

UiO • **Det juridiske fakultet**

Konkursboets adgang til å overdra omstøtelseskrav

Kandidatnummer: 616

Leveringsfrist: 25.05.2020

Antall ord: 15226



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Problemstillingens bakgrunn	1
1.3	Rettskildebildet	2
1.4	Fremstillingen videre	3
2	GENERELT OM KONKURSINSTITUTTET OG OMSTØTELSE I KONKURS	4
2.1	Konkursinstituttet og dets formål.....	4
2.2	Vilkårene for konkursåpning og boets beslagsrett.....	4
2.3	Generelt om omstøtelse og forholdet til boets beslagsrett.....	5
2.4	Omstøtelsesreglene	6
3	KAN KONKURSBOET OVERDRA ET OMSTØTELSESKRAV?	8
3.1	Omstøtelseskravets karakter og generelt om adgangen til overdragelse av krav	8
3.1.1	Utgangspunktet om fri rett til overdragelse av formueskrav	8
3.1.2	Omstøtelseskravets innhold.....	9
3.1.3	Unntak fra hovedregelen om overdragelse av formuesrettigheter.....	10
3.2	Rt. 1994 s. 792(Namtvedt).....	11
3.3	Åpner lovreglene i konkurs for overdragelse av omstøtelseskrav?	12
3.3.1	Innledning.....	12
3.3.2	Betydningen av bostyrerens plikter	13
3.3.3	Boets realisasjonsplikt	14
3.3.4	Skiftesamlingens kompetanse.....	14
3.3.5	Kkl. § 118 betydning for overdrageligheten av omstøtelseskrav	15
3.3.6	Et krav om at omstøtelsesmidlene alltid inngår i bomassen?.....	19
3.3.7	Rt. 2008 s. 385, om konkursboets adgang til overdragelse av et restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-7. Betydningen av dommen for den aktuelle problemstilling.....	24
3.4	Øvrige problemstillinger ved overdragelse.....	28
3.4.1	Innledning	28
3.4.2	Hensynet til medkontrahenten	28
3.4.3	Oppgjørstekniske utfordringer ved overdragelse	29
3.4.4	Hensynet til erververen, bevis	32
3.4.5	Kontrollhensyn, proforma	33
3.4.6	Samfunnshensyn.....	33
3.4.7	Fare for omgåelser ved overdragelsesforbud.....	34

3.4.8	Forfølgelse etter konkursens avslutning.....	36
3.5	Svensk og dansk rett	37
3.5.1	Dansk rett.....	38
3.5.2	Svensk rett	38
4	AVSLUTNING.....	39
	LITTERATURLISTE:	41

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er behandlingen av omstøtelseskrav i konkurs.

Problemstillingen for oppgaven er om et konkursbo har adgang til å overdra et omstøtelseskrav under bobehandlingen. I mange konkursbo kan enkelte omstøtelseskrav fremstå vanskelige å forfølge, og en mulighet til å overdra disse vil derfor kunne være i konkursboets interesse. En slik overdragelsesadgang har imidlertid ikke hjemmel direkte i noen lovbestemmelse eller rettspraksis, og enkelte rettskildefaktorer kan tyde på at adgangen til å påberope et omstøtelseskrav er forbeholdt konkursboet alene. I oppgaven vil rettskildene knyttet til behandlingen av omstøtelseskrav analyseres for å vurdere om og eventuelt når boet har adgang til slik overdragelse. En sentral underproblemstilling er om det fra lovgivers side er en forutsetning at midlene fra en omstøtelse alltid skal tilfalle *boet*, og på den annen side om hensynet til kreditorfellesskapets interesse i overdragelse må veie opp for en slik forutsetning.

I dom inntatt i Rt. 1994 s. 792(Namtvedt) ble det fremlagt påstand for Høyesterett om at et omstøtelseskrav etter lov om fordringshavernes dekningsrett(dekningsloven)¹ § 5-9 ikke kunne overdras, men Høyesterett trengte her ikke å ta stilling til spørsmålet for å avgjøre saken. Som vi skal se kan Høyesterett likevel syntes å ha ment at det foreligger tvil om hvorvidt retten til omstøtelse kun kan påberopes av konkursboet selv eller også av en senere erverver av kravet.

Omstøtelsesreglene er i utgangspunktet skapt for å kun verne en bestemt gruppe, kreditorfellesskapet. En overdragelse fra boets side gir derfor erververen en rettsposisjon lovgiver tilsynelatende hadde forbeholdt konkursboet selv. Som oppgaven vil vise, kan derfor boets egeninteresse i overdragelse stå i et spenningsforhold med reglenes tilsiktede formål.

Aller først vil det gis en kort beskrivelse av hvordan omstøtelseskrav oppstår, og hvorfor det kan være ønskelig for boet å overdra et slikt krav.

1.2 Problemstillingens bakgrunn

Når en skyldner ser at konkurs er nærstående, kan det være fristende å overlate verdier til familie eller andre nære for å sikre at disse ikke blir beslaglagt av kreditorene. Skyldneren kan

¹ Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

da velge å overføre verdier til en part han ønsker å begunstige, eventuelt med mulighet for å få disse tilbake senere. På samme måte kan det tenkes at en særlig pågående kreditor i forkant av konkursen presser frem en full betaling av uoppgjort gjeld, eller inngår en avtale med skyldneren om pantesikkerhet for kravet. Omstøtelse innebærer at slike disposisjoner som i utgangspunktet er bindende mellom konkursskyldneren og hans medkontrahent på nærmere vilkår settes til side slik at verdiene fra disposisjonen føres tilbake til konkursboet. Disse midlene kan da ta tjene som dekningsgrunnlag for kreditorenes krav mot skyldneren.

Mange konkursbo har imidlertid begrensede midler å drive bobehandling for, og må derfor ved et mulig omstøtelseskrav vurdere sine alternativer nøye. Boet kan også være presset på tid dersom de ønsker å overdra en virksomhet videre som «on-going». Hvis skyldnerens medkontrahent motsetter seg omstøtelseskravet, kan det å forfølge et usikkert omstøtelseskrav gjennom en kostbar rettsak i verste fall føre til at boet tappes for midler. Fremfor å forfølge kravet selv kan derfor muligheten til å avhende omstøtelseskravet sikre boet en viss verdi.

1.3 Rettskildebildet

Ettersom vi i norsk rett ikke har et rettsgrunnlag som uttrykkelig angir om boet har rett til overdragelse av omstøtelseskrav vil oppgaven ta utgangspunkt i en samlet analyse av rettskildefaktorene som kan tale for og mot en overdragelsesadgang.

De sentrale kilder for oppgaven vil være dekningsloven og konkursloven². Dekningslovens kapittel 5 inneholder de materielle reglene med de nærmere vilkår for å kunne kreve omstøtelse³, samt reglene om rettsvirkningen av omstøtelse.⁴ De prosessuelle reglene i konkurs følger av konkursloven. For oppgaven vil særlig bestemmelsen i kkl. § 118 som angir skiftesamlingens avgjørelsesmyndighet ved behandlingen av tvilsomme krav være et sentralt diskusjonstema.

Forarbeidene til begge lover vil også være relevante rettskildefaktorer, da det her fremgår flere uttalelser om omstøtelseskravets stilling i konkurs, og omstøtelsesreglenes formål. Forarbeider som rettskildefaktor kan både tjene som tolkningsbidrag og være uttrykk for lovgivers vilje.⁵

² Lov 8 juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

³ Deknl. §§ 5-1 til 5-9

⁴ Deknl. §§ 5-11 og 5-12

⁵ Eckhoff (2001), s. 70 og 71

Reelle hensyn vil også være av stor betydning, da oppgavens problemstilling er sparsomt behandlet i andre kilder. Reelle hensyn kan ifølge Eckhoff betegnes som en vurdering av «resultatets godhet» - om regelen er innholdsmessig og retts teknisk god, og om løsningen for et individuelt rettsspørsmål er «godt» i det enkelte tilfelle.⁶ Eckhoff understreker at tungtveiende reelle hensyn kan tilsi å fravike en annen løsning enn forarbeidene legger til grunn.⁷

Dommen i Rt. 1994 s. 792 inneholder en obiter dicta om oppgavens problemstilling. En uttalelse fra Høyesterett som ikke er nødvendig for å begrunne sakens resultat (obiter dicta) kan ifølge Eckhoff tillegges «en viss vekt».⁸ Dommen i Rt. 2008 s. 385 behandler spørsmålet om overdragelse av restitusjonskrav etter aksjeloven, og inneholder flere argumenter som også kan være av betydning for oppgavens problemstilling. Andre dommer vil ha betydning for å belyse enkelte spørsmål på tilgrensende rettsområder.

Dekningsloven baserer seg på et samarbeid med andre nordiske land, blant annet Sverige og Danmark.⁹ Før det tas stilling til hvordan adgangen til overdragelse stiller seg i Norge kan det derfor være hensiktsmessig å undersøke om disse landene har tatt stilling til spørsmålet.

I juridisk litteratur har problemstillingen om overdragelse blitt diskutert i tre ulike artikler med noe avvikende oppfatninger fra de ulike forfattere. Ifølge Eckhoff har rettsvitenskapen liten vekt som rettskildefaktor.¹⁰ Argumentene fra juridisk teori kan likevel inneholde argumenter og reelle hensyn av betydning.

1.4 Fremstillingen videre

Oppgavens kapittel 3 vil først redegjøre for den alminnelige hovedregel om overdragelse av formueskrav, og deretter vurdere om et omstøtelseskrav etter sitt innhold er av en slik formuerettslig karakter at det kan være gjenstand for overdragelse. Deretter vil oppgaven gjennomgå enkelte bestemmelser fra konkurs- og dekningsloven og drøfte hvilken betydning disse kan ha for adgangen til overdragelse. Avslutningsvis i kapittel 3 vil oppgaven vurdere enkelte hensyn og problemstillinger som kan gjøre seg gjeldende ved overdragelse og redegjøre kort for rettsstilstanden i svensk og dansk rett.

I kapittel 4 vil oppgaven avgi en konklusjon på problemstillingen.

⁶ Eckhoff (2001) s. 371

⁷ Eckhoff (2001) s. 74

⁸ Eckhoff (2001), s. 172

⁹ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 2 og 3

¹⁰ Eckhoff (2001) s. 270

Aller først skal det imidlertid i kapittel 2 redegjøres for konkursinstituttet og formålet bak dette samt omstøtelsesreglenes rolle i bobehandlingen.

2 Generelt om konkursinstituttet og omstøtelse i konkurs

2.1 Konkursinstituttet og dets formål

Når en person eller et selskap ikke lenger kan gjøre opp for sine forpliktelser, innebærer konkursen at skyldneren fratras retten til å råde over sine formuesverdier. Disse beslaglegges av konkursboet og omgjøres så i penger til forholdsmessig fordeling mellom skyldnerens kreditorer så langt ut deres krav lar seg dekke. Konkursen sikrer dermed en avklaring av alle utestående krav mot skyldneren ved at disse gjennom konkursens avvikling oppnår en viss dekning. Et av formålene med konkursen er da å sikre at skyldnerens eiendeler realiseres til størst mulig verdi for kreditorfellesskapet.¹¹

Formålet med konkursen er også å sikre at ingen av fordringshaverne blir urimelig forfordelt på bekostning av de andre¹². Fremfor at kreditorene forfølger sine krav enkeltvis, hvorav de som er raskest ute vil få full dekning, mens de senere vil stå tomhendt igjen, innebærer konkursen en fellesforfølging. Når en skyldner ikke lenger kan gjøre opp for seg, er tanken at alle fordringshaverne skal ta sin forholdsmessige del av tapet når ikke alle kravene kan dekkes fullt ut.¹³ Konkursen ivaretar således et likhetshensyn mellom kreditorene.

Før en slik rettsprosess kan igangsettes må likevel visse vilkår være oppfylt.

2.2 Vilkårene for konkursåpning og boets beslagsrett

Vilkårene for åpning av konkurs følger av kkl. § 60 jf. § 61.

Det følger av kkl. § 60 at dersom skyldneren er «insolvent», skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling når det begjæres av skyldneren eller en fordringshaver.¹⁴

¹¹ kkl. § 117 og Ot.prp.nr. 50 (1980-1981) Om A) Om lov om gjeldsforhandlinger og konkurs B) lov om fordringshavernes dekningsrett C) lov om ikrafttredelse av ny gjeldsforhandlings- og konkurslovgivning m m s. 41

¹² Andenæs (2012) s. 10

¹³ Andenæs (2012) s. 11

¹⁴ kkl. § 60

Av kkl. § 61 følger det at skyldneren er insolvent når denne ikke kan oppfylle sine forpliktelser etterhvert som de forfaller, og skyldnerens eiendeler og inntekter tilsammen antas å ikke kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser.¹⁵ Konkurs kan da åpnes om en begjæring fremlegges for skifteretten av skyldneren selv eller en av skyldnerens fordringshavere.¹⁶

Ved konkursåpning tar konkursboet så beslag i skyldnerens eiendeler.

2.3 Generelt om omstøtelse og forholdet til boets beslagsrett

Dekningslovens § 2-2 er utgangspunktet for boets beslagsrett. Av bestemmelsen følger det at fordringshaverne får rett til å søke dekning for sine krav i ethvert formuesgode skyldneren på beslagstidspunktet måtte ha, som kan omgjøres i penger.¹⁷

Omstøtelsesreglene retter seg på sin side mot disposisjoner foretatt *i forkant* av konkursen. De sikrer at eiendeler som ikke inngikk i dette generalbeslaget, likevel kan tjene til dekning for skyldnerens kreditorer. Omstøtelsesreglene utgjør således et unntak fra hovedregelen om at man kun tar beslag i det som tilhører skyldneren på beslagstiden. I forarbeidene til deknl. § 2-2 uttales det at «[d]en nærmere grense for beslagsretten i forhold til tredjemann kan man likevel ikke trekke opp i en bestemmelse av denne art; reglene om legitimasjon, rettsvern og omstøtelse kommer inn her, foruten bevisreglene.»¹⁸

Omstøtelsesreglene åpner for at konkursboet på visse vilkår tilsidesetter disposisjoner skyldneren har foretatt før konkursens åpning slik at verdiene av disse gjenopprettes som dekningsgrunnlag for kreditorene. Omstøtelsesreglene ivaretar således av et gjenopprettelseshensyn. På samme måte som selve konkursinstituttet, ivaretar reglene også et likhetshensyn, da den omstøtelige disposisjon kan ha medført en forfordeling til en av skyldnerens kreditorer. En omstøtelse til fordel for boet vil da sikre at midlene i stedet tjener til dekning av *samlige* kreditorens krav.

Et videre formål med omstøtelsesreglene er å verne konkursskyldnerens kreditorer mot svik og illojalitet og sikre at boet ikke tømmes for aktiva i det nære tidsløpet opp mot konkursen. Dette understrekes i forarbeidene: «Illojale eller presumtvt illojale disposisjoner over debtors

¹⁵ kkl. § 61

¹⁶ kkl. § 60

¹⁷ deknl. § 2-2

¹⁸ NOU 1972:20 s. 255

formue til skade for hans kreditorer bør i prinsippet ikke opprettholdes når det ved bobehandlingen viser seg at bomassen ikke er tilstrekkelig til dekning av gjelden»¹⁹.

Omstøtelsesreglene har også en forebyggende effekt ved at skyldneren og/eller medkontrahenten er klar over at disposisjonen i realiteten kan bli nytteløs som følge av at den ved en etterfølgende konkurs blir rammet av omstøtelsesreglene.

Omstøtelsesreglene skal dermed i kreditorfellesskapets interesse virke både gjenopprettende, likhetsskapende og forebyggende.

I det følgende vil det redegjøres for omstøtelsesreglene i det henseende å vurdere hvilke omstøtelseskrav som kan tenkes mest aktuelle for boet å overdra.

2.4 Omstøtelsesreglene

Omstøtelsesreglene i konkurs følger av dekningslovens kapittel 5, jf. dekl. § 5-1. Dekningslovens kapittel 5 skiller mellom de objektive omstøtelsesregler i dekl. §§ 5-2 til 5-8 og den subjektive omstøtelsesregel i dekl. § 5-9. Betegnelsen «objektive» og «subjektive» omstøtelsesregler retter seg mot medkontrahentens subjektive skyldforhold i tilknytning til den omstøtelige disposisjon. Som vi skal se er vilkårene i bestemmelsene utformet med dette i bakteppe, og kan indikere hvilke omstøtelseskrav som kan tenkes mest nærliggende for boet å ville overdra.

Omstøtelsesreglene i dekl. §§ 5-2 til 5-8 er regler som retts teknisk enkelt lar seg praktisere ettersom de rammer disposisjoner foretatt i en tidsperiode da skyldneren presumptivt var insolvent og antas å være illojale mot skyldnerens resterende kreditorer.²⁰

Tidsfristen som etter reglene ofte ligger tett opp mot konkursens åpning sammenholdt med at disposisjonen innebærer en forringelse av boets midler representerer disse to underliggende presumsjonene. Medkontrahentens skyld presumeres med dette å foreligge dersom de objektive vilkår er oppfylt, derav betegnelsen «objektive omstøtelsesregler».

De objektive reglene er derfor utformet slik at boet ikke trenger føre bevis for at skyldneren var insolvent på disposisjonstidspunktet, og medkontrahenten kan med enkelte unntak heller ikke føre bevis for at skyldneren på tidspunktet for disposisjonen var solvent.

¹⁹ NOU 1972:20 s. 283

²⁰ Andenæs (2012) s. 288

Som et eksempel på hvordan en av de objektive regler enkelt lar seg praktisere kan vi se på dekl. § 5-7 første ledd a).

Av bestemmelsen følger det at en pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse skyldneren har foretatt (1) senere enn tre måneder før frisdagen kan omstøtes dersom (2) pantet eller sikkerheten ble stilt for gjeld skyldneren pådro seg før sikkerheten ble avtalt.

La oss her si at skyldneren tok opp et lån 3 år før konkursen. Lånet er så 2 måneder før konkursen delvis nedbetalt, men långiveren avtaler på dette tidspunkt med skyldneren å få pant for den resterende gjeld i skyldnerens varelager. Ved konkursåpning 2 måneder senere kan boet omstøte pantesikkerheten da den (1) ble stilt for gjeld pådratt før sikkerheten og (2) sikkerheten ble stilt senere enn tre måneder før frisdagen.

Regelen illustrerer hvordan omstøtelse på objektivt grunnlag enkelt lar seg praktisere for konkursboet da de uten nærmere beviskrav bygger på en presumsjon om at disposisjonen var (1) illojal (ettersom sikkerheten ble stilt i et formuesgode andre kreditorer forutsetningsvis kunne søkt dekning i) og (2) at skyldneren formodentlig på dette tidspunkt var insolvent (ettersom disposisjonen ble foretatt tett opp mot konkursen).

Omstøtelsesadgangen etter de objektive regler sikrer dermed boet en adgang til å enkelt kunne kreve omstøtelse. Av den grunn er det derfor forutsetningsvis sjeldent at boet vil ønske å overdra et omstøtelseskrav som følger av de objektive regler. Dette vil nok først og fremst være tilfelle der det foreligger stor tvil rundt enkelte bevisspørsmål, som for eksempel om en løsøreobjekt ble overgitt medkontrahenten (eksempelvis ved gave) i eller utenfor det kritiske tidsrom.

Deknl. § 5-9 utgjør et supplement til de objektive omstøtelsesregler da den kan anvendes på *enhver* «utilbørlig» disposisjon hvor medkontrahenten enten har vært vitende eller uaktsomt uvitende til skyldnerens svake økonomiske stilling på disposisjonstidspunktet. Av dekl. § 5-9 første ledd følger det at «[d]isposisjoner 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».²¹

²¹ Deknl. § 5-9

I motsetning til de objektive regler har den subjektive regel flere tilleggsvilkår. Etter bestemmelsen kreves det både at skyldnerens økonomiske situasjon var svak eller alvorlig svekket og videre at medkontrahenten forsto eller burde forstå disse forhold. Ved omstøtelse etter den subjektive regel skal det altså både føres bevis for at skyldnerens økonomi var eller ble svekket ved disposisjonen, og videre at medkontrahenten har utvist skyld. Ettersom medkontrahentens skyldforhold her vurderes konkret, brukes betegnelsen «subjektiv omstøtelse».

Den subjektive regel i dekl. § 5-9 krever derfor ofte en mer omfattende bevis- og tolkningsprosess som kan gjøre gjennomføring av en omstøtelsessak etter dekl. § 5-9 mer komplisert. Etter dette kan det sluttet at det trolig er omstøtelseskrav etter dekl. § 5-9 som fremstår mest aktuelle for boet å overdra.

Før oppgaven går inn på diskusjonen av om og eventuelt når et omstøtelseskrav kan overdras skal vi først se på den generelle adgangen til overdragelse av formueskrav. Her vil det nærmere innholdet av omstøtelseskravet fastsettes for å se hvordan dette stiller seg i tilknytning til den alminnelige regel om overdrageligheten av et formueskrav.

3 Kan konkursboet overdra et omstøtelseskrav?

3.1 Omstøtelseskravets karakter og generelt om adgangen til overdragelse av krav

3.1.1 Utgangspunktet om fri rett til overdragelse av formueskrav

Et formueskrav er retten til å kreve at en annen person skal yte noe, der kravet typisk har en økonomisk verdi, at kravet typisk kan overdras til andre, og at det typisk kan disponeres over ved avtale.²² Et slikt krav består ofte i en rett til å gjøre krav på penger.

At formuerettslige krav som utgangspunkt fritt kan overdras er lagt til grunn i rettspraksis og følger blant annet av dommen i Rt. 2008 s. 385 der Høyesterett uttaler at «Utgangspunktet i norsk rett er at formuerettslige krav kan overdras.»²³

Som hovedregel kan eieren av et krav fritt overdra kravet uten at debitor kan protestere på dette. Grunnen til dette er at debitor uansett er pliktig til å innfri kravet, og det vil da som ut-

²² Lilleholt, 2012, Allmenn Formuerett, s. 19

²³ Rt. 2008 s. 385 avsnitt 61

gangspunkt være av liten betydning for ham hvem som er kravets eier. Virkningen av en overdragelse er at erververen nå kan kreve betaling av kravets debitor på samme måte som den tidligere eier av kravet. Kravets erverver har med andre ord trådt inn i overdragerens rettsposisjon.

Følgelig vil det kort redegjøres for omstøtelseskravets innhold.

3.1.2 Omstøtelseskravets innhold

Omstøtelseskravets innhold følger av rettsvirkningsreglene i dekl. §§ 5-11 og 5-12.

Dekningslovens § 5-11 oppstiller rettsvirkningen av omstøtelse etter de objektive regler i dekl. §§ 5-2 til 5-8. Etter dekl. § 5-11 første ledd første punktum skal den begunstigede «fralegge seg den berikelse» han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon.²⁴ Etter naturlig språklig forståelse synes ordlyden å innebære at medkontrahenten må fralegge seg den fulle, men ikke mer enn den gevinst hen har oppnådd ved disposisjonen. Slik er bestemmelsen også forstått i teorien der Andenæs skriver at: «Regelen innebærer på den ene side at den annen part *ikke skal ha noen fordel* av den omstøtelige disposisjon ... På den annen side innebærer berikelsesregelen at omstøtelseskravet *ikke skal overstige* den berikelse den annen part har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon(berikelsesbegrensningen)».²⁵

Det synes etter dette klart at omstøtelseskrav etter dekl. § 5-11 er et formuerettslig krav, da berikelseskravet vil innebære en overføring av økonomisk verdi til boet.

Av dekl. § 5-12 første ledd første punktum følger det at om vilkårene for omstøtelse etter dekl. § 5-9 foreligger, kan boet kreve at den annen part *erstatte* det tap det er blitt tilføyd ved den omstøtelige disposisjon.²⁶

En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at boet ved omstøtelse oppnår et erstatningskrav. Dette er også lagt til grunn i forarbeidene: «Ved omstøtelse på subjektivt grunnlag har boet etter gjeldende rett et erstatningskrav ...»²⁷. Et erstatningskrav er etter sitt innhold et krav av økonomisk verdi, og kan således også betegnes som et formuerettslig krav.

²⁴ Deknl. § 5-11 første ledd første punktum

²⁵ Andenæs (2012) s. 376

²⁶ Deknl. § 5-12 første ledd første punktum

²⁷ NOU 1972:20 s. 300

Etter dette kan det slutes at omstøtelseskrav er formueskrav som etter sitt innhold kan være gjenstand for overdragelse.

I det følgende skal vi se på noen lovfestede og ulovfestede unntak fra den alminnelige adgangen til overdragelse av formueskrav.

3.1.3 Unntak fra hovedregelen om overdragelse av formuesrettigheter

Den mest typiske begrensning i adgangen til overdragelse av rettigheter finner vi normalt i avtalen mellom partene. Et eksempel på at en avtale kan danne grunnlag for overdragelsesforbud finner vi i dom inntatt i Rt. 2010 s. 918. Her hadde partene avtalt at visse rettigheter ved fusjon mellom selskaper ikke kunne overdras. Høyesteretts ankeutvalg uttalte her at: «Som alminnelig regel gjelder at en rettighet som er blitt overført i strid med et overføringsforbud, ikke kan gjøres gjeldende av erververen»²⁸.

Videre finnes det også lovbestemte forbud mot overdragelse av krav. Et eksempel har vi i skattebetalingsloven § 10-1 annet ledd som fastsetter at krav på tilbakebetaling av skatt eller avgifter ikke kan pantsettes eller overdras.²⁹ Av forarbeidene til bestemmelsen følger det at:

«Forbudet mot pantsettelse og overdragelse av tilbakebetalingskravet bidrar til å effektivisere det offentliges motregningsrett. Dersom skyldneren fritt kan avhende eller pantsette slike tilbakebetalingskrav, kan dette vanskeliggjøre og i visse tilfeller forspille det offentliges motregningsadgang. I tillegg vil det kunne skape store praktiske problemer for innkrevingsmyndighetene når de skal utbetale tilgodebeløp»³⁰.

Et annet eksempel på overdragelsesforbud finner vi i skadeserstatningsloven § 3-10 første ledd første punktum³¹. Av denne følger det at et erstatningskrav etter bestemmelsen ikke kan overdras eller pantsettes så lenge kravet ikke er godkjent eller rettskraftig avgjort.³² Hensynet bak bestemmelsen er å verne om skadelidtes interesser ved å sikre at vedkommende ikke fristes til å selge kravet til underpris før utmålingen er fastsatt. Dette fordi kravet kan utgjøre den skadelidtes økonomiske eksistensgrunnlag.³³ Lovgiver har altså oppstilt et (midlertidig) overdragelsesforbud for å verne en mulig svak part.

²⁸ Rt. 2010 s. 918 avsnitt 28

²⁹ Lov 17 juni 2006 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav § 10-1 annet ledd

³⁰ Ot.prp.nr.83 (2004-2005) Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven)

³¹ Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning § 3-10 første ledd første punktum

³² Skadeserstatningslovens § 3-10 første ledd

³³ Ot.prp.nr. 27 (1974-75) Om lov om fordringshavernes dekningsrett s. 41

Eksemplene viser at lovbestemte forbud mot overdragelse av rettigheter er oppstilt for å ivareta bestemte særhensyn. Ingen av de nevnte hensyn kan sies å være treffende for om det bør oppstilles et tilsvarende overdragelsesforbud for omstøtelseskrav.

Unntak fra overdragelse kan imidlertid også oppstilles på ulovfestet grunnlag. Et slikt forbud kan begrunnes i kravets karakter eller at andre forhold tilsier at det ikke bør være adgang til å overdra kravet.

At et forbud mot overdragelse fulgte av «kravets karakter» var en av anførselene til medkontrahenten som omstøtelseskravet rettet seg mot i dommen inntatt i Rt. 1994 s. 792 som vi skal se nærmere på under.

3.2 Rt. 1994 s. 792(Namtvedt)

Problemstillingen om konkursboets adgang til å overdra et omstøtelseskrav ble omtalt i en obiter dicta i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1994 s. 792.

Mens en omstøtelsessak mellom konkursboet og skyldnerens medkontrahent sto for Bergen byrett, ble omstøtelseskravet etter dekl. § 5-9 overdratt til en av konkursdebitors kreditorer. Kravet ble da solgt til kr. 80.000, som utgjorde ca. 5% av kravets pålydende.

Verken i byretten eller lagmannsretten ble det stilt nærmere spørsmål ved overdragelsen. For Høyesterett fremsatte så konkursskyldnerens medkontrahent anførsel om at et omstøtelseskrav i konkurs ikke kunne overdras og dermed at motparten ikke sto med noe gyldig krav å fremsette. Medkontrahenten hevdet at dette blant annet fulgte av «kravets karakter».³⁴

Ettersom Høyesterett kom til at disposisjonen som var foretatt ikke var «utilbørlig» slik dekl. § 5-9 krever³⁵, trengte de ikke å ta stilling til spørsmålet om et slikt krav kunne overdras. I en obiter dicta uttalte Høyesterett likevel følgende:

«Når det gjelder den siste av disse anførsler, vil jeg peke på at gode grunner etter min oppfatning taler for at bare konkursboet selv eller noen på dettes vegne, og ikke en utenforstående som kravet er overdratt til, kan gjøre gjeldende slike rettigheter som det her dreier seg om. Det må gjelde uansett om den utenforstående er en kreditor eller aksjeeier. Men om det er

³⁴ Rt. 1994 s. 792 s. 795

³⁵ Dekl. § 5-9 første ledd første punktum

holdbart på ulovfestet grunnlag å etablere forbud mot overdragelser av slike krav, kan være tvilsomt, og jeg tar ikke standpunkt til spørsmålet. Jeg mener nemlig at saken kan og bør avgjøres ut fra CBK's første anførsel.»³⁶

Høyesteretts uttalelser kan her indikere at omstøtelseskravet står i en særstilling som medfører at det ikke kan påberopes av andre enn konkursboet selv. Henvisningen til om det på «ulovfestet grunnlag» kan oppstilles et forbud peker mot at Høyesterett på en side legger til grunn det ikke foreligger noe lovfestet overdragelsesforbud. Videre kan uttalelsen tyde på at de viser til den alminnelige hovedregel om fri rett til overføring av formuerettslige krav, men at andre rettskildefaktorer skaper tvil om overdragelse av omstøtelseskrav er tillatt. Uttalelsene i dommen hadde ikke betydning for resultatet og gir heller ikke noe entydig svar på hvordan man ville stilt seg til spørsmålet om det kom opp i en fremtidig sak. At «gode grunner» taler for at det bare er konkursboet som kan påberope seg et slikt krav kan likevel peke i retning av at Høyesterett mener enkelte rettskildefaktorer kan begrunne et overdragelsesforbud.

I den følgende fremstilling vil rettskildefaktorene om behandlingen av omstøtelseskrav analyseres med sikte på å vurdere om og eventuelt når et slikt krav kan overdras. Enkelte rettskilder kan indikere at omstøtelseskrav er underlagt visse begrensninger for overdragelse. Reelle hensyn kan derimot tilsi at boet må få kunne overdra slike krav når det er i både boets og kreditorfellesskapets egeninteresse. En sentral problemstilling vil være om det fra lovgivers side er en forutsetning at midlene fra en omstøtelse alltid inngår i bomassen, og på den annen side i hvilken grad hensynet til kreditorfellesskapet må tilsi at omstøtelseskrav under visse omstendigheter må kunne overdras.

3.3 Åpner lovreglene i konkurs for overdragelse av omstøtelseskrav?

3.3.1 Innledning

Overskriften til dekl. § 5-1 lyder «I hvilke bo omstøtelse kan skje». Av dekl. § 5-1 følger det at «reglene i dette kapittel gjelder ved ... konkurs». En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det er bostyret som etter lovens regler har den eksklusive adgang til å opptre som saksøker på vegne av boet i omstøtelsessak.

Av forarbeidene til dekl. § 5-1 heter det at «[o]mstøtelsesreglene i kkl. § 42 flg. kan bare påberopes av debtors konkursbo; det samme gjelder antageligvis regelen i NL 5-13-44.II

³⁶ Rt. 1994 s. 792 s. 796

(dekl.)».³⁷ Uttalelsen her kan tyde på at lovgiver har ment at retten til å gjøre omstøtelseskrav gjeldende er en rett eksklusivt forbeholdt konkursboet. Høyesteretts uttalelse om at «[g]ode grunner taler ... for at bare et konkursbo eller noen på dets vegne ... kan gjøre gjeldende slike rettigheter ...» kan også forstås å vise til disse utgangspunkter.

Som vi skal se kan kreditors subsidiære forfølgelsesrett etter kkl. § 118 annet ledd etter en nærmere analyse også indikere at omstøtelsesmidlene må tilfalle boet.

Aller først skal vi imidlertid se på noen bestemmelser om boets plikter og skiftesamlingens myndighet.

3.3.2 Betydningen av bostyrerens plikter

Etter kkl. § 85 første ledd tredje punktum 1) er det bostyrerens oppgave å «skaffe rede på hva som hører til boets masse ...»³⁸. Etter naturlig språklig forståelse synes det derfor å være bostyreren som i utgangspunktet har kompetansen til å påberope boets eventuelle omstøtelseskrav, ettersom en midlene fra en omstøtelig disposisjon egentlig skulle tilhørt bomassen. Dette legges også til grunn av Andenæs: «Det første som nevnes, er naturlig nok å skaffe rede på hva som hører til boets masse. Herunder ... påberopelse av rettsverns- og omstøtelsesregler mv.»³⁹

Av konkurslovens § 85 første ledd første punktum følger det at «Bostyreren skal vareta fordringshavernes felles interesse overfor den enkelte fordringshaver og tredjeperson.»⁴⁰

Etter naturlig språklig forståelse er det bostyrerens plikt å avvikle konkursen på en måte som sikrer fordringshavernes interesser på best mulig måte, og i dette vil det ligge å sikre at fordringshavernes krav i boet oppnår størst mulig grad av dekning. Salg av omstøtelseskrav kan derfor være i tråd med denne plikten dersom boet ikke selv ønsker eller har midler til å forfølge kravet. Dette understrekes også av Lunde.⁴¹

Boets plikt til å realisere boets eiendeler til størst mulig verdi etter kkl. § 117 kan også forstås å underbygge dette.

³⁷ NOU 1972:20 s. 283

³⁸ Kkl. § 85 første ledd 3. pkt.

³⁹ Andenæs, Konkurs, 2012, s. 25 annet avsnitt

⁴⁰ Kkl. § 85 første ledd 1. pkt.

⁴¹ Lunde (1996) Punkt. 4.4, s. 250

3.3.3 Boets realisasjonsplikt

Av kkl. § 117 fremgår det at «innenfor de grenser som næringslovgivningen fastsetter, skal boets eiendeler realiseres på den måte som etter forholdene antas å gi størst mulig utbytte.»⁴²

Boets oppgave er altså overordnet sett å sikre at både boets aktuelle og latente verdier, realiseres til størst mulig gevinst for kreditorfellesskapet. Dette er også i tråd med konkursinstituttets formål.

Ordlyden «etter forholdene antas» i kkl. § 117 kan synes å peke mot den pragmatiske tilnærming man har i konkurs, som innebærer at boets vurdering av mulighetene for inndrivelse av f.eks. et omstøtelseskrav også må tas med i betraktningen. Bestemmelsen synes med andre ord å åpne for at boet kan utøve et visst skjønn med hensyn til hvordan boets verdier best kan realiseres.

Dersom boet har begrensede midler og/eller det er usikkerhet knyttet til hvorvidt et krav vil føre frem, kan ordlyden derfor peke mot at boet etter en avveining må kunne tillatte seg å overdra et usikkert krav dersom det fremstår som det mest hensiktsmessige for kreditorfellesskapet. At et mulig krav som i prinsippet kunne vært avhendet i stedet besluttet å overhodet ikke skulle forfølges kan jo neppe sies å være noe godt alternativ for kreditorfellesskapet.

3.3.4 Skiftesamlingens kompetanse

Av kkl. § 98 følger det at «de vedtak skiftesamlingen gjør, skal være bindende for bostyreren og bostyret, med mindre de blir underkjent i henhold til kkl. § 99»⁴³

Skiftesamlingen er rettsmøter der kreditorene og bostyret samles for å diskutere bobehandlingen og eventuelt ta stilling til hva som skal gjøres med tvilsomme krav (eksempelvis omstøtelseskrav) jf. kkl. § 118 første ledd. Skiftesamlingen utgjør dermed boets øverste organ ettersom deres vedtak er bindende for bostyreren og bostyret.⁴⁴ At skiftesamlingen er boets øverste organ kan i seg selv indikere at lovgiver har ment det bør ligge en viss valgfrihet for boet og kreditorfellesskapet i hvordan de ønsker å behandle boets både aktuelle og latente verdier. Om skiftesamlingen anser det ønskelig å overdra et omstøtelseskrav kan det at de innehar kompetansen som øverste myndighet tilsi at en avgjørelse om dette bør ligge hos dem.

⁴² Kkl. § 117 første ledd 1. pkt.

⁴³ Kkl. § 98

⁴⁴ Andenæs (2012) s. 29

Kkl. § 118 regulerer skiftesamlingens rolle ved behandlingen av tvilsomme krav og i det følgende vil denne analyseres for å se hvilken betydning den kan ha for en overdragelsesadgang.

3.3.5 Kkl. § 118 betydning for overdrageligheten av omstøtelseskrav

3.3.5.1 Innledede om kkl. § 118 ved behandlingen av omstøtelseskrav

I Namtvedtdommen (Rt. 1994 s. 792) anførte medkontrahenten at omstøtelseskrav i konkurs ikke kan overdras og fremhevet at «... dette følger av kravets karakter, og har sterk støtte i konkursloven § 118.»⁴⁵

Av kkl. § 118 første ledd følger det at dersom bostyreren eller bostyret finner det tvilsomt om boet bør søke å gjøre gjeldende en rett som antas å tilkomme det, skal spørsmålet forelegges skiftesamlingen til avgjørelse.⁴⁶

Bestemmelsen forstås å regulere både situasjonen der bostyret under tvil mener at kravet ikke bør forfølges, og de situasjoner der bostyret under tvil mener at kravet *bør* forfølges. Foreligger det ikke slik tvil er bostyret etter bestemmelsen ikke pliktige til å forelegge spørsmålet for skiftesamlingen. Ordlyden kan altså forstås som at bostyret kan beslutte å la vær å forfølge et omstøtelseskrav om de mener det ikke foreligger tvil omkring hvorvidt dette er hensiktsmessig.

For et omstøtelseskravs vedkommende kan vi altså ha å gjøre med den situasjon at boet står overfor en mulig omstøtelsessak, men hvor det er stor usikkerhet knyttet til hvorvidt det vil være gunstig å forfølge kravet. Som utgangspunkt kunne man derfor tenke det naturlig å la det være opp til skiftesamlingen å avgjøre hva som skal skje med kravet. Likevel kan bestemmelsen i kkl. § 118 gi uttrykk for at det for slike tvilsomme krav kreves en bestemt fremgangsmåte.

Av kkl. § 118 annet ledd følger det at dersom skiftesamlingen beslutter at boet ikke skal forfølge sin mulige rett, kan enhver fordringshaver som har stemt mot vedtaket ta opp saken på boets vegne innen en frist retten fastsetter, så lenge det ikke er inngått forlik mellom boet og vedkommende motpart. Fordringshaveren må i tilfelle påta seg ansvar og stille sikkerhet som retten fastsetter for det tap boet måtte lide ved at saken fremmes.⁴⁷

⁴⁵ Rt. 1994 s. 792 på s. 796

⁴⁶ Kkl. § 118 første ledd

⁴⁷ Kkl. § 118 annet ledd

Det er etter kkl. § 118 annet ledd et vilkår at det på skiftesamlingen er avgjort at boet *ikke selv* skal forfølge omstøtelseskravet, og videre at det kun er de fordringshavere som *stemte for* at kravet skulle forfølges som nå har rett til å ta det opp på boets vegne.

Annet ledd tredje punktum forstås slik at forfølgelsen av kravet fortsatt skjer *på vegne av boet*, og at den aktuelle kreditor enten må stille egne midler eller sikkerhet til disposisjon for det mulige tap boet påføres ved forfølgelsen.

Av kkl. § 118 tredje ledd følger det at fordringshaveren selv må bære omkostningene ved forfølgningen, men om det fører til at bomassen øker, kan denne kreve «rimelige omkostninger» dekket forlods av det innvunne beløp.⁴⁸ Ordlyden «rimelige omkostninger» legger etter naturlig språklig forståelse opp til en skjønnsbasert vurdering der kreditor f.eks. ikke bør kunne kreve sine omkostninger dekket fullt ut dersom det er blitt byttet advokat ved flere anledninger under rettssaken eller f.eks. utbetalt et uforsvarlig høyt salær. Likevel må det antas at regelen som utgangspunkt tilsier at kreditor får dekket sine omkostninger i forbindelse med forfølgelsen for at den resterende sum så går inn i boet. Den aktuelle kreditors gjenstående krav mot boet vil da normalt være et dividendekrav som nå forutsetningsvis har økt noe i størrelse som en følge av de tilførte midler.

Et relevant spørsmål for kkl. § 118 første ledd første og annet punktum blir om lovgiver har ment å forutsette at det aktuelle kravet kun kan forfølges på to måter. Enten av (1) boet selv, eller (2) av den enkelte kreditor på boets vegne. For (2) det tilfelle at kravet forfølges av den enkelte kreditor vil midlene vunnet fra omstøtelsesøksmålet inngå i bomassen. Den eventuelle gevinst for kreditoren vil kun bestå i det han måtte oppnå i form av økt dekningsgrunnlag for sitt opprinnelige krav i boet. Avhengig av hvilke krav de ulike kreditorer måtte ha i boet er det derfor en mulighet for at hoveddelen av et vunnet krav vil inngå til dekning av dividende- og massekrav som tilhører andre kreditorer.

Det må riktignok understrekes at kkl. § 118 ikke er en bestemmelse som utelukkende retter seg mot omstøtelseskrav. Det kan også være snakk om konkursdebitors allerede eksisterende fordringer på tredjemenn som i motsetning til et omstøtelseskrav vil inngå i boets opprinnelige generalbeslag⁴⁹. Slike krav omfattes også av kkl. § 118 men kan neppe forstås å være gjenstand for noen bestemt overdragelsesbegrensning. Dersom skyldneren ved konkursåpning f.eks. står med et uoppfylt betalingskrav mot en medkontrahent fra et avtaleforhold, vil bostyret fritt kunne overdra dette kravet videre om de anser det som det mest gunstige. Er det der-

⁴⁸ Kkl. § 118 tredje ledd

⁴⁹ Jf. dekn. § 2-2

imot etter boets skjønn tvilsomt om dette betalingskravet vil føre frem vil regelen i kkl. § 118 tilsa at kravet skal fremlegges for avgjørelse hos skiftesamlingen. Skulle skiftesamlingen så komme til at kravet ikke bør forfølges er det likevel lite som tilsier at kravet ikke kan overdras – enten dette er til boets egne kreditorer eller en tredjepart.

3.3.5.2 Bestemmelsen uthulet mht. omstøtelseskrav?

Legger man til grunn at omstøtelseskrav *de lege lata* fritt kan overdras vil bestemmelsen i kkl. § 118 annet ledd om kreditors subsidiære forfølgelsesrett kunne argumenteres for å være noe uthulet når det gjelder behandlingen av omstøtelseskrav spesifikt. Risikoen ved forfølgelse av et usikkert omstøtelseskrav er ofte stor og ved en eventuelt tapt rettssak vil den subsidiært forfølgende kreditor kunne stå igjen med et større tap enn han hadde i forkant av konkursen. For kreditorene vil derfor en adgang til å få kravet overdratt til seg selv nesten alltid fremstå langt mer gunstig. Ettersom kreditoren ved subsidiær forfølgelse selv må dekke omkostningene er risikoen ved en eventuelt tapt rettssak uansett den samme, men gevinsten fra en vunnet sak vil etter overdragelse være langt mer tiltalende. Midlene skal da ikke lenger skal fordeles mellom samtlige kreditorer, men blir værende hos kravshaveren alene. Om rettstilstanden innebar at omstøtelseskrav kunne overdras til boets risikovillige kreditorer fremfor at de benyttet seg av den subsidiære forfølgelsesrett i kkl. § 118 er det derfor lite som tilsier at kreditorene ville foretrukket sistnevnte. Det måtte i så fall vært ønskelig å spre risikoen på flere kreditorer hvilket i prinsippet er det som skjer når boet selv forfølger kravet.

Et sentralt moment skiller likevel situasjonen hvor kreditor får kravet overdratt til seg da dette forutsetter at kreditoren kjøper kravet av boet. Kostnaden for kreditor ved å forfølge kravet på egen hånd er derfor automatisk noe større ved en overdragelse. Kreditorens økte fortjeneste ved at midlene fra kravet nå tilkommer denne alene vil nok likevel langt på vei oppveie for dette. Størrelsen på kravet, sannsynligheten for å vinne frem, samt prisen for å få kravet overdratt til seg vil være avgjørende momenter for kreditor ved en mulig overdragelse.

Det sjeldne tilfelle at kreditor ser seg bedre tjent med å benytte seg av den subsidiære forfølgelsesrett kan selvsagt også forekomme. Dette kan eksempelvis være der vedkommende har et prioritert krav i boet eller er den eneste kreditor med et betydelig dividendekrav som ser at midlene fra en vellykket forfølgelse hovedsakelig vil gå til dekning av dette.

Likevel vil en overdragelse for kreditor i lys av de ovennevnte argumenter nok som hovedregel fremstå langt mer gunstig enn å inndrive kravet til fordel for boet i tråd med fremgangsmåten i kkl. § 118. Om man la til grunn at rettstilstanden åpnet for at omstøtelseskrav fritt kunne overdras til boets kreditorer kan derfor kkl. § 118 sies å miste noe av sin betydning når det gjelder behandlingen av omstøtelseskrav. Hvorvidt man av dette kan slutte at lovgiver har

ment at kkl. § 118 avskjærer en overdragelsesadgang for omstøtelseskrav synes likevel noe uklart.

3.3.5.3 *Dissenterende kreditorer avskåret fra overdragelse?*

Et annet spørsmål i tilknytning til kkl. § 118 er hvorvidt kreditorene som på skiftesamlingen stemte *mot* at kravet skulle forfølges av boet også avskjæres fra å få kravet overdratt til seg, eller om kravet nå fritt kan avhendes til hvem som helst.

Skulle boet ønske å overdra kravet vil deres eneste mål være å få solgt det til høyest mulig pris. Likevel vil en «taktisk» kreditor med viten om at ingen av de andre kreditorene vil forfølge kravet til fordel for boet kanskje stemme mot forfølgelse med den påfølgende virkning at han selv kan få overdratt kravet til seg. En slik ordning er ikke strid med ordlyden i kkl. § 118 men synes klart å gå imot hva bestemmelsen legger opp til, som er en adgang for kreditor til å opptre som partshjelp for boet. Nevnte kreditor vil ved overdragelse kunne sikre seg selv en bedre posisjon, hvorpå den samme kreditor kanskje hadde vært villig til å forfølge kravet til inntekt for hele kreditorfellesskapet om dette sto som eneste alternativ til at kravet ikke ble forfulgt. Forutsetter man at kravet kun kan forfølges «på boets vegne»⁵⁰ vil nok dette medføre at færre krav forfølges, men samtidig sikre at midlene fra de forfulgte krav faktisk inngår i bomassen.

På en side kan det derfor synes rimelig at det kun er kreditorene som stemte for at kravet skulle forfølges som nå også har rett til å få kravet overdratt til seg. Man vil da sørge for at kreditorene som erverver kravet iallfall først har utvist vilje til å hjelpe kreditorfellesskapet som helhet. På den annen side vil det etter en demokratisk avgjørelse hos skiftesamlingen om at kravet ikke skal forfølges være likegyldig for kreditorfellesskapet hvem som nå blir erverver av kravet. Dette kan tilsi at hvem som helst, både utenforstående tredjeparter og de kreditorer som stemte mot forfølgelse nå kan erverve kravet. At en strategisk anlagt kreditor benytter seg av en slik mulighet vil uansett gi boet en gevinst og dersom ingen annen kreditor eller tredjepart ønsker å kjøpe kravet blir dette boets beste alternativ.

3.3.5.4 *Oppsummering*

Forutsetter man at omstøtelseskrav står i den særstilling under kkl. § 118 at de kun kan forfølges på to måter, kan et spørsmålstegn på lovgiversiden kanskje settes ved hvorfor kkl. § 118 ikke sammen med de nevnte fremgangsmåter oppstiller et tredje alternativ som nettopp omta-

⁵⁰ Jf. kkl. § 118 annet ledd 1. pkt.

ler adgangen til overdragelse. Fraværet av en bestemmelse som omhandler et slikt scenario kan være en indikasjon på at lovgiver har ment at det kun er den oppstilte fremgangsmåten som gjelder. En slik forståelse kan likevel vanskelig sies å kunne utledes direkte av bestemmelsen da den omhandler skiftesamlingens myndighet ved avgjørelse ikke bare av tvilsomme *omstøtelseskrav*, men alle boets tvilsomme krav.

Grunnen til at omstøtelseskrav under kkl. § 118 kan befinne seg i en særstilling, er ikke nødvendigvis basert på den nevnte fremgangsmåten i kkl. § 118 alene.

3.3.6 Et krav om at omstøtelsesmidlene alltid inngår i bomassen?

Regelen i deknl. § 5-1 kan synes å gi uttrykk for at omstøtelseskrav bare kan påberopes av konkursboet jf. overskriften «i hvilke bo kan omstøtelse skje»⁵¹. Den tilhørende uttalelse i forarbeidene om at omstøtelse etter dekningsloven antakelig kun kan påberopes av boet selv synes også langt på vei å indikere dette.⁵² Ser man dette «eksklusivitetsprinsipp» i sammenheng med regelen i kkl. § 118 kan bestemmelsen for omstøtelseskravs vedkommende enklere argumenteres for å begrense seg til at kravet enten må forfølges av boet selv eller en av konkursskyldnerens kreditorer på boets vegne.

En slik forståelse av reglene legger Nilsen til grunn, som hevder at rettsreglenes vilkår (herunder deknl. § 5-1 og kkl. § 118) ikke fullt ut kan oppfylles dersom forfølgelsen skjer av andre enn boet selv.⁵³ «Det fremgår av lovteksten i omstøtelsesreglene at det bare er boet—ikke enkeltkreditorer—som er i posisjon til å forfølge dekningslovens omstøtelseskrav.»⁵⁴ Med «lovteksten i omstøtelsesreglene» forstås Nilsen her å sikte til blant annet deknl. § 5-1 der det heter at omstøtelse kan skje i «konkursbo» mfl. Nilsen hevder også at den subsidiære rett kreditor har til å forfølge kravet etter kkl. § 118 må skje på «på boets vegne» og at resultatet som følge av selve omstøtelsen da må komme kreditorfellesskapet til gode.⁵⁵ Herunder viser Nilsen til en uttalelse i forarbeidene om omstøtelse av sikkerhetsstillelser etter Deknl. § 5-7: «Utvalget understreker at omstøtelsen skjer til fordel for boet. Ved omstøtelse av en eller flere panteretter må konkursboet således stilles som om det var trådt inn i panteretten».⁵⁶

⁵¹ Deknl. § 5-1

⁵² NOU 1972:20 s. 283

⁵³ Nilsen (1996) avsnitt 10

⁵⁴ Nilsen (1996) avsnitt 7

⁵⁵ Nilsen (1996) avsnitt 6

⁵⁶ NOU 1972:20 s. 295

Der en panterett omstøtes, legger forarbeidene til grunn at den ledige posisjon ikke skal være gjenstand for opptrinnsrett for de understående panthavere, men at omstøtelsen medfører at den tidligere pantebeheftede del av formuesgodet frigjøres som dekningsobjekt for kreditorfellesskapet. Man kunne her tenke seg at den frigjorte posisjon skulle innebære opptrinnsrett for de understående panthavere, men disse har ikke hatt forventning om noen bedre stilling enn den de opprinnelig avtalte med konkursdebitor. Når den aktuelle panterett da omstøtes er rettsvirkningen at den frafalles som om den aldri hadde eksistert. At andre panthavere for det tilfelle opprinnelig ville avtalt seg inn i en bedre posisjon enn den de nå står med kan ikke tilsi at de har krav på *en bedre posisjon* enn de faktisk oppnådde ved avtalen. Det fremstår derfor naturlig med en slik løsning at den nå frigjorte del av formuesgodet i stedet går inn i dekningsmassen til dekning for kreditorfellesskapet. Av etterfølgende rettspraksis er dette standpunkt nå sikker rett, se blant annet Rt. 2014 s. 833 avsnitt 32.

Det interessante aspekt ved omstøtelse av pant er at rettsvirkningen av et vunnet søksmål alltid vil tilgodese hele kreditorfellesskapet. Også om et slikt krav overdras vil resultatet av omstøtelsen derfor uansett tilfalle boet. Hadde virkningen av omstøtelse vært en opptrinnsrett for understående panthaver kunne det derimot tenkes at en enkeltkreditor med understående pant ville ønsket å forfølge kravet. Det er imidlertid lite trolig at en slik kreditor vil ha interesse i å kjøpe kravet av boet ettersom en subsidiær forfølgelse etter kkl. § 118 i en slik sammenheng vil tjene det samme formål.

Uttalelsene i forarbeidene⁵⁷ og regelen om at omstøtte panteretter utelukkende skal komme kreditorfellesskapet til gode kan tale for at *enhver* omstøtelse skal tjene kreditorfellesskapet. Dette er også i tråd med likhetshensynet konkursinstituttet og omstøtelsesreglene bygger på. En slik betraktning vil tilsi at omstøtelseskrav ikke kan overdras da selve inndrivelsen av kravet ikke vil skje til fordel for boet, men til kravets erverver alene.

På den annen side kan det argumenteres for at et eventuelt salg av et omstøtelseskrav iallfall indirekte kan innebære at «omstøtelse skjer til fordel for boet». Denne forståelse forutsetter en noe mildere tolkning av rettsreglene. Riktignok vil omstøtelsen nå skje fra erververen og ikke boets side, og det er altså snakk om *salget av kravet* med en eventuell videre omstøtelse som må utgjøre at «omstøtelsen skjer til fordel for boet». For å da kunne si at *selve* omstøtelsen skjer til fordel for boet forutsettes det at omstøtelseskravet fører frem. Men så snart kravet er overdratt er det tross alt ikke lenger relevant for boet om det fører frem eller ikke. Rekkefølgen er her sentral: dersom boet avhender kravet vil de *uansett* tilføres midlene de oppnår ved salget, og hvorvidt omstøtelseskravet så fører frem vil i realiteten være helt uten betydning.

⁵⁷ NOU 1972:20 s. 283 og NOU 1972:20 s. 295

Strengt tatt må man vel si at den eventuelle omstøtelse fra erververen *ikke* skjer til fordel for boet. En slik forståelse legger også Nilsen til grunn.⁵⁸ Om lovgiver har ment å legge så strenge føringer på omstøtelseskrav fremstår imidlertid ut fra de ovennevnte kilder usikkert.

En annen forståelse man kan utlede av kildene er nemlig at reglene først og fremst etablerer at boet er rettssubjektet som råder over omstøtelseskravet. Denne forståelse legger Lunde til grunn.⁵⁹ Han hevder at å kreve at «all omstøtelse skjer til fordel for boet» blir å «strekke rettskildene for langt».⁶⁰ Lunde omtaler kravet om at omstøtelsen alltid skal skje til fordel for boet som interessesympunktet – altså en tolkning som tar utgangspunkt i formålet og interessen omstøtelsesreglene skal tjene.⁶¹ Dette kan ifølge Lunde ikke tilsi mer enn at det er kreditorfellesskapet som i utgangspunktet *forfører* over kravet og at boet og kreditorfellesskapet derfor fritt kan råde over kravet i tråd med den alminnelige hovedregel om fri adgang til overdragelse av formuesrettigheter.⁶²

Det er ut fra lovreglene klart at det er konkursboet som i utgangspunktet er rette saksøker for omstøtelseskravet. Uttalelsen i forarbeidene om at «omstøtelse skjer til fordel for boet»⁶³ samt prinsippet om at omstøtelse skal bidra til å gjenopprette situasjonen til slik den sto seg før konkurs synes å sikte til mer enn bare det faktum at det er boet som forfører over kravet.

Et sentralt aspekt ved omstøtelsesreglene er at de kan sies å være et middel eller verktøy som skal tilbakestille skyldnerens økonomiske situasjon til slik den var om den omstøtelige disposisjon ikke hadde funnet sted. Når et mulig omstøtelseskrav dukker opp på boets hånd kan det derfor ikke sies å utgjøre en tilsvarende aktivapost som f.eks. konkursskyldneren beslaglagte bil eller faste eiendom. Snarere er omstøtelseskravet et middel som skal sikre at den eventuelle «bortkomne» bil eller faste eiendom tilbakeføres. En eventuell overdragelse av omstøtelseskravet avskjærer muligheten for en slik tilbakestillende effekt og er dermed ikke direkte i tråd med omstøtelsesreglenes gjenopprettende prinsipp.

På den annen side kan både boet og kreditorfellesskapet ha kommet til at en forfølgelse av kravet er for kostnadskreven og uforutsigbar. Reelle hensyn tilsier da at overdragelse bør være mulig. Overdragelsen av kravet vil da tilføre boet en viss verdi, om så dette er en beskjeden sum. Reusch understreker også dette, og argumenterer videre med at dersom med-

⁵⁸ Nilsen (1996) avsnitt 11, 12 og 13

⁵⁹ Lunde, Lov og Rett, 1996, Punkt 6, s. 258

⁶⁰ Samme sted.

⁶¹ Samme sted.

⁶² Samme sted.

⁶³ NOU 1972:20 s. 295

kontrahenten forstår at boet uansett ikke vil gå til søksmål vil det neppe heller være mulig å oppnå noe gjennom en forliksforhandling.⁶⁴

Tillot man overdragelse av omstøtelseskrav kan det derimot tenkes at konkursskyldnerens medkontrahent var villig til å inngå mer rimelige forlik. Medkontrahenten vil nå i en forliksforhandling ikke lenger kunne sette seg på bakbena i visshet om kravet ikke blir forfulgt dersom boet ikke har midler til å finansiere en retts sak. Frykten for en rettsforfølgelse fra en potensiell erverver av kravet kan da gi medkontrahenten insentiv til å inngå et mer lønnsomt forlik enn hva boet ville oppnådd ved salg. Eksistensen av en overdragelsesadgang kan altså i seg selv slå ut til fordel for boet, også der denne ikke benyttes.

Hensynet til kreditorfellesskapet tilsier derfor at overdragelse bør tillattes. Både fordi boet kan oppnå midler ved salg, og videre at de kan få styrket mulighetene til å inngå forlik.

Nilsen mener likevel at hensynet til kreditorfellesskapet ikke oppveier for den lovforutsetning konkursreglene oppstiller om at midlene fra et vunnet omstøtelseskrav skal tilfalle kreditorfellesskapet og i utgangspunktet ingen andre.⁶⁵ Han understreker at formålet med de spesielle omstøtelsesregler i motsetning til den generelle erstatningsregel er at de skal gjøre det lettere for boet å vinne frem, noe som illustreres ved at reglene i stor grad oppstiller lempeligere vilkår.⁶⁶ Nilsen hevder at disse forenklinger er gjort for å tilgodese kreditorfellesskapet alene og at et salg av omstøtelseskravet til underpris vil medføre at cesjonaren får en kravsposisjon han ikke fra lovgivers side var ment å ha.⁶⁷

På en side kan det nok ligge et poeng i at reglene er utformet med lempeligere vilkår i lys av den krevende situasjon et konkursbo ofte befinner seg i. Å forfølge kravet synes lite fristende for både boet og kreditorfellesskapet, og en overdragelse fremstår som eneste aktuelle mulighet for å oppnå en viss gevinst. At erververen så blir tilført en noe «tilfeldig fordel» ved at kravet overdras til ham kan vel for enkelte fremstå noe urimelig sett i lys av hvem reglene er ment å tilgodese.

På den annen side vil det virke vel så urimelig for kreditorfellesskapet at medkontrahenten blir sittende igjen med hele utbyttet fra den antatt illojale disposisjon etter en avsluttet bobehandling dersom omstøtelseskravet ikke forfølges. Det er da strengt tatt medkontrahenten som oppnår en tilfeldig fordel i stedet. Dette understrekes også av Lunde, som samtidig påpeker at

⁶⁴ Reusch (1997) Punkt 6, s. 841.

⁶⁵ Nilsen (1996) avsnitt 13

⁶⁶ Nilsen (1996) avsnitt 13

⁶⁷ Samme sted.

om kreditor kunne forfulgt kravet for egen regning og risiko vil det medføre en økt interesse i å gjennomføre omstøtelsessøksmål.⁶⁸

Det faktum at flere omstøtelsessøksmål blir gjennomført som en følge av en overdragelsesadgang kan på en side være et argument for overdragelse. Dette likevel kun i den utstrekning gjennomføringen av flere omstøtelsessøksmål virker forebyggende mot at en skyldner og hans medkontrahent foretar omstøtelige disposisjoner i fremtidige situasjoner. Så snart et omstøtelseskrav er solgt tjener imidlertid omstøtelsen ikke lengre sitt opprinnelige formål for det enkelte bo. Hvorvidt omstøtelsessøksmålet etter en overdragelse gjennomføres har jo liten betydning for boet, da det er midlene fra salget alene som utgjør deres gevinst. Selges kravet derimot til en av skyldnerens kreditorer (noe Lunde forutsetter⁶⁹) kan dette kanskje ha noe for seg, men kreditorens omstøtelsessøksmål bli da en prosess som går på siden av konkursbehandlingen. Man kan kanskje argumentere for at det er bedre at midlene fra omstøtelsen tilfaller en enkeltkreditor enn medkontrahenten, men midlene vil da ikke gå til dekning av kreditorens boskrav. Den ervervende kreditors krav i boet vil bestå slik det stod seg før overdragelsen og samtidig øke som en følge av summen han betaler boet for overdragelsen. Det er kun hvis kreditor benytter forfølgelsesadgangen i kkl. § 118 at midlene tjener til dekning for hele kreditorfellesskapet, og således ivaretar reglens gjenopprettelses- og likhetshensyn.

Hovedspørsmålet vil ligge i om man faktisk kan oppstille dette strenge vilkåret om at midlene fra et omstøtelsessøksmål alltid inngår i bomassen, men den påfølgende virkning at kkl. § 118 begrenser seg til de to nevnte alternativer. At fremgangsmåten i kkl. § 118 tilnærmet aldri vil være ønskelig for kreditorene å benytte om man la til grunn at det forelå en overdragelsesadgang kan også indikere at lovgiver har ment å oppstille en slik begrensning. Legger man en slik forståelse til grunn kan det ikke sies å være åpning for at omstøtelseskrav i konkurs kan overdras.

Noe uklart er det likevel om en så streng tolkning kan utledes av rettskildene. At en overdragelse fra boets side anses å være den mest innbringende behandlingen av et krav er også i tråd med konkursinstituttets formål om å sikre kreditorene størst mulig dekning og taler derfor på sin side for overdragelse. Styrkede muligheter for å inngå forlik underbygger også dette.

Domstolene har i andre sammenhenger behandlet ulovfestede skranker om konkursboets adgang til å overdra krav som i det følgende vil drøftes nærmere. I den følgende redegjørelse vil betydningen av dommen og de momenter som trekkes frem her diskuteres nærmere.

⁶⁸ Lunde (1996) Punkt. 4.4, s. 250

⁶⁹ Samme sted.

3.3.7 Rt. 2008 s. 385, om konkursboets adgang til overdragelse av et restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-7. Betydningen av dommen for den aktuelle problemstilling.

I Rt. 2008 s. 385 var spørsmålet om et restitusjonskrav etter lov om aksjeselskaper (aksjeloven) § 3-7⁷⁰ kunne overdras fra konkursboet til en tredjemann. Flere av argumentene som trekkes frem i dommen kan likevel også ha betydning for spørsmålet om adgangen til overdragelse av et omstøtelseskrav.

Hovedforskjellen på et restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-7 og et omstøtelseskrav ligger i at nevnte restitusjonskrav oppstår allerede på selskapets hånd i forkant av en konkurssituasjon og dermed ved konkurs inngår i boets generalbeslag etter dekl. § 2-2. Et omstøtelseskrav er derimot et virkemiddel som i utgangspunktet er forbeholdt konkursboet eksklusivt for å muliggjøre en gjenopprettelse av dekningsgrunnlag for kreditorfellesskapet. Hensynene som taler for overdragesadgang for et konkursbo kan likevel være sammenfallende for begge typer krav.

I saken hadde et konkursbo inngått avtale med selskapet Vista Holding AS (heretter «Vista») om overdragelse av alle krav boet måtte ha mot GL prosjektsservice. Et av spørsmålene Høyesterett behandlet var om et restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-7 jf. § 3-6 kunne overdras fra konkursboet til Vista. Høyesterett besvarte spørsmålet bekræftende og viste til at utgangspunktet i norsk rett er at formuerettslige krav kan overdras samt at ingen av de hensyn som ble fremholdt i saken var av en slik betydning at det kunne oppstilles noe ulovfestet forbud mot overdragelse.⁷¹ Det ble i partenes anførsler blant annet vist til dommen i Rt. 1994 s. 792, betydningen av kkl. § 118 og de to nevnte artikler av henholdsvis Tore Lunde og Erik Myhr Nilsen. I dommen ble særlig hensynet til kreditorfellesskapet fremhevet som argument for at overdragelse måtte tillattes.

Erververen av kravet, Vista, anførte at det klare utgangspunkt i norsk rett er at et krav fritt kan overdras og hevdet at det for et konkursbo ikke er noen lovfestede grenser. Videre pekte de på at diskusjonen i teorien har knyttet seg til omstøtelseskrav, «hvilket det ikke var tale om her».⁷²

⁷⁰ Lov 13. juni 1997 nr. 4 om aksjeselskaper

⁷¹ Rt. 2008 s. 385 avsnitt 61

⁷² Rt. 2008 s. 385 avsnitt 43

Motparten, GL Prosjektsservice, fremholdt på sin side at «et kravts egenart bør også kunne medføre at andre enn opprinnelig fordringshaver må utelukkes på kravssiden, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 1994 s. 792 – Namtvedtdommen – som gjaldt et omstøtelseskrav. Høyesterett bør avklare rettstilstanden.»⁷³

Under spørsmålet om Vista(cesjonaren) kunne gjøre det kravt gjeldende boet måtte ha mot GL Prosjektsservice AS uttalte førstvoterende at:

«... utgangspunktet i norsk rett er at formuerettslige kravt kan overdras. Jeg kan, som tingretten og lagmannsretten, ikke se at det på ulovfestet grunnlag kan etableres et forbud mot at et konkursbo avhender et restitusjonskravt etter aksjeloven. Som tingretten drøfter i større detalj, er det vanskelig å se at hensynet til medkontrahenten, bevissituasjonen eller kreditorfellesskapet tilsier en slik begrensning. Der kreditorfellesskapet er gjort oppmerksom på at det finnes et mulig kravt, men har unnlatt å forfølge dette videre, må det være anledning for boet til å overdra kravet til tredjemann. Riktignok er det en mulighet for at enkelte vil spekulere i å kjøpe slike kravt billig, for så å forfølge kravet, men å hindre dette er eventuelt en lovgiveroppgave. Problemstillingen er for øvrig, som tingretten fremhever, den samme i alle tilfeller der et usikkert kravt erverves.»⁷⁴

Særlig følgende uttalelser kan også knyttes opp mot situasjonen når det gjelder spørsmålet om overdragelse av omstøtelseskravt: «Der kreditorfellesskapet er gjort oppmerksom på at det finnes et mulig kravt, men har unnlatt å forfølge dette videre, må det være anledning for boet til å overdra kravet til tredjemann ... Problemstillingen er for øvrig, som tingretten fremhever, den samme i alle tilfeller der et usikkert kravt erverves.»⁷⁵

Dersom kreditorfellesskapet er gjort oppmerksom på et kravts eksistens og ikke har ønsket å forfølge kravet videre vil det under enhver omstendighet være i deres interesse med en overdragelse for å iallfall få en viss verdi ut av det.

Usikkerheten rundt adgangen til overdragelse av et omstøtelseskravt ligger som nevnt i de foregående drøftelser som kan tilsa at omstøtelseskravet er underlagt føringer for eksklusivitet som medfører at de kun kan påberopes av konkursboet selv eller av en kreditor på boets vegne i tråd med reglene i kkl. § 118. Uttalelsen fra Høyesterett om at der det er snakk om «et mulig kravt» kan i prinsippet brukes om ethvert kravt, også omstøtelseskravt, men uttalelsen må i sakens kontekst forstås å kun gjelde for restitusjonskravt etter aksjeloven.

⁷³ Rt. 2008 s. 385 avsnitt 28

⁷⁴ Rt. 2008 s. 385 avsnitt 61

⁷⁵ Rt. 2008 s. 385 avsnitt 61

Høyesteretts henvisning til tingrettens redegjørelse der det uttales at «problemstillingen er den samme i alle tilfeller der et usikkert krav erverves» kan også være relevant som argument under spørsmålet om et omstøtelseskrav kan overdras. Her skal vi se nærmere på tingrettens vurdering av saken.

Tingretten fastsetter innledningsvis at om det skal foreligge et forbud mot overdragelse av krav, må dette enten søkes i avtale eller lov. Det fremstod videre klart for tingretten at det ikke for et restitusjonskrav etter aksjeloven forelå noen slik begrensning. Et eventuelt forbud måtte da oppstilles på ulovfestet grunnlag.⁷⁶

Tingretten viser til de to artikler av Tore Lunde og Erik Myhr Nilsen og uttaler her følgende:

«Retten vil påpeke at det i denne saken ikke dreier seg om overdragelse av omstøtelseskrav, slik at det som er fremkommet i teorien om dette temaet, ikke uten videre kan overføres til denne saken. Retten er likevel av den formening at de hensyn som taler for og mot adgangen til å overdra omstøtelseskrav, i stor grad vil være sammenfallende med de krav som er fremmet i denne saken.»⁷⁷

Tingretten tok ikke stilling til om en tilsvarende adgang eller forbud eventuelt burde gjelde også ved overdragelse av et omstøtelseskrav. Uttalelsen må snarere forstås å innebære at de hensyn det redegjøres for i de to nevnte artikler etter tingrettens oppfatning også kan gjøres gjeldende der det er snakk om overdragelse av et restitusjonskrav som i den foreliggende sak.

Videre la tingretten til grunn at det ikke forelå noen opplysninger som tilsa at kreditorfelleskapet eller enkeltkreditorer så seg tjent med å forfølge restitusjonskravet og at bostyrer dermed sto overfor to muligheter; enten å ikke foreta seg noe med kravet, eller avhende det til tredjemann for å sikre at boet ble tilført noen midler. De fremhevet også at en situasjon som den foreliggende måtte være tilfellet i mange konkursbo, der boet har få midler og at dette ofte ender med at krav ikke blir forfulgt.⁷⁸

Tingretten drøfter så de nærmere hensyn knyttet til aksjelovens § 3-6 om ulovlig utdeling og påpeker at reglene skal forhindre at en aksjonær tapper selskapet, hvilket både skal ivareta hensynet til de andre aksjonærene, samt selskapets egne kreditorer.⁷⁹

⁷⁶ TKARM-2006-498, Rettens bemerkninger

⁷⁷ TKARM-2006-498, Rettens bemerkninger

⁷⁸ TKARM-2006-498, Rettens bemerkninger

⁷⁹ TKARM-2006-498, Rettens bemerkninger

Det at hensynene bak reglene om ulovlige utdelinger i aksjeselskap blant annet er ment å ivareta selskapets kreditorer kan på en side danne grunnlag for en tanke om at kravet må kunne sidestilles med et omstøtelseskrav i konkurs. En ulovlig utdeling kan i prinsippet medføre et redusert dekningsgrunnlag for kreditorfellesskapet ved en etterfølgende konkurs, men hensynet til selskapskreditorene vil samtidig også gjøre seg gjeldende utenfor en konkurssituasjon.

Et restitusjonskrav etter aksjelovens § 3-7 har normalt heller ingen særlig tilknytning til reglene i konkurs utover det at det også kan bli gjenstand for forfølgelse fra konkursboets side, og etter dommen i Rt. 2008 s. 385, overdragelse fra et konkursbo til tredjemann. Omstøtelseskravet er som diskutert i en noe annen stilling da hovedformålet med omstøtelsesreglene er å sikre en gjenopprettelse av dekningsmassen som illojalt ble fratatt kreditorfellesskapet i forkant av konkursåpning. Dette hensyn gjør seg ikke gjeldende på samme måte for et restitusjonskrav etter aksjeloven selv om virkningen av en forfølgelse riktignok kan bli at boet tilføres midler. De tidligere nevnte bestemmelser som dekl. § 5-1 og uttalelsene i konkursreglernes forarbeider indikerer også at omstøtelsesreglene som utgangspunkt må anses å være et «verktøy» eksklusivt forbeholdt boet.

Høyesteretts henvisning til tingrettens drøftelse om at problemstillingen vil være den samme der et usikkert krav erverves kan likevel være en indikasjon på at hensynene det er snakk om også vil være aktuelle om det var et omstøtelseskrav man ville overdra. At boet har få midler og dermed ikke kan forfølge et omstøtelseskrav er et av hovedargumentene for overdragelse.

I saken ble det også fra GL Prosjektsservice side både for tingretten og Høyesterett anført at boets behandling av kravet var i strid med Kkl. § 118. Høyesterett gikk ikke inn på dette men i tingrettens behandling av saken diskuteres bestemmelsens betydning for spørsmålet nærmere.

Tingretten påpekte at det er opp til bostyreren å vurdere om et krav skal forelegges for skiftesamlingen i tråd med reglene i Kkl. § 118 og la videre til grunn at opplysningene i saken tilsier at det ikke har vært tvil hos bostyreren omkring hvorvidt kravet skal forelegges skiftesamlingen. Videre påpekte tingretten at dersom kravet skulle vært fremlagt for skiftesamlingen til avgjørelse ville dette likevel ikke fratatt bostyreren retten til å avhende kravet til en tredjemann.⁸⁰

⁸⁰ TKARM-2006-498, Rettens bemerkninger

For diskusjonen om kkl. § 118s betydning for omstøtelseskrav vises det til de tidligere drøftelser. Spørsmålet i saken her gjaldt et restitusjonskrav etter aksjeloven og dommen kan derfor ikke tas til inntekt for å avklare rettstilstanden når det gjelder adgangen til overdragelse av et omstøtelseskrav i konkurs.

Likevel ligger det et vesentlig poeng i at for det tilfelle kreditorene er blitt gjort oppmerksomme på et krav og ikke har valgt å forfølge det videre tilsier gode hensyn at konkursboet bør ha adgang til å overdra kravet.

Hensynene, deriblant de som er nevnt her, kan derfor langt på vei trekke i retning av at adgang til overdragelse av omstøtelseskrav under visse omstendigheter bør være tillatt.

3.4 Øvrige problemstillinger ved overdragelse

3.4.1 Innledning

Som fremstillingen har vist er det mest tungtveiende hensyn for en overdragelsesadgang at dette kan være i boet og kreditorfellesskapets egeninteresse. At overdragelse er den eneste mulighet for å oppnå en viss gevinst fra kravet understøttes også av formålet bak konkursinstituttet om å gi kreditorene størst mulig dekning.

I det følgende skal vi se på noen alternative hensyn og problemstillinger knyttet til overdragelse. Flere av betraktningene er hentet fra de tre artikler som er skrevet om problemstillingen og drøftelsen vil derfor i stor grad ta utgangspunkt i disse.

3.4.2 Hensynet til medkontrahenten

Som generelt ved overdragelse av krav er det lite som tilsier at medkontrahenten utsettes for noen særlige vanskeligheter etter en overdragelse. Lunde påpeker at medkontrahenten uansett må forholde seg til en «fremmed» part enten det er boet eller erververen som gjør omstøtelseskravet gjeldende.⁸¹ Reusch bemerker, trolig med en noe humoristisk undertone, at det heller ikke etter dagens rettstilstand er noen forskjell i hvilke tvangsmidler som står til den aktuelle kreditors disposisjon slik at medkontrahenten normalt ikke blir hardere rammet ved et kreditorskifte; «Etter Gulatingsloven Kap. 15 kunne kreditor ta den insolvente debitor til trell og hugge av ham hvor han vil, oventil eller nedentil dersom trellden nektet å utføre det arbeid

⁸¹ Lunde (1996) Punkt 4.2, s. 248

han ble satt til».⁸² En slik risiko bærer medkontrahenten for et omstøtelseskrav ikke i dag, enten kravet retter seg fra konkursboet selv eller den etterfølgende cesjonar.

3.4.3 Oppgjørstekniske utfordringer ved overdragelse

Lunde diskuterer en problemstilling ved overdragelse med hensyn til de motkrav medkontrahenten kan gjøre gjeldende mot henholdsvis konkursboet eller erververen.⁸³ Etter de objektive omstøtelsesregler skal oppgjøret skje ved naturalrestitusjon dersom noen av partene forlanger det jf. dekl. § 5-11 annet ledd, og at boet dermed for slike tilfeller ikke alene kan velge oppgjørsmåte.⁸⁴ Hvis boet som følge av at medkontrahenten velger naturaloppgjør får en naturalforpliktelse, kan denne ikke oppfylles av erververen med mindre overdragelsesavtalen med boet setter erververen i posisjon til det.⁸⁵ At erververen da ikke kan prestere en slik motytelse hevder Lunde er noe vedkommende selv må bære risikoen for ved inngåelsen av overdragelsesavtalen, og kan derfor ikke tilsi at det bør oppstilles et overdragelsesforbud av hensyn til medkontrahenten.⁸⁶ For subjektiv omstøtelse etter Deknl. § 5-9 påpeker Lunde at oppgjør vil være mindre problematisk, ettersom medkontrahenten etter Deknl. § 5-12 ikke kan kreve naturalrestitusjon og at erververen trolig da uansett vil fremsette kravet som et erstatningskrav.⁸⁷ Han bemerker at oppgjøret da vil bestå i et rent pengeoppgjør og dermed ikke by på noen oppgjørstekniske utfordringer.⁸⁸

Forutsetningen for den nevnte problematikken ved et naturaloppgjør er at boet ved overdragelsen av omstøtelseskravet avtaler at erververen av kravet også skal være ansvarlig for det motkrav medkontrahenten måtte oppnå. Det er imidlertid ikke gitt at boet også overdrar pliktene som følger av omstøtelseskravet, men man må anta at enhver oppegående bostyrer ikke overdrar et omstøtelseskrav der mulige motkrav kan oppstå uten å forsikre seg om at motkravet kun kan rettes mot erververen. Motkravet vil oppstå enten som en følge av at omstøtelseskravet fører frem, eller at medkontrahenten mot formodning aksepterer kravet. Springer kravet ut av de objektive omstøtelsesregler og medkontrahenten krever naturaloppgjør etter dekl. § 5-11 annet ledd fremstår det som rimelig at risikoen for dette påhviler erververen. At erververen da eventuelt ikke kan prestere sin motytelse i omstøtelsesoppgjøret med den følgende konsekvens at omstøtelsen ikke kan gjennomføres kan neppe tilsi at overdragelse ikke

⁸² Reusch (1997) Punkt 6, s. 841

⁸³ Lunde (1996) Punkt 5.3, s. 255

⁸⁴ Samme sted.

⁸⁵ Samme sted.

⁸⁶ Samme sted.

⁸⁷ Samme sted.

⁸⁸ Samme sted.

bør være tillatt. En slik konsekvens, om den så sjeldent skulle oppstå, må forutsettes å være fullt ut synlig for erververen på overdragelsestidspunktet – særlig når boet sikrer seg at eventuelle motkrav kun kan rettes mot erververen. Den eventuelle følge at et motkrav fra medkontrahenten på naturalrestitusjon etter Deknl. § 5-11 ikke kan imøtegås av erververen vil som Lunde påpeker trolig kun føre til at erververens omstøtelseskrav ikke kan gjennomføres.

Ved subjektiv omstøtelse etter Deknl. § 5-9 er det som Lunde understreker noe enklere, da medkontrahenten ikke har mulighet til å påvirke oppgjørsformen.

Situasjonen kan derimot stille seg noe annerledes hvis vi forutsetter at boet ved overdragelse ikke har inngått noen avtale med erververen om hvordan et eventuelt motkrav fra medkontrahenten skal håndteres. Som nevnt fremstår dette som et lite tenkelig scenario, men situasjonen kan i prinsippet likevel oppstå.

Lunde bemerker her at dersom et omstøtelseskrav overdras og gjennomføres vil det motkrav medkontrahenten oppnår mot boet, normalt bestå i et dividendekrav for den betingede fordring som følge av den omstøtelige disposisjon.⁸⁹ Det kan ved omstøtelsesoppgjøret også oppstå et massekrav, for eksempel hvis medkontrahenten ved et naturaloppgjør må tilbakeføre en fast eiendom hvor han ved omstøtelsesoppgjøret har krav på fradrag for påløpte utgifter.⁹⁰

Etter dekl. § 9-2 første ledd 3) skal «andre forpliktelser» påført skyldnerens bo under bobehandlingen dekkes som massefordring. Ordlyden «andre forpliktelser» må forstås å favne bredt. Etter dekl. § 5-11 annet ledd skal en eventuell verdiutligning ved naturaloppgjør skje ved betaling fra en av sidene. Det er denne betaling Lunde forstås å sikte til som massekravet medkontrahenten oppnår mot boet, ettersom denne må anses å være en forpliktelse «pådratt under bobehandlingen» i tråd med dekl. § 9-2 første ledd 3).

Lunde hevder videre at boet ikke kan fritas fra sine forpliktelser uten kreditors samtykke slik at medkontrahenten fra overdragelsestidspunktet fortsatt står med en betinget dividendefordring mot boet frem til en eventuelt fullført omstøtelsessak.⁹¹ Kravet vil da utgjøre medkontrahentens opprinnelige ytelse til skyldneren i forbindelse med den omstøtelige disposisjon som nå forfaller ved omstøtelsesoppgjøret. At denne situasjon kan oppstå vil ifølge Lunde være et argument mot overdragesadgang da det kompliserer bobehandlingen, men han påpeker at dette kan løses.⁹² Kun hvis omstøtelseskravet for erververen ikke fører frem vil denne beting-

⁸⁹ Samme sted.

⁹⁰ Samme sted.

⁹¹ Samme sted.

⁹² Samme sted.

ede fordring bortfalle. For å håndtere at et eventuelt motkrav kan oppstå fremhever Lunde at boet etter Kkl. § 133 annet jf. første ledd ved utlodningen kan avsette dividende for en fordring som beror på en betingelse som ennå ikke er inntruffet.⁹³ Fører omstøtelseskravet fra erververen ikke frem vil det skje en etterutlodning av de avsatte midlene til kreditorfellesskapet i stedet, i tråd med Kkl. § 129. Det at en overdragelse av omstøtelseskravet medfører at bobehandlingen forsinkes fordi den betingede fordring først forfaller på et langt senere tidspunkt kan likevel ikke begrunne et overdragelsesforbud, hevder Lunde. Videre påpeker Lunde det at kreditorene her potensielt blir ventende på avgjørelsen av den betingede fordringen kan avhjelpest ved å foreta foreløpige utlodninger etter Kkl. § 127.⁹⁴

Det er flere utfordringer knyttet til medkontrahentens motkrav ved fravær av avtale om at omstøtelseskravets erverver også overtar pliktene som følger av en eventuell omstøtelse. Bobehandlingen kan trekke ut i tid og kreditorene blir ventende på at en eventuell utlodning enten skal fordeles mellom dem eller gå til dekning av medkontrahentens betingede fordring.

Løsningen på hvordan det vil stille seg om medkontrahenten oppnår et eventuelt massekrav mot boet kommenterer Lunde ikke nærmere.

Det fremstår riktignok som et noe teoretisk tilfelle, men det at boet kan bli stilt overfor et prioritert krav fra medkontrahenten som følge av et omstøtelsesoppgjør med verdiutligning etter Deknl. § 5-11 annet ledd vil naturlig nok komplisere bobehandlingen. Etter Kkl. § 133 annet ledd jf. første ledd skal «dividende» som faller på en fordring som beror på en betingelse som ennå ikke er inntruffet settes inn på en separat konto inntil spørsmålet om fordringens godkjennelse er avgjort.⁹⁵ Etter naturlig språklig forståelse synes bestemmelsen ikke å omfatte eventuelle massekrav som måtte oppstå i forbindelse med bobehandlingen. Størrelsen på den betingede dividendefordring er gitt og dermed forutsigbar mens et massekrav basert på påløpte utgifter for en fast eiendom kan ikke på forhånd fastsettes.

At boet etter overdragelse av et omstøtelseskrav skal settes i en situasjon der den faste eiendom nå «tilbakeføres» til erververen av omstøtelseskravet mens verdiutligningskravet rettes mot boet selv er neppe ønskelig. Scenarioet fremstår likevel usannsynlig i praksis da man som nevnt må anta at konkursboet også overfører pliktene etter omstøtelseskravet til erververen. Gjør de det er det også avgjørende at boet sørger for at medkontrahenten aksepterer erververen som ny debitor skulle det være anledning for at motkrav oppstår. Ved debtorskifte kreves

⁹³ Samme sted.

⁹⁴ Samme sted.

⁹⁵ Kkl. § 133

det i norsk rett at kreditor samtykker i byttet, enten uttrykkelig eller ved konkludent atferd. Dette er blant annet fastsatt i Rt. 2008 s. 969.⁹⁶

Det er viktig å understreke at dette kun vil komme på spissen der boet har unnlatt å verne seg mot et eventuelt motkrav. At dette både kan forsinke bobehandlingen og føre til uheldige utfall for boet kan på en side være et argument mot overdragelsesadgang. Situasjonen vil likevel bare oppstå ved overdragelse av omstøtelseskrav etter de objektive regler, hvilket nok i praksis forekommer sjeldnere. En medkontrahent vil jo trolig heller ikke akseptere erververen som ny debitor for den betingede motfordring da han forstår at boet ved fravær av overdragelse neppe vil forfølge kravet selv. Poengene her illustrerer nok derfor først og fremst at sannsynligheten for at boet vil overdra et omstøtelseskrav etter de objektive regler er relativt liten.

Det er heller erstatningskrav etter dekl. § 5-9 som antas å være av interesse for boet å overdra og disse vil normalt bestå i rene pengekrav og ikke medfører noen lignende oppgjørsteknisk risiko jf. medkontrahentens manglende adgang til å kreve naturaloppgjør.⁹⁷ Skulle *erververen* kreve naturaloppgjør etter dekl. § 5-12 må han forutsetningsvis selv bære risikoen for ikke å være i besittelse av medkontrahentens opprinnelige motytelse til konkursskyldneren, og dette kan dermed verken ramme boet eller medkontrahenten.

Hensynet til medkontrahenten ved en overdragelse er derfor av liten betydning når det kommer til hvem som måtte stå som kreditor for omstøtelseskravet, men kan teoretisk sett by på enkelte utfordringer når det gjelder medkontrahentens mulige motkrav mot boet. De oppgjørstekniske problemer som kan oppstå ved motkrav synes likevel lite tenkelige i praksis og kan derfor ikke tillegges stor betydning for om det bør gjelde et overdragelsesforbud.

3.4.4 Hensynet til erververen, bevis

Lunde påpeker at det er avgjørende at erververen med viten og vilje har påtatt seg risikoen det innebærer å kjøpe et usikkert krav.⁹⁸ At bevissituasjonen kan bli vanskeliggjort vil derfor måtte være noe erververen tar med i vurderingen ved overdragelsen, som sammen med flere andre momenter kan få utslag i vederlagssummen for kravet.⁹⁹ Til slutt fremhever Lunde at sakens eventuelt svekkede opplysningsgrunnlag under domstolsbehandlingen heller ikke kan anses som noe tungtveiende argument.¹⁰⁰

⁹⁶ Rt. 2008 s. 969 avsnitt 28

⁹⁷ Deknl. § 5-12

⁹⁸ Lunde (1996) Punkt 4.4, s. 250

⁹⁹ Samme sted.

¹⁰⁰ Samme sted.

Erververen utsetter seg frivillig for den risiko det innebærer å overta kravet, og en eventuelt vanskeliggjort bevissituasjon må inngå som en naturlig del av vurderingen han legger til grunn for avtalen om overdragelse. Det må likevel antas at boet ved en overdragelse kan fremforhandle en bedre pris ved å sette erververen i best mulig posisjon til å forfølge kravet, herunder utlevering av relevant bevisinformasjon. Er erververen en av boets egne kreditorer kan det også tenkes at bevissituasjonen i liten grad er endret, hvilket i så fall bare vil være en fordel for den aktuelle erverver.

3.4.5 Kontrollhensyn, proforma

Et annet scenario som fremheves av Lunde er faren for proformakjøp av omstøtelseskrav fra medkontrahentens «gode hjelpere».¹⁰¹ Dette innebærer at medkontrahenten etter nærmere avtale med sin «hjelper» får vedkommende til å kjøpe kravet til en pris under kravets pålydende mot at kravet så ettergis for tilsvarende eller noe høyere verdi.

Ifølge Lunde kan kontrollhensyn tilsi forbud mot overdragelse ettersom slike arrangementer vil være vanskelige å angripe, men fremhever samtidig at proformaarrangementer også kan forekomme ved kjøp av andre typer krav, uten at dette har medført noen større diskusjon om et overdragelsesforbud.¹⁰²

Et proforma-arrangement som det ovennevnte vil i prinsippet innebære at medkontrahenten lurer seg til et slags «forlik» med boet gjennom en alternativ fremgangsmåte. Hvis boet er villige til å selge kravet til medkontrahentens stråmann, gjør de det etter en vurdering om at kravet ikke vil være lønnsomt å forfølge selv, slik at et salg er den beste løsning. At stråmannen så velger å ettergi kravet til medkontrahenten er økonomisk sett helt irrelevant for boet. Hadde boet hatt bedre alternativer, enten det besto i alternativt salg eller egen forfølgelse av kravet ville disse fremgangsmåter forutsetningsvis ha blitt valgt.

At slike proformaarrangementer kan finne sted fremstår derfor ikke som noe tungtveiende argument mot overdragelsesadgang.

3.4.6 Samfunnshensyn

¹⁰¹ Lunde (1996) Punkt 4.5, s. 251

¹⁰² Lunde, Lov og Rett, 1996, Punkt 4.5, s. 251

Lunde trekker også frem at konkurslovens regler om behandlingen av konkursbo er uttrykket for samfunnets interesse i at det finnes visse saksbehandlingsregler når en debitor ikke kan gjøre opp for seg.¹⁰³ Han påpeker at det kan fremstå noe uheldig at et omstøtelseskrav, som skal ivareta hensynet til likebehandling av kreditorene blir gjort til gjenstand for omsetning og spekulasjon ved salg til «langt under pari» med håp om å oppnå gevinster.¹⁰⁴ Videre trekker Lunde frem at en forsvarlig bobehandling forutsetningsvis innebærer at et mulig omstøtelseskrav behandles i tråd med det som måtte være best for kreditorfellesskapet.¹⁰⁵ Når samtlige kreditorer samtykker i at kravet overdras kan det derfor ikke være noe tungtveiende argument mot en overdragelsesadgang at reglene som danner grunnlag for etableringen av slike krav ikke var skapt for å begunstige en etterfølgende cesjonar.¹⁰⁶

Argumentet om hvilken interesse reglene er skapt for å verne kan på en side tale for at omstøtelsesreglene utelukkende skal benyttes til dette formål: å sikre at konkursdebitors midler gjenopprettes og fordeles forholdsmessig mellom kreditorene.

Likevel må det være av betydning at kreditorene selv har sagt seg villige til at kravet overdras – da har kreditorene i praksis frasagt seg ønsket om å bli vernet av reglene og heller vurdert sine interesser best ivaretatt gjennom et arrangement som går noe på siden av reglenes opprinnelige formål. Fjerner man forutsetningen om kreditorenes bekjentskap med kravet vil det riktignok stille seg noe annerledes, men det synes et lite tenkelig scenario at kreditorene faktisk har ønsket å forfølge kravet til gevinst for boet og at bostyrer så likevel beslutter å overdra kravet til «spekulasjonspris».

3.4.7 Fare for omgåelser ved overdragelsesforbud

Reusch diskuterer den mulige situasjon hvor boet formelt sett står som saksøker men der det foreligger en avtale med enten en av boets kreditorer eller annen utenforstående tredjemann om at gevinsten fra søksmålet skal tilfalle denne ved en vunnet omstøtelsessak.¹⁰⁷ Han påpeker her at faren for slike omgåelser likevel er liten på grunn av skifterettens kontrollmyndighet etter kkl. § 99.¹⁰⁸

¹⁰³ Samme sted.

¹⁰⁴ Samme sted.

¹⁰⁵ Samme sted.

¹⁰⁶ Samme sted.

¹⁰⁷ Reusch (1997) Punkt 6, s. 843

¹⁰⁸ Samme sted.

Situasjonen forutsetter at man anser et overdragelsesforbud å gjelde. Det nevnte arrangement mellom bostyrer og kreditor- eller annen tredjepart kan uten en overdragelsesadgang i prinsippet oppstå og dermed undergrave hovedregelen om at omstøtelsesmidlene skal inngå i bmassen. Forutsetningsvis betaler da medkontrahenten boet en sum tilsvarende det man ellers ville blitt enige om for overdragelse av kravet, i tillegg til omkostningene boet påføres for rettsforfølgelsen. Avtalen vil i seg selv tjene det samme formål som en overdragelse og dersom overdragelser ikke var tillatt bør vel et slikt arrangement heller ikke kunne gjennomføres.

Spørsmålet er da om Kkl. § 99 gir retten grunnlag til å kunne avskjære muligheten for en slik ordning.

Av kkl. § 99 annet ledd følger det at tingretten av eget tiltak ved kjennelse kan oppheve eller omgjøre vedtak truffet av bostyreren, bostyret eller skiftesamlingen, dersom vedtaket: 1) er i strid med skyldnerens, en fordringshavers, eller en tredjepersons rett; 2) er ulovlig i andre henseender, eller 3) er åpenbart urimelig.¹⁰⁹

Bestemmelsen forstås å åpne for at tingretten kan oppheve en avtale som nevnt mellom boet og en av dets kreditorer eller annen tredjepart dersom ett av de tre alternative vilkår er oppfylt. Om avtalen er inngått etter vedtak fattet av bostyret, skiftesamlingen eller bostyrer alene er uten betydning.

Etter første alternativ synes det mest naturlig å tenke seg at avtalen kan være i strid med «en fordringshavers» rett i den grad den kan medføre en omgåelse av omstøtelsesreglene og dermed føre til et tapt dekningsgrunnlag for fordringshaveren(e). Likevel kan omstøtelsesreglene kun i begrenset omfang påberopes av den enkelte fordringshaver (etter den subsidiære forfølgelsesrett i Kkl. § 118) og det kan også være tilfellet at de enkelte fordringshavere selv har sagt seg enige i at denne «omgåelsesavtalen» skal inngås. Vilkåret etter første alternativ synes derfor i liten grad aktuelt å benytte for å oppheve et slikt arrangement.

Ordlyden «ulovlig i andre henseende» etter alternativ 2) synes etter sin naturlige språklige forståelse å være vid. Skulle tingretten mene at et omgåelsesarrangement var i strid med omstøtelsesreglene fordi disse bare kan påberopes av boet selv vil avtalen på dette grunnlag kunne oppheves. Var det derimot adgang til å overdra omstøtelseskrav ville et slikt arrangement trolig uansett ikke funnet sted. Alternativ 2 virker som det mest naturlige grunnlag for å oppheve en slik avtale.

¹⁰⁹ Kkl. § 99 annet ledd

Etter tredje alternativ ville man trolig også kunne argumentere for at avtalen var «åpenbart urimelig» i den forstand at dens hensikt utelukkende ville vært å omgå omstøtelsesreglens formål. Ordlyden synes likevel snarere å sikte til at avtalen må være urimelig for en av dens parter. Etter forarbeidene i konkursloven til Kkl. § 99 fremgår det at tredje alternativ i sterkt begrenset utstrekning gir retten kontrolladgang også med hensyn til boets forvaltningsskjønn, nemlig når boorganets beslutning er åpenbart urimelig.¹¹⁰ Det påpekes her at reglen i praksis har vist seg å ha betydning der eksempelvis flertallet på en skiftesamling på åpenbart sviktende premisser har satt sitt forretningsmessige skjønn opp mot bostyrets.¹¹¹ Ut fra uttalelsene i forarbeidene kan det tyde på at tredje alternativ ikke er særlig relevant til bruk for en kontrolladgang mot et slikt omgåelsesarrangement. Dette kun med mindre skiftesamlingen har besluttet å inngå en slik avtale på tross av at omstøtelseskravet egentlig fremstår gunstig for boet å forfølge selv til inntekt for kreditorfellesskapet. Et «fullgodt» omstøtelseskrav vil likevel neppe bli fremlagt for skiftesamlingen til avgjørelse i utgangspunktet. Samtidig er det nok heller ikke slike tilfeller Reusch i sin uttalelse sikter til, men snarere det at målet med avtalen har vært å omgå et ellers forutsatt overdragelsesforbud. Som nevnt i forarbeidene er adgangen etter alternativ 3) uansett snever¹¹², også jf. ordlyden «åpenbart urimelig».¹¹³

Det er derfor trolig kkl. § 99 annet ledd alternativ 2) som fremstår mest aktuelt hvor retten vil kunne tilsidesette avtalen dersom den skulle anses «ulovlig i andre henseende», her med sikte på at den vil være gjort for å omgå et ellers forutsatt overdragelsesforbud.

Hvorvidt slike avtaler forekommer i praksis er vanskelig å si noe om, men ettersom den rådende rettsoppfatning synes å være at det er noe uklart om omstøtelseskrav kan overdras er det mer sannsynlig å tenke seg at konkursbo heller velger alminnelig overdragelse. At enkelte konkursbo vil benytte seg av en slik fremgangsmåte dersom et overdragelsesforbud gjaldt kan vel heller ikke i seg selv være et argument *mot* overdragelse når dette uansett kan oppheves.

3.4.8 Forfølgelse etter konkursens avslutning

Et annet aktuelt spørsmål kan være hvordan et omstøtelseskrav skal behandles dersom man først oppdager muligheten til forfølgelse av et slikt krav etter konkursens avslutning. Er samtlige av boets rettigheter og plikter overdratt til en tredjemann ved avtale vil et mulig omstøtelseskrav stå i en særstilling da et spørsmål vil være om erververen av bomassen kan påberope seg omstøtelse «utenfor» bobehandlingen. Prinsippet om at omstøtelse skal skje til fordel

¹¹⁰ NOU 1972:20 s. 167

¹¹¹ NOU 1972:20 s. 167

¹¹² NOU 1972:20 s. 167

¹¹³ kkl. § 99 annet ledd

for boet for å gjenopprette kreditorfellesskapets dekningsmasse er da tatt helt ut av bildet. Var man kjent med at det lå mulige omstøtelseskrav i boet ved salget vil dette på sin side ha virket inn på prisen og slikt sett begunstiget kreditorfellesskapet. Oppdages den omstøtelige disposisjon først av boets erverver er situasjonen derimot en annen. Her kan det likevel argumenteres med at boet ved en bloc-overdragelse må ha lagt til grunn at mulige omstøtelseskrav som senere dukker opp i så fall tilfaller erververen.

Av kkl. § 139 følger det at retten ved kjennelse kan bestemme at en avsluttet bobehandling skal fortsette når det viser seg at krav eller eiendeler som skulle ha gått inn i boet, er holdt utenfor bobehandlingen uten at det kan bebreides boets vedkommende. Om ikke annet bestemmes av retten, har fortsettelsen av bobehandlingen ikke andre virkninger for skyldneren enn de som er nødvendige for at boet skal kunne gjøre gjeldende sine rettigheter. Retten bestemmer om og i tilfelle i hvilken utstrekning fortsettelsen av bobehandlingen skal kunngjøres.¹¹⁴

Vilkåret for gjenåpning av bobehandlingen er at det viser seg at et krav som skulle inngått i boet ble holdt utenfor bobehandlingen uten at dette kan bebreides boet selv. Skulle dette være tilfelle for et omstøtelseskrav vil spørsmålet være om et slikt krav nå kan forfølges av boets kreditorer. Et annet aspekt ved dette er hvis boet har overdratt samtlige eiendeler og rettigheter i boet til en tredjemann og det så etter avsluttet bobehandling viser seg å være grunnlag for å gjøre gjeldende et omstøtessøksmål. Etter bestemmelsens annet punktum presiseres det likevel at det er «boet» som skal kunne gjøre sine rettigheter gjeldende. Dette kan indikere at retten til å forfølge krav i en allerede avsluttet bobehandling er forbeholdt boet selv etter bestemmelsen. Bestemmelsen synes likevel ikke å ha til hensikt å si noe om overdrageligheten av omstøtelseskrav generelt. Skulle man derfor mene at omstøtelseskrav i konkurs fritt kan overdras vil retten til å forfølge et krav som oppstår etter avsluttet bobehandling trolig bero på avtalen mellom boet og erververen (ved bloc-overdragelse). Boet kan eksempelvis ha overført «alle aktuelle og fremtidige rettigheter og plikter i boet» og et senere oppstått omstøtelseskrav må da antakelig anses omfattet.

3.5 Svensk og dansk rett

Dekningsloven og konkursloven ble utviklet i et samarbeid mellom de nordiske landene, herunder Norge, Sverige og Danmark og Finland.¹¹⁵

¹¹⁴ kkl. § 139

¹¹⁵ NOU 1972:20 s. 2 og 3

I den følgende fremstilling vil jeg kort redegjøre for hva de svenske og danske rettskilder gir uttrykk for mht. en overdragelsesadgang.

3.5.1 Dansk rett

Konkursloven¹¹⁶ i Danmark behandler både de materielle og prosessuelle bestemmelser i en samlet lov, i motsetning til den norske oppdeling i henholdsvis konkursloven og dekningsloven.

Omstøtelsesreglene i den danske konkurslov følger av kkl. §§ 64-81 og er innholdsmessig tilnærmet lik de norske regler.

Den tilsvarende bestemmelse til norske kkl. § 118 finner vi i danske kkl. § 137. Av den danske bestemmelsens første ledd følger det at dersom kravet er oppgitt, uten at det er inngått forlik, kan enhver fordringshaver på egen hånd anlegge sak for kravet.¹¹⁷ Av annet ledd følger det at boet skal erstatte fordringshaverens rimelige omkostninger, men kun i det omfang boets midler forøkes.¹¹⁸

Bestemmelsen har ikke samme ordlyd som den norske kkl. § 118 og kan etter første ledd jf. fraværet av en ordlyd tilsvarende «på boets vegne» synes å gi uttrykk for at et eventuelt omstøtelseskrav kan forfølges av den enkelte fordringshaver alene. Fraværet av en slik presisering oppklares imidlertid ved at annet ledd fastsetter at boet skal erstatte fordringshaverens tap. Bestemmelsen forstås derfor å forutsette at forfølgelsen fortsatt skjer til inntekt for boet.

I dansk rettspraksis har problemstillingen tilsynelatende heller ikke blitt behandlet.

Ettersom både omstøtelsesreglene og regelen om skiftesamlingens myndighet i stor grad synes å sammenfalle med den norske, antas spørsmålet her å være underlagt de samme føringer som i norsk rett.

3.5.2 Svensk rett

¹¹⁶ Lovbekendtgørelse nr. 217 af 15. marts 2011 konkursloven (Danmark)

¹¹⁷ kkl. § 137 første ledd (Dk)

¹¹⁸ kkl. § 137 annet ledd (Dk)

De svenske omstøtelsesregler følger av konkurslag kap. 4. § 1-21.¹¹⁹ De materielle bestemmelsene synes også i stor grad å sammenfalle med de norske og danske regler.

Den svenske konkurslov har imidlertid ikke en bestemmelse som tilsvarende den norske kkl. § 118 annet ledd, men oppstiller derimot en subsidiær forfølgingsadgang eksklusivt for omstøtelseskrav.

Etter konkurslag kap. 4 § 19 annet ledd følger det at «[o]m förvaltaren inte vill påkalla återvinning och inte heller ingår förlikning i saken, får en borgenär påkalla återvinning genom att väcka talan vid allmän domstol.»

Lunde legger til grunn at den svenske konkurslovens fravær av en bestemmelse tilsvarende norske kkl. § 118 og danske § 137 tilsier at det i svensk rett er lagt til grunn at omstøtelseskrav ikke kan overdras, ettersom bestemmelsen i konkurslag kap. 4 § 19 annet ledd kun gir enkeltforfølgende kreditor søksmålsadgang til omstøtelseskrav.¹²⁰

Om omstøtelseskrav kan overdras er det i dommen i NJA. 1976 s. 627 også lagt til grunn at:

*«Bestämmelserna i konkurslagen om återvinning får anses förutsätta, att talen om återvinning kan föras endast för konkursboets räkning. Käranden äger därför inte att på grund av den åberopande överlåtelsen från C.A. Södervalls Åkeri Aktiebolags konkursbo föra talan om återvinning för kärandens räkning».*¹²¹

Dommen fastsetter at omstøtelseskrav kun kan forfølges av et konkursbo.

Det synes ikke å foreligge annen rettspraksis fra svensk rett som tar stilling til spørsmålet.

4 Avslutning

Oppgaven gir grunnlag for å trekke slutninger om hvorvidt et omstøtelseskrav i konkurs kan overdras.

¹¹⁹ Konkurslag (1987:672) av 11. juni 1987 (Sverige)

¹²⁰ Lunde (1996) pkt. 5.5

¹²¹ NJA 1976 s. 627, gjengitt ved Nilsen (1996) 3. siste avsnitt

Gjenopprettelses- og likhetshensynet tilsier at midlene fra en omstøtelse skal inngå i bomassen til forholdsmessig fordeling mellom kreditorene. Deknl. § 5-1 og uttalelser i forarbeidene kan tilsi at omstøtelsesreglene kun kan påberopes av boet. Kreditors subsidiære søksmålsadgang etter kkl. § 118 annet ledd kan fremstå noe betydningsløs for omstøtelseskrav dersom en overdragelsesadgang var lagt til grunn å gjelde. Dette kan indikere at lovgiver har forutsatt at midlene fra en omstøtelse alltid skal tilfalle konkursboet.

På den annen side er det et sentralt poeng at konkursbo ofte har begrensede midler å drive bobehandling for, og at et omstøtelseskrav dermed kan være ønskelig å overdra. Hensynet til kreditorfellesskapet må også langt på vei anses i ivaretatt dersom kreditorene selv har sagt seg enige i en overdragelse, noe blant annet dommen i Rt. 2008 s. 385 viser. Kreditorene har da i prinsippet frasagt seg omstøtelsesreglernes vern, og vil under enhver omstendighet være interessert i å få noen midler ut av kravet. Det at en overdragelsesadgang også kan styrke boets muligheter for å oppnå forlik med medkontrahenten er et videre argument for overdragelse. Boets realisasjonsplikt understøtter også en overdragelsesadgang.

Videre er det få andre hensyn som taler mot en overdragelsesadgang. Hverken hensynet til medkontrahenten eller erververen inneholder momenter av betydning som tilsier at overdragelse ikke bør tillattes. De oppgjørstekniske utfordringer ved overdragelse synes i stor grad kun å være av teoretisk betydning, og faren for proformakjøp og omgåelser av et forbud er heller ikke tungtveiende argumenter mot overdragelse.

Svensk og dansk rett tilfører heller ikke problemstillingen noen sentrale argumenter verken for eller mot overdragelse.

Etter dette fremstår spørsmålet om overdragelse *de lege lata* å være åpent.

De lege ferenda mener jeg overdragelse må kunne tillattes under den forutsetning at kreditorfellesskapet er blitt gjort kjent med kravet, og ikke ønsket å forfølge det til inntekt for boet.

Litteraturliste:

Litteratur/Juridisk teori:

Torstein Eckhoff, Jan. A. Helgesen, Rettskildelære, 5. Utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Mads Henry Andenæs. Konkurs. 3. Utgave, Oslo: Calax AS, 2009.

Kåre Lilleholt, Allmenn Formuerett, Fleire rettar til same formuesgode, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.

Lunde, Tore. «Kan konkursboets omstøtelseskrav avhendes?», Lov og Rett 1996, s. 244-258.
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lunde-t-1996-01>

Myhr Nilsen, Erik. «Kan omstøtelseskrav i konkurs overdras?», Lov og Rett 1996, s. 259-262.
https://www.idunn.no/lor/1996/04/kan_omstoetelseskrav_i_konkurs_overdras#xfn_2

Reusch, Christian. «To høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-9 – noen betraktninger», Ånd og rett – festskrift til Birger Stuevold Lassen på 70-årsdagen 19. August 1997 s. 831-843.
<https://lovdata.no/pro/#document/JUS/reusch-chp-1997-01>

Lover:

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning

Lov 8 juni 1984 nr. 58 om gjeldsforhandling og konkurs

Lov 8 juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett

Konkurslag (1987:672) av 11. juni 1987 (Sverige)

Lov 13. juni 1997 nr. 4 om aksjeselskaper

Lov 17 juni 2006 nr. 67 om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav

Lovbekendtgørelse nr. 217 af 15. marts 2011 konkursloven (Danmark)

Forarbejder:

NOU 1972:20 om gjeldsforhandling og konkurs

Ot.prp.nr. 27 (1974-75) Om lov om fordringshavernes dekningsrett

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

Ot.prp.nr.83 (2004–2005) Lov om betaling og innkreving av skatte- og avgiftskrav (skattebetalingsloven)

Rettspraksis:

NJA. 1976 s. 627 (gjengitt ved Erik Myhr Nilsen)

Rt. 1994 s. 792

Rt. 2008 s. 385

Rt. 2008 s. 969

Rt. 2010 s. 918

Rt. 2014 s. 883

TKARM-2006-498 (Dommen er hentet på forespørsel fra Haugaland tingretts arkiv og er vedlagt i eget dokument.)