

~~FORELØPIG~~ Sensorveiledning

JUR 2502 (hjemmeeksamen) - 3. avdeling master – høsten 2005

Det juridiske fakultet - Universitetet i Tromsø

I. Hjemmeeksamen med muntlig prøve (JUR-2502)

Oppgavetekst:

Gi en fremstilling og vurdering av de viktigste forskjeller mellom dekningslovens § 5-5 og § 5-9 med hensyn til vilkårene for og virkningene av omstøtelse.

Mandag 5. - fredag 9. desember 2005. Oppgaveteksten deles ut fra ekspedisjonen ved Det juridiske fakultet klokka 0900 mandag 5. desember 2005. Oppgaven legges samtidig ut på våre hjemmesider. Foreløpig sensur (bestått/ikke bestått) tirsdag 3. januar 2006. Muntlig prøve holdes onsdag 4. og torsdag 5. januar 2006. Sensurlister henges opp fredag 6. januar 2006 klokka 0900.

§ 5-5. Ekstraordinær betaling.

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.

Betaling som nevnt i første ledd til skyldnerens ektefelle, ugifte samboende eller forlovede kan omstøtes når den er foretatt senere enn to år før fristdagen.

Som betaling anses også pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer.

§ 5-9. Omstøtelse hvor den annen part ikke har vært i god tro.

Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, 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.

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

II. Pensum

Mads Henry Andenæs: Konkurs 2. utg (Oslo 1999), unntatt kap. 4, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 18, 19, 21, 23, 27 og 33.

Petter Høiseth: Kompendium i gjeldsforfølgingsrett (Tromsø 2003) ca 70 s (vil bli kopiert opp for salg ved Akademisk kvarter).

III. Om oppgaven

Reglene om rettsvern og omstøtelse er sentralt i formueretten. Oppgaven bør således kunne sies være sentralt og kjent stoff. Oppgaven kan disponeres på flere måter og mitt forslag må ikke oppfattes som noen bindende mal. Jeg vil i det følgende trekke fram en del sentrale poenger og problemstillinger som bør behandles.

III. Sentrale forskjeller - momenter til besvarelsen

3.1 Anvendelse og rettsvern

Reglene om omstøtelse gjelder kun hvor skyldneren enten er under tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo, jfr. dl § 5-1. Dette er felles for begge bestemmelsene.

Det er kun disposisjonen som har fått **rettsvern** overfor boet som må omgjøres gjennom reglene for omstøtelse. Dersom disposisjonen ikke har fått rettsvern trenger boet ikke akseptere den.

3.2 Formål og hensyn

Presumsjon for at en større pengeutbetaling kort tid forut for konkurs bryter med prinsippet om likebehandling. Gjenopprettelse – og prevensjon. Klare objektive regler er ment å hindre prosess. Forutberegnelighet med objektive regler. De subjektive regler åpner til en mer konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

3.3 Forskjellige frister

Beregning av objektive frister, jfr. dl § 1-2 og § 1-3, jfr. dl § 5-10. Dekn § 5-5 oppstiller krav om at betalingen må ha vært foretatt i en nærmere avgrenset tidsrom forut for konkursen. Dekn § 5-9 har en ytre tidsramme på 10 år tilbake i tid.

3.4 Ulike vilkår for omstøtelse

(Jeg begrenser meg til å nevne det mest sentrale. Også andre forskjeller kan behandles.)

Anvendelsen av § 5-5 forutsetter altså at den aktuelle disposisjon har ytre objektive konstaterbare trekk, mens anvendelsen av § 5-9 åpner for en mer subjektiv vurdering

Dl. § 5-5 inneholder tre alternative vilkår. Det må foreligge en *betaling* med

- a) usedvanlige betalingsmidler
- b) før normal betalingstid
- c) med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne

Betaling av gjeld forutsetter «primær dekningshensikt» fra debtors side. Det kan foreligge betaling av gjeld selv om transaksjonen fremstår som et kjøp fra debitor på kreditt. Et slikt kjøp skaper en hovedfordring som kreditor deretter kan bringe i motregning med sin motfordring på debitor. I relasjon til dl § 5-5 kan en slik gjeldsstiftelse bli å anse som betaling, men vil da måtte vurderes etter alternativet om "usedvanlig betalingsmiddel".

Vilkåret etter § 5-9 er at "skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket" mens det etter § 5-5 er at betalingen har "forringet skyldnerens betalingsevne betydelig". Det er ikke krav til at insolvens må inntre etter § 5-9, i motsatt fall er vilkåret klart oppfylt. Andenæs taler om "insolvenslignende økonomisk stilling" under § 5-9. Videre er det krav til årsakssammenheng etter § 5-9 mellom utbetalingen og skyldnerens økonomiske stilling.

Det må foretas en objektiv bedømmelse om betalingen *betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*. Beløpets størrelse ses i forhold til debtors omsetning og vanlige likviditet. Andenæs fremhever at vurderingstemaet bør være i hvilken grad betalingen reduserer debtors beslagbare formuesgoder på betalingstidspunktet. Beløpets absolutte størrelse vil normalt ikke være av betydning, vurderingen må skje ut fra beløpets relative størrelse. Huser antyder at grensen kan ligge et sted i intervallet 10-25%, men det må understrekes at det foreligger begrenset praksis som kan gi noen sikker antydning om en slik eventuell grense. I Rt. 1999 s. 64 ble det derimot lagt større grad vekt på friere likviditetsbetraktninger, under henvisning til lovens uttrykk «betalingsevne» og at det var tale om en lite kapitalkrevende virksomhet med god likviditet.

Det har særlig vært drøftet om det i formuleringen «betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne» ligger et vilkår om at kreditorene må lide et tap. I Rt. 1995 s. 222 ble det tatt standpunkt til et tidligere omtvistet spørsmål. Det kan anses som en betaling som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne, selv om betaling skjer til en allerede negativ kassekreditkonto.

Etter § 5-9 er det videre et vilkår om utilbørlig kreditorbegunstigelse, jfr ordlyden "*utilbørlig måte*". Etter teori og praksis oppfattes vilkåret "illojalt" in § 5-9 som synonymt med "utilbørlig". I vilkåret "utilbørlig" kan det oppstilles et krav om en "kvalifisert kreditorskadelig disposisjon". Dette er ikke et vilkår under § 5-5.

Største forskjell mellom bestemmelsene er at § 5-9 krever at "den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig". Det subjektive element er helt sentralt under § 5-9, mens dette ikke er noe vilkår etter § 5-5. Sentralt ved anvendelsen av § 5-9 er sontringen positiv kunnskap og hva medkontrahenten burde forstått. Betydningen av villfarelse. Hvem burde forstått? Betydningen av bruk av fullmektig eller annen partsrepresentant / juridisk person? Slike problemstillinger oppstår ikke under den objektive regel i § 5-5.

Kandidaten bør få frem at formålet med "*reservasjonen for ordinær betaling*" er å hindre at ikke enhver større betaling innenfor omstøtelsesfristen rammes av dl § 5-5. I motsatt fall ville man få en for "statisk" regel som kunne få uheldige utfall.

Tre problemstillinger kan videre reises under dette:

- a) Betydningen av hvor lenge fordringen har vært forfalt?
- b) Typen gjeld som blir betalt?
- c) Betaling til nærstående allikevel ordinær?

Sentrale dommer i tilknytning til ovennevnte er:

- Rt 1993 /289: Gamvikfisk AS – kbo.
- Rt 1995 / 222: Direkte Reklame – kbo.
- Rt 1997 / 1623: Royal Christiania AS – kbo.

Kandidaten må si noe om forholdet mellom § 5-5 og § 5-9. Videre om en omstøtelig betaling etter § 5-5 alltid vil rammes av § 5-9 og omvendt.

3.5 Virkning av omstøtelse

Rettsvirkninger av objektive omstøtelse etter dl § 5-5 følger av dl § 5-11. Rettsvirkninger av subjektiv omstøtelse etter dl § 5-9 følger av dl § 5-12.

Kandidaten bør komme inn på sontringen mellom tilbakeføring av "berikelsen" etter dl § 5-11, og "erstatningsregelen" i dl § 5-12. Ved omstøtelse av en større pengeutbetaling vil hovedregelen etter begge bestemmelser være at det mottatte beløp skal tilbakeføres i sin helhet. Berikelsesbegrensningen i dl § 5-11 blir etter mitt skjønn aktuell hvor det eksempelvis er betalt kontakt med utenlandsk valuta som senere har sunket i verdi eller hvor det beløp som er mottatt senere er gått tapt ved handling som er utenfor betalingsmottakerens kontroll (tyveri).

3.6 Vurdering av bestemmelsene

Oppgaven legger også opp til at kandidatene skal gi en "vurdering av de viktigste forskjeller". Dette oppfatter jeg som at kandidatene skal si noe om bestemmelsene er egnet til å gi det nødvendige kreditorvern. Til dette er det å si at for strenge objektive kriterier kan medføre at disposisjoner som ikke subjektivt sett var foretatt med svikaktige motiver kan rammes. Dette kan igjen medføre at næringslivet er redd for å ta i mot betaling eller handle med foretak som sliter økonomisk. Det kan svekke et naturlig og fungerende kredittmarked.

Problemet med de subjektive regler ligger etter mitt skjønn i første rekke på det bevismessige plan. Subjektive vilkår er erfaringsmessig vanskeligere å nå frem med. Terskel for å ta ut stevning etter den subjektive regel kan derfor være noe høyere. Hvilket igjen betyr at det vern som den subjektive regel tar sikte på å gi ikke alltid er like godt.

En annen sak fra et mer praktisk synsvinkel er at det ofte ikke er midler i boet til å kjøre en omstøtelsessak. Videre kan det også hende at den som har mottatt midlene heller ikke er søkegod. Det er derfor i mange tilfeller lettere å nå fram med erstatningskrav etter reglene om styreansvar i aksjeloven. Særlig hvor det er styrerepresentanter som er søkegod, og som ikke har "fulgt med i timen". Typisk hvor det er foretatt betalinger og disposisjoner mellom nærstående selskaper som ikke er gjennomført på vanlige forretningsmessige prinsipper.

Det bør gis en vesentlig pluss til kandidater som evner å foreta en selvstendig og vettug vurdering av reglene. Også andre forhold enn de jeg har nevnt her kan være relevant.

IV. Bedømmelsen

ENDELIG UTGAVE AV VEILEDNINGEN VIL BLI SENDT UT ETTER
SENSURMØTET PÅ FAKULTETET MIDTVEIS I SENSUREN.

Denne veiledning er skrevet før jeg har lest et representativt utvalg av besvarelsene og jeg vil komme tilbake til dette spørsmålet i eget vedlegg. Erfaringsmessig vil sensuren bero på et helhetlig sensorskjønn.

Jeg imøteser gjerne tilbakemeldinger på denne veiledning, herunder hvordan sensuren og nivået er i de forskjellige kommisjoner.

~~Tromsø, 3.12.2005~~

~~Bjørn H. Wikasteen~~