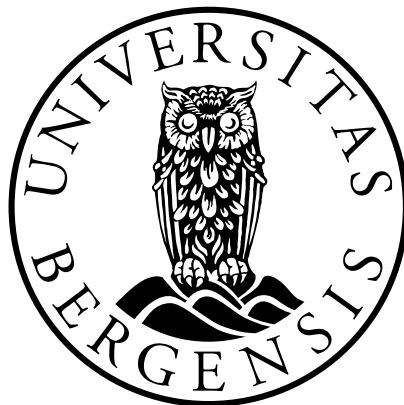


Når kan en betaling foretatt av en
tredjemann omstøtes etter dekningsloven
§ 5-5?

*Særlig vurdert i lys av kjennelsen i Rt. 2012 s. 460
(Centrum Eiendomsmegling)*

Kandidatnummer: 181

Antall ord: 14 450



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	3
1.1	Tema og problemstilling	3
1.2	Rettskildebildet og noen metodiske utfordringer	4
1.3	Hva menes med tredjemannsbetalinger?.....	5
1.4	Avgrensning av oppgaven.....	6
1.5	Oppgavens struktur – veien videre.....	6
2	Kort om omstøtelse	8
3	Dekningsloven § 5-5	10
3.1	Innledning.....	10
3.2	Bestemmelsens vilkår.....	11
3.2.1	Tidsfristen.....	11
3.2.2	Betaling av gjeld.....	11
3.2.3	Ekstraordinær betaling av gjeld som ikke er “ordinær”	11
3.3	Rettsvirkningene av dekningsloven § 5-5	12
4	En analyse av oppgavens rettskilder	13
4.1	Innledning.....	13
4.2	Bestemmelsens ordlyd.....	14
4.3	Forarbeidene.....	15
4.4	Rettspraksis – Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling)	15
4.4.1	Saksforholdet.....	15
4.4.2	Høyesteretts argumentasjon	16
4.5	Underrettspraksis – LG-2006-17565.....	18
4.6	Juridisk teori	20
4.6.1	Kristian Huser: Gjeldsforhandling og Konkurs bind 3	20
4.6.2	Mads Henry Andenæs: Konkurs	21
4.7	Nordisk rett.....	22
4.8	Reelle hensyn	25
4.8.1	Innledning.....	25
4.8.2	Behovet for retts teknisk enkle regler	25
4.8.3	Likhetshensynet.....	26
4.8.4	Omgåelseshensynet	26

5	Kan andre omstøtelsesregler ramme tredjemannsbetalingene?	28
5.1	Innledning.....	28
5.2	Dekningsloven § 5-6	28
5.3	Dekningsloven § 5-9	30
5.4	Betydningen av de alternative rettsgrunnlagene	31
6	Hvilke momenter kan vektlegges ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling kan omstøtes?.....	34
6.1	Innledning.....	34
6.2	Krav om at skyldnerens formue reduseres	35
6.2.1	Situasjon der morselskapet betaler datterselskapets gjeld, men ikke foretar etterfølgende motregning	37
6.2.2	Situasjon der morselskapets gjeld til datterselskapet oppstod på et senere tidspunkt enn gjeldsbetalingen	38
6.3	Krav om at tredjemann har hatt som hensikt å dekke debitors gjeldsforpliktelse....	39
6.4	Skal kreditors gode tro ha noen betydning for omstøtelse?	41
6.5	Hvem har vært initiativtaker for arrangementet?	43
7	Noen utvalgte grensetilfeller	45
7.1	Innledning.....	45
7.2	Situasjon der tredjemann og skyldner betaler hverandres gjeld.....	45
7.3	Situasjon der det skjer et kreditorskifte	46
8	Avslutning	48
	Kildeliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Oppgavens tema er når en betaling foretatt av en tredjemann kan omstøtes etter lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (videre dekningsloven) § 5-5 første ledd.

Omstøtelse innebærer at disposisjoner foretatt i forkant av konkursen, som ellers ville vært ansett som bindende, omgjøres til fordel for boet og fordeles forholdsmessig mellom kreditorfellesskapet etter reglene om prioritet.¹ Innenfor omstøtelsesreglene står dekningsloven § 5-5 i en særstilling som et av de mest anvendte omstøtelsesgrunnlagene.² Etter bestemmelsen kan en ekstraordinær gjeldsbetaling foretatt av ”skyldneren” omstøtes på nærmere angitte vilkår.

En naturlig forståelse av ordet ”skyldneren” tilsier at det er skyldneren selv som har foretatt gjeldsbetalingen – og som regel vil ikke dette vilkåret reise tolkningsspørsmål. I rettspraksis har man likevel sett eksempler på at betalingen har vært arrangert på en slik måte at det fremstår som at den er foretatt av en *tredjemann*, og ikke skyldneren selv. Et slikt tilfelle måtte Høyesterett ta stilling til i kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Der ble det slått fast at visse former for gjeldsbetaling, foretatt av en tredjemann, kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Selv om Høyesterett her godtok omstøtelse av en form for tredjemannsbetaling etter dekningsloven § 5-5, gir dommen liten veiledning når det gjelder adgangen til omstøtelse av *andre* former for betalinger foretatt av tredjemann. Det er dermed av interesse å undersøke dekningsloven § 5-5 i relasjon til tredjemannsbetalinger.

Oppgavens problemstilling er følgelig når en tredjemannsbetaling kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Oppgaven har et rettsdogmatisk perspektiv, der formålet vil være å undersøke og klarlegge gjeldende rett.

¹ Andenæs (2009) s. 10; Med prioritet siktes det her både til reglene om pant og reglene om tidsprioritet, se her Brækhus og Berg (2014) s. 68.

² Aasebø, Madsen og Sandvik (2015), note 164 til dekningsloven § 5-5 ved Håvard Wiker, rettsdata.no (lest 04. september 2021).

1.2 Rettskildebildet og noen metodiske utfordringer

Omstøtelse av ekstraordinær gjeldsbetaling reguleres i dekningsloven § 5-5. Lovteksten gir imidlertid bare et utgangspunkt for vurderingen av oppgavens problemstilling, og må følgelig utfylles med konkret meningsinnhold basert på øvrige rettskilder.

Dekningsloven har generelt sett omfattende forarbeider gjennom både NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs og Ot.prp. nr. 50 (1980-81). Merknadene til dekningsloven § 5-5 er likevel relativt kortfattede og tar først og fremst enkeltvis for seg de ulike vilkårene for omstøtelse. Oppgavens problemstilling blir heller ikke drøftet noe sted i forarbeidene. Forarbeidene gir derfor i liten grad veiledning til spørsmålet denne oppgaven skal ta for seg.

Høyesterettspraksis har høy rettskildemessig verdi.³ I tillegg har Høyesterett hatt en viktig rolle ved utviklingen av formueretten, og herunder konkursreglene.⁴ Rettspraksis har dermed vært en særlig relevant kilde ved besvarelse av oppgaven. Det finnes ti høyesterettsdommer om dekningsloven § 5-5, i tillegg til en rekke lagmanns- og tingrettsdommer om bestemmelsen. Likevel er som nevnt Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) det eneste tilfellet der Høyesterett direkte tar stilling til omstøtelse av gjeldsbetaling fra tredjemann. Problemstillingen har også vært reist i LG-2006-17565, LF-2015-193996, LA-2016-39341 og LA-2019-157875.

Juridisk teori har også vært en sentral kilde ved behandlingen av spørsmålet.

Rettsoppfatninger i juridisk teori har normalt liten rettskildemessig verdi alene.⁵ Oppfatningen i teorien vil følgelig brukes som et støttemoment, ved å underbygge slutninger fra andre rettskilder.⁶ Innenfor teorien anses Kristian Husers bok "Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 Omstøtelse" (1992) å være et standardverk på området. Mads H. Andenæs behandler også reglene om omstøtelse, herunder dekningsloven § 5-5 i "Konkurs" (3. Utg. 2009). Videre omhandles problemstillinger om dekningsloven § 5-5 i flere tidsskriftsartikler. For min oppgave har særlig "Introduksjon til reglene om omstøtelse" av Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, og artikkelen "Noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5" i Tidsskrift for Rettsvitenskap av Anja K. Ankerud vært av interesse.

³ Andenæs *Rettskildelære* (2009) s. 95-96; Monsen (2012) s. 37-38.

⁴ Sæbø (2015) s. 763.

⁵ Monsen (2012) s. 177-178.

⁶ Monsen (2012) s. 176-177.

Omstøtelsesreglene har blitt til gjennom et nordisk samarbeid.⁷ De tilsvarende reglene i dansk og svensk rett, i tillegg til praksis fra de konkrete landene, har dermed også hatt rettskildemessig betydning ved vurderingen av oppgavens problemstilling. Det vil foretas nærmere drøftelser av den rettskildemessige verdien av nordisk rett i kapittel 4.7.

Ettersom ordlyden og forarbeidene gir liten veiledning, vil vurderinger av hva som vil gi en god rettsregel på området (reelle hensyn), være sentralt for å avklare spørsmålet som behandles i oppgaven.

Som gjennomgangen av rettskildene illustrerer, er det få kilder som direkte tar stilling til spørsmålet denne oppgaven skal besvare. Det kan gjøre drøftelsen krevende da en kan risikere å overtolke rettskildematerialet, og å lese argumenter inn i rettskilder som ikke er der. Særlig gjelder dette kjennelsen fra Høyesterett. En annen metodisk utfordring for oppgaven har vært hvor mye svensk og dansk rett skal vektlegges. Selv om mye av rettspraksisen fra disse landene er relevant er det likevel utenlandsk rett. Problematikken rundt dette vil jeg komme tilbake til i kapittel 4.7.

1.3 Hva menes med tredjemannsbetalinger?

I relasjon til oppgavens tema er det ikke skyldneren selv som har foretatt gjeldsbetalingen, men en tredjemann. Med ”tredjemann” siktes det her til en som ikke er part i det avtaleforholdet som gjeldsforpliktelsen har oppstått fra. For tredjemann foreligger det dermed ingen rettslige forpliktelser eller rettigheter i tilknytning til kravet. I utgangspunktet er det ingen grunn til at konkursboet skal kunne omstøte slike betalinger, da dekningsloven § 5-5 bare hjemler omstøtelse av gjeldsbetalinger foretatt av ”skyldneren”.

Mer problematisk blir situasjonen der gjeldsbetalingen formelt sett foretas av en tredjemann, mens det i realiteten er skyldnerens formue som reduseres. For eksempel foretar tredjemann en gjeldsbetaling og motregner så dette kravet i gammel gjeld han har hos debitor.⁸ I slike situasjoner vil en streng fortolkning av vilkåret ”skyldneren” være uheldig, ettersom dette vil gå på bekostning av det resterende kreditorfellesskapets dividendekrav. I slike situasjoner kan det hevdes at konkursboet bør ha en mulighet til å se bort fra formalitetene, og bedømme

⁷ NOU 1972: 20 s. 2-3; Huser (1992) s. 129.

⁸ Dette var situasjonen i Rt. 2012 s. 468.

disposisjonens realitet. Det er særlig i denne situasjonen at oppgavens problemstilling vil aktualisere seg.

Det kan være ulike grunner til at en tredjemann foretar gjeldsbetalingen. Én situasjon kan være at kreditor og skyldner forsøker å omgå dekningsloven § 5-5 ved å konstruere et alternativt betalingsarrangement. Skyldneren forstår for eksempel at konkurs er nærstående og for å sikre en spesiell kreditor overføres skyldnerens midler til en stråmann, som foretar gjeldsbetalingen.⁹ Ved å gjøre dette vil den enkelte kreditor bli tilgodesett på bekostning av det resterende kreditorfellesskapet.

Men situasjonen kan også være slik at tredjemann og debitor er i et konsernforhold, hvor konsernets finansiering er lagt opp slik at gjeld et selskap i konsernet har blitt betalt av et annet. Det er altså ikke nødvendigvis bare i situasjonene der arrangementet har blitt gjort med sikte på omgåelse av omstøtelsesreglene at problemstillingen kan aktualisere seg.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven gjelder vilkåret "[b]etaling av gjeld som skyldneren har foretatt". For å få et helhetlig bilde av bestemmelsen vil de øvrige vilkårene i dekningsloven § 5-5 gjennomgås, men dette vil gjøres helt kort. Det er også klart at dekningsloven § 5-5 åpner for en rekke andre problemstillinger som det må avgrenses mot.

Ettersom dekningsloven § 5-5 andre og tredje ledd er uten betydning for oppgaven vil det også avgrenses mot disse. Det vil trekkes inn andre bestemmelser fra dekningsloven, men her vil det av naturlige årsaker bare trekkes inn bestemmelser som er nødvendige for å belyse oppgaven videre.

1.5 Oppgavens struktur – veien videre

I kapittel 2 vil det foretas en kort gjennomgang av visse vesentlige trekk ved omstøtelse, og formålene bak reglene. I kapittel 3 vil det kort og generelt redegjøres for dekningsloven § 5-5.

I kapittel 4 som markerer begynnelsen på oppgavens hoveddel vil det foretas en analyse av de ulike rettskildene som vil være av betydning for spørsmålet om rekkevidden av dekningsloven

⁹ Huser (1992) s. 261.

§ 5-5 første ledd og tredjemannsbetalinger. Videre vil det i kapittel 5 vurderes om andre omstøtelsesgrunnlag kunne blitt anvendt i saksforholdet i kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), herunder reglene i dekningsloven §§ 5-6 og 5-9. I kapittel 6 vil det med utgangspunkt i de gjennomgåtte rettskildene utledes relevante momenter som kan vektlegges ved vurderingen av om en tredjemannsproblemstilling kan omstøtes. Her vil det også foretas en gjennomgang av ulike problemstillinger som aktualiserer oppgavens tema. Avslutningsvis vil jeg i kapittel 7 oppstille noen andre grensetilfeller som vurderes med utgangspunkt i momentene oppstilt i kapittel 6. I kapittel 8 vil det foretas en oppsummering. Her vil jeg i tillegg komme med noen betraktninger de lege ferenda.

2 Kort om omstøtelse

I dette kapitlet vil omstøtelsesreglene gjennomgås på et mer overordnet nivå og herunder begrunnelsen for disse. Dette vil være sentralt for forståelsen av bakgrunnen for dekningsloven § 5-5, noe som igjen vil ha en betydning for hvilke avveininger man foretar ved løsningen av tredjemannsproblemstillingene.

Omstøtelse er et verktøy konkursboet har for å bringe midler tilbake til boet slik at disse kan fordeles forholdsmessig mellom debtors kreditorer.¹⁰ Omstøtelsesretten kan begrunnes i flere hensyn.

I et større perspektiv vil konkursreglene, herunder omstøtelsesreglene, bidra til et sunt og bærekraftig næringsliv. Når en kreditor yter kreditt vil det alltid foreligge en risiko for at skyldneren ikke vil være i stand til å innfri kravet. Denne risikoen kan reduseres ved for eksempel å sørge for at man har gyldig pant med høy prioritet. For mange kreditorer vil situasjonen allikevel bli slik at man kun sitter igjen med et dividendekrav i boet. Regler som sikrer at mest mulig av skyldnerens eiendeler kommer kreditorene til gode, og som sørger for en mest mulig rettferdig fordeling av midlene kreditorene imellom, kan bidra til at kreditorene er villige til å ta en risiko. Dette vil være ønskelig i et samfunnsøkonomisk perspektiv.

Hovedformålet bak omstøtelsesreglene er å hindre at boet tømmes for midler i forkant av boåpningen.¹¹ Skyldneren vil ikke ha sammenfallende interesser med kreditorfellesskapet og vil dermed kunne søke å disponere over midlene slik at de ikke kommer kreditorfellesskapet til gode. Innbakt ligger et formål og ønske om å blant annet beskytte kreditorene mot "urettmessige og illojale disposisjoner" fra debtors side¹² – altså å forhindre kreditorsvik. Ved en konkurs er sannsynligheten høy for at kreditorene vil bli påført et tap. Ved å fordele tapet forholdsmessig mellom kreditorfellesskapet får den enkelte kreditor en viss beskyttelse.¹³

Å forhindre kreditorsvik har igjen en tilknytning til likhetsprinsippet. Dette innebærer at skyldneren ikke kan forskjellsbehandle sine kreditorer ved å la noen få dekket kravet sitt på bekostning av andre kreditors krav.¹⁴

¹⁰ Reglene om rettsvern og ugyldighet kan her være andre veier boet kan gå for å bringe penger tilbake til boet.

¹¹ Andenæs (2009) s. 286.

¹² Brækhus og Berg (2014) s. 71.

¹³ Andenæs (2009) s. 11.

¹⁴ Andenæs (2009) s. 309; Huser (1992) s. 49.

Omstøtelsesreglene kan dermed både ha en reparativ og en preventiv funksjon.¹⁵ På den preventive siden kan omstøtelsesreglene hindre kreditor å ta i bruk uærlige og harde midler for å få dekket sitt krav.¹⁶ Ettersom utbetalingen uansett vil kunne omstøtes etter reglene i dekningsloven vil det være lite poeng for kreditor å ta slike steg. Samtidig vil omstøtelsesreglene fungere reparativt ved at omstøtelige disposisjoner tilbakeføres boet, slik at de kan fordeles forholdsmessig mellom kreditorene.¹⁷

Videre skilles det mellom de objektive og subjektive omstøtelsesreglene. De objektive omstøtelsesreglene følger av §§ 5-5 til 5-8 jf. fellesregelen i § 5-11, mens den subjektive omstøtelsesregelen finnes i § 5-9 jf. § 5-12. Hovedforskjellen mellom disse regelsettene er at en ved de objektive reglene presumerer at disposisjonen er omstøtelsesverdig utelukkende basert på at disposisjonen er foretatt i en kritisk fase i forkant av konkursen.¹⁸ Ved den subjektive regelen foreligger det ikke en slik presumsjon, men det må da foretas en vurdering av om mottaker av disposisjonen har vært i ond tro med hensyn til bestemmelsens øvrige vilkår for at omstøtelse skal kunne skje.

Omstøtelsesreglene får virkning ved forhandling om “tvangsakkord, ved konkurs og ved offentlig skifte av insolvent dødsbo” jf. dekningsloven § 5-1. Reglene kommer følgelig ikke til anvendelse ved frivillig gjeldsordning,¹⁹ eller rekonstruksjon etter lov 7. mai 2020 Midlertidig lov om rekonstruksjon for å avhjelpe økonomiske problemer som følge av utbrudd av covid-19 (rekonstruksjonsloven). Bestemmelsen er også til hinder for at den enkeltfølgende kreditor vil kunne kreve en disposisjon omstøtt. Dette begrunnes i at dersom enkeltpersoner kunne kreve disposisjoner omstøtt, ville ikke dette komme kreditorfellesskapet til gode, og det er kreditorfellesskapet en ønsker å ivareta gjennom omstøtelsesreglene.²⁰

¹⁵ Andenæs (2009) s. 286; Huser (1992) s. 49.

¹⁶ Andenæs (2009) s. 286.

¹⁷ Andenæs (2009) s. 286; Huser (1992) s. 49.

¹⁸ Andenæs (2009) s. 288.

¹⁹ Andenæs (2009) s. 287.

²⁰ Andenæs (2009) s. 287; Huser (1992) s. 55-56.

3 Dekningsloven § 5-5

3.1 Innledning

Dekningsloven § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel. Virkeområdet til bestemmelsen vil være ekstraordinær gjeldsbetaling foretatt av skyldneren innenfor et kritisk tidspunkt i forkant av konkursåpningen.²¹

Det kan fremstå selvmotsigende at lovgiver ønsker å ramme gjeldsbetaling gjennom omstøtelsesreglene. Gjeldsbetaling vil i seg selv være en lovlig disposisjon som samfunnet oppmuntrer til. I tillegg vil ikke gjeldsbetalingen medføre at skyldners formue reduseres ettersom gjelden vil minke tilsvarende som debtors midler.²² Men det er nettopp denne reduksjonen av skyldnerens midler som er grunnen til at dekningsloven § 5-5 skal dekke gjeldsbetaling. Bestemmelsen søker å hindre at noen kreditorer kan få fullt oppgjør, mens andre står igjen med et redusert dividendekrav.²³ Dette vil være i strid med likhetsprinsippet fordi en full innfrielse av en gjeldspost vil innebære at de andre kreditorenes dekningsmuligheter vil minke tilsvarende.

Etter dekningsloven § 5-5 første ledd følger det at:

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.

Visse vilkår må dermed oppfylles for at disposisjonen skal kunne omstøtes. For det første må ”skyldneren” ha foretatt en ”betaling av gjeld” som må ha skjedd ”senere enn tre måneder før fristdagen”. Denne gjeldsbetalingen kan omstøtes dersom minst ett av tre vilkår er oppfylt: Betalingen må være foretatt ”med usedvanlige betalingsmidler”, ”før normal betalingstid” eller ”med beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Om ett eller flere av vilkårene skulle være oppfylt, kan betalingen allikevel ikke omstøtes dersom den ”fremtrådte som ordinær”.

²¹ Huser (1992) s. 217-218.

²² Andenæs (2009) s. 309.

²³ Andenæs (2009) s. 309; Huser (1992) s. 217.

3.2 Bestemmelsens vilkår

3.2.1 Tidsfristen

Etter dekningsloven § 5-5 første ledd kan en bare omstøte de gjeldsbetalinger som er foretatt ”senere enn tre måneder før fristdagen”. ”Fristdagen” vil etter dekningsloven § 1-2 bety ”dagen da den begjæring om åpning av konkurs som ble tatt til følge, kom inn til tingretten”.

3.2.2 Betaling av gjeld

En naturlig forståelse av vilkåret om betaling av gjeld tilsier at skyldneren må ha pådratt seg gjeldsforpliktelsen før betalingen.²⁴

Det er slått fast i rettspraksis og teori at gjeldsdekningen må være den vesentlige hensikten med betalingen jf. Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000).²⁵ At skyldneren rent faktisk dekker en gjeldsforpliktelse, er altså ikke tilstrekkelig i seg selv. Andenæs påpeker allikevel at det ”generelt må sies å ha formodningen mot seg at en ytelse som faktisk medfører dekning av skyldnerens gjeld ikke er ”betaling” i lovens forstand”.²⁶ Ved de klare tilfeller der det er skyldneren selv som har foretatt gjeldsbetalingen, har denne formodningen mye for seg. Om dette kan legges til grunn også i relasjon til tredjemannsbetalinger, vil jeg komme nærmere tilbake til i kapittel 6.3 i oppgaven.

3.2.3 Ekstraordinær betaling av gjeld som ikke er ”ordinær”

Formålet med dekningsloven § 5-5 er å ramme betalinger som presumeres å være ekstraordinære. I bestemmelsen oppstilles det tre ulike alternativer som tilsier at gjeldsbetalingen har et ekstraordinært preg. Alternativene er ”usedvanlige betalingsmidler”, ”normal betalingstid” og ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”.

Forutsatt at et av disse vilkårene er oppfylt er det ikke adgang til omstøtelse dersom betalingen likevel fremstår som ”ordinær”. Da disse vilkårene er uten betydning for oppgavens problemstilling vil det ikke foretas nærmere drøftelser av disse.

²⁴ Andenæs (2009) s. 310.

²⁵ Fremheves også av Aasebø, Madsen og Sandvik (2015), note 164 til dekningsloven § 5-5 ved Håvard Wiker, rettsdata.no (lest 04.september 2021); Huser (1992) s. 223.

²⁶ Andenæs (2009) s. 313.

3.3 Rettsvirkningene av dekningsloven § 5-5

Dersom vilkårene etter dekningsloven § 5-5 er oppfylt og innbetalingen ikke faller innenfor ordinærreservasjonen, kan disposisjonen omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

Rettsvirkningene av dette fremgår av dekningsloven § 5-11. Etter denne bestemmelsen kan “boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon”.

En naturlig forståelse av ”fralegger seg den berikelsen han har oppnådd” tilsier at partene skal stilles i samme stilling som før disposisjonen ble foretatt.²⁷ Dette utgangspunktet har støtte i rettspraksis der vilkåret har blitt formulert som at ”mottakeren skal fralegge seg den nettogevinst som disposisjonen har gitt”.²⁸ Ved å begrense tilbakeføringen til berikelsen vil ikke gjeldsmottakeren bli stilt i enn dårligere posisjon enn før den omstøtelige disposisjonen ble mottatt. Da omstøtelse etter § 5-5 vil skje uten hensyn til skyld, er en slik tilnærming rimelig.

²⁷ Huser (1992) s. 563-564.

²⁸ Rt. 1996 s. 1647 s. 1654.

4 En analyse av oppgavens rettskilder

4.1 Innledning

I denne delen vil det foretas en analyse av de ulike rettskildene som kan belyse rekkevidden av dekningsloven § 5-5 i relasjon til tredjemannsbetalinger. Utfordringen med problemstillingen som denne oppgaven belyser, er at tredjemannsbetalinger kan omfatte svært varierte og ulike arrangementer. Noen eksempler kan her illustrere de ulike situasjonene som kan oppstå.

Et eksempel kan være situasjonen der tredjemann foretar en gjeldsbetaling og motregner så dette kravet i eldre gjeld han har hos skyldneren. Dette var situasjonen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) der resultatet ble omstøtelse.²⁹ Men hva skal resultatet bli dersom tredjemann ikke stod i gjeld til skyldneren på betalingstidspunktet? Et alminnelig pengekravsrettslig prinsipp er at en intervensjonsbetaler alltid kan kreve regress av debitor.³⁰ Vil dette kreditorskifte være en form for tredjemannsbetaling som kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5?

Et annet spørsmål kan være der tredjemann dekker skyldnerens gjeldspost, og så i *etterkant* av gjeldsbetalingen får et krav mot skyldneren som han motregner gjeldsbetalingen i. Skal resultatet for denne formen for tredjemannsbetaling vurderes annerledes enn der tredjemann allerede stod i motregningsposisjon på betalingstidspunktet? Et siste eksempel kan være der skyldner og tredjemann har betalt hverandres gjeld. Det kan også her oppstå spørsmål om dekningsloven § 5-5 kan anvendes som omstøtelsesgrunnlag.

Situasjonene som kan oppstå er følgelig svært varierte, og det vil ikke være mulig å oppstille en generell løsning. Det vil derfor foretas en generell gjennomgang av rettskildematerialet, og med utgangspunkt i dette oppstilles visse momenter som kan vektlegges ved vurderingen. Det vil foretas grundigere vurderinger av arrangementene som er nevnt her i kapittel 6 og 7.

²⁹ Det vil foretas en nærmere analyse av dommen i kapittel 4.4.

³⁰ Se for eksempel Rt. 1997 s. 1029 s. 1036.

4.2 Bestemmelsens ordlyd

Drøftelsen av på hvilke vilkår en tredjemannsbetaling kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5, må i tråd med alminnelig rettskildelære ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Vilkåret er formulert slik at det er betaling av gjeld ”som skyldneren har foretatt”, som kan omstøtes. En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at de rene tredjemannsbetalinger – altså betalinger som kommer direkte fra tredjeperson, hvor tredjemanns formue reduseres – faller utenfor bestemmelsen. Et slikt utgangspunkt er naturlig, da en intervensjonsbetaling der tredjemann frivillig har betalt debtors gjeld uten krav om regress, ikke vil være til ulempe, men derimot heller til gunst, for kreditorfellesskapet. Alternativet for de andre kreditorene ville ha vært at vedkommende gjeldspost ikke hadde blitt betalt, men i stedet inngått som en av dividendefordringene i boet. I slike tilfeller kan gjeldsbetalingen klart nok ikke omfattes av dekningsloven § 5-5.

At de rene tredjemannsbetalinger faller utenfor bestemmelsen, samsvarer også best med beslagsregelen i dekningsloven § 2-2. Ved omstøtelse skal en bare kunne omstøte disposisjoner som omfatter skyldnerens formuesgoder, og ikke de som berører en tredjeparts formuesgoder.³¹ Dekningsloven § 2-2 gir fordringshaveren utelukkende rett til å ta beslag i formuesgoder som ”tilhører” skyldneren på beslagstiden. Ettersom konkursboet ikke kan ta beslag i tredjepersoners eiendeler, ville det ikke være en fornuftig regel om man kunne kreve omstøtelse av tredjepersoners betalinger. Det ville ikke gitt god sammenheng i regelverket.

Samtidig er omstøtelsesreglene et unntak fra beslagsregelen i dekningsloven § 2-2.

Bestemmelsen kan dermed vanskelig føres som argument for at visse former for tredjemannsbetalinger ikke kan omstøtes. Omstøtelsesreglene vil i den anledning ”utstrekke[...] beslaget ytterligere”,³² slik at selv om disposisjonen vanskelig kan pretendere å ”tilhøre” skyldneren, så vil den allikevel kunne beslaglegges.³³

Dette illustrerer den tosidige og vanskelige grensedragningen som kan oppstå i forbindelse med tredjemannsbetalinger. På den ene siden står hensynet til ordlyden i § 5-5 første ledd og dekningsloven § 2-2 som innebærer begrensninger med hensyn til omstøtelse av disposisjoner som ikke stammer direkte fra skyldneren. Samtidig kan det være utfordrende å avgjøre hvem

³¹ NOU 1972: 20 s. 255; Andenæs (2009) s. 371.

³² Huser (1992) s. 33.

³³ Huser (1992) s. 33.

som egentlig er den som foretar disposisjonen, og hvem sitt formuesgode det egentlig disponeres over.³⁴

Ved vurderingen av når en tredjemannsbetaling kan omstøtes gir ordlyden allikevel et *utgangspunkt*. For at en gjeldsbetaling skal kunne anses å komme fra ”skyldneren”, slik ordlyden oppstiller som begrensning, må betalingen kunne føres tilbake til skyldneren på en eller annen måte. For den videre vurderingen gir ordlyden liten veiledning, og det må dermed ses hen til andre rettskilder.

4.3 Forarbeidene

I forarbeidene til dekningsloven § 5-5 er det ikke gitt noe nærmere uttrykk for lovgiverviljen vedrørende omstøtelse av tredjemannsbetalinger. Dette kan tilsi at det ikke har vært lovgivers hensikt at tredjemannsbetalinger skal omstøtes etter § 5-5. Samtidig kan forarbeidenes taushet også være et utslag av at man ikke har sett problemstillingen. Forarbeidene gir derfor liten veiledning til vurderingen av problemstillingen som denne oppgaven tar for seg.

4.4 Rettspraksis – Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling)

4.4.1 Saksforholdet

I kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) hadde kreditor – advokatfirmaet Gram Hambro og Garman (GHG) – et krav på datterselskapet Centrum Eiendomsmegling AS (Centrum Eiendomsmegling) på 90 219 kroner. Dette kravet ble så betalt av Centrum Eiendomsmegling sitt morselskap Centrum Eiendom AS (Centrum Eiendom). Morselskapet hadde fra tidligere en gjeld til datterselskapet på 874 422 kroner. Samme dag som Centrum Eiendom betalte kravet til GHG, motregnet morselskapet dette beløpet i gjelden de hadde til datterselskapet. Høyesterett konkluderte med at betalingen og den etterfølgende motregningen morselskapet foretok medførte at betalingen i realiteten måtte anses å komme fra datterselskapet Centrum Eiendomsmegling.

³⁴ Huser (1992) s. 35.

4.4.2 Høyesteretts argumentasjon

Innledningsvis presiserer Høyesterett at rettens kompetanse er begrenset til å prøve ”lagmannsrettens saksbehandling og generelle lovtolkning.”³⁵

Høyesterett begynner drøftelsen av spørsmålet ved å fremheve utgangspunktet for vurderingen – gjeldsbetaling fra en tredjemann faller utenfor ordlyden i dekningsloven § 5-5. Spørsmålet en så måtte stille, var ”om det kan stille seg annerledes i et tilfelle som i vår sak.”³⁶ Høyesteretts argumentasjon støtter her utgangspunktet som er lagt til grunn i kapittel 4.2 om at de rene tredjemannsbetalinger klart må falle utenfor bestemmelsen. Høyesterett åpner samtidig for at forholdene og arrangementene kan være såpass spesielle at betalingen likevel kan omstøtes.

Ettersom hverken forarbeidene eller annen høyesterettspraksis tar stilling til spørsmålet, retter Høyesterett fokuset mot andre rettskilder på området.

Det vises til lagmannsrettsdommen - LG-2006-17656 - som er av interesse da den har visse likhetstrekk med den konkrete saken Høyesterett skulle ta stilling til.³⁷ Høyesterett viser kort til saken da lagmannsretten her hadde godtatt anvendelse av dekningsloven § 5-5 på en tredjemannsbetaling. På tross av dette synes Høyesterett å tillegge dommen lite vekt ettersom betalingsmottakeren hadde ”tatt initiativet til betalingen”,³⁸ da dette innebar et mer kritikkverdig arrangement enn det som var tilfellet i saken Høyesterett hadde til vurdering

Videre ser Høyesterett til rettsstilstanden i Sverige og Danmark. Utenlandsk praksis har liten rettskildemessig vekt etter norsk rettskildelære. Omstøtelsesreglene står her allikevel i et noe annet lys da de har blitt til som en del av et nordisk lovsamarbeid.³⁹ Høyesterett finner det klart at den svenske og danske bestemmelsen ville kunne ”ramme den type kombinasjoner av tredjemannsbetaling og motregning overfor skyldneren som vi her står overfor”.⁴⁰ Høyesterett peker samtidig på at den svenske og danske ordlyden er videre enn det den norske kan fremstå å være. Dette synes Høyesterett likevel ikke å vektlegge i særlig grad ettersom de nordiske landene ifølge forarbeidene i ”meget høy grad” hadde greid å harmonisere betingelsene for

³⁵ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 28.

³⁶ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 33.

³⁷ Det vil redegjøres nærmere for saksforholdet i dommen i kapittel 4.5.

³⁸ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 34.

³⁹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 35.

⁴⁰ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 35.

omstøtelse.⁴¹ Dette hadde man oppnådd blant annet ved at svensk og dansk rett hadde foretatt en ”betydelig skjerpelse av reglene i objektiv retning”.⁴² Høyesterett synes gjennom sin argumentasjon å vektlegge den nordiske rettstilstanden som et tungtveiende argument i drøftelsen.

Høyesterett tar så for seg Kristian Husers fremstilling i ”Gjeldsforhandling og konkurs bind 3 Omstøtelse”. Huser er den eneste forfatteren i juridisk teori som har behandlet problemstillingen om tredjemannsbetalinger og dekningsloven § 5-5.⁴³ Høyesterett viser her til Husers anvendelse av dekningsloven § 5-5 på situasjoner der Huser mener det foreligger en ”indirekte” betaling av gjeld. Videre trekker Høyesterett frem Husers eksempel der ”[...] debitor har penger å hente hos tredjemann, hvorfor han ber tredjemann om å betale debtors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor”.⁴⁴ Etter Husers syn må et slikt saksforhold rammes av bestemmelsen. Høyesterett uttalte videre at eksemplet lå nært opp til saksforholdet i saken som var til behandling, fordi samme person styrte likviditeten i både mor- og datterselskapet og hensikten bak betalingen hadde vært å dekke gjelden til datterselskapet.⁴⁵ Det fremstår dermed som at Høyesterett også i betydelig grad vektlegger Husers tilnærming til tredjemannsproblemstillingene.

Videre blir reelle hensyn trukket frem som et sentralt argument for at dekningsloven § 5-5 burde anvendes på saksforholdet man stod overfor. Her måtte særlig likhets- og omgåelseshensyn vektlegges. Hadde morselskapet ”først overført beløpet til datterselskapet”,⁴⁶ slik at datterselskapet selv betalte kravet, ville dekningsloven § 5-5 i følge Høyesterett klart kunne anvendes. Det samme ville ha vært situasjonen om kravet datterselskapet hadde på morselskapet hadde blitt overdratt til GHG.⁴⁷ Dette mente Høyesterett måtte tilsi at gjeldsbetalingen måtte falle inn under dekningsloven § 5-5, da det ikke burde spille noen rolle hva slags ”formell fremgangsmåte” mor- og datterselskapet hadde benyttet seg av.⁴⁸ Ved å ikke la bestemmelsen komme til anvendelse i slike situasjoner, kunne en risikere omgåelser av bestemmelsen.

⁴¹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 35 med videre henvisninger.

⁴² Rt. 2012 s. 468 avsnitt 35.

⁴³ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 36.

⁴⁴ Huser (1992) s. 259.

⁴⁵ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 37.

⁴⁶ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 38.

⁴⁷ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 38.

⁴⁸ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 38.

Det ble av den ankende part også anført at et alternativt rettsgrunnlag i saken kunne være dekningsloven § 5-6. Dette valgte Høyesterett ikke å ta stilling til ettersom det ifølge Høyesterett ikke ville være noe prinsipielt i veien for at boet kunne ha en valgtrett mellom ulike omstøtelsesgrunnlag.⁴⁹ Eksistensen av et alternativt rettsgrunnlag ville derfor ikke ha noen betydning for tolkningen av dekningsloven § 5-5.

Dekningsloven § 5-5 kunne dermed etter Høyesteretts syn anvendes som omstøtelsesgrunnlag for tredjemannsbetaling som hadde funnet sted i saken. Lagmannsrettens hadde dermed tolket dekningsloven § 5-5 korrekt.⁵⁰ Ved vurderingen ser Høyesterett ut til særlig å vektlegge løsningen i andre nordiske land som følge av det nordiske lovsamarbeidet om konkursreglene, juridisk teori gjennom Kristian Huser og reelle hensyn.

Saken hadde også blitt anket på et annet grunnlag. Etter dekningsloven § 5-5 tredje alternativ er omstøtelse bare mulig der betalingen har ført til en betydelig forringelse av skyldnerens ”betalingsevne”. Lagmannsretten hadde i sin vurdering ikke tatt med datterselskapets fordring på morselskapet ved vurderingen av om betalingsevnen hadde blitt betydelig forringet. Etter Høyesteretts syn var dette en uriktig lovforståelse.⁵¹ Da retten bare hadde en begrenset kompetanse i saken, ble lagmannsrettens dom opphevet.⁵² Ettersom dette er uten relevans for oppgaven, vil jeg ikke gå nærmere inn på denne problemstillingen.

4.5 Underrettspraksis – LG-2006-17565

Underrettspraksis har liten rettskildemessig verdi.⁵³ Det er allikevel interessant å se nærmere på saksforholdet i LG-2008-17565 da Høyesteretts gjennomgang tilsier at denne saken ble ansett for å være et klart tilfelle der en tredjemannsbetaling kunne omstøtes.⁵⁴

Dommen i LG-2006-17565 gjaldt også spørsmål om omstøtelse av tredjemannsbetaling etter dekningsloven § 5-5. I saken hadde Surface Cleaning Base AS (SCB) vært leietaker hos Scan Tec AS (Scan Tec). SCB hadde i lengre tid slitt med manglende ordretilgang og virksomheten

⁴⁹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 41.

⁵⁰ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 42.

⁵¹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 53.

⁵² Rt. 2012 s. 468 avsnitt 53.

⁵³ Andenæs *Rettskildelære* (2009) s. 97.

⁵⁴ Tredjemannsbetalinger har også blitt drøftet i LA-2016-39341, LF-2015-193996 og LA-2019-157875. Da disse dommene bare tar utgangspunkt i Rt. 2012 s. 468 anses det ikke hensiktsmessig å gå nærmere inn på saksforholdet i disse dommene.

ble etterhvert avvirket. I denne perioden hadde ikke SCB vært i stand til å betale husleien til Scan Tec. Beløpet samlet utgjorde 116 250 kroner. SCB inngikk så avtale om salg av virksomheten med ”varelager, produksjonsutstyr, inventar, kontorutstyr og IT-utstyr” til Pro Active Coating AS (PAC).⁵⁵

Ved vurderingen av om situasjonen falt inn under dekningsloven § 5-5, tok også lagmannsretten utgangspunkt i Husers fremstilling og stilte spørsmål om gjeldsbetalingen måtte anses som en ”indirekte” betaling fra skyldneren.⁵⁶ Kjøpesummen i den endelige avtalen var angitt til å være 283 750 kroner. Lagmannsretten fant det allikevel uomstridt at den reelle kjøpesummen var på 400 000 kroner, men at man i den endelige kjøpesummen hadde trukket fra den manglende leierestansen på 116 250 kroner. Dette beløpet ble i etterkant av avtaleinngåelsen utbetalt fra PAC til Scan Tec som oppgjør for husleie.

Etter lagmannsrettens syn hadde arrangementet blitt foretatt på denne måten fordi Scan Tec ”ikke stolte på at man ville få oppgjør fra SCB”, og eventuelt ikke ville være sikret ved konkurs i SCB.⁵⁷ Det ble ikke funnet konkrete bevis for at Scan Tec hadde vært direkte involvert i kontraktsforhandlingene, men slik lagmannsretten så det, kunne retten ”ikke se annet enn at selskapet var den eneste som hadde noe å tjene på den fremgangsmåte som ble benyttet, og ved sitt krav overfor PAC i realiteten var initiativtaker til denne”.⁵⁸

Lagmannsretten konkluderte dermed med at betalingen fra PAC måtte anses som en ”indirekte betaling” fra SCB slik at den ble omfattet av dekningsloven § 5-5.

Arrangementet foretatt i LG-2008-17565 bar følgelig preg av å være et forsøk på omgåelse av dekningsloven § 5-5. Høyesteretts kommentar i tilknytning til lagmannsrettsdommen kan følgelig tas til inntekt for at terskelen for omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 ved tredjemannsbetalinger nok er lavere der det er foretatt bevisste forsøk på omgåelse.

⁵⁵ LG-2006-17565.

⁵⁶ LG-2006-17565.

⁵⁷ LG-2006-17565.

⁵⁸ LG-2006-17565.

4.6 Juridisk teori

4.6.1 Kristian Huser: Gjeldsforhandling og Konkurs bind 3

Kristian Huser knytter flere bemerkninger til problematikken rundt tredjemannsbetalinger og dekningsloven § 5-5 i ”Gjeldsforhandling og Konkurs Bind 3”. Utgangspunktet, fastholder Huser må være oppgjør som skjer direkte mellom debitor og kreditor. Grunnen til dette er den begrensningen som følger av ordet ”skyldneren” i dekningsloven § 5-5.⁵⁹

Ved visse former for tredjemannsbetalinger mener Huser at omstøtelse klart vil være mulig etter dekningsloven § 5-5. I den forbindelse fremhever han at det i den moderne formueretten foreligger en tendens til å ”skjære gjennom en transaksjons form og legge vekt på dens realitet”.⁶⁰ Dette vil også gjelde ved omstøtelseslæren slik at også ”[r]ene omgåelsesforsøk” vil bli gjennomskåret.⁶¹ At en gjeldsbetaling som er foretatt av en tredjemann der hensikten har vært å omgå omstøtelsesreglene må omfattes av dekningsloven § 5-5 er klart. Dersom konkursboet hadde vært avskåret fra å omstøte i slike situasjoner ville dette åpne opp for en enkel mulighet til å omgå omstøtelsesreglene. Det ville i realiteten medført at omstøtelsesreglene kunne blitt verdiløse.

Videre finner Huser det ”klart” at i situasjonen der debitor har et krav på tredjemann, og ber tredjemann om å ”betale debitors gjeld til kreditor og skrive dette av på tredjemanns egen gjeld til debitor”, vil betalingen kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Huser synes med dette å vektlegge hvorvidt skyldnerens egen formue har blitt belastet ved gjeldsbetalingen. Dette utgangspunktet støttes ved at Huser ved en senere anledning skriver at dekningsloven § 5-5 ikke kan anvendes dersom tredjemann betaler debitors gjeld til kreditor, uten å ha krav på regress fra kreditor.⁶² Ved situasjonene som Huser her skisserer, har en forutsetning for omstøtelse vært at debitors formue også blir redusert, selv om det er tredjemann som formelt foretar gjeldsbetalingen.

Mer uklar blir situasjonen ifølge Huser dersom ”tredjemann har regress overfor kreditor, men hvor det er på det rene at han enten har handlet i egen interesse eller uten å ha hatt kontakt

⁵⁹ Huser (1992) s. 258.

⁶⁰ Huser (1992) s. 260.

⁶¹ Huser (1992) s. 261.

⁶² Huser (1992) s. 259.

med debitor på forhånd”.⁶³ Dersom tredjemann handlet i egen interesse vil kravet om at gjeldsdekningen må være den vesentlige hensikten med betalingen få betydning jf. kapittel 3.2.2. Hvorvidt dette kravet også må oppstilles i relasjon til tredjemannsbetalinger vil jeg komme nærmere tilbake til i kapittel 6.3.

Ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling skal rammes av ordlyden i dekningsloven § 5-5, må man ifølge Huser foreta en vurdering av de ”nærmere omstendigheter”. Særlig må det da vektlegges ”hvorvidt debitor har foranlediget betalingen” eller om ”tredjemann har opptrådt selvstendig”.⁶⁴ Huser knytter dermed vurderingen av om tredjemannsbetalingen kan omstøtes til en vurdering av tredjemanns og debtors rolle ved gjeldsbetalingen. Betydningen av disse momentene vil det knyttes nærmere betraktninger til i kapittel 6.

Husers syn på omstøtelse av tredjemannsbetalinger kan følgelig oppsummeres slik: Der tredjemannsbetalingen er foretatt som et klart forsøk på omgåelse av dekningsloven § 5-5, må omstøtelse som den klare hovedregel tillates. I andre situasjoner der hensikten med arrangementet ikke nødvendigvis har vært omgåelse er adgangen til omstøtelse mer uklar. I disse situasjonene må det etter Husers syn foretas en helhetsvurdering av de ”nærmere omstendigheter” for å vurdere om det har blitt foretatt en ”indirekte betaling” av skyldneren. Ved denne vurderingen vil man ifølge Huser kunne vektlegge hvorvidt skyldnerens formue har blitt belastet, og hvilken rolle tredjemann og debitor har hatt ved gjeldsbetalingen.

4.6.2 Mads Henry Andenæs: Konkurs

Andenæs tar ikke direkte opp spørsmålet om tredjemannsbetalinger kan rammes av dekningsloven § 5-5. Slik som Huser, fremhever også Andenæs at utgangspunktet er at bare skyldnerens egen gjeldsbetaling kan omstøtes etter § 5-5. Andenæs presiserer allikevel at dersom gjeldsbetalingen ”i realiteten” kommer fra skyldneren, så vil dekningsloven § 5-5 komme til anvendelse ”uten hensyn til om partene har søkt å kamuflere betalingen under en annen form”.⁶⁵

Uttalelsen støtter synet om at en tredjemannsbetaling lettere kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5 dersom hensikten med arrangementet har vært å omgå omstøtelsesregelen. Andenæs

⁶³ Huser (1992) s. 258.

⁶⁴ Huser (1992) s. 260.

⁶⁵ Andenæs (2009) s. 311.

utdyper allikevel ikke noe nærmere hva han legger i at gjeldsbetalingen ”i realiteten” kommer fra skyldneren.

4.7 Nordisk rett

Både dansk og svensk rett har bestemmelser som tilsvarer dekningsloven § 5-5.

I Sverige blir situasjonen regulert av Konkurslag (1987:672) 11. juni 1987 kap. 4 10 §. Etter bestemmelsen følger det at ”betaling av en skuld” som har skjedd ”senare än tre månader före fristdagen” kan omstøtes om betalingen er foretatt med ”sedvanliga betalningsmedel”, ”i förtid” eller med ”belopp som avsevärt har församrat gäldenärens ekonomiske ställning” så lenge den ”inte med hänsyn til omständigheterna ändå kan anses som ordinär”.

I Danmark finner man en tilsvarende bestemmelse i den danske konkursloven 9. juni 1977 § 67. Etter denne følger det at ”[b]etaling af gæld” som er ”foretaget senere end tre måneder før fristdagen” kan omstøtes dersom ”betalingen er sket med usædvanlige betalingsmidler”, ”før normalt betalingstid” eller med ”beløb, som afgørende har forringet skyldnerens betalingsevne” forutsatt at ikke betalingen ”under hensyn til omstændighederne fremtræde som ordinær”.

Bestemmelsene er nesten identiske med den norske dekningsloven § 5-5. Den største forskjellen er angivelsen av hvilket rettssubjekt bestemmelsen retter seg mot. Den norske bestemmelsen retter seg som nevnt mot ”skyldneren”, mens den danske og svenske bestemmelsen anvender den passive formuleringen betaling av en skuld” og ”[b]etaling af gæld”. Ordlyden i disse bestemmelsene fremstår som at de rammer videre enn den norske, noe som kan tilsi at de i større grad kan omfatte visse former for tredjemannsbetalinger. Praksis fra landene illustrerer allikevel at det er mindre ulikhet mellom landene enn ordlyden kan gi inntrykk av.

I NJA 2019 s. 468 HD hadde et konkursbo reist sak om omstøtelse av leiebetalingen etter den svenske konkursloven 10 §. I saken hadde eier av det konkursrammede selskapet A et annet enkeltmannsforetak B som hadde inngått avtale om leie av lokaler med saksøkte. Det konkursrammede selskapet B hadde ikke leieavtale med saksøkte, men det var gjort få forsøk fra eiers side på å skille de to selskapene fra hverandre. Rett i forkant av konkursen hadde enkeltmannsforetaket B foretatt flere leiebetalinger på samlet ca. 100 000 SEK. Konkursboet til selskap A krevde så disse utbetalingene omstøtt.

Som utgangspunkt for vurderingen uttalte Högsta domstolen at ”endast betaling av gäldenärens egen skuld kan återvinnas”.⁶⁶ Den svenske bestemmelsen er følgelig i tråd med den norske om at utgangspunktet er at bare gjeldsbetalinger foretatt av ”skyldneren” kan omstøtes. Ved vurderingen måtte man videre se til ”den reella innebörd som en transaktion sammantaget haft”, slik at betalingen i et inndrivelsessammenheng kunne bli ”jämsälld med en betaling direkt från gäldenären til borgenären”.⁶⁷ Dette utgangspunktet for vurderingen samsvarer godt med Huser og Andenæs sitt syn om at man må foreta en vurdering av hva som er realiteten bak betalingen. Högsta domstolen konkluderte med at gjeldsbetalingen i NJA 2019 s. 468 HD ikke kunne omstøtes etter konkursloven 10 §.

Lignende synspunkter ble også fremmet i NJA 1996 s. 333 HD. Her hadde et selskap solgt store deler av virksomheten sin kort tid før konkursen. Ifølge kjøpsavtalen skulle kjøpesummen bestå i at kjøper overtok betalingsansvaret fra noe av skyldnerens gjeld. Ved konkursen ble det reist spørsmål om kjøperens betaling til en av skyldnerens kreditorer kunne omstøtes.⁶⁸ Her uttalte Högsta domstolen at en betaling foretatt av tredjemann på ”uppmaning av en gäldenär” til en av debtors kreditorer, skal ”jämsälld med en betaling direkt från gäldenären” dersom ”egendom som tillhör gäldenären tas i anspråk vid betalingen”.⁶⁹

Uttalelsen tilsier at det i svensk rett er mulig å omstøte en tredjemannsbetaling etter 4 kap. 10 § forutsatt at skylderens eiendom reduseres ved gjeldsbetalingen. I tillegg tok Högsta domstolen stilling til om kreditors gode tro skulle ha noen betydning for vurderingen. I den forbindelse ble det uttalt at:

*Bestämmelsen i 4 kap 10 § KL är en rent objektiv regel. Den innehåller inte något krav på att borgenären skall ha känt till eller bort känna till de omständigheter som gjorde betalningen återvinningsbar.*⁷⁰

Kreditors gode tro var følgelig uten betydning for vurderingen av omstøtellesadgangen etter 10 §. Betalingen kunne etter dette omstøtes etter 4 kap. 10 §.

⁶⁶ NJA 2019 s. 468 avsnitt 18.

⁶⁷ NJA 2019 s. 468 avsnitt 17.

⁶⁸ Ankerud (2012) s. 318.

⁶⁹ NJA 1996 s. 333 avsnitt 6.

⁷⁰ NJA 1996 s. 333 avsnitt 8.

Lignende synspunkter kan en finne i dansk rett. I UfR 1988. 484 H.D hadde en bank et krav på revisor R. Banken rettet etter hvert konkursbegjæring mot revisoren, men etter at selskap S betalte halvparten av det skylte beløpet trakk banken konkursbegjæringen. Revisoren ble allikevel erklært konkurs grunnet krav fra andre kreditorer senere samme år. Konkursboet krevde så overfor banken at betalingen skulle omstøtes. Banken nektet for dette da betalingen ikke kom fra revisoren, men fra selskap S. Betalingen var dermed foretatt av en tredjemann. Høyesterett fant at betalingen likevel måtte kunne omstøtes. Grunnen til dette var at revisoren som var redaktør i selskap S, hadde en fordring på selskapet som tilsvarte den utbetalingen selskapet hadde foretatt til banken. Det var også uten betydning at revisoren i forkant av betalingen hadde opplyst banken om at betalingen ville skje av en tredjeperson. Den danske Højesteret vektla dermed heller ikke om banken hadde vært i god tro eller ei.⁷¹

Rettsstilstanden i svensk og dansk rett synes følgelig å være at i de situasjonene der en gjeldsbetaling har blitt foretatt av en tredjemann, så vil utgangspunktet være at dette ikke kan omstøtes etter landenes respektive regler. I visse situasjoner kan arrangementet som er foretatt åpne for dette, men da må det foretas en vurdering av hva som er det reelle innholdet av transaksjonen og om skyldnerens midler har blitt belastet. Ved vurderingen er det også uten betydning hvorvidt kreditor har vært i god eller ond tro.

Rettspraksis etter svensk og dansk rett vil ikke uten videre være av relevans for tolkningen av den norske bestemmelsen. Som nevnt i kapittel 1.2 er de nordiske konkurslovene imidlertid utarbeidet i et nordisk lovsamarbeid som har resultert i lovregler ”som på svært mange punkter er sammenfallende eller noenlunde like”.⁷² Dette kan allikevel ikke innebære at man ukritisk kan legge de andre landenes løsninger til grunn. Selv om reglene har blitt til gjennom et samarbeid, må det samtidig erkjennes at de tre landene har en ulik rettskultur, tradisjon og historie, og at dette kan medføre forskjeller i hvordan reglene skal tolkes og forstås.⁷³ Særlig vil dette være aktuelt på et mer snevert spørsmål som det man her står overfor.

Som Huser fremhever i tilknytning til dekningsloven § 5-5, er ikke de tre bestemmelsene sammenfallende, og ”hertil kommer det vesentlige forhold at hvert av disse landenes bestemmelser må sees som forankret i, og som en videreføring av, vedkommendes lands tidligere rett”.⁷⁴ De svenske og danske reglene og deres tilhørende praksis kan følgelig

⁷¹ Ankerud (2012) s. 320.

⁷² Huser (1992) s. 129.

⁷³ Huser (1992) s. 129.

⁷⁴ Huser (1992) s. 220.

anvendes til inspirasjon, men det er allikevel sentralt å ta utgangspunkt i norsk rettstradisjon og hva som utgjør en passende rettsregel innenfor vårt rettssystem. Selv om svensk og dansk rett etter Husers syn ikke kan ha ”generell og direkte gyldighet hos oss” vil allikevel en harmonisering av reglene der man har tatt hensyn til de ulike nasjonale forholdene anses som positivt.⁷⁵

4.8 Reelle hensyn

4.8.1 Innledning

Som gjennomgangen av de øvrige rettskilder illustrerer, er det klart at de rene tredjemannsbetalinger faller utenfor dekningsloven § 5-5. I situasjonene der gjeldsbetalingen ikke kan føres direkte tilbake til skyldneren, for eksempel der det skjer et kreditorkifte er resultatet derimot uklart. I slike situasjoner vil reelle hensyn kunne gi veiledning. Særlig siden det for spørsmålet foreligger begrenset med rettskilder, må hensynet til et godt resultat også kunne få vekt.⁷⁶ I det følgende vil de ulike reelle hensynene som kan ha betydning for fastlegging av regelen gjennomgås.

4.8.2 Behovet for retts teknisk enkle regler

De objektive omstøtelsesreglene skal ivareta ”behovet for regler som er retts teknisk enkle å praktisere ved å ramme visse generelt angitte kategorier av disposisjoner”.⁷⁷ Å åpne for en uklar eller vag rettsregel, der det må foretas flere skjønsmessige vurderinger for å finne ut av om disposisjonen er omstøtelig, ville ikke være forenelig med et slikt hensyn. Hensynet taler følgelig for å være restriktiv ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Særlig vil hensynet til retts teknisk enkle regler gjøre seg gjeldende da ”hverken bevis for debtors solvens på betalingstiden eller for kreditors gode tro i så henseende” kan forhindre omstøtelse etter § 5-5.⁷⁸ Bestemmelsen kan følgelig ramme den enkelte kreditor hardt uten hensyn til skyld, og noe som tilsier at det bør utvises tilbakeholdenhet ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling kan omstøtes etter § 5-5.

⁷⁵ Huser (1992) s. 129.

⁷⁶ Monsen (2012) s. 179 og 182-184.

⁷⁷ Andenæs (2009) s. 288.

⁷⁸ NOU 1972: 20 s. 292.

Samtidig vil en streng fortolkning av ordlyden åpne opp for omgåelser av bestemmelsen jf. kapittel 4.8.4. Andenæs sitt utgangspunkt om at de objektive omstøtelsesreglene skal være ”rettsteknisk enkle å praktisere”, kan gi inntrykk av at vilkårene i de objektive omstøtelsesreglene er kategoriske og at de krever lite utøvelse av skjønn. Men som gjennomgangen i kapittel 3 illustrerer, inneholder vilkårene flere skjønnsmessige elementer slik som ”usedvanlige betalingsmidler”, ”før normal betalingstid” og ”betydelig har forringet”. En må dermed ikke overdrive betydningen av at de objektive omstøtelsesreglene skal være rettsteknisk enkle å praktisere.

4.8.3 Likhets hensynet

Et grunnleggende rimelighetsprinsipp er at like tilfeller skal behandles likt. Dersom resultatet i to alternative situasjoner blir det samme, bør derfor samme rettsregel kunne anvendes. I situasjonen nevnt i kapittel 4.1 der morselskapet betaler datterselskapets gjeld og i etterkant får et krav gjeldsbetalingen kan motregnes i, vil resultatet av arrangementet bli det samme som om datterselskapet foretok gjeldsbetalingen selv: Datterselskapets midler har blitt redusert, og én kreditor har blitt urettmessig prioritert. Det samme vil være situasjonen der debitor og tredjemann betaler hverandres gjeld. Dersom de her heller hadde betalt sin egen respektive gjeld, ville gjeldsbetalingen klart være omfattet av dekningsloven § 5-5.

Et annet eksempel kan være der et selskap selger sin virksomhet, og kjøpesummen blant annet består i at kjøper skal overta noe av skyldnerens gjeld.⁷⁹ Dersom kjøper i stedet hadde betalt full pris for selskapet, og selger så brukte innbetalingen til å betale kreditor ville situasjonen klart falt inn under dekningsloven § 5-5. Likhetsbetraktninger kan her tilsi at det vil være urimelig om det ikke skal være adgang til omstøtelse fordi måten disposisjonen har blitt gjennomført på, ikke passer inn under bestemmelsens ordlyd.

4.8.4 Omgåelseshensynet

Dekningsloven § 5-5 er ment å ramme visse angitte disposisjoner. Dersom situasjoner der debitor/kreditor har forsøkt å omgå regelen, ikke rammes av dekningsloven § 5-5, vil det innebære at regelen blir mindre effektiv. Det kan tilsi at en ikke bør forholde seg for strengt til ordlyden i dekningsloven § 5-5. I situasjonene der partene bevisst har forsøkt å omgå

⁷⁹ Dette var situasjonen i LG-2006-17565.

omstøtelsesreglene vil hensynet klart gjøre seg gjeldende med tyngde. Samtidig er det nettopp i situasjonene der debitor/kreditor har forsøkt å omgå de objektive omstøtelsesreglene, at man har den subjektive regelen i § 5-9 å falle tilbake på. Som nevnt i kapittel 3.3 kan konkursboet ved omstøtelse etter § 5-5 kreve at betalingsmottaker skal legge fra seg den nettogevinsten som disposisjonen har gitt jf. § 5-11. Dersom vilkårene i § 5-9 er oppfylt kan konkursboet etter § 5-12 kreve at *boets tap* skal erstattes. Konkursboet vil følgelig i disse situasjonene kunne tjene på å anvende § 5-9 som omstøtelsesgrunnlag i stedet for § 5-5.

Selv der arrangementet ikke er foretatt med omgåelse som hensikt, må omgåelseshensynet få en betydning. Gjeldsbetalingen som ble foretatt av morselskapet i kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) var for eksempel ikke et forsøk på omgåelse av dekningsloven § 5-5. Høyesterett la allikevel vekt på omgåelseshensynet i sin vurdering. En slik tilnærming virker fornuftig. Som nevnt innledningsvis kan tredjemannsbetalingen ha blitt foretatt fordi konsernets finansiering har blitt lagt opp slikt at ett av selskapene i konsernet gjennomgående dekker andre konsernselskapers forpliktelser. Dersom adgangen til omstøtelse avgrenses i slike situasjoner, kan det medføre at flere selskaper legger opp finansieringen sin på denne måten. Å bevise omgåelse i slike situasjoner vil i så fall kunne bli utfordrende, og stå i strid med ønsket om å ha rettsregler som er ”rettsteknisk enkle å praktisere”.⁸⁰ Omgåelseshensynet må følgelig ha en viss betydning selv i disse situasjonene.

⁸⁰ Andenæs (2009) s. 288.

5 Kan andre omstøtelsesregler ramme tredjemannsbetalingene?

5.1 Innledning

Før jeg oppsummerer rettstilstanden av rettskildene i tilknytning til dekningsloven § 5-5 og tredjemannsproblemstillingene er det av interesse å se på om andre bestemmelser i dekningsloven kapittel 5 vil kunne ramme arrangementet. I så fall kan det argumenteres for at man kan være restriktiv ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling kan omstøtes etter § 5-5, da andre bestemmelser uansett vil kunne ramme forholdet.

For å ha en konkret situasjon å knytte vurderingen opp til vil det tas utgangspunkt i situasjonen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Jeg vil samtidig forsøke å ha et mer overordnet blikk på drøftelsen.

5.2 Dekningsloven § 5-6

Etter dekningsloven § 5-6 fremgår det:

Motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før frisdagen, kan omstøtes i den utstrekning motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring.

Bestemmelsen innebærer at motregningen kan omstøtes dersom fordringen det motregnes med, er ervervet senere enn tre måneder før konkursåpning.⁸¹ Typisk vil situasjonen være at et aksjeselskap låner et beløp av kreditor A og låner et tilsvarende beløp ut til C. A og C forstår så at aksjeselskapet holder på å gå konkurs og A kjøper C sitt lån til en betydelig underpris før A så motregner gjelden sin i fordringen til B.⁸² Dette vil redusere den samlede bomassen, ettersom boet i denne situasjonen vil miste kravet de ville hatt mot A.

⁸¹ Andenæs (2009) s. 331.

⁸² Eksemplet er hentet fra Andenæs (2009) s. 331.

Bestemmelsen ble av GHG anført som et alternativt rettsgrunnlag for omstøtelse i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Den disposisjonen det eventuelt ville ha vært aktuelt å omstøte etter § 5-6 i denne saken, ville ha vært morselskapets etterfølgende motregning. Datterselskapet ville i så fall hatt i behold sitt krav mot morselskapet, mens morselskapet bare hadde hatt et krav på dividende av sitt regresskrav. I kjennelsen var det imidlertid betalingen av GHGs krav som ble omstøtt.

Som eksemplet ovenfor illustrerer, er det særlig kjøp av fordringer til underpris som bestemmelsen skal verne mot. Det blir også understreket i forarbeidene til dekningsloven § 5-6 at bestemmelsen tar sikte på å ”hindre at det aktivum som skyldnerens utestående fordringer utgjør blir unndratt boet ved at de som skylder penger til konkursdebitor planmessig kjøper opp fordringer på skyldneren til underkurs”.⁸³ Dette var ikke tilfellet for den motregningen mor- og datterselskapet foretok i saken i Centrum Eiendomsmegling ettersom gjelden datterselskapet hadde, ble betalt av morselskapet til full pris. Dette ligger følgelig ikke i bestemmelsens kjerneområde.

Et annet forhold som gjør at det kan reises spørsmål om § 5-6 kunne ha gitt grunnlag for omstøtelse i saken om Centrum Eiendomsmegling, er at § 5-6 gjelder tilfeller der et krav mot skyldneren overdras til en tredjemann som skyldneren har et krav mot, og tredjemann bruker dette kravet til motregning. I saksforholdet i Centrum Eiendomsmegling var situasjonen derimot slik at tredjemann betalte kravet mot skyldneren og brukte sitt regresskrav mot skyldneren til motregning.

Selv om det formelt sett er en forskjell mellom det å kjøpe opp et krav som brukes til motregning, og det å dekke et krav og deretter bruke regresskravet til motregning, blir realiteten i det vesentlige det samme: Motregningen har medført at den samlede bomassen har blitt redusert ettersom fordringen datterselskapet hadde på morselskapet, ikke lenger er et aktivum i boet. Boets eiendeler har blitt redusert, noe som igjen betyr at det blir mindre dividende til de andre kreditorene. Et av formålene bak omstøtelsesreglene er som nevnt likebehandling av kreditorene, og motregningen som morselskapet har foretatt, innebærer en begunstigelse av en av kreditorene.

⁸³ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 168.

Dette tilsier at dekningsloven § 5-6 muligens også kunne ha gitt grunnlag for omstøtelse i saksforholdet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling).

En forutsetning for at § 5-6 kan gis anvendelse, er likevel at de tidsmessig vilkårene i bestemmelsen er til stede. Morselskapet måtte ha ervervet sin fordring (regresskravet) senere enn tre måneder før fristdagen, og skyldneren måtte på dette tidspunktet ha en fordring mot morselskapet. Dette var tilfellet i denne saken.

5.3 Dekningsloven § 5-9

Etter dekningsloven § 5-9 fremgår det 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, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

Bestemmelsen oppstiller en rekke ulike vilkår som må oppfylles, der vilkåret ”utilbørlig” tilsier en høy terskel for at en disposisjon skal kunne omstøtes.

I tilknytning til Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) reiser anvendelsen av § 5-9 to ulike problemstillinger. For det første er det et spørsmål om motregningen morselskapet foretok mot datterselskapet, kan omstøtes overfor morselskapet. For det andre er det et spørsmål om morselskapets innfrielse av kravet som GHG hadde mot datterselskapet, kan omstøtes etter § 5-9 overfor GHG. Dette reiser til dels komplekse problemstillinger som faller utenfor denne oppgavens omfang å drøfte inngående. Jeg vil derfor nøye meg med å omtale de viktigste poengene.

I tilknytning til den første problemstillingen – om motregningen morselskapet foretok overfor datterselskapet kan omstøtes overfor morselskapet – er det særlig vilkåret ”utilbørlig” som er problematisk. Etter Andenæs sitt syn kan de objektive omstøtelsesreglene gi veiledning ved vurderingen ettersom de skal ramme ”disposisjoner som etter sin art formodes å innebære en

utilbørlig kreditorbegunstigelse”.⁸⁴ Som drøftet under kapittel 5.2 ville motregningen morselskapet foretok muligens være omfattet av dekningsloven § 5-6. Om man følger Andenæs sitt synspunkt her, vil dette kunne tilsi at motregningen også kunne ha blitt omstøtt etter dekningsloven § 5-9.

Mer uklart er spørsmålet om morselskapets betaling av datterselskapets gjeld til GHG kan omstøtes overfor GHG. Også for denne problemstillingen vil det særlig være vilkåret ”utilbørlig” som kan være problematisk. Etter forarbeidene skal vilkåret ramme ”disposisjoner som etter en slik konkret vurdering fremstår som klart kritikkverdige”.⁸⁵ Arrangementet i Centrum Eiendomsmegling bærer ikke preg av å være kritikkverdig eller som et forsøk på omgåelse av dekningsloven § 5-5. Det er følgelig vanskelig å se at denne disposisjonen kunne blitt omstøtt etter dekningsloven § 5-5.

Ved vurderingen av om morselskapets betaling av datterselskapets gjeld til GHG kan omstøtes overfor GHG vil en utfordring uansett være at den som rammes av omstøtelsen, vil være kreditor – og ikke debitor og tredjemann som har foretatt arrangementet. Omstøtelse etter § 5-9 vil da først og fremst være en mulighet dersom arrangementet var foretatt i et forsøk på omgåelse av de objektive omstøtelsesreglene. Bare dersom kreditor har vært delaktig i dette – og dermed i ond tro – ville § 5-9 vært et mulig omstøtelsesgrunnlag. Da dette ikke var tilfellet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) ville ikke dekningsloven § 5-9 kunne blitt anvendt som omstøtelsesgrunnlag for denne disposisjonen.

5.4 Betydningen av de alternative rettsgrunnlagene

Det kan dermed fastslås at enkelte andre omstøtelsesgrunnlag kunne vært anvendelig på saksforholdet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Det kan tilsi at en bør være restriktiv ved tolkningen av dekningsloven § 5-5 ettersom andre bestemmelser kan dekke arrangementene som er foretatt. Dette ble anført i saken av betalingsmottaker GHG, men Høyesterett valgte å ikke gå nærmere inn på problemstillingen. Førstevoterende kom allikevel med følgende uttalelse:

Jeg går ikke inn på om § 5-6 kunne ha vært brukt av boet i dette tilfellet. Slik jeg ser det, er det ikke noe avgjørende argument mot at § 5-5 her skal kunne benyttes mot

⁸⁴ Andenæs (2009) s. 357.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 50 (1980-1981) s. 170-171.

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.⁸⁶

Uttalelsen tilsier at Høyesterett ser at dekningsloven § 5-6 kunne ha vært et alternativt omstøtelsesgrunnlag, men legger til grunn at dette ikke ville ha noen betydning for om man kunne tolke dekningsloven § 5-5 til også å omfatte visse former for tredjemannsbetalinger. Synspunktet har mye for seg på den måten at det gir konkursboet mulighet til å anvende det omstøtelsesgrunnlaget som gir størst avkastning. Hadde for eksempel situasjonen vært slik i saken om Centrum Eiendomsmegling at heller ikke morselskapet hadde vært solvent da datterselskapet ble erklært konkurs, ville muligheten til å omstøte etter § 5-6 i realiteten vært verdiløs. Da vil en slik valgfrihet for konkursboet være svært verdifull.

Mer uklart er situasjonen der begge kreditorene er søkegode. På konkurstidspunktet i Centrum Eiendomsmegling hadde datterselskapet en fordring på morselskapet på 550 000 kroner. Denne fordringen ble i sin helhet innfridd overfor konkursboet.⁸⁷ Det foreligger dermed ingen tvil om at morselskapet også hadde vært søkegod for dette kravet. For boet ville resultatet uansett ha blitt det samme: Boet (datterselskapet) ville hatt sitt opprinnelige krav i behold mot morselskapet, mens fordringen mot datterselskapet bare ville ha vært en dividendefordring. Rimelighetshensyn kunne da tilsi at det i en situasjon som den foreliggende ville ha vært mer rimelig å kreve omstøtelse overfor morselskapet, ettersom det var mor- og datterselskapet som hadde foretatt det kritikkverdige arrangementet.

Et slikt synspunkt ville bety at man ved vurderingen av om en gjeldsbetaling fra tredjemann skal omstøtes også skulle vektlagt hvorvidt boet har et *behov* for å gjøre omstøtelseskravet gjeldende overfor betalingsmottakeren. Nettopp konkursboets manglende behov for å rette omstøtelseskravet mot GHG i kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) har blitt kritisert i teorien. Sæbø synes for eksempel i artikkelen ”Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten” å være kritisk til dommen da omstøtelse etter dekningsloven § 5-5 etter hans syn var unødvendig. Han begrunner dette med at hensynet til datterselskapets kreditorer uansett ville bli ivaretatt ved å bruke dekningsloven § 5-6 første ledd på motregningen foretatt av morselskapet.⁸⁸ Ettersom Høyesterett uttrykkelig har fastslått at

⁸⁶ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 41.

⁸⁷ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 4.

⁸⁸ Sæbø (2015) s. 764-765.

denne valgfriheten ikke skal ha noen betydning, må det på tross av disse argumentene legges til grunn at alternative omstøtelsesgrunnlag er uten betydning for tolkningen av dekningsloven § 5-5.

6 Hvilke momenter kan vektlegges ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling kan omstøtes?

6.1 Innledning

Gjennomgangen av rettskildene illustrerer to sentrale utgangspunkter for anvendelse av omstøtelsesregelen i § 5-5 første ledd. For det første må det legges til grunn at i de tilfellene der gjeldsbetalingen er foretatt direkte av en uavhengig tredjemann hvor tredjemanns formue reduseres ("rene" tredjemannsbetalinger), kan ikke § 5-5 anvendes som omstøtelsesgrunnlag. Dette kan utledes både av ordlyden i dekningsloven § 5-5 og en rekke andre rettskilder.

I forlengelsen av dette må det for det andre legges til grunn at hvis betalingen fra en tredjemann likevel skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5, må tredjemannsbetalingen kunne ledes tilbake til debitor på en eller annen måte. Dette kan for eksempel skje ved at tredjemann motregner sin gjeld i regresskravet han har mot debitor slik som i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), eller ved at kreditor i en kjøpsavtale som en del av kjøpesummen påtar seg noe av debtors gjeld. Dette utgangspunktet kan utledes av flere kilder. Først og fremst tilsier ordlyden at en må ha et slikt utgangspunkt – for dersom disposisjonen skal anses for å komme fra "skyldneren", må debitor ha en befatning med gjeldsbetalingen.

Dette utgangspunktet formuleres i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) med utgangspunkt i Kristian Huser som at betalingen "indirekte" må komme fra skyldneren.⁸⁹ Andenæs formulerte dette på sin side som at betalingen "i realiteten" må komme fra skyldneren.⁹⁰ Jeg anser dette for å være to ulike formuleringer av samme vurderingstema, men ettersom det er Huser som drøfter tredjemannsproblemstillingene mest inngående, og Høyesterett tar utgangspunkt i Huser, så vil jeg anvende hans formuleringen fremover.

At vurderingstemaet er om betalingen "indirekte" kommer fra skyldneren ved spørsmål om en tredjemannsbetaling kan omfattes av § 5-5, er etter mitt syn fornuftig. Ved et slikt

⁸⁹ Huser (1992) s. 258-259.

⁹⁰ Andenæs (2009) s. 311.

utgangspunkt vil en kunne ramme situasjoner der debitor og kreditor forsøker å omgå omstøtelsesreglene ved å konstruere alternative betalingsarrangementer. Samtidig vil vurderingstemaet være såpass åpent at vurderingene kan nyanseres.

Den konkrete vurderingen Høyesterett foretar i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) illustrerer også hvor vanskelig det kan være å oppstille mer generelle retningslinjer for tredjemannsspørsmålene. De situasjonene og arrangementene som det kan være aktuelt å vurdere om er omstøtelige etter § 5-5, vil være ulike, og de enkelte tilfellene bør vurderes konkret. Vurderingstemaet vil som nevnt være om betalingen ”indirekte” kommer fra skyldneren. Dessuten oppstår spørsmål om subjektive forhold på tredjemanns eller kreditors side har betydning for adgangen til å omstøte disposisjonen. I det følgende vil jeg omtale noen momenter som vil være relevante ved vurderingen av om en tredjemannsbetaling kan omfattes av dekningsloven § 5-5. Disse momentene vil dels innebære vilkår for at disposisjonen kan omstøtes, dels vil de være momenter som inngår i en helhetsvurdering.

6.2 Krav om at skyldnerens formue reduseres

I det meste av den rettspraksis som er gjennomgått i kapittel 5, går særlig ett likhetstrekk igjen. I tilfellene der betalingen ble omstøtt var *debitors* formue blitt redusert selv om det var en *tredjemann* som formelt hadde foretatt betalingen. Dette har sammenheng med at en vanskelig kan anse en betaling for ”indirekte” å ha kommet fra skyldneren om ikke skyldnerens midler også har blitt belastet på en eller annen måte. Og er ikke skyldnerens formue belastet, vil ikke disposisjonen ha noen betydning for det resterende kreditorfellesskapets mulighet til å få dekning for sine krav i konkursboet. Formålet bak omstøtelsesreglene – å beskytte kreditorfellesskapet mot illojale og kreditorforringende disposisjoner – vil da ikke slå inn.

I Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) fremstår det for eksempel tydelig at det er *den etterfølgende motregningen* som morselskapet foretok som medførte omstøtelse.

Gjennomgangen av svensk og dansk rett illustrerer også at en forutsetning for omstøtelse etter disse landenes rett var at skyldnerens formue hadde blitt redusert. Med utgangspunkt i dette skriver Ankerud at det antageligvis må:

[...] hevdes at dagens rettstilstand i de skandinaviske land ikke åpner opp for omstøtelse i de tilfeller hvor det ikke skjer en (samtidig) reduksjon av mellomværende mellom skyldneren og tredjeperson.⁹¹

Det oppstilles derfor som krav at debtors formue må reduseres for at en tredjemannsbetaling skal kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

I forlengelsen av dette utgangspunktet oppstår et annet spørsmål – nemlig om tidspunktet for når debtors formue reduseres, skal ha en betydning. I Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) skjedde motregningen *samme dag* som gjeldsbetalingen fant sted. Når reduksjonen av skyldnerens formue (gjennom motregningen) skjer i en slik umiddelbar nærhet med tredjemanns innfrielse av kravet, tilsier det at det har skjedd en ”indirekte” betaling fra skyldneren. Dette kan fremstå som mer uklart dersom det går en viss tid mellom tredjemanns innfrielse av gjelden og reduksjonen av skyldnerens formue.

Tredjemannsbetalingen må imidlertid uansett ha vært foretatt senere enn tre måneder før fristdagen. Paragraf 5-5 gjelder bare betalinger av gjeld som har vært foretatt innenfor dette tidsrommet. I den grad bestemmelsen skal få anvendelse på tredjemannsbetalinger, må dette vilkåret gjelde også for tredjemannsbetalinger. Det er det forholdet at betalingen har vært foretatt tett opp mot konkursåpningen og dermed på et tidspunkt da det må presumeres at debitor hadde betalingsproblemer, som gjør betalingen ekstraordinær og dermed omstøtelig. Dette hensynet gjør seg gjeldende uansett om det er skyldneren eller en tredjemann som har foretatt betalingen.

Ankerud hevder i sin artikkel at det må skje en ”samtidig” reduksjon av skyldnerens formue.⁹² Det fremgår ikke helt klart hva hun legger i ”samtidig”, men det er naturlig å anta at hun med dette mener at reduksjonen skjer i løpet av en svært kort tidsperiode etter gjeldsbetalingen. Huser synes derimot å mene at man kan legge til grunn et videre tidsperspektiv når han skriver:

Men tredjemann trenger ikke nødvendigvis å stå i gjeld til debitor. Er tredjemann et datterselskap av debitor, vil datterselskapet i og med betalingen få et krav mot morselskapet, som forutsettes avregnet senere. Også ellers kan dette være situasjonen:

⁹¹ Ankerud (2012) s. 322. Ankerud vektlegger særlig NJA 1996 s. 282.

⁹² Ankerud (2012) s. 322.

”Kan ikke du betale, så skal du få pengene igjen etterpå”. Dette må etter omstendighetene kunne rammes av § 5-5.⁹³

I juridisk teori synes man etter dette ikke å være helt samstemte når det gjelder spørsmålet om nærhet i tid. Ankeruds utgangspunkt om at det må skje en ”samtidig” reduksjon er forståelig i den forstand at det i slike tilfeller vil være klare holdepunkter for at betalingen indirekte kommer fra skyldneren. Samtidig fremstår det uheldig å utelukke omstøtelse alene av den grunn at reduksjonen ikke skjer ”samtidig” med betalingen.

På bakgrunn av dette må det kunne legges til grunn at dersom en tredjemannsbetaling skal kunne omstøtes, må det skje en reduksjon av skyldnerens formue. Jo større nærhet i tid det er mellom betalingen og reduksjonen av formue, desto tydeligere bærer betalingen preg av å være en omstøtelig ”indirekte” betaling. Er det ikke en umiddelbar nærhet i tid mellom betalingen og reduksjonen av formuen, vil andre momenter i større grad måtte gjøre seg gjeldende for at betalingen skal kunne anses som omstøtelig etter § 5-5.

Jeg vil i kapittel 6.2.1 og 6.2.2 oppstille to ulike arrangementer for å illustrere hvordan momentet kan vektlegges i forskjellige situasjoner.

6.2.1 Situasjon der morselskapet betaler datterselskapets gjeld, men ikke foretar etterfølgende motregning

I denne situasjonen er saksforholdet identisk med saksforholdet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), med ett unntak. Her foretar ikke morselskapet den etterfølgende motregningen slik saksforholdet var i kjennelsen.

I et slikt tilfelle er det klart at det ikke har blitt foretatt en ”indirekte” betaling fra skyldneren. Her har midlene utelukkende kommet fra morselskapet, og skyldnerens formue (altså datterselskapets) har ikke blitt redusert. Under forutsetning at morselskapet ikke krever regress vil denne gjeldsbetalingen måtte anses som en gave fra morselskapet. For det resterende kreditorfellesskapet vil denne form for intervensjonsbetaling være en fordel da datterselskapets gjeld har blitt redusert uten at det har skjedd en samtidig reduksjon av formuen. En slik situasjon vil ikke være omstøtelig etter dekningsloven § 5-5.

⁹³ Huser (1992) s. 259.

Situasjonen illustrerer betydningen av den etterfølgende motregningen morselskapet foretok i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), og at det er denne som er bakgrunnen for at disposisjonen kunne omstøtes etter dekningsloven § 5-5.

6.2.2 Situasjon der morselskapets gjeld til datterselskapet oppstod på et senere tidspunkt enn gjeldsbetalingen

Situasjonen vil også her være nesten identisk som i saksforholdet kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Omstendigheten det her endres på, er hvilket tidspunkt motregningsposisjonen til morselskapet oppstår. I Centrum Eiendomsmegling-kjennelsen stod morselskapet som nevnt allerede i gjeld til datterselskapet før gjeldsbetalingen ble foretatt. I situasjonen som her drøftes flyttes dette tidspunktet, slik at morselskapets motregningsposisjon oppstår først *etter* at gjeldsbetalingen foretas. Under forutsetning av at morselskapet frem til dette punktet ennå ikke har fått innfridd regresskravet sitt, vil selskapet da ha mulighet til å motregne den tidligere gjeldsbetalingen mot det nye kravet datterselskapet har mot morselskapet. Det legges i det følgende til grunn at morselskapet ved betalingen heller ikke visste at de ville få en gjeldsforpliktelse overfor datterselskapet og dermed komme i motregningsposisjon.

Ettersom dette saksforholdet nesten er identisk med Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) og det har skjedd en reduksjon av skyldnerens formue kan det tilsi at også denne formen for tredjemannsbetaling ville kunne blitt omstøtt etter dekningsloven § 5-5. Det må imidlertid uansett foretas en helhetsvurdering der det overordnede vurderingstemaet er om betalingen ”indirekte” kommer fra skyldneren.

Problemstillingen er interessant da det her må vurderes hvorvidt det skal ha avgjørende betydning for omstøtelsesadgangen at tredjemannen foretar gjeldsbetalingen vitende om at regresskravet fullt ut vil bli dekket gjennom etterfølgende motregning. I situasjonen som her er oppstilt, har gjeldsbetalingen, frem til motregningsposisjonen oppstod, vært en ren intervensjonsbetaling fra morselskapets side. For morselskapet vil det derfor foreligge en risiko for at regresskravet mot datterselskapet ikke ville bli dekket. Det kan tilsi at det er mindre naturlig å anse gjeldsbetalingen som en ”indirekte” betaling fra skyldneren, ettersom koblingen mellom gjeldsbetalingen og motregningen i denne situasjonen ikke er like tydelig. Og det er nettopp denne koblingen Høyesterett synes å vektlegge i kjennelsen i Rt. 2012

s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) da det gir situasjonen et klart preg av å være en ”indirekte” betaling fra skyldneren.

Situasjonen fremstår etter dette som at det har vært foretatt en intervensjonsbetaling der det *tilfeldigvis* etterpå også har oppstått et annet krav som morselskapet kunne motregne regresskravet i. Og dersom det skulle være tilfellet at morselskapet i ettertid tar aktive steg for å sette seg selv i en motregningsposisjon med datterselskapet, er det enda større grunn for å rette omstøtelseskravet mot morselskapet og ikke mot kreditor.

Som det fremgår av kapittel 5.4, finnes det argumenter som kan tilsi at man ved vurderingen også kunne vektlagt hvorvidt det er et *behov* for konkursboet å gå etter tredjemann, for eksempel dersom morselskapet i saken Centrum Eiendomsmegling hadde vært insolvent. Ut fra Høyesteretts uttalelse i kjennelsen skal imidlertid ikke denne valgfriheten ha noen betydning for tolkningen av dekningsloven § 5-5. I en situasjon som denne, der arrangementet ikke bærer like stort preg av å være en ”indirekte” betaling, bør det allikevel ha en viss betydning at det vil være mer naturlig å gå etter morselskapet etter dekningsloven § 5-5, enn å gå etter kreditor.

For det tilfellet at det skal legges vekt på kreditors gode eller onde tro, jf. kapittel 6.5, vil det også være av betydning at kreditor i en slik situasjonen neppe vil kunne ha vært i ond tro. Selv om kreditor *forstår* at betalingen er foretatt av en annen enn debitor, og forhører seg med debitor om dette, vil han ikke ha noen mulighet til å vite at betalingen potensielt kan omstøtes. Dette fordi motregningsposisjonen for morselskapets del ennå ikke har oppstått.

Samlet tilsier dette i overnevnte situasjon at det ikke vil være adgang til å omstøte betalingen etter dekningsloven § 5-5. Eksemplet illustrerer at det i vurderingen av adgangen til å omstøte betalinger som er foretatt av en tredjemann, ikke bare kan ses hen til momentene som er oppstilt i kapittel 6, men at det må foretas en bredere vurdering av om betalingen faktisk er en ”indirekte betaling”.

6.3 Krav om at tredjemann har hatt som hensikt å dekke debtors gjeldsforpliktelse

Som nevnt i kapittel 3.3.2 har det i rettspraksis og teori blitt fastslått at gjeldsdekningen må være den vesentlige hensikten med betalingen, jf. Rt. 2008 s. 1170 (Rema 1000). Dette er et

utslag av vilkåret ”betaling av gjeld”, jf. kapittel 3.2.4. Ved vurderingen skal det tas utgangspunkt i hva som objektivt sett fremstod som transaksjonens hovedhensikt.⁹⁴

Begrunnelsen for å oppstille et slikt vilkår er ifølge Huser at man ikke skal ramme disposisjoner som har hatt et ”selvstendig og aktverdig” formål.⁹⁵ I Rt. 1969 s. 624 (Hamar Auto 2) konkluderte for eksempel Høyesterett med at en disposisjon ikke kunne omstøtes etter lov 6. juni 1983 om Concurs og Concursboers behandling § 44 a, da det hadde vært en gjensidig bebyrdende avtale der formålet hadde vært å skape forretningsmessige grunnlag for nye leveranser og ny kreditt. Når dette hadde vært avtalens formål, var ikke disposisjonens primære hensikt å dekke skyldnerens gjeldsforpliktelse og da var ikke disposisjonen omstøtelsesverdig.

I kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) uttaler førstevoterende at ”den umiddelbare hensikten med betalingen var å dekke datterselskapets gjeld”.⁹⁶ Også i relasjon til tredjemannsbetalinger må det derfor oppstilles et krav om at hovedhensikten bak gjeldsbetalingen har vært å dekke debtors gjeld. Ankerud er også av den oppfatningen når hun skriver:

*Antagelig må det oppstilles et vilkår om at betalingen hovedsakelig må skje i debtors, ikke tredjepersons, interesse. Dette stemmer godt overens med det som gjelder ved skyldnerens egne betalinger hvor det stilles krav om at hensikten med betalingen har vært å dekke gjelden.*⁹⁷

Når en gjeldsforpliktelse dekkes, vil det kunne anføres at hensikten i og for seg neppe kan være noen annen enn å dekke gjeldsforpliktelsen. Spørsmålet her er imidlertid hva som er det bakenforliggende formålet. Ut i fra dommen i Rt. 1969 s. 624 (Hamar Auto 2) og den nevnte uttalelsen fra Huser må kreditor dermed kunne bevise at tredjemann har dekket gjeldsforpliktelsen på grunn av andre aktverdige formål enn skyldnerens vanskelige økonomiske stilling. Kan dette bevises, vil ikke disposisjonen være omstøtelsesverdig etter § 5-5.

⁹⁴ Huser (1992) s. 223-224.

⁹⁵ Huser (1992) s. 223.

⁹⁶ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 37.

⁹⁷ Ankerud (2012) s. 323.

Et eksempel kan muligens være der tredjemann har en egeninteresse i at kreditor ikke selv går konkurs og derfor sørger for å dekke kravet. Dette kan være aktuelt i et tilfelle der tredjemann har eierinteresser både i selskapet som er kreditor for kravet, og i selskapet som er debitor for kravet. Handler tredjemann ut fra en slik egeninteresse, er det neppe grunnlag for omstøtelse etter § 5-5.

Med utgangspunkt i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) fremstår det allikevel som at det er en viss terskel for at kreditor skal kunne bevise at hensikten med betalingen har vært en annen enn å dekke gjelden. Da saken var oppe til behandling i lagmannsretten, ble det fra GHGs side anført at det ikke forelå dekningshensikt ettersom morselskapet selv hadde interesse i å redusere sin gjeld til datterselskapet og dessuten hadde en klar egeninteresse i å sikre sitt heleide datterselskap.⁹⁸ Dette avviste lagmannsretten da retten fant det klart at den ”umiddelbare hensikten” med morselskapets betaling ”i dette tilfellet var å dekke debtors gjeld, og at betalingen slik sett først og fremst var i Centrum Eiendomsmeglings interesse”.⁹⁹ Dersom Centrum Eiendom gjennom betalingen ønsket å ”oppnå fortsatte tjenester fra advokatfirmaet for eventuelt å unngå konkurs”, eller å ”sikre egne økonomiske interesser i datterselskapet” var for lagmannsrettens avgjørelse dermed ikke av betydning.¹⁰⁰

Lagmannsrettens uttalelser gir ikke grunnlag for å trekke sikre konklusjoner. Høyesterett kan allikevel oppfattes slik at man er enig i lagmannsrettens argumentasjon, i og med at forholdet ikke problematiseres nærmere. I tillegg anvender også Høyesterett lagmannsrettens formulering om at ”den umiddelbare hensikten” til morselskapet var å dekke datterselskapets gjeld. Det tilsier at det ikke er tilstrekkelig for å kunne unngå omstøtelse at tredjemannen har hatt andre legitime interesser enn å dekke gjelden. For at omstøtelse skal kunne utelukkes etter § 5-5, må disse legitime interessene være det klare hovedformålet med disposisjonen.

6.4 Skal kreditors gode tro ha noen betydning for omstøtelse?

Videre er det relevant å se på om det vil være av betydning om kreditor har vært i god tro ved mottaket av gjeldsbetalingen. Med god tro siktes det her til at kreditor ikke har forstått at

⁹⁸ LB-2011-82851.

⁹⁹ LB-2011-82851.

¹⁰⁰ LB-2011-82851.

betalingen i realiteten kommer fra skyldnerens midler. Høyesterett synes å være inne på dette i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) når førstevoterende skriver at ”[b]etalingsmottakeren få på sin side normalt et varsel om at alt kanskje ikke er som det skal være, når en fordring blir betalt av tredjemann”.¹⁰¹ Ettersom omstøtelsesreglene siktemål blant annet er å ramme de illojale disposisjonene, kan et slikt vilkår være fornuftig ettersom omstøtelse da bare vil være mulig i de situasjonene der kreditor har forstått at det er noe kritikkverdig ved arrangementet.

Lilleholt synes også å være av den oppfatning at omstøtelse vil være avhengig av om kreditor har vært i ond tro, når han i tilknytning til domsresultatet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) skriver:

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. Eit slikt vilkår om kjennskap til den reelle karakteren av disposisjonen bør høyre heime også i dei objektive omstøytingsreglane.¹⁰²

På den andre siden kan det å vektlegge kreditors onde eller gode tro fremstå som lite forenlig med at § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel. En vurdering av kreditors forståelse av betalingsarrangementet har likhetstrekk med den subjektive vurderingen som må foretas etter § 5-9. Som nevnt er en tanke bak de objektive omstøtelsesreglene at de skal være retts teknisk enkle å praktisere, og dette skulle tilsi at slike subjektive elementer ikke hører hjemme som et vilkår for omstøtelse etter § 5-5.

Synspunktet står også i motsetning til rettstilstanden i Sverige og Danmark, der kreditors onde tro virker å være uten betydning for spørsmålet. I NJA 1996 s. 333 ble det for eksempel lagt til grunn av Högsta domstolen at omstøtelse kunne skje ”[...] utan hänsyn till hurr borgären i det enskilda fallet uppfattat situationen”. Samme utgangspunkt ble lagt til grunn i UfR 1988. 484 H.D.

De nevnte uttalelsene i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) er imidlertid vage, og gir ikke uttrykkelig støtte til synspunktet om at det skal legges vekt på kreditors gode eller onde tro. Og dersom det at kravet blir betalt av en tredjemann, i seg selv er tilstrekkelig til at

¹⁰¹ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 40.

¹⁰² Lilleholt (2012) s. 27.

kreditor bør forstå at ”alt kanskje ikke er som det skal være”, slik Høyesterett uttaler, vil i realiteten ingen kreditorer være i aktsom god tro.

Gode grunner taler etter mitt syn for ikke å la det være avgjørende om kreditor har vært i god eller ond tro. Høyesterett legger i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) selv vekt på rettstilstanden i Sverige og Danmark som følge av at reglene har blitt til i et nordisk samarbeid. Det forholdet at § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel, støtter også dette synspunktet. Siden adgangen til å omstøte tredjemannsbetalinger uansett synes å måtte bero på en helhetsvurdering der flere momenter må tas i betraktning, kan det likevel ikke utelukkes at det i en enkeltsak kan bli utslagsgivende om det kan godtgjøres at kreditor har kjent til at betalingen i realiteten kommer fra debtors midler.

Hvis det er slik at kreditors gode eller onde tro er avgjørende, er det mulig at det først og fremst vil være i tilfeller der det er de samme eierinteressene som står bak tredjemannen og debitor (for eksempel i et konsernforhold), at det kan være aktuelt for kreditor å hevde at han har vært i aktsom god tro. Det kan da fremstå som mer ordinært at for eksempel morselskapet dekker datterselskapets gjeld enn at en helt ekstern part dekker slik gjeld. Samtidig var det nettopp dette som var situasjonen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling). Det tilsier at det må foreligge helt spesielle omstendigheter for at kreditors gode tro kan være til hinder for omstøtelse.

6.5 Hvem har vært initiativtaker for arrangementet?

Et ytterligere moment i vurderingen vil være hvem som har vært initiativtaker for arrangementet. I Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) synes Høyesterett å implisere at dette kan være relevant, når det etter henvisningen til LG-2006-17565 uttales at ”i det tilfellet hadde betalingsmottakeren, altså den omstøtelseskravet ble rettet mot, tatt initiativet til betalingen”.¹⁰³

Også her kan det være vanskelig å vite hvor mye man kan utlede av Høyesteretts uttalelse. Det er i hvert fall ikke opplagt at Høyesterett med dette mener å oppstille dette som et vilkår for at tredjemannsbetalinger skal kunne omstøtes. Uttalelsen synes mer å være en del av

¹⁰³ Rt. 2012 s. 468 avsnitt 34.

beskrivelsen av det samlede arrangementet, kritikkverdigheten i dette og inntrykket av omgåelse.

Det kan neppe være slik at det i seg selv vil være avgjørende om kreditor har tatt initiativ til betalingen. På samme måte som spørsmålet om kreditors gode eller onde tro, jf. kapittel 6.5, vil dette trolig måtte inngå som et moment i en helhetsvurdering. I situasjonene der kreditor selv har tatt initiativ til betalingen er det større grunn til å anta at arrangementet er foretatt med sikte på kreditorsvik. Har kreditor selv tatt initiativ til arrangementet, vil det derfor trekke tungt i retning av omstøtelse etter dekningsloven § 5-5, men har kreditor ikke vært delaktig, vil dette allikevel ikke utelukke omstøtelse.

Et annet spørsmål vil være situasjonen der *tredjemann* tar initiativ til betalingen. I utgangspunktet vil dette være en ”ren” tredjemannsbetaling jf. kapittel 6.1 som ikke kan omstøtes. Det kan allikevel stilles spørsmål til om gjeldsbetalingen kan anses som en ”indirekte” betaling fra skyldneren, dersom skyldnerens formue reduseres. Tredjemann har for eksempel gjeld hos skyldneren, og foretar så gjeldsbetalingen uten skyldnerens kunnskap for å senere motregne kravet i den gamle gjelden. Etter Husers syn bør det avgrenses mot omstøtelse etter § 5-5 i disse situasjonene ettersom det her foreligger en selvstendig opptreden fra tredjemanns side.¹⁰⁴ Vurderingen synes følgelig å ha en side til vurderingen av om tredjemann har dekningshensikt, jf. kapittel 6.3.

Etter mitt syn bør det her utvises varsomhet ettersom ordlyden i dekningsloven § 5-5 oppstiller klare begrensninger. Etter dekningsloven § 5-5 er det bare gjeldsbetaling som skyldneren ”har foretatt”, som kan bli omstøtt. Å godta omstøtelse der skyldneren ikke har vært klar over gjeldsbetalingen, vil etter mitt syn innebære en utvidende tolkning av bestemmelsen. Å utelukke omstøtelse der tredjemann har tatt initiativ til betalingen synes også være i tråd med svensk rettsoppfatning. I NJA 1996 s. 333 HD uttalte for eksempel Högsta domstolen at en betaling foretatt av tredjemann på ”uppmaning av en gäldenär” kunne omstøtes etter kap. 4 10 §.¹⁰⁵ Tredjemanns initiativ til betalingen må følgelig trekke tungt i retning av at omstøtelse ikke kan skje etter § 5-5 ved vurderingen av om betalingen ”indirekte” kommer fra skyldneren.

¹⁰⁴ Huser (1992) s. 259.

¹⁰⁵ NJA 1996 s. 333 avsnitt 6.

7 Noen utvalgte grensetilfeller

7.1 Innledning

I kapittel 6 ble det oppstilt noen relevante momenter som kan vektlegges ved vurderingen av om det er foretatt en ”indirekte” betaling fra skyldneren. Som nevnt er allikevel en utfordring ved tredjemannsbetalingene at situasjonene og arrangementene vil være svært ulike. For å illustrere hvordan momentene kan slå ut på ulike måter, vil det derfor i denne delen ses nærmere på noen andre situasjoner der gjeldsbetalingen er foretatt av en tredjemann.

7.2 Situasjon der tredjemann og skyldner betaler hverandres gjeld

I denne situasjonen har tredjemann og skyldner hvert sitt krav hos hver sin kreditor. De foretar så en betaling av hverandres gjeld. Kort tid etter gjeldsbetalingen går skyldneren konkurs, og det oppstår spørsmål om tredjemannsbetalingen kan omstøtes overfor skyldnerens konkursbo etter dekningsloven § 5-5.¹⁰⁶ Dersom det forutsettes at arrangementet har blitt foretatt med sikte på omgåelse av omstøtelsesreglene, må dekningsloven § 5-5 klart kunne anvendes. Som konkludert med tidligere må terskelen for omstøtelse være lavere der det har blitt foretatt bevisste forsøk på omgåelse av regelen. Ettersom skyldnerens formue her har blitt redusert, og tredjemann har hatt dekningshensikt vil dette klart tilsi at det er en form for ”indirekte” betaling som kan omstøtes etter § 5-5.

Videre blir spørsmålet hva resultatet skal være dersom omgåelse ikke har vært hensikten med arrangementet som har blitt foretatt. For eksempel har mor- og datterselskapet hver sin gjeld på 100 000 kroner til to ulike kreditorer. Datterselskapet har ikke midler på betalingstidspunktet og morselskapet dekker så datterselskapets gjeldsforpliktelse. Kort tid senere har datterselskapet selv fått midler, og betaler morselskapets gjeld som en enkel oppgjørsmåte dem imellom. I tilknytning til vilkårene oppstilt i kapittel 6, kan flere momenter være av betydning. Det er for det første klart at det har skjedd en reduksjon av skyldnerens formue, og at reduksjonen har skjedd i en nærhet med gjeldsbetalingen. Morselskapet har også hatt som hensikt å dekke datterselskapets gjeldsforpliktelse, og kreditors gode eller onde

¹⁰⁶ Det forutsettes her at bestemmelsens øvrige vilkår er oppfylt.

tro er for denne situasjonen uten betydning. Gjeldsbetalingen må følgelig også i denne situasjonen klart anses som en ”indirekte” betaling fra skyldneren, som kan omstøtes.

7.3 Situasjon der det skjer et kreditorskifte

I dette eksemplet siktes det til situasjonen der morselskapet gir datterselskapet et lån og stiller som forutsetning at lånebeløpet skal brukes til å dekke en annen kreditor. I denne situasjonen har det skjedd et kreditorskifte der morselskapet har blitt kreditor i stedet for GHG.

Problemstillingen blir her motsatt enn etter for eksempel Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling) ettersom spørsmålet her blir om skyldnerens egen betaling i realiteten er en tredjemannsbetaling.¹⁰⁷

I denne situasjonen betales kravet av skyldneren selv, og betalingen omfattes da direkte av ordlyden i § 5-5. Dette må i utgangspunktet være tilfellet også i en situasjon der skyldneren har tatt opp lån for å dekke kravet. Spørsmålet blir om dette må vurderes annerledes fordi den nye långiveren (morselskapet) har satt som forutsetning at lånet skal brukes til å dekke den andre kreditoren (GHG).

I et tilfelle der morselskapet er i en motregningsposisjon tilsvarende saksforholdet i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), må det legges til grunn at betalingen vil kunne omstøtes etter § 5-5. Betalingen er som nevnt omfattet av ordlyden ved at det er skyldneren som formelt har dekket kravet. Og dersom man ser på realiteten i arrangementet, gir dette nøyaktig samme økonomiske resultat som i saken i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling): En bestemt kreditor har fått dekning, og datterselskapets formue er tilsvarende redusert ved at det ikke lenger har noen fordring mot morselskapet. Både en formell og en reell innfallsvinkel tilsier dermed at betalingen kan omstøtes.

Dersom morselskapet ikke er i en motregningsposisjon, kan spørsmålet være mer usikkert. Det klare utgangspunktet må allikevel være at det at en kredittgiver stiller som forutsetning at kreditten skal benyttes til å dekke en bestemt kreditor, ikke i seg selv kan innebære at kredittgiveren skal regnes som en intervensjonsbetaler, og at man dermed har å gjøre med en

¹⁰⁷ Situasjonen er hentet fra Ankerud (2012) s. 320 fotnote 8.

uomstøtelig tredjemannsbetaling. For å komme til motsatt konklusjon, må det antakelig foreligge helt særegne omstendigheter.

Foreligger det i et slikt tilfelle ikke en tredjemannsbetaling, slik at skyldneren selv anses som betaler, vil adgangen til omstøtelse bero på om de øvrige vilkårene i § 5-5 er oppfylt. I et tilfelle der morselskapet ikke er i en motregningsposisjon, vil alternativet om at betalingen har skjedd med et beløp som ”betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne” uansett være problematisk. Om betalingen i et slikt tilfelle kan regnes som en tredjemannsbetaling eller en betaling fra skyldneren selv, vil dermed likevel ikke være av avgjørende betydning for motregningsadgangen. Da denne problemstillingen ligger utenfor min oppgave vil jeg ikke gå nærmere inn på dette.

8 Avslutning

Oppgavens formål har vært å avklare når en tredjemannsbetaling kan omstøtes etter dekningsloven § 5-5. Visse utgangspunkter for denne vurderingen har det her blitt gjort rede for. Den klare hovedregelen må være at dekningsloven § 5-5 ikke hjemler omstøtelse av tredjemannsbetalinger. I noen situasjoner har allikevel tredjemannsbetalingen blitt foretatt på et slikt vis at det i realiteten er skyldnerens formue det er disponert over. I disse situasjonene kan en tredjemannsbetaling etter en helhetsvurdering bli omstøtt etter dekningsloven § 5-5.

For denne vurderingen vil det overordnede vurderingstemaet være om det har blitt foretatt en ”indirekte” gjeldsbetaling fra skyldneren. For at det skal ha blitt foretatt en indirekte gjeldsbetaling må to vilkår være oppfylt: For det første må skyldnerens formue ha blitt redusert. For det andre må tredjemann ha hatt som hensikt å dekke debitors gjeldsforpliktelse. Kreditors gode tro, og hvem som har tatt initiativ for arrangementet vil også være relevant for vurderingen. I tillegg vil terskelen for omstøtelse være lavere dersom arrangementet bevisst er foretatt i et forsøk på å omgå omstøtelsesreglene. Gjennomgangen har også illustrert at selv der tredjemann har hatt dekningshensikt, og der skyldnerens formue har blitt redusert, vil ikke dette uten videre innebære omstøtelse. Det sentrale vil uansett være om gjeldsbetalingen kan anses som en ”indirekte” betaling.

At tredjemanns gjeldsbetaling kan omstøtes i disse tilfellene, har gode grunner for seg. På denne måten vil en sikre at disposisjoner som er foretatt på bekostning av kreditorfellesskapet, kan føres tilbake til konkursboet. Likhetsprinsippet blir følgelig best ivaretatt ved at også ”indirekte” gjeldsbetalinger fra skyldneren kan omstøtes. Samtidig må det erkjennes at omstøtelse er inngripende regler overfor den enkelte kreditor som rammes. Etter mitt syn ville en rimelig begrensning i rettsregelen være et krav om at konkursboet også må ha et *behov* for å foreta omstøtelsen etter dekningsloven § 5-5 slik det er drøftet under kapittel 5.4. I situasjoner som i kjennelsen i Rt. 2012 s. 468 (Centrum Eiendomsmegling), der kreditor har vært uten skyld og kunnskap, vil en slik tilnærming både være enklere og rimeligere. En slik begrensning fremstår dermed etter mitt syn som hensiktsmessig.

Kildeliste

Norske lover

- | | |
|--------------------------|---|
| Lov 06. juni 1863 | Lov om Concurs og Concursboers Behandling (opphevet) |
| Lov 08. juni 1984 nr. 59 | Lov om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven) |

Svensk lov

- | | |
|-------------------|-----------------------|
| Lov 11. juni 1987 | Konkurslag (1987:672) |
|-------------------|-----------------------|

Dansk lov

- | | |
|-------------------|---|
| Lov 08. juni 1977 | Konkursloven (Bekjentgjørelse av loven 06. Januar 2014) |
|-------------------|---|

Forarbeider

- | | |
|---------------------------|--|
| 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

Norges Høyesterett

Rt. 1969 s. 624

Hamar Auto 2

Rt. 1996 s. 1647

Rt. 1997 s. 1029

Rt. 2008 s. 1170

Rema 1000

Rt. 2012 s. 468

Centrum Eiendomsmegling

Lagmannsretten

LG-2006-17565

LB-2011-82851

LF-2015-193996

LA-2016-39341

LA-2019-157875

Svensk rettspraksis

NJA 1996 s. 333 HD.

NJA 2019 s. 468 HD.

Dansk rettspraksis

UfR 1988. 484 H.D.

Litteratur

- Aasebø, Madsen, Sandvik (2015) Aasebø, Kristoffer, Madsen, Leif Petter og Sandvik, Siv, *Dekningsloven med kommentarer*, Gyldendal juridisk 2015.
- Andenæs (2009) *Rettskildelære* Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, 2. utg. Oslo 2009.
- Andenæs (2009) Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 3. utg. Oslo 2009.
- Ankerud (2012) Ankerud, Anja, *Rt. 2012 s. 468 – noen avklaringer av vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekningsloven § 5-5*, Tidsskrift for rettsvitenskap nr. 3 (2012) s. 314-332.
- Brækhus og Berg (2014) Brækhus, Sjur og Berg, Høgetveit Borgar, *”Introduksjon til reglene om omstøtelse”* Jussens venner 2014 s. 61-121.
- Huser (1992) Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs Bind 3 Omstøtelse*, Grafisk hus AS 1992.
- Lilleholt (2012) Lilleholt, Kåre, *”Betaling frå tredjeperson kan etter omstenda omstøytast – Rt. 2012-468 A”*, Nytt i privatretten, nr. 2 2012 s. 26-27.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *”Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk”*, Cappelen Damm akademisk 2012.
- Sæbø (2015) Sæbø, Rune, *”Høyesteretts rolle ved utviklingen av formueretten”*, Jubileumsskrift til Høyesterett 200 år (2015), s. 743-764.