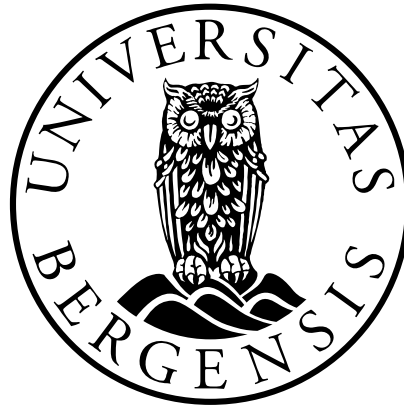


Omstøtelse etter dekningsloven § 5-5
*Særlig hva som ligger i vilkåret ”betaling av gjeld
som skyldneren har foretatt”.*

Kandidatnummer: 129

Antall ord:14944



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[1.6.2017]

Innholdsfortegnelse

1. INNLEDNING	3
1.1 AVHANDLINGENS TEMA OG PROBLEMSTILLING	3
2. GENERELT OM OMSTØTELSE	5
2.1 INNLEDNING	5
2.2 SKILLET MELLOM DE OBJEKTIVE OG SUBJEKTIVE OMSTØTELSESGREGLER	7
2.2 GENERELT OM DEKNINGSLOVEN § 5-5	9
2.3 TIDSBEGRENSNINGEN	10
2.4 EKSTRAORDINÆR BETALING AV GJELD	10
2.5 ORDINÆRRESERVASJONEN	12
2.6 VIRKNINGEN AV OMSTØTELSE ETTER § 5-5	13
3. HVILKE ANDRE REGLER KAN RAMME DENNE TYPE DISPOSISJONER?	14
3.1 INNLEDNING	14
3.2 FORHOLDET TIL DEKNINGSLOVEN § 5-6	14
3.2 FORHOLDET TIL DEKNINGSLOVEN § 5-9	16
3.3 FORHOLDET TIL AKSJELOVENS BESTEMMELSER OM TILBAKEFØRING	18
4. EN INNLEDNING TIL DEN VIDERE DRØFTELSE AV PROBLEMSTILLINGEN	20
5. HVORFOR ER VURDERINGEN AV OM § 5-5 KAN FORTOLKES TIL OGSÅ Å OMFATTE TREDJEMANNSBETALINGER AKTUELL?	21
6. EN GJENNOMGANG AV BIDRAG FRA RETTSKILDENE	23
6.1 ORDLYD	23
6.2 FORARBEIDER	24
6.3 RETTSPRAKSIS	24
6.3.1 Innledning	24
6.3.2 Centum Eiendomsmeistring-dommen, Rt-2012-468	25
6.3.3 Underrettspraksis som behandler problemstillingen	29
6.4 JURIDISK TEORI	30
6.4.1 Huser	30
6.4.2 Andenæs	31
6.5 REELLE HENSYN	32
6.5.1 Generelle hensyn i konkursretten	32
6.5.2 Hensyn bak omstøtelsesreglene	33
6.5.3 Særlige hensyn bak dekl. § 5-5	34
6.6 RETTSTILSTANDEN I ANDRE LAND	35
6.6.1 Nordisk samarbeid	35
6.6.2 Sverige	36
6.6.3 Danmark	38
7. EN OPPSUMMERING SÅ LANGT	39
8. OMSTØTELSESKRAVETS VIRKEOMRÅDE	40
8.1 INNLEDNING	40
8.2 DE NÆRMERE VILKÅR FOR Å OMSTØTE TREDJEMANNSBETALINGER ETTER § 5-5	41
8.2 MÅ DET OGSÅ INNFORTOLKES ET TILLEGGSVILKÅR?	43
9. NÆRMERE OM NOEN PRAKTISKE PROBLEMSTILLINGER	45
9.1 INNLEDNING	45

9.2 SITUASJONEN DER TREDJEMANN BETALER ET KRAV FOR DEBITOR, FOR SÅ Å MOTREGNE MED EN BETALINGSFORPLIKTELSE HAN HAR OVERFOR DEBITOR.....	46
9.2.1 Debitor tar initiativ til, eller har kjennskap til at tredjemann betaler hans gjeld til kreditor, og tredjemann motregner.	46
9.2.2 Der tredjemann selv tar initiativ til betalingen uten konkursdebitors kunnskap og krever motregning i egen gjeld til konkursdebitor	47
9.3 DE TILFELLENE DER EN TREDJEPART BETALER DEBITORS FORPLIKTELSER UTEN Å KREVE REGRESS/MOTREGNING.....	48
9.4 SITUASJONEN DER ET MORSELSKAP OG ET DATTERSELSKAP BETALER HVERANDRES GJELD- SÅKALT KRYSSBETALING.	50
10. AVSLUTNING	51
11. LITTERATURLISTE.....	53
11.1 LOVER	53
11.2 FORARBEIDER.....	53
11.3 NORSK RETTSPRAKSIS	53
11.4 UTENLANDSK RETTSPRAKSIS	53
11.5 BØKER OG ARTIKLER.....	53
11.6 HENVISNINGER TIL INTERNETT	54

1. Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstilling

Det ble i 2016 registrert 6065 konkurser i Norge, noe som er en økning på 4,9% fra 2015.¹ Et stort antall konkurser fører også med seg et stort antall kreditorer som kun får delvis dekning, eller ingen dekning for sine krav. Det trengs derfor regler som sikrer likebehandling av kreditorene, og som medfører at kreditorene i størst mulig grad får dekning for sine krav. Reglene må være klare og tilstrekkelig dekkende, slik at debitor ikke får mulighet til å tømme boet for verdier gjennom kreative betalingskonstruksjoner. Omstøtelsesreglene skal sikre at disposisjoner foretatt i strid med reglene, omgjøres og tilbakeføres til boet. Fokuset i denne avhandlingen vil særlig være på omstøtelse av ekstraordinær betaling av gjeld. Dette reguleres i lov 8. juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett (dekningsloven eller dekn.l.) § 5-5 første ledd, som slår fast at:

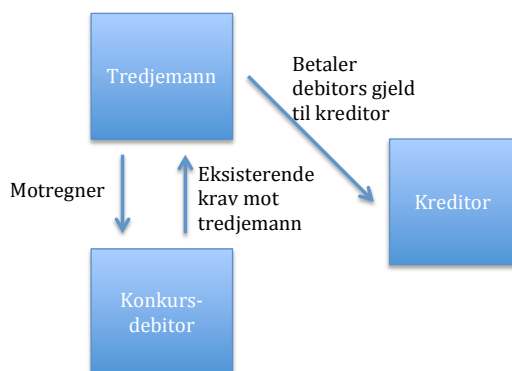
¹ Brønnøysundregisterets internettsider <https://www.brreg.no/nyhet/auke-i-konkurstala> (2.jan 2017).

”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.”

I denne avhandlingen er det særlig vilkåret ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt” som vil bli behandlet. Tradisjonelt har dette vilkåret blitt forstått slik at det er skyldnerens egne betalinger av gjeld som kan omstøtes. Det har imidlertid vært omdiskutert hvorvidt bestemmelsen også kan ramme tredjemannsbetalinger. Etter en dom fra Høyesterett, Rt-2012-468 (Centrum Eiendomsmegling), der det ble slått fast at en tredjemannsbetaling kunne omstøtes til fordel for skyldnerens konkursbo, er det klart at bestemmelsen i hvert fall i noen situasjoner vil kunne ramme tredjemannsbetalinger. Problemstillingen er hvilke nærmere bestemte former for tredjemannsbetalinger som faller innenfor regelens virkeområde, og hvilke som faller utenfor.

Problemstillingen kan oppstå i følgende situasjon:

Figur 1:



Her er det en skyldner som får en tredjemann til å betale gjelden sin til kreditor. Tredjemann erverver da et krav mot skyldneren, som han benytter til å motregne i egen eldre gjeld til skyldneren. Skyldneren går så konkurs, og da er spørsmålet om konkursboet kan omstøte tredjemanns betaling til kreditor til fordel for skyldnerens bo.

Hovedproblemstillingen i avhandlingen er følgelig i hvilken grad dekl. § 5-5 omfatter slike tredjemannsbetalinger. For å komme frem til en konklusjon på denne problemstillingen har jeg valgt å dele avhandlingen i tre deler. I den første delen vil det gis en kort oversikt over hva omstøtelse er, og når de ulike omstøtelsesreglene kommer til anvendelse. Her vil det særlig fokuseres på skillet mellom de subjektive og objektive omstøtelsesregler. Deretter vil jeg gå gjennom vilkårene i dekl. § 5-5, og gjøre kort rede for når bestemmelsen kommer til anvendelse. Videre vil jeg se nærmere på noen andre regler som kan ramme den type tredjemannsdisposisjoner som avhandlingen behandler. Formålet med den første del av avhandlingen er å gi en generell oversikt over det rettsområdet avhandlingen dreier seg om, og sette rammene for den videre drøftelsen.

I avhandlingens andre del vil fokuset være på hovedproblemstillingen, tolkingen av dekl. § 5-5. Det vil her foretas en gjennomgang av rettskildene og de tolkningsbidrag som kan utledes fra disse. Ordlyd, rettspraksis, reelle hensyn og juridisk teori gir de sentrale tolkningsbidrag, og har på den bakgrunn fått mest plass i vurderingen.

I siste del av avhandlingen vil jeg gjennomgå tolkningsbidragene fra rettskildene, og drøfte det nærmere innhold i rettsregelen. I den sammenheng vil det ses nærmere på hvorvidt det må innfortolkes ytterligere vilkår i § 5-5 for at regelen skal ramme tredjemannsbetalinger. Etter at jeg har oppstilt rettsregelen vil jeg gjennomgå noen praktiske situasjoner hvor det kan være behov for å omstøte en tredjemannsbetaling av gjeld etter § 5-5. Dette er for nærmere å illustrere når bestemmelsen kan komme til anvendelse på slike tredjemannskonstruksjoner, og når det ville føre for langt.

2. Generelt om omstøtelse

2.1 Innledning

Omstøtelse er en tilsidesettelse av disposisjoner fra debitor til en kreditor, eller til en annen som debitor ønsker å tilgodese, som foretas før boåpningen og forringer debtors formuesstilling eller

forfordeler kreditorene.² Slike disposisjoner kan omgjøres av konkursboet på visse vilkår og innenfor visse frister, og verdien tilbakeføres da til konkursboet. Debitor, ofte også kalt konkursdebitor eller skyldner, er den fysiske eller juridiske person som har gått konkurs. Konkursboet, utad representert av en bostyrer, overtar forvaltningen av konkursdebitors eiendeler ved konkursåpning. Konkursboets oppgave er å få oversikt over og realisere verdiene i boet, med det formål å dekke mest mulig av konkursdebitors gjeld til kreditorene. Dette kan for eksempel gjøres gjennom salg av debitors eiendeler. Omstøtelse er en annen måte å realisere verdier på. Gjennom omstøtelsesreglene kan konkursboet omgjøre og tilbakeføre til boet disposisjoner som konkursdebitor har foretatt tett opptil tidspunktet for konkursåpning og som innfrir nærmere bestemte vilkår.

En debitor som ser at hans økonomiske problemer er blitt så store at det ikke finnes noen annen utvei enn konkurs, vil kunne bli fristet til å gjennomføre disposisjoner som tilgodeser hans nærstående, eller begunstiger noen av hans kreditorer. Dette er bakgrunnen for omstøtelsesreglene. Slike disposisjoner vil kunne medføre boforringelse eller kreditorbegunstigelse. Boforringelse innebærer at debitors aktiva reduseres eller gjelden økes.³ Et typisk eksempel vil være at en debitor overfører eiendeler til sine nærstående når konkurs nærmer seg, og på den måten tømmer boet for verdier. Kreditorbegunstigende disposisjoner medfører en forfordeling av kreditorene, typisk ved at de øvrige kreditorene ikke får noe, fordi debitor betaler ned gjelden til de kreditorer han ønsker å beholde et godt forhold til. Slike disposisjoner vil kunne være i strid med likebehandlingsprinsippet, som er et grunnleggende premiss i konkursretten, og som innebærer at alle kreditorene som utgangspunkt skal få lik forholdsmessig dekning.⁴

Omstøtelsesreglene skal ivareta likebehandlingshensynet, og beskytte kreditorfellesskapet mot at det foretas slike boforringende eller kreditorbegunstigende disposisjoner.⁵ Denne beskyttende funksjonen har to sider, en preventiv og en reparativ.⁶

² Mads Henry Andenæs, *Konkurs*, 2. utgave, Oslo 2009 s. 285.

³ Kristian Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 Omstøtelse*, Bergen 1992, s. 49.

⁴ Huser, s. 49.

⁵ Huser, s. 48.

⁶ Huser, s. 48.

Den preventive siden fungerer på den måten at debitor avstår fra å foreta kreditorskadelige disposisjoner fordi han vet at de ikke vil stå seg i en kommende konkurs.⁷ Denne siden av reglene fungerer også som en beskyttelse for debitor mot aggressive og pågående kreditorer. Når kreditorene kan regne med at disposisjonen vil bli omstøtt, vil motivasjonen til å forsøke å presse debitor til å betale være mindre. På den måten er omstøtelsesreglene med på å forhindre at det er de aggressive og ressurssterke kreditorene som får dekning på bekostning av resten av kreditorfellesskapet.⁸ Videre har omstøtelsesreglene en reparativ funksjon, ved at kreditorskadelige disposisjoner som er gjennomført innenfor nærmere bestemte frister vil kunne omgjøres til fordel for kreditorfellesskapet.⁹ Ved hjelp av omstøtelsesreglene reduseres eller elimineres dermed antall disposisjoner som strider mot likebehandlingsprinsippet.¹⁰

2.2 Skillet mellom de objektive og subjektive omstøtelsesregler

Omstøtelsesreglene deles gjerne i to grupper, de objektive og de subjektive reglene. Selv om tema for denne avhandlingen i hovedsak er den objektive regelen i dekl. § 5-5, vil det innledningsvis gis et overblikk over omstøtelsesreglene generelt. Blant annet vil det ses nærmere på hva som skiller de objektive reglene fra de subjektive, da dette skillet er interessant å ha med seg i den videre drøftelsen av problemstillingen.

Betegnelsen objektive og subjektive omstøtelsesregler benyttes ikke i dekningsloven. Den brukes imidlertid gjennomgående i teorien, som en henvisning til betydningen av den begunstigede parts subjektive forhold.¹¹ Med dette menes hvorvidt bestemmelsen inneholder et vilkår om et subjektivt klanderverdig forhold. En regel som inneholder et slikt vilkår, kalles vanligvis subjektiv, og den subjektive omstøtelsesregel finner en i dekl. § 5-9. Innholdet i vilkåret vil være et krav om ond tro eller uaktsom god tro hos den annen part, jf. ordlyden i § 5-9 som viser til at det avgjørende er om den annen part ”*kjente eller burde kjenne til*” skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig.

⁷ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, ”Introduksjon til reglene om omstøtelse” i *Jussens Venner*, 2014, s. 61-121 (s. 72).

⁸ Andenæs, *Konkurs*, s. 286.

⁹ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s. 72.

¹⁰ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, s. 48.

¹¹ Andenæs, *Konkurs* s. 287.

De objektive omstøtelsesreglene finner man i dekl. §§ 5-2 til 5-8. De praktisk viktigste objektive omstøtelsesregler er § 5-2 om omstøtelse av gaver, § 5-6 om omstøtelse av motregning, § 5-7 om omstøtelse av sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, § 5-8 om omstøtelse av utlegg og selvsagt § 5-5 om omstøtelse av ekstraordinær gjeldsbetaling. Et sentralt hensyn som ivaretas ved utformingen og tolkningen av de objektive reglene er at de skal være retts teknisk enkle å praktisere.¹² Reglene stiller derfor ingen krav til kunnskap hos den annen part, og det er følgelig uten betydning om den annen part har vært i god tro om disposisjonens rettmessighet. På grunn av dette kan de objektive reglene ramme den annen part hardt, ved at vedkommende blir pålagt omstøtelse selv om han ikke hadde noen mistanke om at disposisjonen ikke var rettmessig.¹³ Nettopp fordi omstøtelse etter disse reglene kan ramme den annen part hardt, er det vesentlig kortere frister for omstøtelse etter de objektive regler, samt at virkningen av omstøtelse er mer begrenset enn etter de subjektive omstøtelsesregler. Der en ved omstøtelse etter de objektive regler kun kan omstøte den annen parts "berikelse", jf. dekl. § 5-11, kan en ved omstøtelse etter de subjektive regler kreve hele boets tap erstattet, jf. dekl. § 5-12. Berikelsesbegrensningen legitimerer den objektive omstøtelsen.¹⁴

Et annet viktig skille mellom de objektive og subjektive omstøtelsesregler er tapsvilkåret. Den subjektive omstøtelsesregel i dekl. § 5-9 inneholder tre alternative tapskategorier som den aktuelle disposisjon må falle innenfor for å kunne omstøtes. Disposisjonen må "*begunstige en fordringshaver på de øvriges bekostning*", "*unndra skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne*" eller "*forøke skyldnerens gjeld til skade for dem*". Disse alternative vilkår krever at kreditorfellesskapet har blitt påført et tap for at det skal kunne omstøtes etter dekl. § 5-9.

For å omstøte etter de objektive reglene kreves det ikke at disposisjonen har påført kreditorfellesskapet et tap. Det har imidlertid vært diskutert om et slikt vilkår også skulle innføres i de objektive reglene. I NOU 1993: 16 ble det foreslått at en innførte som et vilkår for omstøtelse at disposisjonen hadde påført kreditorfellesskapet et tap.¹⁵ Forslaget fikk mye kritikk, og

¹² Andenæs, *Konkurs*, s. 288.

¹³ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s. 87.

¹⁴ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s. 87.

¹⁵ NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m. v., s. 179.

departementet valgte å ikke ta det videre.¹⁶ Endelig avklart ble spørsmålet i Rt-2008-1170, der Høyesterett uttalte at ”*det ved lovens tilblivelse klart ble presisert at det ikke skal oppstilles noe vilkår for omstøtelse at konkursboet har lidt et tap gjennom disposisjonen som ønskes omstøtt*”.¹⁷ Selv om det var rimelig klart at dette var rettstilstanden også tidligere, må spørsmålet anses endelig avklart ved Høyesteretts uttalelse.

2.2 Generelt om dekningsloven § 5-5

Det som kan skje når det nærmer seg konkurs, er at debitor betaler sin gjeld til enkelte av sine kreditorer som da får dekning av sitt krav på bekostning av det øvrige kreditorfellesskapet. Slike disposisjoner medfører en forfordeling av kreditorene som er i strid med prinsippet om likebehandling.¹⁸

Deknl. § 5-5 hjemler omstøtelse av nærmere bestemte former for gjeldsbetaling som skjer rett i forkant av konkurs, det lovgiver har karakterisert som ”ekstraordinær betaling”. At betalingen må være ”ekstraordinær” kan anses som en form for grunnvilkår. For at bestemmelsen i det hele tatt skal komme til anvendelse må det foreligge et forhold som gjør at gjeldsbetalingen fra konkursdebitor fremstår som ekstraordinær. Lovgiver har oppstilt tre alternativer i bestemmelsen, der presumsjonen for at kreditor har vært i ond tro angående debtors vanskelige økonomiske situasjon anses å være særlig sterk.¹⁹ For det første gjelder det der betaling er ”foretatt med *usedvanlige betalingsmidler*”, for det andre der det er betalt ”*før normal betalingstid*” og til slutt der det er gjennomført betaling med ”*beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*”. Felles for disse alternativene er at når slike betalinger gjennomføres i perioden før konkurs, vekker det mistanke om at det er på grunn av den nært forestående konkursen de er gjennomført, og at debitor har forsøkt å sikre sine egne eller sine nærmestes interesser i tide.²⁰

Dersom en kommer til at den gjeldsbetaling debitor har foretatt faller innenfor ett av disse alternativene, er den i utgangspunktet ekstraordinær og kan omstøtes. Før man konkluderer med

¹⁶ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s. 118.

¹⁷ Rt. 2008 s. 1170 (avsnitt 50).

¹⁸ Huser, s. 49.

¹⁹ Huser, s. 218.

²⁰ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s 112.

at omstøtelse kan skje, må man imidlertid vurdere om bestemmelsens ordinær-reservasjon kommer til anvendelse.²¹ Det følger av denne reservasjonen at omstøtelse kan avskjæres dersom partene kan bevise at disposisjonen etter forholdene likevel hadde et ”ordinært” preg. Hva som ligger i dette kommer jeg tilbake til under punkt 2.5.

2.3 Tidsbegrensningen

Omstøtelsesreglene avgrenses i rekkevidde gjennom den tidsramme som er trukket opp i bestemmelsen. Hovedregelen etter dekl. § 5-5 er at disposisjoner som er gjennomført senere enn tre måneder før fristdagen kan omstøtes. Fristdagen fastsettes på bakgrunn av regelen i dekl. § 1-2. Det klare utgangspunkt er at fristdagen er den dagen da begjæring om åpning av konkurs kom inn til tingretten, jf. dekl. § 1-2 første ledd, og så følger det noen nærmere unntak fra denne hovedregelen i § 1-2 andre ledd nr. 1-4, samt av tredje og fjerde ledd.

Det gjelder særlige frister for disposisjoner til fordel for nærstående. For eksempel kan en betaling av gjeld til ektefelle som oppfyller vilkårene i § 5-5 første ledd, omstøtes dersom betalingen er foretatt senere enn to år før fristdagen. Bakgrunnen for at det er satt lengre frister ved disposisjoner overfor nærstående er at dette er personer som debitor normalt har et sterkere interessefellesskap med, og det er da lagt til grunn at personer i denne gruppen har bedre forutsetninger enn andre for å vurdere debitors økonomiske forhold og dermed sikre disposisjoner til sin egen fordel på et tidlig tidspunkt.²²

2.4 Ekstraordinær betaling av gjeld

Formålet med § 5-5 er å ramme disposisjoner som presumeres å være ekstraordinær betaling av gjeld.²³ Vurderingen av om det foreligger ekstraordinær betaling av gjeld inneholder to vurderingstema. For det første om det har skjedd en betaling av gjeld, og for det andre om det foreligger faktiske forhold som medfører at betalingen fremstår som ekstraordinær.

²¹ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs*, s. 218.

²² Huser, s. 99.

²³ Huser, s. 218.

For at noe skal anses som en ”betaling av gjeld” må disposisjonen ha gjeldsreduksjon som sin primære hensikt.²⁴ Det må følgelig foretas en konkret vurdering av betalingens formål i hvert enkelt tilfelle. Det har imidlertid formodningen mot seg at en ytelse som faktisk medfører dekning av skyldnerens gjeld, ikke er ”betaling av gjeld” i lovens forstand.²⁵

Dersom konklusjonen er at det har skjedd en betaling av gjeld, blir det neste spørsmålet om denne betalingen faller innenfor ett av alternativene som medfører at den må anses som ekstraordinær. Som nevnt vil betaling av gjeld ha et ekstraordinært preg etter § 5-5 dersom betalingen er ”foretatt med usedvanlige betalingsmidler”, gjelden er oppgjort ”før normal betalingstid” eller dersom betalingen er foretatt med ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”.

Betaling ”foretatt med usedvanlige betalingsmidler” viser til at det er benyttet et uhjemlet betalingsmiddel.²⁶ Det er ikke noe i veien for å betale med gjenstander dersom det er avtalt, men dersom debitor betaler med noe annet enn penger og dette ikke er avtalt, vil det være ganske mistenkelig og normalt gi kreditor grunn for å forstå at debitor har betalingsvansker.²⁷ De situasjoner som rammes av bestemmelsen vil for eksempel være situasjoner der det er avtalt at det skal gjøres opp med penger, men istedenfor blir gjort opp ved overdragelse av løsøre. Et eksempel på at uvanlig betalingsmiddel var avtalt gir Karmøy montering-dommen, Rt-1989-1209, der en overdragelse av fordringer mot 80% utbetaling ble ansett som et sedvanlig betalingsmiddel fordi partene hadde blitt enige om dette. Betalingen kunne da ikke omstøtes etter alternativet ”usedvanlige betalingsmidler” i § 5-5.

Betaling ”før normal betalingstid” innebærer at betaling foretas på et tidligere tidspunkt enn oppgjør normalt ville blitt foretatt dersom skyldneren ikke hadde blitt insolvent. Dersom en debitor betaler sin gjeld før forfall vil det som hovedregel regnes som betaling før normal betalingstid, men vilkåret omfatter også betalinger som skjer på forfall eller rett etter forfall.²⁸

²⁴ Huser, s. 223.

²⁵ Andenæs, s. 313.

²⁶ Huser, s. 267.

²⁷ Huser, s. 266.

²⁸ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs, s. 291.

Det tredje alternative vilkår er at betaling av gjeld er foretatt med et beløp som ”*betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*”. Det må her foretas en vurdering av beløpets størrelse opp mot debtors omsetning og vanlige likviditet.²⁹ Beløpets absolutte størrelse vil normalt være uten betydning. Vurderingen må gjøres på bakgrunn av beløpets relative størrelse.³⁰ Utover disse utgangspunktene er det fortsatt omdiskutert i juridisk teori hva som er det faktiske innhold i vilkåret. Da dette spørsmålet ligger noe utenfor kjernen i avhandlingen, vil det ikke foretas en ytterligere vurdering av vilkårets innhold her.

2.5 Ordinærreservasjonen

Etter sin ordlyd gjelder § 5-5 omstøtelse av de ekstraordinære betalinger av gjeld. Som nevnt vil betalinger som faller innenfor ett av de tre alternativer i bestemmelsens første ledd, betraktes som ekstraordinære i seg selv. Det ville imidlertid favne for vidt dersom alle betalinger som faller innenfor disse alternativene skulle kunne omstøtes. Formålet med § 5-5 er å ramme de illojale disposisjoner som krenker hensynet til likebehandling av kreditorene, ikke disposisjoner som er foretatt som ledd i normal drift.³¹ Omsetningshensynet tilsier at slike normale oppgjør av forpliktelser som ikke er motivert av konkursen, må kunne gjennomføres uten fare for omstøtelse.³² Derfor har lovgiver tatt inn en ordinær-reservasjon i bestemmelsen, som medfører at betalinger som ikke er motivert av konkursen og som har preg av alminnelig, rutinepreget betaling, ikke kan omstøtes.

Vurderingen av om det kan omstøtes etter § 5-5 må følgelig foretas i to separate trinn.

Først må det undersøkes om gjeldsbetalingen er ekstraordinær ved at den er foretatt med ”*usedvanlige betalingsmidler*”, ”*før normal betalingstid*” eller med ”*beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne*”. Dersom gjeldsbetalingen faller inn under ett av disse vilkår er spørsmålet om den likevel fremstår som ”*ordinær*”, og derfor ikke kan omstøtes, jf. § 5-5.

Ordinær-reservasjonen knytter seg til hvert enkelt av alternativene for ekstraordinær betaling som et kumulativt vilkår. I vurderingen av hvorvidt betalingen likevel fremstår som ”*ordinær*” må det

²⁹ NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 291.

³⁰ Huser, s. 305.

³¹ Huser, s. 263.

³² Rune Sæbø, ”Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser”, *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, s. 302- 311 (s. 307).

foretas en konkret og individuell vurdering av de faktiske forhold. Særlig stor betydning har reservasjonen opp mot vilkårene ”før normal betalingstid” og ”beløp som betydelig forringer skyldnerens betalingsevne”. For sistnevnte vilkår ligger det en vesentlig begrensning i ordinær-reservasjonen, da vanlige betalinger i forbindelse med normale driftsutgifter faller innenfor ordlyden av ”ordinær”.³³ I forarbeidene uttales det:

”Ordinær er betaling i vanlig rutine av løpende utgifter i forbindelse med driften av debtors forretning: vederlag for leverte råstoffer, husleie, arbeidslønn, skatter osv. Ekstraordinær blir betalingen først og fremst hvor det er tale om eldre gjeldsposter (...).”³⁴

Det må følgelig foretas en objektiv vurdering av om betalingen inngår som en del av den daglige drift for å kunne fortsette virksomheten, eller om betalingen synes å være motivert av den forestående konkurs.

2.6 Virkningen av omstøtelse etter § 5-5

Dersom det foreligger en gjeldsbetaling som innfrir vilkårene i dekl. § 5-5, ved at den faller innenfor ett av alternativene og ordinær-reservasjonen ikke kommer til anvendelse, kan gjeldsbetalingen omstøtes. Virkningen av at det omstøtes etter § 5-5 fremgår av dekl. § 5-11 som fastslår at boet da kan kreve at den annen part legger fra seg den ”berikelse” han har oppnådd gjennom den omstøtelige disposisjon.

Begrepet ”berikelse” er ikke definert i dekningsloven, men en naturlig forståelse av ordlyden tilsier at det betyr at den annen part skal stilles som om disposisjonen ikke hadde funnet sted.³⁵ Det ligger en balansering i dette, i den forstand at motparten ved omstøtelse etter de objektive reglene skal beskyttes mot å gå på et tap. Dette har sin bakgrunn i at omstøtelse kan skje etter de objektive reglene til tross for at motparten har vært i god tro. Motparten kan dermed bli rammet

³³ Andenæs, s. 326.

³⁴ NOU 1972: 20, s. 292.

³⁵ Huser, s. 563.

hardt av omstøtelseskravet.³⁶ Dersom en har hatt utbytte av berikelsen i god tro før tilbakeføringen, vil en derfor kunne beholde dette, jf. § 5-11 første ledd annet punktum.

3. Hvilke andre regler kan ramme denne type disposisjoner?

3.1 Innledning

I denne del av avhandlingen vil det ses nærmere på hvilke andre bestemmelser enn § 5-5 som kan ramme tredjemansbetalinger av debtors gjeld. Det er i norsk rett en del andre rettsgrunnlag som i en viss grad overlapper med virkeområdet til § 5-5.

Nedenfor vil det ses nærmere på reglene om omstøtelse av motregning i dekl. § 5-6, den subjektive omstøtelsesregel i § 5-9 og reglene om tilbakeføring i selskapsretten ved asl. § 3-7. Disse kan alle være aktuelle som alternative rettsgrunnlag til omstøtelse etter § 5-5 ved ulike konstruksjoner av tredjemansbetalinger av gjeld, avhengig av de faktiske forhold rundt betalingen. Den første bestemmelsen det vil ses nærmere på er dekl. § 5-6, som i likhet med § 5-5 er en objektiv omstøtelsesregel, men som regulerer omstøtelse av motregning.

3.2 Forholdet til dekningsloven § 5-6

Det følger av dekl. § 5-6 første ledd at:

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

Deknl. 5-6 første ledd gir adgang til å omstøte motregning dersom motregningen foretas med en fordring på skyldneren som fordringshaveren har ervervet fra en tredjeperson senere enn tre

³⁶ Sjur Brækhus og Borgar Høgetveit Berg, s. 88

måneder før konkursåpning.³⁷ For å illustrere virkeområdet til § 5-6 kan en benytte Centrum Eiendomsmegling-saken.³⁸ Denne dommen vil bli grundig diskutert senere i avhandlingen, og det gis derfor bare en generell beskrivelse her. I saken var det et datterselskap som hadde gjeld til et advokatfirma. Datterselskapet kunne ikke betale, og derfor betalte dets morselskap gjelden til advokatfirmaet. Morselskapet ervervet da et regresskrav på datterselskapet som ble motregnet i egen gjeld til datterselskapet. Som jeg skal komme tilbake til, var det betalingen fra tredjemann som ble omstøtt i denne saken. Poenget er imidlertid at også motregningen her kunne vært omstøtt etter § 5-6, da morselskapet ervervet sin fordring på datterselskapet fra kreditor senere enn tre måneder før konkurs ble åpnet i datterselskapet.

Det følger av forarbeidene til dekningsloven at formålet bak § 5-6 blant annet er å ”unngå at det aktivum som debtors utestående fordringer utgjør, blir unndradd boet ved at debitorene planmessig kjøper opp fordringer på debitor til underkurs(...)”.³⁹ Hensyn som begrunner § 5-6, i likhet med § 5-5, er å hindre forfordeling av kreditorer og forringelse av boet.

I Centrum Eiendomsmegling ble det anført fra den ankende part at § 5-6 måtte anvendes som rettsgrunnlag for omstøtelse, ikke § 5-5. Førstvoterende kommenterer dette i dommens avsnitt 41:

”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 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.”

Selv om det av Høyesteretts drøftelse fremgår at det ikke er noe prinsipielt i veien for at et bo kan benytte seg av alternative omstøtelsesgrunnlag, vil tilstedeværelsen av et annet potensielt dekkende rettsgrunnlag kunne si noe om behovet for å fortolke § 5-5 til også å ramme ulike former for tredjemansbetalinger. Dette er et viktig poeng å ha med seg i den senere drøftelsen av rekkevidden av § 5-5.

³⁷ Andenæs, s. 331.

³⁸ Rt. 2012 s. 468.

³⁹ NOU 1972: 20, s. 293.

3.2 Forholdet til dekningsloven § 5-9

Den subjektive omstøtelsesreglen i dekningsloven § 5-9 rammer disposisjoner der den annen part ikke har vært i god tro. Det følger av § 5-9 første ledd at:

”Disposisjoner som på en utilbørlig måte begunstiger en fordringshaver på de øvriges bekostning eller unndrar skyldnerens eiendeler fra å tjene til dekning for fordringshaverne eller forøker skyldnerens gjeld til skade for dem, kan omstøtes dersom skyldnerens økonomiske stilling var svak eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen, og den annen part kjente eller burde kjent til skyldnerens vanskelige økonomiske stilling og de forhold som gjorde disposisjonen utilbørlig”.

§ 5-9 har preg av å være en generalklausul som supplerer de objektive omstøtelsesreglene og rammer disposisjoner som er utilbørlige overfor det øvrige kreditorfellesskap.⁴⁰ Bestemmelsen er vidt formulert, har en lengre tidsfrist enn de objektive reglene og er derfor egnet til å fange opp tilfeller som faller utenfor de objektive reglenes virkeområde.⁴¹ Til forskjell fra de objektive omstøtelsesreglene har § 5-9 et erstatningsrettslig preg ved at boet kan kreve erstattet den økonomiske skade kreditorene er påført gjennom disposisjonen, jf. dekl. § 5-12.

Hvis disposisjonen det er spørsmål om å omstøte etter sin art omfattes av de objektive omstøtelsesregler, er det en alminnelig formodning for at disposisjonen også er en utilbørlig kreditorbegunstigelse etter § 5-9.⁴²

Et annet forhold som kjennetegner omstøtelsesregelen i § 5-9 er det subjektive vilkår om den annen parts kunnskap. Et slikt subjektivt vilkår finnes ikke i de objektive omstøtelsesreglene. Bakgrunnen for dette subjektive vilkår er at § 5-9 har et svært vidt virkeområde, og det subjektive vilkår skal bidra til en vurdering av om disposisjonen er omstøtelsesverdigg.⁴³

⁴⁰ Huser, s. 463.

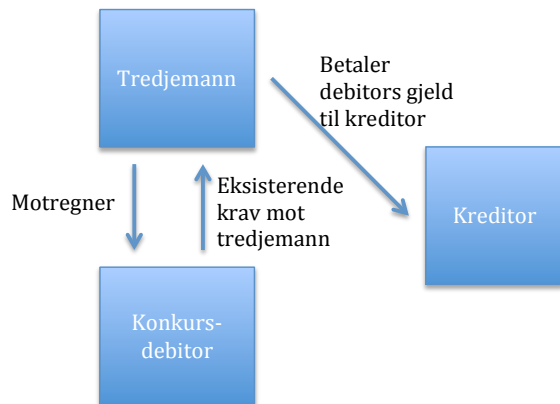
⁴¹ Huser, s. 463.

⁴² Andenæs, s. 357.

⁴³ Andenæs, s. 367.

Dersom en legger til grunn en situasjon der de faktiske forhold er som i Centrum Eiendomsmegling, vil en få en slik betalingskonstruksjon:

Figur 2:



Spørsmålet er om en i en slik situasjon vil kunne omstøte etter dekl. § 5-9. Denne vurderingen er det hensiktsmessig å dele i to. Først spørsmålet om motregningen kan omstøtes, og så spørsmålet om tredjemannsbetalingen kan omstøtes til fordel for konkursboet.

Når det gjelder det første spørsmålet, må det legges til grunn at motregningen kan omstøtes etter § 5-9. Disposisjonen omfattes av dekl. § 5-6, og formodningen om at den da også omfattes av § 5-9 må legges til grunn.

Spørsmålet er så om tredjemannsbetalingen kan omstøtes etter § 5-9 til fordel for konkursboet. Å gå dypt inn i denne drøftelsen vil føre for langt da det ikke er dette som er kjernen for avhandlingen, men jeg skal forsøke å foreta en kort gjennomgang. Det er for det første skjedd en indirekte betaling av gjeld fra skyldneren til kreditor, noe som medfører en utilbørlig kreditorbegunstigelse. Slike kreative konstruksjoner for gjeldsbetaling som fremstår å ha til hensikt å unngå omstøtelsesreglene, vil ofte i seg selv tilsi at disposisjonen er kritikkverdig. En slik indirekte betaling medfører også et tap for kreditorfellesskapet. Det legges videre til grunn at debitor er i en vanskelig økonomisk stilling. Dersom den annen part også er i ond tro om debtors

økonomiske stilling og de forhold som medførte at disposisjonen var utilbørlig, er det klart at tredjemannsbetalingen kan omstøtes etter § 5-9. Når gjeldsbetalingen kommer fra en tredjemann, får kreditor et varsel om at kanskje ikke alt er som det skal. Dersom vedkommende ikke reagerer og undersøker nærmere, vil han/hun nok ikke bli ansett for å ha vært i god tro.

Da den form for tredjemannsbetalinger som er tema for avhandlingen vanligvis vil være forsøk på omgåelse av omstøtelsesreglene og dermed medføre en utilbørlig kreditorbegunstigelse, vil de stort sett rammes av ”utilbørlig vilkåret” og kunne omstøtes etter § 5-9.

Som nevnt ovenfor har Høyesterett slått fast at det ikke er til hinder for anvendelsen av § 5-5 på tredjemannsbetalinger at det finnes alternative rettsgrunnlag. Det er likevel et viktig poeng å ha med seg i den videre drøftelse at behovet for fortolke § 5-5 til også å omfatte tredjemannsbetalinger blir redusert når en har andre rettsgrunnlag som vil kunne være tilstrekkelig dekkende.

3.3 Forholdet til aksjelovens bestemmelser om tilbakeføring

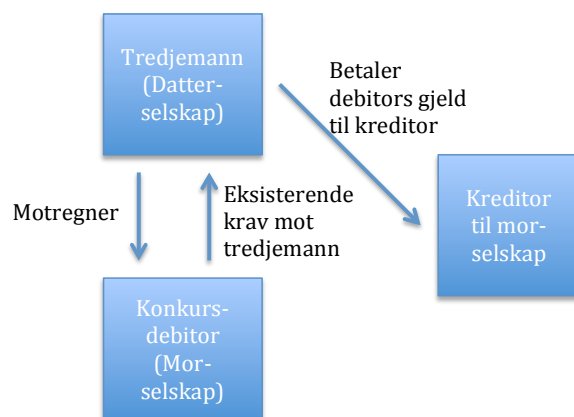
Da tredjemannsbetalinger av gjeld ofte vil foregå mellom selskaper i et konsern, er det interessant å se nærmere på den selskapsrettslige reguleringen av tilgrensende spørsmål. I denne sammenheng er det viktig å merke seg at de selskapsrettslige bestemmelser gjelder aksjeselskap og derfor ikke vil være en adekvat regulering av disposisjonene som behandles i denne avhandlingen.

Hvis en legger til grunn at tredjemann som betaler debtors gjeld er et aksjeselskap, kan en se nærmere på de selskapsrettslige reglene om tilbakeføring i lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper. Det fremgår av asl. § 3-7 at dersom det er foretatt en ulovlig utdeling fra selskapet, for eksempel gjennom ulovlig utbetaling av utbytte etter § 8-1, skal mottakeren tilbakeføre det som er mottatt. Tilbakeføringsreglene i aksjeloven supplerer de konkursrettslige

omstøtelsesreglene, og reglene skiller seg først og fremst fra hverandre på det punkt at omstøtelse først kan gjøres der det er åpnet konkurs.⁴⁴

Spørsmålet er om de selskapsrettslige tilbakeføringsreglene strekker seg til også å kunne dekke situasjoner med tredjemannsbetalinger. Forutsetningen her er at tredjemann og konkursdebitor er selskaper. En kan tenke seg følgende konstruksjon:

Figur 3. Situasjonen der tredjemann betaler gjeld til en av debitors kreditorer, for så å motregne med en eksisterende betalingsforpliktelse overfor debitor.



Dersom et datterselskap betaler morselskapets gjeld til en kreditor, og deretter motregner i morselskapets utestående krav på utbytte hos datterselskapet, kan en si at det i realiteten skjer en utdeling fra datterselskapet til morselskapet, som benyttes til betaling av morselskapets kreditor. Forutsetningen for at dette skal kunne tilbakeføres er at utdelingen er gjennomført i strid med reglene, jf. asl. § 3-6, jf. asl. § 8-1.

Problemet her er at reglene ikke kan benyttes av morselskapets konkursbo, da det ikke er morselskapet som har foretatt utdelingen, men datterselskapet. Reglene om tilbakeføring passer dårlig inn i de tredjemannskonstruksjonene som avhandlingen dreier seg om. De kan imidlertid være aktuelle for konkursboet å benytte seg av i enklere konstruksjoner, der det er foretatt ulovlige utdelinger fra selskapet.

⁴⁴ Johan Giertsen, Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse”, *Jussens Venner*, 2003, s. 249-263 (s. 253)

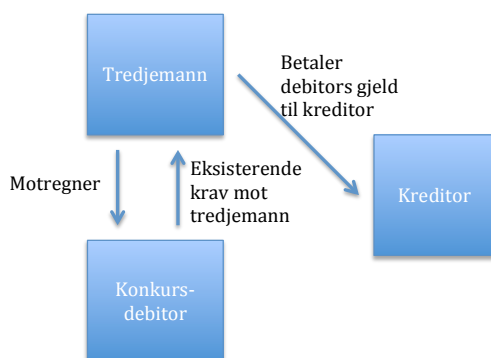
De selskapsrettslige reglene og omstøtelsesreglene står på egne ben, og dersom vilkårene etter begge regelsett er til stede, kan boet velge det regelsett og den form for tilbakeføring som gir den mest omfattende tilbakeføringsplikten. Begge regelsett har som formål å ivareta hensynet til kreditorene.⁴⁵

4. En innledning til den videre drøftelse av problemstillingen

Den ovenstående gjennomgangen har gitt et overblikk over omstøtelsesreglene, med et særlig fokus på dekl. § 5-5 og alternativer til denne. Fremstillingen danner konteksten og rammeverket for vurderingen av avhandlingens hovedproblemstilling: kan vilkåret ”betaling (...) som skyldneren har foretatt” i dekl. § 5-5 fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger av skyldnerens gjeld. Denne problemstillingen vil besvares i det følgende.

For å ha noen rammer å forholde seg til videre i avhandlingen, vil jeg oppstille et praktisk eksempel der dette tolkningsspørsmålet kan komme på spissen, og som kan være greit å ha i tankene når rettskildene og deres tolkningsbidrag skal gjennomgås. Typisk vil tolkningsspørsmålet oppstå ved en konstruksjon som denne:

Figur 4:



⁴⁵ Giertsen, s. 252

En tredjemann skylder her penger til debitor. Debitor og tredjemann blir så enig om at tredjemann skal betale debtors gjeld til kreditor, for så å motregne i sin egen gjeld til debitor. I en slik konstruksjon er problemet opp mot § 5-5 at gjeldsbetalingen ikke blir gjort av ”skyldneren” selv, men av tredjemann. Selv om slike betalingskonstruksjoner ikke nødvendigvis er så vanlige, vil de kunne oppstå, og det er derfor viktig å slå fast i hvilket omfang det er adgang til å omstøte tredjemannsbetalinger etter § 5-5.

5. Hvorfor er vurderingen av om § 5-5 kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger aktuell?

Gjennomgangen av andre regler som kan ramme tredjemannsdisposisjoner i punkt 4, illustrerer at det er andre regler i norsk rett som kan dekke i hvert fall noen situasjoner der det oppstår ulike konstruksjoner av tredjemannsbetaling av gjeld. Når det allerede finnes rettsregler som kan dekke slike situasjoner må man spørre seg om hvorvidt det egentlig er behov for å kunne fortolke dekl. § 5-5 til også å omfatte tredjemannsbetalinger.

I Centrum Eiendomsmegling-dommen tar Høyesterett ikke direkte stilling til spørsmålet om hvorvidt det er behov for å kunne fortolke § 5-5 til også å omfatte tredjemannsbetalinger. Til tross for at Høyesterett ikke konkret går inn på behovet for en slik adgang, tar de indirekte stilling til spørsmålet når førstvoterende viser til at det ikke er noe prinsipielt i veien for at et konkursbo kan velge mellom to ulike rettsgrunnlag for omstøtelse.⁴⁶ Uten at en skal dra tolkningen av Høyesterettsdommer for langt, mener jeg at en utfra denne formuleringen kan forstå Høyesterett som at det er hensynet til konkursboet som kan medføre et behov for å fortolke bestemmelsen til også å ramme tredjemannsbetalinger. Ved å åpne for omstøtelse av tredjemannsbetalinger etter § 5-5 kan konkursboet velge om de vil kreve omstøtelse fra tredjemann eller fra kreditor. Ved at konkursboet kan velge mellom flere rettsgrunnlag for omstøtelse, kan boet velge det grunnlag som gir det høyeste kravet og dermed best ivaretar hensynet til kreditorene.

Det interessante spørsmål her er hva som vil være konsekvensen for konkursboet, avhengig av om det krever omstøtelse etter §§ 5-6 eller 5-5. Dersom det omstøtes etter § 5-6 vil det kun være

⁴⁶ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 41).

motregningen som omstøtes. Den kreditor som har mottatt betaling fra tredjemann vil da ikke bli en del av omstøtelseskravet. Konsekvensen av omstøtelsen vil bare være at en ser bort fra motregningen, og partene blir stilt som om den ikke har skjedd. Konkursboet vil da ha et krav som må inndrives fra den annen part, og den annen part vil ha et dividendekrav i boet.

Dersom tredjemannsbetalingen omstøtes etter § 5-5, er det betalingen fra tredjemann til kreditor som omstøtes til fordel for konkursboet. Dette kan fremstå som å medføre en tilfeldig fordel for konkursboet, da de gjennom en slik fremgangsmåte tar beslag i midler som aldri har tilhørt debitor. Kreditor vil få et dividendekrav i boet, og tredjemann er ikke en del av omstøtelseskravet.

For boet vil det kunne være enklere å realisere verdiene dersom det omstøtes overfor kreditor. Boet får da tilbakeført verdier som kan realiseres til dekning for de øvrige kreditorer. Ved omstøtelse av motregningen overfor tredjemann må realiseringen skje gjennom to steg. Først må motregningen omstøtes, med det resultat at partene blir stilt som om motregningen ikke var foretatt. Deretter må boet inndrive sitt krav fra den annen part, slik at det kan realiseres til dekning for kreditorene. Det vil følgelig være en noe enklere prosess for konkursboet å realisere verdiene dersom det omstøtes overfor tredjemann. Imidlertid vil nok forskjellen i realiteten være så liten at det ikke kan anses som noe viktig argument for at en bør ha adgang til å omstøte tredjemannsbetalinger.

Et annet moment som kan være av betydning er at dersom boet har mulighet til å kreve omstøtelse både etter §§ 5-5 og 5-6, kan de velge den part som har best økonomi og følgelig kan innfri omstøtelseskravet. Eksempelvis dersom det er et morselskap som har betalt datterselskapets gjeld til kreditor, men selv har svært dårlig økonomi, vil det være liten sjans for at boet får innkrevd gjelden fra morselskapet etter at motregningen er omstøtt. Kreditor vil kanskje ha bedre økonomi, og det vil da være en sikrere måte å få realisert boets verdier på å kreve omstøtelse derfra.

Det er etter dette ikke noe åpenbart behov for at et konkursbo også skal ha muligheten til å kunne omstøte tredjemannsbetalinger etter § 5-5, men poengene nevnt ovenfor er likevel gode

argumenter for at konkursboet bør ha en slik adgang til å velge om de vil omstøte overfor tredjemann eller overfor kreditor. Også samfunnsøkonomiske betraktninger taler for at konkursboet bør ha denne muligheten. Med et så stort antall konkurser som finner sted årlig i Norge, er det hvert år svært mange kreditorer som får lite, oftest ingen, dekning. Dersom konkursboet har muligheten til å velge å omstøte overfor den part som en har best mulighet for å få noe igjen fra, vil det bidra til at flere kreditorer kan få vertfall delvis dekning av sine krav.

6. En gjennomgang av bidrag fra rettskildene

6.1 Ordlyd

Ordlyden i lovteksten er ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt”. En tradisjonell objektiv fortolkning av vilkåret viser til betalinger som er foretatt av debitor selv, og at betalinger foretatt av tredjepersoner faller utenfor bestemmelsens virkeområde. En slik forståelse av ordlyden er også lagt til grunn i juridisk teori ved Andenæs, som viser til at dersom konkursskyldneren betaler en annens gjeld, må det omstøtes etter dekl. § 5-2 eller § 5-9 på bakgrunn av den boforringelse betalingen innebærer.⁴⁷ Dersom en legger til grunn en slik ordlydstolkning, vil det å fortolke den til også å omfatte visse tredjemannsbetalinger være en utvidende tolkning.

Selv om ordlyden tradisjonelt sett er forstått som at det kun er betalinger fra debitor til kreditor som omfattes, er det imidlertid verdt å merke seg at vilkåret ”(...) skyldneren har foretatt”, ikke inneholder et klart krav om at skyldneren *selv* må gjennomføre transaksjonen. Ordlyden avgrenser følgelig ikke klart mot betalinger som ikke er foretatt av debitor selv, men som er utført på dennes vegne, og følgelig i realiteten er foretatt av skyldneren. Ordlydens vaghet medfører etter min mening at det er forsvarlig å legge til grunn at betalinger som i realiteten må anses foretatt av debitor som et *utgangspunkt* også omfattes av ordlyden.

Ordlyden leder slik sett til et spørsmål om vilkåret kun omfatter direkte betaling fra kreditor til debitor, som er den formelle slutning fra ordlyden, eller om det også er rom for å se på realiteten bak de disposisjoner som er foretatt.

⁴⁷ Andenæs, s. 310

Dersom en konkluderer med at ordlyden kun omfatter betaling direkte fra kreditor til debitor, vil det forhold at også tredjemannsbetalinger omfattes av regelen medføre at det gjøres en utvidende tolkning. Dersom en kommer til at ordlyden også omfatter betalinger som i realiteten må anses foretatt av debitor, vil det være en presiserende tolkning av ordlyden.

Svaret på spørsmålet er imidlertid primært av metodisk interesse. Uavhengig av hva tolkningsresultatet kalles, er realiteten i rettskildesituasjonen at slike tolkninger av vilkåret potensielt kan foretas, ettersom Høyesterett nylig har lagt til grunn en slik praksis. Videre er også realiteten i situasjonen at tolkningsresultatet ikke i seg selv bidrar med nærmere veiledning om det nøyaktige innholdet i rettsregelen. Det må følgelig ses hen til det øvrige rettskildematerialet, herunder særlig rettspraksis og reelle hensyn, for å vurdere hva som er det nærmere nedslagsfeltet til rettsregelen. Dette vil være fokus i det følgende.

6.2 Forarbeider

Forarbeidene til dekningsloven § 5-5 er tause om hvorvidt ordlyden kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger.⁴⁸ Spørsmålet er hvordan denne tausheten skal forstås.

Når forarbeidene ikke har tatt opp spørsmålet, er det vanskelig å hente noe tolkningsbidrag fra dette. I noen tilfeller kan taushet i forarbeidene være grunnlag for en slutning, men når det gjelder den aktuelle problemstillingen kan en ikke ta til inntekt for noen bestemt tolkning at forarbeidene ikke har vært inne på temaet. Forarbeidene er følgelig en rettskilde som ikke gir noe tolkningsbidrag til avklaring av spørsmålet om hvorvidt dekn. § 5-5 kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger.

6.3 Rettspraksis

6.3.1 Innledning

⁴⁸ NOU 1972: 20, s. 291-292.

Det er begrenset omfang av rettspraksis som vurderer spørsmålet om hvorvidt dekl. § 5-5 kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger. Det er imidlertid en Høyesterettsdom som har behandlet problemstillingen, og hvis resultat medførte en avklaring av at bestemmelsen kan ramme tredjemannsbetalinger. I forlengelsen av denne avklaringen fra Høyesterett har det oppstått spørsmål om hvilke former for tredjemannsbetalinger bestemmelsen rammer og hvilke som faller utenfor. Virkeområdet til bestemmelsen er følgelig ikke helt fastlagt. Dette er jo også nettopp bakgrunnen for denne avhandlingen, og problemstillingen om hvorvidt § 5-5 kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger.

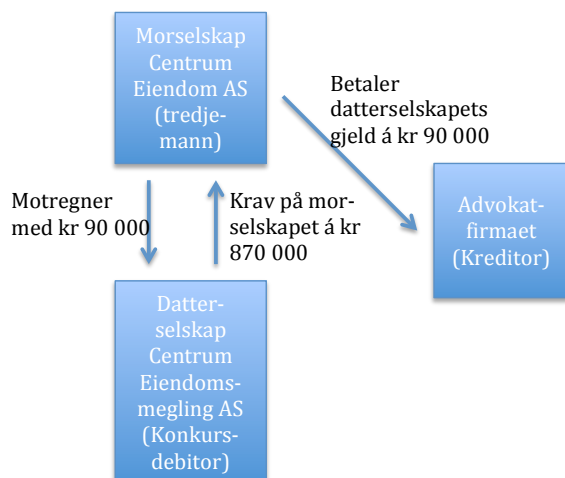
Den aktuelle Høyesterettsdom er tidligere nevnte Rt-2012-468, Centrum Eiendomsmegling. I denne dommen slo Høyesterett fast at i hvert fall noen former for tredjemannsbetalinger må anses å falle innenfor bestemmelsens virkeområde. I det følgende vil det foretas en nærmere gjennomgang og analyse av dommen og dens bidrag til avklaring av innholdet i rettsregelen.

6.3.2 Centum Eiendomsmegling-dommen, Rt-2012-468

De faktiske forhold i Centrum Eiendomsmegling-dommen var at et morselskap, Centrum Eiendom AS, overførte ca kr 90 000 til et advokatfirma som betaling for advokattjenester utført for sitt heleide datterselskap Centrum Eiendomsmegling AS. På tidspunktet for betalingen hadde Centrum Eiendom AS en gjeld på ca kr 870 000 til sitt datterselskap. Samme dag som betalingen av advokattjenestene fant sted, motregnet morselskapet betalingen til advokatselskapet i sin egen gjeld til datterselskapet. Kort tid senere ble Centrum Eiendomsmegling AS tatt under konkursbehandling, og konkursboet begjærte omstøtelse av betalingen fra morselskapet etter dekl. § 5-5. Spørsmålet for Høyesterett var om vilkåret ”*betaling av gjeld som skyldneren har foretatt*”, kunne fortolkes slik at det omfattet et tilfelle som det foreliggende der tredjeperson hadde betalt konkursdebitors gjeld.

Betalingskonstruksjonen i saken var følgende:

Figur 5: Centrum Eiendomsmegling



Som nevnt var det sentrale spørsmål for Høyesterett om en betaling fra tredjemand, ikke skyldneren selv, kunne omstøtes av skyldnerens konkursbo med hjemmel i dekl. § 5-5 overfor betalingsmottakeren.⁴⁹

Høyesterett konkluderer med at omstøtelse kan skje, og grunnlaget for denne konklusjonen bygger primært på tolkningsbidrag fra juridisk teori, reelle hensyn, svensk og dansk rett. I det følgende vil det foretas en nærmere analyse av hvordan Høyesterett kom frem til dette tolkningsresultatet, og hvorfor nevnte bidrag fra rettskildene ble de avgjørende.

Førstvoterende starter i ordlyden og dens utgangspunkt om at betalinger fra tredjemand faller utenfor området for dekl. § 5-5, men stiller så spørsmålet om det i noen tilfeller likevel kan stille seg annerledes.⁵⁰ Det blir ikke klart formulert fra Høyesteretts side om de mener at ordlyden kan åpne for tredjemannsbetalinger og at de dermed foretar en presiserende tolkning, eller om de mener ordlyden ikke åpner for tredjemannsbetalinger og at det dermed foretas en utvidende tolkning.

⁴⁹ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 31).

⁵⁰ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 33).

Høyesterett foretar en tradisjonell gjennomgang av rettskildene, og førstvoterende peker på at det er få tolkningsbidrag å hente fra de klassisk vektige rettskildene som forarbeider og rettspraksis. Høyesterett legger til grunn at spørsmålet primært må løses på bakgrunn av tolkningsbidrag fra juridisk teori ved Huser, ved å se hen til de øvrige nordiske lands regulering av spørsmålet, samt gjennom en avveining av reelle hensyn. Høyesterett viser også kort til at et lignende spørsmål har vært behandlet i lagmannsretten⁵¹, der det ble godtatt at § 5-5 ble anvendt på en betaling foretatt av tredjemann som deretter var avregnet i tredjemanns gjeld til skyldneren.⁵²

Etter min mening synes Høyesterett å ha foretatt en realitetsorientert tolkning, og tillagt det avgjørende vekt at da det var samme person som styrte likviditeten i begge selskaper, ble disposisjonen i realiteten gjort av datterselskapet som konkursdebitor. Den betalingskonstruksjon som partene benyttet seg av var dermed en omgåelse av reglene, og følgelig omstøtelsesverdig.⁵³ Høyesterett vektlegger også likhets- og konsekvenshensyn i sin vurdering. Disse hensyn taler for at det ikke skal være mulig å komme seg rundt omstøtelsesreglene bare ved å velge en noe annen fremgangsmåte enn den som direkte rammes av dekl. § 5-5.⁵⁴ Dersom datterselskapet hadde gått frem på en annen måte, for eksempel ved å få penger fra morselskapet som de så betalte sin kreditor med, er det klart at betalingen ville vært ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt”.⁵⁵ Høyesterett legger vekt på at dersom § 5-5 ikke skulle dekke situasjoner som Centrum Eiendomsmegling, som har en klar omgåelseshensikt, ville det bli rom for å omgå bestemmelsen gjennom å finne kreative løsninger for gjeldsbetaling.

Høyesterett viser til Husers poeng om at det må vektlegges i vurderingen hvorvidt det er en nærmere tilknytning mellom debitor og tredjemann. I Centrum Eiendomsmegling var det som nevnt samme person som styrte likviditeten i begge selskapene.⁵⁶ Som jeg skal komme tilbake til nedenfor er Huser også inne betydningen av hvorvidt debitor har kunnskap om tredjemannsbetalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig. Når det i Centrum Eiendomsmegling var samme person som styrte i begge selskapene, gav det holdepunkter både

⁵¹ LG-2006-17565

⁵² Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 34)

⁵³ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 39)

⁵⁴ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 39)

⁵⁵ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 38)

⁵⁶ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 37)

for en nærmere tilknytning, samt at debitor var delaktig i å ta initiativ til betalingen. Vektleggingen av disse momenter reiser spørsmål om det må innfortolkes tilleggsvilkår om tilknytning og kunnskap for at bestemmelsen skal komme til anvendelse på tredjemannsbetalinger. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 8.

Uavhengig av om tolkningsresultatet til Høyesterett i Centrum Eiendomsmegling betegnes som en utvidende eller presiserende tolkning, er det interessante å se nærmere på hvor langt rettsregelen strekker seg. Det er etter denne dommen klart at den type betalingskonstruksjoner som er benyttet der vil rammes av dekl. § 5-5. Spørsmålet er om også andre konstruksjoner kan rammes, og hvilke. Er det kun i omgåelsestilfellene at tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter § 5-5, eller kan bestemmelsen også komme til anvendelse ved betalingskonstruksjoner som ikke er typiske omgåelsesforsøk.

I forlengelsen av sin konklusjon om at tredjemannsbetalingen rammes av § 5-5, behandler Høyesterett kort en anførsel fra motparten om at bestemmelsen ikke kan anvendes da det uansett kan omstøtes etter § 5-6. Bestemmelsen i § 5-6 regulerer omstøtelse av motregning. Førstvoterende slår fast at selv om andre regler kan anvendes, vil det ikke være noe prinsipielt til hinder for at et bo kan velge mellom to måter å omstøte på.⁵⁷ Som nevnt under punkt 3 i avhandlingen er det i norsk rett også andre regler som tilstrekkelig kan sikre at ulike betalingskonstruksjoner blir omstøtt eller tilbakeført, men for Høyesterett er dette ikke avgjørende for om § 5-5 kan anvendes.

Etter min mening synes det avgjørende for Høyesteretts konklusjon å være at betalingen var en omgåelse av reglene, at det var en nærmere tilknytning mellom partene, samt at betalingen i realiteten var en disposisjon fra debitor. Dette er følgelig momenter som vil være av betydning for fastlegging av rettsregelen i det følgende. Den nærmere drøftelse av innholdet i denne vil jeg komme tilbake til under punkt 8. Den aktuelle problemstilling der vil være hvor langt rettsregelen strekker seg, og eventuelt hvilke tilleggsmomenter som kreves oppfylt for at en tredjemannsbetaling skal kunne omstøtes etter § 5-5.

⁵⁷ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 41)

6.3.3 Underrettspraksis som behandler problemstillingen

Det er flere dommer fra lagmannsretten som har vært inne på lignende vurderinger som de Høyesterett foretar i Centrum Eiendomsmegling. Den mest relevante er LG-2006-17565, som Høyesterett også viser til i Centrum Eiendomsmegling.⁵⁸ Saken gjaldt konkursdebitor SBC som drev næringsvirksomhet fra leide lokaler, men som på grunn av omsetningssvikt ikke klarte å betale løpende husleie til utleier Scan Tec AS. Driften av selskapet opphørte og varelager, produksjonsutstyr osv. ble solgt til PAC, et selskap som ønsket å fortsette virksomhet i samme lokaler. På tidspunkt for inngåelse av salgavtale skyldte SBC husleie for 5 måneder til Scan Tec.

I avtalen mellom SBC og PAC ble salgssummen redusert med et beløp lik kravet på manglende leiebetaling. Reduksjonen hadde sin bakgrunn i at utleier satte som vilkår for overtakelse av lokalene at PAC betalte skyldig leie. Kort tid etter PAC betalte, ble SBC slått konkurs. Lagmannsretten kom til at betalingen av leie fra PAC i realiteten var ekstraordinær betaling av konkursdebitors gjeld, og omstøtte betalingen.

Som i Centrum Eiendomsmegling, ble det også her vektlagt at betalingen i realiteten var en betaling fra debitor. Lagmannsretten fastslår at et sentralt moment vil være om hensikten med betalingen var å dekke debitors gjeld eller å ivareta egne interesser.⁵⁹ I likhet med Høyesterett, viser også lagmannsretten til Husers betraktninger rundt omstøtelse av tredjemannsbetalinger. Også hensynet til å hindre omgåelse av reglene blir vektlagt.

På dette grunnlag konkluderte lagmannsretten med at betalingen fra tredjemann til Scan Tec AS kunne omstøtes til fordel for konkursdebitor SBC. Dette var den første saken der domstolene var inne på spørsmålet om dekl. § 5-5 kunne fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger. Som underrettsdom har den begrenset betydning, og betydningen ble ytterligere redusert etter Høyesteretts avgjørelse i Centrum Eiendomsmegling. Det er imidlertid interessant at Høyesterett viser til denne dommen i sin avgjørelse, og til dels slutter seg til de betraktninger som lagmannsretten her gjorde.

⁵⁸ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 34)

⁵⁹ LG-2006-17565

6.4 Juridisk teori

6.4.1 Huser

Når det gjelder det foreliggende tolknings spørsmål er det begrenset med tolkningsbidrag å hente også fra den juridiske teorien. Den som har skrevet mest om problemstillingen er Kristian Huser. Han var inne på vurderingen om tredjemannsbetalinger kunne omfattes av dekl. § 5-5 i sin bok fra 1992⁶⁰, lenge før spørsmålet kom opp for lagmannsretten og Høyesterett. Denne del av avhandlingen vil derfor i stor grad fokusere på Huser og hans betraktninger rundt problemstillingen. Nedenfor vil det også ses nærmere på Andenæs, som ikke behandler spørsmålet direkte, men som likevel har synspunkter som kan være av interesse i vurderingen.

Huser argumenterer for at det i vurderingen av om tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter § 5-5 må skilles mellom situasjoner der debitor har tatt initiativ til eller hatt kunnskap om betalingen fra tredjemann, og situasjoner der tredjemann har handlet i egen interesse, uten å ha hatt kontakt med debitor på forhånd. Han viser til at:

*”det vil således være de nærmere omstendigheter ved betalingen som avgjør hvorvidt tilfellet faller inn under § 5-5 eller ikke, særlig hvorvidt debitor har foranlediget betalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig. For så vidt kan man si at også dette er en problemstilling der hensikten med disposisjonen har avgjørende betydning”.*⁶¹

Slik jeg forstår Huser mener han at i de situasjoner der betalingen fra tredjemann kan anses som en indirekte betaling fra debitor til kreditor, vil betalingen falle innenfor ordlyden i § 5-5.⁶²

En lignende argumentasjon finner en også igjen i Høyesteretts votum i Centrum Eiendomsmegling-dommen. Førstvoterende vektlegger der nettopp at det var en tilknytning mellom debitor og tredjemann ved at det var samme person som styrte likviditeten i begge selskaper, og at morselskapet som debitor da både var oppmerksom på og delaktig i initiativet til betalingen av datterselskapets gjeld.

⁶⁰ Huser, *Gjeldsforhandling og konkurs, Bind 3 Omstøtelse*, s. 258-261.

⁶¹ Huser, s. 258-259.

⁶² Huser, s. 259

En annen tredjemannskonstruksjon som Huser diskuterer er situasjonen der det skjer en reell betaling av debtors gjeld fra tredjemann, men tredjemann ikke krever regress overfor debitor. I slike tilfeller må disposisjonen anses som en gavedisposisjon fra tredjemann, og denne kan ikke omstøtes av debtors konkursbo.⁶³

En mer problematisk situasjon som berøres av Huser, er der tredjemann har betalt debtors gjeld i egen interesse eller på eget initiativ, og krever regress overfor debitor.⁶⁴ En slik disposisjon vil jo medføre en fordel for den kreditoren som får betalt sitt krav, sammenlignet med andre kreditorer, og således være et brudd med likhetsprinsippet i konkursretten. Selv om Huser stiller spørsmålet, foretar han ikke en grundig vurdering av om det i en slik situasjon vil kunne omstøtes etter dekl. § 5-5 i en slik situasjon. Han viser kun kort til at en slik selvstendig opptreden fra tredjemann nok vil falle utenfor virkeområdet for § 5-5.⁶⁵ En nærmere vurdering av hvorvidt denne situasjonen faller innenfor virkeområdet for § 5-5 vil jeg komme tilbake til under punkt 9.

Det som er verdt å merke seg ved Husers tilnærming til spørsmålet om hvorvidt tredjemannsbetalinger omfattes av dekl. § 5-5, er at han synes å oppstille et skille mellom de situasjoner der tredjemann benytter sin regressrett og ikke. I tillegg vektlegger han hvorvidt debitor har hatt kunnskap om, eller vært delaktig i å ta initiativ til tredjemannsbetalingen. Disse momentene er viktige i fastleggingen av rettsregelens virkeområde, noe jeg vil komme nærmere tilbake til under punkt 8.

6.4.2 Andenæs

Andenæs diskuterer ikke særskilt hvorvidt tredjemanns betaling av debtors gjeld kan omstøtes etter dekl. § 5-5. Han viser kun til at utgangspunktet er at omstøtelse etter § 5-5 kan skje der skyldneren har betalt sin egen gjeld.⁶⁶ Videre uttaler han at *”hvis det i realiteten foreligger en*

⁶³ Huser, s. 259

⁶⁴ Huser, s. 259

⁶⁵ Huser, s. 259

⁶⁶ Andenæs, s. 310

*betaling av skyldnerens gjeld, kommer dekl. § 5-5 til anvendelse uten hensyn til om partene har søkt å kamuflere betalingen under en annen form”.*⁶⁷

Andenæs drøfter ikke ytterligere hva som skal til for at det i realiteten foreligger en betaling av skyldnerens gjeld. Etter min mening kan uttalelsen likevel til en viss grad tas til inntekt for at også Andenæs mener at der det foreligger en indirekte betaling fra debitor til kreditor, kan denne omstøtes etter dekl. § 5-5. Hva som er vilkårene for at det foreligger en slik indirekte betaling går han imidlertid ikke nærmere inn på.

6.5 Reelle hensyn

6.5.1 Generelle hensyn i konkursretten

Med unntak for rettspraksis gir de tradisjonelt tungtveiende rettskildene lite veiledning til tolkningen av § 5-5. Reelle hensyn blir derfor en sentral rettskilde for fastlegging av rettsregelen. Dette illustreres av Centrum Eiendomsmegling-dommen, som i stor grad bygger på en avveining av de sentrale reelle hensyn i konkursretten. I det følgende vil det ses nærmere på både de generelle konkursrettslige hensyn og de spesielle hensyn som begrunner omstøtelsesreglene, og da særlig § 5-5.

For sammenhengen og forståelsens del er det innledningsvis grunn til å foreta en generell gjennomgang av de hensyn som begrunner konkursinstituttet, og på den måten sette en ramme for den videre gjennomgang. Det helt grunnleggende formål i konkursretten er å sikre en hensiktsmessig avvikling av debtors virksomhet, gjennom en effektiv gjennomføring av beslag og realisering av debtors midler.⁶⁸ Konkurs er en mer effektiv beslagsform enn enkeltforfølgning, hvor hver enkelt kreditor må ta utlegg hos debitor. Dersom en skal overlate til den enkelte kreditor å ta utlegg, uten noen mer organisert form, vil en få et dekningskappløp mellom kreditorene som vil kunne medføre en urimelig fordel for de mest pågående og aggressive kreditorene.⁶⁹ Sett i et bredere samfunnsperspektiv er dette ikke en ønskelig ordning.

⁶⁷ Andenæs, s. 311.

⁶⁸ Andenæs, s. 10.

⁶⁹ Andenæs, s. 11.

Konkurs ivaretar også andre samfunnsmessige behov ved at en gjennom bobehandlingen får oversikt over konkursdebitors drift og tidligere disposisjoner, og på bakgrunn av denne oversikten kan avdekke mulig økonomisk kriminalitet.⁷⁰

6.5.2 Hensyn bak omstøtelsesreglene

Omstøtelsesreglene er i stor grad med på å fremme de hensyn som ivaretas av konkursinstituttet, og disse reglene spiller følgelig en helt sentral rolle. Reglene ivaretar også ytterligere hensyn som vil redegjøres for i det følgende.

Likhetsprinsippet er et grunnleggende hensyn i konkursretten som innebærer at alle kreditorene skal få lik prosentvis dekning av sine krav, og følgelig også bære en forholdsmessig andel av tapet.⁷¹ I et konkursbo vil det sjelden være tilstrekkelig med midler til at alle kreditorene får dekket sine krav, og likhetsprinsippet spiller derfor en viktig rolle ved fordelingen av de verdier som finnes.

Debitor kan imidlertid ha et ønske om å favorisere en eller flere kreditorer ved å betale dennes krav på bekostning av de øvrige kreditorer. All den tid debitor ikke kan dekke de øvrige krav, vil slik favorisering være i strid med likhetsprinsippet. Omstøtelsesreglene spiller i denne forbindelse en sentral rolle ved at de ivaretar hensynet til gjenoppbygging, og dermed bidrar til å realisere de verdiene som finnes i boet ved konkursåpning. Reglene bidrar slik sett til å unngå en uthuling av likhetsprinsippet ved at det gjennomføres disposisjoner som medfører en forfordeling av en kreditor på bekostning av de øvrige i forkant av et konkursoppgjør.

På bakgrunn av hensynet til likhetsprinsippet og hensynet til gjenoppbygging, bør det ved tolkningen av § 5-5 ses hen til realiteten i transaksjonen – dersom transaksjonen medfører en forfordeling av en kreditor på bekostning av de øvrige, tilsier dette at omstøtelse bør finne sted. Disse hensynene tilsier følgelig isolert sett at det ikke bør oppstilles for mange begrensninger for hvilke tredjemannsbetalinger som kan omstøtes etter dekl. § 5-5.

⁷⁰ Andenæs, s. 11.

⁷¹ Andenæs, s. 11.

6.5.3 Særlige hensyn bak dekl. § 5-5

Deknl. § 5-5 er som nevnt en objektiv omstøtelsesregel, og ved utformingen og praktiseringen av disse reglene er det viktig å ivareta hensynet til at de skal være retsteknisk enkle å anvende, ved at de rammer visse generelt angitte kategorier av disposisjoner.⁷²

Den tradisjonelle forståelsen av ordlyden i § 5-5 er at den rammer betaling av gjeld fra konkursdebitor til en av hans kreditorer. Dersom ordlyden leses på den måten, tilsier hensynet til at reglene skal være retsteknisk enkle å anvende at en ikke kan tolke bestemmelsen slik at også tredjemannsbetalinger omfattes.

Etter min mening kan imidlertid ordlyden i § 5-5 også forstås som at indirekte betalinger fra debitor til kreditor omfattes. En slik forståelse blir tilsynelatende lagt til grunn også hos Huser. Huser mener imidlertid at det for å anse betalingen som en indirekte betaling fra debitor kreves at noen ”tilleggsvilkår” er oppfylt. Han viser til følgende:

*”det vil således være de nærmere omstendigheter ved betalingen som avgjør hvorvidt tilfellet faller inn under § 5-5 eller ikke, særlig hvorvidt debitor har foranlediget betalingen eller om tredjemann har opptrådt selvstendig(...).”*⁷³

Å innfortolke slike tilleggsvilkår vil ikke være helt i samsvar med hensynet til enkelt praktiserbare regler. Dersom en tar inn i vurderingen slike subjektive momenter som Huser viser til her, vil § 5-5 ikke lenger være like retsteknisk enkel å anvende. Subjektive momenter har egentlig ingen plass i vurderingen av de objektive omstøtelsesreglene. Nettopp dette er et poeng som er interessant å ha med seg videre inn i drøftelsen av innholdet i rettsregelen under punkt 8.

Som tidligere nevnt er prevensjonshensynet og reparasjonshensynet to grunnleggende hensyn bak § 5-5. Den preventive siden innebærer at omstøtelsesverdige disposisjoner ikke foretas, fordi en

⁷² Huser, s. 288.

⁷³ Huser, s. 258-259.

vet at de vil bli omstøtt.⁷⁴ Den reparative siden innebærer at omstøtelsesverdige disposisjoner foretatt innenfor nærmere bestemte frister vil bli tilbakeført til boet ved hjelp av omstøtelsesreglene.⁷⁵ En debitor som ønsker å beholde et godt forhold til noen av sine kreditorer, vil gjerne sørge for at de får full dekning for sine krav når han ser at det begynner å gå bratt nedover mot konkurs. Ut fra slike ønsker kan det oppstå ganske kreative konstallasjoner som forsøk på å komme seg unna omstøtelsesreglene, og det er et mål at omstøtelsesreglene er vide nok til også å ramme disse. Disposisjoner med omgåelseshensikt er ikke beskyttelsesverdige, noe som klart taler for at § 5-5 bør tolkes slik at tredjemannsbetalinger som gjennomføres med det formål å omgå omstøtelsesreglene bør rammes av § 5-5.

I motsetning til hensynet til enkelt praktiserbare regler, tilsier prevensjons- og reparasjonshensynet at § 5-5 bør fortolkes til også å ramme de konstruksjoner av tredjemannsbetalinger som har omgåelseshensikt. Det foreligger følgelig en konflikt mellom tolkningsresultatene disse hensynene trekker i retning av.

6.6 Rettstilstanden i andre land

6.6.1 Nordisk samarbeid

Reglene i konkurs- og dekningsloven ble til gjennom et nordisk samarbeid. Det er derfor stor grad av likhet mellom reglene på dette felt i Norge, Sverige og Danmark. Utformingen og praktiseringen av de bestemmelser som tilsvare deknl. § 5-5 i svensk og dansk rett vil følgelig være en interessant rettskilde for tolkningen av den norske bestemmelse. I forarbeidene uttales følgende:⁷⁶

”Under forhandlingene mellom de nordiske lovkomitéer ble det nedlagt meget arbeid på å søke å komme frem til overensstemmende regler om omstøtelse.”

Utenlandsk rett er normalt ikke en tungtveiende rettskildefaktor i norsk rettskildelære. Det som gir den betydning i denne sammenheng, er nettopp dette nordiske konkursrettslige samarbeidet.

⁷⁴ Huser, s. 49.

⁷⁵ Huser, s. 49.

⁷⁶ NOU 1972: 20, s. 283.

Centrum Eiendomsmegling-dommen⁷⁷ benyttet seg også av tolkningsbidrag fra svensk og dansk rett når de konkluderte med at regelen i § 5-5 kunne anvendes på den aktuelle tredjemannsbetalingen. I det følgende vil jeg gjennomgå rettsstillingen i Sverige og Danmark når det gjelder den aktuelle problemstillingen, og se nærmere på hvilke tolkningsbidrag som kan utledes fra disse kildene.

6.6.2 Sverige

I den svenske konkurslagens § 10 slås det fast at:

*”betalning av en skuld som har skett senare än tre månader före(...) går åter, om den inte med hänsyn til omständigheterna ändå kan anses som ordinär”.*⁷⁸

Til forskjell fra den norske bestemmelsen, fremgår det ikke av den svenske bestemmelsens ordlyd at skyldneren selv må ha foretatt betalingen. En objektiv forståelse av ordlyden tilsier da at også tredjemannsbetalinger kan omstøtes etter den svenske regelen. To dommer fra Högsta domstolen gir imidlertid klarere holdepunkter for hvordan bestemmelsen fortolkes i svensk rett.

I NJA 1996 s. 333, Herberts Musik-dommen, gjaldt saken Herberts Musik, som kort tid før konkurs hadde overført en rekke av sine eiendeler til Skivkompaniet. Kjøpesummen ble hovedsakelig gjort opp ved at Skivkompaniet overtok Herberts Musiks gjeld. En av kreditorene var Sony, som mottok fullt oppgjør fra Skivkompaniet. Spørsmålet for Högsta Domstolen var om betalingen fra Skivkompaniet til Sony kunne omstøtes til fordel for konkursboet til Herberts Musik.

Högsta Domstolen inntok her det samme standpunkt som Høyesterett i Centrum Eiendomsmegling, og slo fast at de reelle forhold rundt disposisjonen som måtte være avgjørende. Når tredjemann hadde betalt til en av skyldnerens kreditorer på anmodning fra

⁷⁷ Rt. 2012 s. 468.

⁷⁸ Se Riksdagens internettsider (riksdagen.se) http://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/konkurslag-1987672_sfs-1987-672

skyldneren, måtte det likestilles med betaling direkte fra skyldneren.⁷⁹ Domstolen gav konkursboet medhold i at betalingen kunne omstøtes. Avgjørelsen tilsier at regelen i svensk rett tolkes slik at også tredjemannsbetalinger kan omstøtes.

Av en annen avgjørelse fra Högsta Domstolen, NJA 1996 s. 282, fremgår det imidlertid at den svenske bestemmelsen som utgangspunkt bare gjelder skyldnerens betaling av egen gjeld. De faktiske forhold var at Hisingens Elektro fortløpende hadde kjøpt varer fra Skoogs. Skoogs hadde bevilget Hisingens en blankokreditt, men denne var kraftig overskredet av Hisingens. Skoogs stoppet på denne bakgrunn vareleveringene. S-E-Banken utstedte da en bankgaranti til Hisingens, som deretter ble innfridd. Spørsmålet var om det beløp banken hadde betalt inn til Skoogs kunne omstøtes til fordel for Hisingens konkursbo.

Högsta domstolen uttaler at bestemmelsen:

”gäller enligt sin lydelse betalningar som konkursgäldenären har gjort inom den i lagrummet angivna återvinningsfristen”.

Etter denne uttalelsen må det nok legges til grunn at hovedregelen i svensk rett er at det er skyldnerens egne disposisjoner som kan omstøtes. Samtidig åpner domstolen for at også tredjemannsbetalinger kan omfattes av bestemmelsen:

”Med betalningar som görs av konkursgäldenären brukar emellertid likställas medelbara betalningar som görs av tredje man för konkursgäldenärens räkning (se härom Lennander, Återvinning i konkurs, 2 uppl s. 198ff). Medelbara betalningar kan defineras så att därmed avses situationer när betalning visserligen erläggs av tredje man men på bekostnad av konkursgäldenären eftersom betalningen i själva verket innebär att det är konkursgäldenärens tillgångar som kommer borgenären tillgodo.”

Praksis fra Sverige viser dermed at selv om den svenske lovbestemmelsen har en noe annen ordlyd enn den norske, virker den å bli tolket som at det i utgangspunktet kun er betalinger fra

⁷⁹ NJA 1996, s.333 (s. 337) avgjørelse fra Högsta Domstolen av 24. mai 1996

skyldneren selv som kan omstøtes. Det er imidlertid verdt å merke seg at den svenske domstolen åpner for at også tredjemannsbetalinger av konkursdebitors gjeld kan omstøtes til fordel for konkursboet dersom betalingen i realiteten er foretatt med debtors midler.

6.6.3 Danmark

Ordlyden i den danske konkursloven § 67, som tilsvarende den norske dekl. § 5-5, er følgende:

”Betaling af gæld, der er foretaget senere end tre måneder før fristdagen, kan fordres omstødt (...).”⁸⁰

I likhet med den svenske bestemmelsen, sier ikke den danske bestemmelsen direkte at skyldneren selv må ha foretatt gjeldsbetalingen. En objektiv forståelse av ordlyden åpner for at også betalinger fra tredjemann kan omfattes. Det må imidlertid se nærmere på praksis fra danske domstoler for å få et klarere bilde av hva som er innholdet i bestemmelsen.

En dom fra danske Højesterett, UfR.1988.484, gir holdepunkter for hvordan bestemmelsen tolkes i dansk rett. Faktum i saken var at en revisor skyldte penger til sin bank. Banken begjærte revisoren konkurs, men trakk tilbake konkursbegjæringen da de mottok delvis betaling og ble lovet videre månedlige avdrag. Kort tid etter revisoren hadde betalt det første månedlige avdraget, ble han begjært konkurs av tre andre kreditorer. Konkursboet krevde da omstøtelse av betalingen av avdraget til banken.

Banken anførte at omstøtelse ikke kunne skje, da de ikke hadde mottatt betaling fra revisoren selv, men fra et selskap som revisoren var leder av.

Retten foretok en gjennomgang av selskapets regnskaper, for å vurdere om det hadde skjedd et etterfølgende oppgjør mellom selskapet og revisoren. De konkluderte med at revisoren hadde hatt et krav mot selskapet som gjeldsbetalingen så ble motregnet i. Betalingen ble derfor omstøtt.⁸¹

⁸⁰ LBK nr 11 af 06/01/2014 Gældende (Konkursloven) [Danmark] (siteret fra: retsinformation.dk, 26.05.17)

⁸¹ UfR 1988 s. 484 (s. 488).

Domsresultatet bygget på at det forelå en kombinasjon av tredjemannsbetaling og motregning, som medførte at det i realiteten skjedde en betaling fra debitor til kreditor. Dommen kan tas til inntekt for at det i dansk rett vil være realiteten i disposisjonen som er avgjørende for om den kan omstøtes etter den danske konkurslovens § 67.

Det er verdt å merke seg at dommene fra Sverige og Danmark er ganske gamle. Det har imidlertid ikke latt seg gjøre å finne noen dommer av nyere dato som behandler tolkningsspørsmålet. Jeg tar forbehold for at det kan finnes dommer av nyere dato som behandler problemstillingen.

7. En oppsummering så langt

Som illustrert i avsnittene ovenfor, er det et begrenset tilfang av rettskilder som gir tolkningsbidrag til spørsmålet om hvorvidt vilkåret ”betaling av gjeld (...) som skyldneren har foretatt” kan tolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger. De rettskildene som gir bidrag til avklaringen, er også av begrenset omfang. Dette medfører selvsagt utfordringer i arbeidet med å få fastlagt innholdet i rettsregelen.

Den mest sentrale rettskilden er rettspraksis ved Centrum Eiendomsmegling. Dommen må ses i sammenheng med de relevante tolkningsbidrag fra de øvrige rettskilder, og da særlig reelle hensyn og juridisk teori. Etter Centrum Eiendomsmegling er det klart at tredjemannsbetalinger av gjeld i visse situasjoner kan omstøtes etter § 5-5. Omfanget til rettsregelen er imidlertid ikke klart. Videre er det også uavklart hvorvidt det må innfortolkes tilleggsvilkår for at regelen skal kunne anvendes ved tredjemannsbetalinger.

I kapitlene under vil det søkes å oppstille en rettsregel med eventuelle tilleggsvilkår på bakgrunn av tolkningsbidragene fra rettskildene. Videre vil rettsregelen anvendes på en rekke praktiske situasjoner der problemstillingen om § 5-5 kan anvendes kan tenkes å oppstå. Intensjonen er slik sett å oppnå en avklaring av virkeområdet til dekl. § 5-5. Det vil ses nærmere på hvilke former

for tredjemannsbetalinger som kan omstøtes etter denne bestemmelsen, og avgrenses mot de situasjoner hvor det ikke kan omstøtes.

8. Omstøtelseskravets virkeområde

8.1 Innledning

Tema for denne delen av avhandlingen er hvor langt regelen i dekl. § 5-5 strekker seg i også å omfatte tredjemannsbetalinger, nærmere bestemt hvilke tredjemannskonstruksjoner som faller innenfor bestemmelsens virkeområde. Før jeg går inn på dette vil det kort ses nærmere på tolkingen av dekl. § 5-5 og spørsmålet om det er en presiserende eller utvidende ordlydstolkning som foretas.

Under delkapittelet om tolkningsbidrag fra ordlyden viste jeg til at dersom ordlyden omfatter betalinger som i realiteten må anses foretatt av debitor, vil det være en presiserende tolkning av ordlyden. En alminnelig forståelse av ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt” innebærer etter min mening at det ikke stenges for at også betaling fra andre kan omfattes, dersom betalingen i realiteten kommer fra skyldneren.

I Centrum Eiendomsmegling sier ikke Høyesterett direkte om de anser tolkningsresultatet for å være en utvidende eller presiserende tolkning. Jeg mener imidlertid det er holdepunkter for at de foretar en presiserende tolkning når de på bakgrunn av tilknytningen mellom partene og debtors kunnskap om betalingen legger avgjørende vekt på at betalingen i realiteten ble gjort av debitor. Slik jeg ser det foretar Høyesterett en formåls- og realitetsorientert tolkning av ordlyden slik at den også anses å omfatte disposisjoner som i realiteten kommer fra debitor.

Huser er den som bredest har drøftet hvorvidt omstøtelse av tredjemannsbetalinger kan skje etter § 5-5, og til dels også innholdet i rettsregelen. Også han fokuserer på realiteten i betalingen, og knytter dette opp mot to nærmere forhold; kunnskap og tilknytning. Han argumenterer for at dersom disse forhold foreligger, vil også tredjemannsbetalinger kunne omstøtes etter § 5-5. Jeg kommer tilbake til disse tilleggsmomenter i drøftelsen under punkt 8.2.

Effektivitetshensyn, samt reparasjons- og prevensjonshensynet taler også for at ordlyden tolkes slik at de betalinger som i realiteten er foretatt av debitor må kunne omstøtes etter dekl. § 5-5. For å hindre omgåelse av reglene er det viktig at reglene dekker også kreative betalingskonstruksjoner som er forsøk på å komme seg unna omstøtelsesreglene. Også de andre nordiske lands tolkning av sine tilsvarende lovbestemmelser, sett i sammenheng med harmoniseringen av de nordiske lands konkursrett, taler for at det avgjørende for om en disposisjon faller innenfor virkeområdet til § 5-5 må være *realiteten* i disposisjonen, ikke *hvem* den kommer fra.

En tolkning av ordlyden opp mot de øvrige rettskilder medfører dermed etter min mening at en står igjen med en presiserende tolkning av ordlyden der rettsregelens innhold er at tredjemanns betaling av debtors gjeld kan omstøtes etter § 5-5 dersom disposisjonen i realiteten må anses å være foretatt av debitor.

8.2 De nærmere vilkår for å omstøte tredjemansbetalinger etter § 5-5

Etter gjennomgangen ovenfor er det klart at det avgjørende for om disposisjonen faller innenfor virkeområdet til § 5-5 eller ikke, er om det i realiteten er debitor som har disponert. Spørsmålet er hva som ligger i dette kravet til at debitor i realiteten har gjennomført disposisjonen.

Ordlyden av ”skyldneren har foretatt” viser til at debitor må ta del i disposisjonen, ved at den stammer fra debitor på et vis. Huser har vært inne på dette spørsmålet, og da særlig vektlagt et skille mellom de situasjoner der tredjemann har handlet i egen interesse, og de situasjoner der debitor har tatt initiativ til eller hatt kunnskap om disposisjonen fra tredjemann.⁸² I tillegg har han vektlagt hvorvidt det er en nærmere tilknytning mellom debitor og tredjemann gjennom at tredjemann benytter seg av den regressrett han har ervervet gjennom å betale gjelden for debitor.

Selv om Høyesterett i Centrum Eiendomsmegling ikke direkte formulerte noen nærmere vilkår for at tredjemannsbetaling kunne omstøtes etter § 5-5, ble de momenter som Huser viser til

⁸² Se punkt 6.4.1

benyttet som grunnlag for konklusjonen om at det i realiteten forelå en betaling fra debitor, som dermed kunne omstøtes etter § 5-5. I dommen var det samme person som styrte likviditeten i begge selskaper, og slik jeg forstår førstvoterende legges det i vurderingen vekt på at debitor på denne bakgrunn anses å ha initiert betalingen. Videre ble det vektlagt at tredjemanns motregning av gjeldsbetalingen i sin egen gjeld til debitor medførte at betalingen måtte anses som en indirekte disposisjon fra debitor. Førstvoterende viser nettopp til at dersom debitor hadde fått sin gjeld betalt fra tredjemann og så betalt kreditor ville jo betalingen vært ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt”.⁸³ Gjennom regress ved motregning blir resultatet for debitor det samme, og betalingen ble da ansett som å komme indirekte fra debitor.

Basert på praksis fra Høyesterett supplert med teori fra Huser kan en dermed oppstille to krav som sammen vil utgjøre vilkårene i vurderingen av hvorvidt disposisjonen i realiteten er en disposisjon fra debitor, et kunnskapskrav og et tilknytningskrav. Spørsmålet er hva som er innholdet i disse kravene.

For at en disposisjon skal kunne anses å komme indirekte fra debitor, må det være et minstekrav at debitor har kjennskap til at den blir foretatt. Dersom en tredjemann betaler et krav for debitor helt på eget initiativ, uten at debitor har kjennskap til disposisjonen, vil det være få gode argumenter for omstøtelse, selv om tredjemann krever regress. Dette har sin bakgrunn i at en ikke kan tillegge debitor en indirekte skyld for noe han ikke har vært delaktig i. En kan vanskelig argumentere for at en debitor i realiteten har foretatt en disposisjon han ikke har visst om.

En del av begrunnelsen bak omstøtelsesreglene er hensynet til likebehandling. Omstøtelsesreglene er ment å ramme de uredelige disposisjoner debitor foretar før konkurs, typisk disposisjoner som begunstiger en kreditor foran de andre, eller tømmer boet for verdier. Dersom debitor ikke har hatt kjennskap til at disposisjonen foretas, kan en vanskelig si at den er i strid med disse hensyn. På bakgrunn av det overstående må det etter min mening oppstilles et vilkår om at debitor har tatt initiativ til, eller i det minste hatt kunnskap om disposisjonen fra tredjemann. Jeg vil komme nærmere inn på betydningen av kunnskapskravet under punkt 9.

⁸³ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 38).

Spørsmålet er så hva som er innholdet i et tilknytningskrav. Dersom en disposisjon fra tredjemann skal anses for i realiteten å være foretatt av debitor, kreves det at det er en form for ”link” mellom tredjemann og debitor. Dersom en slik tilknytning mellom partene mangler, vil ikke disposisjonen kunne anses for i realiteten å komme fra debitor. For eksempel dersom en tredjemann betaler en forpliktelse for debitor, men ikke benytter sin regressrett. Disposisjonen fra tredjemann må da anses som en ren gavedisposisjon. En slik ensidig disposisjon fra tredjemann kan klart nok ikke omstøtes etter § 5-5.

Når tredjemann betaler gjelden til debitor, erverver han kravet på debitor fra den kreditoren han betaler til. For at betalingen skal anses å i realiteten komme fra debitor, må dette kravet gjøres opp med debitor på en måte. I Centrum Eiendomsmegling skjedde dette ved motregning, men det kan også skje gjennom et vanlig regresskrav. Når debitor så betaler regresskravet eller aksepterer motregningen, blir resultatet at gjeldsbetalingen anses i realiteten å komme fra debitor. Dette har sin bakgrunn i at dersom debitor hadde betalt tredjemann som så hadde betalt kreditor, ville det vært en direkte betaling fra debitor som klart ville falt inn under § 5-5. Likhets hensyn taler for at en noe annen fremgangsmåte ikke bør være avgjørende for om regelen kommer til anvendelse eller ikke. På bakgrunn av dette må det oppstilles et krav om tilknytning mellom debitor og tredjemann. Også tilknytningskravets betydning vil bli tydeligere illustrert i gjennomgangen av praktiske situasjoner under punkt 9.

Dersom både kravet til kunnskap og tilknytning er innfridd vil disposisjonen kunne anses for å være en indirekte betaling fra debitor. Vurderingstema vil dermed være om det i realiteten foreligger en disposisjon fra debitor. Herunder er spørsmålet om debitor har tatt initiativ til eller hatt kunnskap om disposisjonen og om det foreligger tilstrekkelig tilknytning mellom debitor og tredjemann ved at tredjemann har benyttet sin regressrett overfor debitor. Dersom disse vilkår er innfridd er utgangspunktet at disposisjonen vil kunne omstøtes etter dekl. § 5-5 til fordel for debitorens konkursbo.

8.2 Må det også innfortolkes et tilleggsvilkår?

Som det fremgår av den ovenstående gjennomgangen av rettskildene er det primært hensynet til å hindre omgåelser av omstøtelsesreglene som kan begrunne en presiserende tolkning av ordlyden til også å omfatte tredjemannsdisposisjoner. Formålet med omstøtelsesreglene er å hindre at boet blir tømt for verdier i tiden før konkurs, samt hindre at transaksjoner med dette formål overhode blir utført. Ordlyden av ”betaling av gjeld” viser til at disposisjonen må ha som formål å dekke debtors gjeld. En slik forståelse er også lagt til grunn i juridisk teori.⁸⁴ Dersom formålet med betalingen ikke er å dekke debtors gjeld, men tredjemann kun betaler for å ivareta egne interesser, vil disposisjonen ikke være av en slik karakter at den rammes av § 5-5. Der formålet er å dekke debtors gjeld, vil imidlertid en betaling fra tredjemann representere en omgåelse av omstøtelsesreglene.

Også Huser vektlegger om tredjemanns hensikt med betalingen har vært å dekke debtors gjeld eller om han har betalt i egen interesse. I LG-2006-17565 viste lagmannsretten til at det måtte vektlegges hva som måtte antas å være hensikten med betalingen. Det samme moment var sentralt også i Centrum Eiendomsmegling. Høyesterett uttalte ikke direkte at de vektla hensikten med betalingen, men de viste til at ”den umiddelbare hensikten med betalingen var å dekke datterselskapets gjeld”.⁸⁵

Der tredjemann betaler skyldnerens gjeld i sin egen interesse, vil disposisjonen heller ikke ha den karakter av omgåelse som § 5-5 er ment å skulle ramme. Også dette taler for at det må innfortolkes et vilkår om at betalingen må ha til hensikt å dekke debtors gjeld.

Hensikt er til dels et subjektivt vilkår. Som utgangspunkt skal en ikke ta subjektive vurderinger inn i de objektive omstøtelsesreglene. Å ta inn et slikt vilkår i vurderingen kan følgelig være problematisk opp mot hensynet til at disse reglene skal være enkle å praktisere. På den annen side strekker ikke vurderingen seg her til å bli en fullstendig vurdering av skyld, men heller en vurdering av formålet med disposisjonen. Dette ligger tett opp til den vurderingen som foretas ved skyldnerens direkte betalinger av gjeld, når ordlyden slår fast at det må vurderes om det er ”betaling av gjeld”. At vurderingen til dels er av subjektiv karakter kan da ikke bli avgjørende.

⁸⁴ Huser, s. 223.

⁸⁵ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 37).

I tillegg til at disposisjonen i realiteten må være foretatt fra debitor, må det dermed innfortolkes et vilkår om at den primære hensikt bak tredjemanns disposisjon var å dekke debitors gjeld. Dersom begge disse vilkår er innfridd, kan tredjemanns betaling av debitors gjeld omstøtes til fordel for debitors konkursbo. I det følgende vil denne rettsregelen anvendes på en rekke praktiske situasjoner der problemstillingen om omstøtelse av tredjemannsbetalinger kan tenkes å oppstå.

9. Nærmere om noen praktiske problemstillinger

9.1 Innledning

Centrum Eiendomsmegling-dommen gir et eksempel på en situasjon der det var behov for å kunne fortolke § 5-5 til også å omfatte tredjemannsbetalinger. Selv om det i den konkrete saken kunne vært benyttet en alternativ bestemmelse gjennom dekl. § 5-6, vil det i noen tilfeller kunne være slik at det ikke er andre bestemmelser som dekker situasjonen. Spørsmålet om hvorvidt bestemmelsen kan fortolkes til også å omfatte tredjemannsbetalinger vil da komme på spissen. I tilknytning til dette er det også et poeng at Høyesterett har slått fast at det ikke er noe prinsipielt i veien for at et konkursbo kan velge mellom to måter å omstøte på.⁸⁶

I denne siste delen av avhandlingen vil jeg oppstille noen praktiske situasjoner der det vil kunne bli spørsmål om å omstøte en tredjemannsbetaling etter § 5-5. Jeg har allerede vist til regler som kan være alternativer til § 5-5, men som Høyesterett slo fast i Centrum Eiendomsmegling, er slike ikke til hinder for at et bo kan velge mellom to måter å omstøte på.

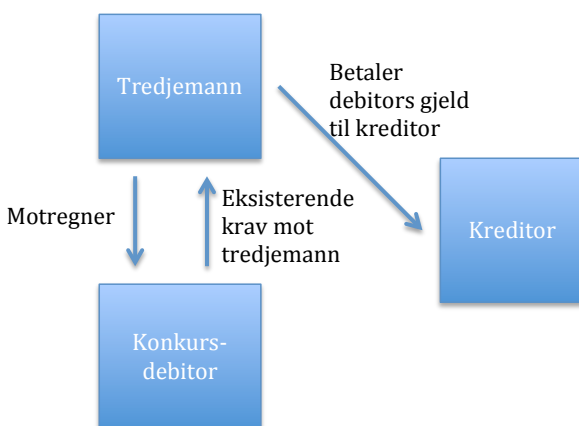
Det er særlig tre situasjoner jeg har ansett som praktiske, og som vil vurderes i det følgende. For det første ulike typetilfeller av situasjoner der tredjemann betaler et krav for debitor, for så å motregne med egen betalingsforpliktelse overfor debitor. For det andre situasjoner der tredjemann betaler et krav for debitor, men ikke motregner. Til slutt vil det ses på situasjonen der to selskaper betaler hverandres gjeld til kreditorer, såkalt kryssbetaling.

⁸⁶ Rt. 2012 s. 468 (avsnitt 41).

9.2 Situasjonen der tredjemann betaler et krav for debitor, for så å motregne med en betalingsforpliktelse han har overfor debitor.

Utgangspunktet er her at kreditor har et krav på debitor. Tredjemann betaler så dette kravet til kreditor for debitor. Da har tredjemann ervervet dette kravet på debitor fra kreditor, gjennom at kreditor har fått sin dekning. Tredjemann motregner så sitt ervervede krav på debitor i egen eksisterende gjeld til debitor. Situasjonen illustreres her:

Figur 6: Situasjonen der tredjemann betaler gjeld til en av debitors kreditorer, for så å motregne med en eksisterende betalingsforpliktelse overfor debitor.



Denne situasjonen kan igjen deles inn i to kategorier. Den første er der debitor har kunnskap om disposisjonen, og den andre er der debitor ikke har kunnskap om disposisjonen. Hva som er konsekvensen for omstøtelsesvurderingen i disse ulike situasjonene vil jeg straks komme tilbake til.

9.2.1 Debitor tar initiativ til, eller har kjennskap til at tredjemann betaler hans gjeld til kreditor, og tredjemann motregner.

Situasjonen her er at debitor har gjeld til en kreditor. Debitor oppfordrer så tredjemann til å betale hans gjeld til kreditor. Tredjemann erverver da et krav på debitor, som han motregner i sin eksisterende gjeld til debitor. Kort tid etter blir debitor slått konkurs.

Typisk vil en slik situasjon gjelde et mor- og datterselskap, der det går dårlig med datterselskapet, og det skylder penger til en kreditor som begge selskap har et avtaleforhold til. Ledelsen i

selskapene ønsker at morselskapet skal beholde et godt forhold til denne kreditoren selv om datterselskapet går konkurs, og avtaler derfor at morselskapet skal betale datterselskapets gjeld til kreditoren. Morselskapet har eksisterende gjeld til datterselskapet, og motregner i denne med kravet ervervet fra kreditor. Datterselskapet går som forventet konkurs kort tid senere, og boet ønsker å omstøte betalingen fra morselskapet til fordel for datterselskapets bo. Spørsmålet er om dette kan gjøres i medhold av dekl. § 5-5.

Den situasjon som er tegnet opp her ligger tett opp til de faktiske forhold i Centrum Eiendomsmegling, noe som trekker i retning av at betalingen fra tredjemann her kan omstøtes til fordel for konkursboet i medhold av dekl. § 5-5. Det er foretatt en betaling som har som formål å dekke konkursdebitors gjeld. Konstruksjonen medfører at denne kreditor får en fordel på bekostning av de andre kreditorer. Videre er kravet til tilknytning innfridd ved at det motregnes. Konkursdebitor er klar over at betalingen skjer fra tredjemann og dermed er også kravet til kunnskap innfridd.

Konklusjonen er dermed at konkursboet i denne situasjonen kan omstøte betalingen fra tredjemann i medhold av § 5-5.

9.2.2 Der tredjemann selv tar initiativ til betalingen uten konkursdebitors kunnskap og krever motregning i egen gjeld til konkursdebitor

Utgangspunktet er her det samme som i situasjonen ovenfor. Debitor har gjeld til en kreditor. Til forskjell fra situasjonen ovenfor ber ikke konkursdebitor tredjemann om å betale denne gjelden. Tredjemann betaler den på eget initiativ, uten debtors kunnskap, for å hjelpe debitor. Tredjemann erverver da et krav på debitor, som han så motregner i eksisterende gjeld til debitor. Debitor går så konkurs og spørsmålet er om tredjemanns betaling kan omstøtes til fordel for konkursdebitors bo.

En situasjon som denne er kanskje ikke så aktuell i praksis, da det sjelden forekommer at gjeld betales uten at den som er debitor for gjelden vet om det. Men eksempelet er viktig for å få frem forskjellen mellom denne situasjonen og den som ble gjennomgått ovenfor.

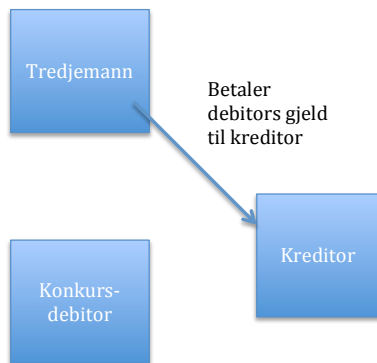
Formålet med disposisjonen fra tredjemann er helt klart å betale konkursdebitors gjeld, og konstruksjonen medfører at denne kreditoren får en fordel sammenlignet med de andre kreditorene. Videre er det klart at det foreligger en tilknytning mellom partene, ved at det er en regressrett som tredjemann ønsker å realisere gjennom motregning i egen gjeld til konkursdebitor.

Det problematiske i denne situasjonen er at konkursdebitor ikke har kjent til tredjemanns betaling av hans gjeld før motregningskravet kommer på banen. I en slik situasjon fremstår det som en noe tilfeldig fordel for konkursboet at de skal kunne omstøte betalingen fra tredjemann. At konkursdebitor ikke har hatt noen kjennskap til betalingen gjør at den ikke kan regnes som i realiteten å være en indirekte betaling fra konkursdebitor. Det er her kun en tredjemann som har opptrådt på eget initiativ.

Det avgjørende her må etter min mening bli at tredjemann har handlet på eget initiativ, og disposisjonen oppfyller dermed ikke kravet om å i realiteten være en disposisjon fra konkursdebitor. De hensyn som begrunner dekl. § 5-5 slår delvis til ved at det skjer en forfordeling av en kreditor, men en må her ha i mente at debitor ikke var kjent med denne forfordelingen. Konklusjonen blir dermed at det i denne situasjonen ikke kan omstøtes på bakgrunn av dekl. § 5-5.

9.3 De tilfellene der en tredjepart betaler debitors forpliktelser uten å kreve regress/motregning

Figur 7. Situasjonen der tredjemann betaler debitors gjeldsforpliktelse uten å benytte seg av sin regressrett.



Utgangspunktet her er det samme som i situasjonene ovenfor, debitor har gjeld til en kreditor. Tredjemann betaler så denne gjelder til kreditor for debitor, men fremmer ikke regresskrav overfor debitor.

En slik situasjon kan oppstå der en har et mor- og datterselskap, og datterselskapet har gjeld til en kreditor som også morselskapet har et forhold til. Det går dårlig med datterselskapet, men morselskapet ønsker å beholde et godt forhold til denne kreditoren så det betaler datterselskapets gjeld. Morselskapet har god økonomi, og vil ikke gjøre den økonomiske situasjonen verre for datterselskapet, de velger derfor å ikke kreve regress. Datterselskapet går så konkurs. Morselskapet har da et slags latent krav i konkursboet. Spørsmålet er om konkursboet til datterselskapet i en slik situasjon kan omstøte betalingen fra morselskapet til fordel for seg selv.

Den umiddelbare respons her er et klart nei. Til tross for at det er en kreditor som har fått betaling, og det dermed foreligger en form for brudd på likhetsprinsippet, er det ingen tilknytning mellom konkursdebitor og tredjemann som gjør at disposisjonen kan anses som i realiteten å være foretatt av konkursdebitor. Når tredjemann ikke har noen regressrett overfor konkursdebitor kan en vanskelig si at det har skjedd en indirekte betaling fra debitor. I realiteten foreligger det en ren gavedisposisjon fra tredjemann. Denne kan ikke omstøtes til fordel for debitors konkursbo.

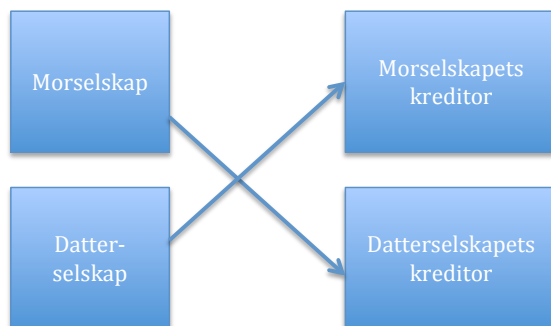
Spørsmålet er så om situasjonen stiller seg annerledes dersom det er konkursdebitor som har tatt initiativet til at tredjemann skal betale hans gjeld til kreditor.

Gjennom konkursdebitors initiativ til betalingen blir kunnskapsvilkåret innfridd, men tilknytningsforholdet som medfører at disposisjonen kan anses som reelt å komme fra konkursdebitor mangler fortsatt. Til tross for konkursdebitors initiativ vil også denne disposisjonen regnes som en gavedisposisjon fra tredjemann.

Konklusjonen er dermed at det i denne situasjonen ikke kan omstøtes etter § 5-5.

9.4 Situasjonen der et morselskap og et datterselskap betaler hverandres gjeld- såkalt kryssbetaling.

Figur 8. Situasjonen der et morselskap og et datterselskap betaler hverandres gjeld- såkalt kryssbetaling.



Denne situasjonen er noe annerledes enn de som er gjennomgått ovenfor, men den tas med fordi det er en praktisk situasjon. Det er her to debitorer, et mor- og datterselskap, som begge har gjeld til sine kreditorer. For enkelthets skyld legger jeg til grunn at begge skylder kr 200 000 til sin kreditor. Selskapene er klar over at de nærmer seg konkurs, men de ønsker å tilgodese disse kreditorene med tanke på fremtidig samarbeid, og de ønsker å sikre seg at betalingene ikke blir omstøtt. Morselskapet betaler derfor 200 000 til datterselskapets kreditor, og datterselskapet betaler 200 000 til morselskapets kreditor. De gjennomfører på denne måten en såkalt kryssbetaling. Spørsmålet er om betalingen av den andres gjeld, kan anses som betaling av egen gjeld etter dekl. § 5-5.

Som gjennomgått under drøftingen av rettsregelen under punkt 8, kreves det tilknytning og kunnskap, samt at betalingen har til hensikt å dekke debitors gjeld, for at det skal kunne omstøtes etter § 5-5 ved tredjemannsbetalinger. Selv om konstruksjonen her er litt annerledes enn i de andre situasjonene som har vært gjennomgått, er det fortsatt en tredjemannsbetaling.

Det er klart at det i denne situasjonen er omgåelseshensikt, da selskapene benytter seg av denne konstruksjonen nettopp for å omgå omstøtelsesreglene. Betalingen befinner seg dermed i kjernen av de disposisjoner § 5-5 er ment å ramme. Det er videre klart at betalingen har til hensikt å dekke det andre selskapets gjeld. Når det skjer en kryssbetaling av gjeld som i den foreliggende situasjon, er det tvilsomt at selskapene ikke er klar over at det skjer. Det legges følgelig til grunn at kunnskapskravet er innfridd. Spørsmålet er dermed om tilknytningskravet er oppfylt. Her skjer det jo ingen motregning mellom selskapene, noe som kan tilsi at kravet om tilknytning ikke er oppfylt.

Som nevnt ovenfor er bakgrunnen for kunnskaps- og tilknytningskravet at de samlet utgjør vilkåret om at betalingen må kunne anses å i realiteten være gjort fra debitor. Dersom en ser på realiteten i denne situasjonen, er jo betalingskonstruksjonen mest å regne som et ytre skall. Det som faktisk skjer er at selskapene dekker sin egen gjeld, gjennom å betale den andres gjeld. I en slik konstruksjon må det kunne skjæres gjennom, og slås fast at den del av gjelden betalt for den annen part som tilsvarer egen gjeld, i realiteten er betaling av egen gjeld. Disposisjonene fra tredjemann kan dermed omstøtes til fordel for den enkelte konkursdebitors bo i medhold av dekl. § 5-5.

10. Avslutning

Formålet med avhandlingen har vært å avklare hvilke nærmere former for tredjemannsbetalinger av gjeld som kan omstøtes etter dekl. § 5-5, og hvilke vilkår som må innfris for at slik omstøtelse skal kunne skje. Tradisjonelt har ordlyden blitt oppfattet som å ramme betalinger direkte fra skyldner til kreditor. Noen teoretikere, deriblant Huser, har imidlertid stilt spørsmål om bestemmelsen også kunne ramme betalinger av skyldnerens gjeld fra en tredjemann. Etter Centrum Eiendomsmegling har det vært klart at omstøtelse av tredjemannsbetalinger til fordel for

skyldnerens konkursbo kan skje. Det har imidlertid vært noe uklart hvilke nærmere situasjoner som faller innenfor bestemmelsens virkeområde og hvilke som faller utenfor. Videre har det også vært noe uklart hvilke vilkår som må være innfridd for at deknl. § 5-5 skal komme til anvendelse på tredjemannsbetalinger av skyldnerens gjeld.

Et sentralt moment i avhandlingen har vært forståelsen av ordlyden i deknl. § 5-5. Vilkåret ”betaling av gjeld som skyldneren har foretatt” kan leses på to ulike måter. Ved første øyekast kan ordlyden synes å stenge for at tredjemannsbetalinger i det hele tatt kan rammes, noe som tilsier at det må foretas en utvidende tolkning på bakgrunn av andre rettskilder dersom dette skal kunne gjøres. Etter min mening kan ordlyden imidlertid ikke leses med så strenge begrensninger. Gjennom en formåls- og realitetsorientert tolkning kan den også tolkes slik at betalinger som i realiteten kommer fra debitor kan rammes. Denne forståelsen har også god støtte i de øvrige rettskilder, særlig i rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn.

En gjennomgang av tolkningsbidrag fra rettskildene viste også at det krevdes noen tilleggsvilkår for at tredjemannsbetalinger skulle kunne omstøtes etter § 5-5. Det overordnede vilkår er at betalingen indirekte kommer fra debitor. Formulert på en annen måte så kreves det at betalingen *i realiteten* er foretatt av debitor. For at betalingen skal anses i realiteten å være foretatt av debitor er det to nærmere krav som må innfris, for det første om det er tilstrekkelig tilknytning mellom tredjemann og debitor, for det andre om debitor har kunnskap om eller har initiert betalingen fra tredjemann.

Gode grunner taler også for at nedslagsfeltet til bestemmelsen i relasjon til tredjemannsbetalinger avgrenses ved at det tas inn et tilleggsvilkår om at disposisjonen har til *hensikt å dekke debtors gjeld*.

Konklusjonen er følgelig at deknl. § 5-5 rammer tredjemannsbetalinger som har til hensikt å dekke debtors gjeld og som i realiteten innebærer en disposisjon fra debitor. Det er under punkt 9 gitt en rekke eksempler på hvilke situasjoner som faller innenfor bestemmelsens virkeområde og hvilke som faller utenfor.

11. Litteraturliste

11.1 Lover

Dekningsloven	Lov 8. Juni 1984 nr. 59 om fordringshavernes dekningsrett.
Aksjeloven	Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper.
Konkurslagen	Konkurslagen (1987:672) [Sverige] (sitert fra Riksdagen Sverige, 26.05.17)
Konkursloven	LBK nr 11 af 06/01/2014 Gældende (Konkursloven) [Danmark] (sitert fra: retsinformation.dk, 26.05.17)

11.2 Forarbeider

NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m. v.

NOU 1972: 20 Gjeldsforhandling og konkurs

11.3 Norsk rettspraksis

Rt. 2008 s. 1170

Rt. 2012 s. 468

LG-2006-17565

11.4 Utenlandsk rettspraksis

NJA 1996 s. 333, avgjørelse fra Högsta Domstolen av 24. mai 1996 (lagen.nu)

UfR 1988 s. 484, avgjørelse fra Højesteret [Danmark] (Karnov Danmark)

11.5 Bøker og artikler

Andenæs, Mads Henry, *Konkurs*, 2. utgave (Oslo 2009).

Huser, Kristian, *Gjeldsforhandling og konkurs, bind 3 Omstøtelse* (Bergen 1992)

Brækhus, Sjur og Borgar Høgetveit Berg, "Introduksjon til reglene om omstøtelse", *Jussens Venner*, 2014, s. 61-121.

Giertsen, Johan, "Selskapsrettslig tilbakeføring og konkursrettslig omstøtelse", Jussens venner, 2003, s. 249-263.

Sæbø, Rune, "Noen tanker om objektiv omstøtelse av kreditorbegunstigelser" i *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder: Festskrift til Mads Henry Andenæs*, s. 302-311.

11.6 Henvisninger til internett

Brønnøysundregisterets internettsider, Brønnøysundregisterets internettsider
<https://www.brreg.no/nyhet/auke-i-konkurstala> (2. jan 2017).