsesregelen – som frem til vedtagelsen av dekningsloven var ulovfestet – ikke rammet kongruente betalinger.⁵ Høyesteretts dom i Rt. 1933 s. 1265 (*Ringene*) var kimen til en endring. Her kom Høyesterett til at en betaling av forfalt gjeld var omstøtelig på grunn av at kreditoren som mottok betalingen, søkte å få dekning på bekostning av de øvrige kreditorene. Til tross for at denne kreditoren på betalingstidspunktet hadde krav på å motta betalingen, førte altså omstøtelseskravet frem. I 1984 ble dekningsloven og konkursloven vedtatt, og omstøtelsesreglene ble reformert. Vedtakelsen av § 5-9 innebar en lovfesting av den subjektive omstøtelsesregelen, medregnet adgangen til å omstøte kongruente betalinger på dette grunnlaget.⁶ Videre gir § 5-5 – i motsetning til forgjengeren i konkursloven 1863 § 44 – et ytterligere rettsgrunnlag for omstøtelse av kongruente betalinger.

Paragraf 5-9 hjemler omstøtelse av enkelte kongruente betalinger foretatt senere enn ti år før fristdagen.⁷ Bestemmelsen slår fast at «[d]isposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning [...] kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig». Rettsvirkningen av omstøtelse etter § 5-9 er som hovedregel at boet kan kreve at betalingsmottakeren erstatter tapet boet har blitt påført gjennom betalingen, se § 5-12.

Omstøtelse av betalinger etter § 5-9 fordrer altså at fem vilkår er oppfylt. For det første må det dreie seg om en disposisjon som begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning. Dette vilkåret vil være oppfylt ved alle former for betaling av usikret gjeld når skyldneren senere går konkurs, uavhengig av om betalingsmottakeren er en bank, en arbeidstaker eller staten. For det andre må

⁵ Sjur Brækhus, *Konkursrett* (Universitetsforlaget 1970) s. 152.

⁶ NOU 1972: 20 s. 297.

⁷ Ved konkurs er fristdagen som hovedregel dagen da begjæringen om åpning av konkurs kom inn til tingretten, se § 1-2 første ledd.

skyldnerens økonomiske stilling ha vært svak eller blitt alvorlig svekket av betalingen. I henhold til forarbeidene skal «svak økonomisk stilling» forstås som en henvisning til en situasjon hvor skyldneren er nær insolvens.⁸ For det tredje må betalingen være utilbørlig. Det fjerde vilkåret er at betalingsmottakeren enten må ha kjent eller ha vært i uaktsom villfarelse om skyldnerens økonomiske stilling og de forholdene som gjorde betalingen utilbørlig. Det femte vilkåret fremgår av § 5-12, som angir at boets krav etter § 5-9 består i erstatning for det tapet det har lidt som en følge av den omstøtelige disposisjonen. Omstøtelseskrav etter § 5-9 er dermed betinget av at konkursboet har lidt tap. Betalinger vil regelmessig påføre boet et tap.

Dekningsloven § 5-5 hjemler omstøtelse på «objektivt» grunnlag av betalinger foretatt senere enn tre måneder før fristdagen. Bestemmelsen omtales som objektiv siden den – i motsetning til § 5-9 – ikke forutsetter skyld hos betalingsmottakeren.⁹ Som nevnt, kan bestemmelsen etter omstendighetene hjemle omstøtelse av kongruente betalinger. Bestemmelsen slår nemlig blant annet fast at en betaling «kan omstøtes hvis betalingen er foretatt [...] med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær». Omstøtelse av en kongruent betaling er altså betinget av to vilkår. Det første er at betalingen betydelig forringer skyldnerens betalingsevne, det vil si dennes beholdning av likvide midler og midler som lett kan omgjøres til likvide midler.¹⁰

Det andre vilkåret er at betalingen «etter forholdene ikke fremtrådte som ordinær». Dette vilkåret omtales ofte som ordinærreservasjonen. Intuitivt skulle man tro at utilbørlig- og ordinærvurderingene i §§ 5-9 og 5-5 har lite til felles. Vurderingskriteriet «utilbørlig» er utpreget normativt. Ifølge lovforarbeidene må domstolene ved fastleggelsen av utilbørlighetsbegrepet over tid «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».¹¹ Videre har Høyesterett omtalt vurderingskriteriet som et «belastende begrep».¹² Anvendt på tilfeller av betaling forut for konkursåpningen er vurderingstemaet om det var tilbørlig at en nær insolvent skyldner nedbetalte kravet til en enkeltkreditor, og dermed utsatte de øvrige kreditorene for økt tapsrisiko i form av redusert dividende. Vurderingstemaet «ordinær» skulle derimot tilsi at man står overfor en vurdering av mer faktisk art. Tilsynelatende skal domstolene ta stilling til hva som er normalt, foreta en subsumsjon og deretter konkludere om betalingen var normal.

Forarbeidene til § 5-5 inneholder uttalelser om hvilke betalinger som er henholdsvis ordinære og ekstraordinære. Eksempelvis omfatter ordinærbegrepet «betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv.».¹³ Høyesterett har vært tro mot forarbeidsuttalelsene i saker hvor faktum kan subsumeres under disse.¹⁴ Men i andre saker har Høyesterett måttet vurdere andre typer betalinger opp mot ordinærvilkåret. Sett hen til lovens ordlyd skulle man kanskje forventet at Høyesterett i disse sakene tilnærmet seg ordinærvurderingen som et spørsmål om betalingen ble foretatt i tråd med bransjepraksis eller skyldnerens betalingsvaner. Dette har ikke vært tilfellet. Riktignok har vurderingene i enkelte

⁸ Ot.prp. nr. 50 (1980–1981) s. 171.

⁹ Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 3.utg. (2009) s. 287 og Sjur Brækhus og Borgar Høyetveit Berg, «Introduksjon til reglene om omstøtelse», *Jussens Venner*, 2014 s. 61–120 på s. 63.

¹⁰ HR-2017-370-A avsnitt 88 med henvisning til Rt. 2012 s. 468 avsnitt 49.

¹¹ NOU 1972: 20 s. 297.

¹² Rt. 1995 s. 259 på s. 269.

¹³ NOU 1972: 20 s. 292.

¹⁴ Se Rt. 1997 s. 1623. I Rt. 2001 s. 1136 ble det lagt til grunn at en betaling av et banklån over tre måneder etter forfall var ekstraordinær. Premissene viser ikke til forarbeidsuttalelsene om lengre forfalt bankgjeld, men konklusjonen er fullt ut i tråd med dem.

saker gått ut på om betalingen samsvarte med skyldnerens betalingsrutiner.¹⁵ Samtidig er det klart at ordinærvurderingen har vært mer normativ i andre saker. Lengst gikk Høyesterett muligens i Rt. 2008 s. 1170 (*Rema 1000*), hvor det ble uttalt at spørsmålet om den aktuelle betalingen var ordinær, fordret «en forsvarlighetsvurdering av transaksjonen sett i lys av hensynet til de øvrige kreditorer».¹⁶ Denne vurderingen avviker neppe fra vurderingen av om en betaling «på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning», jf. § 5-9. Det kan også vises til avgjørelsen i HR-2017-370-A (*Obbhult Invest*), hvor Høyesterett vurderte betalinger som ekstraordinære blant annet med henvisning til at skyldneren befant seg i en så prekær økonomisk situasjon at kravet til likebehandling av fordringshaverne måtte være styrende for anvendelsen av selskapets midler.¹⁷ Ordinær- og utilbørligvurderingene sammenfaller ikke bare i måten Høyesterett redegjør for vurderingstemaene. I Høyesteretts konkrete praktisering av §§ 5-5 og 5-9 er det også et slikt sammenfall. Når begge bestemmelsene har blitt påberopt som rettsgrunnlag for boets omstøtelseskrav, har Høyesterett behandlet de to vurderingstemaene som om de mer eller mindre går ut på det samme.¹⁸

Prinsipielt sett utgjør fortsatt ordinær- og tilbørlighetsvurderingene ulike vurderingstemaer. Videre er omstøtelse etter §§ 5-5 og 5-9 betinget av ulike tilleggsvilkår, slik at omstøtelsesadgangen er ulik. I det følgende vil likevel ordinær- og utilbørligvurderingene i henholdsvis §§ 5-5 og 5-9 underlegges felles behandling, i og med at domstolene både har beskrevet og praktisert vurderingstemaene som nær sammenfallende.

3. Spenningen mellom likedeling og verdimaksimering

Den mest utbredte begrunnelsen for adgangen til å omstøte betalinger er *likedelingsprinsippet*. Synspunktet er at konkursboet må ha adgang til å omstøte betalinger for å unngå at betalingene som skyldneren foretar forut for konkursåpning, medfører at den fordelingen av skyldnerens midler som dekningslovens bestemmelser legger opp til, ikke realiseres.¹⁹ I fraværet av omstøtelsesregler er det grunn til å forvente at skyldneren prioriterer å betale gjeld til aksjonærer og andre nærstående rett forut for konkursåpning, slik at det blir mindre igjen til å fordele blant øvrige kreditorer. Hensynet til å sikre fordeling i tråd med dekningslovens regler – fordelingsreglene rettsordenen presumptivt anser som mest rettferdige – tilsier dermed at det bør være adgang til å omstøte betalinger skyldneren foretar etter at insolvens har inntruffet eller på et tidspunkt insolvens regelmessig vil ha inntruffet.²⁰ En slik begrunnelse gjenfinner man også i litteraturen om tilsvarende omstøtelsesregler i andre land.²¹

¹⁵ Rt. 1995 s. 222.

¹⁶ Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 48.

¹⁷ HR-2017-370-A avsnitt 85.

¹⁸ Rt. 2001 s. 1136 på s. 1147.

¹⁹ Andenæs 2009 s. 286, Brækhus og Berg 2014 s. 72, Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs. Bind 3. Omstøtelse* (1992) s. 49, Henriette Nazarian med bidrag fra Anna Nylund, *Konkursrett* (Cappelen Damm 2012) s. 143, Tore Sandvik, *Lærebok i materiell konkursrett* (Universitetsforlaget 1985) s. 26.

²⁰ I enkelte tilfeller vil likedelingsprinsippet være en noe misvisende term, i og med at dekningsloven kapittel 9 ikke legger opp til proratarisk fordeling mellom samtlige usikrede kreditorer. Omstøtelse av betalinger kan derfor etter omstendighetene kun komme fortrinnsberettigede kreditorer til gode.

²¹ Se f.eks. Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, «Omstødelse af betaling og pant – bør KL § 67 og KL § 70 revideres?», 2005, *Ugeskrift for Retsvæsen*, s. 162–167 på s. 162 (dansk rett), Mikael Mellqvist og Lars Welamson, *Konkurs och annan insolvensrätt*, 12. utg. (Wolters Kluwer 2017) på s. 26–27 (svensk rett), John C. McCoid, «Bankruptcy, Preferences, and Efficiency: An Expression of Doubt», *Virginia Law Review*, 1981 s. 249–273 på s. 260 (amerikansk rett), Adrian Walters, «Preferences» i Armour og Bennett (red.), *Vulnerable Transactions in Corporate Insolvency* (Hart 2003) på s. 132 (engelsk rett), Reinhard Bork, «Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014 s.797–809 på s. 802 (tysk rett).

Adgangen til å omstøte betalinger etter §§ 5-5 og 5-9 er snevrere enn hva likedelingsprinsippet skulle tilsi. Som gjennomgangen i punkt 2 viste, holder det ikke at konkursboet påviser at betalingen ble foretatt senere enn tre måneder før fristdagen eller at skyldneren var insolvent på betalingstidspunktet. I dette ligger det implisitt at hensyn som taler for en annen løsning enn den likedelingsprinsippet tilsier, kan veie tyngre. Det er imidlertid begrenset med analyse rundt hvilke hensyn dette er. Forarbeidene til dekningsloven inneholder i liten grad overveielser om når kongruente betalinger skal unntas fra omstøtelse.

Nedenfor redegjøres det for et argument – *hensynet til verdimaksimering* – som går ut på at øvrige kreditorers interesse i høyest mulig dekning etter omstendighetene kan tale *mot* omstøtelse av betalinger. Likedelingsprinsippet kan dermed stå i spenning til dette hensynet. Det synes som om at denne spenningen hittil ikke har blitt uttrykkelig omtalt i norsk teori, selv om Høyesterett i flere dommer benytter argumentasjon som ligner hensynet til verdimaksimering, til å begrunne hvorfor en betaling ikke er ekstraordinær eller utilbørlig.

Før vi tar for oss det nærmere innholdet i hensynet til verdimaksimering, skal vi kort redegjøre for hvordan norsk praksis og teori har forstått bakgrunnen for begrensningene i adgangen til å omstøte kongruente betalinger. Poenget med denne gjennomgangen er å vise at de hittil fremsatte begrunnelsene ikke gir noen fullstendig forklaring av de gjeldende grensene. Dette tyder igjen på at det er behov for den ytterligere belysningen som denne artikkelen bidrar med.

Det kan først slås fast at norsk teori og praksis inneholder få, om ingen, forsøk på å oppstille generelle begrunnelser for hvorfor grensene for omstøtelsesadgangen er som de er. De uttalelsen som finnes, er av mer sporadisk art. I HR-2017-370-A kom Høyesterett med noen uttalelser om hvorfor omstøtelse etter § 5-5 er begrenset av ordinærreservasjonen. Ifølge Høyesterett tilsier «hensynet til *sikkerhet* og *forutberegnelighet* i omsetningslivet» at «en skyldner som er i en vanskelig økonomisk situasjon, etter omstendighetene likevel bør kunne fortsette å betale ordinære løpende utgifter».²² Selv om både sikkerhet og forutberegnelighet er viktig, er det grenser for hvilke føringer disse hensynene kan gi for omstøtelsesadgangen. Hensynet til *forutberegnelighet* innebærer først og fremst at reglene bør være klare, men har lite å si når det kommer til deres innhold. Forutberegnelighet er en kvalitet ved en regel på samme måte som skarphet er en kvalitet ved en kniv: «En god kniv er skarp, uavhengig av om de formål den brukes til, er gode».²³ Overført til nærværende sammenheng, sikrer en regel som gir boet en ubetinget adgang til å omstøte betalinger foretatt *n* dager før konkursåpning, like mye forutberegnelighet som en regel som går ut på at slike betalinger aldri kan omstøtes. Hensynet til forutberegnelighet gir dermed ingen veiledning ved valget mellom disse to reglene.

I den grad henvisningen til *sikkerhet i omsetningslivet* sikter til noe annet enn forutberegnelighet, gjelder den trolig næringsdrivendes interesse i å kunne handle ut fra at mottatte betalinger utgjør endelig oppgjør. Mange vil nok være enig i at dette er en verneverdig interesse. Ellers må kreditorer som mottar betaling, leve med risikoen for omstøtelseskrav, og denne usikkerheten kan forhindre at de mottatte midlene reinvesteres på mest tjenlig måte. Hensynet til sikkerhet i omsetningslivet kan derfor tilsi at betalinger ikke bør kunne omstøtes med mindre betalingsmottakeren kjente eller burde kjenne til forholdene som tilsier at betalingen bør kunne omstøtes.²⁴ Men dette hensynet gir ikke noe svar på *hvilke forhold* som bør gi boet adgang til å omstøte betalingen. I likhet med hensynet til

²² HR-2017-370-A avsnitt 59 (min utheving).

²³ Thomas Frøberg, *Rettslig prinsippargumentasjon* (Gyldendal 2014) s. 298, med videre henvisning til Joseph Raz.

²⁴ Rizwaan J. Mokal, *Corporate Insolvency Law: Theory and Application* (Oxford University Press 2005) s. 336–337.

forutberegnelighet, sier hensynet til sikkerhet i omsetningslivet lite om hvor grensene for omstøtelsesadgangen bør gå.

Enkelte forfattere har søkt å forklare begrensningene på omstøtelsesadgangen ut fra betydningen reglene har for kriserammede bedrifters evne til å holde virksomheten sin i gang. Brækhus og Høgetveit Berg begrunner det sterke vernet av rettidig betaling av leverandørgjeld på følgende måte: En bedrift som ikke betaler utestående leverandørgjeld, risikerer at leverandørene stopper videre leveranser.²⁵ I situasjonen de to tilsynelatende har for øye, planlegger skyldneren å bestille ytterligere varer på kreditt fra leverandøren, og leverandøren er kun villig til å gi ytterligere kreditt dersom skyldneren betaler allerede utestående krav. Gitt slike omstendigheter kan man stille spørsmål ved om skyldnerens betaling i det hele tatt skal anses som en «betaling» etter § 5-5.²⁶ Når betalingen av den utestående gjelden medfører at skyldneren får kjøpe nye varer av en verdi som minst overstiger det betalte, på kreditt, reduserer ikke betalingen skyldnerens midler. Man står da overfor en *ombyting* av midler, og betalingen forringer ikke de øvrige kreditorenes dekningsutsikter. I slike tilfeller er det fullt forenelig med likedelingsprinsippet at betalingen går klar av omstøtelse. Et ombytingssynspunkt kan også anføres for å unnta andre betalinger fra omstøtelse. I dansk teori har det for eksempel blitt argumentert for at en nedkvikting av en kassekreditt ikke utgjør betaling av gjeld etter den danske konkursloven § 67 (som svarer til § 5-5) når denne motsvares av en tilsvarende økning i ledig kredittramme.²⁷

Forutsetningen om at det som isolert sett er en betaling av gjeld, i realiteten kun utgjør ombyting av midler, slår ikke alltid til. Iblant vil skyldneren betale gjeld til en leverandør selv om det ikke foreligger noen planer om å gjøre fremtidige kjøp fra denne. Da mottar skyldneren ingen fordel ved å betale utover å bli kvitt en forpliktelse. Hvis skyldneren tilbakebetaler et terminlån, innebærer dette ikke en økning i skyldnerens kreditttilgang, og skyldneren får dermed heller ikke her noe tilbake som følge av betalingen. Noen økning i kreditttilgangen skjer heller ikke hvis en betaling på en kassekreditt sammenfaller med at banken nedregulerer kredittrammen. I de nevnte tilfellene vil ikke den ovennevnte begrunnelsen for fritak fra omstøtelse slå til. Likevel viser rettspraksis at slike betalinger kan anses som ordinære og tilbørlige.²⁸

Kan begrensninger i omstøtelsesadgangen utover «ombytingstilfellene» forsvares? I engelsk teori har enkelte forfattere hevdet at svaret er ja. Disse har argumentert for at begrensninger på omstøtelsesadgangen kan begrunnes i *de øvrige kreditorenes interesse* i høyest mulig dekning.²⁹ Dette argumentet er også av interesse i norsk sammenheng, i og med at denne interessen står sentralt her.³⁰ Synspunktet, som jeg i det følgende vil omtale som *hensynet til verdimaksimering*, er som følger: Omstøtelsesreglene bør ikke ramme betalinger av kreditt som muliggjør drift som – bedømt på tidspunktet for kredittytelsen – bedret kreditorenes dekningsutsikter.

²⁵ Brækhus og Høgetveit Berg 2014 s. 72.

²⁶ Andenæs 2009 s. 316.

²⁷ Ulrik Rammeskov Bang-Pedersen, Lasse Højlund Christensen og Kim Sommer Jensen, *Konkurs*, 1. utg. (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014) s. 425–426. Dette synspunktet er imidlertid mer tvilsomt sett fra de øvrige kreditorenes perspektiv. Ved en senere konkurs vil ikke konkursboet kunne nyttiggjøre seg av ledig ramme på kassekreditten, i og med at konkursboet ikke har rett til å tre inn i skyldnerens kredittavtaler, jf. § 7-3 annet ledd og NOU 1972: 20 s. 313. En nedbetaling på en kassekreditt vil dermed etter omstendighetene kunne redusere de øvrige kreditorenes dekning.

²⁸ Se punkt 4.5 nedenfor.

²⁹ Walters 2003 s.137, Mokal 2005 s. 330.

³⁰ Se konkursloven §§ 85, 88 og 117. Se også Andenæs 2009 s. 11 og Nazarian 2012 s. 55. Selv om norsk insolvensrett tjener flere formål (se f.eks. Andenæs 2009 s. 11–12), er det nok ukontroversielt å hevde at det mest fremtredende formålet er å maksimere midlene tilgjengelig for fordeling mellom kreditorene.

Tanken er altså at øvrige kreditorer kan tjene på at enkelte betalinger *ikke* omstøtes, selv om de foretas når skyldneren er insolvent. Dette synspunktet er ikke opplagt. Tvert imot vil man jo gå ut fra at betalingene som skyldneren foretar kort tid før konkurs, *går på bekostning* av øvrige kreditorer, i og med at slike betalinger medfører at det blir mindre igjen til dem. Hvordan kan det da være slik at de øvrige kreditorerne iblant vil tilgodeses av at betalinger ikke omstøtes?

Noe av svaret ligger i at man, som nevnt, tar utgangspunkt i forholdene på tidspunktet kreditten ble ytt. Man ser for seg at en insolvent skyldner står overfor to alternativer. Skyldneren kan begjære oppbud. Resultatet blir da at skyldnerens verdier fordeles som angitt i dekningsloven kapittel 9, og at de usikrede kreditorerne høyst sannsynlig ikke får full dekning. Alternativt kan skyldneren drive videre med ny kreditt. Hva utfallet av videre drift blir, er usikkert. Videre drift kan gå så godt at skyldneren igjen blir solvent, og dermed i stand til å betale alle kreditorerne. En annen mulighet er at driften ikke går tilstrekkelig godt til å avverge konkurs, men like fullt medfører at midlene til fordeling blant de øvrige kreditorerne øker, selv når den nye kreditten betales tilbake før konkursåpning. I atter andre tilfeller vil videre drift og tilbakebetaling av den nye kreditten føre til ytterligere underskudd, slik at de øvrige kreditorerne kommer dårligere ut enn dersom skyldneren i stedet skrinla planen om videre drift og begjærte oppbud. Poenget er at forholdene *kan* være slik at videre drift er i de øvrige kreditorernes interesse, og at det dermed også er i deres interesse at skyldneren har tilgang til nødvendig driftskreditt.

For at noen skal være villig til å yte usikret kreditt til et kriserammet selskap, vil vedkommende måtte føle seg relativt sikker på at kreditten vil bli tilbakebetalt før konkursåpning. Skyldneren kan skape en slik forventning hos kredittgiveren gjennom mer eller mindre uttalte løfter om å prioritere tilbakebetaling av den nye kreditten ved forfall, også når slik betaling går på bekostning av andre forfalte krav. Hvis vi forutsetter at skyldneren kan skape en slik forventning hos en potensiell kredittgiver,³¹ kommer omstøtelsesadgangen inn i bildet. Selv om skyldnerens løfter til kredittgiveren fremstår som troverdige, vil de være lite verdt hvis betalingen omstøtes dersom skyldneren senere går konkurs. Kredittgiveren vil da risikere å måtte tilbakebetale det mottatte, som igjen vil stille vedkommende som om skyldneren ikke hadde betalt kravet før konkursåpning. At en senere betaling går klar av omstøtelsesreglene, kan dermed være en nødvendig forutsetning for at skyldneren får tilgang til frisk driftskreditt. Når tilgang til kreditt igjen er en forutsetning for videre drift, og videre drift kan være til de øvrige kreditorernes beste, ser man at begrensninger i omstøtelsesadgangen også *kan* være i deres interesse.³² Det er mulig at lignende tanker ligger bak Høyesteretts uttalelse i *Obbhult Invest* om at ordinærreservasjonen i § 5-5 «legger [...] til rette for at virksomheter som på lengre sikt har livets rett, kan fortsette driften ved forbigående økonomiske problemer».³³

Hvis man kjenner sannsynligheten for de ulike utfallene ved fortsatt drift, kan man regne ut hvor høy sannsynligheten for et vellykket resultat må være for at dette alternativet skal være i de øvrige kreditorernes interesse. Følgende eksempel illustrerer dette. Lillevik Hotell AS gikk med kraftig underskudd i 2020 på grunn av reiserestriksjoner. Vinteren 2021 står selskapet overfor to valg. Det første valget er å begjære oppbud. Vi forutsetter at hotellets daværende kreditorer er alminnelige usikrede kreditorer, og at disse gitt umiddelbar konkursåpning vil oppnå dividende lik 60 % av kravene deres. Forventningsverdien av hver enkelt kreditors krav hvis skyldneren velger oppbud, er dermed 60 % av kravet. Det andre valget er å ta opp et lån – med lovnad om at lånet vil bli prioritert tilbakebetalt i konkurranse med andre forfalte krav – for å finansiere videre drift i 2021. For enkelthets

³¹ Vi kommer tilbake til denne forutsetningen i punkt 5.4.

³² For lignende argumenter for hvorfor selskaper bør ha adgang til å stille pant (og dermed gi pantgiveren prioritet til pantet), se bl.a. Steven L. Schwarcz, «The Easy Case for the Priority of Secured Credit in Bankruptcy», *Duke Law Journal*, 1997 s. 425–489 og Mokal 2005 kap. 5.

³³ HR-2017-370-A avsnitt 59.

skyld forutsetter vi at videre drift har to mulige utfall: Det første er at virksomheten kommer på fote igjen, og at skyldneren blir i stand til å betale både de eksisterende kreditorene og den nye långiveren. Det andre utfallet er at forsøket mislykkes, og selskapet slås konkurs. Vi forutsetter at det nye lånet tilbakebetales forut for eventuell konkursbehandling, og at dette medfører at hver enkelt øvrig kreditor kun mottar dividende lik 20 % av kravet sitt. Forventningsverdien av kravet til hver enkelt øvrig kreditor gitt at skyldneren velger å drive videre, er da lik produktet av kravet ganget med $(p + (1-p)0,2)$, hvor p er sannsynligheten for at redningsforsøket lykkes og alle kreditorer får betalt 100 % av kravets pålydende, og $(1-p)$ er sannsynligheten for at forsøket mislykkes, slik at de øvrige kreditorene sitter igjen med 20 % av kravene sine. For at forventningsverdien av kravene til de øvrige kreditorene skal overstige hva de vil motta ved en umiddelbar konkurs, som altså vi gi dem dividende på 60 %, må sannsynligheten for at redningsforsøket lykkes overstige 50 %.

Resonnementene som underbygger hensynet til verdimaksimering, hviler på flere forutsetninger. I punkt 5 ser vi på om disse er rimelige. Foreløpig er det sentrale poenget at hensynet til verdimaksimering står i spenning til likedelingsprinsippet: Synspunktet er at de øvrige kreditorene til en kriserammet bedrift etter omstendighetene kan tjene på at det vil gjelde begrensninger i konkursboets adgang til å omstøte bedriftens betalinger ved en eventuell etterfølgende konkurs. Likedelingsprinsippet tilsier derimot at boet bør kunne omstøte betalinger som foretas når skyldneren er insolvent.

Til slutt er det nødvendig å si noe om hva hensynet til verdimaksimering *ikke* er. Siden hensynet er et utslag av hensynet til kreditorenes interesse i høyest mulig dekning, er det noe annet enn hensynet til å sikre overlevelsen av kriserammede bedrifter, og derved bevare arbeidsplasser. Det sistnevnte hensynet står også sentralt i insolvensretten, og er en viktig begrunnelse for at man har regler som tilrettelegger for rekonstruksjon av foretak.³⁴ Det er fort gjort å omtale dette hensynet og hensynet til å sikre kreditorene høyest mulig dekning som to sider av samme sak, i og med at hensynet til videre drift iblant vil sammenfalle med kreditorenes interesser.³⁵ Men det er prinsipielt sett tale om to forskjellige hensyn. Dette blir klart hvis vi returnerer til det ovennevnte eksempelet med Lillevik Hotell. Vi forutsetter nå at en konkurs vil innebære at hotelleiendommen selges til en privatperson som planlegger å bruke den som landsted. I så fall vil hensynet til å sikre bedriftens overlevelse og bevare arbeidsplasser tilsi at skyldneren opprettholder driften i et forsøk på å unngå konkurs. Som vi så, vil imidlertid hensynet til kreditorene kun tilsi videre drift dersom dette er alternativet som gir dem høyest forventet dekning. Dermed kan det oppstå situasjoner hvor hensynet til kreditorenes interesser tilsier at skyldneren slås konkurs, mens hensynet til å redde bedriften tilsier videre drift.

4. Høyesteretts avveininger

4.1 Innledning

Vi har hittil sett at hensynet til verdimaksimering står i spenning til likedelingsprinsippet. Høyesteretts anvendelse av ekstraordinær- og utilbørligkriteriene i §§ 5-5 og 5-9 avgjør rekkevidden av adgangen til å omstøte kongruente betalinger, og er dermed av stor betydning for hvilket av de to hensynene som gis forrang etter gjeldende rett. Vi skal nå se nærmere på hvordan praksisen rundt disse kriteriene slår ut.

³⁴ Se Prop. 75 L (2019–2020) s. 5. Loven er omtalt i Sjur Swensen Ellingsæter og Marie Meling, «Rekonstruksjonslovens muligheter og begrensninger», *Tidsskrift for forretningsjus*, 2020 s. 52–82.

³⁵ Se f.eks. Rt. 1993 s. 289 på s. 293: «En refinansiering tar sikte på fortsatt drift, noe som forutsetningsvis vil komme også de øvrige kreditorer til gode».

Argumentasjonen i aktuelle avgjørelsene er ofte konkret. Utgangspunktet er at vurderingen «må avgjøres etter en konkret og individuell helhetsvurdering».³⁶ Imidlertid er det visse argumenter som går igjen i domsgrunnene. Dette og de følgende delavsnittene identifiserer og diskuterer fire momenter av sentral betydning for om en kongruent betaling betegnes som ekstraordinær eller utilbørlig etter henholdsvis §§ 5-5 og 5-9. Disse fire momentene er virksomhets-, tidsavviks-, nærhets- og redningsaksjonsmomentet.³⁷ Det vurderes hvordan Høyesteretts vektlegging av de ulike momentene forholder seg til spenningen mellom likedelingsprinsippet og hensynet til verdimaksimering.

4.2 Virksomhetsmomentet

Det første momentet – virksomhetsmomentet – dreier seg om hvorvidt skyldneren fremdeles driver virksomhet på betalingstidspunktet. Flere dommer tilsier at fraværet av virksomhet er et veldig sterkt argument for at betalingen er ekstraordinær og utilbørlig. Det kan her vises til Rt. 2001 s. 1136 (*Kjells Markiser*) og HR-2017-370-A (*Obbhult Invest*), hvor Høyesterett i begge tilfeller ga boet medhold i krav om omstøtelse av betalinger skyldneren foretok etter at denne hadde innstilt virksomheten sin. Man kan se omstøtelsen av betaling av leverandørgjeld i Rt. 2008 s. 1170 (*Rema 1000*) som uttrykk for et tilsvarende synspunkt, i og med at den omstøtte transaksjonen medførte at skyldneren mistet grunnlaget for videre drift.³⁸ Det samme kan sies om omstøtelsen av betalingene i Rt. 1993 s. 289 (*Gamvikfisk*), hvor boet nådde frem med et krav på omstøtelse av en skattebetaling foretatt fire dager før styret besluttet å begjære oppbud. I tråd med den sistnevnte avgjørelsen kan nok virksomhetsmomentet tale for omstøtelse selv om betalingen skjer noe tid forut for at det endelig besluttes å innstille skyldnerens virksomhet, men dette bør forutsette at det på betalingstidspunktet fremsto som om at en slik beslutning var nærmest uunngåelig.

Høyesteretts tilnærming stemmer godt overens med uttalelser i forarbeidene om at en rekke ellers legitime betalinger vil være utilbørlige dersom de foretas etter at skyldneren har blitt begjært konkurs.³⁹ Satt noe på spissen, kan en betaling som i dag er ordinær og tilbørlig, være ekstraordinær og utilbørlig i morgen dersom skyldneren i mellomtiden har besluttet å innstille virksomheten sin.

Høyesterettspraksis tilsier altså at en betaling som skyldneren foretar etter å ha innstilt virksomheten sin, lett vil anses som ekstraordinær eller utilbørlig. Hva kan begrunne dette synet? En mulig tolkning er at virksomhetsmomentet fremmer likedelingsprinsippet. Når en skyldner blir gjenstand for konkursbehandling etter å ha innstilt virksomheten sin, vil skyldnerens økonomiske stilling gjerne allerede på innstillingstidspunktet ha vært så dårlig at skyldnerens styre pliktet å begjære konkurs etter straffeloven § 407 første ledd bokstav b eller etter culpanormen i aksjeloven § 17-1. I fraværet av omstøtelsesadgang vil kreditorer som mottar dekning etter at virksomheten opphører, oppnå dekning på grunn av brudd på straffe- og selskapsrettslige plikter. Det er altså tale om kreditorer som «skulle» ha vært konkurskreditorer. Høyesteretts begrunnelse i *Obbhult Invest*, som gjaldt omstøtelse etter § 5-5, bærer preg av en slik tankegang. I saken krevde konkursboet omstøtt betalinger av gjeld til to av skyldnerens nærstående. Gjelden besto blant annet av krav på arbeidsvederlag og vederlag for kausjonsstillelse overfor selskapets advokatforbindelse. Arbeidet ble utført, og garantien ble stilt, etter at selskapet hadde innstilt virksomheten sin. I dette tidsrommet besto aktiviteten kun i å føre en

³⁶ HR-2017-370-A avsnitt 60.

³⁷ Sml. Andenæs s. 328, som trekker frem tre momenter for vurderingen av om en betaling er ekstraordinær: eventuelt tidsavvik, fordringens art og om betalingsmottakeren er en av skyldnerens nærstående. I HR-2017-370-A uttaler Høyesterett at dette er sentrale momenter ved denne vurderingen (avsnitt 61–62).

³⁸ Betalingen i denne saken ble ansett som foretatt med både «usedvanlige betalingsmidler» og «beløp som betydelig [...] forringet skyldnerens betalingsevne».

³⁹ NOU 1972: 20 s. 298.

rettssak mot et forsikringselskap. Det at kreditt ble ytt etter at virksomheten var innstilt, inngikk i førstvoterendes begrunnelse for at de senere betalingene var ekstraordinære. Her ble det fremhevet at:

«[a]vtalene og utbetalingene inngikk i et arrangement for å begrense selskapets tap, og ikke for å sikre fortsatt drift. Da faller de utenfor de situasjoner hvor Høyesterett har ansett betalinger som ledd i redningsoperasjoner, som ordinære. I den situasjonen selskapet befant seg, måtte kravet til likebehandling av fordringshaverne være styrende for anvendelsen av selskapets midler.»⁴⁰

Hensynet til verdimaksimering kan tilsi at virksomhetsmomentet tillegges mindre vekt enn hva Høyesterett hittil har gjort. Som redegjort for i punkt 3, går dette synspunktet ut på at omstøtelsesreglene ikke bør ramme betalinger av kreditt som muliggjør aktivitet som – bedømt på tidspunktet kreditten blir ytt – vil bedre kreditorenes forventede dekningsutsikter. En vurdering etter dette kriteriet kan gi et annet utfall enn resultatet Høyesterett kom til *Obbhult Invest*. Man kan lett tenke seg tilfeller hvor det beste for de øvrige kreditorene nettopp er at selskapet holdes intakt med sikte på å drive inn omtvistede krav. Om det er slik avhenger av omstendighetene. Men Høyesterett var altså lite villig til å innlate seg på en slik vurdering.

Når virksomhetsmomentet tillegges avgjørende vekt, vil det ikke være rom for å se hen til forholdene på kravets *stiftelsestidspunkt*; det avgjørende er at skyldneren på *betalingstidspunktet* ikke lenger drev virksomhet. Når Høyesterett tilsynelatende tillegger dette momentet avgjørende vekt, gis likedelingsprinsippet forrang foran hensynet til verdimaksimering i tilfellene hvor betaling skjer etter at virksomheten innstilles.

4.3 Tidsavviksmomentet

En betaling utført ved forfall anses vanligvis ikke som ekstraordinær eller utilbørlig.⁴¹ Hvis skyldneren betaler etter forfalltidspunktet, vil avviket mellom forfalls- og betalingstidspunkt være av betydning for vurderingen av om betalingen er utilbørlig og ekstraordinær.⁴² Dette momentet er særlig fremtredende i to saker om omstøtelse av betaling av skatte- og avgiftskrav.⁴³ I Rt. 1995 s. 222 (*Direkte Reklame*) ga Høyesterett boet medhold i krav om omstøtelse av to betalinger som var forsinket med henholdsvis ca. fire måneder og to måneder. Avgjørelsen ble begrunnet med at forsinkelsene avvek fra tidligere betalingsforsinkelser, og at skyldneren klart var insolvent på betalingstidspunktene, samt at skattekreditor hadde begjært både utlegg og konkursåpning hos skyldneren. Derimot gikk en senere skattebetaling klar av § 5-5. Forsinkelsen var her på tre uker – en beskjeden forsinkelse i Høyesteretts øyne. Høyesterett viste også til at driften fremdeles ble forsøkt holdt i gang på betalingstidspunkt selv om skyldnerens økonomiske stilling på dette tidspunktet var blitt enda mer prekær.

Avvik mellom forfalls- og betalingstidspunkt har også blitt tillagt betydning i andre sammenhenger. Det kan i denne sammenheng vises til forarbeidene til § 5-5, hvor det uttales at betaling av bankgjeld lenge etter forfall lett vil utgjøre ekstraordinær betaling.⁴⁴ I Rt. 2001 s. 1136 (*Kjells Markiser*) fulgte Høyesteretts flertall opp disse uttalelsene – riktignok uten henvisning til forarbeidene – ved å gi

⁴⁰ HR-2017-370-A avsnitt 85.

⁴¹ NOU 1972: 20 s. 292, Rt. 1997 s. 1623 på s. 1628–1629, Thor Falkanger, «Utilbørlighetsbegrepet i dekningslovens § 5-9», *Jussens Venner*, 1998 s. 105–131 på s. 114.

⁴² Andenæs 2009 s. 328 og Kristoffer Aasebø, Leif Petter Madsen og Siv Sandvik, *Dekningsloven med kommentarer* (Gyldendal 2015) s. 223–224.

⁴³ Rt. 1993 s. 289 og Rt. 1995 s. 222.

⁴⁴ NOU 1972: 20 s. 292.

konkursboet medhold i den delen av omstøtelseskravet som gjaldt nedbetaling av et lån over tre måneder etter forfall.

Det fremstår som om den nevnte forarbeidsuttalelsen utgjør noe av bakgrunnen for at Høyesterett anser et eventuelt intervall mellom forfalls- og betalingstidspunktet for å være av betydning for spørsmålet om en betaling er ekstraordinær og utilbørlig. Hverken forarbeidene eller rettspraksis begrunner at dette momentets vekt. En mulig begrunnelse er at et vesentlig avvik mellom forfall og senere betaling kan indikere at skyldneren har besluttet å innstille virksomheten sin og benytter tilgjengelige midler til å dekke gjeld til favoriserte kreditorer.⁴⁵ Tidsavvikmomentet blir i så fall kun et middel for å operasjonalisere virksomhetsmomentet, jf. punkt 4.2.

Vektleggingen av tidsavvikmomentet kan – i alle fall i teorien – stride med hensynet til verdimaksimering. Omstøtelse av betalinger foretatt en stund etter forfall begrenser hvilken trygghet en kriserammet skyldner kan tilby potensielle långivere. Selv om en långiver føler seg helt sikker på at skyldneren vil prioritere tilgjengelige ressurser til å betjene lånet, er det ikke sikkert at skyldneren vil ha tilstrekkelige midler når renter og hovedstol forfaller. Dersom skyldneren først en tid etter forfall mottar de nødvendige midlene, vil den påfølgende betalingen muligens kunne omstøtes. Denne risikoen må långiver leve med, uavhengig av om det på tidspunktet for inngåelsen av låneavtalen fremsto som sannsynlig at lånet vil komme alle kreditorene til gode. I likhet med virksomhetsmomentet, innebærer vektleggingen av tidsavviket å gi likedelingsprinsippet forrang foran hensynet til verdimaksimering.

4.4 Nærhetsmomentet

Som redegjort for i punkt 2, kan boet kun omstøte en betaling dersom den ble foretatt innenfor den gjeldende omstøtelsesfristen. Hovedregelen etter § 5-5 er at omstøtelsesfristen begynner å løpe tre måneder før frisdagen. Bestemmelsens annet ledd slår imidlertid fast at omstøtelsesfristen begynner å løpe to år før frisdagen dersom betalingsmottakeren er blant skyldnerens nærstående, jf. definisjonen i § 1-5.⁴⁶ På denne måten åpner § 5-5 i større utstrekning enn ellers for omstøtelse av betalinger til nærstående.

Omstøtelse av betalinger til nærstående etter § 5-5 er – som ellers – betinget av at de øvrige villkårene i bestemmelsens første ledd er oppfylt, herunder at betalingen fremsto som ekstraordinær. Et spørsmål som melder seg, er om en betaling til skyldnerens nærstående eller andre som har hatt særskilt innsikt i skyldnerens økonomi, lettere skal anses som ekstraordinær. Et tilsvarende spørsmål gjør seg gjeldende ved utilbørlighetsvurderingen etter § 5-9.

I sakene hvor Høyesterett har ansett betalinger til personer som sto i et nært forhold til skyldneren, som ekstraordinære eller utilbørlige, har domsgrunnene vist til denne nærheten. *Royal Christiania* gjaldt blant annet krav om omstøtelse etter § 5-5 av tilbakebetaling av et lån ytt av skyldnerens søsterselskap. I begrunnelsen for at betalingen var ekstraordinær, viste Høyesterett blant annet til at betalingen kom konsernet til gode på de øvrige kreditorenes bekostning.⁴⁷ I *Rema 1000* begrunnet Høyesterett konklusjonen om at betalingen var ekstraordinær blant annet med at betalingsmottakeren hadde en avtalefestet innsynsrett i skyldnerens regnskapsinformasjon, og dermed hadde et fortrinn foran øvrige kreditorer.⁴⁸ Nærhetsmomentet tjente også som begrunnelse for konklusjonen i *Obbhult*

⁴⁵ Motivasjonen kan naturligvis være en annen, som når ledelsen i et aksjeselskap i frykt for straffeansvar sørger for at selskapet betaler forskuddstrekk før konkursåpning.

⁴⁶ Den utvidede omstøtelsesfristen gjelder imidlertid ikke hvis betalingsmottakeren beviser at skyldneren var «utvilsomt solvent» på betalingstidspunktet.

⁴⁷ Rt. 1997 s. 1623 på s. 1628.

⁴⁸ Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 40.

*Invest.*⁴⁹ I juridisk teori legges det til grunn at nærhet mellom skyldneren og betalingsmottakeren er et sentralt moment ved vurderingen av om en betaling er ekstraordinær eller utilbørlig.⁵⁰

Er nærhetsmomentet så viktig som inntrykket rettspraksis og teori etterlater? Punkt 4.2 og 4.3 viste at virksomhetsmomentet og tidsavviksmomentet kan begrunne at en betaling er ekstraordinær eller utilbørlig. Disse momentene kan altså tale for omstøtelse uavhengig av om betalingsmottakeren står i et nært forhold til skyldneren. Dermed vil nærhetsmomentets selvstendige betydning først og fremst vise seg dersom betalingen foretas på et tidspunkt hvor hverken virksomhets- eller tidsavviksmomentet tilsier at betalingen var ekstraordinær eller utilbørlig – dvs. når skyldneren fortsatt driver virksomhet på betalingstidspunktet, og betalingen skjer ved forfall. Ingen av de ovennevnte avgjørelsene omhandler et slikt saksforhold, og det er derfor vanskelig å si noe om dette momentets selvstendige betydning.⁵¹ På den annen side foreligger ikke praksis som tilsier at nærhetsmomentet *ikke* har selvstendig betydning. Juridisk teori har, som nevnt, lagt til grunn at dette er et moment av særskilt betydning, og det kan fint tenkes at domstolene vil omstøte betalinger til nærstående selv om de foretas rettidig og skyldneren fortsatt driver virksomhet på betalingstidspunktet. Dessuten kan det tenkes at nærhetsmomentet blir utslagsgivende i saker hvor de øvrige momentene ikke gir en klar konklusjon, for eksempel dersom en betaling foretas etter forfall og forsinkelsens lengde ligger på grensen av hva Høyesterett tidligere har godtatt.

Det er ikke mulig å analysere hvordan vektleggingen av nærhetsmomentet forholder seg til hensynet til verdimaksimering enn så lenge Høyesterett ikke har behandlet saker som setter momentets vekt på spissen. Man kan argumentere for at likedelingsprinsippet tilsier at nærhetsmomentet bør utgjøre et argument for omstøtelse, om enn kanskje ikke et av avgjørende betydning. Det er grunn til å anta at skyldnere typisk vil ønske å prioritere betaling av gjeld til nærstående. Likebehandling av nærstående og kreditorer med samme prioritet i konkurs, tilsier at dette motvirkes gjennom omstøtelse. Hensynet til verdimaksimering kan derimot tale *mot* å la nærhetsmomentet bli tungen på vektskålen. Ut fra dette synspunktet vil det avgjørende i alle tilfeller være om kreditten bedret de andre kreditorenes dekningsutsikter: Reglene bør fremme at nærstående gir lån til kriserammede, men levedyktig bedrifter, og motsatt ikke motvirke insentivene deres til å yte slik kreditt. Siden «innsidere» har særlige kjennskap til virksomheten, vil det forekomme tilfeller hvor kun de nærstående ser at driften er levedyktig. En annen sak er at nærstående kreditorer kan ha et særskilt insentiv til å fremme videre drift selv når denne er skadelig for øvrige kreditorer. I punkt 5.4 kommer vi tilbake til hvilken betydning dette har for hvordan man bør utforme grensene for boets adgang til å omstøte kongruente betalinger.

4.5 Redningsaksjonsmomentet

Flere forfattere har påpekt Høyesteretts tendens til å verne betalinger som skjer i forbindelse med et forsøk på å redde en kriserammet bedrift, mot omstøtelse.⁵² Som vi skal se, er enkelte av dommene som gjelder slike betalinger, begrunnet på en måte som ligner hensynet til verdimaksimering: Høyesterett fremhever forholdene på tidspunktet kreditten ble ytt i begrunnelsen for at senere tilbakebetaling ikke anses som ekstraordinær eller utilbørlig kreditorbegunstigelse. Dette gjelder imidlertid ikke samtlige dommer som gjelder betalinger knyttet til redningsforsøk. Det kan nemlig

⁴⁹ HR-2017-370-A avsnitt 61–62 og 68–69.

⁵⁰ Andenæs s. 262 og 328. Mer avholden, Nazarian 2012 s. 191–192.

⁵¹ Se også Nazarian 2012 s. 191–192 for tilsvarende synspunkter angående Høyesteretts begrunnelse i *Royal Christiania*.

⁵² Thor Falkanger, «Kjells Markiser: En høyesterettsdom om kassekreditt, pant og omstøtelse – Rt. 2001 s. 1136», *Lov og Rett*, 2002, s. 563–584 på s. 578, Nazarian 2012 s. 222 og Christian H. P. Reusch, «To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger» i Hagstrøm, Lødrup og Aarbakke (red.), *Ånd og rett: Festskrift til Birger Stuevold Lassen* (Universitetsforlaget 1997) s. 839.

trekkes et skille mellom dommer hvor vurderingene knytter seg til forholdene på *betalingstidspunktet* og dommer hvor oppmerksomheten rettes mot forholdene på *tidspunktet kreditten ble ytt*. Siden vi er interessert i å undersøke Høyesteretts vektlegging av hensynet til verdimaksimering er dette skillet, som hittil ikke har blitt påpekt i litteraturen som omtaler dommene, viktig.

I Rt. 1969 s. 624 (*Hamar Auto*) rettet Høyesterett oppmerksomheten mot forholdene på betalingstidspunktet. Bilimportøren Ramm solgte biler til bilforhandleren Hamar Auto, som senere gikk konkurs. Ved begynnelsen av 1965 skyldte Hamar Auto Ramm rundt 70 000 kroner. Partene inngikk 1. mars samme år en avtale om at Ramm skulle bistå Hamar Auto med å finne aktører som var villige til å diskontere fire av bedriftens salgssavtaler. Dessuten skulle Ramm stille garanti overfor diskontøren for oppfyllelsen av avtalene. Av diskonteringsbeløpet – som partene forventet ville utgjøre rundt 120 000 kroner – skulle de første 60 000 gå til å betale Ramms utestående krav mot Hamar Auto. Høyesterett la til grunn at formålet med avtalen var todelt. For det første skulle Hamar Auto tilføres likviditet. For det andre skulle nedbetalingen av Ramms krav «skape det forretningsmessige grunnlag for nye leveranser og ny kreditt til Hamar Auto fra Ramms side».

Av grunner det ikke er nødvendig å gå inn på i denne sammenheng, ble kun tre av de fire avtalene diskontert gjennom Ramm. Provenyet, som beløp seg rett under 60 000 kroner, gikk dermed i sin helhet til å betjene Ramms krav. Etter at Hamar Auto ble slått konkurs senere samme vår, reiste konkursboet krav om omstøtelse av denne betalingen. Boets anførsel om at betalingen kunne omstøtes i medhold av den subjektive omstøtelsesreglen, førte ikke frem siden betalingen ikke ble ansett som klanderverdig overfor de øvrige kreditorene. Høyesterett la vekt på at betalingen inngikk i et større arrangement som tok «sikte på å hjelpe Hamar Auto på lengre sikt» og ikke bar preg av «aktiv forfordeling».

Høyesteretts vurderinger retter seg mot forholdene på betalingstidspunktet, og ikke tidspunktet for da kreditten ble ytt: Det fremstår som avgjørende at Hamar Auto *ved å betale* mottok fordeler i form av Ramms bistand med å diskontere salgssavtalene og bedret tilgang til fremtidig kreditt fra Ramm. Begrunnelsen har dermed likhetstrekk med den Brækhus og Høgetveit Berg gir for at betaling til leverandører skal gå klar av omstøtelse, jf. punkt 3. Det bærende synspunkt synes å være at de negative virkningene betalingen isolert sett har for øvrige kreditors dekningsutsikter, veies opp av at skyldneren mottar fordeler ved å betale,⁵³ selv om Høyesterett ikke uttrykkelig har vurdert om verdien av disse fordelene står i rimelig samsvar til det betalte beløpet. Begrunnelsen for avgjørelsen i Rt. 1994 s. 792 (*Namtvedt*), bærer preg av samme tilnærming. Her oppnådde en bank betaling ved å nedjustere kredittgrensen på skyldnerens kassekreditt rett etter en større innbetaling. Sett hen til at banken senere igjen utvidet kredittrammen, fant Høyesterett at dette ikke var utilbørlig. Som fremhevet i punkt 3, er det ingen motsetning mellom likedelingsprinsippet og å la «ombyting» gå klar av omstøtelsesreglene.

I andre saker har Høyesterett vurdert om betalinger som knytter seg til kreditt ytt til skyldneren da dennes økonomi var svak, er ekstraordinære eller utilbørlige. Høyesteretts argumentasjon i disse sakene tilsier at betaling av kreditt som ytes når skyldneren er kriserammet, nyter bedre vern mot omstøtelse enn betaling av annen kreditt. I det følgende tar vi for oss hvordan Høyesteretts vektlegging av dette momentet – som vi omtaler som *redningsaksjonsmomentet* – forholder seg til hensynet til verdimaksimering.⁵⁴

⁵³ Sml. Nazarian 2012 s. 216–217.

⁵⁴ Termen «hensynet til verdimaksimering» viser altså til argumentet som punkt 3 redegjorde for, mens «redningsaksjonsmomentet» viser til at Høyesterett ved vurderingen av om en betaling er ekstraordinær eller utilbørlig legger vekt på om betalingen knytter seg til kreditt som skyldneren tok opp for å sikre videre drift.

Kjells Markiser er det klareste eksemplet på at Høyesterett tillegger redningsaksjonsmomentet vekt. I saken krevde konkursboet omstøtelse av en rekke gjeldsbetalinger skyldneren hadde foretatt til bankforbindelsen sin. Betalingene falt i tre kategorier: reduksjon av negativ kassekreditsaldo, nedbetaling av faste lån og betaling av saldoen på en diskonteringskreditt. Under dissens 4-1 kom Høyesterett til at mesteparten av betalingene på kassekreditten ikke var omstøtelige, mens omstøtelseskravet førte frem for de øvrige betalingene. Omstøtelseskravet ble prinsipielt vurdert etter § 5-9, men flertallet slo også kort fast at betalingene som ikke ble ansett som utilbørlige, heller ikke var ekstraordinære, jf. § 5-5.

Forholdene rundt nedbetalingen av kassekreditten var som følger. Kreditten hadde opprinnelig en øvre grense på åtte millioner kroner. Grensen ble utvidet til tolv millioner i løpet av vinteren og våren 1996. I løpet av året skulle grensen nedjusteres i henhold til en avtalt nedtrappingsplan. Skyldneren benyttet seg av tilleggs-kreditten, og reduserte deretter saldoen med nesten fire millioner kroner.⁵⁵ Boet krevde disse betalingene omstøtt, men banken ble i all hovedsak frifunnet. Førstvoterende begrunnet frifinnelsen med at bankens fortsatte engasjement utgjorde et forsøk på å sikre videre drift. Det ble videre påpekt at banken ikke ville ha ytt kreditten i fravær av den sikringsordningen som nedtrappingsplanen utgjorde. Nedkviktinger foretatt etter at skyldneren hadde begjært oppbud, ble derimot omstøtt. Begrunnelsen var at skyldneren på dette tidspunktet hadde innført betalingsstans, og det var på det rene at konkurs ville bli åpnet.

Det faktum at skyldneren var kriserammet på *tidspunktet lånet ble ytt*, er altså av betydning for om en senere tilbakebetaling er ekstraordinær eller utgjør utilbørlig kreditorbegunstigelse. Flertallets argumentasjon gir uttrykk for et resonnement som ligner på hensynet til verdimaksimering. Blant annet fremheves det at skyldneren i fraværet av en utvidelse av kassekreditten – som senere ble nedbetalt – ville ha gått konkurs tidligere, og at øvrige kreditorer i så fall ikke ville ha mottatt dekning.⁵⁶

I samme sak ble betaling av eldre lån ytt av samme bank – som presumptivt ikke utgjorde et ledd i noen redningsaksjon – ansett som utilbørlig kreditorbegunstigelse. Selv om det ikke uttales uttrykkelig, er det nærliggende å anta at denne forskjellen bidro til at nedbetalingene ble bedømt ulikt.

I Rt. 1982 s. 1232 (*Ruud & Ziener*) rettet Høyesterett også oppmerksomheten mot forholdene på tidspunktet kreditten ble ytt. Saken gjaldt krav om omstøtelse av betalinger på en kassekreditt. Betalingene skjedde ved at skyldneren, som var et entreprenørfirma, løpende overdro fordringer mot byggherren for en entreprise skyldneren utførte, til skyldnerens bankforbindelse. Bakgrunnen for denne oppgjørsmåten var at skyldneren lå i tvist med byggherren. Som en følge av tvisten holdt byggherren betalinger tilbake, og skyldneren fikk likviditetsproblemer. Banken sa seg imidlertid villig til å finansiere ferdigstillingen av entreprisen, gitt at skyldneren forpliktet seg til å fortløpende overdra fordringer mot byggherren.

Høyesterett kom til at betalingene ikke var illojale overfor skyldnerens øvrige kreditorer. Dermed kunne ikke betalingene omstøtes etter den daværende ulovfestede subjektive omstøtelsesregelen. Førstvoterende ga følgende begrunnelse for dette standpunktet:

«Jeg må gå ut fra at [beslutningen om å fullføre entreprisen og utvide kassekreditten] ble truffet etter forretningsmessige overveielser over hva som ville gi det sannsynlig beste

⁵⁵ Som Thor Falkanger har påpekt, skjedde betalingene automatisk når skyldnerens kunder foretok betalinger til skyldnerens kassekreditkonto, se Falkanger 2002 s. 577. Domspremissene til flertallet etterlater imidlertid inntrykket av at betalingene ikke ble bedømt annerledes enn om skyldneren aktivt hadde foretatt betalingene gjennom overføring fra andre bankkontoer e.l.

⁵⁶ Rt. 2001 s. 1136 på s. 1145.

resultatet for firmaet, og dermed indirekte for dets kreditorer. Hensynet til opprettholdelse av arbeidsplasser, og til en gammel bankkunde som hadde fått problemer, har sikkert også vært ledd i den vurdering som ble foretatt. Jeg kan ikke se at det i denne situasjonen var illojalt overfor de øvrige kreditorer at banken skaffet seg en betinget gardering mot tap ved merengasjementet, ved å forbeholde seg og få transport på omstridte fordringer i forbindelse med dette spesielle bygget». ⁵⁷

Redningsaksjonsmomentet gir også en mulig forklaring av flertallets begrunnelse i Rt. 1995 s. 259 (*Palonen*), som har vært gjenstand for kritikk i juridisk teori. ⁵⁸ I 1989 ble Palonen ansatt som daglig leder i skyldneren. Skyldneren hadde på dette tidspunktet en «meget svak» økonomi. ⁵⁹ I forbindelse med ansettelsen, kjøpte skyldneren en eiendom til bruk for Palonen og familien hans. Kjøpesummen, som lød på 950 000 kroner, ble finansiert ved at skyldneren tok opp et lån på 800 000 kroner med pant i eiendommen. I arbeidsavtalen mellom Palonen og skyldneren ble Palonen gitt rett til å kjøpe boligen heftelsesfri for 475 000 kroner.

Skyldnerens vanskelige økonomiske situasjon vedvarte. Palonen gjorde kjøpsretten gjeldende våren 1991, og det ble i den forbindelse utferdiget en kjøpekontrakt 13. mai. Få dager senere nedbetalte skyldneren 350 000 kroner på det pantesikrede lånet. Dette ble finansiert gjennom trekk på en kassekreditt skyldneren hadde hos en annen bankforbindelse. Den resterende lånesaldoen ble senere nedbetalt av Palonen som en del av oppgjøret av kjøpesummen. Skyldneren ble slått konkurs i november samme år.

Boet krevde betalingen omstøtt etter § 5-9, men fikk ikke medhold av Høyesterett (dissens 3-2). Flertallet vektla at skyldneren ved å nedbetale lånet, og dermed gjøre det mulig for Palonen å ta over boligen uten heftelser, «tok sikte på å oppfylle de forutsetningene som lå til grunn for at [Palonen] skulle ta på seg oppgaven som daglig leder i et økonomisk vanskeligstillet selskap for å gjøre sitt til å bedre økonomien, til beste for selskapet og dets kreditorer». ⁶⁰ Man ser dermed at Høyesterett også her retter oppmerksomheten mot forholdene på tidspunktet da kreditten ble ytt.

Oppsummert viser høyesterettspraksis at en ellers omstøttelig betaling kan anses som tilbørlig og ordinær dersom betalingen gjelder gjeld skyldneren tok opp for å sikre videre drift. Redningsaksjonsmomentet trumfer imidlertid ikke alle andre momenter. Det kan synes som om virksomhetsmomentet veier tyngre, i og med at betalinger foretatt etter innlevering av oppbudsbegjæring har blitt omstøtt også når betalingen gjaldt gjeld pådratt som ledd i en redningsaksjon. ⁶¹

Hvordan forholder vektleggingen av redningsaksjonsmomentet seg til spenningen mellom likedelingsprinsippet og hensynet til verdimaksimering? Det kan kort slås fast at det er vanskelig å forene den ovennevnte praksisen med likedelingsprinsippet. I en situasjon hvor skyldneren ikke er i stand til å betale all forfalt gjeld, vil utfallet ved senere konkurs bli at enkelte kreditorer sitter igjen med full dekning, mens andre blir avspist med lavere dividendeutbetalinger.

Argumentasjonen i *Kjells Markiser, Ruud & Ziener og Palonen* deler derimot fellestrekk med hensynet til verdimaksimering. Men Høyesteretts vurderinger har hittil vært noe grovere enn

⁵⁷ Rt. 1982 s. 1232 på s. 1236.

⁵⁸ Andenæs 2009 s. 360. Hans Fredrik Marthinussen betegner Andenæs' vurdering av avgjørelsen som «i snilleste laget overfor den begunstigede» som et «solid understatement», se «Bokanmeldelse», *Lov og Rett*, 2010 s. 439–442 på s. 440.

⁵⁹ Rt. 1995 s. 259 på s. 260.

⁶⁰ Rt. 1995 s. 259 på s. 269.

⁶¹ Rt. 2001 s. 1136 på s. 1147.

vurderingen av om hensynet til verdimaksimering tilsier fritak fra omstøtelse, jf. redegjørelsen i punkt 3. I sakene hvor betalingsmottakere har blitt frikjent for omstøtelseskrav med henvisning til redningsaksjonsmomentet, har Høyesterett nøydt seg med å konstatere at betalingen gjaldt gjeld stiftet på et tidspunkt da skyldnerens økonomi var anstrengt. Selv om det ikke alltid uttales uttrykkelig, ligger det i dagen at Høyesterett har ansett kreditten som avgjørende for skyldnerens mulighet til å drive videre. For at hensynet til verdimaksimering skal tilsi at en betaling skal gå klar omstøtelse, kreves det imidlertid også at videre drift forventes å forbedre de øvrige kreditorenes dekning. Som vi så i punkt 3, er dette ikke nødvendigvis tilfelle. Noen ganger vil øvrige kreditorer være bedre tjent med at skyldneren slås konkurs, slik at skyldneren fratras muligheten til å forringe kreditorenes dekningsutsikter. Slike vurderinger fremkommer ikke i begrunnelsene for de nevnte dommene. Gjengivelsen av konkursboets anførsler i *Ruud & Ziener* kan gi inntrykk av at det ble prosedert på at videre drift var kreditorskadelig. Det skal ha blitt anført at «det [var] illojalt overfor entreprenørfirmaets øvrige kreditorer at banken lot firmaet trekke nær sagt ubegrenset på kassakredittkontoen, mens det selv sikret seg ved å få transport på dets utestående fordringer».⁶² Som nevnt ovenfor, nøyde Høyesterett seg med å «gå ut fra at» beslutningen om videre drift «ble truffet etter forretningsmessige overveielser over hva som ville gi det sannsynlig beste resultatet for firmaet».

Hvis et konkursbo igjen skulle anføre at skyldnerens opptak og senere nedbetaling av et kriselån var kreditorskadelig, er det nok likevel nærliggende å vente at Høyesterett vil se hen til dette i ordinær- og utilbørligvurderingen. I så fall vil disse vurderingene nærme seg vurderingene som hensynet til verdimaksimering fordrer. Et spørsmål som da melder seg, er hvordan domstolene skal gå frem ved vurderingen av om videre drift var til gunst for de øvrige kreditorene: Hvor intenst skal domstolene etterprøve de vurderingene skyldneren gjorde da redningsforsøket ble iverksatt? Det finnes naturlig nok ikke praksis på dette punkt, i og med at Høyesterett ikke har innlatt seg på en slik vurdering. Spørsmålet om hvor langt ledelsen kan gå i å prioritere videre drift som utsetter kreditorer for tapsrisiko, har derimot vært oppe for Høyesterett i saker om erstatningsansvar etter aksjelovens § 17-1. Veiledning kan muligens søkes i denne praksisen. I eldre praksis var domstolenes etterprøving mer inngående.⁶³ Senere har Høyesterett derimot tilnærmet seg dette spørsmålet som noe litt annet enn et spørsmål om prøving av ledelsens vurderinger. Problemstillingen har i stedet blitt formulert som et spørsmål om i hvilken grad selskapets ledelse kan prioritere interessene til aksjonærene foran interessene til kreditorene.⁶⁴ Resultatet av denne avveiningen synes å være at selskapsledelsen ikke skal anses for å ha opptrådt ansvarsbetingende så lenge det forelå «et realistisk håp om å kunne redde selskapet fra konkurs, selskapets ledelse arbeidet aktivt og lojalt med dette for øyet og kastet kortene innen rimelig tid».⁶⁵ Overført til nærværende problemstilling, vil en slik tilnærming tilsi at domstolene vil anse betaling av kreditt som finansierer klart kreditorskadelig drift, som ekstraordinær eller utilbørlig. Det foreligger ikke da «et realistisk håp» om at driften vil bedre kreditorenes stilling. Samtidig vil tilnærmingen innebære at domstolene generelt vil være tilbakeholdne med å stemple en «redningsaksjon» som kreditorskadelig. Dette vil i så fall innebære at domstolene ikke vil innlate seg på en fullstendig vurdering av om hensynet til verdimaksimering tilsa videre drift i det enkelte tilfellet.

⁶² Se Rt. 1982 s. 1232 på s. 1233. Det er mulig konkursboet i *Kjells Markiser* anførte at videre drift var kreditorskadelig, se Rt. 2001 s. 1136 på s. 1138. Dommens gjengivelse av boets anførsler er imidlertid tvetydig på dette punktet: Det skal ha blitt anført at «banken [...] nærmest [...] medvirket til uforsvarlig videre drift på [øvrige kreditorenes] bekostning». Samtidig skal boet ha presisert at «det [ikke] i seg selv var utilbørlig å yte lån til fortsatt drift, heller ikke at det var utilbørlig å fortsette driften gjennom sommersesongen».

⁶³ Rt. 1975 s. 198.

⁶⁴ Se Rt. 1991 s. 119 på s. 127 og HR-2017-2375-A avsnitt 37–38.

⁶⁵ HR-2017-2375-A avsnitt 42.

4.6 Oppsummering

Redegjørelsen ovenfor viser at Høyesterett gjerne vil komme til at en betaling er ekstraordinær eller utgjør utilbørlig kreditorbegunstigelse dersom skyldneren enten foretar betalingen etter å ha innstilt virksomheten sin eller lang tid etter forfall. Dette innebærer at likedelingsprinsippet tillegges større vekt enn hensynet til verdimaksimering i disse situasjonene. I andre situasjoner kan derimot hensynet til verdimaksimering veie tyngre enn likedelingsprinsippet. Høyesterett kommer lettere til at en betaling ikke er ekstraordinær eller utilbørlig dersom betalingen gjelder lån og annen kreditt ytt da skyldneren var kriserammet. Vurderingen som Høyesterett da foretar, utgjør en grov versjon av den hensynet til verdimaksimering legger opp til.

5. Bør hensynet til verdimaksimering tillegges mer eller mindre vekt?

5.1 Forholdet til lovteksten

I det følgende skal vi vurdere om hensynet til verdimaksimering bør gis mer eller mindre gjennomslag enn det hittil har fått gjennom at Høyesterett vektlegger redningsaksjonsmomentet ved vurderingen av om en betaling er ekstraordinær eller utgjør utilbørlig kreditorbegunstigelse.

En innsigelse mot å vektlegge redningsaksjonsmomentet, og dermed også indirekte hensynet til verdimaksimering, ved ordinærvurderingen etter § 5-5, er at det savner god forankring i lovteksten.⁶⁶ Ordlyden i § 5-5 tilsier at man skal vurdere om en betaling er *vanlig*. Selv om det er uvisst om det er vanligere for hardt pressede skyldnere å tilbakebetale banklån ytt i en redningsaksjon enn banklån som skriver seg fra tiden før krisen, tilsier *Kjells Markiser* at det skal mer til enn ellers for at en betaling av kriselån skal anses som ekstraordinær. Et slikt skille lar seg altså ikke forene med lovens ordlyd.

At Høyesteretts tilnærming ikke er noen nødvendig følge av lovens ordlyd, illustreres av en dansk høyesterettsdom (U 2010 3122H), hvor boet nådde frem med omstøtelseskrav etter den danske konkursloven § 67 (som tilsvarer § 5-5), til tross for at faktum delte fellestrekk med *Kjells Markiser*. Den omtvistede betalingen skjedde i forbindelse med en planlagt nedregulering av en kassekreditt etter at kredittrammen en periode hadde blitt utvidet grunnet skyldnerens anstrengte likviditet. Av særlig interesse fra Høyesteretts begrunnelse er følgende:

«Pr. 1. januar 2005 var trækket på kassekreditten ca. 1.118.000 kr., og det måtte efter udviklingen i de realiserede resultater sammenholdt med budgettet stå såvel selskabet som banken klart, at en nedbringelse af kreditten, med henblik på at det aftalte nedsatte maksimum pr. 1. januar 2005 på 700.000 kr. kunne overholdes, alene kunne ske ved, at selskabet undlod at betale andre kreditorers forfaldne fordringer. På denne baggrund fremtræder den væsentlige nedbringelse af kassekreditten, som fandt sted i tiden efter den 1. januar 2005, efter Højesterets opfattelse ikke som ordinær, selv om den skete i henhold til den tidligere indgåede aftale om nedsættelse af kredittens maksimum».⁶⁷

Betalingen ble altså ansett som ekstraordinær fordi den ble muliggjort ved at skyldneren unnlot å betale andre krav og betalingsmottakeren kjente til dette. Oppmerksomheten er med andre ord rettet mot situasjonen på betalingstidspunktet. Det synes som om Høyesteret anså det som irrelevant at betalingen knyttet seg til kreditt ytt fordi både skyldneren og bankforbindelsen gikk ut fra at

⁶⁶ Etter mitt syn rammer denne kritikken ikke vektleggingen av momentet i utilbørlighetsvurdering etter § 5-9.

⁶⁷ U 2010 3122H på s. 3134.

skyldnerens virksomhet ville overleve, slik underinstansen la til grunn i den påankede avgjørelsen.⁶⁸ Med en slik innfallsvinkel, er det lite rom for hensynet til verdimaksimering.

5.2 Forholdet til rammene for pantsettelse

Hensynet til verdimaksimering bygger på en forutsetning om at bedrifters tilgang til driftskritisk kreditt er betinget av at skyldneren kan tilby usikrede kreditorer prioritert betaling av kravene deres, og at betalingen ikke kan omstøtes ved en senere konkurs. Omstøtelsesregler som åpner for at skyldneren kan gi et slikt tilbud, kan kritiseres for å gi enkeltkreditorer fortrinnsrett til skyldnerens midler på siden av panterettens rammer. Reglene åpner for en omgåelse av forutsetningen om at skyldneren og enkeltkreditorer kun kan avtale at kreditorens krav skal ha fortrinnsrett til skyldnerens midler dersom det foreligger lovhjemmel for pantsettelse, og at panteretten må få rettsvern for å stå seg ved pantsetterens konkurs.

Man kan spørre hvorfor det i det hele tatt er relevant å drøfte grensene for omstøtelse av betaling av usikrede kriselån. Hvorfor stiller ikke skyldneren i stedet pant for kravene til långivere og andre som yter kreditt i en redningsaksjon? Etter gjeldende lære kan ikke betalinger omstøtes dersom gjelden er sikret med betryggende sikkerhet.⁶⁹

En långiver som finansierer et redningsforsøk, vil ønske seg fortrinn til inntekter som kommer til mens driften ennå holdes i gang. I den grad en kriserammet skyldner har frie midler å pantsette, vil de aktuelle panteobjektene da være kundefordringer og innskudd på sperret bankkonto. Skyldneren kan enkelt gi långivere sikkerhet over utestående kundefordringer gjennom et factoringpant, pant over «enkle pengekrav på vederlag for varer eller tjenester som [en næringsdrivende] har eller får i sin virksomhet eller i en særlig del av denne», jf. panteloven § 4-10. Så lenge pantsettelsen skjer før lånet utbetales, og rettsvernsakten – tinglysning i Løsøreregisteret – gjennomføres før eller umiddelbart etter utbetalingen, vil panteretten ikke være omstøtelig etter § 5-7.⁷⁰

Derimot er det mer uklart om långiveren kan sikres fortrinnsrett til midler som kommer inn på skyldnerens bankkonto. Bankinnskudd utgjør ikke krav på «vederlag for varer eller tjenester», og omfattes dermed ikke av et factoringpant. For å gi långiveren fortrinnsrett til disse midlene, må skyldneren derfor særskilt pantsette bankkontoen hvor kundefordringene innbetales. Dette er det adgang til, jf. panteloven § 4-4. Det er imidlertid usikkert om panthaver ved skyldnerens konkurs kan gjøre gjeldende panteretten for hele saldoen. Det er antatt at § 5-7 første ledd bokstav a hjemler omstøtelse av en slik panterett i den utstrekning innbetalinger som krediteres kontoen etter omstøtelsesfristens utgangspunkt, medfører at saldoen forøkes.⁷¹

Den nevnte omstøtelsesrisikoen forutsetter at § 5-7 kommer til anvendelse. I § 5-5 fjerde ledd slås det imidlertid fast at pantsettelse av enkle krav skal anses som betaling. Midler stående på bankkonto utgjør et enkelt krav mot banken, og bestemmelsens ordlyd tilsier altså at pantsettelse av kontoen skal regnes som en betaling, slik at omstøtelsesspørsmålet må bedømmes etter § 5-5 første ledd, og ikke § 5-7. Det er omstridt om § 5-5 fjerde ledd kan tas på ordet, i og med at bestemmelsens ordlyd favner langt videre enn hva forarbeidene begrunnelse tilsier.⁷² Hvis § 5-5 fjerde ledd skal tas på ordet, må en forøkelse av kontosaldoen i løpet av omstøtelsesfristen trolig likestilles med en betaling foretatt før

⁶⁸ U 2010 3122H på s. 3132.

⁶⁹ Andenæs 2009 s. 316, Nazarian 2012 s. 171.

⁷⁰ Andenæs 2009 s. 341; Jens Edvin Andreassen [Skoghøy], *Factoringpant* (Universitetsforlaget 1990) s. 425.

⁷¹ Thor Falkanger, «Sikkerhet i egen forpliktelse», *Lov og Rett*, 2020 s. 325–337 på s. 335–336. Om det generelle synspunktet om at pant i fremtidige formuesgoder som hovedregel først skal anses «stilt» når formuesgodet oppstår, se Andenæs 2009 s. 340–341 samt Brækhus 1970 s. 120–121 for tilsvarende spørsmål etter konkursloven 1863 § 45, forgjengeren til § 5-7. Motsatt: Huser 1992 s. 446–447.

⁷² Om de ulike synspunktene og forarbeidene begrunnelse, se Andenæs 2009 s. 315–316.

normal betalingstid, i alle fall så lenge kontoen, som forutsatt ovenfor, er sperret. Dette skyldes at pantsettelse av en sperret bankkonto kan sammenlignes med at skyldneren fortløpende bruker kontanter som driften innbringer, til å betale ned et lån før forfall. Slik betaling vil neppe kunne anses som ordinær. En panterett i skyldnerens bankkontoer gir dermed ikke fullgod sikkerhet for kreditorer som yter lån i en redningsaksjon, uavhengig av om adgangen til å omstøte pantsettelsen følger av §§ 5-5 eller 5-7.

Det fremstår som inkonsekvent at lovgivningen stenger for at bedrifter ved å stille kontopant kan gi kriselån fortrinnsrett til penger som kommer inn de siste tre månedene før fristdagen, samtidig som man ved praktiseringen av § 5-5 tolererer at de samme pengene benyttes til å prioritere betalingen av usikrede kriselån. Men dette blir altså resultatet dersom man gir hensynet til verdimaksimering gjennomslag ved ordinærvurderingen etter § 5-5, og § 5-7 ikke inneholder unntak. Dette utgjør et ytterligere argument mot vektleggingen av redningsaksjonsmomentet.

5.3 Hensynet til kreditorer som kommer til etter at kriselån ytes

Innvendingene i punkt 5.1 og 5.2 knytter seg til den norskrettslige konteksten redningsaksjonsmomentet, som delvis gjennomfører hensynet til verdimaksimering, inngår i. Det er altså ikke tale om allmenngyldig kritikk mot å la hensynet til verdimaksimering styre omstøtelsesadgangen, innvendingene er kontekstspesifikke.

Et hittil ubesvart spørsmål er dermed om det mer generelt er ønskelig med regler som kobler omstøtelsesadgangen til hensynet til verdimaksimering. Det kan kanskje fremstå som nærmest selvsagt at synspunktet i det minste bør legges til grunn som et *ideal* hvis man har interessene til skyldnerens kreditorer for øye. Slik hensynet til verdimaksimering ble forklart i punkt 3, skal betaling av lån og annen kreditt vernes mot omstøtelse når opptaket av den senere tilbakebetalte kreditten var i de øvrige kreditorenes interesse. Betalinger av kreditorskadelig kreditt skal alltid kunne omstøtes.

Ved nærmere ettersyn viser det seg at spørsmålet er mer komplisert enn som så. En implisitt forutsetning for resonnementet rundt hensynet til verdimaksimering, er at de øvrige kreditorene er de samme både når den aktuelle kreditten ytes og ved en eventuell senere konkursåpning. Dette gjør det mulig å behandle kreditorene som én gruppe med sammenfallende interesser. I praksis vil denne forutsetningen ofte ikke være oppfylt. Videre drift vil gjerne innebære at nye kreditorer kommer til. Disse nye kreditorene tjener ikke noe på at betalinger av kriselån går klar av omstøtelse ved en eventuell senere konkurs, siden kravene deres stiftes etter at lånet har blitt ytt. Dermed kan det oppstå situasjoner hvor hensynet til verdimaksimering, og dermed interessene til kreditorene som hadde utestående krav da kriselånet ble ytt, strider med hensynet til kreditorer som kommer til senere. Av plasshensyn skal vi ikke her gjøre noe forsøk på å løse denne interessekonflikten. Poenget i denne sammenhengen er å vise at hensynet til verdimaksimering ikke nødvendigvis gir en løsning som er til gunst for alle kreditorer som har kommet til ved en senere konkursåpning.

5.4 «Rule of law» eller «rule of reason»?

Selv om man skulle komme til at omstøtelsesreglene ideelt sett bør gi samme løsninger som hensynet til verdimaksimering tilsier, er det ikke gitt at dette idealet best ivaretas gjennom en regel som legger opp til at domstolene i enkelttilfellet skal prøve om kreditten som betalingen gjelder, var til de øvrige kreditorenes gunst da den ble tatt opp. En slik regel vil av flere grunner være vanskelig å praktisere.

Et problem knytter seg til den grunnleggende forutsetningen om at en potensiell långiver eller leverandør som vurderer å yte kreditt til en kriserammet bedrift, vil legge avgjørende vekt på om en senere betaling vil være unntatt fra omstøtelse. Hensynet til verdimaksimering gir kun grunn til å fritta betalinger fra omstøtelse dersom et slikt fritak var en forutsetning for at kreditten ble ytt. Man kan ikke

gå ut fra at det alltid er tilfelle. For det første vil kreditorer som ikke er nærstående, aldri kunne være helt sikre på at skyldneren prioriterer betaling av akkurat deres krav. Dette svekker den kredittskapende virkningen av å la en eventuell betaling gå klar av omstøtelse. For det andre kan viljen til å yte kreditt også skyldes at kreditoren allerede har en særskilt interesse i at skyldneren kommer seg på fote igjen. Långiveren kan være en bank som har store utestående krav mot skyldneren og yter et tilleggslån i håp om at videre drift vil gjøre skyldneren i stand til å betale det opprinnelige lånet. I andre tilfeller kan långiveren være en eneaksjonær hvis aksjebeholdning vil bli fullstendig verdiløs ved konkurs. Det forekommer også at eneaksjonærer (real-)kausjonerer for selskapets banklån, og dermed har et særskilt insentiv til å hjelpe selskapet ut av problemene: Hvis utfallet blir konkurs, kan familieboligen ryke. For det tredje kan det tenkes at den aktuelle långiveren antar at boet uansett ikke vil ha midler til å forfølge et eventuelt omstøtelseskrav, og derfor er likegyldig til om betalingen vil være omstøtelig. Men når boet senere fremmer et omstøtelseskrav, vil betalingsmottakeren i alle de ovennevnte tilfellene ha et klart insentiv til å hevde at fritak fra omstøtelse var en nødvendig forutsetning for at kreditten ble ytt. Det vil være vanskelig å motbevise en slik påstand.

Det er også vanskelig å vurdere om et kredittopptak for å sikre videre drift er i de øvrige kreditorenes interesse. Strengt tatt forutsetter en slik vurdering at det er mulig å beregne forventningsverdien av kravene deres gitt henholdsvis umiddelbar konkursåpning og videre drift, se punkt 3. Dette forutsetter igjen at man anslår hvor sannsynlig ulike utfall vil være gitt videre drift, noe som nødvendigvis vil innebære gjetting. Man kan heller ikke gå ut fra at ethvert forsøk på å redde et nær insolvent selskap fra konkurs er i de øvrige kreditorenes interesse. En selskapsledelse som kun opptrer med aksjonærenes umiddelbare interesser for øye, vil ha et insentiv til å «gamble» på kreditorenes regning når selskapet er nær insolvens.⁷³ Dersom veddemålet lykkes, deles oppsiden mellom aksjonærene og kreditorene. Nedsiden bærer derimot kreditorene alene, i og med at egenkapitalen allerede er tapt.

Følgene av å la omstøtelsesadgangen avhenge av en rendyrket verdimaksimeringsvurdering, vil trolig avhenge av domstolenes vilje til å overprøve skyldnerens vurderinger. Hvis etterpåkloke domstoler går langt i å prøve skyldnerens påstand om at videre drift fremsto som alternativet som best tjente de øvrige kreditorenes interesser, er det fare for at domstolene slår ned på ønskelige redningsforsøk. Dette kan bidra til usikkerhet om betalinger står seg i konkurs, hvilket igjen gjør långivere og leverandører mindre villige til å yte kreditt til virksomheter hvis fremtidige drift trolig vil være lønnsom.

Redegjørelsen i punkt 4.5 tilsier at Høyesterett vil være tilbakeholden med å overprøve skyldnerens forretningsskjønn. Slik tilbakeholdenhet vil også kunne gi utilfredsstillende utslag. I ytterste konsekvens vil kravet om at kredittopptaket og den senere betalingen var i tråd med hensynet til verdimaksimering, reduseres til et prosessuelt krav: Betalinger foretatt av et insolvent aksjeselskap går klar av omstøtelse dersom betalingsmottakeren godtgjør at skyldnerens ledelse anså kredittopptaket for å være i de øvrige kreditorenes interesse. En slik rettstilstand vil muliggjøre videre drift av ulønnsomme virksomheter gjennom kortsiktige lån som tilbakebetales rett før en senere konkursåpning. Hensynet til de øvrige kreditorene tilsier at videre drift bør motvirkes i slike tilfeller.

Påpekningen av at det i praksis er nær umulig å gjennomføre verdimaksimeringsvurderingen, reiser spørsmålet om alternative regler vil kunne tjene hensynet til verdimaksimering bedre enn dagens regler. Jeg mener at svaret er ja. I det følgende presenterer jeg noen tanker om hvordan slike regler kan se ut. Vurderingene bygger på en forutsetning om at det er ønskelig med regler som i stor grad gir samme utfall som det hensynet til verdimaksimering tilsier.

⁷³ Se Mokal 2005 s. 307 og Reinier Kraakman m.fl., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 3. utg. (Oxford University Press 2017) s. 114.

Omstøtelsesreglene bør i størst mulig grad være enkle å praktisere. Derfor bør man unngå rettsregler som fordrer at domstolene må foreta usikre prognoser, og heller utforme mer firkantede regler som i rimelig grad oppnår den underliggende målsetningen.⁷⁴ Man aksepterer med andre ord at flere eller færre betalinger kan omstøtes enn hva hensynet til verdimaksimering tilsier i enkelttilfellet. På sett og vis er dette noe av tanken som ligger til grunn for at § 5-5 åpner for «objektiv» omstøtelse av kongruente betalinger. Men når ordinærvurderingen i praksis har endt opp med å sammenfalle med utilbørighetsvurderingen, oppnås ikke dette formålet.

Det aller enkleste ville være å oppstille en regel som benytter ett kriterium for å avgrense omstøtelsesadgangen. Man må i så fall utpeke et observerbart forhold som skal tjene som en «proxy» for at skyldnerens kredittopptak er i de øvrige kreditorenes interesse. Omstøtelsesregelen må så benytte nærvær av det aktuelle forholdet som vilkår for at en senere betaling ikke kan omstøtes.

Spørsmålet er imidlertid hvilke observerbare forhold som med en rimelig grad av treffsikkerhet skiller redningsforsøk som er i øvrige kreditorenes interesse, fra andre forsøk på videre drift. Det fremstår umiddelbart som om at det ikke finnes forhold som er egnet til dette formålet. Dette er nok grunnen til at lovgivning på andre områder hvor det står sentralt å skille mellom bedrifter som er levedyktige, og de som ikke er det, ikke inneholder bestemmelser som søker å definere når en bedrift er levedyktig. Selv om forarbeidene til den midlertidige rekonstruksjonsloven gir uttrykk for at rekonstruksjonsforhandlinger bør være forbeholdt levedyktige bedrifter,⁷⁵ inneholder ikke loven noen «firkantede» vilkår som tar sikte på å nekte bedrifter som ikke har livets rett, adgang til rekonstruksjonsforhandlinger. Det kan også vises til lov om statlig garantiordning for lån til små og mellomstore bedrifter, som fastsetter rammene for den statlige garantien for banklån ytt til bedrifter som har fått likviditetsproblemer som en følge av utbruddet av covid-19. Statsgarantien gjelder kun lån til «bedrifter som forventes å være lønnsomme under normale markedsforhold» (§ 3 annet ledd). Loven definerer ikke når dette vilkåret er oppfylt, noe som ifølge forarbeidene skyldes at «[e]t slikt vilkår kan vanskelig operasjonaliseres i en konkret etterprøvable regel».⁷⁶ Finansdepartementet har i forskriften til loven presisert at lønnsomhetsvilkåret er «oppfylt når et finansforetak innvilger lån til en bedrift under garantiordningen».⁷⁷ Dette innebærer nok at vilkåret kun eksisterer på papiret.

Hvis det ikke er mulig å lage en tilfredsstillende regel som består av ett vilkår, er et alternativ å oppstille en hovedregel om at kongruente gjeldsbetalinger som skyldneren foretar på et tidspunkt konkursskyldnere typisk vil være insolvente, og som overstiger en viss minsteterskel (som gjerne kan kvantifiseres), skal kunne omstøtes med mindre vilkårene for nærmere definerte unntak er oppfylt. Et første unntak kan gjelde betaling av driftsnødvendige varer og tjenester, samt skatt- og avgiftskrav, forutsatt at (i) betalingen foretas innen n antall (f.eks. 45) dager fra tidspunktet kreditoren tidligst hadde rett til å kreve betaling og (ii) betalingen ikke skjer etter fristdagen eller etter at skyldneren har besluttet å innstille virksomheten sin. Bakgrunnen for dette unntaket, er en antagelse om at leverandører typisk ikke vil ha forutsetninger for å vurdere om kundebedrifter som opplever likviditetsproblemer, er levedyktige eller ikke. For å sikre at faren for omstøtelse ikke får leverandører til å kreve kontant betaling så fort en kunde viser det minste tegn til problemer, bør betaling av leverandørkreditt i de fleste tilfeller unntas fra omstøtelse. Likedelingsprinsippet bør imidlertid gis forrang i situasjoner hvor konkurs fremstår som nært forestående. Dette tilsier at unntaket ikke omfatter betalinger som skjer lang tid etter forfall eller etter at virksomheten har blitt innstilt.

⁷⁴ Thomas H. Jackson, «Avoiding Powers in Bankruptcy», *Stanford Law Review*, 1984 s. 725–787 på s. 765.

Jacksons artikkel knytter seg til de amerikanske omstøtelsesreglene, men poenget formuleres generelt.

⁷⁵ Prop. 75 L (2019–2020) s. 12.

⁷⁶ Prop. 58 LS (2019–2020) s. 16.

⁷⁷ Forskrift til lov om statlig garantiordning for lån til små og mellomstore bedrifter § 4 annet ledd.

Et annet unntak kan omfatte betalinger som medfører at skyldneren mottar fordeler som minst tilsvarer det betalte beløpet, for eksempel at skyldneren mottar ny leverandørkreditt eller at betalingen motsvares av en frigjøring av trekkramme på skyldnerens kassekreditt. Som redegjort for i punkt 3, er det ikke noen motsetning mellom likedelingsprinsippet og slike betalinger.

Hvordan man skal behandle betalinger av kriselån, byr på større utfordringer. Ideelt sett vil man unnta betaling av slike lån fra omstøtelse når hensynet til verdimaksimering tilsier dette, og ramme øvrige betalinger. Som nevnt ovenfor, vil det nok være vanskelig å finne et etterprøvbart kriterium for når dette hensynet tilsier at betalingen går klar av omstøtelse. I stedet for å utforme et unntak som søker å gi lignende utslag som det hensynet tilsier, kan man tenke seg særtilpasninger i *rettsvirkningene* av omstøtelse av slike betalinger. Man kan hente inspirasjon fra lov om statlig garantiordning for lån til små og mellomstore bedrifter. Som nevnt har Finansdepartementet gjennom forskrift i praksis satt et pennestrøk over regelen om at lån kun omfattes av garantiordningen dersom låntaker ville vært lønnsom under normale markedsforhold. Man vil kanskje umiddelbart tenke at banker dermed kan «kaste penger» etter alle bedrifter, uavhengig av om det antas at de ville ha vært lønnsomme dersom det aldri forekom noe utbrudd av covid-19 i Norge. Imidlertid må man ta i betraktning at statsgarantien kun gjelder 90 % av et eventuelt utlånstap, se lovens § 4.⁷⁸ Bankene har dermed en egeninteresse i å ikke yte garanterte lån til bedrifter uten livets rett, i og med at de vil måtte bære en «egenandel» av tapet dersom bedriften senere går konkurs. Man kan muligens oppnå en lignende virkning ved å la betaling av hovedstol og renter på nye lån som ytes innen en viss periode før konkursåpning (f.eks. ett år) være omstøtelig i henhold til den ovenfor skisserte regelen, men begrense boets omstøtelseskrav til en prosentandel av betalingen. For å sikre at långivere ikke kompenseres for den økte risikoen ved å betinge seg høyere renter, bør det slås fast at begrensningen i boets omstøtelseskrav kun gjelder lån med en rente under et visst nivå.

Ved siden av den ovenfor skisserte objektive omstøtelsesregelen bør det gjelde en generell omstøtelsesregel for å fange opp tilfeller av betaling av klart kreditorskadelig kreditt. Ordlyden i dagens § 5-9 er her formålstjenlig. Det bør imidlertid presiseres at betalinger som er unntatt fra den objektive omstøtelsesregelen, ikke skal anses som utilbørlig kreditorbegunstigelse bortsett fra i helt ekstraordinære tilfeller.

6. Konklusjon

Artikkelen har søkt å belyse to problemstillinger. Den første gjelder hvordan Høyesterett ved vurderingen av om en kongruent betaling omfattes av ordinær- og utilbørligkriteriene i dekningsloven §§ 5-5 og 5-9, vektet hensynene til ivaretagelse av likedelingsprinsippet og hensynet til verdimaksimering. Artikkelen viser at likedelingsprinsippet i visse tilfeller trumfer motstridende hensyn. Betaling av kreditt vil trolig anses som ekstraordinær eller utilbørlig dersom skyldneren enten foretar betalingen etter å ha innstilt virksomheten sin eller lang tid etter forfall. Men hensynet til verdimaksimering gis forrang i andre sammenhenger. Høyesterett kommer lettere til at en betaling ikke er ekstraordinær eller utilbørlig dersom betalingen gjelder lån og annen kreditt ytt da skyldneren var kriserammet (redningsaksjonsmomentet). Ved å vektlegge redningsaksjonsmomentet anvender Høyesterett en grov versjon av hensynet til verdimaksimering. Disse funnene er interessante av flere grunner. For det første gir de et bidrag til praktisk rettsanvendelse. Praksisen rundt ordinær- og utilbørlighetskriteriene har til tider fremstått som svært konkret begrunnet og vanskelig tilgjengelig. Tydeliggjøringen av sammenhengen mellom hensynet til verdimaksimering og praksisen rundt redningsaksjonsmomentet, gir domstolene dekning for å oppstille et klarere kriterium for når

⁷⁸ Prop. 58 LS (2019–2020) s. 16.

betalinger er ekstraordinære eller utilbørlige. For det andre avdekker koblingen mellom hensynet til verdimaksimering og dommer som *Kjells Markiser*, *Ruud & Ziener* og *Palonen*, hvilke forutsetninger som tilsynelatende ligger til grunn når likedelingsprinsippet ikke anses som tungtveiende nok til å forsvare omstøtelse.

De ovennevnte funnene bereder grunnen for vurderingen av artikkelens andre problemstilling: Bør hensynet til verdimaksimering vektas annerledes hva som hittil har vært tilfellet? Artikkelen konkluderer med at dette hensynet bør spille en mindre direkte rolle i rettsanvendelsen enn det som hittil har vært tilfelle. For det første kan gjennomslaget som hensynet til verdimaksimering har fått gjennom redningsaksjonsmomentet, kritiseres ut fra forholdet til andre rettskilder og andre regler. For det andre gjør mer generell kritikk seg gjeldende. Selv om man mener at hensynet til verdimaksimering er et godt ideal, er det dårlig egnet som rettslig vurderingstema. Vurderingen krever at domstolene tallfester verdien av øvrige kreditorers krav i ulike scenarioer, noe som i praksis vil innebære store innslag av gjetting. Det er derfor bedre å benytte kriterier som ofte, men ikke alltid, gir samme løsning som hensynet til verdimaksimering tilsier. Artikkelen skisserer hvordan slike regler kan se ut.