

## HR-1999-4-B – Rt-1999-64

---

<b>INSTANS:</b>	Høyesterett – Dom.
<b>DATO:</b>	1999-01-22
<b>DOKNR/PUBLISERT:</b>	HR-1999-4-B – Rt-1999-64
<b>STIKKORD:</b>	Konkurs. Omstøtelse.
<b>SAMMENDRAG:</b>	Krav om omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 førte ikke frem. Et betydelig gjeldskrav var blitt betalt ved refinansiering av debitor ved låneopptak i bank. Det opprinnelige gjeldskrav var usikret, mens banken fikk factoringpant for ethvert mellomværende, også for lånet som avløste nevnte gjeldskrav. Det ble lagt til grunn at den sikkerhet som ble stilt, ikke hadde hatt særlig betydning for konkursskyldnerens betalingsevne. Særbemerkninger fra en dommer. Dommen inneholder uttalelser om forståelsen av solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 annet ledd, jfr. konkursloven § 61.
<b>SAKSGANG:</b>	Frostating lagmannsrett LF-1997-765 A – Høyesterett HR-1999-4-B, nr 170/1998.
<b>PARTER:</b>	Teamcon AS, dets konkursbo (Advokat Thorvald O Myhre – til prøve) mot Janas AS (Advokat Per Norvald Sperre).
<b>FORFATTER:</b>	Gjølstad, Oftedal Broch, Coward, Matningsdal og Bugge.

---

*Dommer Gjølstad:* Saken gjelder omstøtelse etter dekningsloven § 5-5.

Teamcon AS ble stiftet 20 oktober 1992. Selskapet overtok den virksomhet med salg av ingeniørtjenester til oljeindustrien som et annet selskap, Teamco AS, tidligere hadde drevet. Ved kontrakt 23 oktober 1992 overdro Teamco rettigheter, inventar og utstyr til Teamcon for 1.700.000 kroner.

Etter avtalen skulle kjøpesummen nedbetales over fire år med like avdrag. Teamcon AS betalte ikke avdrag verken i 1993 eller 1994. Ved årsskiftet 1994/95 var dermed 850.000 kroner i forfalte avdrag ikke betalt.

Den 3 mars 1995 betalte Teamcon til Janas AS – tidligere Teamco AS – 1.898 333 kroner. Betalingen gjaldt oppgjør etter kontrakten av 23 oktober 1992 og omfattet hovedstolen med tillegg av renter for 1994 og 1995. Oppgjøret skjedde ved at Teamcon tok opp et lån på 1.700.000 kroner i Sparebanken Møre og dessuten trakk på innvilget kassakreditt på 500.000 kroner i banken. Banken fikk samtidig factoringpant for 1.500.000 kroner i Teamcons fordringer. Janas stilte dessuten en selvskyldnerkausjon på 1.000.000 kroner.

Etter oppbud ble Teamcon tatt under konkursbehandling 13 februar 1996. Konkursboet mente at betalingen til Janas 3 mars 1995 var omstøtelig som ekstraordinær betaling, jf dekningsloven § 5-5. Som grunnlag ble påberopt at betaling var skjedd før normal betalingstid og at betalingen betydelig forringet skyldnerens økonomi. Konkursboets krav overfor Janas har for de tidligere retter utgjort 898 333 kroner etter fradrag for 1.000.000 kroner som Janas etter konkursen dekket overfor banken i henhold til garantien.

Twisten ble behandlet i Ålesund forliksråd som i dom 15 oktober

Side 65

1996 tok kravet om omstøtelse til følge. Saken ble deretter brakt inn for Sunnmøre herredsrett som 17 juni 1997 avsa dom med slik domsslutning:

"1. Janas AS frifinnes.

2. Partene bærer egne omkostninger for forlikrådet og herredsretten."

Konkursboet påanket dommen til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten avsa 12 februar 1998 avsa dom med denne domsslutning:

"1. Herredsrettens dom, domsslutningens punkt 1, stadfestes.

2. Teamcon AS dets konkursbo dømmes til å betale Janas AS saksomkostninger for herredsrett og lagmannsrett med til sammen 70.670 – syttitusensekshundreogsytti – kroner innen 2 – to – uker etter forkynnelsen av nærværende dom."

Det er enighet om at betalingen 3 mars 1995 på grunn av sammenfallende eierinteresser skjedde til "nærstående", jf dekningsloven § 1-5 nr 3, slik at det etter dekningsloven § 5-5 annet ledd gjelder en utvidet frist for omstøtelse på to år før frisdagen, dersom det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da betalingen skjedde. Så vel herredsretten som lagmannsretten la til grunn at Teamcon var likvid og utvilsomt solvent da betalingen fant sted. Betalingen ble foretatt tidligere enn tre måneder før frisdagen, og kunne da ikke omstøtes etter § 5-5. Lagmannsretten tilføyde at betalingen av hovedstolen under ingen omstendighet kunne rammes av § 5-5 første ledd.

Konkursboet har påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder lovanvendelsen og bevisbedømmelsen. I anken ble subsidiært krevd omstøtelse på subjektivt grunnlag etter dekningsloven § 5-9. Når det gjelder omstøtelse etter § 5-9, er anken nektet fremmet av Høyesteretts kjæremålsutvalg, slik at saken – som for de tidligere retter – bare gjelder § 5-5. Boet har for Høyesterett ikke opprettholdt anførselen om at betalingen rammes av alternativet i første ledd om betaling før normal betalingstid. Videre er omstøtelseskravet begrenset til hovedstolen. Rentedelen kreves ikke omstøtt.

Den ankende part – Teamcon AS, dets konkursbo – har for Høyesterett i hovedtrekk gjort gjeldende:

Betalingen må omstøtes etter dekningsloven § 5-5 annet ledd jf første ledd.

Betaling skjedde mindre enn to år før frisdagen. Selv om man legger til grunn at solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 annet ledd i utgangspunktet er det samme som i konkursloven § 61, er det ikke bevist at selskapet var utvilsomt solvent da betaling skjedde. Ved bedømmelsen av selskapets likviditet kan man ikke begrense seg til situasjonen ved betalingen og de påfølgende månedene, slik de tidligere retter har gjort. Vurderingen må skje på lengre sikt. Det må legges til grunn at det ikke ville ha gått lang tid før selskapet ikke ville være i stand til å dekke sine forpliktelser, antagelig ville dette ha inntrådt tidlig i 1997. Styret hadde et håp om at inntektene ville øke betraktelig, men dette er åpenbart ikke tilstrekkelig til å tilfredsstille lovens krav. I "utvilsomt solvent" ligger at det må kreves en betydelig sannsynlighetsovervekt

Side 66

for at skyldneren var solvent for å unngå omstøtelse. Mottageren har her bevisbyrden.

Teamcon var insuffisient. Hvis man er insuffisient, er man aldri "utvilsomt solvent", jf Huser, Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 side 158 flg. Også av denne grunn får den utvidede frist i dekningsloven § 5-5 annet ledd anvendelse.

Tap for boet er ikke noe vilkår for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5, jf også Ot.prp.nr.26 (1998-99) side 153 -154.

Ved betalingen til Janas ble betalingsevnen til Teamcon betydelig forringet. Avgjørende er sikkerhetsstillelsen overfor banken i forbindelse med låneopptaket. Kravet til Janas var usikret. Ved betalingen ble det konvertert i et krav fra banken. Banken fikk tinglyst factoringpant for 1.500.000 kroner for ethvert tilgodehavende fra Teamcon. Gjennom arrangementet ble det således stilt sikkerhet for gjeld som tidligere var usikret. Konverteringen innebar riktignok en rentebesparelse, men den var beskjeden. Avdragsfriheten de første to årene kan ikke tillegges betydning da det ikke er grunn til å tro at avdrag på fordringen ville ha blitt krevet dersom konverteringen ikke hadde skjedd.

Også om man legger avgjørende vekt på beløpets størrelse jevnført med debtors tilgjengelige aktiver på betalingstidspunktet, er vilkåret om at betalingen betydelig må ha forringet debtors betalingsevne oppfylt.

Betalingen var ikke ordinær etter forholdene. Det dreide seg dels om betaling av for lengst forfalt gjeld og dels om betaling av uforfalt gjeld. I realiteten ble det stilt sikkerhet for eldre gjeld. Selskapets

økonomiske situasjon ga ikke grunnlag for å gjøre opp gjelden på dette tidspunkt. Betalingen hadde preg av at Janas skulle sikres oppgjør før det ble for sent.

Omstøtelseskravet må tas til følge med 700.000 kroner som er berikelsen for Janas, jf dekningsloven § 5-11. Det gjelder ingen tapsbegrensning etter norsk rett.

Teamcon AS, dets konkursbo, har nedlagt slik påstand:

- "1. Janas AS dømmes til å betale til Teamcon AS, dets konkursbo et beløp oppad begrenset til kr 700.000 med tillegg av 12% rente p.a. fra 14.7.1996 til betaling finner sted.
2. Janas AS tilpliktes å betale saksomkostninger for Høyesterett, lagmannsrett, byrett og forliksråd."

Ankemotparten – Janas AS – har for Høyesterett i hovedtrekk gjort gjeldende:

Solvensbegrepet i dekningsloven § 5-5 annet ledd skal forstås på samme måte som i konkursloven § 61. Janas har ført bevis for at Teamcon var utvilsomt solvent da betalingen fant sted. Det sentrale her er, som de tidligere retter har lagt til grunn, at Teamcon var likvid helt frem til konkursåpningen. For et selskap som betaler sine forpliktelser etter hvert som de forfaller, er det ikke plass for noen vurdering av likviditeten i et fremtidig tidsperspektiv. Iallfall kan man ikke trekke tidsperspektivet langt. Ellers vil det være umulig å bevise at et selskap er utvilsomt solvent.

Betalingen førte ikke til at Teamcons betalingsevne ble betydelig

Side 67

forninget. Dels ligger det i dette omstøtelsesgrunnlag en tapsbegrensning, dels er det spørsmål om betalingen reduserte skyldnerens frihet til å gjøre opp overfor sine kreditorer. Konverteringen av gjelden innebar at Teamcon fikk store fordeler i form av lavere rente og utsatt betaling av avdrag. Utvidelsen av factoringpantet hadde liten betydning. Den ville først få betydning i en konkurssituasjon, og vurderingen av om Teamcons betalingsevne ble forringet må bygge på en forutsetning om fortsatt drift.

Betalingen var et ordinært oppgjør etter overdragelse av virksomhet. I slike refinansieringssituasjoner vil det kunne være både for lengst forfalt og ennå uforfalt gjeld som betales. Heller ikke utvidelsen av sikkerheten kunne føre til at betalingen ikke fremtrådte som ordinær. Det var en fornuftig transaksjon, som det var tatt skritt til å få gjennomført allerede i januar 1994, og det er ikke grunnlag for å hevde at situasjonen for selskapet var usikker da betalingen skjedde.

Under ingen omstendighet har Janas fått noen berikelse. Også uten refinansieringen ville Janas ha sørget for å få inn sitt tilgodehavende. Iallfall er boets tap en øvre grense for hva som kan kreves.

Janas AS har nedlagt slik påstand:

- "1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. Janas AS tilkjennes saksomkostninger for Høyesterett."

Mitt syn på saken:

Jeg finner at anken ikke kan føre frem.

Dekningsloven § 5-5 første og annet ledd lyder:

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

Er betaling som nevnt i første ledd skjedd til skyldnerens nærstående, kan den også omstøtes når den er foretatt tidligere, men senere enn to år før fristdagen dersom det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da betalingen skjedde."

Omstøtelseskravet bygger på alternativet betaling "med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne". Det beløp som ble betalt til Janas var betydelig. Men det som skjedde, var at Teamcon avvirket sitt gjeldsansvar overfor Janas, som ble avløst av en tilsvarende gjeldspost til Sparebanken Møre. Med sikte på vurderingen av om Teamcons betalingsevne ble betydelig forringet ved betalingen, må det foretas en sammenligning av den økonomiske situasjon for selskapet før og etter betalingen.

De avtalte betingelser i forbindelse med overtagelsen av aktiva var ifølge punkt 2 i avtalen av 23 oktober 1992 mellom Teamco og Teamcon:

"Kjøpesummen er kr 1700000,- som også inkluderer goodwill.

Side 68

Betaling av kjøpesummen skjer over 4 år regnet fra overtagelsesdato. Teamcon AS skal dog ha rett til å nedbetale kjøpesummen på kortere tid. Det skal betales 12,5% rente pro anno årlig etterskuddsvis av det til enhver tid utestående beløp. Renten forfaller til betaling 2 ganger hvert år henholdsvis den 30.06 og den 30.12, første gang 30.06.1993. Avdrag betales halvårsvis med like store beløp på kr 212500,-. Første gangs betaling av avdraget er 30.06.93 og siste gang 30.06.1997."

Det er enighet mellom partene om at den siste dato er feil; det siste avdrag skulle betales 30 desember 1996.

Avtalen ble ikke gjennomført etter sin ordlyd. Det ble betalt renter for 1993 med 170.000 kroner etter en rentesats på 10%. Avdrag ble ikke betalt. En av årsakene var at selskapet forventet nye kontrakter der man kunne ha behov for økt driftskapital i starten.

Teamcon hadde fra etableringstidspunktet kassakreditt i AS Bergen Skillingsbank på 300.000 kroner. Den ble hevet til 900.000 kroner i 1993. Kassakreditten var sikret med factoringpant. Selskapet ønsket å skifte bankforbindelse og refinansiere gjelden fra stiftelsen. Dette ble tatt opp i møte med Sparebanken Møre allerede 25 januar 1994. Det resulterte i at Teamcon 3 mars 1995 opptok lån i banken på 1.700.000 kroner. Selskapet fikk samtidig en kassakreditt med limit 500.000 kroner. Som sikkerhet ble stilt tinglyst factoringpant på 1.500.000 kroner og selvskyldnerkausjon fra Janas på 1.000.000 kroner. Factoringpantet og kausjonen tjente til sikkerhet for ethvert mellomværende mellom Teamcon og banken. Kassakreditten og det tilhørende factoringpant i AS Bergen Skillingsbank bortfalt samtidig.

Jeg legger til grunn at refinansieringen medførte betydelige fordeler for Teamcon i form av reduserte renteutgifter, to års avdragsfrihet og generell forskyving av avdrag. Vurderingen må etter mitt syn bygge på de vilkår som gjaldt etter avtalen av 23 oktober 1992, som var bindende for Teamcon. At avtalen i starten ikke ble gjennomført etter sin ordlyd, innebar ingen frafallelse fra Janas og kan ikke tillegges betydning. Partene er enige om at Teamcons rentebesparelse over 5 år ved å oppta lånet i banken til innfrielse av selgerkreditten utgjør ca 200.000 kroner når man legger den avtalte rente på 12,5% til grunn. Avdragstiden i avtalen med Teamco løp frem til utløpet av 1996. I henhold til lånetilsagnet fra Sparebanken Møre var de to første årene avdragsfrie og avdragstiden løp frem til mars år 2000. Samlet avdragstid var 3 år og 2 måneder lengre enn etter avtalen av 23 oktober 1992.

Spørsmålet i saken er særlig hvilken betydning den endring som skjedde ved sikkerhetsstillelsen i forbindelse med refinansieringen skal tillegges. Janas' tilgodehavende var usikret. Som nevnt, var det stilt factoringpant til Bergen Skillingsbank for kassakreditt på 900.000 kroner. Etter refinansieringen fikk Sparebanken Møre factoringpant for 1.500.000 kroner for ethvert mellomværende, også for lånet som avløste gjelden til Janas. Det var en økonomisk realitet i dette. Teamcon hadde i slutten av februar 1995 omløpsmidler på rundt 1.400 000 kroner. Boet har anført at den endring som her skjedde ved at Teamcos krav var usikret, mens det ved refinansieringen ble gitt sikkerhet for kravet, innebar en forringelse av Teamcons betalingsevne.

Det avgjørende etter det aktuelle alternativet i dekningsloven § 5-5

Side 69

første ledd er om betalingen har skjedd med beløp som betydelig forringet skyldnerens "betalingsevne". I teorien er innholdet i bestemmelsen utlagt slik at det siktes til reduksjonen av skyldnerens beslagbare formuesgoder, se Andenæs, Konkurs, side 214 og Huser Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3, side 312. Med sikte på vår problemstilling – utvidet sikkerhet ved refinansiering – peker jeg på at bestemmelsen er utformet annerledes enn bestemmelsen i dekningsloven § 5-9, hvor det blant annet er spørsmål om en disposisjon "unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem". Etter § 5-5 er det skyldnerens betalingsevne – likviditet – som er det sentrale. Bestemmelsen viser ikke direkte til kreditorenes dekningsmuligheter ved en fremtidig konkurs. Jeg legger imidlertid til grunn at en sikkerhetsstillelse etter omstendighetene vil kunne påvirke en

skyldners betalingsevne. Ved likviditetsbehov vil muligheten for å stille sikkerhet i frie aktiva kunne være avgjørende. Tidligere sikkerhetsstillelser vil begrense dette og derigjennom betalingsevnen. Jeg viser for øvrig til drøftelsen av kriteriet "betydelig forringelse av debtors betalingsevne" i Rt-1995-222, førstvoterendes bemerkninger side 227.

Men ved den konkrete bedømmelse i den foreliggende sak viser jeg til at Teamcon drev en virksomhet som etter sin art ikke var spesielt kapitalkrevende, at selskapet hadde god likviditet og betalte sine forpliktelser ettersom de forfalt helt frem til konkursen. I det hele tatt er det vanskelig å se at den sikkerhet som ble stilt overfor Sparebanken Møre har hatt særlig betydning for betalingsevnen til Teamcon.

Når de økonomiske virkninger av refinansieringen ses som en helhet, er det min konklusjon at betalingen til Janas ikke har forringet selskapets betalingsevne betydelig. Omstøtelseskravet kan da ikke føre frem.

For de tidligere retter har tvisten i første rekke angått forståelsen av dekningsloven § 5-5 annet ledd, særlig solvensbegrepet i annet ledd. Boets prosedyre for Høyesterett er lagt opp noe annerledes enn for de tidligere retter. Om forståelsen av bestemmelsen finner jeg på bakgrunn av prosedyren og de tidligere dommer grunn til å bemerke:

Solvensbegrepet i § 5-5 annet ledd er i prinsippet det samme som i konkursloven § 61. Jeg viser til legaldefinisjonen i konkursloven § 61 med likviditets-elementet og suffisiens-elementet. Insolvens forutsetter at skyldneren er illikvid og insuffisient, og motsatt vil en skyldner – i utgangspunktet – være solvent dersom han er enten likvid eller suffisient. Men – og det er viktig – bestemmelsene er utformet forskjellig, og det får betydning ved anvendelsen. Jeg viser til det som er uttalt i forarbeidene til dekningsloven § 5-2, som § 5-5 annet ledd bygger på, jf Ot.prp.nr.50 (1980-81) side 162 :

"I konkurslovutvalgets utkast er bevisemaet i den omvendte bevisbyrderegulering formet slik at omstøting kan skje "hvis det ikke bevises at skyldneren verken var eller ble insolvent da gaven ble fullbyrdet". Som påpekt kan det imidlertid etter omstendighetene være vanskelig nøyaktig å fastslå hvor grensen solvens/insolvens går. For å gjøre avgjørelsesemaet noe enklere, og samtidig begrense betenkelighetene ved den foreslåtte oppmyking, har departementet skjerpet regelen noe, slik at omstøting kan skje "om det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da gaven ble fullbyrdet"."

Side 70

Slik § 5-5 annet ledd er utformet, stilles det krav til styrken av bevis for solvens, og da vil også arten av det bevis som føres kunne ha betydning. Det skal være "utvilsomt" at skyldneren var solvent etter betalingen, og mottageren har bevisbyrden for dette. Solvensvurderingen kan ikke begrenses til tidspunktet for betalingen. Det må også vurderes om skyldneren innenfor et tidsrom som man med rimelighet kan bedømme, vil kunne betale sine forpliktelser etter hvert som de forfaller.

Ut fra min konklusjon foran behøver jeg ikke ta standpunkt til om det er ført bevis for at Teamcon i denne forstand fortsatt var utvilsomt solvent etter betalingen.

Lagmannsrettens dom blir etter dette å stadfeste, idet jeg også er enig i lagmannsrettens omkostningsavgjørelse.

Anken har ikke ført frem, og jeg finner at den ankende part må tilpliktes å erstatte ankemotpartens saksomkostninger også for Høyesterett, jf tvistemålsloven § 180 første ledd. Omkostningene er oppgitt til 87.960 kroner, hvorav 13.960 kroner er utgifter. Jeg legger omkostningsoppgaven til grunn.

Jeg stemmer etter dette for denne dom:

1. Lagmannsrettens dom stadfestes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Teamcon AS, dets konkursbo, til Janas AS 87.960 – åttisjutusennihundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

*Dommer Oftedal Broch:* Jeg deler ikke førstvoterendes forståelse av hva som ligger i skyldnerens "betalingsevne" i forhold til dekningsloven § 5-5. Etter min mening må det sentrale i uttrykket være hvorvidt kreditorenes mulighet til å få dekning, vesentlig forringes. Dermed blir størrelsen på skyldnerens beslagbare formuesgoder et avgjørende kjennetegn på hans betalingsevne. Reduseres disse, reduseres betalingsevnen. Som nevnt av førstvoterende er bestemmelsen også forstått slik av Andenæs: Konkurs,

side 214 og Huser: Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 side 312, se også side 317. Ved refinansieringen i Sparebanken Møre ble gjennom factoringavtalen ytterligere inntil kr 600.000 av utestående fordringer reservert Sparebanken Møre til fortrenghet for de andre kreditorene. Som førstvoterende konstaterer, innebar økningen en økonomisk realitet, selv om størrelsen på de utestående fordringene varierte nokså meget. Ut fra en helhetsvurdering av refinansieringens økonomiske konsekvenser – og dermed dens samlede innvirkning på skyldnerens betalingsevne – er jeg likevel under noen tvil kommet til samme resultat som førstvoterende, og er for øvrig i det vesentlige enig i hennes votum.

*Dommer Coward:* Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Gjølstad.

*Dommer Matningsdal:* Likeså.

*Dommer Bugge:* Likeså.

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne *dom*:

1. *Lagmannsrettens dom stadfestes.*
2. *I saksomkostninger for Høyesterett betaler Teamcon AS, dets konkursbo, til Janas AS 87.960 – åttisjutusennihundreogseksti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.*

---

Sist oppdatert 6. september 2010