

Adgangen til å omstøte tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld i medhold av dekningsloven § 5-5 første ledd

Kandidatnummer: 69

Antall ord: 13 321



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1.juni 2017

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	4
1.1	Avhandlingens tema og problemstilling.....	4
1.2	Avgrensning.....	5
1.3	Problemstillingens aktualitet	5
1.3.1	Typetilfeller av tredjemannsbetaling.....	5
1.3.2	Forholdet til dekningsloven § 5-9	7
1.4	Rettskildebildet.....	8
1.4.1	Lovgiverviljen	8
1.4.2	Domstolene og andre rettsanvendere	10
1.4.3	Nordiske rettskilder	12
2	Dekningsloven § 5-5 første ledd	13
2.1	Presentasjon av bestemmelsen.....	13
2.2	Vilkår for omstøtelse	14
3	Vilkåret “betaling ... som skyldneren har foretatt”	16
3.1	Tolkning av vilkårets ordlyd.....	16
3.2	Tolkningsbidrag fra andre rettskilder	17
4	Under hvilke omstendigheter omfattes tredjemanns betaling av dekningsloven § 5-5 første ledd?	22
4.1	Vurderingstema – er det foretatt en indirekte betaling av skyldneren selv?	22
4.2	Belastning av skyldnerens midler.....	22
4.2.1	En forutsetning for omstøtelse?.....	22
4.2.2	Vurderingen av om skyldnerens midler er belastet	26
4.2.3	Belastning av skyldnerens midler ved typetilfeller av tredjemannsbetaling.....	28
4.3	Vurderingsmomenter	31
4.3.1	Tredjemanns betalingshensikt	31
4.3.2	Kreditors kunnskap	34
4.3.3	Initiativtaker	37
4.3.4	Relasjon mellom skyldneren og tredjemann	40
4.4	Oppsummering	41

5	Tilgrenset problemstilling – tredjemanns betaling skjer via skyldnerens konto	43
6	Avsluttende bemerkninger	48
7	Kilderegister	49

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Avhandlingens tema er anvendelse av dekningsloven (heretter «deknl.») § 5-5 første ledd der tredjemann har betalt skyldnerens¹ gjeld til kreditor.

En skyldner kan forut for konkursåpning ha utført handlinger som typisk må betraktes som illojale overfor kreditorfellesskapet, som fører til at midler ikke blir gjenstand for konkursboets beslag. Dette påvirker kreditorfellesskapet i form av en redusert mulighet for dekning av sine krav. Selv om skyldneren hadde fri rådighet over egne midler på dette tidspunktet², kan visse disposisjoner omgjøres eller settes til side i ettertid i medhold av omstøtelsesregler³. Konsekvensen av omstøtelse etter deknl. § 5-5 første ledd er at konkursboet får et krav etter virkningsbestemmelsen i deknl. § 5-11. Betalingsmottaker må fralegge seg berikelsen betalingen har gitt, som medfører at boet får flere frie midler. Midlene kan igjen fordeles rettferdig mellom skyldnerens kreditorer i henhold til lovens regler om prioritet⁴.

I denne avhandlingen er det ikke skyldneren selv, men tredjemann som har utført en betaling. Tredjemann er verken debitor eller kreditor for kravet som blir betalt, men et eget rettssubjekt uten rettigheter eller plikter i tilknytning til kravet. Da det er interessene til *skyldnerens* kreditorer som skal ivaretas av omstøtelsesreglene, vil tredjemanns betaling etter omstendighetene falle utenfor omstøtelsesreglenes virkeområde.

Det kan tenkes at skyldneren ønsker å favorisere visse kreditorer, og dermed forsøker å omgå omstøtelsesreglene ved å la tredjemann utføre betalingen. Omstøtelsesreglene kan også omgå uten at dette er skyldnerens intensjon. Visse betalingsmetoder samt særlige relasjoner mellom skyldneren og tredjemann kan naturlig medføre at tredjemann betaler skyldnerens kreditorer.

¹ Begrepet skyldneren blir i avhandlingen brukt i betydningen konkursskyldneren.

² Konkursloven § 100 første ledd forutsetningsvis, og naturlig følge av eiendomsretten.

³ Omstøtelse reguleres i hovedsak av dekningsloven kapittel 5.

⁴ Regler om rekkefølgen for dekning av fordringer i dekningsloven kapittel 9.

Avhandlingens problemstilling er hvorvidt, og eventuelt under hvilke omstendigheter, det er adgang til å omstøte tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld i medhold av dekl. § 5-5 første ledd. Formålet med avhandlingen er å klarlegge anvendelsesområdet til bestemmelsen.

1.2 Avgrensning

Omstøtelse kan skje i flere typer bo⁵. I avhandlingen vil det imidlertid fokuseres på konkursbo. Både personer, selskaper og andre foretak kan gå konkurs⁶. Det har ingen hensikt å skille mellom disse i avhandlingen, da problemstillingen forholder seg lik i relasjon til samtlige rettssubjekter.

Det er utelukkende det første leddet i dekl. § 5-5 som er gjenstand for den juridiske analysen. Det vil kun knyttes bemerkninger til øvrige ledd i bestemmelsen og andre omstøtelsesbestemmelser i den grad det er relevant for behandlingen av dekl. § 5-5 første ledd.

1.3 Problemstillingens aktualitet

1.3.1 Typetilfeller av tredjemannsbetaling

Bestemmelsen i dekl. § 5-5 første ledd vil ikke være en potensiell omstøtelseshjemmel i alle tenkelige situasjoner der tredjemann har betalt skyldnerens gjeld.

En uforpliktet tredjemann kan ha foretatt en intervensjonsbetaling⁷. Tredjemann har betalt av ren medfølelse for en skyldner med økonomiske problemer, uten at egeninteresser eller betalingsanmodninger er med i bildet, slik at tredjemann ikke har regressrett mot skyldneren. I et slikt tilfelle er det klart at omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5 første ledd ikke er anvendelig⁸.

For å klargjøre problemstillingens aktualitet, er det derfor hensiktsmessig å illustrere noen situasjoner der det *vil* ha praktisk betydning om dekl. § 5-5 første ledd kan anvendes på

⁵ Dekningsloven § 5-1.

⁶ NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 49-52, og <http://www.konkursradet.no/innfoering-i-konkurs.305266.no.html> sist lest 27/5-2017.

⁷ Om intervensjonsbetaling i Bergsåker, *Pengekravsrett*, 3. utgave, Oslo 2015, s. 314-316.

⁸ Om reell betaling av tredjemannsgjeld i Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs Bind 3 Omstøtelse*, Bergen 1992, s. 259.

tredjemannsbetalinger. Dette punktet inneholder imidlertid ikke en uttømmende fremstilling av situasjoner der avhandlingens problemstilling er aktuell.

Én situasjon der bestemmelsen kan være aktuell er der tredjemann har betalt skyldnerens gjeld, for deretter å motregne betalingen i egen gjeld til skyldneren⁹.

En motregning kan vurderes omstøtt etter regelen for omstøtelse av motregning i dekl. § 5-6. Da motregningen ble foranlediget av tredjemanns betaling, er det også nærliggende å vurdere om omstøtelse av betalingen kan skje i medhold av dekl. § 5-5 første ledd.

Et omstøtelseskrav etter dekl. § 5-6 fremmes mot tredjemann, da tredjemann foretok den etterfølgende motregningen. Et omstøtelseskrav for betalingen etter dekl. § 5-5 første ledd rettes mot kreditor, som er betalingsmottaker. Om omstøtelse kan skje etter begge bestemmelsene, har konkursboet en mulighet til å velge hvem det vil rette omstøtelseskravet mot. Høyesterett anerkjente en slik valgfrihet i høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468¹⁰:

«Slik jeg ser det, er det ikke noe avgjørende argument mot at § 5-5 her skal kunne benyttes mot betalingsmottakeren, at § 5-6 eventuelt kunne ha vært benyttet mot tredjemann. Det kan ikke være noe prinsipielt til hinder for at et bo skal kunne velge mellom to måter å omstøte på»

En valgfrihet er av verdi for konkursboet. Om kreditor ikke evner å tilbakeføre den berikelse betalingen har medført, kan det heller rettes et omstøtelseskrav mot tredjemann for motregningen. Og motsatt, dersom det er tredjemann som mangler evne til tilbakeføring. Flere alternativer for omstøtelse bidrar dermed til at konkursboet kan utføre avviklingsprosessen mer effektivt, og at det faktisk får skaffet midler til boet. Følgelig er det aktuelt å avklare hvorvidt dekl. § 5-5 første ledd kan anvendes, selv om dekl. § 5-6 er en alternativ omstøtelseshjemmel ved etterfølgende motregning av tredjemann.

En annen situasjon der dekl. § 5-5 første ledd kan være aktuell er der skyldneren har bedt tredjemann om å betale skyldnerens gjeld til kreditor. Skyldneren har tidligere utstedt en pantobligasjon til tredjemann for ethvert mellomværende, som det er ledig kreditt under. Tredjemann har betalt skyldnerens kreditor, for deretter å trekke opp kravet mot skyldneren.

⁹ Om motregning i Bergsåker 2015 s. 235-265.

¹⁰ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 41.

Bestemmelsen i deknl. § 5-7 gjelder omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Hadde skyldneren stilt *ny* sikkerhet til tredjemann på grunn av betalingen til kreditor, kunne dette ha aktualisert en vurdering av om det i realiteten var en sikkerhetsstillelse for den eldre gjelden til kreditor. I situasjonen som er beskrevet i forrige avsnitt er det imidlertid *ikke* stilt ny sikkerhet. Omstøtelse i medhold av deknl. § 5-7 er derfor utelukket.

Om skyldneren betaler tredjemann tilbake før konkursåpning, kan skyldnerens betaling til tredjemann omstøtes i medhold av deknl. § 5-5 første ledd, såfremt de øvrige vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Det forutsettes derfor at skyldneren ikke har tilbakebetalt tredjemann.

Avhandlingens problemstilling er særlig interessant i et slikt tilfelle, da det ikke finnes en alternativ objektiv omstøtelsesbestemmelse som er aktuell å vurdere. Risikoen for omgåelse av de objektive omstøtelsesreglene settes derfor på spissen, da muligheten for omstøtelse beror *fullt og helt* på rekkevidden til deknl. § 5-5 første ledd.

I avhandlingen skal det gis en *generell* fremstilling av adgangen til omstøtelse av tredjemanns betaling i medhold av deknl. § 5-5 første ledd. De situasjoner av tredjemannsbetalinger som er presentert ovenfor, henholdsvis der tredjemann motregner betalingen i egen gjeld og der tredjemann trekker opp et pantesikret krav, vil brukes til eksemplifisering.

1.3.2 Forholdet til dekningsloven § 5-9

Deknl. § 5-9 er den alminnelige subjektive omstøtelsesregel i norsk rett¹¹. Bestemmelsen gjelder disposisjoner generelt, og inneholder ingen begrensninger vedrørende hvem som kan utføre omstøtelige disposisjoner¹². Bestemmelsen kan derfor fungere som et «sikkerhetsnett» dersom en tredjemannsbetaling ikke omfattes av deknl. § 5-5 første ledd eller øvrige objektive omstøtelsesbestemmelser.

Som det indikeres av betegnelsen *subjektiv* omstøtelsesregel, er anvendelse av bestemmelsen avhengig av at subjektive forhold påvises, i form av skyld hos kreditor. Den skyld som kreves av kreditor knytter seg til kunnskap om skyldnerens vanskelige økonomiske stilling samt kunnskap om de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig¹³. På grunn av skyldkravet kan

¹¹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170.

¹² NOU 1972:20 s. 298.

¹³ Dekningsloven § 5-9 første ledd.

det være bevismessig krevende å anvende bestemmelsen i dekl. § 5-9. Tilfellet kan også være at kreditor faktisk ikke har utvist skyld. Da tilsvarende skyldkrav ikke stilles etter dekl. § 5-5 første ledd, har det praktisk betydning å avklare hvorvidt bestemmelsen omfatter tredjemannsbetalinger. Dersom dekl. § 5-9 ikke kan anvendes, og det eksisterer en mulighet til å omgå dekl. § 5-5 første ledd ved å la tredjemann betale kreditor, er konsekvensen at betalingen ikke kan omstøtes.

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Lovgiverviljen

Utgangspunktet for den juridiske analysen er ordlyden i vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» i dekl. § 5-5 første ledd. Lovtekst er generelt en svært tungtveiende rettskilde, da det gir direkte uttrykk for lovgiverviljen¹⁴. Viktigheten av lovtekstens ordlyd varierer likevel noe, avhengig av hvilket rettsområde en befinner seg på.

Det eksisterer ikke et konkursrettslig legalitetsprinsipp. Det stilles derfor ikke tilsvarende strenge krav til hjemmelsgrunnlag og ordlydsklarhet i konkursretten, som det gjøres på legalitetsprinsippets område¹⁵. At det i formueretten for øvrig finnes et panterettslig legalitetsprinsipp¹⁶ er uten betydning for tolkningen av konkursrettslig lovgivning, da formålet med dette legalitetsprinsippet er spesifikt å begrense adgangen til pantsettelse¹⁷.

Konkursretten er imidlertid et positivrettslig område¹⁸. I juridisk teori ved Nygaard forklares dette slik¹⁹:

«At lovregelen eller lovområdet er positivrettsleg, er eit uttrykk som kan bli brukt i samband med at ein bør fylgja ordlyden»

Lovgiverviljen *skal* alltid følges. Det kan imidlertid være problematisk å avgjøre hva lovgivers vilje er. For å presisere betydningen av å være på et positivrettslig område, så

¹⁴ Om lovtekst i Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo 2012, s. 31-32.

¹⁵ Om legalitetsprinsippet i Monsen 2012 s. 77-80 og s. 141-146.

¹⁶ Panteloven § 1-2 andre ledd, og omtale av bestemmelsen i Skoghøy, *Panteloven med kommentarer*, 3. utgave, Oslo 2016, s. 71.

¹⁷ NUT 1970:2 Rådsegn 8 - Om pant s. 47.

¹⁸ Dette fremgår mellom annet av Rt. 1997 s. 645 på s. 650.

¹⁹ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004, s. 243.

innebærer det at det må utvises forsiktighet med å trekke skjønnsmessige slutninger fra dekningslovens ordlyd i undersøkelsen av lovgiverviljen. Omstøtelseslæren er også i all hovedsak lovregulert²⁰. Det må derfor søkes i lovt tekst etter hjemmel for omstøtelse, og muligheter for å bruke analogier eller ulovfestet rett som hjemmelsgrunnlag er svært snever.

At konkursretten er positivrettslig bestemt er i høyesterettsdommen i Rt. 1997 s. 645 begrunnet med at det er viktig for aktørene i kredittlivet å vite hva de har å forholde seg til samt vanskeligheter med å håndtere reelle hensyn for disse aktørene²¹.

Lovforarbeidet som omhandler dekn. § 5-5 første ledd²² inneholder ingen presiseringer av lovgiverviljen angående hvilke rettssubjekter som kan foreta omstøtelige betalinger.

Lovforarbeidet vil derfor ikke være en sentral rettskilde i avhandlingen.

I søket etter lovgiverviljen er legislative hensyn relevante tolkningsbidrag. Huser fremhever legislative hensyn som viktig i omstøtelseslæren²³:

«Såkalte reelle hensyn – dvs. mer generelle rettshensyn – vil også spille en sentral rolle på et komplisert og praktisk viktig rettsområde som dette, det er vesentlig at regelverket tolkes og anvendes på en helhetlig og hensiktsmessig måte»

Det er derfor hensiktsmessig å gi en grunnleggende oversikt over de relevante legislative hensyn.

Konkurs er en kollektiv gjeldsforfølgning, der det tas generalbeslag i skyldnerens formue²⁴. I stedet for et dekningskappløp, som ved enkeltforfølgning, skal generalbeslaget tilgodese samtlige av skyldnerens kreditorer. Kreditorerne får dekket det de har krav på i henhold til rettsreglene, med prosentvis likedeling for uprioriterte fordringer²⁵. Den likebehandlingstanken som ligger bak konkursinstituttet medfører at hensyn til likhet er viktig i konkursretten.

²⁰ Huser 1992 s. 127.

²¹ Rt. 1997 s. 645 på s. 650.

²² NOU 1972:20.

²³ Huser 1992 s. 127.

²⁴ Aasebø m.fl., *Dekningsloven med kommentarer*, Oslo 2015, s. 23.

²⁵ Dekningsloven § 9-6.

Hensynet til prevensjon og gjenopprettelse har nær sammenheng med likhetshensynet, og er spesielt sentralt for omstøtelsesreglene²⁶. Eksistensen av omstøtelsesreglene skal få skyldnere til å motstå fristelsen til å begunstige visse kreditorer samt forhindre at kreditorer blir svært pågående overfor debitor ved at de er bevisst muligheten for omstøtelse. Der disposisjoner allerede er utført bidrar omstøtelsesreglene til å gjenopprette likheten mellom kreditorene ved å åpne for omgjøring eller tilsidesettelse av disposisjoner.

For å sikre at de preventive og gjenopprettende funksjonene til omstøtelsesreglene er effektive, bør det ikke finnes «smutthull» i lovgivningen. Om muligheten for omgåelser av omstøtelsesreglene unngås, sikres boet en reell og bedre mulighet til å inndrive midler. Hensynet til å unngå omgåelse er derfor relevant ved lovtolkningen.

En disposisjon må være utført innen en viss tidsfrist for at omstøtelse skal kunne skje. Slike tidsfrister fremmer innrettelseshensynet. En kreditor som har mottatt noe må på et visst tidspunkt kunne være trygg på at disposisjonen var rettmessig, uten en stadig løpende risiko for tilbakeføringskrav.

Rettsreglene i konkursretten skal legge til rette for både kunnskap om rettsregler i kredittlivet og at boet skal kunne avvikles på en hensiktsmessig og effektiv måte. Lovgiver har derfor tatt sikte på å utforme klare og retts teknisk enkle regler, for å skape forutberegnelige løsninger. Dersom usikkerhet om rettsreglenes innhold og problematiske grensdragninger unngås, vil det oppstå færre tvister og det vil være enklere for partene å komme til utenrettslige løsninger. Dersom partene ikke kommer til enighet i en tvist, vil reglenes utforming være nyttig for å vurdere prosessrisiko. Konkursboets midler er ikke ubegrenset, og kan dermed medføre at det ikke vil påta seg den økonomiske risiko som ligger i å fremme et usikkert omstøtelseskrav for domstolene. Følgelig er hensynet til klarhet, retts teknisk enkle regler og forutberegnelighet viktig.

1.4.2 Domstolene og andre rettsanvendere

Foruten de rettskildene som knyttes til lovgiver, kan også andre rettskilder være viktige tolkningsbidrag. Det finnes imidlertid bare et fåtall av norske rettskilder som omhandler

²⁶ Om den gjenopprettende og preventive funksjonen i Huser 1992 s.49, og i Andenæs, *Konkurs*, 3. utgave, Oslo 2009, s. 286.

problemstillingen om hvorvidt tredjemanns betaling kan omstøtes i medhold av deknl. § 5-5 første ledd.

Høyesterett behandlet problemstillingen for første og hittil eneste gang i kjennelsen gjengitt i Rt. 2012 s. 468. Avgjørelser avsagt av Høyesterett anses generelt for å være tungtveiende rettskilder i norsk rett²⁷. Høyesterettskjennelsen omhandler en betaling av Centrum Eiendomsmegling AS sine skyldige utgifter på advokattjenester på ca. kr 90 000 til Gram, Hambro og Garman Advokatfirma AS. Betalingen ble utført av morselskapet til skyldneren, Centrum Eiendom AS. Morselskapet hadde gjeld til datterselskapet på ca. kr 870 000, og betalingen ble motregnet i denne gjelden. En av problemstillingene i saken var om deknl. § 5-5 første ledd omfatter tredjemansbetalinger. I tillegg til reelle hensyn og nordisk rett, var lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565 og juridisk teori ved Huser grunnlaget for Høyesteretts domspremisser.

Lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565 gjelder Surface Cleaning Base AS, som opphørte driften av sin virksomhet, og solgte varelager og produksjonsutstyr m.m. til Pro Active Coating AS for en sum på kr 400 000. Kjøper fikk overta lokalene til virksomheten, mot en betaling av selgers skyldige husleie på ca. kr 116 000 til utleieren Scan Tec AS. Denne betalingen ble avregnet i kjøpesummen. Selger gikk deretter konkurs, og det oppstod tvist om kjøpers tredjemansbetaling til utleier kunne omstøtes i medhold av deknl. § 5-5 første ledd.

Det vil knyttes kommentarer til Høyesteretts og lagmannsrettens konklusjoner senere i avhandlingen. Det nærmere innholdet i begge avgjørelsene vil behandles løpende.

Husers bok er utgitt i 1992, før spørsmålet om tredjemansbetaling etter deknl. § 5-5 første ledd ble reist for domstolene. Huser baserte imidlertid noe av fremstillingen sin på rettspraksis tilhørende bestemmelsen i § 44 første ledd i konkursloven av 1863. Deknl. § 5-5 er en videreføring av denne regelen, med en utvidet adgang til omstøtelse²⁸. Huser kunne dermed forutse at tredjemansbetalinger kunne være problematiske også etter den nye omstøtelsesbestemmelsen i dekningsloven. Huser foretar likevel ingen dype og inngående drøftelser om hvorvidt tredjemanns betaling kan omstøtes.

²⁷ Om høyesterettspraksis i Monsen 2012 s. 37-38.

²⁸ NOU 1972:20 s. 291.

Både lagmannsrettspraksis²⁹ og juridisk teori³⁰ har relativt lav rettskildemessig verdi. Likevel vil avgjørelsen i LG-2006-17565 og Huser være relativt viktige bidrag til den juridiske analysen, da det finnes få rettskilder som gjelder omstøtelse av tredjemannsbetalinger.

I dette punktet er det ikke gitt en uttømmende oversikt over relevant rettspraksis og juridisk teori. De rettskilder som er presentert er imidlertid de mest sentrale for avhandlingen.

1.4.3 Nordiske rettskilder

På konkursrettens område er lovgivningen, herunder omstøtelsesreglene, utviklet gjennom et nordisk samarbeid. Det fremgår av forarbeidene til dekningsloven at det i meget høy grad lyktes å harmonisere konkursrettslovgivningen i de nordiske landene³¹.

Selv om rettskilder fra de øvrige nordiske land som utgangspunkt ikke har selvstendig vekt i kartleggingen av norsk rett³², vil lovsamarbeidet medføre at rettskildene likevel er relevante for avhandlingen. Følgende fremgår av juridisk teori ved Aasebø m.fl.³³:

«Rettspraksis viser at dersom en bestemmelse er regulert på liknende måte i et annet nordisk land, så kan rettspraksis og juridisk teori som kaster lys over hvordan bestemmelsen nærmere er å forstå i Sverige eller Danmark (eller Finland), også være relevant ved forståelsen av vår egen dekningslov»

Omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5 har vært trukket fram som et eksempel der svenske og danske rettskilder kan tillegges vekt, da norske rettskilder «glimrer med sitt fravær»³⁴.

²⁹ Om underrettspraksis i Monsen 2012 s. 38-39.

³⁰ Om rettsoppfatninger i juridisk teori i Monsen 2012 s. 41-43.

³¹ NOU 1972:20 s. 283.

³² Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009, s. 61.

³³ Aasebø m.fl. 2015 s. 21-22.

³⁴ Huser 1992 s. 129.

2 Dekningsloven § 5-5 første ledd

2.1 Presentasjon av bestemmelsen

Første ledd i bestemmelsen om omstøtelse av ekstraordinære betalinger i deknl. § 5-5 lyder slik:

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

Bestemmelsen hører som nevnt til de objektive omstøtelsesregler³⁵. Hvorvidt omstøtelsesregelen kan anvendes beror derfor på en objektiv vurdering av de konkrete omstendigheter i en sak. De objektive omstøtelsesregler bygger på en presumsjon om at skyldneren har opptrådt illojalt overfor kreditorfellesskapet og at betalingsmottaker har vært i ond tro³⁶. Dette berettiger omstøtelse i medhold av deknl. § 5-5 første ledd.

Betaling av gjeld er dagligdags både i kredittlivet og det personlige liv. Gjeldsbetaling er derfor som hovedregel en legitim disposisjon. Det kan også anses normalt å betale andres gjeld, selv om det trolig ikke forekommer like hyppig som betaling av egen gjeld.

Det klare utgangspunktet er altså at en betaling betraktes som *ordinær*. Om samtlige vilkår i deknl. § 5-5 første ledd er oppfylt, foreligger det imidlertid et særpreg ved betalingen som medfører at den kan karakteriseres som *ekstraordinær*. Bestemmelsen fungerer dermed som en sikkerhet for at irregulære gjeldsbetalinger skal kunne omstøtes.

Virkingen av omstøtelse etter deknl. § 5-5 første ledd er i henhold til deknl. § 5-11 første ledd at kreditor må fralegge seg den berikelse som er oppnådd ved betalingen. Det avgjørende for beregningen av omstøtelseskravet er hvordan situasjonen ville vært foruten den omstøtelige betalingen, som igjen beror på kreditors nettogevinst³⁷.

³⁵ Om de objektive omstøtelsesregler i Andenæs 2009 s. 287-289.

³⁶ NOU 1972:20 s. 282.

³⁷ Rt. 1996 s. 1647 på s. 1653.

2.2 Vilkår for omstøtelse

I dette punktet vil vilkårene i dekl. § 5-5 første ledd behandles, for å undersøke nærmere hva som kjennetegner en ekstraordinær betaling. Vilåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» ligger i kjernen av avhandlingens problemstilling, og vil analyseres mer inngående i avhandlingens punkt 3.

Det må dreie seg om betaling av «gjeld». Vilåret omfatter skyldnerens allerede pådratte gjeld, og avgrensar dermed bestemmelsens anvendelsesområde mot løpende kontantkjøp³⁸. I høyesterettsdommen i Rt. 2008 s. 1170 ble det ved henvisning til Huser slått fast at gjeldsdekning må være den vesentlige hensikt med betalingen³⁹. Eller som Huser formulerer det – en primær dekningshensikt⁴⁰. En faktisk gjeldsbetaling til skyldnerens kreditor er derfor ikke tilstrekkelig i seg selv.

Å vurdere noens *hensikt* er normalt sett noe som krever subjektive holdepunkter. Det kan derfor spørres om kravet til primær dekningshensikt medfører at gjeldsvilåret inneholder et subjektivt element, og dermed at omstøtelsesregelen i dekl. § 5-5 ikke er objektiv i absolutt forstand.

Rettsanvendere kan bruke opplysninger om en konkret situasjon for å avgjøre hva hensikten til «betalere flest» antakelig ville vært. I følge Huser må hovedhensikten med en betaling fastslås ved en slik objektiv vurdering⁴¹:

«Det er ikke avgjørende hvilke skjulte motiver debitor eller kreditor måtte ha hatt, men hva som etter rettsanvenderens objektive vurdering fremstår som transaksjonens hovedhensikt basert på de foreliggende opplysninger om de individuelle omstendigheter»

Da vurderingen av omstøtelse må knyttes tett opp mot de individuelle omstendigheter, er det imidlertid vanskelig å forestille seg at betalingshensikten faktisk *er* objektiv konstaterbar. Den antatte agendaen til den konkrete betaler vil trolig kaste lys over vurderingen. Det

³⁸ Huser 1992 s. 222.

³⁹ Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 45 med henvisning til Huser 1992 s. 223.

⁴⁰ Huser 1992 s. 223.

⁴¹ Huser 1992 s. 223-224.

konkluderes derfor med at kravet om primær dekningshensikt medfører at det finnes rom for subjektive elementer i gjeldsvilkåret, og dermed også i deknl. § 5-5.

Betalingen må være utført innen «tre måneder før fristdagen»⁴². Denne tidsfristen er absolutt. Ved betalinger til skyldnerens nærstående er presumsjonen for illojalitet og ond tro sterkere, og tidsfristen er satt til to år i deknl. § 5-5 andre ledd.

Bestemmelsen dekker tre ulike former for betaling, som er alternative vilkår. Disse er henholdsvis betaling med «usedvanlige betalingsmidler», betaling «før normal betalingstid» og betaling med «beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne». Det tredje betalingsalternativet skiller seg fra de to øvrige ved at betalingen ikke er irregulær som sådan⁴³. Det er ikke i seg selv noe unormalt ved å foreta en stor betaling. En slik betaling kan anses som ekstraordinær på grunn av at den utføres tett på konkursåpning. Både i høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 og lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565 er dette tredje betalingsalternativet det relevante. Det er likevel ingenting prinsipielt til hinder for at de øvrige betalingsalternativene også skal kunne være aktuelle ved en tredjemannsbetaling.

Avslutningsvis i deknl. § 5-5 første ledd fremgår vilkåret «allikevel ikke fremtrådte som ordinær». Dette omtales som ordinærreservasjonen⁴⁴. Det er ikke gitt at samtlige betalinger som faller innenfor et av de tre betalingsalternativene er naturlig å betrakte som ekstraordinære. Ordinærreservasjonen fungerer dermed som et vern mot omstøtelse av betalinger som faktisk er alminnelige.

⁴² Fristdagen beregnes etter reglene i dekningsloven § 1-2.

⁴³ Andenæs 2009 s. 323.

⁴⁴ Mellom annet i Andenæs 2009 s. 317.

3 Vilkåret “betaling ... som skyldneren har foretatt”

3.1 Tolkning av vilkårets ordlyd

Vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» gjelder hvilke rettssubjekt som kan ha foretatt en omstøtelig betaling. Tolkningen av dette vilkåret er derfor avgjørende for hvorvidt det er adgang til å omstøte tredjemanns betaling av skyldnerens gjeld i medhold av dekl. § 5-5 første ledd.

Skyldneren nevnes eksplisitt og utelukkende i vilkåret. Isolert sett kan ordlyden av «skyldneren» forstås slik at betalinger fra andre rettssubjekter enn skyldneren selv ikke omfattes av bestemmelsen. Dette gir umiddelbart inntrykk av at betalinger utført av tredjemann faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Tolkningen kan imidlertid ikke baseres kun på ordlyden av «skyldneren». Øvrige deler av vilkåret og vilkårets helhet må også tas i betraktning.

Skyldneren må ha «foretatt» betalingen. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at skyldneren må være involvert i og inneha kontroll over betalingen.

Det er klart at en betaling omfattes av bestemmelsen dersom den kommer *direkte fra skyldnerens formue*, for eksempel gjennom overføring fra skyldnerens bankkonto eller ved skyldnerens kontante betaling.

En tredjemann med fullmakt fra skyldneren kan gjennomføre transaksjoner fra skyldnerens bankkonto eller fysisk utføre kontante betalinger. Dette er like fullt en direkte betaling fra skyldneren selv, som tredjemann handler på vegne av. I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 nevnes det to slike tilfeller av direkte betaling fra skyldner⁴⁵:

«Det er på det rene at hadde morselskapet først overført penger til datterselskapet som datterselskapet så hadde betalt sine advokatregninger med, ville betalingen ha vært «betaling av gjeld som skyldneren har foretatt». Det samme ville ha vært

⁴⁵ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 38.

situasjonen om datterselskapet hadde betalt ved å overdra en del av sitt krav på morselskapet til advokatfirmaet»

En slik betaling kan ikke betegnes som en tredjemannsbetaling, men skyldnerens direkte betaling som involverer tredjemann. Tredjemann identifiseres med skyldneren. Dette gir derfor ingen svar på om de *selvstendige* tredjemannsbetalinger, som er temaet for avhandlingen, kan omstøtes.

Skyldneren kan også involveres og utøve kontroll ved å *besørge* betalingen til kreditor. Ordlyden åpner dermed for at andre enn de direkte betalinger fra skyldneren selv kan omstøtes. Kreditor kan for eksempel besørge en betaling fra tredjemann. Omstøtelse av en tredjemannsbetaling står derfor ikke i like sterk motstrid med ordlyden som først antatt.

At skyldneren nevnes eksplisitt i lovteksten må likevel være av stor betydning, og kan ikke bortfortolkes. Enhver befatning med betalingen er ikke tilstrekkelig for at vilkåret kan anses oppfylt, men skyldneren må tilsynelatende ha en sentral rolle i betalingen. Det bør derfor stilles krav til at skyldneren er «hovedmann» bak betalingen. Således må tredjemanns rolle være mer underordnet for at en tredjemannsbetaling skal kunne omstøtes. Det er derfor klart at de betalinger der tredjemann handler på egenhånd, uten noen form for involvering av skyldneren, ikke omfattes av vilkåret.

Den sterke tilknytningen som kreves mellom skyldneren og betalingen gjør det naturlig å tolke vilkåret slik at det omfatter skyldnerens *indirekte betalinger*, i tillegg til skyldnerens *direkte betalinger*.

3.2 Tolkningsbidrag fra andre rettskilder

Det er hensiktsmessig å undersøke om innholdet i andre rettskilder enn lovteksten sammenfaller med ordlydstolkningen i punkt 3.1.

I forarbeidet til bestemmelsen i dekl. § 5-5 er det ikke gjort nærmere presiseringer av lovgiverviljen vedrørende hvem som kan utføre en omstøtelig betaling⁴⁶. Det finnes derfor

⁴⁶ NOU 1972:20 s. 291-292.

ingen forarbeidsuttalelser som stenger for at vilkåret kan tolkes slik at også tredjemannsbetalinger etter omstendighetene kan omstøtes.

Dersom bare skyldnerens direkte betalinger kan omstøtes, vil det være svært enkelt for skyldneren å omgå regelen i dekl. § 5-5 første ledd ved å konstruere uomstøtelige tredjemannsbetalinger. Omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 vil ikke fange opp alle slike omgåelsesforsøk, da det er kreditors og ikke skyldnerens onde tro som er avgjørende for omstøtelse etter denne bestemmelsen. Hensynet til å unngå omgåelser av omstøtelsesreglene trekker dermed i retning av at det må være mulig å omstøte visse typer tredjemannsbetalinger.

Ordlyden i dekl. § 5-5 første ledd utelukker ikke at tredjemannsbetalinger kan omstøtes, med gir ikke i seg selv noen klare retningslinjer for *når* en omstøtelse av tredjemannsbetaling kan være aktuelt. Det kan derfor oppstå vanskelige grensdragninger. Dette kan anses å harmonere dårlig med hensynet til forutberegnelighet og behovet for retts teknisk enkle regler. Likevel gir ordlyden en viktig veiledning, all den tid skyldnerens sentrale rolle i betalingen fremheves. Selv om det kan oppstå usikkerhet vedrørende en tredjemannsbetaling, er ikke dette i seg selv tilstrekkelig til å tolke vilkåret slik at tredjemannsbetalinger ikke omfattes.

Skyldneren kan motta midler fra tredjemann, og selv velge å bruke disse midlene på å betale kreditor. Det er klart at en slik betaling kan omstøtes i medhold av dekl. § 5-5 første ledd. Om tredjemann i stedet betaler direkte til skyldnerens kreditor, uten at midlene tar veien om skyldneren, vil det kun innebære en forskjell i betalingens fremgangsmåte. Likhetene mellom betalingene er store og tilsier at de bør bedømmes likt, og dermed at det må finnes rom for omstøtelse av tredjemannsbetalinger. Slike likhetshensyn viser også Høyesterett til i Rt. 2012 s. 468⁴⁷:

«Likhets hensyn tilsier da at det ikke bør spille noen rolle om man i stedet går frem slik det har vært gjort i denne saken»

På bakgrunn av denne likhetsbetraktningen samt hensynet til å unngå omgåelse av omstøtelsesreglene, konkluderte Høyesterett med at morselskapets betaling av datterselskapets skyldige advokatutgifter kunne omstøtes i denne saken. Dette til tross for at

⁴⁷ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 39.

Høyesteretts umiddelbare inntrykk av vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» tilsa at tredjemannsbetalinger ikke kunne omstøtes etter dekl. § 5-5 første ledd⁴⁸:

«Tar man bestemmelsen på ordet - "betaling ... som skyldneren har foretatt» - faller betalinger fra tredjemann utenfor. Det må også være den klare hovedregel. Spørsmålet blir imidlertid om det kan stille seg annerledes i et tilfelle som i vår sak»

Høyesteretts oppfatning var tilsynelatende at skyldnerens indirekte betalinger som utføres av tredjemann er omstøtelige⁴⁹:

«I realiteten har det i dette tilfellet skjedd en indirekte betaling fra skyldneren selv. Det må være avgjørende»

Høyesteretts avgjørelse bygger mellom annet på lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565. I denne saken ble kjøpers betaling av selgers skyldige husleie omstøtt. Avgjørelsen inneholder lignende bemerkninger om tolkningen av dekl. § 5-5 første ledd:

«Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd betaling skyldneren selv har foretatt. Tredjemanns betaling av debtors gjeld faller i utgangspunktet utenfor, men vil etter omstendighetene kunne rammes. Dersom betalingen må anses som en indirekte betaling fra debitor vil dekningsloven § 5-5 komme til anvendelse»

De norske rettskildene som er gjennomgått i dette punktet støtter opp under rimeligheten av å tolke vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» til å omfatte skyldnerens indirekte betalinger, som kan være utført av en tredjemann. Da det finnes et fåtall av norske rettskilder, er det nærliggende å vurdere om tolkningen av dekl. § 5-5 første ledd også harmonerer med nordisk rett.

Omstøtelsesbestemmelsen som tilsvarende dekl. § 5-5 i svensk lovgivning inneholder vilkåret «betaling av en skuld»⁵⁰. I den svenske høyesterettsdommen gjengitt i NJA 1996 s. 282 fremgår det at vilkåret fortrinnsvis omfatter skyldnerens egne betalinger, men også indirekte betalinger utført av tredjemann:

⁴⁸ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 33.

⁴⁹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 39.

⁵⁰ Konkurslagen kapittel 4 § 10.

«4 kap 10 § KL gäller enligt sin lydelse betalningar som konkursgäldenären har gjort inom den i lagrummet angivna återvinningsfristen. Med betalningar som görs av konkursgäldenären brukar emellertid likställas s k medelbara betalningar som görs av tredje man för konkursgäldenärens räkning»

Omstøtelsesbestemmelsen for ekstraordinære betalinger i dansk lovgivning stiller vilkår om «betaling af gæld»⁵¹. I dansk juridisk teori ved Ørgaard henvises det til den danske høyesterettsdommen gjengitt i UfR 2006 s. 766. Ørgaard hevder dommen viser at den danske omstøtelsesreglen kan anvendes på tredjemannsbetalinger såfremt det egentlig er skyldneren selv om har begunstiget kreditor⁵²:

«Omstødelsesreglerne regulerer kun tilfælde, hvor begunstigelsen hidrører fra skyldneren og ikke fra tredjemand. Betalinger eller pantsætning fra tredjemand er således ikke omstødelige ... Omvendt kan det aftales, at en betaling fra tredjemand kan omstødes, som var den kommet fra skyldneren selv, jf. U 2006.766 H»

Både i svensk og dansk rettspraksis åpnes det dermed for at enkelte tredjemannsbetalinger skal kunne omstøtes.

Til forskjell fra dekl. § 5-5 første ledd, nevnes ikke skyldneren eksplisitt verken i den svenske eller den danske lovteksten. Det finnes likevel ingen holdepunkter i dekningslovens forarbeider, som omhandler harmoniseringen av de nordiske omstøtelsesreglene⁵³, for at den norske bestemmelsen skal ha et annet innhold enn beslektede bestemmelser i nordisk rett. I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 fant heller ikke Høyesterett noen grunn til å problematisere forskjeller i lovtekstenes ordlyd⁵⁴. Tolkningen av bestemmelsene tilsvarende dekl. § 5-5 i svensk og dansk rett kan dermed være retningsgivende for norsk rett.

På bakgrunn av ordlyden i vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» samt norske og nordiske rettskilder, konkluderes det med at det eksisterer en *adgang* til å omstøte tredjemanns betaling i medhold av dekl. § 5-5 første ledd. Det understrekes at en tredjemannsbetaling ikke kan omstøtes *fordi* den er utført av tredjemand, men fordi den *egentlig* er en tildekt betaling av skyldneren selv.

⁵¹ Konkursloven § 67.

⁵² Ørgaard, *Konkursret*, 11. utgave, København 2014, s. 91.

⁵³ NOU 1972:20 s. 283.

⁵⁴ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 35.

Under hvilke omstendigheter tredjemanns betaling kan anses som en indirekte betaling fra skyldneren, og dermed omstøtes i medhold av deknl. § 5-5 første ledd, er imidlertid uklart. Dette vil behandles videre i punkt 4.

4 Under hvilke omstendigheter omfattes tredjemanns betaling av dekningsloven § 5-5 første ledd?

4.1 Vurderingstema – er det foretatt en indirekte betaling av skyldneren selv?

Avgjørende for om vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» er oppfylt, og dermed om det er mulig å omstøte en betaling i medhold av deknl. § 5-5 første ledd, er altså om skyldneren har foretatt en direkte eller indirekte betaling til kreditor. Det er skyldnerens indirekte betalinger som skal behandles videre i avhandlingen, da betalinger som er utført av tredjemann potensielt kan omfattes. Skyldneren kan foreta en indirekte betaling *via* tredjemann.

Det finnes ikke et klart og entydig svar på når skyldneren har foretatt en indirekte betaling. Det kan derfor være problematisk å skille de omstøtelige tredjemannsbetalinger fra de uomstøtelige. Det essensielle er at betalingen *egentlig* må være foretatt av skyldneren selv, selv om det formelt sett fremstår som en tredjemannsbetaling. Det må foretas en helhetsvurdering av de konkrete omstendigheter i en sak, der det settes fokus på realitetene i betalingen fremfor formalitetene.

I den videre avhandling skal relevante momenter i en slik helhetsvurdering identifiseres og forklares nærmere. Ordlyden i deknl. § 5-5 første ledd kan ikke anvendes til å klarlegge dette, og innholdet i andre rettskilder må undersøkes.

4.2 Belastning av skyldnerens midler

4.2.1 En forutsetning for omstøtelse?

Ved tredjemanns betaling kan det skje en belastning av skyldnerens egne midler. Med dette menes at boet får færre frie midler som følge av tredjemannsbetalingen, og følgelig at kreditorfellesskapets muligheter for dekning av sine krav reduseres. Totalbalansen i skyldnerens formue forblir uendret.

På bakgrunn av høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 hevdes det i juridisk teori ved Ankerud at skyldneren må endelig belastes gjennom tredjemannsbetalingen for at den skal kunne være omstøtelig etter dekl. § 5-5⁵⁵. Det er derfor nærliggende å vurdere om en belastning av skyldnerens midler er en *forutsetning* for at det skal kunne foreligge en indirekte betaling fra skyldneren.

Selve hovedformålet med omstøtelsesreglene er å unngå at skyldnerens bo tømmes for aktiva forut for konkursåpning⁵⁶. Urettmessige begunstigelser av visse kreditorer på bekostning av kreditorfellesskapet skal unngås. Dersom skyldnerens midler ikke belastes ved tredjemanns betaling, gjør ikke dette hovedformålet seg gjeldende. Dette trekker i retning av at en belastning av skyldnerens midler må oppstilles som et krav.

Hensyn til koherens i konkurslovgivningen kan også tas i betraktning. Særlig forholdet til bestemmelsene i dekl. §§ 2-2 og 5-9 er relevant for vurderingen.

Bestemmelsen i dekl. § 2-2 inneholder hovedregelen om beslagsrett, herunder beslagsretten i konkurs⁵⁷. Det fremgår av bestemmelsen at:

«Når ikke annet er fastsatt ved lov eller annen gyldig bestemmelse, har fordringshaverne rett til dekning i ethvert formuesgode som tilhører skyldneren på beslagstiden ...»

En forutsetning for konkursboets beslagsrett er altså at midler «tilhører» skyldneren. Dette forstås slik at skyldneren har eiendomsrett over midlene. Deknl. § 2-2 suppleres imidlertid av rettsvernsreglene. Eiendeler som noen har separatistrett i kan derfor unntas fra beslaget, selv om de i utgangspunktet tilhører skyldneren⁵⁸. Rettsvernsreglene kan også medføre at konkursboet kan ta beslag i eiendeler som andre har ervervet fra skyldneren såfremt ervervet mangler rettsvern⁵⁹. Sett bort fra særreglene om rettsvern, avgrenses beslagsretten som klar hovedregel mot tredjemanns midler. Om det er tredjemanns midler som belastes ved

⁵⁵ Ankerud, «Rt. 2012 s. 468 – noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 03/2012 volum 125, s. 321.

⁵⁶ Andenæs 2009 s. 286.

⁵⁷ Dekningsloven § 2-1 første ledd.

⁵⁸ Aasebø m.fl. 2015 s. 56.

⁵⁹ Aasebø m.fl. 2015 s. 56.

tredjemanns betaling, er dette midler som ikke kunne blitt beslaglagt hadde ikke betalingen blitt utført. Da er det unaturlig om konkursboet skal kunne ta beslag i midlene ved omstøtelse.

Regelen om beslagsrett i deknl. § 2-2 kan dermed anses å gi uttrykk for at dekningsloven ikke legger til rette for inndrivning av andres midler. Om konkursboet skal kunne inndrive andres midler i medhold av deknl. § 5-5 vil det utgjøre en tilfeldig fordel for kreditorfellesskapet, som da får dekket en større andel av sine krav. Situasjonen er imidlertid en annen om tredjemanns betaling kan spores tilbake til skyldneren, slik at skyldnerens midler går gjennom et eller flere ledd før de mottas av kreditor. Midlene som er brukt til betalingen «tilhører» i bunn og grunn skyldneren selv.

Av den alminnelige subjektive omstøtelsesregelen i deknl. § 5-9 følger det av første ledd at:

«Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen ...»

Det er uomtvistet at disposisjoner utført av tredjemann omfattes av deknl. § 5-9⁶⁰.

Bestemmelsen inneholder eksplisitte vilkår om tap, i form av at disposisjonen må påvirke kreditorfellesskapets dekningsmuligheter på en ugunstig måte. Dette har sammenheng med at det er boets tap som kan omstøtes etter den relevante virkningsbestemmelsen i deknl. § 5-12⁶¹.

I deknl. § 5-5 første ledd stilles det kun krav om tap for betalingsalternativet om betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne, ikke for de to øvrige betalingsalternativene.

Bestemmelsens helhet bygger imidlertid på de samme underliggende hensyn som deknl. § 5-9, nemlig at en disposisjon som urettmessig reduserer dekningsmulighetene for kreditorfellesskapet ved bruk av skyldnerens midler kan omstøtes. Dette endres ikke av det faktum at utmålingsreglene i deknl. §§ 5-11 og 5-12 er ulike.

⁶⁰ NOU 1972:20 s. 298.

⁶¹ Utmålingsregel basert på boets tap i deknl. § 5-12 første ledd.

Sammenhengen med bestemmelsene i dekl. §§ 2-2 og 5-9 trekker dermed ytterligere i retning av at skyldnerens midler må belastes for at det skal kunne foreligge en indirekte betaling fra skyldneren.

Forholdet mellom tredjemanns betaling og bruk av skyldnerens midler er kommentert i to svenske høyesterettsavgjørelser, henholdsvis NJA 1996 s. 282 og NJA 1996 s. 333. Begge avgjørelsene gjelder spørsmålet om tredjemanns betaling kan omstøtes i medhold av bestemmelsen for ekstraordinære betalinger i svensk rett. Av dommen i NJA 1996 s. 282 fremgår det følgende:

«Medelbara betalningar kan definieras så att därmed avses situationer när betalning visserligen erläggs av tredje man men på bekostnad av konkursgäldenären eftersom betalningen i själva verket innebär att det är konkursgäldenärens tillgångar som kommer borgenären tillgodo»

I den andre avgjørelsen gjengitt i NJA 1996 s. 333 bemerker retten at:

«En betalning ... anses i återvinningssammanhang jämställd med en betalning direkt från gäldenären till borgenären, under förutsättning att egendom som tillhör gäldenären tas i anspråk vid betalningen»

Denne oppfatningen i svensk rettspraksis om at tredjemanns betaling må skje på bekostning av skyldneren får tilslutning i svensk juridisk teori ved Lennander⁶². For omstøtelse av tredjemanns betaling i svensk rett stilles det derfor krav til at skyldnerens midler må belastes.

På bakgrunn av grunnleggende formål bak omstøtelsesreglene, hensynet til koherens i konkursretten samt rettsoppfatningen i svensk rett, konkluderes det med at en belastning av skyldnerens midler er en *forutsetning* for at det skal kunne foreligge en indirekte betaling.

Det er hensiktsmessig å oppstille et slikt krav om belastning av skyldnerens midler, da det bidrar til å trekke et klarere skille mellom uomstøtelige og omstøtelige tredjemannsbetalinger. Særlig omstøtelse av uforpliktende intervensjonsbetalinger vil utelukkes. Noe av det som karakteriserer en slik betaling er nettopp at det er tredjemanns midler som kommer

⁶² Lennander, *Återvinning i konkurs*, 4. utgave, Stockholm 2013, s. 212.

skyldnerens kreditor til gode, for eksempel i form av en gavedisposisjon. En slik betaling reduserer ikke kreditorfellesskapets dekningsmuligheter.

Selv om en belastning av skyldnerens midler er en forutsetning for omstøtelse, kan likevel andre forhold tenkes å være relevante i vurderingen av indirekte betaling. Derfor vil ikke en endelig belastning av skyldnerens midler uten videre medføre at tredjemanns betaling kan omstøtes. Andre relevante vurderingsmomenter vil behandles i avhandlingens punkt 4.3.

4.2.2 Vurderingen av om skyldnerens midler er belastet

Hva som nærmere skal til før kravet om belastning av skyldnerens midler kan anses oppfylt er usikkert. Det bør imidlertid kreves en ikke-ubetydelig belastning, slik at tredjemanns betaling faktisk får en merkbar effekt på kreditorfellesskapets dekningsmuligheter. Først da gjør formålet bak omstøtelsesreglene seg gjeldende.

Om skyldnerens midler belastes kun for en liten andel av tredjemanns betaling til kreditor, vil dette kunne tale for at det foreligger en uomstøtelig tredjemannsbetaling. Eventuelt kan omstøtelse vurderes for den delen av tredjemanns betaling der det gjøres bruk av skyldnerens egne midler. Kreditor har for eksempel flere krav mot skyldneren, og tredjemann betaler skyldnerens gjeld i sin helhet. Om bruken av skyldnerens midler kan knyttes til ett av kravene, kan omstøtelse vurderes for denne delen av tredjemanns betaling.

Det kan videre tenkes at graden av belastning kan virke inn på helhetsvurderingen av om skyldneren har foretatt en indirekte betaling. Jo større belastningen av skyldnerens midler er, desto mer vesentlig blir innvirkningen på kreditorfellesskapets dekningsmuligheter. Dette trekker sterkere i retning av omstøtelse. Tilsvarende kreves det mindre av de supplerende vurderingsmomenter⁶³ for at betalingen skal kunne omstøtes.

Hvor mye av skyldnerens midler som belastes ved tredjemanns betaling kan følgelig anses å ha betydning både for hvorvidt kravet er oppfylt samt for helhetsvurderingen.

Det er også interessant å vurdere om tidspunktet for belastning av skyldnerens egne midler har betydning for vurderingen. Det påpekes at det dreier seg om tidspunktet for utføring av

⁶³ Supplerende vurderingsmomenter omhandles nedenfor i punkt 4.3.

den *handling* som resulterte i at boet fikk færre frie midler. Det vesentlige er at skyldneren blir endelig belastet av tredjemanns betaling⁶⁴.

En handling som medfører en slik belastning av skyldnerens midler kan utføres innenfor de tre månedene forut for fristdagen ved konkurs. Før dette tidspunktet vil tredjemanns betaling uansett ikke være omstøtelig, med mindre kreditor er skyldnerens nærstående⁶⁵. Etter dette tidspunktet tas det generalbeslag i skyldnerens eiendeler og boet overtar rådigheten⁶⁶. Da er for eksempel tredjemanns mulighet til å motregne falt bort. Det samme er tredjemanns mulighet til å trekke opp et pantelikret krav.

Det kan hevdes at jo raskere skyldnerens midler belastes, desto sterkere er indikasjonen på at skyldneren foretar en betaling *via* tredjemann. Om det derimot går lengre tid før skyldnerens midler belastes, kan dette trekke i retning av at betalingen er en uomstøtelig tredjemannsbetaling. Det er derfor nærliggende å vurdere om skyldnerens midler må belastes på et visst tidspunkt innenfor tidsrammen på tre måneder for at kravet om belastning av skyldnerens midler kan anses oppfylt.

I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 ble det utført en motregning *samme dag* som tredjemanns betaling ble foretatt⁶⁷. Foruten å nevne tidspunktet for motregning knytter ikke Høyesterett ytterligere kommentarer til dette. Det kan derfor ikke trekkes slutninger om hvilket utfall saken ville fått dersom det var gått lengre tid mellom betalingen og motregningen. Det kan imidlertid fastslås at en belastning av skyldnerens midler samme dag som tredjemanns betaling utføres er tilstrekkelig til at kravet er oppfylt.

I en juridisk artikkel viser Ankerud til den svenske høyesterettsavgjørelsen i NJA 1996 s. 282 og påpeker følgende⁶⁸:

«På bakgrunn av denne svenske avgjørelsen, samt de øvrige foreliggende rettskilder som legger vekt på at betalingen i realiteten må skje med skyldnerens midler, må det kunne hevdes at dagens rettsstilstand i de skandinaviske land ikke åpner opp for

⁶⁴ Huser 1992 s. 259.

⁶⁵ Omstøtelsesfristen for nærstående er i dekningsloven § 5-5 andre ledd satt til to år.

⁶⁶ Konkursloven § 100 første ledd forutsetningsvis.

⁶⁷ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 29.

⁶⁸ Ankerud, *TfR*, 2012 s. 322.

omstøtelse i de tilfeller hvor det ikke skjer en (samtidig) reduksjon av mellomværende mellom skyldneren og tredjeperson»

Om det kreves at skyldnerens midler belastes samtidig som tredjemanns betaling utføres, kan det imidlertid åpne for bevisste omgåelser av dekl. § 5-5 første ledd. Da kan partene utsette en belastning av skyldnerens midler til et senere tidspunkt. Også rent praktiske årsaker kan medføre at belastningen av skyldnerens midler ikke skjer straks etter betalingen, uten at partene har en intensjon om å omgå omstøtelsesregelen. Etter min mening bør det derfor ikke kreves at skyldnerens midler belastes umiddelbart. For å avgrense mot tredjemannsbetalinger som ikke er omstøtelsesverdige, bør handlingen likevel utføres relativt raskt etter tredjemanns betaling, uten at det oppstilles en klar tidsfrist.

Tidsaspektet kan også ha betydning for helhetsvurderingen, på samme måte som graden av belastning. Dersom skyldnerens midler belastes umiddelbart etter tredjemanns betaling, trekker dette sterkt i retning av omstøtelse. Om det går noe tid før belastningen skjer, bør det kreves mer av øvrige vurderingsmomenter for at betalingen skal kunne anses som en indirekte betaling fra skyldneren.

Tidspunktet for utføring av den handling som medførte at boet fikk færre frie midler kan således ha betydning både for om kravet er oppfylt og for helhetsvurderingen.

4.2.3 Belastning av skyldnerens midler ved typetilfeller av tredjemannsbetaling

I punkt 4.2.1 ovenfor er det fastslått at en belastning av skyldnerens midler er en forutsetning for at det skal kunne foreligge en indirekte betaling av skyldneren selv. Av punkt 4.2.2 fremgår det at størrelsen av beløpet som belastes skyldneren samt tidspunktet for belastning har betydning for om kravet kan anses oppfylt. I dette punktet skal det illustreres *hvordan* skyldnerens midler kan belastes. Dette skal gjøres med utgangspunkt i de to typetilfellene av tredjemannsbetalinger som det er vist til innledningsvis i punkt 1.3.1.

Den første situasjonen som skal behandles er der tredjemann har betalt skyldnerens gjeld, for deretter å motregne betalingen i egen gjeld til skyldneren. Den etterfølgende motregningen resulterer i at skyldnerens krav mot tredjemann faller bort helt eller delvis⁶⁹. Motregningen

⁶⁹ Bergsåker 2015 s. 235.

påvirker dermed konkursboets muligheter til å skaffe midler ved å inndrive skyldnerens fordringer. Skyldnerens fordring på tredjemann kommer kun den begunstigede kreditor til gode. Det vil derfor skje en faktisk belastning av skyldnerens midler, ved at fordringen på tredjemann brukes som betalingsmiddel.

At tredjemanns etterfølgende motregning kan anses som en belastning av skyldnerens midler følger også forutsetningsvis av Rt. 2012 s. 468. I denne saken betalte morselskapet datterselskapets advokatutgifter på ca. kr 90 000, og motregnet tilsvarende sum i egen gjeld til datterselskapet. Motregningen fremstår som sentral for Høyesteretts konklusjon om omstøtelse. I avgjørelsen vises det også til at Huser går inn for å anvende dekl. § 5-5 på visse kombinasjoner av tredjemannsbetaling og motregning⁷⁰.

Følgelig konkluderes det med at en etterfølgende motregning etter omstendighetene medfører en belastning av skyldnerens midler.

Den andre situasjonen er der tredjemann har betalt kreditor etter skyldnerens forespørsel. Tredjemann hadde en pantobligasjon med ledig kreditt, og trakk opp kravet mot skyldneren. I denne situasjonen får kreditor dekning for sin fordring helt eller delvis, og skyldneren forøker sin gjeld til tredjemann. Den totale størrelsen på skyldnerens gjeldsposter er den samme. Det skjer dermed et slags «kreditorskifte» mellom kreditor og tredjemann.

Det interessante her er tredjemanns panterett. En panterett gir tredjemann et «dekningsprivilegium», slik han får en fortrinnsrett fremfor skyldnerens usikrede kreditorer⁷¹. I en konkurssituasjon medfører dette at tredjemann får separatistrett i boet til skyldneren. Dette innebærer at tredjemann får en rettighet som går foran konkursbeslaget⁷². Eiendeler tredjemann har sikkerhet i vil derfor realiseres til dekning av tredjemanns pantekrav. Eiendelene vil ikke inkluderes i bomassen som fordeles mellom de øvrige kreditorer med massekrav eller dividendekrav.

Ved at tredjemann trekker opp det underliggende kravet mot skyldneren, vil tredjemanns pantekrav øke tilsvarende. En større andel av skyldnerens eiendeler kan dermed realiseres til dekning av tredjemanns krav. Dette vil tilsynelatende kunne redusere kreditorfelleskapets

⁷⁰ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 36 med henvisning til Huser 1992 s. 258-259.

⁷¹ Skoghøy, *Panterett*, 3. utgave, Oslo 2014, s. 19.

⁷² Andenæs 2009 s. 155.

dekningsmuligheter, særlig dersom tredjemann har god sikkerhet under pantet, for eksempel i fast eiendom.

En *reduksjon* av kreditorfellesskapets dekningsmuligheter forutsetter imidlertid at kreditors krav mot skyldneren var usikret. Eventuelt at kreditor hadde pant for kravet, men med dårligere sikkerhet enn tredjemann. Om kreditor også ville hatt separatistrett, og den samme muligheten for dekning av hele det underliggende kravet, vil det ikke utgjøre noen forskjell for kreditorfellesskapet om det heller er tredjemann som får dekket sitt krav gjennom separatistretten.

Den svenske høyesterettsavgjørelsen i NJA 1996 s. 282 omhandler omstøtelse av tredjemanns betaling der tredjemann har panterrett. Saken gjaldt elektrofirmaet Hisingens, som hadde gjeld til leverandøren Skoogs. Det var stilt garanti for denne gjelden hos S-E-Banken, som ble innfridd. Samme dag belastet banken kassakreditten til skyldneren tilsvarende det innfridde beløpet. Det var stilt sikkerhet for denne kassakreditten i Hisingens eiendeler. Retten mente at S-E-Bankens betaling ikke hadde skjedd på Hisingens bekostning:

«I det aktuella fallet har betalningen inte gjorts av banken med hjälp av medel som banken i det sammanhanget erhållit från Hisingens. Betalningen har i stället sin grund i ett borgensåtagande - bankgarantin - och själva betalningen har inte i och för sig inneburit någon nackdel för konkursborgenärerna eller några av dem; banken inträdde nämligen i och med betalningen i Skoogs ställe som borgenär avseende beloppet 300 000 kr»

Retten fremholdt videre at det var *sikkerheten* og ikke *betalingen* som var til ulempe for kreditorfellesskapet. Derfor var det omstøtelsesregelen for sikkerhetsstillelse i svensk rett⁷³ som var den relevante omstøtelseshjemmel. Konkursboet hadde kun rettet omstøtelseskrav mot betalingsmottaker Skoogs, og ikke mot S-E-Banken som sikkerheten var stilt til fordel for. Retten konkluderte derfor med at verken sikkerhetsstillelsen eller betalingen kunne omstøtes. Avgjørelsen kan anses å trekke i retning av at tredjemanns betaling ikke kan omstøtes på bakgrunn av at et pantesikret krav trekkes opp.

Svensk høyesterettspraksis er imidlertid bare retningsgivende, og ikke avgjørende for hvordan deknsl. § 5-5 første ledd skal tolkes. Etter min mening *vil* tredjemanns betaling være til ulempe

⁷³ Konkurslagen kapittel 4 § 12.

for kreditorfellesskapet der tredjemann trekker opp et pantelikret krav mot skyldneren. Konsekvensen av betalingen er at boet får færre frie midler, da en større andel av skyldnerens pantebefastede eiendeler kan realiseres til dekning av tredjemanns krav. Betalingen får således en avledet effekt. Om kravet til belastning av skyldnerens midler ikke kan anses oppfylt i en slik situasjon kan det åpne for omgåelser av omstøtelsesreglene, da omstøtelse etter dekl. § 5-7 forutsetter at det er stilt ny sikkerhet ved tredjemanns betaling.

Følgelig konkluderes det med at en belastning av skyldnerens midler kan skje der tredjemann trekker opp et pantelikret krav.

4.3 Vurderingsmomenter

4.3.1 Tredjemanns betalingshensikt

Som tidligere omtalt i punkt 2.2, innfortolkes det i vilkåret «gjeld» et krav om at gjeldsdekning må være hovedformålet med betalingen, altså en primær dekningshensikt⁷⁴. Det som vurderes i dette punktet er om tredjemanns hensikt med betalingen er et relevant moment i vurderingen av om skyldneren har foretatt en indirekte betaling. Dette knytter seg til vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt», og ikke gjeldsvilkåret. Følgelig dreier det seg om to separate vurderinger, men det utelukkes ikke at det kan foreligge likheter.

Tredjemanns betalingshensikt er egnet til å indikere hvorvidt omstøtelsesreglene forsøkes omgått. Dette taler for at betalingshensikten er et relevant vurderingsmoment.

Også i lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565, med henvisning til Huser⁷⁵, fremholdes det at tredjemanns betalingshensikt er del av omstøtelsesvurderingen:

«Dersom betalingen må anses som en indirekte betaling fra debitor vil dekningsloven § 5-5 komme til anvendelse. Ved vurderingen av om dette er tilfelle vil det være sentralt hva som må antas å være hensikten med betalingen, dekke debtors gjeld eller å ivareta egne interesser»

⁷⁴ Rt. 2008 s. 1170 avsnitt 45 og Huser 1992 s. 223.

⁷⁵ Huser 1992 s. 258-261.

Dette holdepunktet i lagmannsrettsdommen samt hensynet til å unngå omgåelse av omstøtelsesreglene medfører dermed at tredjemanns betalingshensikt er et relevant vurderingsmoment.

På samme måte som ved vurderingen av primær dekningshensikt, bør det tilstrebes å fastslå tredjemanns betalingshensikt på mest mulig objektivt grunnlag, da dekl. § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel. Det som skal vurderes er altså den antatte betalingshensikten til «tredjemenn flest» i tilsvarende situasjon. Likevel er en vurdering av *hensikt* per definisjon vanskelig å løsrive fra subjektive forhold. Derfor argumenteres det i avhandlingens punkt 2.2 for at det eksisterer en mulighet til å trekke inn subjektive elementer i vurderingen av primær dekningshensikt. De samme betraktninger gjør seg gjeldende angående vurderingen av tredjemanns hensikt med betalingen.

Videre skal det vurderes *hvilken type hensikt* hos tredjemann som kan ha betydning for hvorvidt det foreligger en indirekte betaling av skyldneren selv, og dermed om tredjemanns betaling kan omstøtes.

Begrunnelsen bak kravet om primær dekningshensikt ved gjeldsvilkåret er at lovgiver ønsker at kun betalinger begrunnet i skyldnerens vanskelige økonomiske situasjon skal kunne omstøtes, ikke betalinger med et selvstendig og aktverdig formål⁷⁶. Dette synspunktet gjør seg gjeldende også for tredjemannsbetalinger, da det ikke er naturlig å omstøte en betaling som er legitimt begrunnet i tredjemanns egne interesser.

Tredjemann kan ha et primært ønske om å dekke *egen gjeld* ved betalingen til skyldnerens kreditor. Tredjemann kan få foreslått en betalingsordning, som han anser som en praktisk oppgjørsmåte. Dette kan for eksempel være tilfellet ved etterfølgende motregning, da det kan være uten betydning for tredjemann om han betaler til skyldneren eller skyldnerens kreditor, så lenge gjelden til skyldneren dekkes. Skyldneren eller kreditor kan også være svært pågående overfor tredjemann angående oppgjørsmåte, slik at tredjemann gir etter, selv om hovedformålet med betalingen fortsatt er å dekke egen gjeld. Egeninteresser i form av å dekke egen gjeld trekker i retning av at betalingen ikke kan omstøtes.

Dersom hensikten med tredjemanns betaling er å dekke *skyldnerens gjeld*, eksisterer det en risiko for at tredjemann bistår en skyldner i økonomisk knipe i et forsøk på å konstruere en

⁷⁶ Huser 1992 s. 223.

uomstøtelig betaling. Hensynet til å unngå omgåelse taler i dette tilfellet for at betalingen kan omstøtes.

Tredjemann kan også ha til hensikt å dekke skyldnerens gjeld ved intervensjonsbetalinger. Tredjemann kan ha medfølelse for en skyldner med trang økonomi, og betaler derfor skyldnerens kreditor. Det er imidlertid sannsynlig at de uomstøtelige intervensjonsbetalinger «lukkes ut» allerede ved forutsetningen om at skyldnerens egne midler må belastes, som omtalt i punkt 4.2.

Det kan derfor fastsettes to retningslinjer for omstøtelsesvurderingen hva gjelder tredjemanns betalingshensikt. Om tredjemann har til hensikt å dekke egen gjeld er det et vurderingsmoment som taler *mot* at det er foretatt en indirekte betaling av skyldneren. Dersom hensikten er å betale skyldnerens gjeld taler dette *for* at det foreligger en indirekte betaling.

Videre kan det stilles spørsmål til om det kan oppstilles en presumsjon for tredjemanns hovedhensikt med betalingen.

Om tredjemann *ikke står i gjeld* til skyldneren, er det utelukket at tredjemanns hensikt er å betale egen gjeld. Dette kan være tilfellet der tredjemann betaler for deretter å trekke opp et pantesikret krav mot skyldneren. Selv om det i prinsippet kan tenkes andre typer hensikt enn gjeldsdekning, er det mest nærliggende å presumere en hovedhensikt om å betale skyldnerens gjeld.

Der tredjemann *står i gjeld* til skyldneren, kan hensikten være å betale egen gjeld. Tredjemann har ingen plikter i tilknytning til kreditors krav mot skyldneren, og kan ikke tvinges til en oppgjørsmåte for egen gjeld som inkluderer skyldnerens kreditor. Det er tilsynelatende enklest for tredjemann å betale direkte til skyldneren, så kan skyldneren selv betale kreditor med midlene mottatt fra tredjemann. Om tredjemann likevel betaler skyldnerens kreditor, kan gjeldsbetalingen anses å skje på en unormal måte. Følgelig er det gode grunner for å presumere hovedhensikt om å dekke skyldnerens gjeld også der tredjemann har gjeld til skyldneren.

Selv om en hovedhensikt om å betale skyldnerens gjeld presumeres, må det likevel foretas en nærmere vurdering av det konkrete tilfellet. I vurderingen kan det tas hensyn til om

skyldneren selv har tatt initiativ til betalingen. Huser beskriver dette forholdet mellom betalingshensikt og initiativtakeren til betalingen slik⁷⁷:

«Det vil således være de nærmere omstendigheter ved betalingen som avgjør hvorvidt tilfellet faller inn under § 5-5 eller ikke, særlig hvorvidt debitor har foranlediget betalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig. Forsåvidt kan man si at også dette er en problemstilling der hensikten med disposisjonen har avgjørende betydning»

Vurderingen av betalingshensikt og initiativtaker fremstår her som den samme. I denne avhandlingen vil vurderingene skilles. Det er klart at betalingens initiativtaker har betydning for momentet om betalingshensikt, men det kan også være et mer selvstendig vurderingsmoment. Dette vil omtales nærmere i punkt 4.3.3.

4.3.2 Kreditors kunnskap

Deknl. § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel. Det «inngrep» som skjer overfor kreditor ved at betalingen omstøtes rettferdiggjøres gjennom at kreditors onde tro presumeres ved ekstraordinære betalinger⁷⁸. En påvisning av kreditors kunnskap om omstendighetene rundt betalingen er derfor som klart utgangspunkt irrelevant for vurderingen av om omstøtelse kan skje. Det følger imidlertid av høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 at⁷⁹:

«Betalingsmottakeren får på sin side normalt et varsel om at alt kanskje ikke er som det skal være, når en fordring blir betalt av tredjemann»

I en juridisk artikkel av Lilleholt knyttes det bemerkninger til forholdet mellom tredjemannsbetalinger og omstøtelsesbestemmelsene i dekl. §§ 5-5 og 5-7. Lilleholt tar til orde for at⁸⁰:

«... [E]in bør leggje realiteten til grunn der mottakaren kjenner tilhøva rundt disposisjonen.

⁷⁷ Huser 1992 s. 260.

⁷⁸ NOU 1972:20 s. 282.

⁷⁹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 40.

⁸⁰ Lilleholt, «Betaling frå tredjeperson kan etter omstenda omstøytast - Rt-2012-468 A», i *Nytt i privatretten*, nr. 2 2012, s. 27.

... Eit slikt vilkår om kjennskap til den reelle karakteren av disposisjonen bør høyre heime også i dei objektive omstøytingsreglane»

Ovenfor nevnte holdepunkter i rettskildene gjør det nærliggende å vurdere om kreditors kunnskap likevel er relevant for vurderingen av om tredjemanns betaling kan omstøtes, til tross for at dekl. § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel.

I omtalen av gjeldsvilkåret i punkt 2.2 ble det fremholdt en mulighet for at bestemmelsen i dekl. § 5-5 ikke er objektiv i absolutt forstand. Kravet om primær dekningshensikt ved gjeldsvilkåret åpner for at subjektive elementer kan tas i betraktning. Det kan derfor argumenteres for at subjektive forhold også kan være relevant ved andre vurderinger som foretas etter bestemmelsen.

En vurdering av kreditors kunnskap kan også gjøres på så objektivt grunnlag som mulig, ved å legge til grunn den antatte eller forventede kunnskap til «kreditorer flest» ut fra de konkrete forhold i saken. Slik kan en vurdering av kreditors kunnskap anses å harmonere best med omstøtelsesregelens objektivitet.

Et argument for å være tilbakeholden med å omstøte tredjemannsbetalinger i medhold av dekl. § 5-5 første ledd er hensynet til kreditor, som må tilbakeføre disposisjonen som tilsynelatende var foretatt av tredjemann alene. Hensynet til kreditors innrettelse er imidlertid ikke like beskyttelsesverdig der kreditor hadde kunnskap om omstendighetene rundt betalingen. Dette fremgår også av Lilleholts artikkel⁸¹:

«Dersom mottakaren ikkje kjenner eller bør kjenne til at betalinga reelt kjem frå den seinare konkursskyldnaren, kan det synast urimeleg om han må finne seg i omstøyting ... Har mottakaren likevel ut frå dei konkrete omstenda grunn til å tru at det er betaling med «friske midlar», kan det hevdast at omstøyting ikkje bør kunne skje»

Etter min mening bør imidlertid god tro hos kreditor ikke være til hinder for omstøtelse av tredjemanns betaling. En må fortsatt ha i mente at dekl. § 5-5 første ledd er en objektiv regel, selv om det kan åpnes for subjektive elementer i omstøtelsesvurderingene. Det vil stride totalt mot omstøtelsesregelens objektive karakter dersom kreditors gode tro i seg selv skal kunne utelukke omstøtelse. Det er derfor hensiktsmessig å la kreditors kunnskap være et

⁸¹ Lilleholt, *NIP*, 2012 s. 27.

vurderingsmoment som utelukkende kan være egnet til å *forsterke* oppfatningen om at tredjemanns betaling bør omstøtes.

Det finnes to eksempler i nordisk rettspraksis der omstøtelse av tredjemanns betaling overfor godtroende kreditor ble godtatt, i svensk høyesterettspraksis i NJA 1996 s. 333 og dansk høyesterettspraksis gjengitt i UfR 1988 s. 484. Avgjørelsene omhandler omstøtelse etter bestemmelsene for ekstraordinære betalinger i henholdsvis svensk og dansk lov. I NJA 1996 s. 333 fremgår det at omstøtelse av tredjemanns betaling kan skje:

«... utan hänsyn till hur borgenären i det enskilda fallet uppfattat situationen»

I saken i UfR 1988 s. 484 hadde kreditor blitt opplyst om at betalingen skulle skje fra tredjemann, og at betalingen derfor ikke kunne omstøtes. Kreditor var i god tro om dette, men det var likevel ikke til hinder for at betalingen ble omstøtt⁸². Selv om det ikke eksplisitt kommenteres av retten, fremstår det som at kreditors gode tro var uten betydning.

Avgjørelsene i NJA 1996 s. 333 og UfR 1988 s. 484 omhandler kun situasjonen der kreditor er i god tro, og det knyttes ingen kommentarer til hvorvidt kreditors onde tro kan vektlegges i en vurdering av om tredjemanns betaling kan omstøtes. Synspunktet om at kreditors gode tro ikke utelukker omstøtelse av tredjemannsbetalinger kan likevel vektlegges i norsk rett, på grunn av likheter i omstøtelsesreglenes objektive karakter i de nordiske landene.

Følgelig kan det konkluderes med at det er relevant å ta hensyn til kreditors kunnskap om tredjemannsbetalingen i vurderingen av indirekte betaling. Kreditors *manglende* kunnskap er imidlertid ikke et moment som kan tillegges vekt.

Det kan videre spørres om *hvilken type* kunnskap hos kreditor som kan vektlegges.

Etter den subjektive omstøtelsesregelen i dekl. § 5-9 må kreditor ha kunnskap om at skyldnerens økonomiske stilling var svak, og de forhold som medfører at disposisjonen er utilbørlig⁸³. Kunnskapen knyttes altså til det som gjør disposisjonen illojal. Slik illojalitet er allerede presumert for dekl. § 5-5. Den type kunnskap hos kreditor som er relevant for vurderingen er derfor ikke den samme som kreves etter dekl. § 5-9.

⁸² Omtale av avgjørelsen i Ankerud, *TfR*, 2012 s. 320.

⁸³ Dekningsloven § 5-9 første ledd.

For at tredjemanns betaling skal kunne omstøtes etter dekl. § 5-5 første ledd må det være en indirekte betaling fra skyldneren. Det er hensiktsmessig å knytte den relevante kunnskapen for vurderingen til det som nettopp aktualiserer omstøtelse av tredjemanns betaling.

Skyldvurderingen knyttes derfor til hvorvidt kreditor burde vite at betalingen reelt sett er foretatt av skyldneren selv.

Kreditors kunnskap om betalingens realitet er altså et relevant vurderingsmoment. På grunn av omstøtelsesregelens objektive karakter, bør imidlertid ikke et slikt subjektivt element kunne tillegges mye eller avgjørende vekt i omstøtelsesvurderingen.

4.3.3 Initiativtaker

Initiativtakeren til tredjemanns betaling er et forhold som er egnet til å belyse både hensikten med betalingen og kreditors kunnskap om betalingen, som tidligere omtalt i henholdsvis punkt 4.3.1 og 4.3.2. I dette punktet skal det drøftes om initiativtakeren til tredjemanns betaling er et moment som i seg selv er relevant for vurderingen av indirekte betaling.

Hvem som har tatt initiativet til tredjemanns betaling kan gi indikasjoner på hvorvidt betalingen er et forsøk på omgåelse av omstøtelsesreglene. *Hvilket* rettssubjekts initiativ som kan tale for eller mot omstøtelse vil videre vurderes.

Kreditor kan ha en egeninteresse i at omstøtelsesreglene omgås, da kreditor får beholde berikelsen han har oppnådd ved betalingen. Om kreditor da tar initiativet til å konstruere en tredjemannsbetaling, kan ikke hensynet til kreditors innrettelse anses å være beskyttelsesverdig. Omstøtelsesreglene skal også virke preventivt overfor kreditor. Kreditors initiativ kan medføre at han blir pågående overfor skyldneren eller tredjemann, på grunn av en betalingsmetode han anser som fordelaktig for å få dekket sin fordring.

I rettspraksis har kreditors initiativ tilsynelatende blitt ansett relevant. I LG-2006-17565 tok kreditor initiativet til tredjemanns betaling av skyldnerens ubetalte husleie, som lagmannsretten kom til at kunne omstøtes. I juridisk teori ved Aasebø m.fl. fremheves dette forhold i omtalen av avgjørelsen⁸⁴:

⁸⁴ Aasebø m.fl. 2015 s. 205.

«Denne tredjepersonsbetalingen ble omstøtt, blant annet fordi huseieren hadde tatt initiativ til betalingen ...»

Også i høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 bemerkes kreditors rolle i saken i LG-2006-17565⁸⁵:

«I det tilfellet hadde betalingsmottakeren, altså den omstøtelseskravet ble rettet mot, tatt initiativet til betalingen»

På bakgrunn av relevante legislative hensyn ved omstøtelsesreglene samt avgjørelsen i LG-2006-17565, bør kreditors initiativ kunne vektlegges i retning av omstøtelse av tredjemanns betaling.

Skyldneren kan ha et ønske om å begunstige visse kreditorer, og forsøker dermed å omgå omstøtelsesreglene ved å få i stand en betaling fra tredjemann. Om skyldnerens initiativ kan vektlegges i en omstøtelsesvurdering kan dette ha preventiv effekt, ved at skyldnere motstår fristelsen til selv å konstruere tredjemannsbetalinger.

I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 vises det til et utdrag av Huser, der det antydes at skyldnerens initiativ er relevant for omstøtelse av tredjemannsbetalinger⁸⁶:

«Han nevner på side 259 «det tilfellet hvor debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debitors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor»»

I følge Huser er en tredjemannsbetaling etter anmodning fra skyldneren omstøtelig, dersom tredjemann foretar en etterfølgende motregning i egen gjeld til skyldneren⁸⁷:

«Det er klart at en slik betaling etter debitors anmodning eller ordre er betaling «som skyldneren har foretatt»»

Den svenske høyesterettsdommen i NJA 1996 s. 333 kan også forstås slik at skyldnerens initiativ til tredjemannsbetalingen kan vektlegges:

⁸⁵ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 34.

⁸⁶ Rt.2012 s.468 avsnitt 36 med henvisning til Huser 1992 s. 259.

⁸⁷ Huser 1992 s. 259.

«En betalning, som tredje man på uppmaning av en gäldenär gör till någon av dennes borgenärer, anses i återvinningsammanhang jämställd med en betalning direkt från gäldenären till borgenären ...»

Både denne svenske avgjørelsen og Huser kan forstås slik at skyldnerens uttrykkelige betalingsanmodninger kan trekke i retning av at det foreligger en indirekte betaling fra skyldneren selv. Skyldnerens mer implisitte initiativ kan imidlertid også tenkes å være relevant. I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 var det én og samme person som styrte økonomien både hos datterselskapet og morselskapet, henholdsvis skyldneren og tredjemann⁸⁸. Det er derfor vanskelig å trekke en sikker slutning om hvilket av de to selskapene som tok initiativet til betalingen. Siden betalingen ble utført til gode for datterselskapet, har det likevel formodningen for seg at initiativet ligger der.

På bakgrunn av dette kan det hevdes at skyldnerens initiativ må vektlegges. Skyldneren kan ha tatt initiativ enten ved en uttrykkelig betalingsanmodning, eller ved å ha en tilknytning til tredjemann som gjør at skyldneren kan «sette i gang» betalingen.

For *tredjemann* kan måten skyldnerens gjeld betales på være uten betydning. Dersom tredjemann tar initiativet til betalingen vil det heller tale for at tredjemann handler i egeninteresse, og dermed mot at det er foretatt en indirekte betaling av skyldneren.

Det er likevel mulig at tredjemann har et så nært forhold til skyldneren eller kreditor at han tar initiativ til betalingsordningen for å hjelpe til med å omgå omstøtelsesreglene. I et slikt tilfelle er det mer nærliggende å basere argumentet for omstøtelse på selve relasjonen, fremfor på tredjemanns initiativ. Relasjonen mellom tredjemann og skyldneren som et vurderingsmoment vil behandles i det følgende punkt 4.3.4.

Det kan derfor konkluderes med at det kan tas hensyn til hvilket rettssubjekt som tok initiativ til betalingen i omstøtelsesvurderingen. Dersom kreditor eller skyldneren tar initiativet, trekker dette i retning av at det foreligger en indirekte betaling. Dersom tredjemann tar initiativet taler dette for at det foreligger en uomstøtelig tredjemannsbetaling.

⁸⁸ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 37.

4.3.4 Relasjon mellom skyldneren og tredjemann

Relasjonen mellom skyldneren og tredjemann kan være egnet til å belyse hensikten med betalingen, som er omtalt i punkt 4.3.1. I dette punktet vurderes det om relasjonen er et separat moment i vurderingen av indirekte betaling.

En nær relasjon mellom skyldneren og tredjemann kan øke risikoen for omgåelse av dekl. § 5-5 første ledd. Begrunnelsen for denne antagelsen er at dersom tredjemann står skyldneren nærme, er det mer sannsynlig at tredjemann ønsker å bistå med å konstruere en betaling for å omgå omstøtelsesreglene. Videre skal det vurderes hvilke *type* relasjon mellom skyldneren og tredjemann som kan trekke i retning av at betalingen i realiteten er utført av skyldneren.

Deknl. § 5-5 andre ledd inneholder en strengere omstøtelsesregel, i form av en utvidet omstøtelsesfrist, for skyldnerens betalinger til en «nærstående» kreditor. I dekningslovens forarbeider begrunnes dette i interessefellesskapet som tilknytningen mellom skyldneren og kreditor indikerer⁸⁹. Legaldefinisjonen på nærstående finnes i dekl. § 1-5. Hvem som er skyldnerens nærstående beror på visse typer tilknytning, særlig basert på økonomiske eller personlige forhold. Både fysiske og juridiske personer kan omfattes av nærstående-begrepet⁹⁰.

Det er klart at bestemmelsen i dekl. § 5-5 andre ledd *ikke* får anvendelse i forholdet mellom skyldneren og tredjemann. Om skyldneren og tredjemann har en tilknytning tilsvarende «nærstående», kan dette imidlertid indikere at det eksisterer et interessefellesskap mellom dem, som igjen kan medføre et felles ønske om å begunstige visse kreditorer.

Likhetsslutninger til nærstående-begrepet kan derfor være relevant i vurderingen av om skyldneren har foretatt en indirekte betaling.

Begrepet nærstående omfatter blant annet selskapsrettslige relasjoner⁹¹. I høyesterettskjennelsen i Rt. 2012 s. 468 var skyldneren og tredjemann henholdsvis datterselskap og morselskap. Mor- og datterselskap kan per definisjon ha en relativt nær tilknytning både gjennom økonomi, øvrige interesser og ved at de samme personene kan være involvert i styringen av begge selskapene⁹². Det sistnevnte var situasjonen i Rt. 2012 s. 468, da den samme personen styrte likviditeten i begge selskapene. Selv om selskapene er to

⁸⁹ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 140.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 140.

⁹¹ Dekningsloven § 1-5 nr. 2 og nr. 3.

⁹² Om tilknytning mellom mor- og datterselskap i Andenæs, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006, s. 31-33.

separate juridiske personer⁹³, vil relasjonen mellom dem generelt medføre en økt risiko for omgåelse av omstøtelsesreglene.

Også et avtaleforhold kan danne et interessefellesskap mellom skyldneren og tredjemann. Om betalingen som tredjemann har utført ikke har noen tilknytning til avtaleforholdet, er det vanskelig å anse avtaleforholdet som et relevant moment. Om betalingen som utføres derimot er «forårsaket» av avtaleforholdet, bør dette kunne vektlegges i favør av at det foreligger en indirekte betaling.

En avtale forårsaket tredjemannsbetalingen i lagmannsrettsdommen i LG-2006-17565. I denne saken ble kjøpesummen for varelager og produksjonsutstyr m.m. delvis gjort opp ved at tredjemann betalte selgers skyldige husleie til utleier. Skyldneren ble kvitt sin gjeld til utleier, og utleier ga tredjemann mulighet til å overta leien av lokalene. Lagmannsretten kommenterte *ikke* hvorvidt en relasjon gjennom avtale kan tillegges vekt i omstøtelsesvurderingen. Avgjørelsen illustrerer likevel en faktisk situasjon der en avtale mellom skyldneren og tredjemann kan medføre et felles ønske om å begunstige en spesifikk kreditor.

På bakgrunn av interessefellesskapet som kan foreligge mellom skyldneren og tredjemann, må det konkluderes med at relasjonen mellom dem etter omstendighetene kan være et relevant vurderingsmoment. Om skyldneren og tredjemann *ikke* har en nær relasjon, bør ikke dette være et tungtveiende argument mot omstøtelse av en tredjemanns betaling. Da kan dekl. § 5-5 første ledd enklere omgås ved at skyldneren «velger ut» en tredjemann han ikke har et tett forhold til, men som likevel er villig til å bistå i betalingsordningen.

4.4 Oppsummering

I avhandlingens punkt 4 er det tatt sikte på å klarlegge hva som skal til for at en tredjemannsbetaling kan anses som en indirekte betaling fra skyldneren selv. Som vurderingene viser, inneholder ikke rettskildene klare retningslinjer. En må imidlertid ha i mente at det skal foretas en *helhetsvurdering*. Det må derfor vurderes om de konkrete omstendigheter i en sak samlet sett tilsier at skyldneren har foretatt en indirekte betaling. En kombinasjon av legislative hensyn, koherensbetraktninger samt holdepunkter i rettspraksis og

⁹³ Prinsippet om rettssubjektivitet som mellom annet kan hjemles i selskapsloven § 2-1 første ledd, og Andenæs 2006 s. 30-31.

juridisk teori, har vært avgjørende for å kunne fastslå relevante forhold i en slik helhetsvurdering.

Det kan legges til grunn at den vesentligste del av vurderingen er å avgjøre om skyldnerens egne midler belastes ved tredjemanns betaling. Dette er en forutsetning for at betalingen skal kunne omstøtes. Grunnen til at dette er viktig er nettopp fordi vurderingstemaet omhandler hvorvidt skyldneren *egentlig* har foretatt betalingen.

Supplerende vurderingsmomenter er også identifiserte. Disse dreier seg om tredjemanns betalingshensikt, kreditors kunnskap om betalingen, initiativtakeren til betalingen samt om det eksisterer en relasjon mellom skyldneren og tredjemann. Vurderingsmomentene er delvis overlappende med hverandre. Sammen med forutsetningen om belastning av skyldnerens midler, er vurderingsmomentene egnet til å belyse realiteten i betalingen, fremfor formalitetene.

5 Tilgrenset problemstilling – tredjemanns betaling skjer via skyldnerens konto

Situasjonen er slik – tredjemann har gitt skyldneren et beløp med *klar instruks* om at beløpet skal utbetales til en bestemt kreditor. Skyldneren foretok deretter betalingen i henhold til tredjemanns instruks. Spørsmålet som da kan stilles er om skyldnerens betaling i realiteten er en tredjemannsbetaling, som ikke kan omstøtes etter dekl. § 5-5 første ledd⁹⁴.

Et slikt tilfelle kan for eksempel tenkes å oppstå der en aksjonær i et aksjeselskap overfører penger til selskapet i et forsøk på å redde selskapet fra å gå konkurs. Det fremgår av aksjeloven § 1-1 andre ledd at en aksjonær ikke har et personlig ansvar for selskapets forpliktelser. Aksjonæren anses derfor som en utenforstående tredjemann i gjeldsforholdet mellom selskapet og kreditor. Likevel kan aksjonæren føle på presset om å involvere seg, særlig dersom kreditor har truet med å begjære selskapet konkurs⁹⁵. Aksjonæren ønsker da at denne kreditoren får betalt, for å unngå en konkursbegjæring.

Om tredjemann hadde betalt direkte til kreditor uten først å overføre til skyldneren, ville dette ha vært en uomstøtelig intervensjonsbetaling.

Hadde tredjemann overført penger til skyldneren uten en betalingsinstruks, og skyldneren av eget initiativ hadde betalt kreditor, er det klart at omstøtelse etter dekl. § 5-5 første ledd hadde vært aktuelt. Dette er en vanlig bruk av skyldnerens midler.

Situasjonen som omhandles i dette punktet er der skyldneren formelt sett utfører betalingen. Om betalingen i realiteten kommer fra tredjemann er det usikkert hvilket utfall omstøtelsesvurderingen vil få. Avhandlingens problemstilling vendes her om på. Det problematiske er altså hvorvidt realiteten i en betaling må tillegges avgjørende vekt også i andre tilfeller, slik at tredjemanns indirekte betalinger er uomstøtelige.

⁹⁴ Problemstillingen er hentet fra Ankerud, *TfR*, 2012 s. 320 i fotnote 8.

⁹⁵ Fordringshaver kan begjære konkurs i medhold av konkursloven § 60.

Om tredjemann av eget initiativ *gir* skyldneren et beløp, vil betalingen kun belaste tredjemanns midler. Etter inspirasjon fra momentene i punkt 4 i avhandlingen, kan det derfor være nærliggende å anse det som en indirekte betaling fra tredjemann.

Til likhet med avhandlingens hovedproblemstilling gjelder denne tilgrensende problemstillingen tolkningen av vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» i dekl. § 5-5 første ledd. Det er imidlertid også relevant å vurdere situasjonen opp mot ordinærreservasjonen i bestemmelsen. Vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» vurderes først.

En formell betaling fra skyldneren kan anses som en direkte betaling fra skyldneren, da den for eksempel kan være utført direkte fra skyldnerens egen bankkonto. Vilkårets ordlyd åpner dermed for at formaliteter ved betalingen kan være avgjørende for hvorvidt en betaling kan omstøtes. Det er dermed ikke gitt at realiteten i betalingen *alltid* må tillegges avgjørende vekt i omstøtelsesvurderingen. Videre må det vurderes om vilkåret kan tolkes innskrenkende til kun å omfatte betalinger som i realiteten kommer fra skyldneren.

Adgangen til å omstøte indirekte betalinger fra skyldneren har støtte i hensynet til å unngå omgåelse av omstøtelsesreglene. Om tredjemann i realiteten har betalt, vil ikke dette være en måte å omgå omstøtelsesreglene på. Spørsmålet om omstøtelse vil heller *aktualiseres* på grunn av at skyldneren står for formalitetene i betalingen. Hensynet til å unngå omstøtelse kan derfor ikke påberopes som støtte for at realiteten i betalingen må være avgjørende, og dermed at indirekte betalinger fra tredjemann kan omstøtes.

Et hovedformål bak dekl. § 5-5 er imidlertid å forhindre at kreditorskadelige betalinger foretas, slik at det ikke skjer en forfordeling av skyldnerens kreditorer⁹⁶. En betaling som i realiteten kommer fra tredjemann vil ikke medføre slik bofordingelse. Dersom en indirekte betaling fra tredjemann kan omstøtes, blir resultatet at kreditorfellesskapet får bedre dekningsmuligheter enn det i utgangspunktet skulle hatt. Dette trekker i retning av at en slik tredjemannsbetaling ikke kan omstøtes.

Dersom tredjemann hadde betalt direkte til kreditor i stedet for å overføre midler til skyldneren først, ville dette vært en uomstøtelig intervensjonsbetaling. En indirekte betaling fra tredjemann har en ulik fremgangsmåte, men det samme resultat som en

⁹⁶ Andenæs 2009 s. 309.

intervensjonsbetaling, idet kreditor mottar betaling på tredjemanns «regning».

Likhetsbetraktninger tilsier at betalingene bør bedømmes likt, og trekker dermed ytterligere i retning av at indirekte tredjemannsbetalinger ikke bør omstøtes.

Muligheten til å foreta tolkninger som fraviker fra dekningslovens ordlyd er imidlertid snever, da konkursretten er et positivrettslig område. Betalingen kan i prinsippet anses som en direkte betaling fra skyldneren, som klart omfattes av ordlyden. Likevel kan det anses mindre betenkkelig å foreta en innskrenkende tolkning, sammenlignet med utvidende tolkninger eller oppstilling av ulovfestede unntak som medfører at regelen får et videre anvendelsesområde enn lovteksten gir uttrykk for.

Dekningslovens regler skal også være rettteknisk enkle å anvende. Dersom reglene legger opp til at det ofte må foretas grundige avveininger om betalingens realitet før spørsmålet om omstøtelse kan avgjøres, vil dette kunne påvirke effektiviteten i bobehandlingen.

Løsningen på denne problemstillingen er uklar. Likevel kan betalingen ha så store likhetstrekk med en uomstøtelig intervensjonsbetaling at de grunnleggende hensyn og formål taler svært sterkt i retning av at omstøtelse ikke bør skje. Jeg heller dermed mot at vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» kan utelukke omstøtelse av indirekte betalinger fra tredjemann, avhengig av de nærmere omstendigheter.

Uavhengig av hvorvidt vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» stenger for omstøtelse av tredjemanns indirekte betaling, kan ordinærreservasjonen i dekn. § 5-5 første ledd være et alternativt grunnlag for å nekte omstøtelse.

I dekningslovens forarbeider fremgår det ingenting om hvordan ordinærreservasjonen generelt skal forstås, men ordinærreservasjonen drøftes i tilknytning til de tre betalingsalternativene i dekn. § 5-5 første ledd⁹⁷. Ordinærreservasjonen får først betydning dersom en betaling faller innenfor et av de tre betalingsalternativene, da alle andre betalinger per definisjon anses ordinære⁹⁸.

Forhold som typisk kan medvirke til at en betaling anses som ordinær er bransjepraksis, partenes egen praksis eller oppfyllelsens individuelle hensiktsmessighet⁹⁹. Til forskjell fra

⁹⁷ NOU 1972:20 s. 291-292.

⁹⁸ Huser 1992 s. 262.

⁹⁹ Aasebø m.fl. 2015 s. 215 med henvisning til Huser 1992 s. 276-291.

disse eksemplene, vil ikke det faktum at betalingen indirekte er foretatt av tredjemann typisk knytte seg til et av de tre betalingsalternativene i dekl. § 5-5 første ledd. Det faller derfor litt på siden av det som vanligvis medfører at en betaling må anses som ordinær.

Ordlyden av ordinærreservasjonen er imidlertid at «betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær». Vilkåret er generelt formulert, og åpner for at flere omstendigheter kan tas i betraktning enn det som direkte knytter seg til betalingsalternativene. Husers generelle forklaring av ordinærreservasjonen taler for at et forhold kan tas i betraktning såfremt det er egnet til å belyse hvorvidt betalingen er «omstøtelsesverdige»¹⁰⁰:

««Ordinær»-reservasjonens funksjon er å besørge en hensiktsmessig arrondering av reglene i § 5-5 gjennom en oppstilling av de unntak som er berettiget ut fra reglenes formål og andre viktige reelle hensyn. Formålet er naturligvis først og fremst å ramme de betalinger som er mest omstøtelsesverdige, dvs. de som er begrunnet i debitors vanskelig økonomiske situasjon. Slike betalinger krenker i særlig grad prinsippet om likebehandling av kreditorene»

Det fremgår videre av Huser at vurderingen av ordinærreservasjonen skal gjøres på følgende måte¹⁰¹:

««Ordinær»-reservasjonen foreskriver en konkret og individuell helhetsvurdering av den aktuelle betaling ...

...

Objektet for vurderingen etter § 5-5.1 i.f. er svært generelt, spørsmålet er om betalingen fremtrådte som ordinær «etter forholdene». Dette ekskluderer i utgangspunktet ingen faktiske omstendigheter som kan belyse den aktuelle betalingen»

Det må derfor foretas en konkret helhetsvurdering av betalingens karakter, der det faktum at tredjemann indirekte har foretatt betalingen kan trekkes inn.

Hovedformålet om å unngå at skyldnerens bo tømmes for aktiva forut for konkursåpning gjør seg ikke sterkt gjeldende dersom skyldnerens betaling skjer på tredjemanns bekostning.

¹⁰⁰ Huser 1992 s. 263.

¹⁰¹ Huser 1992 s. 264-265.

Forutsetningen for at skyldneren i det hele tatt mottar midler er nettopp for å kunne betale en bestemt kreditor. En indirekte betaling fra tredjemann er dermed egnet til å redusere betalingens ekstraordinære preg. Det er imidlertid ikke slik at betalingen uten videre er ordinær fordi det i realiteten er tredjemanns midler som belastes.

Konklusjonen er dermed at betalinger som indirekte er utført av tredjemann etter omstendighetene kan nektes omstøtt på bakgrunn av vilkåret «betaling ... som skyldneren har foretatt» eller ordinærreservasjonen i dekl. § 5-5 første ledd.

6 Avsluttende bemerkninger

Adgangen til å omstøte tredjemanns betaling i medhold av dekl. § 5-5 første ledd *eksisterer*, såfremt det er foretatt en indirekte betaling av skyldneren selv og tredjemann bare står for formalitetene i betalingen. Dette hindrer i prinsippet en mulighet til å omgå bestemmelsen ved å konstruere tredjemannsbetalinger. Da finnes det *egentlig* ikke et smutthull i lovgivningen for omstøtelsesverdige tredjemannsbetalinger.

Selv om ordlyden i dekl. § 5-5 første ledd ikke åpner for omgåelse av bestemmelsen, kan realiteten være en annen. Hvor stor muligheten for omgåelse *faktisk* er beror på hvor vanskelig det er for konkursboet å oppdage at betalingen indirekte er foretatt av skyldneren. Selv om konkursboet blir oppmerksom på betalingen, kan det skje at konkursboet uansett ikke har midler til å forfølge saken.

Det faktum at Høyesterett har fastslått at enkelte tredjemannsbetalinger kan omstøtes vil trolig ikke ha en sterk preventiv effekt, da avgjørelsen i Rt. 2012 s. 468 knytter seg til et konkret tilfelle, og klarlegger ikke rettstilstanden for tredjemannsbetalinger generelt.

Kanskje den beste måten for å «avskrekke» skyldnere og kreditorer fra å konstruere tredjemannsbetalinger i et bevisst forsøk på å omgå omstøtelsesreglene, er ved å fjerne ordet «skyldneren» fra lovteksten i dekl. § 5-5 første ledd. Dersom vilkåret formuleres som «betaling av gjeld» vil det språklig sett sammenfalle bedre med omstøtelsesbestemmelsene for ekstraordinære betalinger i svensk og dansk rett. Da blir det klarere for aktørene i kredittlivet at bestemmelsen kan omfatte tredjemannsbetalinger. På denne måten vil lovtekstens preventive funksjon trolig bli mer effektiv.

7 Kilderegister

Lovgivning

Norsk

Aksjeloven	Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) 13. juni 1997 nr. 44.
Dekningsloven	Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) 8. juni 1984 nr. 59.
Konkursloven	Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) 8. juni 1984 nr. 58.
Lov om Conkurs og Conkursboers Behandling	Lov om Conkurs og Conkursboers Behandling (konkursloven) av 6. juni 1863 (opphevet).
Panteloven	Lov om pant (panteloven) 8. februar 1980 nr. 2.
Selskapsloven	Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper (selskapsloven) 21. juni 1985 nr. 83.

Svensk

Konkurslagen	Konkurslag 11. juni 1987 (SFS 1987:672).
--------------	--

Dansk

Konkursloven	Konkurslov lov nr. 298 af 8. juni 1977 (Lovbekjentgjørelse nr. 11 av 6. januar 2014 med senere endringer)
--------------	---

Lovforarbeider

NUT 1970:2	Rådsegn 8 - Om pant.
NOU 1972:20	Gjeldsforhandling og konkurs.
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.

Rettsavgjørelser

Norske

Rt. 1996 s. 1647

Rt. 1997 s. 645

Rt. 2008 s. 1170

Rt. 2012 s. 468

LG-2006-17565

Svenske

NJA 1996 s. 282 Dom av Högsta Domstolen av 7.mai 1996.

NJA 1996 s. 333 Dom av Högsta Domstolen av 24.mai 1996.

Danske

UfR 1988 s. 484 Højesterets dom 21.april 1988.

UfR 2006 s. 766 Højesterets dom 2.december 2005.

Litteratur

- Aasebø m.fl. 2015 Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter og Sandvik, Siv, *Dekningsloven med kommentarer* (Oslo 2015).
- Andenæs 2006 Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006).
- Andenæs 2009 Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utgave (Oslo 2009).
- Andenæs 2009, *Rettskildelære* Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utgave (Oslo 2009).
- Ankerud, *TfR*, 2012 Ankerud, Anja, «Rt. 2012 s.468 – noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5», i *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 03/2012 volum 125, s. 314-332.
- Bergsåker 2015 Bergsåker, Trygve, *Pengekravsrett*, 3. utgave (Oslo 2015).
- Huser 1992 Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs Bind 3 Omstøtelse* (Bergen 1992).
- Lennander 2013 Lennander, Gertrud, *Återvinning i konkurs*, 4. utgave (Stockholm 2013).
- Lilleholt, *NIP*, 2012 Lilleholt, Kåre, «Betaling frå tredjeperson kan etter omstenda omstøytast - Rt-2012-468 A», i *Nytt i privatretten*, nr. 2 2012, s. 26-27.
- Monsen 2012 Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Oslo 2012).
- Nygaard 2004 Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave (Bergen 2004).
- Skoghøy 2014 Skoghøy, Jens Edvin A., *Panterett*, 3. utgave (Oslo 2014).

Skoghøy 2016

Skoghøy, Jens Edvin A., *Panteloven med kommentarer*,
3. utgave (Oslo 2016).

Ørgaard 2014

Ørgaard, Anders, *Konkursret*, 11. utgave (København 2014).

Annet

Publisering av Konkursrådet, sist oppdatert 24.januar 2012:

<http://www.konkursradet.no/innfoering-i-konkurs.305266.no.html>